



REVISTA

BOLIVIANA

DE DERECHO

Publicación de circulación nacional.
Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho

Editorial: Fundación Iuris Tantum

Santa Cruz de la Sierra - Bolivia

Pasaje Tumusla 77

Telf. +591 3 3375330

Correo Electrónico:

orlandoparada.vaca@gmail.com

revistarbd@gmail.com

info@revistabolivianadederecho.org

www.revistabolivianadederecho.org

también en **facebook** <https://www.facebook.com/revistabolivianadederecho>

Coordinación General: Msc. Claudia J. Parada Algarañaz

Diagramación General: Elias On - elias.on@live.com

Indexada en:

- LATINDEX (Producido por la Universidad Nacional Autónoma de México)
- INDEX TO FOREIGN LEGAL PERIODICALS (Producido por la Asociación Americana de Bibliotecas Jurídicas)
- SciELO (Scientific Electronic Library Online)
- ESCI (ISI-Thomson Reuters)
- ANVUR (Agencia Nacional de Evaluación del sistema universitario y de investigación en Italia)
- e-revist@as (Consejo Superior de Investigaciones Científicas de España)
- REDALYC (Red de Revistas Científicas de América Latina y El Caribe, España y Portugal) Expediente 156/2015A/E.

Depósito Legal: 4-3-18-06

ISSN: 2070-8157

© Derechos Reservados de los Autores

Impreso en Bolivia - *Printend in Bolivia*

SUMARIO

26

DOCTRINA

A) DERECHO DE LA PERSONA

- 01/ Responsabilidad médico-sanitaria por daños vinculados a la concepción, gestación y nacimiento de una persona. Pilar Gutiérrez Santiago (España)... 18
- 02/ Evolución de la configuración doctrinal y jurisprudencial del consentimiento informado. ¿Excesiva litigiosidad al respecto? La STS 15 febrero 2017. Amelia Sánchez Gómez (España)... 58
- 03/ La intimidad en crisis: repensando su finalidad. Luis de las Heras Vives (España)... 78

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

- 04/ La información sobre gastos y comisiones en los préstamos hipotecarios y la posible nulidad de las cláusulas que los imponen al consumidor. Adela Serra Rodríguez (España) 108
- 05/ Algunas consideraciones sobre los elementos esenciales del contrato en el Código civil español. Gorka Galicia Aizpurúa (España) .. 142
- 06/ La perfección del contrato en el Código civil español. Josefina Alventosa (España)... 176
- 07/ De nuevo sobre el valor contractual de la publicidad en la compraventa de bienes inmuebles: de la STS de 27 de enero de 1977 a la STS de 20 de noviembre de 2017. M^a. Pilar Montes Rodríguez (España).. 218
- 08/ Acerca de la redefinición de la autonomía privada en la sociedad tecnológica. Raquel Luquin Bergareche (España) 260
- 09/ Los mandatos irrevocables y su repercusión en cláusulas societarias en el derecho chileno. Alex Zúñiga Tejos (Chile) .. 294
- 10/ La relación entre causa y forma del contrato vista a través de una sentencia del Tribunal Supremo español. Pedro Luis Landestoy Mendez (Cuba) 338

C) DERECHO DE FAMILIA

- 11/ Apuntes sobre el derecho de uso de la vivienda familiar en Italia. Pedro Chaparro-Matamoros (España)..... 360

D) DERECHO DEL TRABAJO

- 12/ Los retos de la inspección de trabajo en el sector doméstico en España. Olga Lenzi (España) 378

E) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- 13/ Algunas cuestiones relevantes de Derecho internacional privado del Reglamento general de protección de datos. Juan José Gonzalo Domenech (España)..... 404

F) DERECHO DE CONSUMO

- 14/ ¿El contratante de tiempo compartido es consumidor? Avance crítico sobre la definición de consumidor chileno y el ámbito objetivo de aplicación de la ley. Alfredo Ferrante (Chile) 438

CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

- 15/ Naturaleza de los plazos en los procedimientos de gestión e inspección tributaria en relación al procedimiento administrativo común. Fernando Hernández Guijarro (España) 470
- 16/ Mediación penal y violencia en el marco de una relación de afectividad, una asignatura pendiente. Raquel Borges Blázquez (España) 488

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

A) DERECHO DE LA PERSONA

- 17/ La prueba preconstituida en casos de víctimas especialmente vulnerables. Comentario a la STS núm. 848/2017, de 22 de diciembre. Elisa Simó Soler (España) 502

PANORAMA

- 18/ El derecho común: notas sobre una realidad histórico-jurídica. Sandra Adams (España)..... 516

RECENSIÓN

- 19/ Barona Vilar, S.: Proceso penal desde la historia. Desde su origen hasta la sociedad global del medio, Tirant lo Blanch: Valencia, 2017, por Elena de Luis García (España) 540

FUNDACIÓN IURIS TANTUM

DR. ORLANDO PARADA VACA
Presidente

DIRECCIÓN GENERAL

DR. JOSÉ RAMÓN DEVERDA Y BEAMONTE
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SECRETARÍA

DR. PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

CONSEJO EDITORIAL

DR. PEDRO TALAVERA FERNÁNDEZ
Prof. Titular de Filosofía del Derecho, Universidad de Valencia, España

Msc. CLAUDIA J. PARADA ALGARAÑAZ
Profª Universidad Católica Boliviana “San Pablo”, Bolivia

DR. ALEX PARADA MENDÍA
Profª Titular de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

DRA. VIRGINIA PARDO IRANZO
Profª Titular de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

DRA. ROSA MOLINER NAVARRO
Profª Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

COMITÉ CIENTÍFICO:

DR. ÁNGEL A. BLASCO PELLICER
Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad de Valencia, España

DRA. PÍA CALDERÓN CUADRADO
Catedrática de Derecho Procesal, Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, España

DR. SALVADOR CARRIÓN OLMOS
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

DR. ÍÑIGO DE LA MAZA GAZMURI
Catedrático de Derecho Civil, Universidad Diego Portales, Chile

DR. JORGE ESQUIROL
Law Professor, Florida International University (FIU), USA

DR. GIAMPAOLO FREZA
Catedrático de Derecho Privado, Universidad Lumsa de Palermo, Italia

DR. ENRIQUE GÓMEZ ROYO
Catedrático Emérito de Derecho Romano, Universidad de Valencia, España

DR. FRANCISCO JOSÉ MAGRANER MORENO
Catedrático de Derecho Financiero, Universidad de Valencia, España

DR. LORENZO MEZZASOMA
Catedrático de Derecho Privado, Universidad de Perugia, Italia

DR. CARLOS PIZARRO WILSON
Catedrático de Derecho Civil, Universidad Diego Portales, Chile

DRA. MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

DR. EMILIANO BORJA JIMÉNEZ
Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

DR. GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA
Catedrático de Derecho Privado, LUMSA, Palermo, Italia

DR. JOSÉ ANTONIO COBACHO GÓMEZ
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Murcia, España

DR. JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO
Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Valencia, España

DR. ANDREA FEDERICO
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Salerno, Italia

DR. LAURENT NEYRET
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Artois, Francia

DR. GABRIEL GARCÍA CANTERO
Catedrático Emérito de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

RESPONSABLES DE SECCIÓN:

Derecho y Bioética

DRA. JOSEFINA ALVENTOSA DEL RÍO
Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Derecho Constitucional

DR. JUAN MARTÍNEZ OTERO
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo, Universidad de Valencia, España

Derecho y Deporte

DR. EMANUELE INDRACCOLO
Profesor Titular de Derecho Privado, Universidad de Salerno, Italia

Derecho Internacional Privado

DR. ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ
Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Privado, Universidad Miguel Hernández de Elche, España

Derecho Mercantil

DR. PABLO GIRGADO PERENDONES
Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Tarragona, España

Derecho y Nuevas Tecnología

DR. DAVID LÓPEZ JIMÉNEZ
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad Autónoma de Chile

Derecho Procesal

DRA. ROSA MARÍA PASCUAL SERRATS
Profesora de Derecho Procesal, Universidad CEU-Valencia, España

Derecho de Consumo

DRA. MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Derecho Financiero

DR. ANTONIO VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA
Profesor Adjunto de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Navarra, España

Derecho Medioambiental

DRA. ANNA MALOMO
Profesora Titular Acreditada de Derecho Privado, Universidad de Salerno, Italia

Derecho Notarial y Sucesorio

DRA. MARÍA ELENA COBAS COBIELLA
Profesora Contratada Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Derecho Penal

DRA. ASUNCIÓN COLÁS TURÉGANO
Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

Propiedad Intelectual e Industrial

DR. PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Teoría General del Derecho

DR. PEDRO TALAVERA FERNÁNDEZ
Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Universidad de Valencia, España

Derecho Comparado

DR. GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA
Catedrático de Derecho Civil, LUMSA, Palermo, Italia Derecho del Trabajo

Derecho del Trabajo

DR. EDUARDO TALÉNS VISCONTI
Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo, Universidad de Valencia, España

CONSEJO DE REDACCIÓN

DR. GIOVANNI BERTI DE MARINIS
Profesor Investigador en Derecho Privado, Universidad de Perugia, Italia

D. DIEGO ELOY GARCÍA GARCÍA
Graduado en ADE-Derecho, Universidad de Valencia, España

D. FRANCESCO LA FATA
Doctorando en Derecho, Universidad del Sannio, Italia

D. GONZALO MUÑOZ RODRIGO
Graduado en Derecho, Universidad de Valencia, España

D. VALERIO ROTONDO
Doctorando en Derecho, Universidad del Molise, Italia



FUNDACIÓN IURISTANTUM
REVISTA BOLIVIANA DE DERECHO
AÑO XIII - N°26
JULIO/2018
EDICIÓN SEMESTRAL
ISSN-2070-8157
SANTA CRUZ - BOLIVIA

FINES Y OBJETIVOS

Nuestra finalidad es difundir el pensamiento jurídico boliviano y colocar al alcance de los juristas nacionales la doctrina en el ámbito iberoamericano.

Tenemos como objetivo contribuir al desarrollo de la ciencia jurídica, promoviendo el debate sobre temas jurídicos relevantes ya que, el conocimiento de la doctrina y el pensamiento jurídico actualizado y moderno permitirá que, también los bolivianos, podamos integrarnos al mundo globalizado de hoy, intentando producción propia en la interpretación y aplicación de nuestra legislación, siempre en defensa de los derechos fundamentales.

COBERTURA TEMÁTICA:

Las áreas que intentamos abarcar son: Derecho Constitucional, Derecho Penal, Derecho Administrativo, Derecho Civil y Derecho Comercial o Mercantil.

PÚBLICO AL QUE ESTÁ DIRIGIDO:

Juristas, docentes, estudiosos e investigadores, estudiantes y curiosos de la ciencia del Derecho en sus diversas manifestaciones.

FINES, TÉRMINOS Y CONDICIONES DE USO DE RBD

I. Generalidades.

Este sitio web (www.revistabolivianadederecho.com), es propiedad de la “Fundación Iuris Tantum”, entidad boliviana sin ánimo de lucro, con domicilio en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra.

El uso de este sitio web implica la aceptación y el cumplimiento, por parte del usuario del sitio web, de todas y cada una de las presentes Condiciones de Uso, especialmente, del compromiso de no realizar aquellas conductas que más abajo se detallan como prohibidas. El mero acceso y/o utilización del sitio web, de todos o parte de sus contenidos y/o servicios significa la plena aceptación de las presentes condiciones generales de uso.

La “Fundación Iuris Tantum” podrá establecer limitaciones y/o condiciones adicionales para el uso y/o acceso al sitio web y/o a los contenidos, las cuales deberán ser observadas por los usuarios en todo caso.

2. Usos permitidos.

La utilización permitida del presente sitio web atiende a fines exclusivos de investigación y documentación jurídica, sin que se permita la explotación privada o comercial de ninguna de las obras que forman parte de los distintos números de la Revista Boliviana de Derecho, ya sean ordinarios o extraordinarios. Queda prohibido el uso de cualquier sistema o software automatizado para extraer datos de esta página web para fines comerciales (adquisición de datos o “screen scraping”).

Ante el uso indebido y no autorizado de la presente página web, la Fundación Iuris Tantum se reserva el derecho a ejercitar las acciones que considere oportunas, incluso a instar procedimientos judiciales sin previa notificación.

3. Modificaciones de los términos y condiciones de uso.

La Fundación Iuris Tantum se reserva la facultad de modificar en cualquier momento, sin previo aviso, las condiciones generales de uso del sitio web.

4. Obligaciones del usuario.

El usuario deberá consultar y respetar en todo momento los términos y condiciones establecidos en las presentes condiciones generales de uso del sitio web. Asimismo, deberá cumplir las especiales advertencias o instrucciones contenidas en el sitio web y a obrar siempre conforme a la ley, a las buenas costumbres y a las exigencias de la buena fe, teniendo en cuenta la naturaleza gratuita del servicio del que disfruta.

5. Cláusula de limitación de responsabilidad.

La Fundación Iuris Tantum no asume responsabilidad alguna respecto a los posibles daños y perjuicios causados por el uso de este sitio web o de cualquier otro al cual se haya accedido a través de un enlace inserto en el presente sitio web.

6. Propiedad intelectual e industrial.

El presente sitio web se reserva todos los derechos sobre los contenidos, información, obras, textos, gráficos, diseños, logos, marcas, símbolos, signos distintivos, datos y servicios que ostente.

En ningún caso se entenderá que se concede licencia alguna o se efectúa renuncia, transmisión, cesión total o parcial de dichos derechos, ni se confiere ningún derecho de explotación sobre dichos elementos, sin la previa autorización expresa y por escrito de la Fundación Iuris Tantum o de los titulares de los derechos correspondientes.

7. Cláusula de legislación aplicable, jurisdicción competente y notificaciones.

Las presentes condiciones se rigen y se interpretan de acuerdo con la legislación boliviana.

Todas las controversias o diferencias con relación a la interpretación, aplicación, cumplimiento y ejecución del presente contrato, renunciando expresamente a cualquier otro fuero que pudiera corresponderles, se resolverán en el Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial (CCAC) de la Cámara de Industria, Comercio, Servicios y Turismo de Santa Cruz (CAINCO), conforme a los siguientes medios: Como primer medio de solución se establece la Conciliación, la cual se regirá de acuerdo al Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de CAINCO, vigente al momento de la presentación de la conciliación. Si la controversia no ha sido resuelta a través de la conciliación o persistiera parte de ella, como segundo medio se aplicará el arbitraje institucional a efectuarse en el Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de CAINCO de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), al que se encomienda la administración del arbitraje conforme al Reglamento vigente a la fecha en que se presente la solicitud de arbitraje. El presente acuerdo implica la renuncia expresa a iniciar cualquier proceso judicial.

En materia penal se someten a los Juzgados y Tribunales de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia).

Todas las notificaciones, requerimientos, peticiones y otras comunicaciones que el usuario desee efectuar a la Fundación Iuris Tantum deberán realizarse por escrito y se entenderá que han sido correctamente realizadas cuando hayan sido recibidas en la siguiente dirección: revistarbd@gmail.com



DISTORSIÓN FACIAL DE ROSTRO DE MENORES Y DERECHO A LA IMAGEN.

Tratándose de intromisiones en los derechos de la personalidad de los menores, la libertad de información no juega como causa de exclusión de la ilegitimidad de aquéllas, tal y como sucede en el caso de los adultos.

En este sentido se pronuncia, con total claridad, la jurisprudencia constitucional, entendiendo que los derechos de la personalidad de los menores prevalecen sobre la libertad de información, de modo que no cabe entrometerse en la intimidad de aquéllos, ni captar o publicar su imagen sin su consentimiento o el de sus representantes legales, si carecen de madurez suficiente para prestarlo. V. ya, en este sentido, STC 134/1999, de 24 de mayo (RTC 1999, 134), FJ 6; y STC 127/2003, de 30 de junio (RTC 2003, 127), FJ 7; y, con total claridad, STC 158/2009, de 29 de junio (RTC 2009, 158), la cual afirma que “el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una protección especial, en aras a proteger el interés superior del menor”, lo que justifica del siguiente modo: “En efecto, cabe recordar que, de conformidad con el art. 20.4 CE, las libertades de expresión e información tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el título I, en las leyes que lo desarrollan ‘y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia’”.

Es, por ello, que la última de las sentencias citadas ha considerado ilegítimo que en un reportaje periodístico sobre las actividades de un centro, encabezado con el titular “Discapacitados” se usara una fotografía de gran tamaño en la que el hijo de los demandantes (que no era discapacitado) aparecía en primer plano, sentado junto a otro niño, y con el rostro perfectamente visible, pudiendo leerse en el pie de foto lo siguiente “Los discapacitados necesitan todo tipo de atención desde sus primeros años de vida”. Ha afirmado que “es indiscutible que el interés social o la finalidad loable que pudiera tener el reportaje son cuestiones que carecen de trascendencia para considerar la publicación no consentida de la fotografía del menor como un atentado a su derecho a la propia imagen”; y añade: “Ni existe un interés público en la captación o difusión de la fotografía que pueda considerarse constitucionalmente prevalente al interés superior de preservar la captación o difusión de las imágenes

de los menores en los medios de comunicación, ni la veracidad de la información puede justificar esa intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de los menores, pues este derecho fundamental del menor viene a erigirse, por mor de lo dispuesto en el art. 20.4 CE, en límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz”.

Esta doctrina es claramente seguida por el Tribunal Supremo, a partir de la conocida STS 19 noviembre 2008 (RJ 2008, 6055), según la cual, tratándose de menores, “ha de partirse de la base de que siempre que no medie el consentimiento de los padres o representantes legales de los menores con la anuencia del Ministerio Fiscal, la difusión de cualquier imagen de éstos ha de ser reputada contraria al ordenamiento jurídico”; por ello, consideró ilegítima la publicación en un periódico de la foto de dos menores de corta edad, vestidos con trajes típicos sevillanos sentados en la parte trasera de una calesa, captada (sin el consentimiento de los padres) en el momento en ambos comenzaban a darse un beso, con la finalidad de publicitar la Feria de Abril.

Con el mismo argumento, la STS 30 junio 2015 (RJ 2015, 2661) (en un supuesto semejante) ha calificado como ilegítima la publicación en un medio de difusión cultural de la foto de un menor en brazos de su tío, acariciando una rapaz, para ilustrar una exposición de cetrería en un Museo. La madre había autorizado la captación de la imagen, pero no su publicación para informar de una exposición de la que era director el referido tío. En ella se afirma que “ni la forma en que se obtuvo el fotograma, ni el contenido visual de la imagen, que fue elegida para su publicación por cuanto resultaba estéticamente bella y atractiva, ni la finalidad de la publicación y su repercusión, son datos que pueden ser valorados”.

Así mismo, la STS 18 febrero 2013 (RJ 2013, 2016) ha considerado constitutiva de una intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad y a la propia imagen de dos menores la publicación de unas fotografías en las que aparecían junto a sus padres (personajes de proyección social) en una playa de un país africano, siendo reconocibles, a pesar de haber sido su rostro parcialmente distorsionado. Dice, así, que “El interés social o la finalidad loable que pudiera tener el reportaje son cuestiones que carecen de trascendencia para considerar la publicación no consentida de la fotografía de los menores como un atentado a su derecho a la propia imagen y a su intimidad”.

Esta sentencia nos da pie a realizar una reflexión: ¿la completa distorsión del rostro o la ocultación de los ojos de un menor evita que el uso de una fotografía del mismo pueda ser constitutivo de una intromisión ilegítima del derecho a su propia imagen?

A mi parecer no, si puede reconocerse de manera indubitada quien es la persona fotografiada, incluso por datos externos a la imagen publicada, por ejemplo, porque se dice su nombre o se identifica claramente a sus padres, ya que en estos casos también tiene lugar una representación gráfica de los rasgos generados por la figura humana (que no sólo es el rostro), referible a una persona identificable.

Por ello, no estoy de acuerdo con la SAP Madrid 17 febrero 2016 (AC 2016, 585), que ha considerado que no constituye una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen el uso de la fotografía de una menor en un artículo periodístico en el que se informaba del secuestro de la misma, por haberse distorsionado su rostro, entendiendo que sólo hay una lesión del derecho a la intimidad, por haberse suministrado datos que permiten su reconocimiento, concretamente, el nombre y la profesión de su padre.

Me parece, en cambio, correcta la solución a la que ha llegado SAP Málaga 5 abril 2017 (AC 2017, 978), la cual ha apreciado la existencia de una intromisión ilegítima conjunta en los derechos a la intimidad y a la propia imagen, por haberse publicado en una revista la foto de un bebé de ocho meses mientras se encontraba con sus padres en una piscina. Ha desestimado el argumento de la demandada de que no se había vulnerado el derecho a la propia imagen del menor, porque se había distorsionado el rostro del mismo, afirmando que dicha distorsión del rostro no impide su reconocimiento al habersele situado en el entorno de su familia.

Por su parte, la SAP Madrid 3 mayo 2017 (AC 2017, 966) consideró que constituía una intromisión en los derechos a la intimidad y a la propia imagen la publicación de la fotografía de un menor para ilustrar un reportaje sobre sus padres, porque la distorsión del rostro era insuficiente y no impedía el reconocimiento del mismo.

José Ramón de Verda y Beamonte.

DOCTRINA



RESPONSABILIDAD MÉDICO-SANITARIA POR DAÑOS
VINCULADOS A LA CONCEPCIÓN, GESTACIÓN Y NACIMIENTO DE
LA PERSONA

*MEDICAL-SANITARY RESPONSIBILITY FOR DAMAGES RELATED TO
CONCEPTION, GESTATION AND BIRTH OF THE PERSON*

Rev. Boliv. de Derecho N° 26, julio 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 18-57

Pilar
GUTIÉRREZ
SANTIAGO

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de abril de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 20 de mayo de 2018

RESUMEN: Este trabajo aborda, desde un prisma teórico-práctico, la heterogénea problemática jurídica de los daños prenatales en el marco de la responsabilidad médica (ya en la sanidad privada, ya en la pública). Además de la causación de lesiones por una mala praxis médica en el momento del parto o en el curso del embarazo, y sin obviar las acciones «*wrongful death*» (por fallecimiento prenatal) y «*wrongful conception*» (por nacimiento indeseado de un hijo sano), una atención particular merecen las dos principales categorías de reclamaciones por diagnósticos prenatales erróneos o inexistentes: las acciones «*wrongful birth*», donde la indemnizabilidad del daño moral de los progenitores por la pérdida de oportunidad de optar por el aborto cuenta con un notable respaldo doctrinal y jurisprudencial; y las acciones «*wrongful life*» que, formuladas en nombre del propio hijo nacido con graves anomalías no detectadas, son denostadas desde el plano dogmático y habitualmente desestimadas en el foro judicial.

PALABRAS CLAVE: *Nasciturus*; daños prenatales; responsabilidad médico-sanitaria; lesiones o taras causadas por la atención médico-sanitaria previa al nacimiento; procreación irresponsable; acciones «*wrongful birth*» y daño moral de los padres por pérdida de oportunidad de optar por la interrupción voluntaria del embarazo; acciones «*wrongful life*»; acciones «*wrongful death*» o por muerte prenatal; acciones «*wrongful conception*» o por indeseada concepción y nacimiento de un hijo sano.

ABSTRACT: This paper addresses, from a theoretical-practical perspective, the heterogeneous legal problems of prenatal damage in the context of medical responsibility (private or public). In addition to the cause of injuries by medical malpractice at the time of childbirth or in the course of pregnancy, and without obviating the actions “*wrongful death*” (by prenatal death) and “*wrongful conception*” (by unwanted birth of a healthy son), a particular attention deserves the two main categories of claims by erroneous or non-existent prenatal diagnoses: the “*wrongful birth*” actions, where the compensation of the moral damage of the parents for the loss of opportunity to opt for the voluntary interruption of pregnancy has a notable support of the doctrine and the jurisprudence; and the “*wrongful life*” actions that, formulated in the name of the son born with the serious anomalies not detected, are generally rejected from the dogmatic level and usually dismissed by the judges.

KEY WORDS: *Nasciturus*; prenatal damage; medical-sanitary responsibility; injuries or defects caused by medical-health care prior to birth; irresponsible procreation; “*wrongful birth*” actions and moral damage to parents for loss of opportunity to opt for voluntary termination of pregnancy; actions “*wrongful life*”; actions “*wronged death*” or by prenatal death; actions “*wrong conception*” or by unwanted conception and birth of a healthy son.

SUMARIO.- PLANTEAMIENTO DEL TEMA: CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL NASCITURUS COMO BENEFICIARIO DE INDEMNIZACIONES DERIVADAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL.- II. EXCURSUS PREVIO SOBRE LA LLAMADA «PROCREACIÓN IRRESPONSABLE» E HIPÓTESIS AFINES.- III. LOS DAÑOS PRENATALES EN EL MARCO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA: PRETENSIONES RESARCITORIAS DE PADRES E HIJOS.- 1. Causación de lesiones o taras en el nacido por la atención médico-sanitaria previa a su nacimiento.- 2. Daños personales asociados a diagnósticos prenatales y demandas indemnizatorias de los progenitores, en su propio nombre o en el de su hijo.- A) Acciones «*wrongful birth*»: referencia particular al daño moral de los padres por pérdida de oportunidad de optar por la interrupción voluntaria del embarazo.- B) Acciones «*wrongful life*»: reticencias doctrinales y desestimación generalizada de dichas acciones en la praxis judicial.- 3. Breve alusión a las acciones «*wrongful death*» y a las acciones «*wrongful conception*» (o por indeseada concepción y nacimiento de un hijo sano).

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA: CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL NASCITURUS COMO BENEFICIARIO DE INDEMNIZACIONES DERIVADAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

Ya en 1952 afirmaba DE CASTRO que “el nacido tiene derecho a ser indemnizado por los daños sufridos durante el periodo de gestación, en los bienes que le correspondan, en su situación familiar (muerte del padre, o de la madre al dar a luz) y respecto a su misma persona (defectos físicos o lesiones orgánicas que le fueran ocasionadas)”¹. Y es que, ciertamente, *prima facie* no parece plantear mayores dificultades la posibilidad de incluir, dentro de los efectos favorables para el concebido no nacido a que irradia su retroacción el art. 29.2 del Código Civil²,

1 DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho civil de España*, II, Civitas, Madrid, 1984 (repr. facs. 1952, Instituto de Estudios Jurídicos), p. 131.

2 Tras afirmar que “*El nacimiento determina la personalidad*”, dispone el art. 29 CC en su segundo inciso que “*el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente*”; esto es, siempre que nazca con vida, pues el vigente art. 30 -tras su reforma por la Ley 20/2011, de 21 julio, del Registro Civil (Disp. Finales 3ª y 10ª)- establece que “*La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*”.

• Pilar Gutiérrez Santiago

Catedrática de Derecho Civil. Secretaria General de la Universidad de León. Autora de 7 monografías, 6 libros en coautoría y numerosos artículos y capítulos de libro. Galardonada con 11 Premios de investigación jurídica (Premio La Ley, Premio de Derecho Privado “Castán Tobeñas”, 2º Premio Consejo General del Notariado, dos Premios del Consejo Andaluz de la Abogacía, 1º Accésit del Premio “García Goyena” y del Premio CEF, etc.). Participación en 12 Proyectos de investigación I+D y en una Red europea de Excelencia (“Responsabilidad jurídica”). Diversas estancias becadas de investigación en centros extranjeros (Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato de Florencia, Istituto di Diritto Privato de Roma, etc.). Más de una centena de ponencias y conferencias en Congresos, tanto en universidades españolas como extranjeras (Universidad de Trento, Externado de Colombia, UNAM, Buenos Aires, Río de Janeiro, Santiago de Chile, etc.). mpguts@unileon.es.

las indemnizaciones³ por la responsabilidad derivada de los perjuicios (materiales, familiares o personales) sufridos por aquel desde el momento de su concepción⁴.

Ni que decir tiene que, a esos efectos, en principio es irrelevante que tal responsabilidad por daños se haya dirimido y determinado en el orden jurisdiccional civil, contencioso-administrativo, penal o laboral; y correlativamente, cuál haya sido el concreto hecho dañoso del que aquella traiga causa (por ejemplo, desde los daños causados al *nasciturus* por una deficiente asistencia médica, ya en la sanidad privada ya en la pública, hasta los derivados del asesinato de su padre⁵ o de la muerte de este en un siniestro laboral⁶ o en un accidente de tráfico⁷). Es obvio, pues, que pretender, no ya abordar con el mínimo rigor, sino dar cuenta siquiera de la infinidad de hipótesis posibles obligaría a embarcarnos no solo en el campo de la responsabilidad civil *stricto sensu* (eminentemente extracontractual conforme

3 Si bien estas indemnizaciones se encuadran dentro de la proyección *patrimonial* del art. 29.2 CC -como igualmente, por ejemplo, la pensión alimenticia fijada en favor del hijo en procesos de separación y divorcio donde la esposa está aún embarazada, o los clásicos derechos sucesorios del *nasciturus* (arts. 959 a 967 CC) y las donaciones a su favor (art. 627 CC)-, ello no obsta a que, conforme a la propia dicción de dicho art. 29 -que habla de «*todos los efectos que le sean favorables*» [al concebido]-, quepa entender que esta formulación legal, de carácter omnicompreensivo, no se limita a la vertiente exclusivamente patrimonial sino que abarca también los efectos favorables de índole *extrapatrimonial* (RR. DGRN 31 marzo 1992 [RJ 1992/3474], 12 julio 1993 [RJ 1993/6357], 7 septiembre 2001 [JUR 2001/8437], 26 diciembre 2002 [JUR 2003/57531] y 23 mayo 2007 [JUR 2008/256348]). Sobre el tema me permito remitir a lo que he escrito al respecto en GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La protección jurídico-civil del nasciturus y del recién nacido*, Aranzadi-Lex Nova, Valladolid, 2015, pp. 48 y ss.

4 Vid. expresamente en este sentido, p.ej. GONZÁLEZ GOZALO, A.: «Com. art. 29 CC», en *Comentarios al Código Civil*, coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 161; ALISTE SANTOS, T. J.: *Tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 168-170; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: «Com. arts. 29-30 CC», en *Código Civil Comentado*, I (dir. por CAÑIZARES LASO, A./DE PABLO CONTRERAS, P./ORDUÑA MORENO, J./VALPUERTA, R.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 276-277.

5 Vid. el rocambolesco asunto resuelto por la SAP Burgos 30 septiembre 2002 (JUR 2002/256200) que, en concepto de responsabilidad civil derivada del delito, concedió «en favor de la hija del fallecido, nacida siete meses después del asesinato de su padre», una indemnización de 120.202,42 euros, comprensiva de daños morales y materiales.

Al hilo de este asunto en el que se indemniza al *nasciturus* por *daño moral* como consecuencia del fallecimiento de su padre -como igualmente hacen, p.ej., la SAP Castellón 3 septiembre 2002 (ARP 2002/642) o la STSJ Castilla-La Mancha 11 febrero 2015 (JUR 2015/58919)-, interesa destacar la opinión discrepante que al respecto mantiene en nuestra doctrina ALISTE, T. J.: *Tutela judicial efectiva del nasciturus*..., cit., 2011, pp. 168-169. En contra de dicho criterio jurisprudencial, señala el autor que en estos casos «el resarcimiento del daño sufrido por el concebido se ciñe exclusivamente a reparar la disminución de expectativas patrimoniales por pérdida del padre. La posibilidad de *daño moral* difícilmente puede entenderse comprendida en este supuesto porque no se puede argumentar que el concebido haya experimentado aflicción alguna por la muerte de su progenitor».

6 Además de las clásicas SSTs 5 junio 1926 (*Jurisprudencia Civil*, T.171, 1928, pp. 362 y ss.) y 15 marzo 1927 (*Jurisprudencia Civil*, T.174, 1929, pp. 234 y ss.) -comentadas, al hilo del art. 29.2 CC, por MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: «Com. arts. 29-30 CC», en *Código Civil*..., I, cit., 2011, p. 275-, ya en fechas más próximas a nuestros días cabe

recordar la SAP Castellón 3 septiembre 2002 (ARP 2002/642) -que en relación al accidente laboral sufrido por un albañil encofrador que falleció al caer al vacío desde la décima planta del edificio en construcción, acordó indemnizar al hijo que esperaba, nacido después de la muerte del trabajador-, o la SAP A Coruña 31 julio 2009 (JUR 2009/399606) que, en un pleito de responsabilidad civil extracontractual por la muerte de una funcionaria de Correos durante el reparto de correspondencia en la cantera de una explotación minera, estimó que debía también indemnizarse a la nieta, nacida un mes después del fallecimiento de su abuela.

7 Pese a que el concebido no aparece contemplado, *expressis verbis*, en la lista de «perjudicados» por muerte de la víctima que recoge el sistema legal de valoración de daños causados a las personas en la circulación de vehículos a motor (Ley 35/2015, de 22 septiembre), son no pocas las sentencias que le reconocen el derecho a ser indemnizado por la muerte de su padre en un accidente de tráfico acaecido antes de que aquel hubiera nacido (SS.AAPP Córdoba 25 septiembre 1997 [AC 1997/1793] y Burgos 17 octubre 2013 [ARP 2013/1160]) o por el fallecimiento de un hermano del entonces *nasciturus* (SS.AAPP Barcelona 20 septiembre 2000 [ARP 2000/3289] y Badajoz 11 noviembre 2002 [JUR 2003/13358]).

a los arts. 1902 y ss. CC⁸), sino también en el respectivo régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas⁹, la responsabilidad civil derivada del delito (arts. 109 a 122 CP) o la responsabilidad por accidentes de trabajo (arts. 156, 164.3 y concordantes del TR de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

Ante lo absolutamente inabarcable de tal enfoque, más propio de un auténtico tratado de responsabilidad civil, dejaremos aquí fuera de nuestro estudio el derecho del concebido a ser indemnizado por los daños sufridos en su esfera *familiar* antes de haber nacido (y, por ende, la responsabilidad por muerte de familiares del *nasciturus*, fundamentalmente en accidentes de circulación y accidentes laborales)¹⁰ y nos limitaremos a esbozar una tipología de los principales daños asociados a la procreación¹¹, la gestación y el nacimiento del ser humano en el campo de la

- 8 Sin perjuicio del palpable predominio de los supuestos de responsabilidad extracontractual, A. MACÍ MORILLO (*La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales: Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005), en su estudio de las acciones *wrongful life* -de las que más adelante aquí trataremos- analiza también la posible virtualidad que, sin dejar de ser muy excepcional (pp. 183 y 580), podrían tener en ciertas hipótesis las reglas generales de la *responsabilidad contractual* de los arts. 1101 y ss. CC (pp. 184-207); y asimismo se ocupa de examinar (pp. 149 y 309-315) la eventual incardinación de dichas acciones en el campo de aplicación de la normativa sobre responsabilidad por servicios defectuosos conforme a la *legislación de defensa de los consumidores y usuarios* en su proyección al ámbito sanitario (hoy, arts. 128 a 134 y 147-148 del TR 1/2007 de la LGDCU y otras leyes complementarias).
- 9 Los artículos 139 a 146 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común quedaron sin vigencia tras la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que tuvo lugar, conforme a su Disp. Final 7ª, al año de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE 2.10.2015). Así, pues, desde el 2 de octubre de 2016 la responsabilidad patrimonial de la Administración ha pasado a regirse por lo dispuesto, a efectos procedimentales, en la citada Ley 39/2015 (arts. 61.4, 65, 67, 81, 86.5, 91, 92 y 96.4); y muy en especial, por la regulación sustantiva contenida en la Ley 40/2015, de 1 octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público -que entró en vigor en esa misma fecha-, concretamente en los arts. 32 a 37, constitutivos del Capítulo IV («De la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas») de su Título Preliminar.
- 10 De ello me he ocupado en otros lugares (vid. GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: “Derechos, expectativas e intereses en la situación jurídico-civil del *nasciturus*”, en *Razonar sobre derechos*, coord. por J.A. GARCÍA AMADO, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 530-535; y *La protección...*, cit., 2015, pp. 85-94), donde he examinado las posiciones doctrinales y jurisprudenciales acerca de la aplicabilidad del art. 29.2 CC a efectos de otorgar indemnizaciones a favor del concebido por la pérdida de familiares en *accidentes de trabajo y de tráfico* y en sede de *responsabilidad civil ex delicto*. Vid. igualmente GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: “Daños por procreación y durante la gestación: responsabilidad civil y pretensiones resarcitorias de padres e hijos”, en *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, dir. por J.A. GARCÍA AMADO, Bosch, Barcelona, 2017, pp. 205-213.
- 11 Conviene advertir que nos referiremos exclusivamente a los daños producidos en el ámbito de lo que cabría denominar la procreación “natural”, ya que en el campo de las técnicas de reproducción asistida humana (reguladas por la Ley 14/2006, de 26 mayo) se abre todo un mundo de complejos interrogantes en materia de responsabilidad civil, que serían merecedores de un estudio autónomo. En ese ámbito es de cita inexcusable el agudo y ya clásico trabajo de PANTALEÓN PRIETO, F.: “Procreación artificial y responsabilidad civil”, en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 245-317.
También resultan de interés sobre el tema las reflexiones de DE LA MAZA GAZMURI, I.: “Plegarias atendidas: procreación asistida y *wrongful life actions*”, en *Daños en el Derecho de Familia* (coord. por J.R. DE VERDA BEAMONTE), Cizur Menor/Aranzadi, 2006, pp. 76-78, quien da cuenta de la vastísima y complicada problemática de responsabilidad civil relacionada con las técnicas de reproducción asistida (entre otras hipótesis, las de responsabilidad por manipulación de embriones, por mala praxis médica, por alteraciones del genotipo, por utilización de gametos de un tercero donante y un largo etcétera). Concretamente, el autor (pp. 76-77) ilustra el panorama con dos casos, uno de ellos acontecido en Estados Unidos y el otro en Inglaterra: “En el caso estadounidense dos parejas infértiles acudieron el mismo día al *In Vitro Fertility Center of New York* para seguir su tratamiento. Ambas parejas estaban involucradas en procedimientos de fertilización *in vitro* con el objetivo de conseguir preembriones y tener sus propios hijos. Debido a un error de la clínica los preembriones se confundieron ese día, de manera que a una de las mujeres se le implantaron embriones de la otra. Unas semanas

responsabilidad médica y hospitalaria (ya civil, penal o de la Administración), así como a plantear la problemática que suscita el conglomerado de acciones indemnizatorias que ante tales daños cabe entablar (con frecuencia por los padres contra terceros, y de modo excepcional por los hijos frente a sus propios progenitores), sin dejar de prestar atención a algunos de los supuestos en que, al hilo de la praxis judicial, se ha estimado al mismo concebido beneficiario directo del resarcimiento –en el que, a menudo, concurren partidas en concepto de daño material y de daño moral- de los perjuicios que le hayan sido causados por el personal sanitario con anterioridad al nacimiento.

más tarde esta mujer se enteró de que estaba embarazada y se trataba de gemelos. Al corto tiempo la clínica avisó a las dos parejas del error que había cometido. Algunos meses más tarde, la mujer a quien se implantaron los preembriones por error dio luz a dos niños: uno caucásico como ella y su marido y el otro de raza negra, como los integrantes de la otra pareja. En el caso inglés hubo una confusión de gametos que concluyó en que una madre caucásica diera a luz a dos niños de raza negra. Los test genéticos revelaron esta vez que la mujer que dio a luz a los niños era su madre biológica, pero que había sido inseminada por error con esperma de un hombre de raza negra que había visitado la clínica junto a su mujer”.

Asimismo recuerda DE LA MAZA (pp. 90-91) otro caso norteamericano, muy diferente de los anteriores -el caso *Johnson v. Superior Court of Los Angeles County*, de la primera década de los 2000-, donde una menor nacida mediante técnicas de reproducción asistida demandó por los daños sufridos al banco de esperma Cryobank que en 1986 había aprobado el material reproductivo de un sujeto, pero cometió un fallo al analizarlo pues el donante era portador de una enfermedad de carácter hereditario (poliquitosis renal). Puesto que los Johnson utilizaron ese esperma para concebir a su hija, esta nació con la referida enfermedad.

En la praxis judicial española más reciente, interesa traer a colación la SAP Las Palmas 16 mayo 2016 (JUR 2016/159212) -declarada firme por el Auto del TS 11 enero 2017 (JUR 2017/15077)- que estimó la acción interpuesta por la madre, en su propio nombre y en el de sus dos hijos menores de edad, contra el Instituto Canario de Infertilidad por su actuación negligente en el control de identificación y trazabilidad del material reproductivo, pues el embarazo gemelar de la demandante a través de la técnica de reproducción asistida contratada con la entidad demandada se produjo *con material reproductivo de un varón desconocido, distinto al de su pareja*; razón por la cual la AP acordó indemnizar a la madre con 75.000 euros por daño moral y con 120.000 euros a cada uno de los gemelos por daños morales y materiales.

Asimismo en relación con otro tipo de daños en el campo de la reproducción asistida, la STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 6 febrero 2017 (JUR 2017/76019) ha estimado parcialmente la responsabilidad patrimonial de la Administración -aunque con el voto particular discrepante de dos Magistrados- condenando a la Comunidad de Madrid (y a su compañía aseguradora) a indemnizar con 2.000 euros el daño moral consistente en “la aflicción, zozobra y sufrimiento psíquico infligidos a los sentimientos” de una mujer por la *pérdida injustificada de los embriones criopreservados que habían sido obtenidos con material reproductor de su esposo fallecido*. Habiendo este prestado en documento notarial su consentimiento para la utilización *postmortem* de su material biológico en el plazo de doce meses (ex art. 9 de la Ley 14/2006, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida), y producida la pérdida de los embriones por funcionamiento anormal del Servicio de Reproducción Humana del Hospital de La Paz (fallos técnicos del laboratorio en el mantenimiento del contenedor criogénico, sin que concurriera causa de fuerza mayor), dicha “pérdida de embriones y la imposibilidad de reiniciar de nuevo el ciclo han causado a la paciente un daño moral irreparable, si tenemos en cuenta que deseaba la gestación de un hijo con material reproductor de su esposo fallecido y ya no queda muestra criopreservada de ese material”.

Vid. el comentario a dicha resolución judicial por DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I.: “Pérdida irreparable de preembriones criopreservados y daño moral de la viuda”, *RCDI*, núm. 762, 2017, pp. 1943-1963. En cambio, el mismo TSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en sentencia de 28 junio 2017 (JUR 2017/227448), ha desestimado la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria en un caso de pérdida de seis preembriones que debieron estar debidamente crionizados, pues los actores –que rechazaron el ofrecimiento de iniciar un ciclo de fecundación por hiperestimulación ovárica cubierto por el propio hospital público- no lograron acreditar los daños morales alegados.

Vid. también sobre el tema, en la doctrina italiana, p.ej. FERRANDO, G.: “Procreazione medicalmente assistita e malattie genetiche: i coniugi possono rifiutare l’impianto di embrioni malati?”, *Famiglia e Diritto*, 2004; y DOGLIOTTI, M.: “Ancora sulla responsabilità del genitore per il fatto di procreazione e sull’inseminazione artificiale”, *Giurisprudenza di merito*, 1991.

II. EXCURSUS PREVIO SOBRE LA LLAMADA «PROCREACIÓN IRRESPONSABLE» E HIPÓTESIS AFINES.

Es común en nuestra doctrina entender -como hiciera LACRUZ¹²- que “la retroacción de la «personalidad» [ex art. 29.2 CC] puede ayudar al nacido en la reclamación, por derecho propio, del resarcimiento por lesiones que se le causaron estando en el claustro materno y cuyos efectos persistan luego”, ya que, al margen de su eventual valoración penal, “se puede reputar cometido contra él un acto ilícito civil, y... debe ser él el acreedor de la indemnización por los daños sufridos por él mismo”¹³.

Aun refiriéndose al Derecho y la jurisprudencia italianos, resulta ilustrativa la formulación ejemplificativa que apunta UBERTAZZI¹⁴ de daños que puede haber padecido el nacido en su propio ser durante el periodo de gestación. En primer lugar -afirma-, “el *nasciturus* es titular de un derecho de resarcimiento del «*danno di procreazione*» que ha sufrido por la transmisión de una enfermedad grave por parte de los padres en el momento de la concepción”¹⁵. Asimismo, es también titular de “un derecho de resarcimiento de los daños morales y patrimoniales que haya sufrido por un hecho ilícito del progenitor; por ejemplo, el derecho a ser resarcido por el padre en caso de daños sufridos por un golpe que este haya dado al vientre de la

12 LACRUZ BERDEJO, J. L. (et al.), *Elementos de Derecho Civil*, I-2°, 6ª ed. revisada y puesta al día por J. DELGADO ECHEVARRIA, Dykinson, Madrid, 2010, p. 18.

13 Vid. en la misma línea AUSTE, T.J.: *Tutela judicial efectiva del nasciturus*..., cit., 2011, pp. 120-121; y MORENO MARTÍNEZ, J.A.: *Daños indirectos en familiares y terceros por causa de lesiones*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012, p. 41.

Sobre el tema y su evolución jurisprudencial en Estados Unidos, vid. DE LA MAZA GAZMURI, I.: “Antes de que nazcas: daños prenatales en el ámbito estadounidense, una visión muy panorámica”, en *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares* (coord. por J.R. DE VERDA BEAMONTE), Cizur Menor, Aranzadi, 2012, pp. 83-101. En relación con el Derecho italiano, vid. p.ej. PUCELLA, R.: “Responsabilità medica per lesione del diritto a nascere sani”, *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, pp. 357 y ss., quien comenta la sentencia del Tribunal de Verona de 15 octubre 1990 (*Foro It.*, 1991, I, p. 261) conforme a la cual el *nasciturus* es titular de un derecho al resarcimiento por los daños causados durante su gestación. Asimismo se han interesado por estas cuestiones en la doctrina italiana, entre otros muchos ZATTI, P.: “La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto”, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2001, II; CASSANO, G.: “Rapporti tra genitori e figli, illecito civile e responsabilità. La rivoluzione giurisprudenziale degli ultimi anni alla luce del danno esistenziale”, *Persona e Danno*, 5-7-2006; *Rapporti familiari, responsabilità civile e danno esistenziale. Il risarcimento del danno non patrimoniale all'interno della famiglia*, Padua, Cedam, 2006; MOSCARINI, L.V.: “Riflessioni sulla risarcibilità del danno per violazione del diritto a non nascere”, *Famiglia*, 2005, I; QUERCI, A.: “Vita indesiderata, ingiusta, non sana: profili di responsabilità civile”, *Famiglia*, 2005, II; ROSSETTI, M.: “Danno da nascita indesiderata: la Suprema Corte mette i paletti”, *Diritto e giustizia*, núm. 33, 2004.

14 UBERTAZZI, B.: “La ley reguladora de la subjetividad del *nasciturus*”, *ADC*, núm. 3, 2008, p. 1376.

15 Aunque este tipo de acciones de los hijos frente a sus padres han sido generalmente desestimadas en la inmensa mayoría de los países donde se han planteado, por ser la excepción a la regla merece una mención aparte el famoso caso italiano resuelto por la Sentencia del Tribunal de Piacenza de 31 julio 1950 (*Foro It.*, 1951, I, pp. 987-991), en relación con el nacimiento de una hija con malformaciones causadas por la sífilis que el padre, conocedor de su enfermedad, contagió a la madre en las relaciones sexuales mantenidas para la concepción. En este asunto, que despertó un gran clamor social, se declaró a los dos progenitores responsables solidarios frente a la hija a la que se transmitió la mentada enfermedad de la sífilis. La citada sentencia suscitó un intento de debate jurídico y, aunque minoritariamente algunos autores se manifestaron a favor de la misma (MUSATTI, A.: “Ancora sulla responsabilità della procreazione”, *Foro It.*, IV, 1952, pp. 15 y ss. y RESCIGNO, P.: “Il danno di procreazione”, *Riv. Dir. Civ.*, I, 1956, pp. 614 y ss.), la opinión generalizada fue predominantemente crítica (vid. entre otros, ELIA, M.: “Responsabilità del genitore verso il figlio ereditario”, *Foro It.*, 1951-I, pp. 987 y ss.; CARNELUTTI, F.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal de Piacenza de 31 julio 1950”, *Foro It.*, 1951-I, pp. 990 y ss.; LENER, S.: “Mero delitto civile la paternità?”, *Foro It.*, 1952, IV-2, pp. 18 y ss.).

madre¹⁶, o por la madre en caso de daños derivados de las sustancias que malforman el feto y que esta había consumido con dolo o culpa¹⁷ -caso este que fue objeto de la Sentencia de la Corte de Casación italiana de 22 de noviembre de 1993¹⁸-. Finalmente, recuerda dicho autor que el *nasciturus* "tiene derecho al resarcimiento de los daños morales y patrimoniales que ha sufrido por hecho ilícito de terceros; así, por ejemplo, a causa del incumplimiento del centro hospitalario o de la impericia del médico o del equipo de obstetras"¹⁹.

Pues bien, aunque será en estos últimos daños -los enmarcados en sede de responsabilidad en el ámbito sanitario- en los que nos vayamos principalmente a detener, previamente a ello conviene efectuar una somera reflexión acerca de las restantes categorías de hipótesis susceptibles de causar perjuicios a que con

- 16 Al margen de la eventual dimensión penal de esta conducta, en los casos en que la tara o lesión del *nasciturus* haya sido ocasionada por la violencia y malos tratos del padre a la madre embarazada es común entender que -no habiendo aquí mayores problemas de causalidad, pues el daño se habría evitado si el progenitor hubiese adoptado una conducta distinta (no agredir físicamente a la gestante)- tanto la madre como el hijo podrían interponer una acción de responsabilidad civil extracontractual contra el padre agresor. Vid. en este sentido RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M^a.: "Tipología de los daños en el ámbito de las relaciones paterno-filiales", en M. YZQUIERDO TOLSADA/M. CUENA CASAS (dirs): *Tratado de Derecho de la Familia*, VI, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 871 y 880; MACÍ, A.: *La responsabilidad médica por los diagnósticos...*, 2005, cit., p. 66; y ATIENZA NAVARRO, M^a. L.: "La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural", en *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares* (coord. por J.R. DE VERDA BEAMONTE), Cizur Menor, Aranzadi, 2012, pp. 58-60, 72-73.
- 17 En estos casos en que los daños al concebido derivan de ciertos comportamientos o hábitos de vida de la madre embarazada (consumo de alcohol, tabaco o drogas, o de medicamentos contraindicados, seguimiento de una dieta alimenticia muy estricta que no aporte al feto los nutrientes necesarios para su desarrollo, etc.), cabe apreciar la concurrencia de relación causal, pues la lesión o enfermedad (por ejemplo, el nacimiento del hijo con el síndrome de abstinencia o con el síndrome alcohólico fetal) no se habría producido de no mediar la conducta materna en cuestión (por ejemplo, si no hubiera fumado, bebido en exceso o consumido estupefacientes durante el embarazo). En esas hipótesis, sostiene M. SESA ["Infracción de los deberes familiares y responsabilidad: la experiencia italiana", en *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (coord. por J.A. MORENO MARTÍNEZ), Madrid, Dykinson, 2012, p. 429] que "cuando el daño derive de una conducta absolutamente imprudente o temeraria de los progenitores (drogodependencia de la madre, ausencia de exámenes prenatales idóneos para diagnosticar una enfermedad que hubiera podido ser tratada, etc.), no existen obstáculos para reconocer al hijo el derecho de resarcimiento del daño sufrido" (vid. en la misma línea, ANGELOZZI, D.: "Vita indesiderata e pretese risarcitorie del figlio", en SESA, M.: *La responsabilità nelle relazioni familiari*, UTET, Turín, 2008, pp. 531 y ss.; FACCI, G.: *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Ipsoa, Milán, 2004, pp. 263 y ss.). Con todo, como la cuestión es delicada, RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M^a.: "Tipología de los daños...", en *Tratado...*, VI, 2011, cit., pp. 871-872 y 880 considera que la solución podría venir dada por la restricción de la responsabilidad de la madre a las (excepcionales) hipótesis de actuación *dolosa* de la misma, esto es, a los comportamientos que tuvieran la intención de causar un daño al concebido; mientras que, en cambio, los realizados de forma negligente o descuidada por la madre no deberían dar lugar a responsabilidad civil. Otra pauta a tener en cuenta -agrega dicha autora- sería entender que, ante el conflicto de intereses que en estos casos se plantea entre la autonomía y libertad personal de la gestante, por un lado, y el derecho a la salud del futuro hijo, de otro lado, debe prevalecer el primero ya que, siempre y cuando nos encontramos ante conductas no dolosas, se trataría de comportamientos subsumibles dentro del ámbito del riesgo permitido (vid. en contra, ATIENZA NAVARRO, M^a. L.: "Las enfermedades con que nacen los hijos y la posible responsabilidad civil de los padres en el ámbito de la procreación natural", *Revista Española de Drogodependencias*, núm. 33, I, 2008, p. 98; COBAS COBIELLA, M^a. E.: "¿Embarazo y daños en la procreación?", *Revista Española de Drogodependencias*, núm. 36, 2011, pp. 486-489). Sobre la visión en el ámbito estadounidense del tema de los daños prenatales ocasionados por la ingesta de sustancias tóxicas por la embarazada, vid. DE LA MAZA, I.: "Antes de que nazcas...", en *Responsabilidad civil...*, 2012, cit., pp. 98-101.
- 18 En *Foro It.*, 1994, I, p. 2479. Vid. el comentario a esta Sentencia por BUSNELLI, F. D.: "L'inizio della vita umana", *Riv. Dir. Civ.*, 2004, I, p. 568.
- 19 Cfr. la S. de la Corte de Casación italiana de 9 mayo 2000 (*Danno e Resp.*, 2001, p. 169), la S. del Tribunal de Milán 13 mayo 1982 (*Resp. Civ.*, 1983, p. 156) y la S. del Tribunal de Nocera Inferiore 7 marzo 1996 (*Giur. Merito*, 1997, p. 521).

anterioridad se ha hecho alusión. Se trata, simplemente, de dejar constancia de la harto discutible y discutida aseveración de que el concebido tenga derecho a ser indemnizado por la llamada “procreación irresponsable”; esto es, por el nacimiento del hijo con taras, malformaciones o enfermedades transmitidas por sus padres²⁰ o incluso las derivadas de ciertas conductas o actividades de éstos²¹.

- 20 Respecto al nacimiento de un hijo con una anomalía o enfermedad genética o hereditaria o de carácter infecto-contagioso, afirma A. EMALDI CIRIÓN (*El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*, Granada, Comares, 2001, pp. 243-245) que, sin perjuicio de que la libertad de procrear no pueda ser constreñida por normas que colisionarían con la esfera íntima de la vida privada y familiar de las personas, una vez nacido el hijo con la malformación transmitida por sus padres y que era altamente previsible *ex ante* a la concepción, ese hijo podría en teoría, al amparo del art. 1902 CC, demandar civilmente a sus progenitores; si bien no deja la autora de reconocer el muy dudoso éxito de una reclamación de esa índole. En efecto, puesto que nos situamos en un terreno sumamente resbaladizo -pues bajo el mismo está latente el problema de los límites a la libertad de reproducción de los discapacitados psíquicos o físicos-, no es de extrañar que existan al respecto posiciones encontradas. No faltan en nuestra doctrina algunos partidarios de la responsabilidad civil de los padres por las enfermedades graves transmitidas a sus hijos, siendo posiblemente N. RUIZ LARREA (“El daño de procreación: ¿Un caso de responsabilidad civil de los progenitores por las enfermedades y malformaciones transmitidas a sus hijos?”, *La Ley*, T.I, 1998, pp. 2040-2042) quien aboga de forma más decidida por la posibilidad de declarar responsables a los progenitores cuando aquellos, antes de la concepción, hubiesen sido conocedores tanto de la enfermedad como de la posibilidad de su transmisión a la descendencia. Con mayor aparato argumentativo y manejando sutiles distinciones entre las diferentes hipótesis posibles, M^a. L. ATIENZA NAVARRO (“La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural”, en *Daños en el Derecho de Familia*, coord. por J. R. DE VERDA BEAMONTE, Cizur Menor, Aranzadi, 2006, pp. 41-74) se decanta indubitadamente a favor de la responsabilidad de los padres en los casos en que, tras la concepción y ya iniciada la gestación, estos contagien *negligentemente* durante la misma alguna enfermedad al *nasciturus*; por ejemplo, el padre que transmite el sida a la madre gestante y al feto al no tomar precauciones en sus relaciones sexuales, conociendo aquel que padece esa enfermedad; aquí -argumenta con buen criterio la autora-, la *causa* de la enfermedad del hijo se debe al comportamiento negligente del padre/s que, al no observar el cuidado que les es exigible, contagian al hijo, una vez ya concebido. Diverso es el supuesto en que los padres deciden *concebir* un hijo aun conscientes de que, *mediante la propia concepción*, es altamente probable o seguro que herede o resulte contagiado de la enfermedad con la que efectivamente después nace. En este caso, el razonamiento en pro de la responsabilidad de los progenitores que esgrime ATIENZA estriba en que “una cosa es poder decidir libremente acerca de la reproducción y otra distinta que, si se deriva un daño de dicha decisión, quepa exigir responsabilidad”, a lo que añade que “el ejercicio de la libertad de procreación encontraría como límite el derecho e interés del niño a nacer sano”. Pero, con todo, termina la autora reconociendo las reservas y serias dudas que puede plantear a nivel práctico la responsabilidad civil de los padres en tal supuesto. Pues bien, en relación con esos últimos asuntos de enfermedades transmitidas con la propia concepción, y teniendo bien presente que en ellos el niño no podía haber nacido sano -o nacía enfermo o no nacía-, la opinión mayoritaria se muestra contraria a admitir la responsabilidad civil de los progenitores en este tipo de casos de daños prenatales transmitidos a los hijos por herencia genética o por contagio de enfermedad. Su rechazo se ha sustentado en argumentos tales como el desequilibrio que su estimación ocasionaría en el entorno familiar (*vid.* NOVELLINO, N. J.: “Responsabilidad por transmisión de enfermedades a los hijos”, en *Derecho de Daños. Daños en el Derecho de Familia*, Cuarta Parte-A, La Rocca, Buenos Aires, 2000, pp. 246-248) o la ausencia de antijuridicidad del comportamiento de los padres (MACÍ MORILLO, A.: *La responsabilidad médica...*, 2005, cit., p. 65). Más en concreto, y tal como atinadamente desarrolla RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M^a: “Tipología de los daños...”, en *Tratado...*, VI, 2011, cit., pp. 879-885, en algunos de tales casos faltaría la imputación subjetiva, la conducta reproachable del progenitor; asimismo se plantearían muchas veces importantes dificultades en cuanto a la prueba de la relación de causalidad entre el comportamiento de los padres y la enfermedad hereditaria transmitida por creación natural; y tampoco cabe desdeñar lo sutil y complicado que puede en sí resultar la determinación de cuándo la tara o discapacidad con que el hijo nace reviste o no “gravedad” suficiente (*vid.* SAMBRIZZI, E. A.: *Daños en el Derecho de familia*, La Ley, Buenos Aires, 2001, pp. 57-58).

- 21 Dentro de los supuestos de daños prenatales que obedecen a la realización por la gestante de determinadas actividades “de riesgo” (ya laborales, ya de ocio o deportivas), cabe hacer una mención particular de los derivados de su conducción de vehículos. En concreto, se trata del caso de que, *a resultados de un accidente de tráfico de la mujer encinta, el entonces concebido nazca con ciertas lesiones*; hipótesis en la que se ha llegado a sostener que es perfectamente posible que un hijo, al llegar a la mayoría de edad, pudiera demandar a su madre porque cuando esta estaba embarazada tuvo un accidente por conducir imprudentemente, resultando de ello que el hijo nació con parálisis (*vid.* RIBÓ DURÁN, L.: *Derecho de Daños*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 152 y ss.). Al hilo de ese supuesto, RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M^a: “Tipología...”, en *Tratado...*, VI, 2011, cit., p. 872 deja constancia de que la regla, expresamente consagrada en el ámbito anglosajón, de exonerar de responsabilidad a la madre por los daños prenatales causados de forma negligente tiene precisamente como excepción el caso de los daños sufridos por el concebido en accidentes de tráfico en los que es la madre la conductora, sabiendo o debiendo

Dicho contexto, amén de ser muy poco propenso a reclamaciones, se enfrenta a grandes dificultades de orden práctico para que pueda llegar a cobrar fuerza la demanda que el hijo dirige precisamente contra sus propios progenitores²² (y no contra un profesional sanitario). No es de extrañar, pues, la gran división de opiniones que sobre el tema existe en la doctrina; polémica que se refleja -por mostrarla con un ejemplo que, siquiera tangencialmente, guarda cierta relación con el ámbito médico al que vamos a ceñir nuestro estudio- en los supuestos en que *la gestante, tras conocer la existencia de algún problema de salud del feto, rehúsa tomar la medicación prescrita o se niega a someterse al tratamiento médico* (p.ej. una transfusión sanguínea) o, en particular, *a la intervención quirúrgica que serían necesarios para evitar los daños al concebido*. Nacido este con esos daños, ha de repararse en que la enfermedad o lesión en cuestión, aun no causada directamente por la madre embarazada, podría haberse evitado con un comportamiento distinto de la misma, por lo que se plantea la duda de si podría el hijo exigir responsabilidad civil a su progenitora. Ante tal interrogante, RODRÍGUEZ GUTIÁN²³ se decanta por la negativa y entiende que, salvo que la madre se negara a recibir el tratamiento médico con clara intención *dolosa* de dañar al *nasciturus* (por ejemplo, con el fin de lograr un aborto), es difícil sostener la responsabilidad de la misma frente a su hijo. Por el contrario, otros estudiosos del tema se declaran partidarios de que prevalezca el derecho a la salud del hijo y a favor de la viabilidad de que este reclamara una indemnización a su madre; corriente en la que se inscribe ATIENZA NAVARRO²⁴ cuando defiende que la madre sería civilmente responsable del daño sufrido por el nacido si tal daño puede imputarse objetivamente al comportamiento de aquella de acuerdo con el criterio del «incremento del riesgo», esto es, si se constatare con seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza que el hijo habría nacido sin la enfermedad si la embarazada hubiera llevado a cabo la conducta omitida (el tratamiento médico o intervención quirúrgica en cuestión)²⁵.

Dejando de lado los diferentes y heterogéneos casos apuntados -que son espejo de la más amplia y ardua discusión acerca del papel del Derecho de daños y de las

saber que está embarazada (vid. Section 2 de la *Congenital Disabilities -Civil Liability- Act* de 1976). Con todo, subraya la civilista que la explicación a esta excepción -y la consiguiente responsabilidad *por culpa* en ese ámbito concreto- podría hallarse, entre otras razones, en la inexistencia de mayores inconvenientes en estimar ese tipo de demandas entre familiares cuando hay un seguro que cubre la responsabilidad civil por tales daños, pues no se produciría aquí perjuicio para la familia -bien al contrario, habría un incremento de su patrimonio- y el conflicto de intereses se situaría propiamente, no entre madre e hijo, sino entre el hijo y un extraño no familiar (vid. en contra de ese argumento, ATIENZA, M^a. L.: "La responsabilidad civil...", en *Responsabilidad...*, 2012, cit., p. 61, n.73). Por extenso sobre el tema, vid. HOOFT, I.: "Responsabilidad de los progenitores por daños prenatales causados por accidentes", *Revista de Derecho de daños*, núm. 2, 2001, pp. 231-236.

22 Sobre esos y otros obstáculos, vid. MANNSDORFER, T. M.: "Responsabilidad por lesiones prenatales. Fundamento, *wrongful life* y tendencias", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 15, 2001, pp. 93-94; MACÍ, A.: *La responsabilidad médica...*, 2005, cit., pp. 65-69; y MARTÍN CASALS, M./RIBOT IGUALADA, J.: "Daños en el Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás", *ADC*, 2001, II, p. 548.

23 RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M^a.: "Tipología de los daños...", en *Tratado...*, VI, 2011, cit., pp. 873-874.

24 ATIENZA NAVARRO, M^a. L.: "La responsabilidad civil de los padres...", en *Responsabilidad...*, 2012, cit., pp. 62-63.

25 En esta misma dirección se orienta, en la doctrina italiana, PALMERINI, E.: "Autonomia v. responsabilità nella procreazione: a proposito di *Caesarian Sections* e giudici inglesi", *Riv.Dir.Civ.*, núm. 4, 2000, pp. 605-606.

reglas generales de la responsabilidad civil en el plano de las relaciones familiares en general²⁶ y de las relaciones paterno-filiales²⁷, en particular, huelga advertir que asimismo hemos aquí de orillar otros supuestos aún más extremos, que claramente se sitúan extramuros del campo médico en que nos vamos a centrar, cual sucede con los llamados «*disadvantaged o dissatisfied life*» o casos de vida insatisfactoria, en los que el hijo -que nace sano- demanda la responsabilidad de sus progenitores (de uno o de ambos) por el “daño” que le ha supuesto nacer en el seno de unas circunstancias familiares o sociales desventajosas²⁸.

III. LOS DAÑOS PRENATALES EN EL MARCO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA: PRETENSIONES RESARCITORIAS DE PADRES E HIJOS.

I. Causación de lesiones o taras en el nacido por la atención médico-sanitaria previa a su nacimiento.

Frente a las vivas polémicas que suscitan las diversas hipótesis que en las precedentes líneas nos hemos limitado a enunciar, parece estar bien asentada la opinión de que, entre los posibles efectos *favorables* para el concebido a que se refiere el art. 29.2 CC, se incluye su derecho a ser indemnizado por los daños que se le hayan ocasionado como consecuencia de *las actuaciones médicas o sanitarias anteriores a su nacimiento*²⁹.

Importa destacar que, en estos supuestos a que seguidamente se aludirá, *el niño habría nacido sano de no haber sido por el evento dañoso en cuestión*, de modo que

26 Vid. por todos, FERRER RIBA, J.: “Relaciones familiares y límites del Derecho de Daños”, *InDret*, 2001-4, pp. 3 y ss.; DE VERDA BEAMONTE, J.R./CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales”, en *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, coord. por J.R. DE VERDA, Cizur Menor, Aranzadi, 2012, p. 107; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L./ZARRALUQUI NAVARRO, E.: *Las reclamaciones de daños entre familiares*, Barcelona, Bosch, 2015; GARCÍA AMADO, J.A. (Dir.), *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, Bosch, Barcelona, 2017.

27 En particular para las relaciones paterno-filiales, vid. p.ej. LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: “Daños causados por los padres a la salud o integridad física de sus hijos menores”, en *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, coord. por J.A. MORENO MARTÍNEZ, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 263 y ss.; RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M^º: *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Cizur Menor, Civitas-Thomson, 2009; y “La responsabilidad civil en las relaciones familiares”, en M. YZQUIERDO TOLSADA/M. CUENA CASAS (dirs): *Tratado de Derecho de la Familia*, VI, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 680 y ss.; MEDINA, G./ HOOFT, I.: “Responsabilidad de los padres por daños a la salud de los hijos en procreación natural”, en *Derecho de Familia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1990, pp. 232 y ss.

28 Tal como recuerda A. MACÍ MORILLO (*La responsabilidad médica...*, 2005, cit., pp. 44-45 y 70), este tipo de acciones de responsabilidad de *hijos frente a sus padres* —que llegaron a interponerse en Estados Unidos a partir de los años sesenta— han decrecido en importancia en la actualidad y prácticamente han dejado de plantearse ante los tribunales. Además, tales acciones fueron generalmente rechazadas desde un principio -al cobijo de argumentos tales como la ausencia de daño, el riesgo de un boom de reclamaciones de ese estilo o su carácter contrario al orden público-, siendo paradigmático el célebre caso norteamericano *Zepeda v. Zepeda* de 1963 en el que se trataba de la demanda que un hijo interpuso frente a su padre —casado con mujer distinta de su madre, con la que nunca llegó a contraer matrimonio pese a la promesa de hacerlo- por el hecho de haber nacido “ilegítimo” y tener que vivir con tal estigma; demanda de resarcimiento de daños que, cabalmente, fue desestimada. Vid. recientemente en la misma línea, la SAP Navarra 12 febrero 2016 (JUR 2017/147918).

29 Vid. expresamente en este sentido, MORENO MARTÍNEZ, J.A.: *Daños indirectos...*, 2012, cit., p. 41; y MARÍN LÓPEZ, J.J.: “La persona”, en *Derecho Civil (Introducción. Derecho de la persona. Derecho subjetivo)*, dir. por Á. CARRASCO PERERA, Madrid, Tecnos, 2012, p. 72.

la enfermedad, lesión o anomalía de que se ve aquejado obedece precisamente a la actuación del profesional sanitario. A veces, a una *defectuosa asistencia en el momento del parto*, tal como reflejan, entre otras³⁰, la STS 23 febrero 1999³¹ -que indemnizó con 5.000.000 y 70.000.000 de pesetas, respectivamente, a los padres y al recién nacido en un supuesto de invalidez plena del neonato- o la STS 10 diciembre 1997³², que concedió a una recién nacida con retraso psicomotor causado por hipoxia neonatal (en la que fue determinante la negligente atención por parte del facultativo) la suma de 15.000.000 de ptas., indemnizando también a sus padres con 5.000.000 ptas. por los daños y perjuicios derivados de las graves secuelas de su hija³³. Otras veces, los daños son causados por las *actuaciones médicas* practicadas en general en el curso del embarazo -como muestra, por ejemplo, la S.TSJ Castilla y León 5 abril 2013³⁴- o, más en concreto, por las actuaciones *inmediatamente anteriores al alumbramiento*³⁵, según estimara, en sede de responsabilidad civil derivada de un delito de lesiones al propio *nasciturus*, la conocida STS 5 abril 1995³⁶: en ella, como consecuencia de la imprudencia temeraria que en el ámbito sanitario cometió en los momentos previos al parto la comadrona condenada, la niña nacida sufrió graves lesiones que se tradujeron «en parálisis cerebral que imposibilitaba a la menor para su propio desenvolvimiento con necesidad de asistencia continuada de otras personas». Sobre esta base, y además de la indemnización asignada a los padres por el “*pretium doloris*”, la Sentencia acordó conceder quince millones de pesetas a la propia agraviada en concepto de *daños morales* y de *perjuicios materiales* y gastos ocasionados o que se pudieran derivar de las secuelas de la menor por razón de las lesiones que le fueron causadas antes de haber nacido.

30 Vid. también, p.ej. la STS Sala 1ª 13 octubre 1992 (RJ 1992/7547), la STS Sala 3ª 7 noviembre 2011 (RJ 2012/1947) o las SS.TSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Murcia 11 diciembre 2009 (JUR 2010/60845), de las Islas Baleares 27 enero 2014 (JUR 2014/48537) y 2 marzo 2016 (JUR 2016/77344), del País Vasco 18 enero 2017 (JUR 2017/67270) y de Castilla y León 17 marzo 2017 (JUR 2017/97450).

Desestimatorias de la acción son, en cambio, la STSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Murcia 1 septiembre 2016 (JUR 2016/218842) o las SSTs, Sala 3ª, 22 febrero 2017 (JUR 2017/47282) y 23 mayo 2017 (JUR 2017/123931).

31 STS Sala 1ª 23 febrero 1999 (RJ 1999/1059).

32 STS Sala 1ª 10 diciembre 1997 (RJ 1997/8775).

33 También la STS Sala 3ª 15 marzo 2007 (RJ 2007/2286) estimó el recurso interpuesto por los padres como consecuencia de las graves lesiones y secuelas causadas a su hija por el *deficiente control del parto*, al no detectarse el sufrimiento fetal hasta un momento excesivamente tardío, dilatando con ello la práctica de la cesárea. Ante dicha negligencia médica, el Alto Tribunal optó en este caso por fijar globalmente la indemnización concedida, pero precisando que la misma abarcaba, además del “daño moral causado a los padres”, “la extrema gravedad de las secuelas de todo tipo, físicas, psíquicas y neurológicas con las que resultó la menor, todas ellas de carácter irreversible, que le impiden durante toda su vida el más mínimo desarrollo de su personalidad, de su autocuidado y de relación con el mundo exterior, generándole una limitación muy profunda de todo género”.

34 STSJ Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 5 abril 2013 (JUR 2013/190675).

Vid. también las SS.TSJ de Valencia 11 noviembre 2005 (JUR 2006/107281) y de Andalucía 31 octubre 2006 (JUR 2007/165827), comentadas por MORENO MARTÍNEZ, J.A.: “Resarcimiento de los perjuicios de los familiares del lesionado y su consideración por las distintas jurisdicciones”, en *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (coord. por J.A. MORENO), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 313 y ss.

35 Vid. p.ej. las SS.TSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Murcia 11 octubre 2012 (JUR 2012/361227) y de Galicia 10 febrero 2016 (JUR 2016/43908) y la SAP Granada 15 noviembre 2013 (AC 2013/2361).

36 STS Sala 2ª 5 abril 1995 (RJ 1995/2882).

Según cabe apreciar en el precedente elenco de casos de responsabilidad derivada de la *causación directa o indirecta de lesiones o taras en el nacido por la actuación médico-sanitaria previa a su nacimiento*, y tal como señala MACÍA MORILLO³⁷, aparte de la reclamación por los padres –que se identificaría con una demanda de responsabilidad por daños indirectos, reflejos o por rebote (como igualmente apunta MORENO MARTÍNEZ³⁸, o ZENO-ZENCOVICH³⁹ en la doctrina italiana)-, también cabe que sea el propio hijo quien ejercite la pretensión resarcitoria del daño en su salud e integridad física que le fue irrogado cuando aún era *nasciturus*.

2. Daños personales asociados a diagnósticos prenatales y demandas indemnizatorias de los progenitores, en su propio nombre o en el de su hijo.

Amén de los referidos supuestos de responsabilidad médica por daños causados durante la gestación, no puede obviarse, de otra parte, que los daños personales sufridos por el concebido y los perjuicios ocasionados a sus padres pueden ir “aparejados” a diagnósticos prenatales⁴⁰ erróneos, insuficientes o inexistentes (principalmente, a “falsos negativos”⁴¹).

En tal sentido es preciso recordar que, con terminología anglosajona, se halla consolidada doctrinalmente⁴² y a nivel jurisprudencial -en especial por obra de la

37 MACÍA MORILLO, A.: *La responsabilidad médica por los diagnósticos...*, 2005, cit., p. 63.

38 Vid. MORENO MARTÍNEZ, J.A.: “Resarcimiento de los perjuicios...”, en *La responsabilidad...*, 2012, cit., pp. 295 y ss.

39 Vid. ZENO-ZENCOVICH, V.: “La responsabilità per procreazione”, *Giurispr.It.*, 1986, IV, p. 115.

40 Vid. al respecto, PÉREZ-TENESSA, A.: “Sobre el diagnóstico prenatal como causa de responsabilidad”, *Revista de Administraciones Públicas*, núm. 154, 2001, pp. 47-61; y EMALDI CIRIÓN, A.: Voz “Diagnóstico prenatal (jurídico)”, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, I, dir. por C. ROMEO CASABONA, Granada, Comares, 2011, pp. 648-650. Vid. también SIANO, C.: “Diagnosi prenatale e responsabilità del medico. L’esperienza italiana e francese”, *Famiglia e Diritto*, 2006.

41 A fin de explicar sucintamente el supuesto básico de partida, señala A. MACÍA MORILLO (“La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*”, *Revista de Derecho*, Barranquilla, núm. 27, 2007, p. 5) que nos encontramos ante “una gestante que durante el embarazo se somete a un proceso de diagnóstico prenatal mediante el cual se trata de controlar el estado de salud de la criatura que porta en su seno. Durante dicho proceso de diagnóstico se produce un error por parte de alguno de los profesionales sanitarios intervinientes en el mismo, error del que resulta que la información que se proporciona a la gestante no responde, en realidad, a la situación real del embrión o del feto; concretamente, se le informa de que no existe problema ni riesgo alguno respecto del *nasciturus*, cuando la realidad es que este se encuentra afectado por un grave defecto o malformación o por una enfermedad incurable; se emite lo que se denomina técnicamente un ‘falso negativo’ -en terminología de EMALDI CIRIÓN, A.: *El consejo genético...*, 2001, cit., pp. 230 a 233-. En tal situación, la gestante no recibe la información necesaria para decidir si acudir o no a un procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo. En tales circunstancias, el resultado es que el niño nace y nace enfermo, momento en el cual surge la pretensión, tanto de los progenitores como del propio niño nacido, de reclamar responsabilidad de los profesionales sanitarios que produjeron el defecto en la información recibida y, con ello, la privación de la facultad de la gestante de optar por la interrupción del embarazo”.

42 Vid. p.ej. ROMERO COLOMA, A. M.: “Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en el ordenamiento jurídico español”, *RCDI*, núm. 722, 2010, pp. 2559-2608; GALÁN CORTÉS, J. C.: “Comentario a la STS de 6 julio 2007: Acciones *wrongful birth* y *wrongful life*”, *CCJC*, núm. 76, 2008, pp. 279-290; SUÁREZ ESPINO, M. L.: “Las denominadas demandas de *wrongful life* y de *wrongful birth*. El posible derecho a nacer sano”, *Otrosí*, núm. 75, 2006, pp. 56-58; VIVAS TESÓN, I.: “La responsabilidad civil médica en los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*: análisis jurisprudencial”, *RDPatr.*, núm. 11, 2003, pp. 403-416; MACÍA MORILLO, A.: “El tratamiento de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo”, *Revista Jurídica UAM*, núm. 23, 2011, pp. 83-98; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Los límites de la vida y la libertad de la persona*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 159-162; y PACHECO JIMÉNEZ, M. N.: “El abogado y las reclamaciones de responsabilidad

STS I I mayo 2001⁴³- la distinción entre las acciones «*wrongful birth*» y «*wrongful life*»; todas ellas formuladas en demanda de resarcimiento “de los daños producidos por el nacimiento de un hijo con malformaciones o enfermedades congénitas que se asocian, por lo general, a la negligencia omisiva del facultativo por no haber realizado las pruebas que habrían podido detectar en fase prenatal las malformaciones y/o por una incorrecta valoración de los resultados de esas pruebas si llegaron a practicarse y/o por la omisión del deber de información sobre la anomalía o malformación, todo lo cual conlleva la privación de la facultad u opción de decidir (o no) abortar en plazo legal”⁴⁴.

A fin de diferenciar entre una y otra categoría⁴⁵, interesa destacar que, frente a las «*wrongful birth actions*» –que aluden a la *pretensión propia de los progenitores del hijo nacido enfermo* (ya de ambos conjuntamente o de uno de ellos en solitario, generalmente la madre) y donde son aquellos (los padres) los beneficiarios directos de la correspondiente indemnización⁴⁶-, en las acciones «*wrongful life*», en cambio, “los padres formulan la reclamación en nombre de su hijo, en cuanto representantes legales del mismo, por el daño moral y patrimonial que este sufrirá durante su vida por causa de haber nacido con esas malformaciones”⁴⁷, por el hecho mismo de vivir con esas taras que no fueron detectadas con anterioridad a su nacimiento⁴⁸.

por diagnóstico prenatal: acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*”, en *Retos de la abogacía ante la sociedad global*, Cizur Menor, Civitas- Thomson, 2012, pp. 1801-1812.

Vid. igualmente, en la doctrina extranjera, p.ej. FACCI, G.: “*Wrongful life: a chi spetta il risarcimento del danno?*”, *Famiglia e Diritto*, 2004; “*Il danno da nascita indesiderata e la legittimazione al risarcimento del padre*”, *Famiglia e Diritto*, 2006; GIACOBBE, G.: “*Wrongful life e problematiche connesse*”, *Giustizia civile*, 2005, I; JOURDAIN, P.: “*Nota a Cass. Civ. 17 novembre 2000, ass. Plé*”, *Le Dalloz*, núm. 4, 2001; BATA, A.: “*Responsabilità del medico, omissione di informazioni e danno risarcibile per mancata interruzione di gravidanza*”, *Corriere giuridico*, 1995; BELLUSARIO, E.: “*Nascita indesiderata e vita non voluta: esperienze europee a confronto*”, *Famiglia*, 2001, II; BILOTTA, F.: “*Profili del danno esistenziale nella procreazione*”, *Responsabilità civile e prevenzione*, 1999; DE MATTEIS, R.: “*Il danno risarcibile per nascita indesiderata*”, *Danno e responsabilità*, 1999; DI MARZIO, M.: “*Il danno esistenziale? Ormai sdoganato*”, *Diritto e giustizia*, 2006; FUSCO, M.: “*No al diritto a non nascere se non sani. Ma gli ermellini invocano nuove norme*”, *Diritto e giustizia*, núm. 33, 2006.

43 STS Sala Iª I I mayo 2001 (RJ 2001/6197).

44 Así lo declaran expresamente las SS. AAPP Salamanca 29 noviembre 2006 (JUR 2007/194526), Barcelona 30 diciembre 2011 (JUR 2012/93726), Baleares 15 febrero 2013 (AC 2013/2036) y Girona 6 mayo 2013 (AC 2013/1460).

45 En particular sobre la repercusión en las acciones *wrongful birth* y *wrongful life* del (fracasado) Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada -Anteproyecto al que dio luz verde el Consejo de Ministros el 20 de diciembre de 2013, pero que finalmente quedó reducido a “papel mojado” tras su retirada el 23 de septiembre de 2014-, vid. PANOS PÉREZ, A.: “Responsabilidad civil médica por *wrongful birth* y *wrongful life*”, *La Ley*, núm. 8396, 2014.

46 Precisamente por esa razón -por ser los progenitores los beneficiarios de la indemnización- las *wrongful birth actions* se alejan de los confines del art. 29.2 CC, ya que el campo de aplicación de esta norma se ciñe en rigor a los efectos que sean favorables para el concebido (y no para un tercero). Ampliamente sobre esa limitación subjetiva del precepto al *nasciturus* –no extensiva a terceros (aunque sean sus padres)-, vid. GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: “Derechos, expectativas e intereses en la situación jurídico-civil del *nasciturus*”, en *Razonar sobre derechos*, cit., 2016, pp. 502 y ss.

47 Vid. en el sentido expuesto, las citadas SS. AAPP Salamanca 29 noviembre 2006 (JUR 2007/194526), Barcelona 30 diciembre 2011 (JUR 2012/93726), Baleares 15 febrero 2013 (AC 2013/2036) y Girona 6 mayo 2013 (AC 2013/1460), así como la SAP Madrid 10 octubre 2013 (AC 2013/2119) o la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 27 enero 2012 (JUR 2012/196949).

48 Como bien advierte MACÍA MORILLO, A.: “La responsabilidad...”, *Revista de Derecho*, núm. 27, 2007, cit., p. 20, en estas reclamaciones no se alega que el profesional sanitario “causara” la discapacidad que sufre el niño, pues la hipótesis de partida es que su enfermedad o malformación era congénita e incurable, de modo que *no podía nacer sano* -o nacía enfermo o no nacía-, sino que el fundamento de tales acciones reside en que el profesional

A) Acciones «*wrongful birth*»: referencia particular al daño moral de los padres por pérdida de oportunidad de optar por la interrupción voluntaria del embarazo.

En contraste con lo que luego se dirá respecto a las «*wrongful life actions*», es preciso comenzar advirtiendo que las acciones «*wrongful birth*» cuentan con un amplio y mayoritario respaldo a nivel doctrinal⁴⁹ -aunque la admisibilidad de las mismas no esté exenta de algún acérrimo detractor⁵⁰.

También ha de dejarse constancia de la relativa frecuencia con que se interponen este tipo de demandas por parte de los progenitores del hijo nacido enfermo por negligencia en el diagnóstico prenatal⁵¹. Así, la primera aparición en España de un caso de *wrongful birth* tuvo lugar con la STS 6 junio 1997⁵² -pese a que en ella se hable erróneamente de una acción *wrongful life*, como han advertido los muchos comentaristas de dicha resolución judicial⁵³. A esa sentencia pronto le siguió, entre

no detectó esa enfermedad (siendo científicamente detectable) y no advirtió de la misma a los progenitores, quienes, por tanto, no pudieron abortar e impedir así el nacimiento del hijo enfermo.

- 49 Dada la copiosísima literatura española (y también extranjera) sobre las «*wrongful birth actions*», de la que es imposible dar cuenta en un trabajo de las dimensiones del presente, nos remitimos a la bibliografía especializada en la materia que figura en la obra de MACÍA MORILLO, A.: *La responsabilidad médica...*, 2005, cit., pp. 595-630 y a la que cita DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 387-388, n. 653.
- 50 Vid. en especial ALISTE, T.J.: *Tutela judicial efectiva del nasciturus...*, cit., 2011, pp. 175-187.
- 51 Aunque venimos hablando de «diagnóstico prenatal» (diagnóstico anterior al nacimiento, pero posterior a la concepción), conviene advertir -como atinadamente hace MACÍA, A.: «La responsabilidad civil...», *Revista de Derecho*, núm. 27, 2007, cit., p. 15- que similar problemática se plantea cuando el error se produce en un diagnóstico *preconceptivo* (o preimplantatorio). Por ejemplo, si una pareja, antes de concebir, se somete a consejo genético porque sospechan que uno o ambos son portadores de una determinada enfermedad que podría afectar gravemente a su descendencia (v.gr. fibrosis quística, hemofilia, etc.), y si tal diagnóstico preconceptivo se realiza de forma defectuosa y los pacientes reciben una información incorrecta -se les informa de que no existe riesgo que amenace a su futura descendencia, cuando sí lo hay-, no cabe duda de que su decisión respecto de la concepción se habrá visto afectada por ello.
- 52 STS Sala Iª 6 junio 1997 (RJ 1997/4610). En ella se contempló un caso de un niño nacido con síndrome de Down tras la inadecuada actuación sanitaria de los profesionales: diagnosticada la situación de alto riesgo tanto para la gestante como para el feto, y practicada la prueba de amniocentesis, esta fracasó, lo que no fue comunicado a la embarazada hasta varios meses después, cuando la madre no podía ya optar por el aborto eugenésico. La Sentencia estimó la demanda frente a la Administración sanitaria y acordó indemnizar a los progenitores, pero en este caso lo hizo, no por el daño moral derivado de la privación de la facultad de interrumpir el embarazo, sino por «el impacto psíquico de crear un ser discapacitado» y también por los perjuicios materiales que el cuidado de ese hijo conllevaría (la necesidad de «una atención fija permanente hacia el hijo, por lo común asalariada»); conceptos indemnizatorios éstos que han recibido las fundadas críticas de DE VERDA BEAMONTE, J. R./CHAPARRO MATAMOROS, P.: «Responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano», en *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012, pp. 31-32.
- 53 Vid. p.ej. UREÑA MARTÍNEZ, M.: «Responsabilidad civil extracontractual. Reclamación de daños por el nacimiento de un niño con síndrome de Down», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 1105-1116; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: «La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil», *La Ley*, 1998-3, pp. 1700-1710, en especial p. 1708; MARTÍN CASALS, M./SOLÉ I FELIU, J.: «Responsabilidad por la privación de la posibilidad de abortar (*wrongful birth*)», *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 16, 2004, p. 8; BUSTOS PUECHE, J.E.: «Un caso de voluntarismo judicial: la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997», *La Ley*, 1997-5, pp. 1699-1701.

las más conocidas, la de 4 febrero 1999⁵⁴, posteriormente la STS 7 junio 2002⁵⁵, las de 21 diciembre 2005⁵⁶, 19 junio 2007⁵⁷ y 19 julio 2007⁵⁸ y, ya en fechas cercanas a nuestros días, la STS 15 septiembre 2015⁵⁹, entre otras.

Más en concreto, interesa dar cuenta del cierto grado de acogida por nuestra jurisprudencia de acciones «*wrongful birth*», en ejercicio de las cuales se ha estimado en no pocas ocasiones indemnizar a los padres (y en especial a la madre⁶⁰) por el *daño moral* padecido al haberseles *privado de la trascendente información sobre la existencia de graves deficiencias en el feto* y haber así *perdido la oportunidad de optar por una interrupción voluntaria del embarazo* (ya con arreglo al vigente sistema de plazos de la LO 2/2010⁶¹, ya acogiendo al aborto eugenésico conforme al hoy derogado art. 417.bis.1.3ª introducido en el anterior CP de 1973 por la LO 9/1985, de 5 de julio⁶²). En algún caso, ello fue consecuencia de la falta de recepción de la prueba de “*triple screening*”⁶³ privándose así a la embarazada de la *información*⁶⁴ de que el hijo que

54 STS 4 febrero 1999 (RJ 1999/748). Vid. su comentario por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Responsabilidad sanitaria derivada del nacimiento de una niña con malformaciones”, *CCJC*, núm.50, 1999, pp. 841-860; y por DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “La segunda sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en un caso de «*wrongful birth*» (4 de febrero de 1999). ¿Está en contradicción con lo resuelto en la sentencia de 6 de junio de 1997 sobre el mismo problema?”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm.10, 1999, pp. 117 y ss.

55 STS 7 junio 2002 (RJ 2002/5216). Sentencia comentada, entre otros, por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Responsabilidad médica: nacimiento de niño afectado de síndrome de Down; derecho de información”, *CCJC*, núm. 59, 2002, pp. 857-868; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de «*wrongful birth*». Mi intento de conciliar su doctrina con la de las dos sentencias anteriores”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 17, 2002, pp. 179-202; MARTÍN CASALS, M./SOLÉ I FELIU, J.: “Comentario a la STS de 7 junio 2002 (Responsabilidad de profesionales sanitarios. Nacimiento de un hijo con síndrome de Down sin que el ginecólogo informara de la anomalía a la paciente. *Wrongful birth*)”, *CCJC*, núm.60, 2002, pp. 1097-1121; CECCHINI ROSSELL, X.: “El deber de información del médico. Nacimiento de niño con síndrome de Down”, *RDPatr.*, núm. 10, 2003, pp. 181-192; y por GARRIGA GORINA, M.: “Negligencia en el diagnóstico prenatal”, *InDret*, 2003/3, pp. 1-14.

56 STS 21 diciembre 2005 (RJ 2005/10149). Vid. su comentario por NAVARRO MICHEL, M.: “Responsabilidad civil médica. Supuesto de nacimiento de niño afectado de síndrome de Down. *Wrongful birth*”, *CCJC*, núm.72, 2006, pp. 1637-1658.

57 STS 19 junio 2007 (RJ 2007/5572).

58 STS 19 julio 2007 (RJ 2007/4692). Vid. los comentarios que sobre estas y algunas otras sentencias en la materia realizan Díez-Picazo Giménez, G./ Arana de la Fuente, I.: “La imposibilidad de abortar dentro del plazo legal”, en *El desbordamiento del Derecho de Daños*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2009, pp. 56-76; y Arcos Vieira, M.ª L.: *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 75-79.

59 STS Sala 1ª 15 septiembre 2015 (RJ 2015/3720).

60 La STSJ Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 9 diciembre 2016 (JUR 2017/21198) destaca que es *exclusivamente a la gestante -y no a su pareja-* a quien corresponde la indemnización por *daño moral* por la frustración del derecho de optar a la interrupción del embarazo. En cambio, la STSJ Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 8 junio 2017 (JUR 2017/201661) realza que ostentan legitimación activa en tal supuesto tanto la madre como el padre.

61 Esto es, dentro de las veintidós primeras semanas de gestación, conforme a lo dispuesto por el art. 15.b) de la LO 2/2010 de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo.

62 Recuérdese, respecto del citado art. 417.bis, que su vigencia fue mantenida por el CP de 1995 y no sería abrogado hasta la LO 2/2010, de 3 de marzo.

63 Practicada a la gestante esta prueba en un laboratorio de Zaragoza, sus resultados no llegaron a la Unidad de Diagnóstico Prenatal, razón por la cual no se llegaron a valorar ni a comunicar a la embarazada.

64 Entre otras sentencias que estiman la pretensión resarcitoria de los padres al amparo de la “*ausencia de información* sobre la evolución del feto, lo que impidió a aquellos poder optar por una interrupción del embarazo”, vid. la STS Sala 3ª 16 mayo 2012 (RJ 2012/6781) y las SS.TSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Asturias 7 octubre 2013 (JUR 2013/325263), Castilla-La Mancha 3 marzo 2014 (JUR 2014/109858), Galicia 21 octubre 2015 (JUR 2015/266937) y Canarias 3 junio 2016 (JUR 2016/267158).

gestaba nacería con síndrome de Down (S. de la Audiencia Nacional 6 junio 2001⁶⁵, confirmada por la STS 4 noviembre 2005⁶⁶). Otras veces, por no haberse practicado a tiempo a la madre la prueba de amniocentesis –reiteradamente solicitada por aquella al haber ingerido previamente fármacos antidepresivos que podían afectar al feto- y no detectarse en consecuencia que su hija estaba afectada de síndrome de Down (STS 16 octubre 2007⁶⁷, donde el Tribunal Supremo casó la Sentencia dictada el 5 noviembre 2003 por la Audiencia Nacional⁶⁸). En otras ocasiones, por errores diversos en el diagnóstico prenatal se informó a la gestante de que el feto era normal, cuando, en verdad, nació con artrogriposis (S.TSJ Valencia 26 septiembre 2008⁶⁹) o con graves malformaciones (STS 10 mayo 2007⁷⁰, que anuló la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 abril 2003⁷¹).

Con todo, fue la STS 30 junio 2006⁷² la que dio respuesta al recurso de casación para unificación de doctrina 217/2005, en relación a la deficiente detección de malformaciones en un *nasciturus*, apreciando la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y la procedencia de la correspondiente indemnización a los padres por el daño moral derivado de la ausencia de información a la madre embarazada de la existencia de taras en el feto, impidiéndole así poder optar por la realización de un aborto dentro del plazo que la norma facultaba al efecto.

De esa histórica Sentencia se hizo eco el Tribunal Supremo en la STS 14 marzo 2007⁷³; decisión que, a su vez, es archiconocida porque a sus pronunciamientos se remiten explícitamente la práctica totalidad de las resoluciones posteriores que han versado sobre los denominados asuntos «*wrongful birth*» -entre otras muchas, las citadas SSTS 16 octubre 2007 y 10 mayo 2007⁷⁴, o las SS.TSJ de Valencia 26 septiembre 2008⁷⁵ y de Castilla y León 21 julio 2017 y 8 junio 2017⁷⁶-. De una parte, insiste esta jurisprudencia en la posibilidad de apreciar daño moral por lesión del derecho de autodeterminación de la persona (en cuanto a la privación de la facultad de optar por el aborto), afirmando en tal sentido, como también hiciera

65 SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 6 junio 2001 (RJCA 2001\1280).

66 STS Sala 3ª 4 noviembre 2005 (RJ 2006/1544).

67 STS Sala 3ª 16 octubre 2007 (RJ 2007/7620).

68 SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 5 noviembre 2003 (JUR 2004/49942).

69 STSJ Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 26 septiembre 2008 (JUR 2009\28001).

70 STS Sala 3ª 10 mayo 2007 (RJ 2007\3403).

71 SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 14 abril 2003 (JUR 2003/281967).
Vid. además, las SSTS 23 noviembre 2007 (RJ 2008/24) y 15 septiembre 2015 (RJ 2015\3720).

72 STS Sala 3ª 30 junio 2006 (RJ 2006/6580).

73 STS Sala 3ª 14 marzo 2007 (RJ 2007\1750).

74 SSTs Sala 3ª 16 octubre 2007 (RJ 2007/7620) y 10 mayo 2007 (RJ 2007\3403).

75 STSJ Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 26 septiembre 2008 (JUR 2009\28001).

76 SS.TSJ Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 21 julio 2017 (JUR 2017\221021) y 8 junio 2017 (JUR 2017\201661).

la ya mencionada SAN 6 junio 2001⁷⁷, que el *daño resarcible* “no se identifica ni se advierte en el hecho del nacimiento del hijo, pues su existencia no es un daño -tal y como declaró la STS 5 junio 1998⁷⁸-, ni tampoco en sus consecuencias patrimoniales⁷⁹, sino en la valoración autónoma de la lesión de la facultad de autodeterminación que no pudo ejercer la madre al verse privada de la debida información... Lo lesionado fue una manifestación de la facultad de autodeterminación de la persona, ligada al principio de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), como es la información para ejercer sus libres determinaciones”.

Por otra parte, también recuerda el Alto Tribunal en esa Sentencia de 14 marzo 2007 que “la teoría de los *cursos causales no verificables*, usada por la jurisprudencia norteamericana en casos de errores en el diagnóstico prenatal, permite al facultativo aducir que no es seguro que, de haber sido correcto el diagnóstico, la decisión del interesado hubiese sido distinta, si bien en estos supuestos se hace recaer sobre el médico la carga de probar que tal decisión habría sido la misma con un diagnóstico acertado. Esta teoría ha tenido distinta acogida en nuestra jurisprudencia, de manera que mientras fue seguida por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 junio 1997⁸⁰, fue abandonada en las dictadas con fechas de 4 febrero 1999 y 7 junio 2002⁸¹, en las que no se consideró probado que la madre, de conocer las malformaciones del feto, habría abortado. En la primera [la de 1997] se estimó la acción de responsabilidad derivada de una falta de información sobre una prueba practicada, lo que impidió a la madre haber interrumpido legalmente su embarazo,

77 SAN 6 junio 2001 (RJCA 2001\1280).

78 STS Sala Iª 5 junio 1998 (RJ 1998/5169).

79 También a nivel doctrinal MACÍA MORILLO, A.: “La responsabilidad...”, *Revista de Derecho*, núm. 27, 2007, cit., pp. 23-24 pone en evidencia las serias dificultades para establecer una relación de causalidad entre el comportamiento del profesional sanitario y los *perjuicios económicos* que sufran los progenitores por los gastos añadidos que les suponga la enfermedad de su hijo, así como con el *daño moral* de esos padres por la contemplación de la condición enferma del mismo. Igualmente DE VERDA Y BEAMONTE, J. R./CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil médica...”, en *Responsabilidad...*, 2012, cit., pp. 30, 31, 33-34, 43-45 y 47-48 destacan que en estos supuestos el único daño resarcible es el daño moral por la privación a los padres de la oportunidad de tomar una decisión informada acerca de abortar o no, acerca de si dar lugar o no al nacimiento (pérdida de dicha opción que es, en sí misma, un daño moral, con independencia de que su titular tuviera o no voluntad de ejercitarla y con independencia de cuál hubiera sido su decisión); pero, de ello no se sigue que sea indemnizable el nacimiento mismo del hijo enfermo: *ni sus consecuencias patrimoniales* para los padres -los gastos materiales adicionales que supone haber traído al mundo un niño deficiente, en comparación con los que generan los que no lo son- *ni tampoco los morales derivados del impacto emocional, el sufrimiento y dolor* ocasionados a los progenitores por el nacimiento y ulterior crecimiento de un hijo discapacitado.

De ahí que estos autores consideren erróneo y criticable que una línea jurisprudencial en materia de acciones «*wrongful birth*» -representada, entre otras, por las SSTs 21 diciembre 2005 (RJ 2005/10149), 4 noviembre 2008 (RJ 2008/5860), 16 junio 2010 (JUR 2010/5716), 4 noviembre 2010 (RJ 2010/7988), 31 mayo 2011 (RJ 2011/400) y 20 mayo 2012 (RJ 2012/4676), por la STSJ Castilla y León 21 julio 2017 (JUR 2017/221021) y, en sede de Audiencias, por las SS.AAPP Málaga 31 marzo 2000 (AC 2000/915) y Barcelona 10 octubre 2001 (JUR 2002/6033)- contemple, además del daño por la privación de la posibilidad de abortar, *también el resarcimiento de los daños de naturaleza económica* por razón de los mayores gastos y desembolsos extraordinarios que a los progenitores les va a suponer la crianza del menor por las deficiencias que padece (cuidados médicos especiales, asistencia de otras personas, habilitación especial de la vivienda o vehículo, educación especial, etc.), así como *la indemnización del daño moral por los padecimientos y perjuicios psíquicos* causados por haber dado vida a un hijo discapacitado.

80 STS 6 junio 1997 (RJ 1997/4610).

81 SSTs 4 febrero 1999 (RJ 1999/748) y 7 junio 2002 (RJ 2002/5216).

mientras que en la segunda [la de 1999], por el contrario, se denegó la indemnización reclamada por el padre de una niña que nació con graves malformaciones congénitas que no fueron detectadas con los estudios ecográficos, declarándose que la genética está fuera de las posibilidades de evitar el resultado y, además, es una simple hipótesis decir que, en caso de ser informada, la madre gestante habría tomado la decisión de interrumpir el embarazo. Finalmente, la Sentencia de 7 junio 2002 consideró que no había prueba de que la embarazada, de haber conocido la existencia de malformaciones en el feto, hubiese abortado, lo que llevó al TS a la absolución del médico demandado⁸². Esta Sala y Sección, en reiteradas sentencias -por todas citaremos las de 14 julio 2001 y 18 mayo 2002⁸³-, ha tenido en cuenta, a efectos de fijar el nexo causal entre la actuación del servicio público y el perjuicio sufrido, la conducta del personal médico. Partiendo de la base establecida en estas sentencias, resulta evidente que, en los supuestos de daño moral sufrido por una madre al privársele de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo cuando hay graves malformaciones físicas o psíquicas según los diagnósticos médicos realizados, incumbe a la Administración demandada la carga de probar, de forma indubitada, que en el supuesto de conocer la mujer la malformación del feto no hubiera optado por el aborto, y esa falta de probanza determina que quepa apreciar el nexo causal para la prosperabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial⁸⁴.

A la luz de la doctrina jurisprudencial expuesta, y por no concurrir los presupuestos y requisitos exigibles, cabe encontrar otros muchos casos en que se ha desestimado la pretensión indemnizatoria de los padres⁸⁵. Así, por ejemplo, en

82 Por su parte, en el asunto objeto de la STSJ Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 29 septiembre 2004 (JUR 2005\189938), los padres de una niña que nació con Espina Bífida -cuyos efectos fueron ulteriormente corregidos a través de exitosas cirugías y tratamientos- demandaron a la Administración por un error de diagnóstico acerca de las malformaciones del feto, esgrimiendo que ese defecto de información privó a la madre del derecho a decidir si deseaba la interrupción del embarazo acogiendo a la indicación eugenésica dentro de los plazos legalmente establecidos, de modo que había sufrido un daño moral por el atentado a su derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE. En este supuesto, el TSJ desestimó el recurso al no apreciar que "la falta de detección en periodo prenatal de la espina bífida cerrada respondiera a una actuación torpe de la Administración"; pero además -y esta es la afirmación que queremos resaltar-, declaró que "esta Sala no considera que el no ejercicio de la facultad de interrupción del embarazo constituya un daño indemnizable y ello por carecer de la cualidad de efectivo, pues es una mera hipótesis que, conocida la malformación del feto, los recurrentes hubieran decidido interrumpir la gestación...; es moverse en el terreno de las especulaciones afirmar que la actora hubiera hecho uso de la indicación eugenésica una vez conocida la malformación, explicado por los facultativos su naturaleza, afecciones físicas del feto, posibilidades de corrección por vía de intervenciones, como de hecho ha sucedido, y afecciones reales y definitivas de la niña una vez realizadas estas".

83 SSTs 14 julio 2001 (RJ 2001/6693) y 18 mayo 2002 (RJ 2002/5740).

84 Vid. en la misma línea la STS, Sala 1ª, 15 septiembre 2015 (RJ 2015/3720).

85 A fin de resaltar que la responsabilidad médica en estos casos quedará limitada a aquellas enfermedades o malformaciones del concebido que *hubieran podido ser detectadas* (ya con arreglo a los protocolos ordinarios, ya con medios extraordinarios o pruebas clínicas específicas de tratarse de embarazos de riesgo), y siempre que su detección hubiese sido posible dentro del plazo legal para abortar, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R./CHAPARRO MATAMOROS, P.: "Responsabilidad civil médica...", en *Responsabilidad...*, 2012, cit., pp. 45-47 comentan un nutrido grupo de sentencias de la jurisprudencia menor que desestiman la acción ejercitada por los progenitores por no concurrir tales requisitos: entre ellas, las SS.AAPP León 8 marzo 2001 (AC 2001/2293), Baleares 6 junio 2001 (AC 2001/2143), Cádiz 17 septiembre 2002 (AC 2002/1929) y Barcelona 5 abril 2001 (JUR 2001/209546) y 9 marzo 2005 (AC 2005/485). Vid. igualmente, en fechas posteriores, por ejemplo, la SAP Barcelona 17 enero 2017 (JUR 2017/122465) y la STSJ Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 17 marzo 2017 (JUR 2017/103918).

el asunto resuelto por la S.TSJ del País Vasco 7 febrero 2005⁸⁶ la madre recurrente basaba su reclamación en la deficiente atención de los servicios médicos durante el embarazo, ya que los facultativos no le informaron, pese a los antecedentes familiares, de que el bebé podía padecer la “distrofia muscular duchenne” con la que nació, lo que había privado a la demandante y su esposo de la posibilidad de haber interrumpido el embarazo. El TSJ no apreció, sin embargo, que hubiera habido *infracción del derecho a la información* de la gestante en relación a la concurrencia de dicha enfermedad hereditaria⁸⁷.

Igualmente la S. TSJ de Cataluña 28 febrero 2007⁸⁸ declaró improcedente la indemnización solicitada por los padres de un niño nacido con síndrome de Down en concepto de daño moral por la vulneración de su derecho a la decisión de la interrupción voluntaria del embarazo, que los actores atribuían a una incorrecta prestación del servicio sanitario y, en particular, a la ausencia de información acerca de la fiabilidad de las pruebas practicadas y la posibilidad de someterse a otros exámenes. El TSJ entendió, en cambio, que “*el protocolo de actuación en las gestaciones fue escrupulosamente cumplido en el embarazo*” de la reclamante y que “el estado de la ciencia médica actual no puede prever ni anticipar con total seguridad la existencia de anomalías cromosómicas en el feto”, por lo que “al no haber existido vulneración de la *lex artis*, ni tampoco, por consiguiente, nexo causal entre la asistencia médica y el resultado dañoso, procedía desestimar el recurso contencioso-administrativo”⁸⁹.

Asimismo la S.TSJ de Aragón 26 febrero 2009⁹⁰ desestimó el recurso interpuesto por los padres de una niña que nació con graves malformaciones y lesiones congénitas (onfalocelo, ceguera, retraso mental, epilepsia) al concluir que, amén de la adecuada atención del embarazo por los servicios sanitarios de la Administración demandada, también había sido correcta y suficiente la información que se les suministró, no pudiendo pues alegar *a posteriori* un daño moral por una inexistente privación de la opción de abortar: “los recurrentes –concluyó el TSJ– recibieron la información que el caso requería, ante las graves malformaciones congénitas que pudieron ser detectadas a través de los controles ecográficos, y que conocieron desde el primer

Por su parte, destaca con acierto la STSJ Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 21 junio 2017 (JUR 2017\199448) que no procede estimar la acción de indemnización de daño moral ejercitada por los padres cuando la tara del feto, aun en la hipótesis de que hubiera sido detectada por los médicos, no habría permitido interrumpir voluntariamente el embarazo por no tratarse de una grave anomalía –como aconteció en el caso de autos donde el menor nació con una malformación facial (una fisura del labio palatino bilateral completa)-.

86 STSJ País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 7 febrero 2005 (JUR 2005\204987).

87 Igualmente, la STSJ Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 11 junio 2010 (JUR 2010\267342) consideró que la imposibilidad de la madre de optar por el aborto eugenésico (y el consiguiente daño moral alegado) no fue imputable a una falta de información durante la gestación de las anomalías que presentaba el feto, derivada de actuaciones médicas negligentes o contrarias a la *lex artis*.

88 STSJ Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 28 febrero 2007 (JUR 2007\150946).

89 Vid. igualmente las SS.TSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Castilla y León 20 septiembre 2016 (JUR 2016\239606) y Murcia 2 junio 2017 (JUR 2017\170111).

90 STSJ Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 26 febrero 2009 (JUR 2009\275668).

momento, sin que, por tanto, pueda estimarse que se les privara de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo, en el plazo legal para hacerlo, la que decidieron libremente no adoptar después de pensarlo unos días, tras los que comunicaron -como así quedó reflejado en la historia clínica- su decisión de seguir la gestación”⁹¹.

B) Acciones «*wrongful life*»: reticencias doctrinales y desestimación generalizada de dichas acciones en la praxis judicial.

A diferencia de lo que con anterioridad se ha dicho sobre las «*wrongful birth actions*», las acciones «*wrongful life*» o reclamaciones interpuestas en nombre del propio hijo⁹² son rechazadas por la generalidad de nuestra doctrina⁹³ sobre la base de dos grandes tipos de argumentos: de un lado, por razón de las dificultades para identificar el *daño* en sí y para determinar su valoración, pues la disyuntiva a nacer con malformaciones habría sido no nacer y se cuestiona la consideración del hecho de la vida como daño y que este pueda consistir en la lesión de un supuesto “derecho

91 Por su parte, la STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 13 abril 2007 (RJCA 2007/540) -en la que luego abundaremos, pues en ella se interpuso conjuntamente una reclamación de los daños sufridos por el propio hijo- fundó la desestimación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ante la alegada imposibilidad de los padres de acogerse a la interrupción del embarazo por malformaciones en el feto *al superar el periodo de gestación permitido*, en la falta de prueba de que ese retraso hubiese sido imputable a la Administración. Concluyó así el Tribunal que la pretendida “pérdida de oportunidad” (vid. al respecto, por todos, MEDINA ALCOZ, L.: *La teoría de la pérdida de oportunidad*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007, en especial pp. 202-203; y ASUA GONZÁLEZ, C. I.: *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008, pp. 110-119) no fue imputable al funcionamiento del servicio público, pues no hubo retraso alguno en la atención sanitaria prestada, distinto del provocado por la propia actora, la cual acudió a la asistencia sanitaria pública cuando las malformaciones fetales ya se habían generado -varias semanas de gestación antes- y ya no se podía actuar respecto a ellas al haberse cumplido con creces ya entonces el límite del plazo legal para poder abortar.

92 Acerca de la posibilidad -remota- de que el propio hijo (al llegar a la mayoría de edad) ejercite la acción *wrongful life* por sí mismo, y sobre las muchas trabas para ello, vid. MACÍA MORILLO, A.: *La responsabilidad médica por los diagnósticos...*, 2005, cit., p. 81, en especial n.º 118. De ahí que dicha autora considere preferible limitar como regla general el supuesto de dicha acción al ejercicio de la misma en nombre del niño por parte de sus progenitores o por quien corresponda (v.gr. un defensor judicial), con arreglo al art. 7.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000) y los arts. 163 y 299 CC.

La misma opinión refrendan también, entre otros, MARTÍNEZ-PEREDA, J. M.: “La responsabilidad en el diagnóstico prenatal”, *Actualidad de Derecho Sanitario*, núm. 79, 2002, p. 16; y MARTÍN CASALS, M./SOLÉ, J.: “Comentario a la STS de 29 mayo 2003 (Responsabilidad sanitaria. Ligadura de trompas fallida que no impide un posterior embarazo)”, *CCJC*, núm. 64, 2004, p. 199; y “Responsabilidad por la privación...”, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 16, 2004, cit., p. 19.

93 Contrarios a acoger las reclamaciones *wrongful life* son entre nuestros autores, p.ej. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario a la STS de 4 febrero 1999”, *CCJC*, núm. 50, 1999, cit., pp. 841-860; PANTALEÓN, F.: “Procreación artificial...”, en *La filiación...*, 1988, cit., pp. 271-276; ATAZ LÓPEZ, J.: “Las *wrongful actions* en materia de responsabilidad médica”, en *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos*, dir. por A. ORTÍ VALLEJO y coord. por M.ª C. GARCÍA GARNICA, Cizur Menor, Aranzadi, 2006, p. 352; MARTÍN CASALS, M./SOLÉ, J.: “Comentario a la STS de 18 de mayo de 2006. *Wrongful birth* y *wrongful life*”, en *Responsabilidad extracontractual. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, dir. por R. BERCOVITZ, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2010, pp. 710-716; ALISTE SANTOS, T.J.: “El favor *nascituri* y su aplicación por el juez ante las demandas de *wrongful life* y *wrongful birth*”, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 49, 2007, pp. 5-17; MORENO, J.A.: *Daños indirectos en familiares...*, 2012, cit., pp. 45-46; VICANDI MARTÍNEZ, A.: “El concepto de *wrongful birth* y su inherente problemática”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 3, 2013, p. 42, n.º 5 y p. 43; DE VERDA, J.R./CHAPARRO, P.: “Responsabilidad civil médica...”, en *Responsabilidad...*, 2012, cit., p. 28. Vid. igualmente en sentido crítico, entre las voces foráneas, TRABUCCHI, A.: “Il figlio, nato o nascituro, inaeestimabilis res, e non soltanto res extra commercium”, *Riv.Dir.Civ.*, 1991-I, pp. 211-221; y CAPOBIANCO, E.: “*Nascituro* e responsabilità civile”, *Rass.Dir.Civ.*, 1997, pp. 64-65.

a no nacer” o de un “derecho a nacer sano”⁹⁴. De otra parte, tampoco pueden soslayarse los problemas atinentes a la *relación de causalidad* y a la *imputación objetiva* del daño al profesional sanitario demandado⁹⁵.

Esos mismos obstáculos conducen a que en aquellas ocasiones –escasas, pero no inexistentes- en que tales acciones «*wrongful life*» han sido efectivamente planteadas, no hayan llegado a prosperar en nuestro país (SSTS 7 junio 2002⁹⁶ y 18 diciembre 2003⁹⁷)⁹⁸, sin que tampoco otros tribunales europeos⁹⁹ -ni estadounidenses¹⁰⁰- suelen estimarlas, salvo contadas excepciones como el conocido caso *Perruche* de la jurisprudencia francesa, donde la Sentencia de la Corte de Casación civil de 17 noviembre 2000¹⁰¹ concedió indemnización a un niño en un supuesto de *wrongful life*. De forma muy sintética, los hechos que dieron origen a esta litis fueron los siguientes: Nicolás Perruche nació el 13 de enero de 1983, con profundas taras neurológicas, cardiopatías, sordo y casi ciego. Su madre había contraído la rubéola estando encinta y había manifestado su voluntad de abortar si el feto estaba

94 Tras exponer las opiniones doctrinales más difundidas en ese sentido (pp. 403-438), A. MACÍ (La responsabilidad médica por los diagnósticos..., 2005, cit., pp. 81, 443 y ss. y 581) sostiene que en las acciones *wrongful life* la admisión de la existencia de un daño “no erosiona el bien vida”, pues “el niño discapacitado no reclama realmente por vivir, sino por vivir discapacitado; el daño no es la vida, sino el hecho de vivir con las malformaciones, defectos o enfermedades”. “Con ello, no se trata de reclamar como daño las lesiones en sí..., sino, aunque suponga hilar muy fino –reconoce la autora-, el sufrimiento, dolor y angustia que ocasionan” (a veces dolor físico y, en todo caso, moral). Vid. igualmente DE LA MAZA, I.: “Plegarias atendidas: procreación asistida y *wrongful life*...”, en *Daños...*, 2006, cit., pp. 92-98.

Vid. también al respecto, p.ej. D'ANGELO, A.: *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Giuffrè, Milán, 1999; PICKER, E.: *Il danno della vita. Risarcimento per una vita non desiderata*, Giuffrè, Milán, 2004; y AMATO, S.: “Il diritto alla vita e il potere sulla vita”, *Persona y Derecho*, núm. 60, 2009, pp. 177-185.

95 Tras un amplio análisis del tema, afirma A. MACÍ MORILLO (La responsabilidad médica por los diagnósticos..., 2005, cit., pp. 463 y ss. y 581-583) que en las acciones *wrongful life*, además de las dificultades para establecer un enlace causal, los daños reclamados “no son imputables al profesional sanitario demandado, pues no se integran dentro del fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad que se reclama. En concreto -entiende dicha autora (aunque esta afirmación suya daría para mayores reflexiones)-, la normativa sobre la interrupción voluntaria del embarazo no contempla la protección de los intereses del niño, sino que, en las situaciones de conflicto, priman sobre ellos los de la gestante, que son los que resultan efectivamente protegidos”. Vid. también a ese respecto, MACÍ MORILLO, A.: “Una visión general de las acciones de responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life* y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10, 2006, pp. 85-90.

96 STS Sala 1ª 7 junio 2002 (RJ 2002/5216).

97 STS Sala 1ª 18 diciembre 2003 (RJ 2003/9302). Esta Sentencia ha sido comentada críticamente por A. MACÍ MORILLO (“Comportamiento negligente en el diagnóstico prenatal”, en *Responsabilidad extracontractual. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, dir. por R. BERCOVITZ, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2010, pp. 205-212), quien explica las razones por las que en verdad se trataba de un “falso supuesto de *wrongful life*”.

98 Desestimatorias de las demandas *wrongful life* planteadas por los padres en nombre de su hijo han sido también, p.ej., la SAP Barcelona 10 octubre 2001 (JUR 2002/6033) o la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 27 enero 2012 (JUR 2012/196949). Un examen de la jurisprudencia española sobre este tipo de acciones puede verse en MAZZILLI, E.: “La acción de *wrongful life* en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10, 2012, pp. 79-111.

99 Un amplio estudio de Derecho comparado de las acciones *wrongful life* (tanto en Gran Bretaña, Francia y Alemania, como también en Estados Unidos) lleva a cabo MACÍ MORILLO, A.: *La responsabilidad médica...*, 2005, cit., pp. 120-140.

100 Tras poner de relieve que las acciones *wrongful birth* mantienen en Estados Unidos saludables tasas de aceptación, I. DE LA MAZA (“Plegarias atendidas...”, en *Daños...*, 2006, cit., pp. 81-91) destaca que, por el contrario, las *wrongful life* son rechazadas por regla general, examinando minuciosamente los casos norteamericanos más emblemáticos.

101 En *Dalloz*, 2001, núm. 4, pp. 332-339.

afectado por la infección. No obstante, los médicos diagnosticaron erróneamente la ausencia de contagio y el laboratorio que había realizado los análisis no detectó que la rubéola se hubiera transmitido *in utero*. Tras el nacimiento del niño con las referidas deficiencias derivadas de la rubéola no detectada, los profesionales sanitarios fueron demandados por los padres de Nicolás, en nombre de su hijo, para que se reconociera a este el perjuicio sufrido. La Corte de apelación de Orleáns rechazó la posibilidad de una indemnización al hijo con el argumento de que un ser humano no es titular del derecho a nacer o no nacer; a vivir o no vivir. Sin embargo, el asunto llegó a la Corte de Casación que, tras un arduo debate, se pronunció a favor del demandante, razonando que, puesto que las negligencias médicas habían privado a la madre de la facultad legal de abortar, con cuyo ejercicio se habría evitado el nacimiento de un niño afectado por tan graves anomalías, ese hijo *podía reclamar la reparación del perjuicio resultante de haber nacido con tales deficiencias*.

Precisamente en respuesta a la polémica levantada por esta Sentencia y como reacción a las muchas críticas doctrinales de que fue objeto¹⁰², el legislador francés dictó la *Loi n° 2002-2003, du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*¹⁰³, en cuyo art. 1.1 -precepto que ulteriormente, por Ley de 11 febrero 2005, fue incorporado, como art. 114.5, en el *Code de l'action sociale et des familles*- se viene a establecer que «*nadie puede invocar un perjuicio por el simple hecho de su nacimiento*»¹⁰⁴. El mismo precepto se ocupa de matizar en los párrafos siguientes, por un lado, que «*La persona nacida con una anomalía debida a una negligencia médica puede obtener la indemnización de su perjuicio cuando el acto negligente ha provocado directamente la anomalía o ha contribuido*

102 Vid. entre otras críticas a dicho fallo, las de VINEY, G.: “*Brèves remarques à propos d’un arrêt qui affecte l’image de la justice dans l’opinion*”, *La Semaine Juridique*, núm. 2, 2001, pp. 65-66; MURAT, P.: “*L’affaire Perruche: où l’humanisme cède à l’utilitarisme*”, *Droit Famille*, enero 2001, pp. 28-29; MAZEAUD, D.: “*Nota a Cass. Civ. 17 novembre 2000, ass. Plé.*”, *Le Dalloz*, 2001, núm. 4, pp. 332-336; PICCOCCHI, C.: “*L’arrêt Perruche della Cassazione francese: wrongful life actions e tutela costituzionale dell’esistenza. Un dissidio ‘insanabile’?*”, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2001, II, pp. 677-685; DE VERDA BEAMONTE, J.R.: “*Responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano*”, en *Daños en el Derecho de Familia* (coord. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Cizur Menor, Aranzadi, 2006, pp. 19 y ss.; y DE VERDA Y BEAMONTE, J.R./CHAPARRO MATAMOROS, P.: “*Responsabilidad civil médica...*”, en *Responsabilidad...*, 2012, cit., pp. 25-30, quienes desarrollan, como principales aspectos que conducen a que esta sentencia francesa no resista el menor análisis crítico, la falta de relación de causalidad entre el comportamiento negligente de los profesionales médicos y la deficiencia con la que nace el niño; la imposibilidad de considerar daño resarcible el nacimiento de una persona con deficiencias no imputables a negligencia médica; y el riesgo de proliferación de demandas de responsabilidad civil. De forma monográfica sobre el caso *Perruche*, vid. CAYLA, O./THOMAS, Y.: *Il diritto di non nascere*, Giuffrè, Milán, 2004.

103 Vid. al respecto, p.ej. DE MONTECLER, M.-C.: “*Les premiers effets de la loi anti-Perruche*”, *Le Dalloz*, 2002; y FEUILLET, B.: “*The Perruche case and french medical liability*”, *Drexel Law Review*, Vol. 4, núm. 139, 2011.

104 Este principio, que viene a rectificar la tesis jurisprudencial contraria del caso *Perruche*, implica que la existencia en el recién nacido de deficiencias no detectadas en el diagnóstico prenatal, pero no causadas o agravadas por el comportamiento culpable de los profesionales sanitarios, no sujeta a estos a responsabilidad civil frente a aquel; pero además -tal como acertadamente advierten DE VERDA Y BEAMONTE, J.R./CHAPARRO MATAMOROS, P.: “*Responsabilidad civil médica...*”, en *Responsabilidad civil...*, 2012, cit., p. 30, n.20- también consagra, como luego se verá, la exclusión de una eventual acción de responsabilidad civil del hijo nacido con deficiencias contra su madre por no haber abortado. Vid. igualmente en la doctrina francesa, LAMBERT-FAIVRE, Y.: “*La Loi núm. 2002-2003, du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*”, I, “*La solidarité envers les personnes handicapées*”, *Le Dalloz*, 2002, núm. 15, p. 1218.

a agravarla, o no ha permitido adoptar las medidas susceptibles de atenuarla»; y también aclara, por otro lado -refiriéndose este tercer párrafo a las acciones ejercitadas por los progenitores-, que «Cuando la responsabilidad de un profesional o un establecimiento sanitario se produce respecto a los padres de un hijo nacido con una anomalía no detectada durante la gestación como consecuencia de una actuación culposa, los padres pueden reclamar una indemnización tan solo por su propio perjuicio. Este perjuicio no deberá incluir las cargas particulares que deriven de la anomalía del hijo a lo largo de toda su vida. La compensación de este perjuicio corresponde a la solidaridad nacional»¹⁰⁵.

Volviendo al Derecho español, resulta obligado advertir finalmente que, aunque lo más común es que la acción *wrongful life* sea ejercitada conjuntamente con la *wrongful birth* –de forma que los padres, al tiempo que reclaman en su propio nombre, lo hacen también en el de su hijo demandando el resarcimiento de los daños que a este se “ocasionaron” siendo *nasciturus*-, se trata de acciones independientes¹⁰⁶ y que, en consecuencia, pueden correr la misma o distinta suerte. Basten como ejemplo de ello tres sentencias, todas ellas en sede de responsabilidad patrimonial de la Administración, en las que además se refleja la referida tónica comúnmente desestimatoria de la pretensión indemnizatoria ejercitada en nombre del hijo.

Así, en el caso resuelto por la S.TSJ de Madrid 15 julio 2008¹⁰⁷ los padres de una niña que nació con síndrome de Down –habiéndose omitido la práctica a la madre de la prueba del *triple screening*- reclamaban, además de la indemnización de su propio daño moral por habérseles privado de la posibilidad de decidir someterse a un aborto eugenésico, una pensión vitalicia de carácter mensual a favor de su hija por importe de 700 euros, actualizada anualmente conforme al IPC, desde la fecha de nacimiento de la niña. La Sentencia, sin embargo, ni siquiera llegó a entrar en el examen particular de esta última pretensión pues, al rechazar la existencia de toda responsabilidad de la Administración sanitaria¹⁰⁸, desestimó *in totum* el recurso interpuesto.

105 En favor de esta legislación francesa que excluye la reclamación por *wrongful life*, que asimismo sitúa fuera de las pretensiones *wrongful birth* las particulares cargas que para los padres suponga la enfermedad o anomalía del hijo y que expresamente impone al Estado (en cuanto Estado Social) el deber de asumir los costes que derivan de la asistencia a las personas con discapacidad, vid. entre otros ALISTE, T.J.: *Tutela...*, cit., 2011, p. 188; MARTÍN CASALS, M./SOLE, J.: “Responsabilidad por la privación...”, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 16, 2004, cit., pp. 18 y 21; y DE VERDA Y BEAMONTE, J.R./CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil médica...”, en *Responsabilidad...*, 2012, cit., pp. 28-30, 44-45, 48-49.

106 Vid. expresamente en este sentido, MORENO MARTÍNEZ, J.A.: “Resarcimiento...”, en *La responsabilidad...*, 2012, cit., p. 312; y MACÍA MORILLO, A.: “La responsabilidad...”, *Revista de Derecho*, núm. 27, 2007, cit., p. 20.

107 STSJ Comunidad de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 15 julio 2008 (JUR 2008\300283).

108 Argumentó a tal fin el TSJ que la falta de detección de la alteración cromosómica en la entonces *nasciturus* no fue debida a ninguna infracción de la *lex artis* médica en el seguimiento del embarazo, pues a la vista del conjunto probatorio obrante en autos, se aplicaron a la gestante “los medios diagnósticos adecuados en el estado de la ciencia médica al tiempo de los hechos litigiosos y, a pesar de ello, desgraciadamente, no pudo diagnosticarse durante el embarazo el síndrome de Down que, fatalmente, tuvo la hija de los demandantes, por lo que, al amparo del art. 141.1 LRJyPAC [la entonces vigente Ley 30/1992], el daño por el que por esta razón se reclama no puede calificarse de antijurídico”.

Igualmente en el asunto de que se ocupa la S.TSJ de Castilla-La Mancha 13 abril 2007¹⁰⁹, los padres de un niño que nació con graves taras y anomalías (determinantes de una incapacidad permanente superior al 80%) *solicitaron en nombre de aquel una indemnización de algo más de seiscientos mil euros*. Aunque también aquí la Sentencia rechazó por completo la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada, interesa poner de relieve que en el voto particular formulado por uno de los magistrados de la Sala, si bien este se decantó por considerar indemnizables, en contra del criterio de la mayoría, los daños morales y materiales que la incapacidad de su hijo menor y la pérdida de la oportunidad de interrumpir legalmente el embarazo habían infligido a los padres, no dejó de puntualizar que, en cambio, *“la incapacidad del menor no trae su causa de la frustración de aquel derecho a abortar de la madre”,* por lo que ciertamente *debe desestimarse “el pedimento relativo a la incapacidad del menor, al no ser achacable a funcionamiento anormal o normal de la Administración”*.

Por su parte, la ya antes citada STS 14 marzo 2007¹¹⁰ —en la que sí se aprecia responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y se concede la correspondiente indemnización a los padres de una niña nacida sin las dos piernas y el brazo izquierdo— hace notar que, tal como ya señalaba la resolución de la Audiencia Nacional que se impugnaba, el efectivo daño a cuyo resarcimiento debe procederse es únicamente el derivado del “mal funcionamiento del servicio por ausencia de información sobre la evolución del feto, lo que impidió a los padres poder optar por una interrupción voluntaria del embarazo”, pero *“en ningún momento se entiende que las consecuencias de la mala praxis médica fueran las malformaciones congénitas de la menor”*¹¹¹.

109 STSJ Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 13 abril 2007 (RJCA 2007\540).

110 STS Sala 3ª 14 marzo 2007 (RJ 2007\1750).

111 A modo de paréntesis, conviene hacer mención de los casos —completamente diferentes de los apuntados en su momento, en que ya *antes de la concepción* los padres eran conscientes del riesgo de transmisión de enfermedades a la descendencia— en los que, detectada una enfermedad o malformación del feto mediante un diagnóstico prenatal practicado *en el curso del embarazo* e informados correctamente los progenitores de la tara con que su hijo nacerá, aquellos *deciden llevar a término la gestación* y, en concreto, *la madre opta por no abortar* (pudiendo hacerlo y estando en plazo para ello). También aquí se discute si el nacido puede o no reclamar responsabilidades a sus padres por tal decisión y por el hecho mismo de su propia existencia (necesariamente enferma y donde la única alternativa a la misma habría sido no nacer). Pues bien, por razones parcialmente similares a las que hemos visto que conducen al rechazo generalizado de las acciones «*wrongful life*» —si bien en estas la pretensión resarcitoria del nacido se dirige frente al profesional sanitario que llevó a cabo un diagnóstico prenatal erróneo—, igualmente en las que ahora nos interesan impera la opinión de que no existe responsabilidad civil de los progenitores por no haber abortado. Y ello, fundamentalmente, por las dificultades tanto para apreciar la relación de causalidad con el comportamiento de los padres, como para admitir la existencia misma de un daño indemnizable y reputar como tal el nacimiento de un niño con deficiencias; objeciones a las que se sumaría la ausencia de un comportamiento antijurídico en la madre que, amparada por su libertad de procreación, tiene derecho a decidir si aborta o no, pero en ningún caso la obligación de abortar. Vid. el examen detenido de tales argumentos que en apoyo de esa postura realiza RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M^a.: “Tipología...”, en *Tratado...*, VI, 2011, cit., pp. 875-878. En esa misma dirección contraria a la responsabilidad de los padres frente al hijo en dicho supuesto, vid. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R./CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano”, en *Responsabilidad...*, 2012, cit., pp. 28 y 30, n.20; y en la doctrina francesa, NEYRET, L.: “Handicaps congénitaux: tout risque d’action en responsabilité civile d’un enfant contre sa mère n’est pas écarté”, *Le Dalloz*, núm. 26, 2003, p. 111.

3. Breve alusión a las acciones «*wrongful death*» y a las acciones «*wrongful conception*» (o por indeseada concepción y nacimiento de un hijo sano).

Como complemento de las precedentes reflexiones acerca de las acciones «*wrongful birth*» y «*wrongful life*», procede realizar ahora una somera referencia a otras dos categorías bien diversas de reclamaciones que, siquiera colateralmente, guardan alguna conexión con el tema que nos ocupa.

De una parte, las acciones «*wrongful conception*» o «*wrongful pregnancy*», que son las concernientes a las demandas resarcitorias interpuestas contra los profesionales sanitarios por los progenitores (uno o ambos) con motivo de los daños irrogados por la concepción y nacimiento *no deseados* de un hijo sano; por ejemplo, al fracasar el procedimiento de esterilización o fallar las medidas anticonceptivas adoptadas por el médico demandado¹¹² (v.gr. vasectomías y ligaduras de trompas fallidas, colocación de dispositivos intrauterinos defectuosos o ineficaces, etc.)¹¹³.

De otra parte, las llamadas acciones «*wrongful death*», las entabladas por los padres por razón de la *muerte prenatal de su hijo* como consecuencia de la actuación médico-sanitaria. A título de ejemplo, y al hilo de la eventual responsabilidad patrimonial de la Administración, viene a estimar una acción de este tipo la S. de la Audiencia Nacional 11 mayo 2015¹¹⁴, mientras que, en cambio, acordó su desestimación la S.TSJ Murcia 20 julio 2007¹¹⁵ en un asunto de *muerte fetal en asistencia al parto*, relacionada en concreto con el traslado de la parturienta al hospital en un autobús urbano (y no en ambulancia). Si bien los padres achacaron a esa causa la pérdida del *nasciturus* alegando que «el fallecimiento se produjo durante el traslado en autobús desde un centro al otro» no siendo el transporte público el medio más adecuado en tales circunstancias, el TSJ concluyó que, tras un completo examen del material probatorio, “la pérdida del hijo no derivó de la atención prestada por los Servicios de Salud y, concretamente, no ha quedado probado que el hecho dañoso derivase del aludido traslado en autobús al Hospital; mientras que, sin embargo, sí está suficientemente probado que en todo momento se tomaron las medidas adecuadas para la atención

112 Junto a esos casos más comunes, también las hipótesis de *abortos fallidos* encajarían dentro del supuesto de hecho básico de las acciones indemnizatorias que los padres podrían interponer por nacer un hijo no deseado pero sano. Vid. por todos, ATIENZA NAVARRO, M^a. L.: “La responsabilidad civil de los padres...”, en *Responsabilidad...*, 2012, cit., p. 52, n. 44; y MACÍA MORILLO, A.: *La responsabilidad médica...*, 2005, cit., p. 55-56. En la praxis judicial, cfr. la STSJ Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 15 noviembre 2017 (JUR 2018\66506).

113 Vid. con detalle sobre este tipo de acciones, p.ej. MARTÍN CASALS, M./SOLE I FELIU, J.: “Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos”, *InDret*, 2001-3, pp. 1-16; y MACÍA MORILLO, A.: Voz “Responsabilidad perinatal”, en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, II, dir. por C. M^a. ROMEO CASABONA, Comares, Granada, 2011, pp. 1455-1459. Recientemente a nivel jurisprudencial, vid. p.ej. las SS.TSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Murcia 30 junio 2016 (JUR 2016\180785) y de Castilla y León 14 octubre 2016 (JUR 2016\256817).

114 SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 11 mayo 2015 (JUR 2015\135485).

Vid. asimismo, en el ámbito de la sanidad privada, la SAP Madrid 4 septiembre 2017 (JUR 2017\243629).

115 STSJ Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 20 julio 2007 (JUR 2008\169072).

de la paciente, sin que la pérdida del *nasciturus* tenga relación de causalidad con el funcionamiento, normal o no, del servicio público”¹¹⁶.

Adviértase para concluir que, según apunta MACÍA MORILLO¹¹⁷ en su estudio de la problemática aparejada a las acciones «*wrongful death*», a veces esta clase de acciones han llegado a ser interpuestas por los padres, no en su propio nombre, sino en el del *propio hijo fallecido* frente al causante de la muerte prenatal del mismo; supuestos en que tales demandas de resarcimiento han sido rechazadas en Inglaterra, pero no siempre en Estados Unidos¹¹⁸.

116 Tampoco la STSJ Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 20 octubre 2004 (JUR 2005\198591) apreció responsabilidad patrimonial de la Administración pública en un asunto donde el padre reclamó una indemnización por la muerte de su hija (en el presente caso a las 30 horas desde el corte del cordón umbilical); responsabilidad que el demandante fundaba en la deficiente asistencia sanitaria derivada del *retraso del médico de guardia en atender a su mujer en los momentos previos al parto*. Sin embargo, el TSJ entendió que “la atención prestada en conjunto (ambulatoria y hospitalaria) alcanzó un nivel de garantía suficiente” y, desde luego, no fueron los tres o cuatro minutos que dicho médico se demoró en atender a la parturienta los que dieron lugar al desgraciado desenlace en el parto; “parto que se produjo de modo natural, con asistencia en el hospital, pero que se originaba prematuramente y, por tanto, con las deficiencias consiguientes en el organismo del *nasciturus*”, en concreto la dificultad respiratoria que, en este caso, produjo el encharcamiento de los pulmones y la muerte por asfixia del recién nacido. Vid. en la misma línea, las SS. TSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Valencia 14 junio 2016 (JUR 2016\214681) y de Galicia 7 marzo 2017 (JUR 2017\97806) y STS Sala 3ª 20 febrero 2018 (RJ 2018\694).

117 Vid. MACÍA MORILLO, A.: Voz “Responsabilidad perinatal”, en *Enciclopedia de Bioderecho...*, II, 2011, cit., p. 1460.

118 Así lo indica también EMALDI CIRIÓN, A.: “La responsabilidad jurídica derivada de diagnósticos genéticos erróneos”, *La Ley*, 2001-5, pp. 1608-1609, quien precisa que, frente a la negativa generalizada en otros ordenamientos jurídicos a admitir la legitimación activa del hijo -fallecido antes de haber nacido-, el tratamiento de esas hipótesis en Estados Unidos suele hacerse depender del grado de viabilidad que tuviera el feto en el momento de la muerte.
Un ilustrativo repertorio de casos de *wrongful death* resueltos por los tribunales estadounidenses ofrece DE LA MAZA, I.: “Antes de que nazcas...”, en *Responsabilidad civil...*, 2012, cit., pp. 90-94.

BIBLIOGRAFÍA

ALISTE SANTOS, T. J.:

- «El *favor nascituri* y su aplicación por el juez ante las demandas de *wrongful life* y *wrongful birth*», *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 49, 2007.

- *Tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2011.

AMATO, S.: «Il diritto alla vita e il potere sulla vita», *Persona y Derecho*, núm. 60, 2009.

ANGELOZZI, D.: «Vita indesiderata e pretese risarcitorie del figlio», en SESTA, M. (ed.), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, UTET, Turín, 2008.

ARCOS VIEIRA, M^a. L.: *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

ASÚA GONZÁLEZ, C. I.: *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2008.

ATAZ LÓPEZ, J.: «Las *wrongful actions* en materia de responsabilidad médica», en *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos (Daños a la salud y seguridad de las personas)*, dir. por A. ORTÍVALLEJO y coord. por M^a.C. GARCÍA GARNICA, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2006.

ATIENZA NAVARRO, M^a. L.:

- “La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural”, en *Daños en el Derecho de Familia*, coord. por J.R. DE VERDA BEAMONTE, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2006.

- “La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural”, en *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, coord. por J.R. DE VERDA BEAMONTE, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012.

- “Las enfermedades con que nacen los hijos y la posible responsabilidad civil de los padres en el ámbito de la procreación natural”, *Revista Española de Drogodependencias*, núm. 33, I, 2008.

BATA, A.: «Responsabilità del medico, omissione di informazioni e danno risarcibile per mancata interruzione di gravidanza (nota a Cass., Sez. III, 8 luglio 1994, n. 6464)», *Corriere giuridico*, 1995.

BELLISARIO, E.: «Nascita indesiderata e vita non voluta: esperienze europee a confronto (nota a App. Perugia, 24 maggio 2000)», *Famiglia*, 2001, II.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.:

- “Comentario a la STS 4 febrero 1999 (Responsabilidad sanitaria derivada del nacimiento de una niña con malformaciones)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 50, 1999.

- “Comentario a la STS 7 junio 2002 (Responsabilidad médica: nacimiento de niño afectado de síndrome de Down; derecho de información; relación de causalidad)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 59, 2002.

BILOTTA, F.: «Profili del danno esistenziale nella procreazione», *Responsabilità civile e prevenzione*, 1999.

BUSNELLI, F. D.: “L’inizio della vita umana”, *Rivista di Diritto Civile*, 2004, I.

BUSTOS PUECHE, J. E.: «Un caso de voluntarismo judicial: la sentencia del Tribunal Supremo de 6 junio de 1997», *La Ley*, 1997-5.

CAPOBIANCO, E.: “Nascituro e responsabilità civile”, *Rassegna di Diritto Civile*, 1997.

CARNELUTTI, F.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Piacenza de 31 julio 1950», *Foro Italiano*, 1951-I.

CASSANO, G.:

- «Rapporti tra genitori e figli, illecito civile e responsabilità. La rivoluzione giurisprudenziale degli ultimi anni alla luce del danno esistenziale», *Persona e Danno*, 5-7-2006 (<https://www.personaedanno.it/generalita-varie/rapporti-tra-genitori-e-figli-illecito-civile-e-responsabilita-giuseppe-cassano>) (y en *Rivista di Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2006, II).

- *Rapporti familiari, responsabilità civile e danno esistenziale. Il risarcimento del danno non patrimoniale all'interno della famiglia*, Padua, Cedam, 2006.

CAYLA, O./THOMAS, Y.: *Il diritto di non nascere: a proposito del caso Perruche*, traducción de L. COLOMBO, Giuffré, Milán, 2004.

CECCHINI ROSELL, X.: "El deber de información del médico. Nacimiento de niño con síndrome de Down. Concepto de daño y relación de causalidad (Comentario a la STS núm.581/2002, de 7 de junio. Recurso de casación núm. 3384/1996)", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 10, 2003.

COBAS COBIELLA, M^a. E.: «¿Embarazo y daños en la procreación? Algunas notas en relación a la cuestión», *Revista Española de Drogodependencias*, núm. 36 (4), 2011.

D'ANGELO, A.: *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Giuffrè, Milan, 1999.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.:

- "La segunda sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en un caso de «*wrongful birth*» (4 de febrero de 1999). ¿Está en contradicción con lo resuelto en la sentencia de 6 de junio de 1997 sobre el mismo problema?", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 10, 1999.
- "La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de «*wrongful birth*». Mi intento de conciliar su doctrina con la de las dos sentencias anteriores", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 17, 2002.
- "Ante la cuarta sentencia de la Sala Primera en materia de *wrongful birth*: ¿es posible hablar ya de una jurisprudencia?", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 22, 2005.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho civil de España*, T.II, Civitas, Madrid, 1984 (reproducción facsimilar de la edición del volumen editado por el Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1952).

DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I.: "Pérdida irreparable de preembriones crioconservados y daño moral de la viuda", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 762, 2017.

DE LA MAZA GAZMURI, I.:

- "Antes de que nazcas: daños prenatales en el ámbito estadounidense, una visión muy panorámica", en *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, coord. por J.R. DE VERDA BEAMONTE, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012.
- "Plegarias atendidas: procreación asistida y *wrongful life actions*", en *Daños en el Derecho de Familia*, coord. por J.R. DE VERDA BEAMONTE, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2006.

DE MATTEIS, R.: «Il danno risarcibile per nascita indesiderata (nota a App. Cagliari, 12 novembre 1998)», *Danno e responsabilità*, 1999.

DE MONTECLER, M-C.: «Les premiers effets de la loi anti-Perruche», *Le Dalloz*, 2002.

DE VERDA BEAMONTE, J. R.: “Responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano”, en *Daños en el Derecho de Familia*, coord. por J.R. DE VERDA BEAMONTE, Cizur Menor; Thomson-Aranzadi, 2006.

DE VERDA BEAMONTE, J.R./CHAPARRO MATAMOROS, P.:

- “Responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano”, en *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, coord. por J. R. DE VERDA BEAMONTE, Cizur Menor; Thomson Reuters-Aranzadi, 2012.

- “Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales», en *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, coord. por J. R. DE VERDA BEAMONTE, Cizur Menor; Thomson Reuters-Aranzadi, 2012.

DI MARZIO, M.: «Il danno esistenziale? Ormai sdoganato (nota a Cass., Sez. III, 12 giugno 2006, n. 13546), *Diritto e giustizia*, 2006.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: «La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil», *La Ley*, 1998-3.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G./ARANA DE LA FUENTE, I.: «La imposibilidad de abortar dentro del plazo legal» (Capítulo I: Daños y «derechos de la personalidad»), en *El desbordamiento del Derecho de Daños*, Cizur Menor; Civitas-Thomson Reuters, 2009.

DOGLIOTTI, M.: «Ancora sulla responsabilità del genitore per il fatto di procreazione e sull'inseminazione artificiale», *Giurisprudenza di merito*, 1991.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, Lex Nova, Valladolid, 2ª ed., 2007.

ELIA, M.: «Responsabilità del genitore verso il figlio eredoluetico?», *Il Foro Italiano*, 1951-I.

ELIZARI URTASUN, L.: «El daño en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*», *Derecho y Salud*, nº.19, 2010.

EMALDI CIRIÓN, A.:

- *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*, Bilbao-Granada, Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Comares, 2001.
- "La responsabilidad jurídica derivada de diagnósticos genéticos erróneos", *La Ley*, 2001-5.
- Voz "Diagnóstico prenatal (jurídico)", en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, dir: por C.Mª. ROMEO CASABONA, T.II, Comares, Granada, 2011.

FACCI, G.:

- *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Ipsoa, Milán, 2004.
- «Il danno da nascita indesiderata e la legittimazione al risarcimento del padre (nota a Cass., Sez. III, 20 ottobre 2005, n. 20320), *Famiglia e Diritto*, 2006.
- «*Wrongful life*: a chi spetta il risarcimento del danno? (nota a Cass., Sez.I, 29 luglio 2004, n. 14488), *Famiglia e Diritto*, 2004.

FERRANDO, G.: «Procreazione medicalmente assistita e malattie genetiche: i coniugi possono rifiutare l'impianto di embrioni malati? (nota a Trib. Catania, ord. 3 maggio 2004), *Famiglia e Diritto*, 2004.

FERRER RIBA, J.: «Relaciones familiares y límites del Derecho de Daños», *InDret*, núm.4, octubre 2001 (y en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, T.II, coord. por A. CABANILLAS SÁNCHEZ, Thomson-Civitas, Madrid, 2003).

FEUILLET, B.: "The *Perruche* case and french medical liability", *Drexel Law Review*, Vol.4, núm. 139, 2011.

FUSCO, M.: "No al diritto a "non nascere se non sani". Ma gli ermellini invocano nuove norme (nota a Cass., Sez. III, 14 luglio 2006, n. 16123), *Diritto e giustizia*, núm. 33, 2006.

GALÁN CORTÉS, J. C.: "Comentario a la STS de 6 de julio de 2007: Responsabilidad médica. Acciones *wrongful birth* y *wrongful life*. Omisión de información sobre la conveniencia de someterse a la prueba del triple screening a gestante que no presentaba factores de riesgo relevantes. Nacimiento de niño con síndrome de Down", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 76, 2008.

GARCÍA AMADO, J. A. (dir): *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, Bosch, Barcelona, 2017.

GARRIGA GORINA, M.: "Negligencia en el diagnóstico prenatal (Comentario a la STS, 1ª, 7.6.2002)", *InDret*, núm. 3, julio 2003.

GIACOBBE, G.: "*Wrongful life* e problematiche connesse (nota a Cass., Sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488), *Giustizia civile*, 2005, I.

GONZÁLEZ GOZALO, A.: "Comentario al artículo 29 CC", en *Comentarios al Código Civil*, coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 4ª ed., 2013.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.:

- "Daños por procreación y durante la gestación: responsabilidad civil y pretensiones resarcitorias de padres e hijos", en *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, dir. por J.A. GARCÍA AMADO, Bosch, Barcelona, 2017.
- "Derechos, expectativas e intereses en la situación jurídico-civil del *nasciturus*", en *Razonar sobre derechos*, coord. por J.A. GARCÍA AMADO, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- *La protección jurídico-civil del nasciturus y del recién nacido* (Segundo Premio del Consejo General del Notariado-Fundación Aequitas en la convocatoria de 2014 del "XIII Premio de Investigación Jurídica sobre personas con discapacidad, mayores, inmigrantes, infancia, refugiados u otros grupos que carezcan de la debida protección"), Valladolid, Aranzadi-Lex Nova, 2015.

HOOFT, I.: "Responsabilidad de los progenitores por daños prenatales causados por accidentes", *Revista de Derecho de daños*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, núm. 2, 2001.

JOURDAIN, P.: "Nota a Cass. Civ. 17 noviembre 2000, ass. Plé.", *Le Dalloz*, núm. 4, 2001.

LACRUZ BERDEJO, J. L./SANCHO REBULLIDA, F. DE A./LUNA SERRANO, A./DELGADO ECHEVARRÍA, J./RIVERO HERNÁNDEZ, F./RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil*, I (Parte General), Vol.2º (Personas), 6ª ed. revisada y puesta al día por J. DELGADO, Dykinson, Madrid, 2010.

LAMBERT-FAIVRE, Y.: "La Loi núm.2002-2003, du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé", I, "La solidarité envers les personnes handicapées", *Le Dalloz*, 2002, núm. 15.

LENER, S.: "Mero delitto civile la paternità?", *Il Foro Italiano*, 1952, IV-2.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Los límites de la vida y la libertad de la persona*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: "Daños causados por los padres a la salud o integridad física de sus hijos menores", en *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, coord. por J.A. MORENO MARTÍNEZ, Dykinson, Madrid, 2012.

MACÍA MORILLO, A.:

- "Comentario a la STS de 18 de diciembre de 2003 (Comportamiento negligente en el diagnóstico prenatal)", en *Responsabilidad extracontractual. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Cizur Menor, Civitas – Thomson Reuters, 2010.
- "El tratamiento de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 23, 2011.
- "La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*", *Revista de Derecho*, Barranquilla, núm. 27, 2007.
- *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- "Una visión general de las acciones de responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life* y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10 (*Derecho, Sociedad y Familia: Cambio y continuidad*, edición a cargo de MORALES MORENO, A./MIQUEL GONZÁLEZ, J.Mª.), 2006.
- Voz "Responsabilidad perinatal (jurídico)", en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, dir. por C.Mª. ROMEO CASABONA, T.II, Comares, Granada, 2011.

MANNSDORFER, T.M.: "Responsabilidad por lesiones prenatales. Fundamento, *wrongful life* y tendencias (Especial atención al Derecho suizo)", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 15, 2001.

MARÍN LÓPEZ, J.J.: "La persona", en *Derecho Civil (Introducción. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Derecho de propiedad)*, dir. por Á. CARRASCO PERERA, Tecnos, Madrid, 2ª ed. 2004, 4ª ed. 2012.

MARTÍN CASALS, M./RIBOT IGUALADA, J.: "Daños en el Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás", *Anuario de Derecho Civil*, 2001, II.

MARTÍN CASALS, M./SOLÉ I FELIU, J.:

- “Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos”, *InDret*, núm. 3, julio 2001.
- “Comentario a la STS de 7 junio 2002 (Responsabilidad de profesionales sanitarios. Nacimiento de un hijo con síndrome de Down sin que el ginecólogo informara de la anomalía a la paciente. *Wrongful birth*)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 60, 2002.
- “Comentario a la STS de 29 mayo 2003 (Responsabilidad sanitaria. Ligadura de trompas fallida que no impide un posterior embarazo)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 64, 2004.
- “Comentario a la STS de 18 de mayo de 2006 (RJ 2006/4724). *Wrongful birth* y *wrongful life*”, en *Responsabilidad extracontractual. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Cizur Menor, Civitas – Thomson Reuters, 2010.
- “Responsabilidad por la privación de la posibilidad de abortar (*wrongful birth*). A propósito de la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 18 diciembre 2003”, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 16, mayo 2004.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: “Comentario a los artículos 29 y 30 CC”, en *Código Civil Comentado*, dir. por CAÑIZARES LASO, A./DE PABLO CONTRERAS, P./ORDUÑA MORENO, J./VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., Vol. I, 1ª ed., Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M.: “La responsabilidad en el diagnóstico prenatal”, *Actualidad de Derecho Sanitario*, núm. 79, 2002.

MAZEAUD, D.: “Nota a Cass. Civ. 17 noviembre 2000, ass. Plé.”, *Le Dalloz*, núm. 4, 2001.

MAZZILLI, E.: “La acción de *wrongful life* en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10, febrero 2012.

MEDINA ALCOZ, L.: *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007.

MEDINA, G./HOOFT, I.: “Responsabilidad de los padres por daños a la salud de los hijos en procreación natural (La jurisprudencia italiana, norteamericana y

canadiense)", en *Derecho de Familia. Libro homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1990.

MORENO MARTÍNEZ, J.A.:

- *Daños indirectos en familiares y terceros por causa de lesiones*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2012.

- "Resarcimiento de los perjuicios de los familiares del lesionado y su consideración por las distintas jurisdicciones", en *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, coord. por J.A. MORENO MARTÍNEZ, Dykinson, Madrid, 2012.

MOSCARINI, L.V.: "Riflessioni sulla risarcibilità del danno per violazione del diritto a non nascere", *Famiglia*, 2005, I.

MURAT, P.: "L'affaire Perruche: où l'humanisme cède à l'utilitarisme", *Droit Famille*, enero 2001.

MUSATTI, A.: "Ancora sulla responsabilità della procreazione", *Il Foro Italiano*, IV, 1952.

NAVARRO MICHEL, M.: "Responsabilidad civil médica. Supuesto de nacimiento de niño afectado de síndrome de Down. Deber de información. Relación de causalidad. Daño. *Wrongful birth* (Comentario a la STS de 21 diciembre 2005)", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 72, 2006.

NEYRET, L.: "Handicaps congénitaux: tout risque d'action en responsabilité civile d'un enfant contre sa mère n'est pas écarté", *Le Dalloz*, núm. 26, 2003.

NOVELLINO, N.J.: "Responsabilidad por transmisión de enfermedades a los hijos", en *Derecho de Daños. Daños en el Derecho de Familia*, Cuarta Parte (A), La Rocca, Buenos Aires, 2000.

PACHECO JIMÉNEZ, M^a. N.: "El abogado y las reclamaciones de responsabilidad por diagnóstico prenatal: acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*", en *Retos de la abogacía ante la sociedad global*, dir. por CARRETERO GONZÁLEZ, C./DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., Cizur Menor, Civitas- Thomson Reuters, 2012.

PALMERINI, E.:

- "Autonomia v. responsabilità nella procreazione: a proposito di *Caesarian Sections* e giudici inglesi", *Rivista Diritto Civile*, núm. 4, 2000.

- "Il sottosistema della responsabilità da nascita indesiderata e le asimmetrie con il regime della responsabilità medica in generale", *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, núm. 5, 2011.

- "Nascite indesiderate e responsabilità civile: il ripensamento della Cassazione", *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, núm. 2, 2013.

PANTALEÓN PRIETO, F.: "Procreación artificial y responsabilidad civil", en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Trivium, Madrid, 1988.

PAÑOS PÉREZ, A.: "Responsabilidad civil médica por *wrongful birth* y *wrongful life*", *La Ley*, núm.8396, 10 octubre 2014.

PÉREZ-TENESSA, A.: "Sobre el diagnóstico prenatal como causa de responsabilidad", *Revista de Administraciones Públicas*, núm.154, 2001.

PICIOCCHI, C.: "L'arrêt Perruche della Cassazione francese: *wrongful life* actions e tutela costituzionale dell'esistenza. Un dissidio 'insanabile'?", *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2001, II.

PICKER, E.: *Il danno della vita. Risarcimento per una vita non desiderata*, traducción de D. CANALE, Giuffré, Milan, 2004.

PUCELLA, R.: "Responsabilità medica per lesione del diritto a nascere sani (nota a Trib.Verona, 15 ottobre 1990)", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1991, I.

QUERCI, A.: "Vita indesiderata, ingiusta, non sana: profili di responsabilità civile (nota a Cass., Sez. III, 21 giugno 2004, n. 11488)", *Famiglia*, 2005, II.

RESCIGNO, P.: "Il danno di procreazione", *Rivista di Diritto Civile*, I, 1956.

RIBÓ DURÁN, L. (Coord.): *Derecho de Daños*, Bosch, Barcelona, 1992.

RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M^a..:

- "La responsabilidad civil en las relaciones familiares", en M.YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS (dirs), *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol.VI. Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 1^a ed. 2011, 2^a ed. 2017.

- *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2009.

- “Tipología de los daños en el ámbito de las relaciones paterno-filiales”, en M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS (dirs), *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol.VI. Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 1ª ed. 2011, 2ª ed. 2017.

ROMERO COLOMA, A. Mª.: “Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en el ordenamiento jurídico español”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 722, 2010.

ROSSETTI, M.: “Danno da nascita indesiderata: la Suprema Corte mette i paletti (nota a Cass., Sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488)”, *Diritto e giustizia*, núm. 33, 2004.

RUIZ LARREA, N.: “El daño de procreación: ¿Un caso de responsabilidad civil de los progenitores por las enfermedades y malformaciones transmitidas a sus hijos?”, *La Ley*, T.I, 1998.

SAMBRIZZI, E.A.: *Daños en el Derecho de familia*, La Ley, Buenos Aires, 2001.

SESTA, M.: “Infracción de los deberes familiares y responsabilidad: la experiencia italiana”, en *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, coord. por J.A. MORENO MARTÍNEZ, Dykinson, Madrid, 2012.

SIANO, C.: “Diagnosi prenatale e responsabilità del medico. L’esperienza italiana e francese”, *Famiglia e Diritto*, 2006.

SUÁREZ ESPINO, Mª.L.: “Las denominadas demandas de *wrongul life* y de *wrongful birth*. El posible derecho a nacer sano”, *Otrosí*, núm.75, abril 2006.

TOMILLO URBINA, J.: “Veinte años de *wrongful birth* en España (1997-2017): inicio, desarrollo y consolidación jurisprudencial “”, en *Culpa y responsabilidad*, coord. por PRATS ALBENTOSA, L./TOMÁS MARTÍNEZ, G., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

TRABUCCHI, A.: “Il figlio, nato o *nascituro*, *inaestimabilis res*, e no soltanto *res extra commercium*”, *Rivista di Diritto Civile*, 1991-I.

UBERTAZZI, B.: “La ley reguladora de la subjetividad del *nasciturus*”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 61, núm. 3, 2008.

UREÑA MARTÍNEZ, M.: “Responsabilidad civil extracontractual. Reclamación de daños por el nacimiento de un niño con síndrome de Down. Falta de información del médico al paciente (Comentario a la STS de 6 junio 1997)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm.45, 1997.

VICANDI MARTÍNEZ, A.: "El concepto de *wrongful birth* y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm.3, septiembre-diciembre 2013.

VINEY, G.: "Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion. Cass.Ass.Plén. 17 novembre 2000", *La Semaine Juridique*, núm.2, 2001.

VIVAS TESÓN, I.: "La responsabilidad civil médica en los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*: análisis jurisprudencial", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 11, 2003.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L./ZARRALUQUI NAVARRO, E.: *Las reclamaciones de daños entre familiares*, Bosch, Barcelona, 2015.

ZATTI, P.: "La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2001, II.

ZENO-ZENCOVICH, V.: "La responsabilità per procreazione", *Giurisprudenza Italiana*, 1986, IV.



EVOLUCIÓN DE LA CONFIGURACIÓN DOCTRINAL Y
JURISPRUDENCIAL DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO.
¿EXCESIVA LITIGIOSIDAD AL RESPECTO? LA STS 15 FEBRERO 2017

*EVOLUTION OF DOCTRINAL AND JURISPRUDENTIAL
CONFIGURATION OF INFORMED CONSENT. EXCESS OF LITIGATION
ABOUT IT? LA STS 15 FEBRUARY 2017*

Rev. Boliv. de Derecho N° 26, julio 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 58-77



Amelia
SÁNCHEZ
GÓMEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de febrero de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 10 de abril de 2018

RESUMEN: Una de las fuentes de la responsabilidad civil médica que genera una abundante jurisprudencia desde la década de los noventa hasta nuestros días es el consentimiento informado por incumplimiento o, mejor dicho, cumplimiento defectuoso de la información del médico al paciente, como presupuesto para emitir un consentimiento libre, voluntario y consciente al tratamiento o acto médico particular, sus consecuencias y riesgos. De ahí que no resulte extraño, situados en el ámbito de la medicina privada, que el incumplimiento de esta obligación por parte del médico que se proyecta en variedad de actividades médicas (medicina curativa y medicina satisfactiva) sea susceptible de generar su responsabilidad al margen de que dicha actuación médica se haya realizado con sujeción a la *lex artis* en sentido estricto, lo que obliga a hacer algunas reflexiones atendiendo a la diversidad de supuestos que pueden plantearse y, especialmente, a efectos de determinar el daño que se ha causado. El propósito de estas líneas es hacer, de una parte, un estudio de la evolución que esta obligación del médico y correlativo derecho del paciente ha experimentado en su configuración doctrinal y jurisprudencial, lo que permitirá concluir con algunas reflexiones relativas a un excesiva litigiosidad no justificada, siendo buena muestra de ello la reciente STS de 15 de febrero de 2017.

PALABRAS CLAVE: Derecho de disposición sobre el cadáver, protección civil, proceso civil, cadáver, medidas cautelares, exhumación, inhumación, memoria pretérita, dignidad humana.

ABSTRACT: One of the sources of medical civil liability that generates a wealth of jurisprudence from the nineties to the present day is the informed consent for non-compliance or, rather, faulty compliance of the information of the doctor to the patient, as a budget to issue a consent free, voluntary and conscious to the treatment or particular medical act, its consequences and risks. It is therefore not surprising that, in the area of private medicine, failure to comply with this obligation on the part of the physician who is projected in a variety of medical activities (curative medicine and satisfactory medicine) is liable to generate his responsibility outside that such medical action was carried out subject to the “*lex artis*” in the strict sense, which forces to make some reflections considering the diversity of assumptions that can arise and, especially, to determine the damage that has been caused. The purpose of these lines is to do, on the one hand, a study of the evolution that this obligation of the doctor and correlative right of the patient has experienced in its jurisprudential configuration, which will allow to conclude with some reflections related to excessive unjustified litigation, being a good example of this is the recent STS of February 15, 2017.

KEY WORDS: Informed consent; “*lex artis*”; fundamental human right; independent obligation; excessive litigation.

SUMARIO.- I. PRECISIONES INTRODUCTORIAS: HACIA UNA MAYOR CONCIENCIA Y PREOCUPACIÓN POR EL “CONSENTIMIENTO INFORMADO”. CAUSAS Y CONSECUENCIAS.- II. EVOLUCIÓN DE LA CONFIGURACIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO. ALGUNAS REFLEXIONES.- I. Primera fase (1990-2005): carácter autónomo e independiente de la obligación de información del médico.- 2. Segunda fase (2005 a la actualidad): relevancia constitucional del consentimiento informado, derecho humano fundamental y elemento esencial de la “*lex artis*”.- A) Relevancia constitucional del consentimiento informado y caracterización como derecho humano fundamental. Consecuencias.- B) Consentimiento informado como elemento esencial de la “*lex artis*”. Consecuencias.- III. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿UNA EXCESIVA LITIGIOSIDAD POR SUPUESTO CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO? LA STS DE 15 DE FEBRERO DE 2017.

I. PRECISIONES INTRODUCTORIAS: HACIA UNA MAYOR CONCIENCIA Y PREOCUPACIÓN POR EL “CONSENTIMIENTO INFORMADO”. CAUSAS Y CONSECUENCIAS.

El término “consentimiento informado” obliga a recordar que sólo tras una información correcta y completa en el ámbito médico asistencial, el paciente estará en condiciones de consentir de forma consciente y libre la actuación que precise (tratamiento, intervención quirúrgica, riesgos, consecuencias y contraindicaciones)¹. Queda claro, pues, la íntima vinculación que existe entre información y consentimiento. De ahí la denominación de “consentimiento informado” en la legislación y jurisprudencia. Se trata de un consentimiento-legitimación, por cuanto una vez informado debidamente el paciente, la actuación médico-asistencial que se realice estará legitimada porque aquél ha prestado su consentimiento de forma libre y consciente sobre la base del reconocimiento a su dignidad y el respeto a su

I Como expresa la STS 23 octubre 2015 (RJ 2015/4901):

“Es un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente y que obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto” (F.D.Tercero).

• Amelia Sánchez Gómez

Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid en 1992 y Doctora por la misma Universidad desde el año 1996. Desempeño mi labor docente desde el año 1995 a la actualidad en el Departamento de Derecho Civil de la UCM como Profesora Contratada Doctora. Mi tarea investigadora ha versado sobre diversos temas como la Responsabilidad civil médica, Sistemas de pago electrónico, Derecho de Consumo, Derechos Fundamentales y Nuevas tecnologías, con especial atención del menor, entre otros. Correo electrónico: amesanch@pdi.ucm.es

autonomía de la voluntad². Ello no impide, sin embargo, la consideración autónoma de cada una de estas facetas de la actividad sanitaria, siendo posible acometer el estudio de cada una de ellas de manera autónoma e independiente. Buena muestra de ello es su tratamiento separado en la Ley 41/2002.

El “consentimiento informado” en su doble faceta de *información* del médico, como presupuesto para que el paciente emita un *consentimiento* libre, voluntario y consciente al tratamiento médico y especialmente, a las consecuencias o riesgos que conlleva es, en nuestros días, una importante fuente de responsabilidad civil médica que viene generando en la actualidad una ingente jurisprudencia en la Sala Primera del Tribunal Supremo impensable hace unos años, normalmente por el deficiente alcance de la información facilitada por el médico al paciente sobre las alternativas y riesgos de la intervención, es decir, por no haber cumplimentado correctamente el objeto o contenido sobre el que recae³, esto es, no son habituales demandas de responsabilidad por cumplimiento defectuoso de la información desde el punto de vista de los sujetos obligados.

En efecto, en los años noventa no eran tan frecuentes como en la actualidad demandas por un incumplimiento o, más exactamente, cumplimiento defectuoso de dicha obligación a cargo de los profesionales de la medicina, cuya pretensión era frecuentemente, la exigencia de responsabilidad por daños causados por una supuesta actuación médica negligente.

La citada década marca un punto de inflexión hacia una mayor preocupación por los pacientes y, en consecuencia, los Tribunales, por su defensa más allá de la actuación médica propiamente dicha, en busca del debido cumplimiento por los médicos de esta obligación de información que en aquel entonces aparecía desligada de la de asistencia médica *strictu sensu* y se consideraba como independiente a la principal del médico, de proporcionar los cuidados médicos necesarios de acuerdo a la *lex artis*. En efecto, en ese momento el consentimiento informado presentaba

2 Vid. art. 2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Este consentimiento, vinculado a la información (consentimiento informado o consentimiento legitimación), es distinto del consentimiento necesario para la formación del contrato de servicios médicos, en la hipótesis de que dicha actividad se desenvuelva en el ámbito de una relación contractual.

3 A modo de ejemplo, vid., entre otras muchas, las SSTs 26 septiembre 2000 (RJ 2000, 8126), que reconoce la existencia de responsabilidad del médico en una operación de estapedectomía con secuelas de pérdida total de audición del oído izquierdo, como riesgo del que no se le informó tal como queda acreditado, o de 2 julio 2002 (RJ 2002, 5514) que reconoce la responsabilidad por falta de información previa relativa a los riesgos y complicaciones frecuentes en un supuesto de medicina voluntaria (operación de vasectomía), 23 de julio de 2003 (RJ 2003, 5462), que también estima el recurso de casación y declara la responsabilidad del profesional por omitir información al paciente, de los riesgos y tratamientos alternativos en una intervención quirúrgica de oído; 21 diciembre 2001 (RJ 2005, 10149) relativa a un supuesto de nacimiento de un hijo con síndrome de Down del que no se informó adecuadamente a la madre para poder decidir sobre la interrupción de su embarazo, 10 mayo 2006 (RJ 2006, 2399); 19 julio 2007 (RJ 2007, 4692) que también declara la responsabilidad por falta de la debida y suficiente información en un supuesto de nacimiento de una niña con síndrome de Down; 4 noviembre 2010 (RJ 2010, 7988); 16 enero 2011 (RJ 2012, 1784), 31 mayo 2011 (RJ 2011, 4000); 11 abril 2013 (RJ 2013, 3384); 15 septiembre 2015 (RJ 2015, 3720).

unos contornos y perfiles de carácter legal, doctrinal y jurisprudencial, difusos, poco definidos y, a la postre, muy distintos de los que pueden predicarse en la actualidad.

Más exactamente, eran aislados los pronunciamientos por falta de información los que se encontraban en los repertorios de jurisprudencia de aquella década y más numerosos los existente por una mala praxis del médico, es decir, por cumplimiento defectuoso de la obligación de asistencia médica. A modo de ejemplo, recuérdese la STS de 25 de abril de 1994⁴, que en un supuesto de medicina voluntaria (operación de vasectomía con resultado de posterior embarazo de la esposa), declara la negligencia profesional derivada del incumplimiento de informar al cliente de lo necesario para evitar que la reanudación de su vida matrimonial en forma normal condujera a dicho resultado⁵. El tratarse de un supuesto de un acto médico voluntario, determina, a juicio del Tribunal, la intensificación de la obligación de medios y la de informar al cliente del riesgo que la intervención lleva consigo y de las posibilidades de que no se obtenga el resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención⁶. La argumentación del Tribunal Supremo sobre la obligación información al paciente, sin utilizar todavía la expresión de “consentimiento informado”, pese a tener un carácter esencial en el desenlace del supuesto, parece desdibujar, a nuestro juicio, la trascendencia que su falta tuvo en aquel supuesto, a diferencia de lo que, como veremos, viene sucediendo actualmente en nuestra jurisprudencia⁷.

Esta transformación que ha sufrido el consentimiento informado en el ámbito sanitario marcada por su mayor importancia y protagonismo en la actividad médica y, por ende, en sede jurisprudencial, ha originado, como era de esperar, una mayor

4 (RJ 1994, 3073).

5 El Tribunal Supremo en el F.D.Tercero de dicha sentencia desgana las diversas obligaciones a cargo del médico y se refiere a las siguientes: “A) Utilizar cuantos medios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento de manera que (...) la actuación del médico se rija por la denominada “lex artis ad hoc (...); B) Informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que del mismo, especialmente si éste es quirúrgico, pueden derivarse (...) C) Continuar el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste puede ser dado de alta (...) y D) En los supuestos-no infrecuentes-de enfermedades o dolencias que puedan calificarse de recidivas, crónicas o evolutivas, informar al paciente de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos y que resulten necesarios para la prevención del agravamiento o repetición de la dolencia.”

6 Vid. F.D.Tercero.

7 En efecto, el Alto Tribunal en el F.D.Tercero cuando se refiere a las obligaciones del médico, declara la de “informar al paciente”, y por lo que se refiere a la resolución del supuesto de hecho, declara textualmente: Que por lo que se refiere al presente supuesto, aquél incumplió sus obligaciones médicas, por lo que el acto médico puede calificarse de negligente, pudiéndose producir, como consecuencia de ello, la correcta aplicación del mecanismo reparador que, para los daños producidos por las conductas contractuales, prevén los artículos 1.101 y 1.104 del Código Civil y sin que, por el contrario, al no poder calificar el acto como fortuito, quepa aplicar el precepto del artículo 1.105 del mismo Cuerpo Legal (...).”

Si comparamos esta argumentación con la de la STS de 7 de marzo de 2000 (RJ 239, 2000), trece años después de la de 1994, en un supuesto también de operación de vasectomía (RJ 239, 2000), es digno de mención el rigor de la jurisprudencia en cuanto a la argumentación contenida en su pronunciamiento que no reproducimos por falta de espacio, aunque en este caso, pese al desenlace del embarazo posterior a la operación, ha quedado probado que se proporcionó información detallada al paciente sobre los cuidados a seguir para evitar los riesgos de la recanalización (vid. F.D.Tercero).

proliferación de sentencias en materia de responsabilidad sanitaria en aspectos referidos a la información sanitaria y al consentimiento informado, normalmente por la omisión de aquella o su deficiente cumplimiento, especialmente, de los riesgos, cuando se trata de actuaciones curativas de alto riesgo o no curativas (la denominada medicina satisfactiva para una mejora estética o la voluntaria supresión de una función fisiológica). Precisamente es la materialización de alguno de esos riesgos de los que no se informó, lo que ha favorecido que esta materia se haya convertido, en nuestros días, en fuente autónoma y propia de responsabilidad. Cuestión más problemática es determinar, identificar y, en su caso, cuantificar el daño causado por dicho proceder. Del mismo modo, este crecimiento en el número de pronunciamientos sobre la referida materia es proporcional a la calidad de los mismos, lo que permite reconocer, en la actualidad, una doctrina jurisprudencial consolidada sobre la materia que ha abordado aspectos inimaginables hace años.

De otra parte, dicha obligación es predicable al margen de que la prestación médica tenga lugar en centros sanitarios, públicos o privados, de que los profesionales sanitarios, por tanto, desempeñen su actividad en el marco de una relación contractual con el paciente o al margen de ella, y de que se trate de medicina necesaria-curativa o voluntaria-satisfactiva, como hemos apuntado, pese a que la Ley 41/2002, no distingue al respecto. Nuestro estudio va a centrarse, empero, en el ámbito de la medicina privada y, en concreto, en algunos supuestos resueltos en el ámbito de la jurisdicción civil, sin desconocer la importancia que posee, igualmente, en el seno de la contencioso-administrativa, en la que también son numerosas las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que ha de conocer la Sala Tercera sobre la base de la falta o defectuosa prestación del consentimiento informado⁸.

Respecto a las causas de dicho cambio o toma de conciencia sobre la importancia del consentimiento informado, han influido diversos factores, entre los que destacamos, sin ánimo de exhaustividad, el estado de bienestar y la sociedad de la información.

El estado de bienestar trae como consecuencia una mayor preocupación de las personas por los servicios sanitarios. Preocupación que se traduce en una mayor exigencia no sólo en relación con la calidad de los servicios y prestaciones a cargo de los médicos, sino también al resultado. El paciente de este siglo es más exigente. Sensibilidad, interés y exigencia para valorar los resultados de la actuación médica. Pretende que el médico le proporcione los cuidados adecuados y conformes según

8 Vid. GUERRERO ZAPLANA, J.: "Derechos y deberes de información médico-paciente. El consentimiento", *R.E.S.*, núm. 158, 2014, p. 164. Interesante reflexión del citado Magistrado quien expresa lo siguiente: "Hasta ahora muchas reclamaciones de responsabilidad patrimonial planteaban la omisión de las garantías de información como un argumento residual mientras que el argumento fundamental de su reclamación era el que hacía referencia a la supuesta infracción del criterio de la *lex artis*. Solo muy recientemente, y en un número muy escaso, la cuestión va cambiando y aparecen algunas reclamaciones que se basan, casi exclusivamente, en la infracción del derecho a la información del paciente".

los medios y estado de la ciencia cada vez más avanzados, esperando su curación y, además, que sea informado de manera completa y clara sobre los aspectos relativos a su estado de salud, la actuación que precisa, sus consecuencias y riesgos. Tan es así, que la omisión de información al paciente, en concreto, de algunos riesgos o consecuencias del acto médico que después se materializan, ha propiciado la proliferación de un buen número de demandas aunque dicho acto haya sido realizado con sujeción a la *lex artis* en sentido estricto. Al respecto formularemos algunas observaciones.

En segundo lugar, las Tecnologías de la Información y la Comunicación han transformado el modo en que el paciente interactúa con el médico, a diferencia de lo que ocurría en el siglo pasado. En efecto, el paciente de nuestros días en plena era digital plantea cuestiones al facultativo, quiere entender lo que le ocurre, se orienta, informa y documenta a través de Internet (a veces de manera incorrecta por el exceso de información cuya verosimilitud a veces es dudosa), consulta a más de un facultativo sobre la dolencia que padece o actividad médica que precisa y, en consonancia con lo anterior, es consciente de la libertad que tiene para consentir un tratamiento, no permitirlo e incluso acudir a otro profesional. En fin, el paciente del siglo XXI es mucho más activo frente a la pasividad o conformismo del de hace unos años⁹.

Este nuevo orden de cosas ha propiciado, desde el punto de vista legal, la promulgación de diversos textos que han puesto el acento en el reconocimiento de los derechos de los pacientes de una manera más firme y completa respecto a lo ocurrido en la década de los noventa, por ejemplo, con la Ley General de Sanidad en la que sólo un artículo regulaba los aspectos esenciales de este derecho de una manera poco satisfactoria.

En este contexto, es digna de mención la entrada en vigor en nuestro Ordenamiento el 1 de enero de 2000, del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio de Oviedo suscrito el 4 de abril de 1997)¹⁰ y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información

9 En el mismo sentido se expresa BELTRÁN AGUIRRE, J. L.: "La relación médico-paciente en situaciones de riesgo grave, de enfermedad invalidante e irreversible, y en el proceso del final de la vida: supuestos y respuestas bioéticas y jurídicas", BIB 2011\1277, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2011 (Tribuna), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2011, p. 2.

10 Ratificado por Instrumento el 23 de julio de 1999; BOE núm. 851, de 20 de octubre de 1999. Su artículo 5 consagra una regla general, a tenor de la cual:
"Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento.
Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias.
En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento".

y documentación clínica¹¹, que acomete la regulación de la información al paciente, derogando expresamente la regulación anterior contenida en los apartados 5, 6, 8, 9 y 11 del art. 10 y el apartado 4 del artículo 11 de la Ley General de Sanidad, sin olvidar las correspondientes leyes de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia (ordenación de la actividad sanitaria). Dicha Ley, consciente de que la información es derecho del ciudadano cuando demanda la atención sanitaria y de las matizaciones y ampliaciones a propósito de nuevas actividades médicas, acomete una reforma para aclarar y garantizar de manera adecuada dicho derecho a todos los ciudadanos¹².

Para los médicos este nuevo contexto ha sido determinante a efectos de tomar conciencia de la relevancia de los derechos del paciente para una efectiva protección de la salud, lo que ha traído como consecuencia la necesidad de ajustar sus prácticas al cumplimiento de los deberes de información y obtención del consentimiento del paciente para no ser objeto de demandas por la omisión del consentimiento

11 Respecto al carácter de "básica" de esta Ley, se justifica por un doble título competencial, a saber, el del artículo 149.1. 1º de la Constitución que otorga competencia exclusiva al Estado para legislar sobre las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los ciudadanos. Y el del mismo artículo 149.1 en su apartado 16, por cuanto otorga también al Estado competencia exclusiva respecto a las bases y coordinación de la sanidad.

Cfr. PLAZA PENADES, J.: "La Ley 41/2002 (RCL 2002, 2650) básica sobre autonomía del paciente, información del paciente y documentación clínica", BIB 2002/2342, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 562, p. 3.

Desde el punto de vista objetivo, "El derecho de información sanitaria", se desarrolla en art. 4, apartados 1, 2 y 3, configurado como "Derecho a la información asistencial", la más relevante para el paciente y que se diferencia del "Derecho a la información epidemiológica".

Por su parte, el art. 5 se refiere a la información desde el punto de vista subjetivo, concretando quiénes son titulares del mismo o sujetos de aquélla. Además del paciente, principal destinatario de la misma, son destinatarios de la misma las personas vinculadas a éste por razones familiares o de hecho siempre que lo permita o, incluso, cuando su estado físico o psíquico le impida entender la información, extendiéndose a sus representantes legales en caso de incapacidad.

Respecto a los sujetos obligados a su cumplimiento, el art. 4.3 de la Ley es explícito, pues pone la información a cargo del médico responsable del paciente. Este será obviamente el primer obligado, sin perjuicio de la que han de proporcionar los demás profesionales que atiendan al paciente durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o procedimiento concreto. Así lo expresan, entre otras, las SSTs de 15 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 8059), o la de 11 de abril de 2013 (RJ 2013, 3384).

Sin olvidar los supuestos en que dicha información puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica (art. 5.4). Esto es, cuando por razones objetivas el conocimiento de la verdadera situación del paciente pueda perjudicar su salud de manera grave, el facultativo podrá actuar sin informar antes al paciente. Es obvio que se trata de un supuesto delicado en que el médico debe hacer uso, además de sus conocimientos médicos, de su una cierta sensibilidad para ponderar lo más adecuado para el paciente guiado por las reglas de la psicología y su propia experiencia. En esta hipótesis, hará constar las circunstancias determinantes de tal proceder en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o, de hecho.

Dicha Ley ha sido objeto de reforma en el año 2015, fundamentalmente, en lo relativo a la prestación del consentimiento por representación que queda fuera de nuestro estudio.

12 Así lo afirma su Exposición de Motivos expresando, entre otras cuestiones:

"(...) Sin embargo, el derecho de información como derecho del ciudadano cuando demanda la atención sanitaria, ha sido objeto en los últimos años de diversas matizaciones y ampliaciones por Leyes y disposiciones de distinto tipo, que ponen de manifiesto la necesidad de una reforma y actualización de la normativa contenida en la Ley General de Sanidad (...). Se manifiesta así una concepción comunitaria del derecho a la salud, en la que, junto al interés singular de cada individuo, como destinatario por excelencia de la información relativa a la salud, aparecen también otros agentes y bienes jurídicos referidos a la salud pública, que deben ser considerados, con la relevancia necesaria, en una sociedad democrática avanzada (...).

Todas estas circunstancias aconsejan una adaptación de la Ley General de Sanidad con el objetivo de aclarar la situación jurídica y los derechos y obligaciones de los profesionales sanitarios, de los ciudadanos y de las instituciones sanitarias. Se trata de ofrecer en el terreno de la información y la documentación clínica las mismas garantías a todos los ciudadanos del Estado, fortaleciendo con ello el derecho a la protección de la salud que reconoce la Constitución".

informado en sus actuaciones. Sin embargo, este escenario descrito, ha propiciado, como contrapartida el exceso en las prácticas sanitarias que asemejándose a meros actos administrativos, procuran dar cumplimiento a esta obligación con la firma de formularios de consentimiento informado para todo tipo de actividades médicas muchas veces incomprensibles para el paciente que omiten los riesgos personalizados que derivan de sus peculiares condiciones, patologías previas, u circunstancias personales o profesionales relevantes¹³, que han culminado en la actualidad con una sobreinformación que puede resultar perjudicial para el paciente¹⁴, proceder que pone de manifiesto el carácter defensivo de la medicina al que se tiende en el ámbito sanitario y que corre el riesgo de producir el efecto contrario, a saber, no informar por la falta de conocimiento del paciente que no es capaz de entender los formularios que ha de formalizar antes de someterse a cualquier actividad médica.

En conclusión, ante el escenario descrito, una consecuencia que va a ser objeto de atención en estas líneas es la excesiva litigiosidad que se observa en nuestro Tribunales, por un defectuoso consentimiento informado del paciente. Habrá que determinar en qué medida aquélla está justificada o se ha convertido en un recurso del paciente *in extremis* que sufre cualquier daño resultado de la actuación médica a la que se somete.

II. EVOLUCIÓN DE LA CONFIGURACIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO. ALGUNAS REFLEXIONES.

I. Primera fase (1990-2005): carácter autónomo e independiente de la obligación de información del médico.

Cuando a finales de los años 90 y principios del año 2000, se abordaba por la doctrina el estudio de la obligación de información a cargo del médico y correlativo derecho del paciente como requisito previo para la emisión de su consentimiento libre y consciente, era habitual destacar en ella la convergencia de una doble vertiente deontológica¹⁵ y contractual de carácter independiente y sustantividad propia, respecto a la principal de cuidados o asistencia médica dentro de la vida del contrato de servicios médicos. Encontraba encaje legal en el art. 1.258 CC como una derivación de la buena fe en la ejecución del contrato¹⁶, antes de que el profesional de la medicina desarrollara su actividad. Ello, sin perjuicio de que después

13 Vid. STS 11 abril 2013 (RJ 2013, 3384).

14 Vid. BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.: "El consentimiento informado como elemento esencial de la *lex artis*", *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, mayo 2014, pp. 8 y 9.

15 Vid. arts. 12 a 16 del Código de Deontología Médica del año 2011

16 STS 26 septiembre 2000, cuyo F.D. Primero, expresa que "En el caso que nos ocupa la relación se presenta más bien como propiamente contractual, al haber tenido la intervención en centro privado, lo que permite encuadrar la información médica omitida, que se deja estudiada, en el ámbito de la necesidad de actuar en forma acomodada a la buena fe que debe presidir las relaciones contractuales, por estar inserta en el pacto médico-enfermo, y ello exige previa información, que es iniciativa exclusiva del médico, como requisito previo para que

de la realización del acto médico diera cumplimiento a la denominada “información terapéutica”, como prestación de ejecución continuada o tracto sucesivo. De ahí que fuera plausible, que el médico pudiera dar cumplimiento al “núcleo de su deber prestacional”, pero incurrir, por ejemplo, en responsabilidad por no haber acreditado la información adecuada al paciente sobre la posibilidad de que se presentara una de las complicaciones de la vasectomía, consistente en la recanalización espontánea de la vía seminal que, aunque infrecuente, es perfectamente conocida¹⁷. En estos supuestos, antes y ahora, el nexo causal no puede sustentarse entre la actuación médica y el daño causado, sino entre la omisión del deber de información y el posterior embarazo de la esposa. Otra cuestión, será la construcción del nexo causal en estos casos sobre la base de un juicio hipotético y la identificación y cuantificación del daño.

2. Segunda fase (2005 a la actualidad): relevancia constitucional del consentimiento informado, derecho humano fundamental y elemento esencial de la “lex artis”.

A) Relevancia constitucional del consentimiento informado y caracterización como derecho humano fundamental. Consecuencias.

En la actualidad el escenario jurisprudencial en el ámbito de la responsabilidad médica ha sufrido un importante giro, que se ve desbordado por un gran número de demandas que pretenden la responsabilidad civil médica sobre la falta de información al paciente y, en consecuencia, por la existencia de un consentimiento informado defectuoso, lo que se ha visto propiciado por dos factores.

El primero es el referido a la relevancia constitucional que posee. Así lo ha expresado el Tribunal Constitucional en la sentencia de 28 de marzo de 2011¹⁸, al considerarlo un elemento que, en la medida en que afecta al principio de autonomía de voluntad del paciente, puede determinar una vulneración del derecho a la integridad física de la persona afectada. Por ello, a su juicio, dicho consentimiento informado es una manifestación de este derecho fundamental¹⁹. Aunque no es propósito de este

el enfermo pueda emitir un consentimiento, de conformidad a los artículos 18 y 22 del Código de Deontología Médica y de conformidad a los artículos 7.1, 1107 y 1258 del Código Civil (...)."

Vid. SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: “Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios”, Tecnos, Madrid, 1998, p. 46.

17 Vid. la STS de 25 de abril de 1994 (F.D. Primero).

18 (RTC 2011, 37), en un supuesto de pérdida funcional de la mano derecha tras la realización de un cateterismo cardíaco con omisión del consentimiento informado.

19 Expresa en su Fundamento Jurídico 5:

(...) el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. Esta es precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar

estudio el comentario de la referida sentencia²⁰, compartimos la opinión doctrinal²¹ según la cual el consentimiento informado no es un derecho fundamental en sí mismo, sino un instituto o instrumento con relevancia constitucional para asegurar los derechos fundamentales del paciente, en particular, el de la integridad física y moral en su vertiente de autodeterminación en las decisiones sobre su cuerpo. Presenta, ciertamente, una conexión íntima con el derecho a la vida, a la integridad física y la propia libertad personal²².

Lo relevante de este pronunciamiento radica en la estimación de un recurso de amparo con interesantes reflexiones y aportaciones sobre el consentimiento informado que trascienden su mera consideración de acto clínico para referirse al mismo como un mecanismo de garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral²³. Con este proceder se abre una vía de defensa para los pacientes incorrectamente informados que han sufrido daños, lo que es posible que genere, en expresión de la doctrina, inquietud en los abogados de médicos, Administraciones y Compañías Aseguradoras²⁴.

afectados por una intervención médica: la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo, posibilidad que ha sido admitida por el TEDH, aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal. (...) De esta manera, el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación.

La información previa, que ha dado lugar a lo que se ha venido en llamar consentimiento informado, puede ser considerada, pues, como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización pueda suponer una lesión del propio derecho fundamental”.

- 20 Tras rechazar que el problema tenga relación con la libertad personal del art. 17.1 de la CE, el análisis del Tribunal Constitucional se centra en determinar la lesión que la falta de información ha podido suponer respecto a la integridad física protegida a la luz del art. 15 del Texto Constitucional. A tal fin, después de afirmar que el referido precepto no contiene referencia expresa al consentimiento informado, pone de relieve que ello no implica que este instituto quede al margen de la previsión constitucional de protección de dicha integridad física y moral. Se plantea, no ya si la vulneración del derecho a la integridad física deriva de una asistencia o actuación de los profesionales sanitarios coactiva, esto es, “contra la expresa voluntad del sujeto sobre su cuerpo que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir”, sino, precisamente, de una “intervención médica realizada sin que el sujeto afectado haya recibido información previa sobre la misma y sin que haya prestado el consentimiento subsiguiente a esa información” (Fundamento Jurídico Tercero).
- 21 Vid., al respecto, BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.: “El consentimiento informado como elemento esencial de la *lex artis*”, cit., p. 4; DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “El consentimiento informado como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral. Comentario a la STS 37/2001, de 28 de marzo (RTC 2011, 37)”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2011, Aranzadi, Pamplona, 2011, y RUBIO TORRANO, E.: “Derechos fundamentales y consentimiento informado”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 19/2001 (Tribuna), p. 2.
- 22 En este sentido, Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de profesiones sanitarias, en su Exposición de Motivos alude “(...) a la íntima conexión que el ejercicio de las profesiones sanitarias tiene con el derecho a la protección de la salud, con el derecho a la vida y a la integridad física, con el derecho a la intimidad personal y familiar, con el derecho a la dignidad humana y con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (...)”.
- 23 Vid. DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “El consentimiento informado como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral. Comentario a la STC 37/2011, de 28 de marzo (RTC 2011, 37)”, cit.
- 24 Ídem, nota anterior.

En esta línea de consideración del consentimiento informado como derecho humano fundamental, es verdad que ya el Tribunal Supremo se pronunció en el mismo sentido en dos sentencias del año 2001²⁵, aunque probablemente con una finalidad distinta a la del Tribunal Constitucional, a saber, evitar que la interpretación de esta materia se redujera a un mero requisito formal cuyo incumplimiento careciera de consecuencias jurídico privadas²⁶. No olvidemos que en ese momento contábamos solo con una insuficiente Ley, la General de Sanidad, en el ámbito de la ordenación sanitaria, poco consciente de la trascendencia del consentimiento informado por su repercusión en la autonomía del paciente.

Por ello, a nuestro entender, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional resulta más adecuado jurídicamente que los del Tribunal Supremo, anteriores en el tiempo, en los que afirmaba que el consentimiento informado es un derecho humano fundamental²⁷.

Siguiendo el hilo argumental habría que determinar entonces, si en los casos en que ha habido falta de información que no ha producido daños concretos, ya sean patrimoniales o extrapatrimoniales (corporales, morales), pues ninguno de los riesgos o consecuencias que se omitieron se han materializado y, además, la actuación médica se ha llevado a cabo correctamente, cabe reconocer o no la existencia de responsabilidad. Expresado, en otros términos, hay que dilucidar si cabe imputar responsabilidad al médico por la lesión del derecho a la autodeterminación del paciente.

El Alto Tribunal, en alguna sentencia, como la de 13 de mayo de 2011²⁸, reconoce la responsabilidad en el caso resuelto en que, programada una intervención quirúrgica de menisco (para la que prestó su consentimiento), se procede a cambiar la cirugía sin el consentimiento previo del paciente. En esta hipótesis, se reconoce

25 Vid. nota número 26.

26 Así lo expresa, con acertado criterio PARRA LUCÁN, M. Á.: "La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español", *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2003, pp. 2 y 3 (versión del artículo en PDF).

27 SSTs 12 enero 2001 (RJ 2001, 3) y 11 mayo 2001 (RJ 2001, 6197).

Expresa en particular esta última:

"El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo, regulado por la Ley General de Sanidad y actualmente también en el Convenio Internacional para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y de la Medicina (RCL 1999, 2638, 2822) y que ha pasado a ser derecho interno español por su publicación en el BOE forma parte de la actuación sanitaria practicada con seres libres y autónomos» (Sentencia 12-I-2001 [RJ 2001, 3]) (FD. Séptimo).

28 (RJ 2011, 3279).

daño moral grave por lesión del derecho de autonomía de la paciente al ser privada del conocimiento de los riesgos y beneficios posibles para su salud²⁹.

Son más frecuentes, empero, los pronunciamientos en los que la falta de información que no se ha materializado en un daño concreto, por ejemplo, porque el riesgo del que no se informó no se ha producido y, además, la actuación médica ha sido diligente, no declaran la responsabilidad del médico³⁰. Cabría afirmar la intrascendencia “per se” de dicha falta de información que se traduce en esa falta de responsabilidad. Si bien en línea de principio existe un atentado a la libertad de decisión del paciente y su derecho de autonomía, en principio indemnizable, el hecho de que dicha falta de información no se haya conocido por el paciente, pues ni siquiera se ha llegado a materializar en un daño determinado ya que el resultado ha sido favorable para su estado de salud, permite colegir que no es fuente de responsabilidad. Incluso aunque el resultado sea desfavorable como ocurre en la STS de 23 octubre de 2008, si no está vinculado a la falta de información o a la actuación médica, no habría responsabilidad.

Para concluir con este apartado, suscribimos la esclarecedora opinión doctrinal³¹ que sostiene que, pese a la caracterización del consentimiento informado como derecho humano fundamental, probablemente no sea necesaria tal caracterización para exigir judicialmente la reparación de un daño producido con ocasión de un acto médico. En efecto, si dicho consentimiento informado forma parte esencial de la “*lex artis*”, existen preceptos en el Código Civil, por ejemplo, el artículo 1.258, que van a posibilitar la condena en su caso, de manera que el amparo no conforma la única vía para la tutela de los intereses en juego cuando se cumple defectuosamente el consentimiento informado. Todavía más, téngase presente que, normalmente, el derecho a ser correctamente informado no suele ser objeto de controversia en los Tribunales en cuyo caso podría tener sentido su vinculación y caracterización

29 Expresa el Tribunal Supremo:

“La falta de información configura en este caso un daño moral grave, al margen de la corrección con que se llevó a cabo la intervención, puesto que ningún daño moral se produjo, según los hechos probados de la sentencia. Un daño que fundamenta la responsabilidad por lesión del derecho de autonomía del paciente respecto de los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para poder decidir libremente sobre la solución más conveniente a su salud, a su integridad física y psíquica y a su dignidad” (F.D. Segundo).

30 STS 23 octubre 2008 (RJ 2008, 5789) que declara la falta de responsabilidad médica en un supuesto de fecundación *in vitro* en el que se produce el fallecimiento de la madre al producirse durante el embarazo una eclampsia asociada a un “síndrome de Hellp” (F.D. Séptimo). O la de 30 junio 2009 (RJ 2009, 4323) que expresa en su F.D. Segundo:

“(…) no debe olvidarse que si el resultado de esta intervención hubiera sido favorable, mejorando notablemente el estado de salud de la paciente, entonces la omisión o insuficiencia de la información previa habría sido irrelevante, porque pese a algunas sentencias de esta Sala que consideran esa omisión o insuficiencia como causante en sí misma de un daño a la libertad de elección del paciente (p. ej. SSTS 10-11 (RJ 1997, 7868) y 16-12-97 (RJ 1997, 8690), lo cierto es que difícilmente cabe sostener la existencia de daño ni perjuicio alguno cuando el resultado global de la relación entre médico y paciente haya sido la significativa mejoría del estado de salud de este último; en definitiva, su beneficio en lugar de su perjuicio, como por lo demás considera la jurisprudencia general sobre esta materia (SSTS 27-9-01 (RJ 2001, 7130), 10-5-06 (RJ 2006, 2399) y 14-5-98 entre otras”.

31 Vid. RUBIO TORRANO, E., “Derechos fundamentales y consentimiento informado”, cit., 2.

con los derechos fundamentales referidos. Lo que suele ser objeto de discusión es el alcance o contenido de dicha información, esto es, su cumplimiento defectuoso. Por ello, añadimos nosotros, acaso dicha caracterización útil desde el punto de vista teórico, resulte inútil en la práctica, máxime si observamos la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

B) Consentimiento informado como elemento esencial de la “lex artis”. Consecuencias.

Es sabido que, de un tiempo a esta parte, más exactamente desde los primeros años del siglo XXI, el Tribunal Supremo viene afirmando de manera reiterada que el consentimiento informado se integra o es elemento esencial de la “lex artis”³², de modo que la falta de cumplimiento correcto sobre su alcance constituye infracción de la misma. De ser una obligación autónoma e independiente de la propia y esencial de prestación de cuidados médicos hace unos años, el concepto de “lex artis”, por decirlo de alguna manera, se ha visto ampliado desde el punto de vista teórico. De ahí que el acto médico deba realizarse, de una parte, atendiendo al conjunto de reglas, principios o pautas según el estado de la ciencia, es decir, de acuerdo a la buena práctica profesional en cada momento. Y de otra, en base a esta ampliación de la “lex artis”, el acto médico debe llevarse a cabo con cumplimiento de la obligación de información para que los derechos del paciente no sean vulnerados³³. Dicha afirmación requiere alguna reflexión.

En primer lugar, es posible que el médico haya actuado de acuerdo a la “lex artis” porque su actuación médica ha sido correcta y porque ha informado debidamente al paciente sobre todos los extremos que requiere su actuación o tratamiento, de modo que si alguno se materializa no sería estimable la pretensión de responsabilidad del paciente³⁴.

En segundo lugar, es plausible, en una óptica diametralmente opuesta, que haya habido mala praxis por parte del facultativo que ha sido negligente respecto a la actuación médica propiamente dicha y que, además, ha cumplido defectuosamente su obligación de información sobre algún extremo del tratamiento que se materializa posteriormente (como ocurre en los casos de malformaciones de fetos no advertidas

32 Vid., entre otras, SSTS 29 mayo 2003 (RJ 2003, 3916), 21 diciembre 2005 (RJ 2005, 10149), 26 junio 2006 (RJ 2006, 5554), 15 noviembre 2006 (RJ 2006, 8059), 21 diciembre 2006 (RJ 2007, 396), 29 julio 2008 (RJ 2008, 4638), 11 abril 2013 (RJ 2013, 3384).

33 El art. 2 de la Ley 41/2002, afirma en su apartado 6, cuando se refiere a los principios básicos que: “Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente”.

34 SSTS 11 abril 2013 (RJ 2013, 3384), o 23 octubre 2015 (RJ 2015, 4901).

por mala praxis, que impide dar debido cumplimiento al deber de información a los padres a efectos de tomar una decisión sobre la continuidad o no del embarazo³⁵).

En tercer lugar, sería pertinente que, habiendo realizado el acto médico con la diligencia debida, el facultativo sea demandado porque omitió alguno de los riesgos del acto médico que después tuvieron lugar y que conforman una mala praxis respecto al cumplimiento de la obligación de información solamente.

En cuarto lugar, podrán darse también casos en los que el médico es negligente en su actuación médica *strictu sensu*, pero no respecto a la información, que ha sido facilitada correctamente al paciente.

Delimitados los posibles supuestos que pueden acontecer ante este desdoblamiento de la tradicional "*lex artis*", han de formularse dos observaciones. En primer lugar, desde el punto de vista de la litigiosidad, son frecuentes en los últimos años, las demandas en que se plantea la responsabilidad del médico por el cumplimiento defectuoso de la obligación de información materializándose alguno de los aspectos omitidos, pese a la corrección del acto médico³⁶. En segundo lugar, el mayor problema que se observa en estos casos es la identificación del daño (corporal, moral, patrimonial) y la cuantificación de la suma indemnizatoria, pues parece que el riesgo del que no se informó que se ha materializado tras la actuación o tratamiento médicos y que genera una pretensión de responsabilidad, no es equiparable a los daños causados por negligencia en la actuación médica *strictu sensu*.

Así parece deducirse de la STS 30 junio 2009³⁷, cuando expresa que la indemnización por omisión del consentimiento informado no tiene que corresponder con la debida por culpa derivada de una mala praxis estableciendo unos factores a ponderar en su fijación. En efecto, la relación causal ha de establecerse entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica cuyos riesgos se han producido y no entre la negligencia del médico y el daño a la salud del paciente³⁸. A partir de esta premisa las soluciones por las que el Tribunal Supremo en aras de la protección del paciente en los casos descritos son variadas. Citemos, el recurso a la pérdida de oportunidad de decidir entre las diversas opciones existentes, de la STS de 16 enero 2011³⁹, o el reconocimiento

35 SSTS 18 diciembre 2003 (RJ 2003, 9302), 21 diciembre 2005 (RJ 2005, 10149), 19 julio 2007 (RJ 2007, 4692), 4 noviembre 2010 (RJ 2010, 7988) o 31 mayo 2011 (RJ 2011, 4000).

36 Vid. entre otras, las SSTS de 2 julio 2002 (RJ 2002, 5514), 23 julio 2003 (RJ 2003, 5462), 8 septiembre 2003 (RJ 2003, 6065), 10 mayo 2006 (RJ 2006, 2399), 30 junio 2009 (RJ 2009, 4323), 8 septiembre 2015 (RJ 2015, 3712).

37 (RJ 2009, 4323).

38 Vid. STS 8 septiembre 2015 (RJ 2015, 3712).

RUBIO TORRANO, E.: "Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012)", *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2012 (Comentario), p. 3.

39 (RJ 2012, 1784).

"La negligencia médica ha comportado una pérdida de oportunidad para el paciente que debe valorarse en razón

de daños físicos y morales⁴⁰, o exclusivamente morales⁴¹, o la aplicación del baremo previsto en la Ley 30/1995 en un supuesto de elección inadecuada de parto con falta de información de los riesgos a la actora⁴², o, en fin, el reconocimiento de daños de índole moral y patrimonial⁴³.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿UNA EXCESIVA LITIGIOSIDAD POR SUPUESTO CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO? LA STS DE 15 DE FEBRERO DE 2017.

Después de este breve estudio, nos atrevemos a sugerir que, acaso, ha llegado el momento en que es menester dilucidar en qué medida la existencia de un consentimiento desinformado como requisito determinante para la afirmación de la responsabilidad médica *per se*, máxime, cuando en la actualidad se considera un elemento esencial de la *lex artis*⁴⁴ si, en su caso, se materializa el extremo que se omitió, se está convirtiendo en un recurso "*in extrimis*" por el que el paciente pretende una declaración de responsabilidad en todo caso y la consiguiente indemnización si se ha derivado un daño o resultado desfavorable del acto médico realizado, ejecutado conforme a la *lex artis ad hoc*⁴⁵. Esta reflexión nace del gran número de sentencias,

a la probabilidad de que, una vez informado de estos riesgos personales, probables o típicos, hubiera decidido continuar en la situación en que se encontraba o se hubiera sometido razonablemente a una intervención que garantizaba en un alto porcentaje la posibilidad de recuperación, pues si bien no había necesidad vital para llevarla a efecto, si era clínicamente aconsejable en razón a la existencia de una patología previa y al fracaso del tratamiento conservador instaurado durante algún tiempo.

En definitiva, existe una evidente incertidumbre causal en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haber sido informado el paciente, en base a lo cual y dentro del ámbito de la causalidad material o física que resulta de la sentencia, es posible hacer efectivo un régimen especial de imputación probabilística que permite reparar en parte el daño, como es la pérdida de oportunidad, que toma como referencia, de un lado, el daño a la salud sufrido a resultas de la intervención y, de otro, la capacidad de decisión de un paciente razonable que valorar su situación personal y decide sustraerse o no a la intervención quirúrgica sin el beneficio de conocer las consecuencias para su salud una vez que estas ya se han producido. Ello exige una previa ponderación de aquellas circunstancias más relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica, que en el caso se concretan en una intervención clínicamente aconsejable, en la relación de confianza existente paciente-médico, en su estado previo de salud, el fracaso del tratamiento conservador, las complicaciones de escasa incidencia estadística y en las consecuencias que se derivaron de la misma".

40 SSTS 2 julio 2002 (RJ 2002, 5514) y de 23 julio 2003 (RJ 2003, 5462).

41 STS 4 marzo 2011 (RJ 2011, 2633).

42 STS 18 junio 2013 (RJ 2013, 4376).

43 STS 21 diciembre 2005 (RJ 2005, 10149).

44 Vid. BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., "El consentimiento informado como elemento esencial de la *lex artis*", cit., y "El daño moral y su indemnización por falta de consentimiento informado", *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, marzo-abril 2014, pp. 3-40.

Vid, entre otras muchas, SSTS 21 diciembre 2005 (RJ 2005, 10149), 15 noviembre 2006 (RJ 2006, 8059), que estima que el consentimiento como presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* que forma parte de toda actuación asistencial, en el caso de autos, prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado no puede conformar la debida y correcta información, 29 julio 2008 (RJ 2008, 4638), o la de 11 abril 2013 (RJ 2013, 3384) que insiste en la importancia de la información que debe proporcionar el médico al paciente de forma básica y personalizada en la que éste adquiere una participación activa para, en virtud de la misma, consentir o negar la intervención que se realiza en el ámbito de una actuación médica de carácter curativo y urgente.

45 Vid., al respecto, la STS 17 octubre 2001 (RJ 2001, 8741), de contagio de VIH por transfusión sanguínea posterior a una cesárea. El Alto Tribunal confirma la indemnización de 25 millones de pesetas establecida por la Audiencia por la falta de consentimiento informado, en concreto, de los peligros y alternativas de la transfusión, aunque se realizó correctamente. La negligencia radica en que "tratándose de una intervención sanitaria conocida, cuál era la práctica de una cesárea (...) y conociendo los peligros de la transfusión sanguínea, no se adoptaron medidas

y más exactamente, recursos de casación, que han rechazado la existencia de responsabilidad por consentimiento desinformado y de cuya lectura atenta, acaso, se pueda desprender esta afirmación⁴⁶. Es verdad, también, que la contrapartida a ese exceso de litigiosidad o el obstáculo que va encontrar el paciente en ese *iter procesal* en busca de una recompensa por un tratamiento o actuación médica, va a ser la prueba del daño sufrido y la relación causal con esa supuesta falta de información, asunto complicado como es sabido.

Un ejemplo, que ha llamado mi atención y que sirve como corolario de lo anterior y cierre de estas líneas es la STS de 15 de enero de 2017⁴⁷. El origen de este pronunciamiento se encuentra está en la demanda presentada por la Asociación de Consumidores y Usuarios de las Islas Baleares que agrupa a 53 mujeres afectadas por la implantación de unas prótesis mamarias defectuosas por parte de la empresa que llevaba a cabo dichas intervenciones, fabricadas por una empresa francesa y distribuidas en España. Entre sus alegaciones la citada Asociación alude, entre otras, al defectuoso consentimiento informado y su efecto generador de la anulabilidad del contrato por vicio del consentimiento con la consiguiente reclamación de daños y perjuicios materiales y morales.

En primera instancia se desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación por dicha Asociación, la Audiencia lo desestima⁴⁸ y entre otros argumentos alude a la improcedencia del ejercicio de una acción colectiva de nulidad por incumplimiento de obligaciones informativas y deficiente consentimiento informado pero basada en circunstancias estrictamente personales.

No se cuestiona en ningún momento la actuación de los profesionales médicos que practicaron las operaciones quirúrgicas de implantación mamarias, sino contra la empresa para la que prestaban servicios dichos profesionales y la franquiciadora por la utilización de productos defectuosos como eran las prótesis por su composición. En este sentido, no se ejercita acción de responsabilidad civil por daños derivados de la implantación de dichas prótesis PIP, ni por haber utilizado una técnica de implantación errónea o inadecuada, ni por un resultado defectuoso o no satisfactorio de la operación de cirugía estética de aumento de pecho. Es decir, la actuación

alternativas, como la no utilización de la sangre que se encontraba en el Centro hospitalario y la utilización de otras posibilidades que no sólo se omitieron por la entidad recurrente, sino que ni siquiera se informó a la paciente. Su responsabilidad radica en la omisión de la previa información al acto médico y, sobre todo, a la falta de previsión, tratándose de un embarazo con posterior cesárea, lo que resultaba conocido, con notoria y destacada antelación de más de cuatro meses" (Fundamento Derecho Segundo).

O la STS de 8 septiembre 2003 (RJ 2003, 6065).

46 Vid, sin ánimo de exhaustividad, las SSTs 2 noviembre 2000 (RJ 2000, 9206), 30 abril 2007 (RJ 2007, 2397), 23 mayo 2007 (RJ 2007, 4667), 29 junio 2007 (RJ 2007, 3871), 29 julio 2008 (RJ 2008, 4638), 23 octubre 2008 (RJ 5789), 13 octubre 2009 (RJ 2009, 5564), 11 abril 2013 (RJ 2013, 3384), 17 junio 2015 (RJ 2015, 2651), 23 octubre 2015 (RJ 2015, 4901).

47 (RJ 2017, 583).

48 SAP de Islas Baleares (Sección 4ª). Sentencia núm. 292/2014 de 23 de junio (AC 2014, 1451).

médica voluntaria o satisfactiva como es este caso, en todos los supuestos, se ha realizado con sujeción a la *lex artis*. El problema se plantea en relación la obligación de información y el consentimiento informado.

Contra dicha sentencia, la representación procesal de la Asociación de Consumidores referida interpone recurso de casación que también es desestimado. Llegados a este punto, interesa destacar la acertada argumentación del Alto Tribunal que asume la de la Audiencia en el sentido que se expone y que interesa a nuestro estudio, a saber; la improcedencia del ejercicio de una acción colectiva de nulidad por incumplimiento de las obligaciones informativas y deficiente consentimiento informado, pues se trata de cuestiones personales que impiden su ejercicio a través de una acción colectiva.

El Tribunal Supremo reitera que se dio cumplimiento a la obligación de información de manera individual, esto es, a cada una de pacientes que integran la asociación, en consonancia con lo establecido en la Ley 41/2002, que hubo adecuada información sobre los riesgos, sin que se pueda admitir la necesidad de informar del riesgo de que las prótesis fueran fraudulentas y de su mayor índice de roturas. Es claro que el contenido de la información no puede alcanzar este extremo⁴⁹.

Quizá el desenlace hubiera sido distinto si la demanda se hubiera planteado desde la perspectiva de la consideración de dichas prótesis como producto defectuoso en los términos del TRLGDCU y contra los verdaderos responsables, y no, como se efectúa, pretender una indemnización de daños y perjuicios asociados a la resolución o nulidad de un contrato que se califica en la demanda de arrendamiento de servicios con suministro de un producto (las prótesis mamarias PIP) ligado a la doctrina del *aliud pro alio* y a un error en el consentimiento por déficit informativo en el consentimiento. Precisamente hablar de error por falta de consentimiento

49 Reproducimos algunas afirmaciones del F.D. Segundo, de sumo interés:

"Hubo no solo información a cada una de las pacientes que integran la asociación-hecho probado-sino consentimiento de todas ellas a una intervención de consentimiento de pecho mediante implantación de prótesis de silicona, de la clase PIP. Información no solo formal sino material desde el punto de vista de su efectividad y en ningún caso fue errónea, genérica, vaga, imprecisa, falsa o inveraz para invalidar el contrato por falta de consentimiento, como se la tacha en el recurso, sino todo lo contrario, pues cumplía de forma expresa, clara y concisa los postulados de la Ley 4/2002, de 14 de noviembre SIC así como la reiterada jurisprudencia de esta Sala que exige una información más rigurosa para la adecuada formación de un consentimiento informado en los supuestos de medicina satisfactiva o voluntaria (...).

Se indica que los implantes mamarios pueden romperse, así como de los riesgos derivados de ésta y de las consecuencias de su retirada o cambio mediante procedimiento quirúrgico "con riesgos y complicaciones potenciales", siendo el documento el mismo para las prótesis de suero que para las de silicona pues se trata de una información que explica los riesgos de los diferentes tipos de implantes con referencia expresa a los riesgos genéricos comunes a todos los tipos y específicos de cada uno de ellos, y lo que no se sostiene es el argumento de que la información debería haber incorporado como riesgo el hecho de que las prótesis podían ser fraudulentas, como finalmente resultaron, y que ello suponga un mayor índice de roturas de las prótesis lo que es normal (...).

Nada de eso forma parte de la información que debe ofrecer un médico sobre los riesgos previsibles ni típicos que están obligados a informar cuando además no podía proporcionarse al tratarse de un dato conocido con posterioridad. Hubo, en definitiva, suficiente información médica sobre la incidencia que dichas prótesis podían producir riesgo en la salud de las pacientes y sobre ello se actuó contractualmente, y una cosa es que pudieran romperse y otra que fueran fraudulentas en origen ignorándolo".

informado induce a una confusión que debería ser evitada en este ámbito. Me refiero a la distinción entre el consentimiento para la formación del contrato que se prestó por cada una de las mujeres afectadas de manera individual cuando contrató al médico para la realización de la operación de cirugía estética (art. 1.262 CC), del consentimiento informado o consentimiento legitimación por el que se hace lícita o legítima la actuación del profesional de la medicina una vez que el paciente ha sido informado adecuadamente ex artículos 4 y 8 Ley 41/2002.

Para concluir dos observaciones. Efectivamente, utilizar una acción colectiva por falta de información pone de manifiesto claramente cómo, aparte de desconocer la regulación legal de dicha obligación en la Ley 41/2002, el consentimiento informado se utiliza en este caso como recurso *in extremis* para lograr una indemnización de daños y perjuicios materiales y morales en un supuesto de daños causados por productos defectuosos. En este sentido merece una crítica positiva la respuesta procesal que se ha obtenido ante la citada pretensión en su *iter procesal* hasta la declaración del Tribunal Supremo.

Por ello, concluimos, quizá ha llegado el momento en que, desde la perspectiva del paciente, se debe tomar conciencia de la necesidad de ser cauteloso y riguroso a la hora de plantear demandas por falta de consentimiento informado y delimitar con buen criterio los diversos supuestos en los que ha habido efectivamente un cumplimiento defectuoso de la obligación de información, que en su caso justificaría si así fuere, el ejercicio de la acción de resarcimiento por los daños sufridos.

BIBLIOGRAFÍA

BELTRÁN AGUIRRE, J. L.: "La relación médico-paciente en situaciones de riesgo grave, de enfermedad invalidante e irreversible, y en el proceso del final de la vida: supuestos y respuestas bioéticas y jurídicas", BIB 2011\1277, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2011 (Tribuna), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2011.

BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.:

- "El consentimiento informado como elemento esencial de la lex artis", *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, mayo 2014.

- "El daño moral y su indemnización por falta de consentimiento informado", *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, marzo-abril 2014.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "El consentimiento informado como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral. Comentario a la STS 37/2001, de 28 de marzo (RTC 2011, 37)", *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2011, Aranzadi, Pamplona, 2011.

GUERRERO ZAPLANA, J.: "Derechos y deberes de información médico-paciente. El consentimiento", *R.E.S.*, núm. 158, 2014.

PARRA LUCÁN, M. Á.: "La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español", *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2003.

PLAZA PENADÉS, J.: "La Ley 41/2002 (RCL 2002, 2650) básica sobre autonomía del paciente, información del paciente y documentación clínica", BIB 2002/2342, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 562.

RUBIO TORRANO, E.:

- "Derechos fundamentales y consentimiento informado", *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 19/2001 (Tribuna).

- "Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012)", *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2012 (Comentario).

SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: "Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios", Tecnos, Madrid, 1998.

LA INTIMIDAD EN CRISIS: REPENSANDO SU FINALIDAD

THE PRIVACY CRISIS: RETHINKING ITS PURPOSE

Rev. Boliv. de Derecho N° 26, julio 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 78-107

* El autor agradece las críticas y sugerencias efectuadas con ocasión de la revisión y arbitraje a la presente investigación.



Luis
de las HERAS
VIVES

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de marzo de 2018.

ARTÍCULO APROBADO: 10 de abril de 2018.

RESUMEN: El presente artículo tiene como finalidad advertir acerca de la problemática que se plantea a la hora de proteger la intimidad. Actualmente asistimos a un momento de decadencia en la que la intimidad es sistemáticamente lesionada. Todo el mundo graba a todo el mundo. Esta situación plantea importantes problemas que requieren una revisión de sus límites y comprensión.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la intimidad; nuevas tecnologías; garantías y libertades personales.

ABSTRACT: This paper aims to warn about the problems that arise when protecting privacy. We are currently witnessing a period of decline on which privacy is systematically damaged. Everyone records everyone. This situation poses important problems that require a revision of its limits and understanding.

KEY WORDS: Right to privacy; new technologies; personal guarantees and freedoms.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN AL FENÓMENO DE LA INTIMIDAD.- 1. Dimensión vertical de la intimidad: para con el Estado.- 2. Dimensión horizontal de la intimidad: para con el hombre.- II. BREVE ITINERARIO JURÍDICO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD.- 1. El “*right to privacy*” de Warren y Brandeis y su posterior desarrollo doctrinal, jurisprudencial y normativo.- 2. La recepción del derecho a la intimidad en los textos normativos supranacionales.- 3. El derecho a la intimidad en el plano nacional.- III. REQUIEM POR EL DERECHO A LA INTIMIDAD: TODO EL MUNDO GRABA A TODO EL MUNDO.- IV. UNA NUEVA NECESARIA COMPRENSIÓN DE LA INTIMIDAD.

I. INTRODUCCIÓN AL FENÓMENO DE LA INTIMIDAD.

1. Dimensión vertical de la intimidad: el Estado.

En todos los Estados occidentales la seguridad ciudadana constituye un elemento esencial sin el cual el libre ejercicio de los derechos y libertades sería imposible. El Estado ha de prestar una actividad dirigida a la protección de las personas y los bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la paz social por medio de las medidas necesarias (orden público)¹. Sin embargo, no faltan ocasiones en las que tomando por bandera la seguridad ciudadana, el libre ejercicio de los derechos y libertades ha devenido imposible. Buena cuenta de ello nos da George Orwell a lo largo de sus obras. Con la publicación de su novela “1984”, advirtió proféticamente² acerca de las consecuencias para la sociedad cuando por el Poder –Gran Hermano– se restringen y limitan los derechos del individuo; especialmente la intimidad, que supone ese inexpugnable territorio del hombre donde tiene lugar el encuentro íntimo con uno mismo y se vivifica la gráfica expresión del Oráculo de Delfos: “conócete a ti mismo”. Restricción y límites que, en ocasiones, efectivamente, pueden tener origen en una ley aprobada por la mayoría.

1 Utilizamos la expresión “seguridad ciudadana” como sinónimo de seguridad pública que a su vez incorpora el orden público. Sobre esta cuestión puede verse IZU BELLOSO, J. M.: “Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1988, núm. 58.

2 FROMM, E.: “Afterword” en ORWELL, G.: *1984*, Signet, New York, 1961, pp. 257-267; nos advierte que la novela de George Orwell no sólo es la expresión de un estado de ánimo, sino una advertencia. Lo primero por la desesperación ante el futuro del hombre, lo segundo, porque a menos que cambie el curso de la historia, los hombres de todo el mundo perderán su condición humana –libertad–, y concluye el autor afirmando que “los libros como los de Orwell son duras advertencias, y sería lamentable que el lector interpretara presuntuosamente la obra 1984 como otra descripción más de la barbarie stalinista, y no viera que también nos está describiendo a nosotros mismos”.

• Luis de las Heras Vives

Abogado. Vicepresidente del Instituto de Derecho Iberoamericano. Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB). Master of Laws (LL.M.) por el Instituto Superior de Derecho y Economía (ISDE). Licenciado en Derecho por la Universidad de Valencia (UV).

A pesar de ello, como se observa en la “Rebelión en la Granja”, el análisis de la cuestión de la justicia del Derecho bajo el prisma de la legitimidad formal puede llegar a ser perverso. En la obra vemos la facilidad con la que las normas pueden ser manipuladas. La norma original que decía: “ningún animal matará a otro”, llegaría a decir, para justificar así las acciones del cerdo Napoleón, “ningún animal matará a otro sin motivo aparente”, o de afirmar inicialmente que “todos los animales son iguales”, a concluir que “todos los animales son iguales, pero los cerdos son más iguales que los demás”³.

Durante la revolución norteamericana y francesa⁴, sobre el binomio derecho-Estado se pretendió por los revolucionarios no sólo edificar las garantías y apuntalar la defensa de los derechos de los hombres, sino también limitar y controlar el ejercicio del poder. Sin embargo, con el auge del positivismo jurídico durante el siglo XIX, el poder pasó a constituir el fundamento último del derecho positivo. La justicia dejó de ser una cuestión “material” de axiología jurídica a ser un elemento puramente formal, prescindiéndose de la dimensión ética de la Justicia.

Muchos han sido quienes han situado la seguridad como núcleo central en la construcción de su obra política. Unas veces como principio para el ejercicio de los derechos y las libertades, y otras como fin absoluto del Estado. Incluso no han faltado los que han apostado por la seguridad del Estado en detrimento de cualquier derecho o libertad. No obstante, cuando perdemos de vista la moral o la ética, cuando nos olvidamos de reflexionar en torno a si una norma atiende al bien común o no, podemos caer en el riesgo de convertir la ideología en poder y el Derecho en un instrumento represivo. La racionalidad se inclina ante la razonabilidad y la justicia se ensombrece por la maquiaveliana expresión “razones de Estado”⁵ que todo lo justifica. Unas veces con fines más individualistas que estatistas –caso *Watergate*–, otras simplemente repitiendo el tan socorrido mantra de la seguridad como

3 TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A.: *Derecho y Literatura*, Comares, Granada, 2006, pp. 198-205. Sobre las imbricaciones entre justicia y derecho; derecho y literatura puede verse la obra de OBARRIO MORENO, J.A.: *Iura et humanitas. Diálogos entre el derecho y la literatura*, Dykinson, Madrid, 2017.

4 Por lo que respecta al derecho a la intimidad, durante los periodos revolucionarios, con especial intensidad en el francés, la dicotomía entre lo público y lo privado alcanza especial significación por cuanto el Estado revolucionario se construye como elemento nuclear para lograr el triunfo ideológico, pues tal y como sugiere REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 25: “la privado es el lugar ideal para los complots y las traiciones a la revolución, que desordenan la vida pública, la cual postula la transparencia, el crear un espacio y unas costumbres nuevas, un hombre y un entorno distinto”.

5 Como pone de relieve BALLESTEROS LLOMPART, J.: *Sobre el sentido del Derecho: introducción a la Filosofía jurídica*, Tecnos, Madrid, 2007, pp. 30-31, para Maquiavelo la virtud nada tiene que ver con la perfección moral humana, sino con el dominio de los medios que mejor permiten alcanzar un fin; es la destrucción de la praxis en favor de la poiesis. Para el florentino no existe otro fin en la política que la adquisición, la conservación y el incremento del poder político. La justicia se ve ensombrecida por el éxito, pues “si consigue el príncipe mantener el poder, todos alabarán los medios que haya utilizado”. Las virtudes clásicas; *fides* y *humanitas* ceden ante los principios que deben inspirar a todo buen príncipe. La *fides* o el “respeto por la palabra dada” pierde su vigencia en favor de la “razón de Estado”. La *humanitas*, por su parte, cede ante el *metus*, pues “es más seguro ser temido que amado”. Puede también verse la obra, del mismo autor, BALLESTEROS LLOMPART, J.: *Postmodernidad: resistencia o decadencia*, Tecnos, Madrid, 2000.

fundamento de la libertad –NSA y proyecto PRISM o UPSTREAM–. Sin embargo, la realidad demuestra que cuando la intimidad claudica la libertad perece.

En todo caso, los riesgos de los ciudadanos ante una eventual intromisión en su vida privada por parte del Estado no se agota con las operaciones de los servicios de inteligencia o con las labores en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, sino que hay infinidad de situaciones en que la Administración por exigencias burocráticas recaba datos de naturaleza personal que suponen una afección de nuestra intimidad, piénsese, por ejemplo, en la comunicación de datos fiscales a la Agencia Tributaria, o en hechos tan triviales (por su tradición) como la obligatoriedad de los ciudadanos españoles de tener Documento Nacional de Identidad o realizar ciertas inscripciones sobre nuestra vida privada en el Registro Civil; e igualmente frecuentes son las que tienen lugar con ocasión de la función policial dirigida por el Poder Ejecutivo en el desempeño de sus funciones de seguridad y orden público, como, por ejemplo, el emplazamiento de videocámaras en lugar públicos.

No sorprende, que ante esta panoplia de realidades en las que el Estado puede interferir en la esfera privada de los ciudadanos, el Código Penal dedique dentro del Capítulo V (relativo a los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales), del Título XXI (los delitos contra la Constitución), del Libro II; la sección II a los “delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad”, cuya *ratione materiae* es la protección ante las injerencias de los funcionarios y autoridades en la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) y el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). Siendo que en todos ellos se alude a la expresión “mediando causa por delito”, pues de lo contrario se reconducirían a las conductas previstas en el Título X del Libro II dedicado a los “delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”⁶.

Esta dimensión vertical de la intimidad, como muro de contención frente a las injerencias del Estado en el ámbito particular o privado de los ciudadanos, constituye uno de los más perfectos mecanismos para salvaguardar la autonomía individual.

2. Dimensión horizontal de la intimidad: el hombre.

Las primeras manifestaciones jurídicas, que no sociales, de la intimidad como búsqueda de ese reducto personal desconocido para terceros tradicionalmente se han encontrado en el ámbito del domicilio y la correspondencia. Sin embargo, como

6 Sobre la incoherencia punitiva entre los delitos de la Sección 2ª del Capítulo V del Título XXI del Libro II y los del Título X de ese mismo libro, puede verse CORTÉS BECHIARELLI, E.: “Sobre la pluriofensividad de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías de la intimidad (artículo 534 a 536 del Código penal español”, en AA.VV.: Un Derecho Penal comprometido: Libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz (coord. M.A Núñez Paz), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 221-238.

inexorable consecuencia del avance tecnológico y las nuevas formas de interrelación que nos proporciona, el derecho a la intimidad exige una revisión constante.

La realidad a la que hoy en día se enfrenta la intimidad son las redes sociales (*Facebook, Twitter, Instagram, etc.*), los grandes foros de Internet (*Gaia online, IGN boards, 4chan, etc.*), las páginas de alojamiento (*Media Fire, HotFile, Mega, etc.*) o las aplicaciones de comunicación en tiempo real (*WhatsApp, Telegram, Line, etc.*). Sin que ello pueda significar caer en la histeria colectiva que identifica lo desconocido con lo peligroso y juzga lo general desde la patología. Y es precisamente ante ese *horror vacui* criminal cuando en ocasiones la ley penal se convierte en un eficaz reclamo electoral.

Hace décadas era impensable imaginar un mundo donde cualquier persona dispusiera de la tecnología suficiente para captar imágenes o sonidos en cualquier momento y bajo casi toda circunstancia. Hoy, en términos generales, se puede afirmar que todo ciudadano español dispone de un *smartphone* que le permite fotografiar o grabar un determinado acontecimiento de la realidad y darle difusión en escaso segundos.

La tecnología, o más bien las manifestaciones derivadas de ella, permiten, por un lado, facilitar el acceso a la vida privada de las personas, y, por el otro, dar difusión global y extremadamente rápida del material obtenido; lo que comporta no sólo la entrada en la esfera privada, sino la difusión de lo conocido (cfr. la intimidad como control). Pongamos dos ejemplos, que aunque pudieran parecer hiperbólicos son reales e incluso habituales: el primero de ellos, una persona con conocimientos informáticos que accede al ordenador portátil de una mujer para ver a través de su *webcam* y así poder espiarla⁷. El segundo, un joven que instala un bolígrafo con cámara en el baño para poder grabar a sus compañeras de piso mientras se duchan⁸. Ejemplos podrían ponerse muchos más, pero, como decíamos, no se trata tanto de culpar indiscriminadamente a la tecnología, sino de evidenciar un problema que data de antiguo y que la tecnología no crea.

En los dos ejemplos anteriores, prescindiendo ahora del hipotético fin lucrativo que pudiera perseguir difundiendo las captaciones audiovisuales, el agresor penetra en la vida privada de la víctima con el ánimo de satisfacer sus necesidades lúbricas o cualesquiera otras que obedezcan a su fetiche. En este sentido, la tecnología es

7 El 20 de diciembre de 2013, en la edición online del periódico El Confidencial se podía leer un artículo sobre el fenómeno de hacking de webcams, intitulado “¿Tapas la webcam del portátil? Cuidado, puede ser un ojo para los ‘hackers’”. El artículo abordaba el caso de la modelo Cassidy Wolf, cuyo ordenador portátil fue hackeado durante un largo periodo de tiempo en el que el hacker a su merced podía activar la webcam. Una vez hubo captado filmaciones de la modelo desnuda en su cuarto, desvestiéndose, etc., comenzó a chantajearla.

8 Este caso se pudo leer en los periódicos nacionales a finales de junio de 2016, cuando Agentes de la Policía Nacional detuvieron en Valencia a un joven de 18 años acusado de colocar un bolígrafo espía con cámara en el baño al objeto de grabar a sus compañeras de Erasmus mientras se duchaban o desnudaban.

una herramienta al servicio del sujeto activo, pero en modo alguno interviene en la configuración de su ánimo lúbrico o fines meramente morbosos.

Las nuevas realidades sociales y tecnológicas, como lo son el correo electrónico, los archivos multimedia almacenados en la nube (*Dropbox*, *Google Drive*, *iCloud*, *Onedrive*, etc.) o, directamente, las nuevas formas de comunicación aludidas *ut supra*; suponen nuevos retos en el diseño y configuración de la tutela de la vida privada en la medida que las conductas invasivas se han multiplicado y expandido acorde a las facilidades que nos brinda el desarrollo tecnológico⁹.

Y es por ello que ante la ausencia de una legislación prolija que tutele las diferentes formas en que se producen las intromisiones en la intimidad de los ciudadanos, nuestro Tribunal Constitucional ya hace más de tres décadas, tuvo que reconocer un “derecho a la intimidad o la vida privada que abarque las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de la vida” ya sean cometidas por otras personas o la Administración Pública¹⁰.

En definitiva, el debate político-jurídico del derecho a la intimidad queda incardinado en lo antitético de lo público y conocido frente a lo privado y desconocido¹¹. Y será esta realidad la que vivifique el debate en torno a la tutela del bien jurídico.

II. BREVE ITINERARIO JURÍDICO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD.

I. El «right to privacy» de Warren y Brandeis y su posterior desarrollo doctrinal, jurisprudencial y normativo.

Cuando tratamos de buscar el significado y delimitar el sentido del derecho a la intimidad, rápidamente advertimos una singular característica: cualquier ciudadano medio es capaz de definir con relativa exactitud y precisión el significado de la palabra “intimidad”¹².

9 A este respecto puede verse el interesante trabajo de DE LA MATA BARRANCO, N.J. y BARINAS UBIÑAS, D.: “La protección penal de la vida privada en nuestro tiempo social: ¿necesidad de redefinir el objeto de tutela?” *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2014, núm. 12, pp. 13-92. En él los autores ponen de manifiesto “la necesidad de redefinir el contenido de los tradicionales delitos contra la intimidad, recuperando un concepto de privacidad, nucleado en torno al derecho a ser dejado en paz, con el que se pueda garantizar una plena autodeterminación informativa y decisional.”

10 STC 110/1984, de 26 de noviembre (RTC 1984, 110).

11 Sobre esta idea puede verse a MATTEUCCI, N.: “Pubblico e privato”, en AA.VV.: *Privacy e banche dei dati: aspetti giuridici e sociali* (coordinador N. MATTEUCCI), Il Mulino, Bolonia, 1981, pp. 19-24.

12 Sobre esta idea puede verse CARRIÓN OLMOS, S.: “El derecho a la intimidad”, en AA.VV.: *Veinticinco años de la aplicación de la Ley Orgánica 1/2982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coordinador J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 93. Concretamente el autor sostiene que “es la de intimidad una noción que desde luego «se intuye». Cualquier persona a la que se formule la pregunta acerca de qué entiende por «intimidad» estaría en condiciones de responder algo que, al menos desde un punto de vista aproximativo, es exacto: un espacio personal –familiar– sustraído a intromisiones extrañas; que se siente en buena medida como «propio» del sujeto que lo disfruta, y respecto del que se puede prohibir el acceso a otros”.

De hecho, en el peor de los casos explicaría lo que entiende por intimidad a partir de sus límites, o simple y vulgarmente expresaría que intimidad significa algo como “que no se metan en mi vida” o “me dejen en paz”¹³. Y a pesar de lo profanas que resultan las anteriores expresiones, razón no le faltaría.

No sorprende, pues, que WESTIN describiera el derecho a la intimidad como “la facultad de los individuos para determinar cuándo, cómo y hasta dónde puede comunicarse a otros información sobre ellos”¹⁴. Pero, sin duda, serían WARREN y BRANDEIS, quienes con su opúsculo *Right to Privacy*, en 1890, advirtieron —y configuraron— por primera vez la existencia del derecho a no ser molestado¹⁵.

La citada obra nació un contexto social en el que cada vez eran más frecuentes las intromisiones en la esfera íntima de los ciudadanos; facilitadas por el desarrollo tecnológico, y fomentadas por las nuevas formas de hacer negocio de finales del siglo XIX, especialmente, en el ámbito de la prensa escrita. Incluso el propio Samuel Warren sufrió personalmente los ataques contra su *privacy* a propósito de las francachelas organizadas por su mujer; Mabel Bayard¹⁶, en el domicilio familiar y que eran de interés para los medios de comunicación de la época por el carácter público de los personajes que participaban en ellas. Más concretamente, Samuel Warren desde el día de su boda, el 25 de enero de 1883, hasta transcurrida prácticamente una década, vio cómo su familia era objeto de portadas en los noticieros rosas y sensacionalistas de la época¹⁷.

13 A pesar de la aparente simpleza, «boutade» incluso, de la expresión “derecho a que me dejen en paz”, la realidad es que encierra un rico debate ya iniciado en la tradición anglosajona a finales del siglo XIX e intensificado a lo largo del siglo XX. En WARREN, S.D. y BRANDEIS, L.D.: “Right to privacy”, *Harvard Law Review*, 1890, vol. IV, núm. 5; se contuvo la primera formulación *per se* del derecho a la intimidad y supuso un férreo manifiesto en pro de la protección de la esfera privada de los ciudadanos frente a las injerencias de terceros. En este sentido, los autores configuraron la privacidad (*privacy*) como el derecho a ser dejado solo (*right to be let alone*), a que uno mismo pueda tomar la determinación de recogerse y aislarse del mundo social para que su vida quede reservada sólo para sí. Es decir, el derecho de uno a que le dejen en paz. Sobre el referido ensayo existe la siguiente edición en español a cargo de Benigno Pendás y Pilar Baselga: WARREN, S.D. y BRANDEIS, L.D.: “El derecho a la intimidad”, Civitas, Madrid, 1995.

14 WESTIN, A.F.: *Privacy and Freedom*, op. cit., p. 7.

15 WARREN, S.D. y BRANDEIS, L.D.: “Right to privacy”, op. cit., p. 7.

16 Era la hija del célebre Senador del Estado de Delaware, Thomas F. Bayard.

17 Sobre esta cuestión puede verse el interesante trabajo de GAJDA, A.: “What If Samuel D. Warren Hadn’t Married a Senator’s Daughter?: Uncovering The Press Coverage That Led To The Right To Privacy”, *Michigan State Law Review*, 2007, Research paper No. 07-06, donde analiza más de sesenta artículos publicados en torno a la familia Warren con anterioridad a la publicación del trabajo *Right to privacy*.

Este cambio de paradigma social¹⁸, precisamente, fue la causa que motivó la necesidad de configurar en el *common law* lo que el Juez Cooley denominaría: el derecho a no ser molestado (*the right to be let alone*)¹⁹.

En definitiva, ambos juristas, trataron de dar solución a un problema que afectaba, en general, a los ciudadanos norteamericanos y, en particular, a ellos mismos.

Los periodistas y sus cámaras –advertirían los autores en su trabajo– habían invadido el sagrado ámbito de la vida privada; y los numerosos artilugios hacían cada vez más real la máxima anglosajona “*lo que es susurrado en la intimidad será*

18 En WARREN, S.D. y BRANDEIS, L.D.: “El derecho a la intimidad”, op. cit., pp. 26-27 leemos textualmente “La prensa está traspasando, en todos los ámbitos, los límites de la propiedad y de la decencia. El chismorreo ha dejado de ser ocupación de gente ociosa y depravada, para convertirse en mercancia, buscada con ahínco e, incluso, con descaro. Los más íntimos detalles de las relaciones sexuales se divulgan en las columnas de los periódicos, para satisfacción de la curiosidad lasciva. Con el fin de entretener al indolente, columna tras columna se llenan de chismes insustanciales, obtenidos, únicamente, mediante la intromisión en el ámbito privado. La intensidad y complejidad de la vida, que acompañan a los avances de la civilización, han hecho necesario un cierto distanciamiento del mundo, y el hombre, bajo la refinada influencia de la cultura, se ha hecho más vulnerable a la publicidad, de modo que la soledad y la intimidad se han convertido en algo esencial para la persona; por ello, los nuevos modos e inventos, al invadir su intimidad, le producen un sufrimiento espiritual y una angustia mucho mayor que la que le pueden causar los meros daños personales”.

Vemos, pues, que los postulados de Warren y Brandeis siguen siendo de rabiosa actualidad a día de hoy, y ello a pesar de haber transcurrido más de ciento treinta años desde la publicación de su ensayo. Las nuevas formas de interacción social a la sazón del vertiginoso desarrollo tecnológico que vivimos, suponen no sólo una permanente revisión de la realidad legislativa vigente en cada momento, sino que exigen a los operadores jurídicos una (re)interpretación constante las diferentes categorías jurídicas.

Con el advenimiento de los *smartphones* en conjunción con las redes sociales (*Facebook, Twitter, Instagram*, etc.) o aplicaciones de mensajería instantánea (*Whatsapp, Telegram, Line*, etc.) hallamos un momento de dificultad jurídica en la tutela de bienes jurídicos como el de intimidad, sigilo, o, simplemente, el “*right to be let alone*”. En sentido semejante MORALES PRATS, F.: “Reflexiones político criminales sobre los límites de la intervención penal en los delitos contra la privacy: la reforma del CP de 2015 (LO 1/2015)” en AA.VV.: Homenaje al profesor Miguel Bajo (coord. por: S. BACIGALUPO SAGGESE, B.J. FEIJOO SÁNCHEZ y J.I. ECHANO BASALDUA), Madrid, 2016, (galerada): “todos padecemos hoy en día el envío compulsivo de imágenes vía SMS o de Whatsapp, con grave quebranto en muchos casos de nuestras tareas cotidianas que se ven afectadas por esta compulsión. Pues bien, ahora el ciudadano deberá reparar y seleccionar las imágenes que pudieran menoscabar la intimidad del titular de las mismas, pues su revelación o divulgación podría hacerle incurrir en delito al vulnerar una obligación penal de sigilo. Lo cierto es que sobre todo entre los jóvenes, reina una cierta costumbre o moda, arraigada en los últimos tiempos, de envío e intercambio de fotos y videos de contenido erótico que tienen origen en grabaciones voluntarias y suscitan también envíos voluntarios a la pareja, novios, amantes o amigos. Es un fenómeno que se ha venido a denominar “sexting” para aludir así simbólicamente en una palabra a la combinación del sexo y de la acción verbal anglosajona acuñada para el envío de SMS (texting), que da como resultante sexting. La experiencia demuestra que estas imágenes acaban apareciendo en Facebook o Twitter, y que son objeto también de circulación en Whatsapp en el círculo de conocidos del protagonista de las imágenes. Lógicamente todas estas prácticas, han dado lugar, a su vez, a conductas de acoso u hostigamiento con las repercusiones perjudiciales pertinentes”.

19 En puridad, tal y como advierte SALDAÑA DÍAZ, M^a. N.: “*The right to privacy*. La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano: El centenario legado de Warren y Brandeis”, *Revista de Derecho Político (UNED)*, 2012, núm. 85, p. 206, recogiendo las citas de la obra de Thomas Cooley, “utilizaba esta locución para definir el derecho individual a la inmunidad personal frente a agresiones físicas”. Sin embargo, como continúa diciendo la autora, “al analizar los supuestos de violación de la Cuarta y Quinta Enmiendas en los casos de registros y requisas ilegales del domicilio con el objetivo de obtener evidencias suficientes para el procesamiento del acusado, Cooley afirmaba que el derecho de la persona a protegerse frente a invasiones de la privacidad alcanza tanto frente a la intromisión ilegal de los agentes del gobierno como frente a la curiosidad lasciva del público en general”. En este sentido, no han sido pocos los ulteriores pronunciamientos en Norteamérica que han definido el derecho a la intimidad como el derecho a ser dejado solo o no molestado, así por ejemplo, *Banks v. King Features Syndicate* (1939, DC) 30 F Supp 352; *Brents v. Morgan* (1927) 221 Ky 765, 299 SW 967, 55 ALR 964; *Jones v. Herald Post Co.* (1929) 230 Ky 227, 18 SW2d 972; *Holloman v. Life Ins. Co. of Va.* (1940) 192 SC 454, 7 SE2d 169, 127 ALR 110.

proclamado a los cuatro vientos”²⁰. Y frente a esto devenía necesario adecuar el *common law* a una nueva realidad social que reclamaba tutelar la esfera privada de las personas.

Ante la deficiente protección de la *privacy*, WARREN y BRANDEIS arguyeron que de igual forma que el *common law* garantizaba a cada individuo el derecho a determinar hasta qué punto pueden ser comunicados a otros sus pensamientos, sentimientos y emociones²¹, se pudiera garantizar que todos tuvieran la facultad de impedir que fotografías suyas circularan públicamente; o que asuntos de su vida privada fueran objeto de debate en la prensa.²²

Concluirían los abogados de Boston que la víctima de una intromisión ilegítima en su esfera privada podía interponer una acción por responsabilidad por daños (*torts for damages*), e incluso, cuando no hubiera daños especiales, podía accionar interesando una compensación por la agresión contra sus propios sentimientos²³. Dando así el primer paso para configurar y acomodar en el *common law*, de una vez y para siempre, el adagio británico “*a man’s home is his castle*”, en cuanto genuina manifestación de la intimidad y, que, precisamente ellos mismos invocarían en las últimas líneas de su trabajo al afirmar que “el *common law* ha reconocido siempre que la casa de cada uno es su castillo, inexpugnable, a veces, incluso para los propios funcionarios encargados de ejecutar sus órdenes. Cabe, pues, preguntarse: ¿Cerrarán los tribunales la entrada principal a la autoridad legítimamente constituida, y abrirán de par en par la puerta trasera a la curiosidad ociosa y lasciva?”²⁴.

La virtud del trabajo de estos dos juristas, como sugiere MORALES PRATS²⁵, fue someter a revisión crítica la *privacy-property*.

El derecho a la intimidad sufre así su primera transformación y con ella comienza a manifestar un componente de adaptabilidad a las circunstancias históricas de cada momento. La *privacy* empieza a configurarse como un presupuesto de la libertad individual²⁶, y a escindir-se nítidamente del derecho al honor²⁷.

20 WARREN, S.D. y BRANDEIS, L.D.: “*Right to privacy*”, op. cit., p. 195.

21 Ibid., p. 198.

22 Ibid., pp. 214-215.

23 Ibid., pp. 218-219.

24 WARREN, S.D. y BRANDEIS, L.D.: “El derecho a la intimidad”, op.cit., pp. 72-73.

25 MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, op. cit., p. 20-21.

26 En este sentido POUND, R: “*Interests of personality*”, *Harvard Law Review*, 1915, February, pp. 362-363, sostiene que el derecho a la intimidad es una demanda moderna en las pobladas ciudades, cuyo interés es evidente. Las publicaciones de asuntos privados de interés puramente personal suponen una lesión a la propia personalidad. Dichas intromisiones hacen que se deteriore la paz mental y afecten al propio confort produciendo un sufrimiento mucho más dañino que una simple lesión corporal.

27 Así, por ejemplo, en *Themo v. New England Newspaper Pub. Co.* (1940) 306 Mass 54, 27 NE2d 753., se afirma que la diferencia fundamental entre el derecho a la intimidad y el derecho a no ser difamado, es que el primero está directamente relacionado con la propia paz mental y sosiego espiritual, mientras que el segundo se refiere a la reputación de uno.

Todo ciudadano tiene derecho a controlar su propia fama, pero con ello no basta; el derecho a la intimidad pasa a expresar el núcleo esencial de la personalidad que ahora es preciso defender de la intrusión y la manipulación de los grupos de poder que emergen de la sociedad de masas.

En palabras de MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “con su trabajo definieron el derecho a la intimidad como un derecho de contenido amplio, ajustado a las repercusiones que en la vida privada podía plantear un nuevo ingenio tecnológico, la fotografía instantánea usada por la prensa. Se trataba de un derecho que incorporaba facultades de control sobre las propias informaciones. Su gran mérito, aparte de definir con clarividencia los elementos esenciales del derecho reside en haberlo concebido como un derecho de textura abierta y naturaleza fundamental al trasladar su fundamento desde el paradigma del derecho de propiedad a la inviolabilidad y dignidad del ser humano, al ámbito del derecho de la personalidad”²⁸.

Desde el punto de vista de la praxis judicial, las reacciones no se hicieron esperar y bastó poco más de un año para encontrar el primer pronunciamiento judicial en hacerse eco del trabajo de los dos jóvenes abogados bostonianos, concretamente, en el caso *Schuyler v. Curtis*²⁹, con ocasión del conflicto suscitado en torno a si era legítimo o no desde el punto de vista del *right to privacy* que la *Woman's Memorial Fund Association*, erigiera unas estatuas de la fallecida Mary Hamilton Schuyler, sin el consentimiento de su familia, en conmemoración por sus labores altruistas y de beneficencia.

El Juez Gray, en su voto discrepante, sostuvo que Philip Schuyler, en su condición de representante de la familia, estaba totalmente legitimado para preservar que se levantaran estatuas de la señora Schuyler; pues la conducta de la asociación suponía exhibirla públicamente, máxime cuando ella en vida siempre optó por hacer sus actos de filantropía de forma totalmente privada. El hecho de que personas ajenas a su sangre erigieran estatuas de ella, causando así un perjuicio a su propio nombre y su familia, suponía una inmoralidad y una flagrante vulneración del derecho a la intimidad, cuyo manto no podía solo cubrir a la propia persona, sino que debía extenderse a todos los intereses personales, entre los que se encontraba el que sus allegados pudieran preservar la intimidad que en vida profesó.

Otro de los incipientes pronunciamientos que recogerían expresamente los postulados de Warren y Brandeis fue el de *Marks v. Jaffa*³⁰ en 1893. Este se suscitó con ocasión de un concurso de popularidad organizado por el periódico “*Der Wachter*”. Se publicaron en el vocero imágenes de los actores Zelig Mogulesko y Rudolph Marks,

28 MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 66 y ss.

29 *Schuyler v. Curtis*, 15 N.Y.Supp. 787.

30 6 Misc. 290, 26 N.Y.S 908.

para que los lectores votaran quien de los dos era su favorito. Sin embargo, la foto de este último se publicó sin su consentimiento, motivo por el que demandó al editor del periódico, *Joseph Jaffa*, al entender que había sufrido una intromisión ilegítima en su intimidad. El Juez *McAdam* resolvería que ningún periódico o institución tiene derecho a utilizar el nombre o la imagen de una persona sin su consentimiento, pues todas tienen derecho a disfrutar de la vida sin invasiones en su esfera más personal, de manera que los tribunales debían garantizar el derecho a no ser molestado³¹.

Y similar al anterior pronunciamiento fue el del caso *Roberson v. Rochester Folding Box Co.* a principios de 1900. La joven Abigail M. Roberson vio como la empresa de harina Rochester, publicaba sin su consentimiento más de veinticinco mil litografías publicitarias tituladas “*Flour of the Family*” con su rostro de perfil en primer plano y con el logotipo de la empresa “*Franklin Mills Flour*” en la parte inferior, lo que provocó mofas, burlas y murmuraciones entre la gente que la reconoció. Ante esta situación, Abigail demandó a Rochester por vulneración de su intimidad. En primera instancia, el Juez *Davy*³², afirmando que la privacidad es una manifestación de la civilización, desconocida entre las tribus bárbaras, sostuvo que la conducta de la empresa constituía una vulneración en la intimidad de Abigail, pues ésta era una ciudadana ordinaria sin ningún tipo de trascendencia pública.

Esta resolución, sería posteriormente confirmada por el Tribunal Supremo de Nueva York³³, cuyo ponente, el Juez *Rumsey*, fundó su fallo sobre la consideración que en el *common law* existe indiscutiblemente un derecho a la intimidad, construyendo su tesis ya no solo en gran parte de la jurisprudencia británica que *Warren* y *Bradeis* aludieron en su trabajo, sino también en el análisis de los diferentes pronunciamientos previos que habían reconocido el derecho a la intimidad, por ejemplo, los ya expuestos *Schuyler v. Curtis* y *Marks v. Jaffa*.

A pesar de ello, el 27 de junio de 1902, el Tribunal de Apelaciones de Nueva York revocó la Sentencia por cuatro votos a tres.³⁴ Los jueces *O’ Brien*, *Cullen*, *Wener*, y el ponente, *Parker*, esgrimieron un doble motivo para sostener la inexistencia del derecho a la intimidad. En primer lugar, que el *right to privacy* no se encontraba reconocido en el *common law*, puesto que no había sido mencionado por ninguno de los grandes comentaristas ni sostenido en ningún precedente anterior; y, en segundo

31 Ibid., loc. ult. cit. “No newspaper or institution, no matter how worthy, has the right to use the name or picture of any one for such a purpose without his consent. An individual is entitled to protection in person as well as property, and now the right to life has come to mean the privilege to enjoy life without the publicity or annoyance of a lottery contest waged without authority, on the result of which is made to depend, in public estimation at least, the worth of private character or value of ability”. (...) The courts will, in such cases, secure to the individual what has been aptly termed the right “to be let alone”.

32 65 N.Y. Supp. 1109.

33 71 N.Y. Supp. 876.

34 *Roberson v. Rochester Folding Box Co.* (1902) 171 NY 538.

lugar, que dicho reconocimiento supondría una avalancha de litigios, muchos de ellos absurdos.

El fallo del tribunal fue inmediatamente criticado tanto por la mayoría de la doctrina³⁵, como por la sociedad en general que consideraba ilógico que la vida privada no pudiese ser objeto de protección por el derecho.

Ante este aluvión de críticas, sorprendentemente, el juez Denis O'Brien³⁶ —uno de los cuatro jueces que habían desestimado la pretensión de Abigail— publicó un artículo en el que reconocía que si bien el derecho a la intimidad era una interesante idea, resultaba tremendamente difícil configurarlo, ya no sólo por el hecho de delimitar su ámbito de aplicación, sino que para el caso de haber ocurrido una intromisión, cuál debía ser el mecanismo apropiado para restituir la situación a la original.

El descontento por el fallo llegaría hasta la cámara legislativa del Estado de Nueva York, que decepcionada con el veredicto final del caso *Roberson*, al año siguiente incluiría dos nuevas secciones en la Ley de Derechos Civiles que daban solución legal al caso de la joven Abigail.

Según la nueva sección §50³⁷ del *Civil Rights Law* del Estado de Nueva York, rubricada “*Right of privacy*”, serían considerados culpables de *misdemeanor*, las personas, empresas o corporaciones que con finalidades publicitarias o comerciales usaran el nombre, retrato o imagen de cualquier persona viva sin haber obtenido su consentimiento previo por escrito de dicha persona, y, para el caso de menores, de su padre o tutor. Por su parte la §51 reguló el ámbito procesal reconociendo el derecho de acción de quienes sufrían el perjuicio tanto para reclamar la indemnización por daños como para la cesación de la ofensa.

A pesar de la resistencia de algunos sectores de la jurisprudencia por asentar el *right to privacy*, siempre bajo postulados formales, poco a poco los Altos Tribunales de otros Estados, empezando por el de Georgia, acogieron la opinión del Juez Gray.

35 Tomamos de SALDAÑA DIAZ, M^a. N.: “The right to privacy” cit., p. 221, el catálogo de publicaciones críticas con el pronunciamiento del tribunal: “Vid. Comment (1902). «An Actionable Right to Privacy? Roberson v. Rochester Folding Box Co.», *Yale Law Journal*, vol. 12, págs. 35-38; Note (1902). «Publication of Photograph as an Advertisement», *Columbia Law Review*, vol. 2, págs. 486-487; Note and Comment (1905). «The Right of Privacy», *Michigan Law Review*, vol. 3, núm. 7, págs. 559-563; Note (1906). «Right of Privacy», *The Virginia Law Register*, vol. 12, págs. 91-99.”

36 O'BRIEN, D.: “The Right of privacy”, *Columbia Law Review*, vol 2, 1902, pp. 437-448.

37 N.Y. Civ. Rights Law §§ 50: “A person, firm or corporation that uses for advertising purposes, or for the purposes of trade, the name, portrait or picture of any living person without having first obtained the written consent of such person, or if a minor of his or her parent or guardian, is guilty of a misdemeanor.” Cuando la ley utiliza la categoría “misdemeanor” se está refiriendo a una ofensa leve. Las más graves son denominadas *felony*.

El más célebre de la época fue el caso de *Pavesich v. New England Life Insurance Company*³⁸ en 1905, justo tres años después del caso de Abigail, y que se suscitó con ocasión de la demanda interpuesta por Paolo Pavesich contra la aseguradora England Life, Thomas B. Lumpkin, y el fotógrafo J.P. Adams, por la publicación de su imagen en el periódico local *Atlanta Constitution* de 15 de noviembre de 1903.

La publicación consistía en la imagen de dos personas, cada una de ellas precedidas de un titular y acompañadas en el inferior por una cita atribuida a cada uno de los fotografiados. La primera, la de Pavesich, portaba por título “*Hágalo ahora. El hombre que lo hizo*”, y en el inferior se decía, esencialmente, que “él si contrató un seguro con New England, y ahora él y su familia estaban protegidos obteniendo un dividendo anual”. A su lado, aparecía la fotografía de una persona harapienta y desaliñada con el título “*Hágalo mientras pueda. El hombre que no lo hizo*”, con la consiguiente declaración arrepintiéndose de no haber contratado su seguro. Familia y amigos rápidamente reconocieron a Pavesich, quien contrariado aseguró que jamás había tenido relación con la aseguradora y mucho menos había autorizado que su imagen apareciera en el periódico.

El Tribunal expresó literalmente que en el caso *Roberson* la solución justa habría sido la expresada por el juez Gray en su voto particular; y después de citarla haciendo suyos todos los argumentos, expuso que el derecho a la intimidad encuentra su fundamento en el propio derecho natural, cuya realidad es fácilmente cognoscible por todos, pues nadie duda que existe un derecho consustancial al hombre a disfrutar de la vida sin que otros puedan inmiscuirse en ella salvo que medie autorización. Por lo tanto, el hecho de publicar la fotografía de una persona sin el consentimiento suponía una intromisión ilegítima.

Paralelamente a los pronunciamientos judiciales expuestos, muchos Estados, además del de Nueva York, fueron aprobando leyes protectoras de la intimidad frente a injerencias in consentidas por parte de los medios de comunicación. El primero fue California en 1899³⁹, seguido de Nueva York y Pennsylvania en 1903⁴⁰, Virginia Occidental en 1904⁴¹ y Utah⁴² en 1909.

38 69 L.R.A. 101.

39 El legislador de California incorporó al *criminal libel statute* un nuevo *misdeemeanor*, consistente en la publicación del retrato o imagen de una persona en un medio de comunicación sin su consentimiento. A pesar de ello, la ley nunca fue invocada y en 1915 fue derogada.

40 Por lo que respecta a Pennsylvania, la tutela de la intimidad frente a intromisiones ilegítimas por los medios de comunicación fue introducida a través de la Ley de 12 de mayo de 1903. Sin embargo, tuvo la misma suerte que la de California, siendo derogada por su poco uso en virtud de la Ley de 1 de mayo de 1907.

41 La técnica legislativa fue muy similar a la de Nueva York, regulándose en el Título 8.01-40 del *West's Annotated Code of Virginia*.

42 Siguió los mismos parámetros que la de Nueva York y Virginia occidental, incorporándose al Código de Utah §76-4-8 to -9 (1953).

La mayor parte de la jurisprudencia paulatinamente fue acogiendo la doctrina del caso Pavesich, especialmente en conflictos derivados de las intromisiones en la esfera privada llevadas a cabo por los medios de comunicación.

De similar trascendencia al trabajo de Warren y Brandeis para la construcción del derecho a la intimidad, sería el de William PROSSER publicado en la *California Law Review* en 1960⁴³.

En él se configuraron y perfilaron cuatro dimensiones de la privacidad susceptibles de tutela. La primera dimensión, y dado que la manifestación más profunda del derecho a la intimidad habita en el derecho a la soledad (*right to be let alone*), vendría conformada por las intromisiones en la privacidad (*intrusión*)⁴⁴. En segundo lugar, la divulgación pública de hechos privados (*public disclosure of private facts*)⁴⁵. En tercer lugar, la distorsión pública de la propia imagen (*false light in the public eye*)⁴⁶. Por último, apropiación del nombre o apariencia con ánimo de lucro (*appropriation*)⁴⁷.

Estas cuatro categorías quedarían posteriormente incorporadas al *Restatement (Second) of Torts*⁴⁸ en §652-B, C y D⁴⁹, lo que comportó de facto la consolidación de un catálogo de acciones dirigidas a la protección de la intimidad en los Estados Unidos de América.

43 PROSSER, W.: "Privacy" *California Law Review*, 1960, núm. 48 (3), pp. 383-432. También puede verse AA.VV.: *Prosser and Keeton on torts*, West Group, Eagan, 1984, pp. 771 y ss.

44 PROSSER, W.: "Privacy", op. cit., p. 389 y ss.

45 *Ibid.*, p. 392 y ss. Según *Rest. 2nd of Torts* supone la publicidad de un asunto privado que para cualquier persona razonable resultaría ofensiva y carente de interés público. Las defensas clásicas aceptadas de quien es demandado por vulnerar la intimidad por esta causa, son el interés público de la información, el consentimiento a publicarla, que se halle (la información) en registros públicos, que no sea ofensiva al hombre medio o que se haya tomado en espacios públicos. Por ejemplo en el caso *Cox Broadcasting Corp vs Cohen*, 420 US 469 (1975), el Tribunal Supremo sostuvo que publicar el nombre de un joven violador no afecta a su intimidad siempre que el dato no se haya obtenido torticeramente.

46 *Ibid.*, p. 398 y ss. Es importante distinguir entre la *false light invasion of privacy* y la *defamation*, a pesar de que comparten algunos de los elementos y, a menudo, surgen de los mismos hechos, la primera es una causa de acción basada en la lesión de las emociones y el sufrimiento mental (tutela de la privacy), mientras que la segunda es un remedio para el daño que la reputación sufre (tutela del honor). En este sentido, en el caso *Godbehere v. Phoenix Newspapers, Inc.*, (*Godbehere v. Phoenix Newspapers, Inc.*, 162 Ariz. 335, 783 P.2d 781 Ariz., 1989) se dijo que la acción por difamación compensa el daño a la reputación o buen nombre causado por la publicación de la información falsa, mientras que la *false light invasion of privacy* no protege la reputación, sino los intereses mentales y emocionales, el objeto es el resarcimiento por la angustia sufrida. En definitiva, la acción por difamación versa sobre el daño a la reputación de una persona como consecuencia de lo expresado, frente a los casos de *false light invasion of privacy* en los que el daño no es a la reputación, sino a los propios sentimientos.

47 *Ibid.*, p. 401.

48 La obra supone la recopilación por parte del *American Law Institute* de los principios del *common law* en USA. El Segundo volumen es el relativo a los *torts* y al que se hace referencia. La relevancia es tal que como ponen de manifiesto AA.VV.: *Prosser and Keeton on torts*, op. cit. son la base sobre la que se edifican innumerables pronunciamientos judiciales y que pese a no tener la consideración de Ley la complementan asiduamente.

49 §652B, C y D. En el §652B se prohíbe la intromisión contra la voluntad. En este sentido, es indiferente la difusión que se haga de lo conocido, el daño se provoca desde el mismo momento que se invade incontinentemente la intimidad o intereses privados con independencia de la forma o método del que se valga el agresor. En el §652C se alude al que se apropia para propio uso o en su beneficio del nombre de otra persona. El interés protegido en este punto es la propia identidad como elemento de presentación al mundo exterior. Por último, en el §652D se tutela la difusión pública de asuntos concernientes a la vida privada, siempre que fuera ofensiva y no estuviera legitimada para hacerlo.

BLOUSTEIN⁵⁰, pocos años después, criticaría la obra de Prosser calificándola de fragmentaria y demodé, pues no se adaptaba al desarrollo tecnológico, y planteó la construcción de un concepto omnicomprensivo de *privacy* capaz de integrar, por un lado, la facultad de aislarse del mundo como manifestación de la libertad y dignidad de la persona, y, por el otro, focalizar el daño no tanto en los mentales o morales sino en la dignidad lesionada⁵¹. De hecho, el autor pone como ejemplo los casos *Robertson* y *Pavesich*, ya comentados, y evidencia que los perjudicados lejos de perseguir un resarcimiento económico por la causación de un daño, buscaban tutelar su propia dignidad que había sido ultrajada por haber sido su imagen apropiada con fines comerciales.

Junto a los anteriores autores, es de justicia hacer alusión al prof. Alan WESTIN, quien en 1967 publicaría su obra "*Privacy and Freedom*"⁵², alzándose como el tratadista por antonomasia sobre la sociología de la *privacy* y su intento en recomponerla como un todo explicado desde la fenomenología del ciudadano norteamericano.

La trascendencia de las aportaciones de WESTIN fue configurar el derecho a la intimidad como un poder de control del individuo sobre su información personal⁵³.

En similar sentido, FREID⁵⁴ señalaría que lo genuino de la *privacy* es que confiere la facultad de determinar qué grado de superficialidad o profundidad busca la persona en sus relaciones con otras, pues el derecho a la intimidad comporta el control de la información que proporcionamos para protegerla⁵⁵. De lo que se deduce el carácter dinámico del contenido del derecho a la intimidad dado que depende de los valores imperantes en cada momento histórico, ya que la sociedad es quien determina qué dimensiones de la vida son merecedoras de mayor o menor recelo⁵⁶.

50 BLOUSTEIN, E.J.: "Privacy as an aspect of human dignity: an answer to Dean PROSSER", *New York University Law Review*, vol. 39, 1964, pp. 964-1007.

51 *Ibid.*, p. 994.

52 WESTIN, A.F.: *Privacy and Freedom*, Atheneum, Nueva York, 1967.

53 *Ibid.*, p. 7: "Privacy is the claim of individuals, groups, or institutions to determine for themselves when, how, and to what extend information is communicated to others. Viewed in terms of the relation of the individual to social participation, privacy is the voluntary and temporary withdrawal of a person from the general society through physical or psychological means, either in a state of solitude or small-group intimacy or, when among larger groups, in a condition of anonymity or reserve."

54 FRIED, C.: "Privacy", *Yale Law Journal*, vol. 77, núm. 3, 1968, pp. 475-493.

55 *Ibid.*, p. 493: "privacy is not just an absence of information abroad about ourselves; it is a feeling of security in control over that information".

56 *Ibid.*, loc. ult. cit.: "The concept of privacy requires, as we have seen, a sense of control and a justified, acknowledged power to control aspects of one's environment. But in most developed societies the only way to give a person the full measure of both the sense and the fact of control is to give him a legal title to control. A legal right to control is control which is the least open to question and argument; it is the kind of control we are most serious about".

A su vez, distinguiría entre la “*substantive privacy*” y la “*symbolic privacy*”. La primera para referirse a aquellas áreas que configuran los intereses sustanciales del hombre (el sexo o la salud); y la segunda para los valores contingentes⁵⁷.

Para GREENAWALT la intimidad significaba un valor esencial en una sociedad plural que protegía la autonomía del individuo al reconocerle, por un lado, el control de la información sobre sí mismo prohibiendo su difusión, y, por el otro, las injerencias gubernamentales⁵⁸.

REIMAN iría un paso más allá que Freid, Greenawalt, Scalon o Rachels, al situar la *privacy* como presupuesto de la personalidad en la medida que constituye el rito social por el que el individuo recibe la titularidad moral de su razón de existir y, además, incide directamente en la creación de la propia identidad que incluye pensamiento, cuerpo y acciones, dicho de otro modo, la intimidad –para este autor– otorga a la persona la titularidad sobre ella misma⁵⁹.

En una visión retrospectiva, y llegados a este punto, constatamos como el trabajo de Warren y Brandeis estaba llamado a tener importantes repercusiones tanto en la doctrina como la jurisprudencia norteamericana, cuya materialización definitiva en clave constitucional la encontramos en el caso *Griswold* contra *Connecticut*⁶⁰, pues el Tribunal Supremo consideró el derecho a la intimidad como un derecho constitucional autónomo e independiente que deriva de la propia Constitución americana⁶¹.

57 *Ibid.*, p. 487: “Convention plays another more important role in fostering privacy and the respect and esteem which it protects; it designates certain areas, intrinsically no more private than other areas, as symbolic of the whole institution of privacy, and thus deserving of protection beyond their particular importance. Given these threats to privacy in general, social systems have given symbolic importance to certain conventionally designated areas of privacy. (...) Thus in our culture the excretory functions are shielded by more or less absolute privacy, so much so that situations in which this privacy is violated are experienced as extremely distressing, as detracting from one’s dignity and self-esteem. But there does not seem to be any reason connected with the principles of respect, esteem and the like why this would have to be so, and one can imagine other cultures in which it was not so, but where the same symbolic privacy was attached to, say, eating and drinking. There are other more subtly modulated symbolic areas of privacy, some of which merge into what I call substantive privacy (that is, areas where privacy does protect substantial interests). The very complex norms of privacy about matters of sex and health are good examples.”

58 GREENAWALT, K.: “Privacy and Its Legal Protections”, *The Hastings Center Studies*, vol 2, núm. 3, 1974, pp. 45-68.

59 REIMAN, J.: “Privacy, Intimacy, and Personhood”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 6, núm. 1, 1976, pp. 26-44.

60 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

61 Ahora bien, no faltaron autores que sostuvieron la irrelevancia de la configuración de un genuino derecho a la intimidad, pues las manifestaciones que protege ya forman parte del contenido de otros derechos, especialmente el de propiedad. En esta posición destaca THOMSON, J.: “The Right to Privacy”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 4, núm. 4, 1975, pp. 295-314, quien inicia su trabajo afirmando que lo más sorprendente acerca del derecho a la intimidad es que nadie realmente tiene una idea clara acerca de lo que es, y cuestiona si es “every violation of a right a violation of the right to privacy?”

La postura defendida Thomson fue inmediatamente –de hecho, en el mismo número de la publicación– discutida por dos autores.

El primero, SCANLON, T.: “Thomson on Privacy” *Philosophy & Public Affairs*, vol. 4, núm. 4, 1975, pp. 315-322, inicia su crítica con la siguiente hipótesis: “Suppose someone used Thomson’s X-ray device to examine an object in my safe. It seems to me clear that the right which is violated in such a case does not depend on my owning the object examined. Suppose it is your object which you have left in my care; suppose that it is someone else’s which I have picked up by mistake thinking it mine; suppose there is no object in the safe at all, and the person looking just wanted to see whether I had anything there or not. None of these possibilities removes the wrongfulness of the intrusion; there is a right which is violated in all these cases, and it is my right whether or not the object is mine”. En este sentido, para el autor, la *privacy*

Desde la óptica del derecho positivo, el hito histórico vino representado por la *Privacy Act de 1974*⁶² cuya finalidad era adoptar medidas de protección contra la invasión de la *privacy* por parte de las agencias federales que captaban, usaban, conservaban y/o difundían información personal.

La norma esencialmente modificó el Título 5 del Código de Estados Unidos adicionando la sección 552, dirigida fiscalizar y controlar la obtención indiscriminada de información por parte de la administración, configurándose el derecho de acceso a archivos y registros personales al objeto de saber por el interesado que información se disponía respecto de él con el consiguiente derecho a rectificación.

Desde el punto de vista penal, introdujo tres nuevas figuras delictivas. La primera de ellas, sancionaba a cualquier funcionario o empleado de una agencia, que como consecuencia de su cargo o empleo poseyera o accediera ilícitamente a los registros o ficheros, y los difundiera a sabiendas de su ilegalidad a un tercero u otra agencia carente de derecho a recibirla. La segunda, prohibía a los empleados o funcionarios públicos que deliberadamente mantuvieran datos en los sistemas de registro sin cumplir los requisitos de notificación preceptiva conforme a la normativa. La última criminalizaba la obtención fraudulenta por cualquier persona de información protegida.

Estrecha relación con la anterior norma, guardaría la *Freedom Information Act de 1966*⁶³, que permitía –y permite, pues aún está vigente– a los ciudadanos acceder a información del gobierno federal, siempre que no se trate de información expresamente vetada⁶⁴.

En materia de intimidad en el sector financiero, el punto de partida lo marcaría la *Fair Credit Reporting Act de 1970*⁶⁵, que tuvo por objeto regular el almacenamiento de información crediticia y financiera de los consumidores, prohibiéndose que

es el “territorio” donde podemos llevar a cabo nuestras actividades sin la necesidad de estar continuamente en alerta ante eventuales oyentes u observadores.

El segundo, RACHELS, J.: “Why Privacy is Important”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 4, núm. 4, 1975, pp. 323-333, quien situó la existencia de un genuino derecho a la intimidad en la necesidad, por cuanto el contenido de las relaciones de amistad que lo nutre, precisamente, está configurado por las confidencias e información, en definitiva, reservada.

62 *The Privacy Act*, 5 U.S.C. § 552^a.

63 *The Freedom of Information Act (FOIA)*, 5 U.S.C. § 552.

64 Esta era: (i) clasificada en materia de seguridad nacional, (ii) relativa a reglas o prácticas de personal internas de una agencia, (iii) protegida por otra ley federal, (iv) relacionada con secretos comerciales u otras informaciones comerciales y/o financieras, (v) que refiera a comunicaciones entre agencias protegidas por privilegios legales como las relacionadas con el ámbito de la justicia o comunicaciones presidenciales, (vi) que afecte a la privacidad personal de un tercero, (vii) obtenida por las fuerzas del orden público y que pudieran causar un daño o perjuicio legalmente previsto, (viii) concerniente a la supervisión de instituciones financieras, e (ix) información geológica sobre pozos.

65 *The Fair Credit Reporting Act*, 15 U.S.C. § 1681.

estas instituciones pudieran facilitarla salvo que concurriera alguna de las causas legalmente tasadas⁶⁶.

Con ella, y desde el punto de vista penal, se tipificaría como delito el incumplimiento deliberado de los protocolos y disposiciones de la ley, creándose un subtipo agravado cuando el delito básico fuera instrumental para cometer una violación federal o cualquier otro ilícito de especial cuantía económica.

La anterior norma sería complementada por la *Right to Financial Privacy Act* de 1978, que limitó las situaciones en que las agencias federales podían obtener información bancaria, concretamente sólo se permitía en caso de que contaran con el consentimiento del titular o estuvieran autorizadas por una ley procesal. De igual forma se estableció el deber de sigilo de los empleados.

Paulatinamente, el número de disposiciones en materia de protección de la *privacy* fue aumentando para regular el sector de las comunicaciones por cable (la *Cable Communications Policy Act* de 1984 o la *Electronic Communications Privacy Act* de 1986); de la telefonía (la *Telephone Consumer Protection Act* de 1991 o la *Telecommunications Acts* de 1996); de los media (la *Privacy Protection Act* de 1980); de videoclubs (la *Video Privacy Protection Act* de 1988), etc. En definitiva, vemos como desde principios de los años setenta ha habido una rica actividad legislativa para proteger sistemáticamente la *privacy* de los ciudadanos norteamericanos en materias y ámbitos muy diversos.

El punto de inflexión de este *allegro* legislativo en Norteamérica, tal y como anticipábamos, lo marcarían los atentados del 11 de septiembre de 2001 con la promulgación de la *USA Patriot Act*, pues vino a modificar los parámetros de conciliación entre la seguridad del Estado y la intimidad del ciudadano, transmutando el derecho penal propio de los Estados de derecho basado en el modelo garantista, por un derecho penal del enemigo⁶⁷.

2. La recepción del derecho a la intimidad en los textos normativos supranacionales.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá del 20 al 2 de mayo de 1948, fue el primer texto normativo supranacional en declarar expresamente el derecho a la vida privada, sosteniendo en su art. 5 que “toda persona tiene derecho

66 §126, 127, 209 y 210: (i) Mandamiento judicial, (ii) autorización del consumidor, (iii) causa legítima alegada por un tercero (operación de crédito, empleo, licencia, seguro, u otra análoga necesidad legítima) o (iv) procedimiento relacionado con menores.

67 Para verse un estudio sobre la incidencia de la normativa aprobada en materia de lucha antiterrorista en Norteamérica, puede verse el trabajo de VERVAELE, J.: “La legislación antiterrorista en Estados Unidos: *inter arma silens leges*”, *Revista de derecho y proceso penal*, 2005, núm. 14, pp. 111-148.

a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”⁶⁸.

Pocos meses después, en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Humanos (DUDH), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 (III) A, en París el 10 de diciembre de 1948, se proclamaría que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

Y de similar modo, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, en su artículo 8 consagró que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”, sin que pueda “haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

El CEDH supuso el primer texto puramente europeo en proclamar el derecho a la vida privada, cuya trascendencia para el ordenamiento jurídico español⁶⁹ sería capital, pues, por un lado, es derecho positivo vigente ex art. 96 CE que reza que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”, y, por el otro, es criterio interpretativo al establecer el art. 10.2 CE que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

En el ámbito europeo y en materia de privacy acompañaría al CEDH, el Convenio n.º 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, cuyo objeto de protección era la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona («protección de datos»).

68 A pesar de la imprecisión normativa, como sugiere MORALES PRATS, F.: “La tutela penal de la intimidad” op. cit., p. 94: “lo cierto es que a nivel internacional constituyó el primer precedente legislativo que marcó la pauta de ulteriores convenios internacionales”.

69 Incorporado a nuestro ordenamiento jurídico por medio del Instrumento de Ratificación de 26 de septiembre de 1979.

En el ámbito global, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, sostuvo en su art. 17.1 que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”.

Y posteriormente para América, el art. 11.2 la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 22 de noviembre de 1969 prevería que “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

3. El derecho a la intimidad en el plano nacional.

La realidad en el plano nacional fue distinta. La conciencia internacional sobre la necesidad de protección de la intimidad no tuvo una corroboración en los textos constitucionales más relevantes de la Europa occidental⁷⁰, con la excepción del artículo 18 de la Constitución española de 1978, y los artículos 33 a 35 de la Constitución portuguesa de 1976⁷¹.

El resto de los estados europeos, sin embargo, tuvieron que efectuar una labor interpretativa e integradora de sus textos básicos para incorporar a su ordenamiento jurídico el derecho a la intimidad personal y familiar; bien como un derecho íntimamente vinculado con la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad (artículos 1 y 2 de la Ley de Bonn de 1949⁷²), bien integrado en

70 Sobre esta idea vid. también a MORALES PRATS, F.: “La tutela penal de la intimidad” op. cit. p. 94. El autor, en este sentido, expone varios ejemplos de Estados que contemplaron expresamente el derecho a la intimidad en sus normas fundamentales: el art. 59 la Constitución de Venezuela de 1961, el art. 15 de la de Turquía de 1961, el art. 20 de la de Bolivia de 1967, el art. 28-4 de la Ecuador de 1967, el art. 45 de la República Árabe de Egipto o el art. 56 de la URSS de 1977.

Sobre la protección de la intimidad en el de derecho comparado, puede verse FARIÑAS MATONÍ, L.M.: *El derecho a la intimidad*, Trivium, 1983, pp. 144 y ss.

71 Artículo 33. Derecho a la identidad, a la buena fama y a la intimidad: “1. Se reconoce a todos el derecho a la identidad personal, al buen nombre y reputación y a la reserva de su intimidad en la vida privada y familiar. 2. La Ley establecerá garantías efectivas contra la utilización abusiva, o contraria a la dignidad humana, de informaciones relativas a las personas y a las familias”. Artículo 34. Inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia: “Queda prohibida toda injerencia de las autoridades públicas en la correspondencia y en las telecomunicaciones, salvo en los casos previstos por la ley en materia de enjuiciamiento criminal”. Artículo 35. Utilización informática: “1. Todos los ciudadanos tendrán derecho a tomar conocimiento de lo que conste en forma de registros mecanográficos acerca de ellos y de la finalidad a que se destinan las informaciones, y podrán exigir la rectificación de los datos, así como su actualización. 2. No se podrá utilizar la informática para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se trate de la elaboración de datos no identificables para fines estadísticos. 3. Se prohíbe atribuir un número nacional único a los ciudadanos”.

72 Artículo 1. Protección de la dignidad humana, vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales. “1. La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. 2. El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. 3. Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.” Artículo 2 Libertad de acción y de la persona. “1. Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral. 2. Toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley.”. Además de regularse en su art. 10 el secreto epistolar, postal y de telecomunicaciones, y en el art. 13 la inviolabilidad del domicilio.

concretas manifestaciones de tutela de la privacy como la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones (arts. 2, 14 y 15 respectivamente de la Constitución italiana de 1949)⁷³.

Dichas pretericiones en los textos fundamentales de los países de nuestro entorno es una cuestión evidente si se tiene en cuenta el *iter* del pensamiento humanista que es sustrato y fundamento de los derechos de la personalidad.

Desde un punto de vista social, como señala PÉREZ ROYO, “para la inmensa mayoría de los ciudadanos tales derechos no eran necesarios como garantías de su libertad y autonomía tanto en las relaciones de unos con otros en cuanto personas privadas como en sus relaciones políticas. Únicamente para una pequeñísima minoría, la oligarquía propietaria y los profesionales liberales que participaban en la gestión del país, los derechos de la personalidad podían tener algún valor”⁷⁴.

Este contexto de no necesidad por las masas, comportó que las principales constituciones del siglo XIX no consagrasen un general derecho a la intimidad, y si, sin embargo, tutelaran derechos como la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia dado que eran percibidos por los ciudadanos como una necesidad objetiva de protección⁷⁵.

III. REQUIEM POR EL DERECHO A LA INTIMIDAD: TODO EL MUNDO GRABA A TODO EL MUNDO.

Según hemos dicho, la esfera privada está indisolublemente ligada con la dignidad humana y la personalidad. Si dejara de existir, el individuo se vería abocado a una suerte de sobrecarga psicológica y existencial en la medida que estaría obligado en todo momento a ser celoso y atento con sus formas y conductas en sus relaciones con los demás. De no existir ese reducto de paz y tranquilidad, el hombre se vería privado de uno de los mayores bienes: la soledad, que actúa de equilibrio y catalizador en el desarrollo de la personalidad⁷⁶.

73 Artículo 2. “La república reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo, ora en el seno de las formaciones sociales donde aquel desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social.” Artículo 14. “El domicilio es inviolable. No se podrán efectuar inspecciones o registros ni embargos salvo en los casos y con las modalidades establecidas por la ley, y conforme a las garantías prescritas para la salvaguardia de la libertad personal. Se regularán por leyes especiales las comprobaciones e inspecciones por motivos de sanidad y de salubridad públicas o con fines económicos y fiscales.” Artículo 15. “Serán inviolables la libertad y el secreto de la correspondencia y de cualquier otra forma de comunicación. La limitación de los mismo solo podrá producirse por auto motivado de la autoridad judicial con las garantías establecidas por la ley.”

74 PÉREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 287

75 *Ibid.*, p. 286.

76 BVerfGE 101, 361. Esta es la célebre sentencia dictada en el caso Carolina de Mónaco. El caso se suscitó con ocasión de una publicación en la revista Bunte el 5 de agosto de 1993 y que iba acompañado de una pluralidad de fotografías de la aristócrata. En una de ellas se la veía montando a caballo en una pradera en soledad y un titular que rezaba “Carolina y la melancolía. Su vida es una novela con numerosas desdichas”. También en esa misma revista el día 19 de agosto de 1993 se publicarían más fotografías: acompañada de su hija Charlotte, realizando tareas cotidianas como la compra (en esta último con el siguiente titular “la ama de casa” y con comentarios sobre su atuendo) o sus labores cotidianas. Ante lo que se consideró una intromisión ilegítima

Respecto de ese ámbito de recogimiento o aislamiento, el BVerfG también ha tenido ocasión de pronunciarse y establecer que dicho ámbito de retiro no puede limitarse estrictamente al del hogar. El desarrollo de la personalidad no se agota en el espacio físico del propio domicilio, sino que comprende allí donde el individuo pueda disfrutar de un eventual retiro como lo es la naturaleza o un lugar separado en el que poder desarrollar sus actividades con la tranquilidad y sosiego del que sabe que no está siendo vigilado⁷⁷.

En esta línea se sitúan GOFFMAN⁷⁸ y WESTIN⁷⁹ cuando se refiere a la pluralidad de roles de conducta que adoptamos en función de la situación social en la que nos hallamos, indicando el primero, y el segundo sigue esa línea, que la “interpretación” únicamente la podemos hacer durante un periodo concreto de tiempo, pues de igual forma que en la actuación del actor en el escenario, deviene necesario que exista un espacio entre bastidores en el que poder ensayar, descansar y reparar la actuación y de la que el público está excluido. Ese espacio en el que relajarse con los más íntimos hasta que la actuación comience. Y, concretamente, dirá WESTIN que “hay momentos fuera del escenario en los que el individuo puede ser uno mismo: tierno, furioso, irritado, libidinoso o soñador. Tales momentos pueden venir en soledad; en la intimidad de la familia o compañeros, o en el discernimiento de hombre a hombre o de mujer a mujer; en el anonimato del parque o de la calle. La privacidad en ese aspecto da a los individuos, desde los trabajadores hasta el Presidente, la oportunidad de despojarse de sus máscaras para descansar. Estar siempre en marcha destruiría el organismo humano”⁸⁰.

Sin embargo, hoy hemos de vivir en una constante y perpetua situación de celo y guardia frente a las captaciones (lícitas e ilícitas).

¿Acaso alguien duda que no está siendo grabado cuando interacciona con otros? ¿Acaso los profesores dudan que sus alumnos los graban? ¿Acaso algún profesional duda que el cliente no lo está grabando en todo momento que dura la prestación del servicio? ¿Acaso alguien duda que en los *smartphones* se tienen *apps* «grabadores de llamadas» y todas son grabadas? ¿Acaso alguien puede ser tan ingenuo de pensar que no está siendo grabado? La realidad así lo demuestra. Ahora bien, conviene

en los derechos de la personalidad de Carolina de Mónaco, se alzó esta en amparo por vulneración del art. 2 en relación con el art. 1 de la Ley Fundamental. El recurso se articuló en torno al derecho fundamental que se atribuye al individuo para proteger los elementos de la personalidad; y a que la autorización para la publicación de imágenes que comporten la exposición pública de la vida privada o cotidiana debe ponderarse de acuerdo con el derecho a la propia imagen y a la garantía de la esfera privada, ello como manifestaciones del derecho general de la personalidad. El problema no se centró tanto en la representación fotográfica, sino en los límites en torno a la captación de imágenes y su publicación de personas que con innegable interés público no se encuentran desempeñando funciones oficiales sino en el desempeño de actividades privadas o personales.

77 Ibid.

78 GOFFMAN, E.: *The Presentation of Self in Everyday Life*, Doubleday, New York, 1959, pp. 56 y ss.

79 WESTIN, A.F.: *Privacy and Freedom*, op. cit., p. 38.

80 Ibid., loc. ult. cit.

precisar una cosa: nada que ver tiene que nos dé igual (que nos graben) a que esto no ocurra.

Evidentemente todas esas grabaciones sin consentimiento del tercero ocurren porque el captador es protagonista de la escena (más allá de las situaciones en que es un tercero y ocurre en un ámbito público). Porque hay una doctrina troquelada en piedra que establece que cuando uno participa en una conversación puede grabar a los participantes en ella sin mayor consideración.

Y más concretamente, esta cuestión fue resuelta por la STC 114/1984, de 29 de noviembre⁸¹, en la que se precisaría que la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica no conculca secreto alguno impuesto por el art. 18.3 ni afecta a en términos generales a la intimidad del resto. Así, sostuvo el tribunal, que “quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado. Si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsables ex art. 18.3, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal ex art. 18.1, garantía ésta que, «a contrario», no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo sólo al objeto de preservar dicha intimidad (dimensión material del secreto, según se dijo). Los resultados prácticos a que podría llevar tal imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son, como se comprende, del todo irrazonables y contradictorios, en definitiva, con la misma posibilidad de los procesos de libre comunicación humana”.

Sin embargo, actualmente la situación se ha tornado insoportable. Basta asomarse a lo mundano para advertir como los ciudadanos sistemática y compulsivamente captan las conversaciones en las que participan, bien con el ánimo de abastecerse de un robusto acerbo probatorio por lo que pueda ocurrir; bien por la insana obsesión de hacer acopio de todas las escenas de su vida: de vivir su propia película.

Resulta evidente que muchas personas cambian su forma de comportarse ante la creencia de que están siendo grabadas, como mínimo por el reparo que produce el que puedan descontextualizarse algunas de sus manifestaciones.

Uno pudiera objetar que quien nada ha de ocultar, nada ha de temer; pues ningún problema le ha de causar que su conversación —si participa en la escena— sea unilateralmente grabada por su receptor.

81 STC 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984, 114).

Más debe señalarse que ello no puede ser así, pues con dicha captación unilateral y sin un consentimiento, siquiera deducido de *facta concludentia*, se desnaturaliza el derecho a la intimidad que debe ser entendido como libertad y garantía para el libre desarrollo de la personalidad.

Díganle a su interlocutor, en mitad de una conversación bajo el abrigo de la esfera privada, que está siendo grabado, y verán cómo cambia su semblante o expresa que no quiere serlo.

No existen razones de peso suficiente que justifiquen mantener la doctrina del tribunal constitucional en todo momento y bajo toda circunstancia dada la realidad social actual. Pues no puede perderse de vista, como apuntó DORADO MONTERO, que, si bien el orden de la fenomenología natural varía relativamente poco, el orden de la fenomenalidad social varía grandemente y de un modo continuo porque a medida que el hombre descubre los secretos de la naturaleza y su funcionamiento, va transformando las relaciones e instituciones sociales. De manera que lo que hoy se estima acertado y conveniente, dejará de estimarse así mañana, y la verdad social de mañana sufrirá la misma suerte que la del día de después, por lo que es “preciso dar al pensamiento una movilidad correspondiente a la de la vida”⁸².

Actualmente el coste ha devenido elevadísimo: la libertad para ser como uno quiere ser sin la zozobra que genera el poder saberse grabado en cualquier instante por un interlocutor:

En consecuencia, un buen comienzo sería reputar ilícitas las captaciones de conversaciones sin el consentimiento del otro interlocutor cuando estas ocurran en un ámbito privado o reservado, y ello como garantía de preservar la intimidad como la esfera de libertad donde el sujeto gesta los procesos intelectivos que configuran y desarrollan su personalidad. Y difícilmente puede desarrollarse la personalidad de manera plena y eficaz frente al riesgo de poder ser grabados por nuestros interlocutores en contextos claros de intimidad.

IV. UNA NUEVA NECESARIA COMPRENSIÓN DE LA INTIMIDAD.

Los conflictos, pues, surgen de la interacción de los sujetos. Los acontecimientos se enmarcan en unas determinadas circunstancias predisuestas. Es por ello que consideraría un error partir de una formulación basada en la idea de sociabilidad cero, pues de existir, el derecho devendría innecesario. En esta línea señala BALDASSARRE, el derecho a la intimidad “es la postulación de la tutela jurídica de la interioridad, entendida no como algo cerrado en sí mismo y de inmediato, sino concebida como trascendente, como referencia al ejercicio de su poder-ser; o

82 DORADO, P.: *Bases para un nuevo derecho penal*, Manuel Soler-editor, Barcelona, 1905, pp. 7-8.

sea, como relación de la libre actuación con su posibilidad constitutiva última, de la libertad pública con su proceso de decisión privado”⁸³. Y observa MORALES PRATS que “la privacy asume así su significado de garantía dirigida a preservar el ejercicio virtual de las libertades públicas y los derechos públicos, que encuentran en aquélla el fundamento relativo a la fase de latencia o potencialidad lógica”⁸⁴.

La intimidad es ante todo el puente de mando del hombre. El lugar desde donde gobierna su vida y decide proyectase a las diferentes coordenadas del mundo exterior.

En este sentido, siguiendo a MARTÍNEZ MARTÍNEZ, el derecho a la intimidad constituye el “soporte y presupuesto de otros derechos, como la libertad ideológica, y como garantía para el libre desenvolvimiento de la personalidad en un marco de libertad”⁸⁵.

De manera que se puede afirmar que el derecho a la intimidad se comprende desde de la arquitectura de la libertad del hombre que ante su proyección al mundo exterior levanta una muralla que le proteja en sus libertades sociopolíticas frente a las invasiones de terceros⁸⁶.

No extrañará entonces que digamos que la intimidad es simultáneamente libertad y garantía para el libre desarrollo de la personalidad. Y que, junto con el resto de derechos fundamentales, constituye la dotación instrumental para salvaguardar la dignidad humana.

En esta concepción expansiva del alcance de la intimidad, MORALES PRATS vincula la privacy con la libertad personal a partir del acotamiento del bien jurídico intimidad en tres parcelas.

La primera de ellas señala el autor es la *privacy de la esfera íntima* que se correspondería tanto con las facultades clásicas de exclusión de terceros en todo aquello que se refiere a aspectos de la intimidad con relevancia jurídica (secretos documentales, secretos domésticos, inviolabilidad del domicilio, etc.) como a aquellos otros intereses que tangencialmente encuentran su fundamento jurídico en la intimidad (aquellos que constituyen manifestaciones del derecho a la libre opción y autodeterminación del individuo como pueden ser el derecho a la libertad sexual o al aborto y que, en definitiva, que entroncan directamente con el proyecto de vida que el sujeto desea llevar a cabo en el libre desarrollo de su personalidad)⁸⁷.

83 La cita se toma de MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad*, op. cit. p 134.

84 *Ibid.*, loc. ult. cit.

85 MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, Civitas, Madrid, 2004, p.47.

86 Tanto el Estado como terceros particulares.

87 MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad*, cit., p 123.

La segunda parcela la identifica con la *privacy política* entendida como garantía institucional de otras libertades. Identifica el carácter garantista de la *privacy* frente al control auspiciado por las nuevas tecnologías y especialmente los medios de vigilancia electrónica, que convierten a la policía en omnisapiente: y una policía omnisapiente es uno de los más eficaces instrumentos de la tiranía⁸⁸. En este sentido, advierte que “la *privacy* manifiesta un contenido positivo que se inserta implícitamente en la disciplina jurídica de cada una de las libertades (derecho de asociación, libertad religiosa o de conciencia, derecho a la sindicación, etc.) respecto de las que constituye un presupuesto lógico”⁸⁹.

En último lugar estaría la parcela de la *privacy de la libertad personal* que quedaría integrada por la privacidad del cuerpo (invocable en materia de intervenciones o pruebas médicas coactivas), del domicilio, del derecho de defensa (confidencialidad y sigilo predicable en la relación abogado y cliente), etc⁹⁰.

El fundamento de la intimidad no se halla sino en la protección de la libertad y de la dignidad humana que a través de los derechos fundamentales se salvaguarda.

Así las cosas, el derecho a la intimidad junto con el resto de derechos posibilitan la realización de la propia esencialidad del hombre materializada a través del libre desarrollo de su personalidad.

En definitiva, la intimidad configura su faceta garantista en cuanto inexorablemente se relaciona y vincula con otros derechos fundamentales, de manera que el bien jurídico debe ser interpretado desde la propia teleología que lo vivifica, esto es, su conexión con la libertad e individualismo del hombre; ya sea tanto en su dimensión psicológica o espiritual como en la física o informática⁹¹.

88 Ibid., p. 124-125. El autor señala que es en la fase informática cuando la *privacy* acrecienta su significado de garantía política, pues resalta que “el poder informático posibilita injerencias cuantitativa y cualitativamente mayores en la esfera íntima de los ciudadanos, lo que determina la transformación del estatuto jurídico de la *privacy* en su fase informática”

89 Ibid., loc. ult. cit.

90 Ibid., loc. ult. cit.

91 En este sentido, ibíd. p. 136. Del mismo autor puede verse “*Privacy* y Reforma penal: La Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983”, *Documentación Jurídica*, 1985, 37/40 (monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983), Vol. I, pp. 575-631, en este trabajo advierte de la “dimensión garantista de la *privacy* cuyo contenido se expande hacia parcelas tangentes de otros bienes jurídicos, respecto de los cuales la intimidad constituye un presupuesto de su ejercicio”.

BIBLIOGRAFÍA

BALLESTEROS LLOMPART, J.: *Postmodernidad: resistencia o decadencia*, Tecnos, Madrid, 2000.

BALLESTEROS LLOMPART, J.: *Sobre el sentido del Derecho: introducción a la Filosofía jurídica*, Tecnos, Madrid, 2007.

BLOUSTEIN, E. J.: "Privacy as an aspect of human dignity: an answer to Dean PROSSER", *New York University Law Review*, vol. 39, 1964.

CARRIÓN OLMOS, S.: "El derecho a la intimidad", en AA.VV.: *Veinticinco años de la aplicación de la Ley Orgánica 1/2982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coordinador J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

CORTÉS BECHIARELLI, E.: "Sobre la pluriofensividad de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías de la intimidad (artículo 534 a 536 del Código penal español)", en AA.VV.: *Un Derecho Penal comprometido: Libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz* (coord. M.A. Núñez Paz), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

DE LA MATA BARRANCO, N. J. y BARINAS UBIÑAS, D.: "La protección penal de la vida privada en nuestro tiempo social: ¿necesidad de redefinir el objeto de tutela?" *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2014, núm. 12.

DE LAS HERAS VIVES, L.: *Protección penal de la intimidad. Una revisión crítica a propósito del nuevo artículo 197.7 del código penal español*, Universidad Autónoma de Barcelona, 2018.

DORADO, P.: *Bases para un nuevo derecho penal*, Manuel Soler-editor, Barcelona, 1905.

En WARREN, S.D. y BRANDEIS, L.D.: "Right to privacy", *Harvard Law Review*, 1890, vol. IV, núm. 5.

FARIÑAS MATONI, L.M.: *El derecho a la intimidad*, Trivium, 1983.

FRIED, C.: "Privacy", *Yale Law Journal*, 1968, vol. 77, núm. 3.

FROMM, E.: "Afterword" en ORWELL, G.: 1984, Signet, New York, 1961.

GAJDA, A.: "What If Samuel D. Warren Hadn't Married a Senator's Daughter?: Uncovering The Press Coverage That Led To The Right To Privacy", *Michigan State Law Review*, 2007, Research paper No. 07-06.

GOFFMAN, E.: *The Presentation of Self in Everyday Life*, Doubleday, New York, 1959.

GREENAWALT, K.: "Privacy and Its Legal Protections", *The Hastings Center Studies*, 1974, vol. 2, núm. 3.

IZU BELLOSO, J. M.: "Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1988, núm. 58.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, Civitas, Madrid, 2004.

MATTEUCCI, N.: "Pubblico e privato", en AA.VV.: *Privacy e banche dei dati: aspetti giuridici e sociali* (coordinador N. MATTEUCCI), Il Mulino, Bolonia, 1981.

MORALES PRATS, F.: "Reflexiones político criminales sobre los límites de la intervención penal en los delitos contra la privacy: la reforma del CP de 2015 (LO 1/2015)" en AA.VV.: *Homenaje al profesor Miguel Bajo* (coord. por. S. BACIGALUPO SAGGESE, B.J. FEIJOO SÁNCHEZ y J.I. ECHANO BASALDUA), Madrid, 2016.

MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Ediciones Destino, Barcelona, 1984.

O'BRIEN, D.: "The Right of privacy", *Columbia Law Review*, vol 2, 1902.

PÉREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Algete, 2014.

POUND, R.: "Interests of personality", *Harvard Law Review*, 1915, February.

PROSSER, W.: "Privacy" *California Law Review*, 1960, núm. 48 (3).

RACHELS, J.: "Why Privacy is Important", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 4, núm. 4, 1975.

REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2000.

REIMAN, J.: "Privacy, Intimacy, and Personhood", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 6, núm. 1, 1976.

SALDAÑA DÍAZ, M^a. N.: "The right to privacy. La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano: El centenario legado de Warren y Brandeis", *Revista de Derecho Político (UNED)*, 2012, núm. 85.

SCANLON, T.: "Thomson on Privacy" *Philosophy & Public Affairs*, vol. 4, núm. 4, 1975.

TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A.: *Derecho y Literatura*, Comares, Granada, 2006.

VERVAELE, J.: "La legislación antiterrorista en Estados Unidos: inter arma silent leges", *Revista de derecho y proceso penal*, 2005, núm. 14.

WARREN, S.D. y BRANDEIS, L.D.: "El derecho a la intimidad", Civitas, Madrid, 1995.

WESTIN, A.F.: *Privacy and Freedom*, Atheneum, Nueva York, 1967.

LA INFORMACIÓN SOBRE GASTOS Y COMISIONES EN
LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS Y LA POSIBLE NULIDAD DE
LAS CLÁUSULAS QUE LOS IMPONEN AL CONSUMIDOR

*THE DUTY OF INFORMATION ON EXPENSES AND
COMMISSIONS IN MORTGAGE LOANS AND THE FAIRNESS OF THE
EXPENSES AND COST TERMS*

Rev. Boliv. de Derecho N° 26, julio 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 108-141

Adela
SERRA
RODRÍGUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de marzo de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 10 de abril de 2018

RESUMEN: Tras las Sentencias 705/2015, 147/2018 y 149/2018 del Tribunal Supremo se ha confirmado la calificación como abusivas de ciertas cláusulas de gastos incluidas en préstamos hipotecarios celebrados con consumidores. Subsisten, sin embargo, dudas sobre la validez de otras cláusulas relativas a gastos y comisiones, como pone de relieve la dispar jurisprudencia menor. Se aborda en este trabajo, de una parte, un análisis del deber de información precontractual que, en relación a tales gastos y comisiones, impone la normativa vigente y, de otra, la posible nulidad por abusivas de determinadas cláusulas de estos gastos y comisiones, así como los efectos que cabe conectar a dicha consideración.

PALABRAS CLAVE: Cláusulas abusivas; préstamos hipotecarios; consumidores; gastos de gestoría; gastos de tasación; comisiones

ABSTRACT: Following Sentences 705/2015, 147/2018 and 148/2018 of the Spanish Supreme Court, the classification as unfairness of certain clauses of expenses included in mortgage loans entered into with consumers has been confirmed. There are, however, doubts about the validity of other clauses relating to expenses and commissions, as highlighted by the minor jurisprudence. This work addresses, on the hand, an analysis of the duty of pre-contractual information that, in relation to such mortgage expense terms, imposes the current regulations, and, on the other, the possible unfairness of appraisal-cost terms; processing agency expenses; default-management commissions and opening commission. Additionally, I will examine the effects that can be connected to this nullity.

KEY WORDS: Unfair contract terms; mortgage loans; consumer protection; appraisal costs; processing agency expenses; bank fees.

SUMARIO.- I. EL MARCO NORMATIVO SOBRE TIPOS DE INTERÉS, COMISIONES Y GASTOS REPERCUTIBLES EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.- 1. Las normas de transparencia bancaria, la Ley 2/2009, de 31 de marzo y la normativa protectora de los consumidores.- 2. Delimitación de conceptos: interés, comisiones y gastos.- II. EL CONTENIDO, EL MOMENTO Y EL MODO DE PRESENTAR LA INFORMACIÓN SOBRE COMISIONES Y GASTOS REPERCUTIBLES.- III. EL CARÁCTER ABUSIVO DE ALGUNAS CLÁUSULAS RELATIVAS A GASTOS Y COMISIONES.- 1. La comisión de apertura y la comisión de estudio.- 2. Comisión por impago de las cuotas o por posiciones deudoras.- 3. Los gastos por tasación del inmueble.- 4. Los gastos de tramitación (de gestoría).- IV. LAS CONSECUENCIAS DEL CARÁCTER ABUSIVO DE TALES CLÁUSULAS.

I. EL MARCO NORMATIVO SOBRE TIPOS DE INTERÉS, COMISIONES Y GASTOS REPERCUTIBLES EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.

1. Las normas de transparencia bancaria, la Ley 2/2009, de 31 de marzo y la normativa protectora de los consumidores.

Entre las normas que se refieren a los precios por servicios, comisiones y gastos repercutibles a los deudores destacan las de carácter reglamentario que, con base en la habilitación legalmente prevista, regulan la llamada transparencia bancaria.

Se trata fundamentalmente de las reglas contenidas en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que, con base en la habilitación contenida en el art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito y en el posterior art. 29.2 la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible¹, fueron dictadas por el Ministerio de Economía y Hacienda. Estas normas tienen la condición de normas de ordenación y disciplina, lo que afecta, sobre todo, al régimen de infracciones y sanciones que puede imponer el Banco de España, como órgano supervisor².

1 En la actualidad, este precepto ha quedado derogado por la Disposición derogatoria f) de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades de Crédito. En su redacción originaria, facultaba al Ministerio de Economía y Hacienda para que en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley 2/2011 dictara las normas necesarias para garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito.

2 Como sostiene ORDÁS ALONSO, M.: *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos o créditos. Especial consideración a los costes asociados y la obligación de transparencia*, Bosch, Barcelona, 2014, p. 109, la violación

• Adela Serra Rodríguez

Catedrática de Derecho civil de la Universitat de València. Cuenta con numerosas publicaciones en sus principales líneas de investigación, que son: Derecho contractual y protección de consumidores; Responsabilidad civil profesional; Personas jurídicas (asociaciones, fundaciones, cooperativas y entidades del tercer sector) y Derecho de hipotecas. En total, siete monografías, más de sesenta y cinco capítulos de libro o comentarios legislativos y veintisiete artículos en revistas especializadas. Ha formado parte de trece proyectos de investigación obtenidos en convocatorias públicas competitivas y en varios proyectos de innovación docente. Es miembro del comité científico de la Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana.

Entre el contenido que podían tener estas normas de transparencia se comprendía expresamente, en el derogado art. 29.2 LES, “la información precontractual que debe facilitarse a los consumidores antes de que formalicen sus relaciones contractuales con las entidades...”.

En cuanto a su ámbito subjetivo de aplicación, la Orden EHA/2899/2011 se aplica a los clientes de servicios bancarios, actuales o potenciales, categoría esta más amplia, al menos inicialmente, que la de consumidor ex art. 3 TRLGDCU. La norma considera clientes sólo a las personas físicas, pero incluye a los empresarios individuales o autónomos (art. 2.1.). No obstante, permite que, cuando el cliente actúe en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, las partes puedan pactar que no se aplique total o parcialmente lo previsto en la Orden, con excepción de lo establecido en el capítulo II del título III, que es precisamente el relativo a las normas sobre créditos y préstamos hipotecarios. En cualquier caso, hay que tener presente que el ámbito de aplicación de estas normas es más restringido de lo que pudiera parecer de una primera lectura en tanto que sólo se refieren a los préstamos concedidos a prestatarios personas físicas que se encuentren garantizados con hipoteca sobre “vivienda” o cuya finalidad sea “adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir”³.

Por su parte, la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, se aplica igualmente a clientes personas físicas, previendo que se puede pactar su no aplicación a clientes que actúen en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, con excepción de lo establecido en las normas decimotercera a decimoquinta, que son las relativas a los tipos de interés oficiales, al cálculo de la tasa anual equivalente y a los índices o tipos de referencia aplicables para el cálculo de valor de mercado en la compensación por tipos de riesgo de interés en los préstamos hipotecarios.

Entre la información precontractual que las entidades de crédito deben facilitar a sus clientes de servicios bancarios (entre ellos, los préstamos hipotecarios) está la relativa a las comisiones percibidas por aquéllas, que serán las que fijen libremente entre dichas entidades y los clientes, pero siempre deben responder a “servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos” (art. 3.1 Orden EHA/2899/2011).

de las obligaciones impuestas por Órdenes Ministeriales y Circulares podrá calificarse por el Servicio de Reclamaciones el Banco de España como “mala práctica y uso bancario”.

3 ORDÁS ALONSO, M.: *El nuevo marco*, cit., p. 82; BARRAL VIÑALS, I.: “El cliente y el consumidor de servicios financieros de préstamo hipotecario”, en AA.VV.: *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva* (dir. por LAUROBA LACASA, E. y coord. por TARABAL BOSCH, J.), Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 477.

En la actualidad, el art. 5 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, que derogó la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de crédito, bajo la rúbrica “Protección del cliente de entidades de crédito”, dispone que:

“1. El Ministro de Economía y Competitividad, con el fin de proteger los legítimos intereses de los clientes de servicios o productos bancarios, distintos de los de inversión, prestados por las entidades de crédito, podrá dictar disposiciones relativas a:

b) La transparencia de las condiciones básicas de comercialización o contratación de los servicios o productos bancarios que ofrecen las entidades de crédito y, en su caso, el deber y la forma en que deben comunicar tales condiciones a su clientela o al Banco de España. Se podrán establecer, asimismo, condiciones básicas de los servicios o productos bancarios de debido cumplimiento para las entidades de crédito. En particular, “solo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse”.

Esta obligación es igualmente aplicable a los préstamos hipotecarios concedidos a consumidores por empresas que no son entidades de crédito, que se rigen por las previsiones de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con consumidores de créditos o préstamos (arts. 5 y 13)⁴. Esta Ley pretende garantizar la transparencia en relación con los precios por servicios, comisiones y gastos en la línea de la previsión que para las entidades de crédito hacía la norma entonces vigente, esto es, la Orden de 5 de mayo de 1994, de transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. El art. 5.1 reitera la libertad de las empresas para establecer sus tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles a los consumidores “sin otras limitaciones que las contenidas en esta Ley, en la Ley de 23 de julio de 1908 y en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en materia de cláusulas abusivas”. A continuación, se prevén dos límites: uno, que las comisiones y gastos repercutidos han de responder a servicios efectivamente prestados o habidos; en otro, que no podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme y de forma expresa por el consumidor.

Por último, cabe tener en cuenta, para los contratos celebrados con clientes consumidores, el art. 89, en sus apartados 4 y 5, del TRLGDCU. En primero de ellos prevé el carácter abusivo de la “imposición al consumidor o usuario de bienes

⁴ Llama la atención que sea esta norma la única que proteja al consumidor definido como tal en el art. 3 TRLGDCU, incluyendo, por tanto, no sólo al consumidor persona física, sino también a la persona jurídica que actúe sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

o servicios complementarios o accesorios no solicitados". El art. 89.5 TRLGDCU las cláusulas que impliquen "incrementos por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales, susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso expresados con la debida claridad o separación". Ambas normas constituyen, pues, el fundamento para declarar la abusividad de las cláusulas de gastos según muchas resoluciones judiciales. También, como veremos, ha sido alegado, en alguna ocasión, el art. 87.5, último inciso TRLGDCU, según el cual son abusivas las cláusulas que prevean "el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva"; e incluso el art. 89.3, primera frase, TRLGDCU, relativo a la "imposición al consumidor de gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario".

Antes de analizar con mayor detalle algunas de las comisiones y gastos que pueden no cobrarse a los clientes, o no si no cumplen determinadas exigencias, y, específicamente a aquellos que, además, ostenten la condición de consumidores, es preciso delimitar conceptos, en tanto que, en ocasiones, se utilizan estos términos indistintamente.

2. Delimitación de conceptos: intereses, comisiones y gastos.

Una primera distinción que hay que tener en cuenta es la relativa al interés y las comisiones que perciben las entidades concedentes de crédito, ya que, si bien el cliente suele ser consciente del coste del préstamo o crédito que implica el interés, y que es el más relevante, no lo suele ser tanto respecto de las comisiones por los servicios que aquellas presten.

Por tipo de interés se entiende la cantidad de dinero que se debe pagar por la utilización o disponibilidad temporal de un capital ajeno, cuya cuantía depende de la duración pactada de disposición de ese capital y no de las ganancias o beneficios que de él puedan obtener el deudor o un tercero⁵. Siguiendo a la doctrina, la comisión se distingue del interés en que aquella se devenga por la prestación de un servicio, sin que deba computarse atendiendo al período de tiempo transcurrido, sino que su importe, en principio, será el mismo, independientemente de la duración del contrato.

El elemento distintivo entre ambas figuras se centra, pues, en la dependencia del interés respecto a la duración de la deuda principal, ya que remunera la utilización de un capital ajeno, así como que la comisión, a tenor de la normativa anteriormente citada, debe obedecer a un servicio efectivo solicitado por el cliente dentro la

5 V. FERRANDO VILLALBA, M^a. DE L.: *Las comisiones bancarias: naturaleza, requisitos y condiciones de aplicación (doctrina, jurisprudencia y formularios)*, Comares, Granada, 2002, pp. 595 y 596.

gestión de sus intereses por la entidad de crédito o empresa distinta concedente del crédito, no permitiéndose el cobro de comisiones por servicios irreales o ficticios, innecesarios o de ningún modo instados por el cliente de la entidad⁶.

En efecto, en relación con las comisiones rige el principio de realidad del servicio remunerado, debiendo ser la entidad de crédito o la empresa la que acredite cuáles son los servicios prestados y los gastos habidos y potencialmente repercutibles. No podrán repercutirse, por tanto, aquellos gastos derivados del cumplimiento ordinario de las obligaciones contractuales por la entidad.

Además, tanto la Orden EHA/2899/2011 (art. 7) como la Ley 2/2009 (art. 5.1) exigen que se traten de “servicios solicitados en firme”, expresión con la que el legislador pretende proteger al cliente bancario en el sentido de que la mera solicitud de información verbal sobre un servicio no se entienda incluido en tal concepto, debiendo tratarse de un servicio que aparezca expresamente previsto en el contrato o que, sin estarlo, exista expresa aceptación por el cliente⁷.

En suma, mientras la comisión es una provisión que el acreedor recibe por diversas razones, principalmente como remuneración por prestar un servicio (comisiones fijas) o los riesgos que corre no cubiertos por el interés (comisiones proporcionales), el interés se muestra como una remuneración por el uso de capital ajeno. Por otra parte, las comisiones deben ser proporcionales con el servicio que remuneran, mientras que las entidades de crédito son libres para fijar el importe de los intereses cobrados a sus clientes, respetando las limitaciones establecidas en nuestro ordenamiento: Ley de usura de 1908 y Ley de crédito al consumo, entre otras⁸.

De los intereses y de las comisiones deben distinguirse los gastos repercutibles a los clientes bancarios. Éstos son aquellos que, si bien se producen con ocasión de la prestación de un determinado servicio, no suponen la actuación esencial o típica de la entidad de crédito, inherente a la naturaleza del servicio prestado (que se incorporará como coste de la operación en forma de interés o comisión, en su caso), sino costes o gastos adicionales que pueden producirse o no, según cada supuesto concreto. Son, por ejemplo, los gastos de estudio, tasación, correo, gestoría, etc., que en la práctica habitual se repercuten al cliente.

6 FERRANDO VILLALBA, M^a. DE L.: *Las comisiones bancarias*, íbidem; y en “Capítulo II. La protección del consumidor en la contratación bancaria”, Módulo II. La protección de los intereses económicos y sociales de los consumidores en determinados sectores de la contratación (II). *Condiciones generales y cláusulas abusivas. Máster en Derecho de Consumo*, Alfa Delta Digital, Valencia, 2015, pp. 95-96; ORDÁS ALONSO, M.: *El nuevo marco*, cit., pp. 596 y 600.

7 ORDÁS ALONSO, M.: *El nuevo marco*, cit., p. 603.

8 FERRANDO VILLALBA, M^a. DE L.: “Capítulo II”, cit., pp. 95-96.

II. EL CONTENIDO, EL MOMENTO Y EL MODO DE PRESENTAR LA INFORMACIÓN SOBRE COMISIONES Y GASTOS REPERCUTIBLES.

Sobre las entidades de crédito recae un deber de información que se manifiesta en diversas fases de la relación, tanto en un momento previo al contrato (información precontractual y publicidad) como en el momento de contratar (documentación contractual) y durante la ejecución del contrato (información sobre vicisitudes del contrato y documentos liquidatorios). Se pretende, en suma, que desde el primer momento el cliente bancario se convierta en un sujeto informado que pueda efectuar una elección eficiente en el mercado (desde el punto de vista económico) y asimismo preste un consentimiento contractual no viciado (desde el punto de vista jurídico)⁹.

El art. 3.2 de la Orden EHA/2899/2011 establece que las entidades de crédito deben tener a disposición de los clientes, “debidamente actualizadas las comisiones habitualmente percibidas por los servicios que prestan con mayor frecuencia, así como los gastos repercutidos en dichos servicios” en un formato unificado que determine el Banco de España.

Esta información ha de estar disponible en todos los establecimientos comerciales de las entidades de crédito, en sus páginas electrónicas y en la página electrónica del Banco de España. Además, deberá estar disponible en todo momento y de forma gratuita a los clientes.

Esta norma precisa que, con carácter previo a la contratación a distancia o a través de un cajero automático, deberá informarse al cliente, de forma clara, perceptible y gratuita, de toda comisión aplicable por cualquier concepto y de los gastos repercutibles, debiendo permitirse al cliente, en caso de no desear asumir ese coste, desistir de la operación solicitada. Cuando el servicio bancario vaya a ser prestado a través de un cajero automático o de un dispositivo similar y la entidad emisora del medio de pago sea diferente de la titular de aquel, se podrá sustituir la información prevista en el párrafo anterior por el valor máximo de la comisión y demás gastos adicionales a que pueda quedar sujeta la operación solicitada. En este supuesto, deberá informarse de que el importe finalmente cargado podrá ser inferior, dependiendo, en su caso, de las condiciones estipuladas en el contrato celebrado entre el cliente y la entidad emisora del medio de pago¹⁰.

9 FERRANDO VILLALBA, M^a. DE L.: “Capítulo II”, cit.

10 Por medio del Real Decreto-ley 11/2015, de 2 de octubre, se modificó la Ley 26/2009 de servicios de pago (Disposición adicional segunda), en orden a establecer una serie de medidas para regular el cobro de comisiones por retirada de efectivo en cajeros automáticos y evitar la imposición de comisiones dobles. A partir de dicha norma la entidad titular de un cajero no podrá exigir a los no clientes cantidad alguna por retiradas de efectivo desde su cajero, pero podrá cobrar una comisión a la entidad emisora de la tarjeta. La entidad titular del cajero deberá informar al no cliente de que se podrá cobrar una comisión a la entidad emisora de la tarjeta y ésta, a su vez, repercutirle dicho gasto, con la finalidad de recabar su consentimiento expreso. Como se puso de manifiesto, a partir de la entrada en vigor de la norma, los contratos que firmen los clientes con sus entidades

En todo caso, se exige que las entidades emisoras de las tarjetas y las titulares de los cajeros informen al Banco de España de las comisiones que pueden aplicar, remitiéndose a lo que determine este en cuanto a la forma y periodicidad en que deben suministrar dicha información.

Ahonda en el deber de información previa sobre las comisiones y gastos repercutibles la Norma Sexta de la Circular del Banco de España 5/2012, al imponer que, antes de la prestación de cualquier servicio, “las entidades deberán indicar al cliente, de forma clara y gratuita, el importe de las comisiones que el adeudarán por cualquier concepto y de todos los gastos que se le repercutirán”.

Una vez que el cliente haya facilitado a la entidad de crédito la información sobre sus necesidades, su situación financiera y preferencias, ésta deberá entregarle una ficha de información personalizada (la denominada FIPER), que le permita comparar los préstamos disponibles en el mercado para adoptar una decisión fundada. Entre dicha información debe estar la relativa a los costes, no incluidos en la cuota hipotecaria, distinguiéndolos por categoría, indicando su importe, a quién ha de abonarse y en qué momento (art. 22 y Anexo II Parte A, apartado 7 “Vinculaciones y otros costes” y Parte B Orden 1899/2011).

Por último, en el documento contractual deberá aparecer las comisiones y gastos repercutibles, “con indicación concreta de su concepto, cuantía, fechas de devengo y liquidación, así como, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo del importe de tales conceptos” [art. 7.3 c) Orden EHA/1899/2011]. Por ello, deben estimarse contrarias a la norma, además de no superar el control de incorporación de cláusulas no negociadas o condiciones generales ex art. 80.1 a) y b) TRLGDCU, aquellas que no cuantifiquen las comisiones o gastos, aun siendo conocidos, o que estén formuladas de manera genérica utilizando expresiones como “cualesquiera otros gastos”, sin que sea posible determinar a qué gastos se refieren¹¹.

En relación con las empresas distintas de las entidades de crédito, el art. 5.5, con una dicción poco precisa¹², prevé que los “precios, tarifas y gastos repercutibles... se recogerán en un folleto, que se redactará de forma clara, concreta y fácilmente comprensible para los consumidores, evitando la inclusión de conceptos innecesarios o irrelevantes. Este folleto, que estará disponible para los consumidores conforme

para la emisión de una tarjeta de crédito o débito incluirá la previsión de las comisiones que se le aplicará por la retirada de efectivo en cajeros ajenos a los de su entidad, siendo esta la que le exigirá, en su caso, la cantidad pactada. GARCÍA MONTORO, L.: “El Gobierno elimina la doble comisión en cajeros y obliga a las entidades a negociar entre sí. La guerra continúa”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 15/2015, p. 150.

11 Califica como abusivas tales cláusulas PETIT LAVALL, M^a.V.: “Cláusulas abusivas derivadas del incumplimiento de la normativa de transparencia bancaria”, AA.VV.: *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* (dir. por MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y coord. por ALFARO ÁGUILA-REAL, J.), Civitas, Madrid, 2002, p. 1345.

12 Como advierte ORDÁS ALONSO, M.: *El nuevo marco*, cit., p. 609, la dicción es criticable, porque las tarifas son de comisiones, compensaciones y gastos repercutibles.

a lo previsto en el artículo siguiente, será asimismo remitido al registro en el que figuren inscritas y su contenido se ajustará a las normas que reglamentariamente puedan dictar las comunidades autónomas en el ejercicio de sus competencias”¹³.

Se impone, por tanto, la obligatoriedad de que estas empresas pongan a disposición de sus clientes consumidores un folleto, al que se hará referencia en el tablón de anuncios permanente que aquellas deben tener en cada uno de sus establecimientos. El folleto deberá entregarse obligatoriamente y de manera gratuita a los consumidores que soliciten préstamos o créditos hipotecarios.

Cuando la prestación de estos servicios se haga a través de Internet deberán incluir en posición destacada las informaciones de obligada inserción en el tablón de anuncios, así como el folleto de tarifas “de forma que su consulta sea accesible, sencilla y gratuita, sin perjuicio del coste de la conexión”.

La norma legal se remite, en cuanto al contenido del folleto, a la información precontractual prevista en el art. 14.1 a) de la misma Ley y, como mínimo, en el Anexo I de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (art. 13.1 Ley), así como a las normas que reglamentariamente puedan dictar las Comunidades Autónomas. Esta remisión puede plantear problemas a las empresas que desarrollen su actividad en varias Comunidades Autónomas, que deberán asumir el mayor coste que implica tener a disposición de los consumidores varios folletos que se ajusten la diversa normativa autonómica¹⁴.

Con la posterior derogación de la Orden de 5 de mayo de 1994 por la Orden EHA/2899/2011 y, atendiendo a la Disposición Adicional Única de la Ley 2/2009 —según la cual las remisiones que esta última hace a la OM 1994 han de entenderse a cualquier otra disposición posterior que la modifique o derogue—, se produce una situación paradójica, en tanto que la Orden EHA/2899/2011 no contiene ninguna referencia sobre la existencia y el contenido del folleto informativo de tarifas de gastos y comisiones. Atendiendo a esta situación, el folleto deberá contener necesariamente la información sobre la empresa, los gastos preparatorios de la operación, tales como asesoramiento, tasación, comprobación de la situación registral del inmueble, u otros que sean de cargo del consumidor, aun cuando el préstamo no llegue a otorgarse. Además, deberá recoger la información sobre

13 Llama la atención de que, a pesar de la previsión en la Ley de la creación de registros de este tipo de empresas en las Comunidades Autónomas, sólo la Región de Murcia a fecha de 2016 contaba con dicho Registro. Por ello, actualmente es en el Registro estatal, dependiente de AECOSAN (anteriormente, el INC) donde se inscriben estas empresas que, sin ser entidades de crédito, se dedican profesionalmente a la concesión de créditos y préstamos hipotecarios. Y ello pese a que el art. 2.1. del Real Decreto 106/2011, de 28 de enero, que crea y regula el Registro estatal de empresas previsto en la Ley 2/2009, prevé que se inscribirán en el estatal “provisionalmente las empresas domiciliadas en España, cuando la comunidad autónoma en que radique su domicilio no haya constituido el correspondiente registro autonómico”.

14 ORDÁS ALONSO, M.: *El nuevo marco*, cit., p. 608.

comisiones y gastos repercutibles, "indicando expresamente el carácter orientativo de aquéllos que estén sujetos al resultado de la negociación y a las condiciones concretas de la operación que se contrate".

III. EL CARÁCTER ABUSIVO DE ALGUNAS CLÁUSULAS RELATIVAS A GASTOS Y COMISIONES

I. La comisión de apertura y la comisión de estudio.

En relación con la comisión de apertura, la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 preveía que sólo se devengaría una vez, debiendo especificarse su importe y fecha de liquidación, e incluirse entre las cláusulas financieras del préstamo hipotecario [Anexo II, apartado 4]. Esta comisión englobaría "cualesquiera gastos de estudio del préstamo, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario, u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo". En idéntico sentido, el art. 5.2 b) Ley 2/2009, de 31 de marzo, para préstamos hipotecarios concedidos por empresas que no sean entidades de crédito, prevé que tal comisión englobará los gastos anteriormente mencionados y que sólo se devengará una vez. Luego, la posibilidad de exigir dicha comisión se prevé normativamente. Sin embargo, ello no es óbice a que sea declarada nula, bien por abusiva, bien por no responder a servicios efectivamente prestados.

En la actualidad, la Orden EHA/1899/2011, que deroga la OM de 5 de mayo de 1994, tan sólo prevé genéricamente deberes de información previa y contractual respecto de las "comisiones y gastos que deban repercutirse al cliente", insistiendo en que deben responder a "servicios efectivamente prestados o gastos habidos" [arts. 3.1 y 7.3 c)]. Por su parte, la Norma Sexta de la Circular del Banco de España 5/2012, prevé para el caso de préstamos, que "cuando las comisiones o gastos de estudio, tramitación u otros similares, ocasionados por la concesión de los mismos, no se integren en una única comisión de apertura, deberán detallarse con precisión los diferentes servicios a los que respondan y sus importes". Se permite, por tanto, la existencia de una doble comisión, una de apertura propiamente dicha y otra correspondiente a los gastos de estudio o tramitación para la concesión del préstamo, siempre que éstos se justifiquen en servicios prestados, así como su importe. Lo habitual, no obstante, en los préstamos hipotecarios es que la comisión de apertura comprenda tanto el estudio de la evaluación de la solvencia del potencial prestatario en orden a la concesión o no del préstamo, como otros gastos relacionados con la concesión del préstamo (la apertura de expediente, por ejemplo).

Atendiendo a la obligación impuesta reglamentariamente a las entidades de crédito de evaluar la solvencia del cliente (art. 18 Orden EHA/1899/2011) cabría plantearse la licitud de la exigencia de dicha comisión de estudio (o de apertura, si incluye éste), ya que la evaluación de la solvencia la realiza la entidad en su interés

propio y en cumplimiento de una obligación legal¹⁵. En esta línea, el AAP Zaragoza de 5 de enero de 2017¹⁶, respecto de una comisión de apertura de 2800 euros, entiende que “las operaciones de cálculo del riesgo, viabilidad e instrumentalización del préstamo en las operaciones internas, aspectos contables y económicos, son inherentes a la operativa bancaria y no pueden, sin una expresa asunción con plena información y efectiva negociación, ser puestos a cargo de la demandada, con lo que la imposición de tal comisión ha de ser declarada nula, anulada su asunción y retrotraída la cantidad pagada”. En la misma dirección, la SAP Córdoba 9 noviembre 2017¹⁷ sostiene que las actividades de gestión y de averiguación de la solvencia o de mera tramitación del préstamo preparatorias del préstamo y garantía real cabe reputar como gestión inherente a la actividad de la actividad de la entidad financiera y, por tanto, dicho gasto no sería incluíble en el préstamo conforme al art. 3.1 Orden EHA/2899/2011.

Se ha dicho, además, que estos gastos por el estudio o evaluación de la solvencia del prestatario, ilógicamente, sólo se cobran cuando se le ha concedido el préstamo y, por tanto, cuando el resultado de la evaluación de la solvencia es positiva, pero no si se le deniega¹⁸. En todo caso, ha de responder a un servicio efectivamente prestado (principio de realidad del gasto), y deberá devengarse de una sola vez. Por ello, si no se justifica que obedece a una concreta prestación realizada por la prestamista ha de entenderse que no procede, en aplicación del art. 87.5 TRLGDCU [SAP Santa Cruz de Tenerife de 29 noviembre 2013¹⁹, SSAP Asturias 14 septiembre 2017²⁰, 1 diciembre 2017 y 26 enero 2018²¹; SJPI Pamplona 29 diciembre 2017²²; SAP Navarra 27 enero de 2017²³; SJPI Castellón de la Plana 8 junio 2017²⁴].

Además, su coste no puede ser una cantidad alzada o un porcentaje sobre la cuantía del préstamo, con el que no guarda relación, sino que debe ser el coste real de los gastos realizados y justificables documentalmente (por ejemplo, notas simples o certificaciones registrales). Así lo reconocen, entre otras, las SSAP Palma de

15 Así también, PETIT LAVALL, M^a.V.: “Cláusulas abusivas...”, cit., pp. 1348 y 1349, en relación con la comisión de apertura prevista en la OM de 5 de mayo de 1994; y ORDÁS ALONSO, M.: *El nuevo marco*, cit., p. 623, respecto de la comisión de estudio.

16 AAP Zaragoza de 5 de enero de 2017 (AC 2017, 1).

17 SAP Córdoba 9 noviembre 2017 (JUR 2018, 72146). En mismo sentido, la SAP Asturias 14 septiembre 2017 (Roj: SAP O 2398, 2017), en relación con la comisión de apertura, que incluye los gastos de estudio y cuantos otros inherentes a la actividad de la empresa ocasionados por la concesión del préstamo, sostiene que se hace difícil comprender por qué lo que motiva al prestamista a contratar debe ser retribuido al margen de las condiciones financieras del préstamo (interés ordinario y moratorio).

18 PETIT LAVALL, M^a.V.: “Cláusulas abusivas”, cit., pp. 1348 y 1349.

19 SAP Santa Cruz de Tenerife de 29 de noviembre de 2013 (JUR 2014, 78139).

20 SAP Asturias 14 septiembre 2017 (Roj: SAP O 2398, 2017).

21 SSAP Asturias 1 diciembre 2017 (JUR 2018, 28493) y 26 enero 2018 (JUR 2018, 64274).

22 SJPI Pamplona de 29 diciembre 2017 (JUR 2018, 3829).

23 SAP Navarra de 27 de enero de 2017 (JUR 2017, 137982).

24 SJPI Castellón de la Plana de 8 de junio de 2017 (JUR 2017, 208356).

Mallorca de 26 de octubre de 2017, 7 de noviembre de 2017 y las núm. 331/2017 y 332/2017, de 15 de noviembre de 2017²⁵, el Auto de AP Zaragoza de 5 de enero de 2017²⁶, la SAP Asturias de 14 de septiembre de 2017²⁷, la SJPI de Pamplona de 29 de diciembre de 2017 (JUR 2018/3829)²⁸, que exigen que se acredite, además, la equivalencia o proporcionalidad del importe exigido al consumidor. Del mismo modo, no podrá pretender la prestamista su cobro cuando la documentación haya sido aportada exclusivamente por el potencial prestatario²⁹.

En cambio, la SAP León 1 febrero 2018³⁰, en la determinación de la abusividad o no de la comisión de apertura de un préstamo hipotecario, sostiene que no es un coste vinculado a la formalización del contrato, ni tiene como finalidad dar forma al contrato o validarlo con su inscripción, sino que se sustenta en el coste de gestiones y servicios financieros previos a él, aunque tenga como finalidad principal suscribirlo. Ello le permite no entender incluida dicha cláusula de gastos en el supuesto del anterior número 22 de la disposición adicional primera de la LGDCU/1984 que se refería a los “gastos de documentación y tramitación que, por ley imperativa, corresponda al profesional” (cfr. vigente art. 89.3 TRLGDCU)³¹. Además, se considera que esta comisión forma parte del precio del préstamo, por lo que no puede someterse a un control de abusividad por su contenido y únicamente a uno de transparencia³². Esta comisión, mantiene la Sentencia, retribuye un servicio financiero: las gestiones previas que se llevan a cabo desde que se solicita el préstamo hasta que se resuelve su autorización, y las precisas para la preparación del contrato. De ello y del hecho de que venga expresamente reconocida por la normativa se deriva su licitud, concluyendo la Sentencia que no hay razón que excluya la fijación de la comisión por porcentaje.

Sin embargo, contra la tesis mantenida por esta Sentencia de AP León la jurisprudencia de las Audiencias entienden mayoritariamente que en los préstamos hipotecarios las cláusulas de gastos y comisiones y, en particular, la relativa a la comisión de apertura es una cláusula accesorio, no definitoria del objeto principal del

25 SSAP Palma de Mallorca de 26 octubre 2017 (Roj: SAP IB 2000/2017), 7 noviembre 2017 (JUR 2017, 308658) y las núm. 331/2017 y 332/2017, 15 noviembre 2017 (JUR 2018, 30444 y JUR 2018, 30321).

26 Auto de AP Zaragoza 5 enero 2017 (AC 2017, 1).

27 SAP Asturias 14 septiembre 2017 (Roj: SAP O 2398/2017).

28 SJPI Pamplona 29 diciembre 2017 (JUR 2018, 3829).

29 ORDÁS ALONSO, M.: *El nuevo marco*, cit., p. 625.

30 SAP León 1 febrero 2018 (Roj: SAP LE 5/2018).

31 En la redacción del vigente art. 89.3 TRLGDCU se ha suprimido, respecto de su precedente, la mención al carácter imperativo de la ley que impone los gastos de documentación o tramitación. En contra de la SAP León de 1 de febrero de 2018 la SAP de Valencia de 15 de febrero de 2017 (Roj: SAPV 1155/2017) justifica la nulidad de la cláusula de estudio cuando ya se había cobrado la de apertura en los apartados 22 y 24 de la Disposición adicional primera de la LGDCU, entonces aplicable.

32 En contra de considerar la cláusula sobre comisión de apertura como una cláusula definitoria del objeto del contrato, a los efectos de aplicación del art. 4 Directiva 93/13/CE, se pronuncia la, quedando, en consecuencia, sometida a un control de abusividad por su contenido.

contrato (que es la devolución y remuneración del dinero recibido), no reputándose esenciales las actuaciones preparatorias de gestión y de averiguación de solvencia o de mera tramitación del préstamo y de garantía real. En consecuencia, dicha cláusula quedaría sometida a un control de contenido o de abusividad y no al de transparencia material o cualificada (SAP Navarra 27 enero 2017³³ y SAP Córdoba 9 noviembre 2017³⁴). Así lo entiende también, en relación con las cláusulas de gastos MARÍN LÓPEZ, al poner de relieve que estas cláusulas imponen al prestatario el abono de otras partidas económicas, que no son esenciales al contrato de préstamo, sino accesorias, en el sentido de que pueden existir o no³⁵.

En ocasiones, se distingue entre la comisión de estudio propiamente dicha y la de apertura (cfr. Norma Sexta de la Circular del Banco de España 5/2012). Esta última no tendría por finalidad retribuir el estudio que la prestamista ha de hacer para valorar si concede o no el préstamo, sino retribuir la disponibilidad de fondos otorgada al cliente por el prestamista³⁶, lo que, a mi juicio, debería incluirse en el concepto de “interés”, ya que no se está compensando propiamente un servicio diferente al objeto propio del contrato de préstamo en general³⁷. En este último sentido, las SSAP Palma de Mallorca 26 octubre y 15 noviembre 2017³⁸ y Asturias de 26 de enero de 2018³⁹. Sostiene esta última, con cita de la de 30 de julio de 2015 de la misma Audiencia, que si bien el art. 87.5.II TRLGDCU permite la facturación por el empresario al consumidor de aquellos costes no repercutidos en el precio (indisolublemente unidos al inicio del servicio), su interpretación “debe ser restrictiva con restringida proyección a determinados sectores empresariales”, debiendo repercutirse su coste “adecuada o proporcionalmente al gasto o servicio efectivamente habidos o prestados, proporcionalidad que si no se da incidiría negativamente en el equilibrio prestacional a que se refiere el art. 80 de la LGDCU”.

Lo que no puede hacer la entidad prestamista es devengar una comisión de apertura y una comisión de estudio si no responden a distintos servicios efectivos, como precisan las SSAP Valencia 15 febrero 2017 y 30 octubre 2017⁴⁰, pues, como

33 SAP Navarra 27 enero 2017 (JUR 2017, 137982).

34 SAP Córdoba 9 noviembre 2017 (JUR

35 MARÍN LÓPEZ, M.J.: cit., p. 181.

36 En tal sentido, ORDÁS ALONSO, M.: *El nuevo marco*, cit., p. 612.

37 V. supra nota 4. Expone ORDÁS ALONSO, M.: *El nuevo marco*, cit., p. 612, nota 1071, que en la exigencia de una comisión de apertura por disponibilidad de fondos otorgada al cliente late la consideración del contrato de préstamo como consensual, que no se perfeccionaría con la entrega del capital prestado, sino con la formalización de la póliza, lo cual, a su juicio, se ajusta más a la realidad de la operativa bancaria actual.

38 SSAP Palma de Mallorca 26 octubre y 15 de noviembre 2017 (JUR 2018, 30444).

39 SAP Asturias 26 enero 2018 (JUR 2018, 64274).

40 SSAP Valencia 15 febrero 2017 (ROJ: SAPV 115/2107) y 30 octubre 2017 (JUR 2018, 57226). En cambio, estas mismas resoluciones, al igual que la SAP Valencia 23 octubre 2017 (JUR 2018, 57463) entienden acreditado el servicio prestado al que respondería la comisión de apertura por la apertura del expediente de estudio por parte de la entidad prestamista, que culmina con la oferta vinculante y, posteriormente, con la escritura de préstamo hipotecario.

vimos, por general, la primera engloba la segunda, según la normativa sectorial bancaria.

De otro parecer es, en cambio, la anteriormente citada SAP León 1 febrero 2018 que declara que “la comisión de apertura representa el coste que para el banco supone el aprovisionamiento del dinero que se dispone a favor del prestatario: el banco «pierde» ese dinero a favor del prestatario, y aun cuando reciba el rendimiento que supone el pago de intereses tiene un legítimo interés —si así se pacta— en retener una comisión que cubra los costes que derivan de ese acto de disposición”. Se califica, en suma, de un coste financiero, que se une al tipo de interés, para integrar el coste total del crédito.

Distinguiendo entre la comisión de estudio y de apertura expone ORDÁS ALONSO que, aunque la norma no especifica cuándo ha de devengarse, es práctica habitual que la comisión de apertura lo haga en el momento de formalización de la operación, calculándose sobre el límite del crédito concedido⁴¹. Por la misma razón, cuando se opera una novación modificativa del préstamo con ampliación del capital se suele exigir esta comisión, pero deberá calcularse solo sobre el capital ampliado y no sobre el total del importe del préstamo novado, lo que supondría duplicar la comisión de apertura⁴².

Las resoluciones judiciales examinadas que se enfrentan a la validez de la cláusula de comisión de apertura y/o estudio no se pronuncian sobre el control de incorporación o inclusión [art. 5 LCGC y art. 80.1 a) y b) TRLGDCU] de tal cláusula, probablemente porque su redacción sea clara y sencilla, e inteligible para el consumidor; al limitarse al imponer al prestatario una comisión de apertura equivalente a un porcentaje del importe del capital prestado. Sin embargo, algunas de ellas sí argumentan el hecho de que la cláusula de gastos en general (no particularmente la de estudio o apertura) es excesivamente genérica e imprecisa, al no permitir conocer al consumidor qué servicio se está retribuyendo, incumpliendo con ello el requisito de “concreción” que exigen el art. 80.1. a) TRLGDCU y el art. 5.5 LCGC. Sin embargo, como pone de manifiesto MARÍN LÓPEZ esta falta de concreción y de generalidad no se relaciona con el control de incorporación, sino con el de contenido, entendiendo que no supera dicho control y calificándola de abusiva y, por tanto, de nula⁴³.

Para que supere el primer control de incorporación la cláusula de estudio/apertura, deberá especificar qué servicios en particular se están retribuyendo. Si

41 ORDÁS ALONSO, M.: *El nuevo marco*, cit., p. 613.

42 ORDÁS ALONSO, M.: *El nuevo marco*, cit., p. 614.

43 MARÍN LÓPEZ, M. J.: *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios*, Reus, Madrid, 2018, pp. 37-38 y 41.

no lo hace, la cláusula no quedará incorporada al contrato, no siendo sometida al posterior control de contenido⁴⁴.

La mayoría de las resoluciones, en cambio, que declaran su nulidad lo hacen sobre la base de no haber acreditado la prestamista los servicios efectivamente prestados (vulnera el principio de realidad del servicio) o no ser su importe proporcional a estos, o por no corresponder a un servicio específico distinto de la concesión del crédito o de la propia actividad de la entidad prestamista, aludiendo a la norma de transparencia bancaria (art. 3.1 Orden EHA/2899/2011) o al principio de realidad y proporcionalidad del gasto.

Otras la declaran abusiva y, por ende, nula, sometiéndola al control de contenido del TRLGDCU, en particular por quedar comprendida específicamente en el art. 87.5 TRLGDCU, al implicar el cobro “por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva” [SJPI de Pamplona de 29 de diciembre de 2017 (JUR 2018/3829); SAP Asturias 26 enero 2018 (JUR 2018/64274)].

Enfrentados a la consideración como abusiva de la cláusula que impone dicha comisión de apertura, incluyendo el estudio o evaluación de la solvencia o viabilidad en la concesión del préstamo, puede plantearse su encaje en la cláusula relativa a “gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario”, cuya imposición vendría vedada en virtud de la primera frase del art. 89.3 TRLGDCU. Este apartado ha sido utilizado en la práctica para declarar abusivas las cláusulas impuestas por el promotor-empresario al comprador en la compraventa de viviendas [vid. art. 89.3 in fine TRLGDCU que ejemplificativamente se refiere a determinados gastos y tributos en “la compraventa de viviendas”]. Sin embargo, la STS de 23 de diciembre de 2015⁴⁵, confirmando la de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de julio de 2013, estima que este precepto también se aplica al contrato de préstamo hipotecario, ya que la “financiación es una fase o faceta de dicha adquisición”.

Pues bien, creo que no hay obstáculo para entender que los gastos derivados de la obligación legalmente impuesta a la prestamista de evaluar la solvencia del consumidor (art. 29 Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; art. 18 Orden EHA/2899/2011), antes de que se celebre el contrato de préstamo, son también gastos de documentación que le incumben a ella, no quedando estos reducidos a los actos de formalización del contrato. En efecto, el art. 18.1.II Orden EHA/2899/2011 impone a las entidades de crédito que provean “procedimientos internos específicamente desarrollados” para llevar a cabo tal evaluación de la

44 En ocasiones, si se alude, junto al control de contenido, a un control de incorporación, aunque no sea éste el exclusivo fundamento de la nulidad. Así, la SAP Palencia 19 octubre 2017 (AC 2017, 1428).

45 STS 23 diciembre 2015 (Roj: STS 5618/2015).

solvencia, que deberán ajustarse a la norma sobre gestión de riesgos y control interno y contemplar los aspectos previstos en el apartado 2.

En conclusión, estimo que, entre los gastos preparatorios o previos a la celebración del contrato de préstamo hipotecario, deben incluirse, por imposición legal, los de estudio de la solvencia o capacidad de endeudamiento y cumplimiento del consumidor, que deberá seguir los criterios y procedimientos internos desarrollados por las entidades prestamistas, pudiendo ser considerados "gastos de documentación" a los efectos de aplicación del art. 89.3 TRLGDCU⁴⁶. Además, como ha establecido la STJUE de 16 de enero de 2014 (Asunto C-226/12)⁴⁷ el desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes necesario para que la cláusula sea abusiva, según el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13/CE, no requiere una repercusión económica significativa para el consumidor en relación con el total de la operación. En esta línea, aunque sin justificar el carácter abusivo en el art. 89.3 TRLGDCU, se manifiesta la SAP Asturias 26 enero 2018⁴⁸, al sostener que "la mayoría de los gastos de personal a que genéricamente se alude al hablar de estudio y preparación del préstamo, tampoco justificaría la comisión y su repercusión al cliente bancario, entre otras razones, como se argumentaba en la última de las precitadas sentencias de esta Sala, porque la recepción de la solicitud de préstamo o su ampliación en este caso, el estudio posterior de su solvencia y la formulación de oferta vinculante *son actuaciones internas del Banco que en sí mismas consideradas ningún servicio prestan al cliente*, como tampoco podría ampararse la comisión en la solicitud de tasación o redacción de minuta que habría de servir de base al otorgamiento de la escritura en cuanto esos gastos son repercutidos al prestatario y en otro caso se produciría una duplicada repercusión".

En relación con el tema que nos ocupa el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito inmobiliario, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 17 de noviembre de 2017⁴⁹, modifica el art. 5 de la Ley 10/2014, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, en el sentido de habilitar al Ministro de Economía, Industria y Competitividad para dictar disposiciones relativas a la información precontractual o la transparencia de las condiciones básicas de comercialización o contratación de los servicios o productos bancarios, entre otros aspectos. Al respecto, el art. 5.1 b) de la LOSSEC, en su nueva redacción, insiste en que "solo podrán repercutirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a

46 En relación con la cláusula de gastos notariales y su consideración como abusiva conforme a la primera frase del art. 89.3 TRLGDCU sostiene MARÍN LÓPEZ, M. J.: *La nulidad*, cit., p. 91, que este establece una presunción iuris tantum de abusividad que tiene que ser contrastada con los parámetros generales del art. 82.1 y 82.3 TRLGDCU, incumbiendo al empresario la carga de probar su validez, esto es, de probar que no causa un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes contrario a la buena fe.

47 Caso Constructora Principado S.A. contra José Ignacio Menéndez (TJCE/2014/7).

48 SAP Asturias 26 enero 2018 (JUR 2018, 64274)

49 BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, 17.11.2017, núm. 12-1.

servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse”. Nada nuevo respecto a lo que ya preveía el art. 3.1 Orden EHA/2899/2011 y el art. 5.1 Ley 2/2009, de 31 de marzo.

El Proyecto de Ley pretende ser una transposición parcial de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero, de contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, cuyo plazo de transposición finalizó el 21 de abril de 2016. La Directiva regula, como disposición de armonización máxima, una Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), que deberá facilitarse al prestatario con la suficiente antelación respecto al momento en que quede vinculado, y en la que deberá constar el coste total del crédito expresado como tasa anual equivalente, que incluye el tipo de interés y otros gastos, debiendo distinguir los que “deben abonarse una vez, como las comisiones de administración, y los gastos recurrentes, como las comisiones de administración anuales”. El prestamista deberá enumerar cada uno de estos gastos por categorías: “gastos que deben abonarse una sola vez, gastos que han de pagarse regularmente y que están incluidos en las cuotas y gastos que han de pagarse regularmente pero que no están incluidos en las cuotas” (Anexo II).

2. Comisión por impago de las cuotas o por posiciones deudoras.

Resulta habitual también que, entre las comisiones incluidas en los préstamos hipotecarios, aparezca la que hace referencia a cada reclamación por impago de las cuotas que deba realizar el prestamista. Es la denominada “comisión por impagado”, “por comisiones deudoras” o por “demora”. Además, esta comisión se devenga junto con el interés moratorio, lo que cuestiona su legalidad, ya que la misma situación (el retraso o incumplimiento en la satisfacción de las cuotas periódicas de amortización del préstamo) estaría dando lugar a una doble compensación. Es, por ello, que la doctrina sostiene su nulidad bien por su carácter abusivo, al ser contraria al art. 89.5 TRLGDCU⁵⁰, bien por no responder a un servicio efectivamente prestado por la entidad⁵¹.

La Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España del año 2011 consideraba, en relación con esta comisión, que desde la óptica de las buenas prácticas bancarias, su adeudo solo puede ser posible si, además de aparecer recogido en el contrato, se acredita que: a) Su devengo está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante el cliente deudor (algo que, a juicio de dicho Servicio, no está justificado con la simple remisión de una carta

50 El art. 89.5 TRLGDCU prevé que son abusivas las cláusulas que supongan “incremento de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación”.

51 ORDAS ALONSO, M.: cit., p. 635. Así, la SAP Cáceres 12 enero 2018 (AC 2018, 110).

periódicamente generada por el ordenador); y b) Es única en la reclamación de un mismo saldo. Además, como criterio adicional, se considera que su aplicación automática no constituye una buena práctica bancaria, ya que la reclamación debe realizarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada impagado y cada cliente. Por tanto, sólo estaría justificado el cobro de dicha comisión si, tras un análisis particularizado, se considerara procedente la realización de gestiones para recuperar el saldo impagado y cuando estas se hubieran llevado efectivamente a cabo, no siendo suficiente para justificarla una mera llamada telefónica o la remisión de una carta.

La jurisprudencia menor se inclina por su nulidad por entender que es abusiva al entender que se impone al consumidor una carga carente de fundamento, en tanto que su conducta ya viene sancionada a través de los intereses de demora, así como por no responder a un servicio o gestión efectivamente realizado. Así, la SAP Valencia 6 de abril 2016⁵² precisa que cobrar tal comisión por posiciones deudores “implica sancionar dos veces por incurrir en mora, lo que resulta en claro desequilibrio y en perjuicio del consumidor”. Además, “implica un cargo automático por el mero hecho de constituirse en mora, cuando la comisión solo es devengable conforme a la normativa sectorial por la prestación de un servicio que es lo que legitima a tal cobro”. En tercer lugar, “se fija un importe prescindiendo del coste particular del servicio (no explicitado) que se presta. Razones por las que dicho pacto resulta nulo por abusivo”. Aplican el mismo criterio las SSAP Valencia 11 abril 2017⁵³, 23 octubre 2017⁵⁴ y 30 octubre 2017⁵⁵, SSAP Guipúzcoa 22 y 31 marzo 2017⁵⁶, SSAP Almería 1 y 28 marzo 2017⁵⁷.

Con base en lo dispuesto en el art. 85.6 TRLGDCU que califica como abusivas las cláusulas que supongan “la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones” y en el art. 87.6 TRLGDCU, que considera abusivas las que impongan “el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente” o la “fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados” resolvió el Auto de AP Cádiz 30 diciembre 2015⁵⁸ la abusividad de la comisión por impago. Si no se demuestra la prestación de servicio real prestado por la entidad prestamista no puede pretenderse el cobro de

52 SAPValencia 6 de abril 2016 (Roj:SAPV 2007/2016).

53 SAPValencia 11 abril 2017 (Roj:SAPV 1841/2017).

54 SAPValencia 23 octubre 2017 (JUR 2018, 57463).

55 SAPValencia 30 octubre 2017 (JUR 2018, 57226).

56 SAP Guipúzcoa 22 y 31 marzo 2017 (JUR 2017, 218 y 292).

57 SAP Almería 1 y 28 marzo 2017 (JUR 2017, 157592 y 157601).

58 Auto de AP Cádiz 30 diciembre 2015 (Roj:AAP CA 177/2015). La SAP Huelva 19 diciembre 2017 (AC 2017, 1628) la considera abusiva por vulnerar el art. 89.5 TRLGDCU.

una comisión por el mero impago de las cuotas mensuales (AAP Zaragoza 5 enero 2017⁵⁹ y SAP Navarra de 27 de enero de 2017⁶⁰).

3. Los gastos por tasación del inmueble.

La normativa de transparencia bancaria contempla que, una vez facilitada la FIPER, si el cliente muestra su voluntad de contratar el préstamo hipotecario, deberá procederse a realizar la tasación correspondiente del inmueble y las comprobaciones necesarias sobre su situación registral y la capacidad financiera del cliente. Una vez efectuadas tales operaciones, el cliente podrá solicitar una oferta vinculante, que se mantendrá durante el plazo de catorce días naturales (art. 23 Orden EHA/2899/2011).

Junto con la evaluación de la solvencia del cliente la tasación del inmueble asume un papel fundamental en la concesión del préstamo hipotecario, ya que, aunque no afecta directamente a la capacidad de pago o cumplimiento del deudor, el inmueble hipotecado aparece como la garantía última para el acreedor en orden a la satisfacción de su crédito.

No obstante, lo cierto es que no hay ninguna norma, salvo para los créditos hipotecarios concedidos por entidades de crédito que sirven de base al mercado hipotecario secundario, a través de la emisión de bonos, cédulas o participaciones hipotecarias, que imponga una tasación previa para la concesión del préstamo (cfr. art. 7 Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario). Según el art. 7 Ley 2/1981 “para que un crédito pueda ser movilizado mediante la emisión de los títulos regulados en esta Ley, los bienes hipotecados deberán haber sido tasados por los servicios de tasación de las Entidades a que se refiere el artículo segundo o bien por otros servicios de tasación que cumplan los requisitos que reglamentariamente se establecerán”.

La realidad, sin embargo, es otra. Y tratándose de préstamos hipotecarios concedidos por profesionales éstos exigirán una previa tasación pericial⁶¹. Pero es que, además, como sabemos, solo podrá acudir el proceso de ejecución dirigido exclusivamente sobre bienes hipotecados cuando en la “escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien

59 Auto de AP Zaragoza 5 enero 2017 (AC 2017, 1).

60 SAP Navarra de 27 de enero de 2017 (JUR 2017, 137982).

61 Pone de relieve GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M.: “La tasación de la finca hipotecada después de la Ley 1/2013, de 14 de mayo”, en AA.VV., *La protección del deudor hipotecario* (coord. por ESCARTÍN IPIENS, J.A. y MARTOS CALABRÚS, M.A., y dir. por A. NÚÑEZ IGLESIAS, A.), Comares, Granada, 2014, p. 169, que el art. 7 Ley 2/1981 no tiene por finalidad proteger al acreedor hipotecario ni al deudor hipotecario, sino un interés específico del mercado de valores: “asegurar la posición de los adquirentes y tenedores de esos específicos valores negociables que se ponen en circulación en el mercado hipotecario secundario”, lo que tiene conexión con la refinanciación de estas entidades y, en definitiva, con su solvencia.

hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta" (art. 682.2.1° LEC)⁶². Igual requisito se exige para acudir a la venta extrajudicial del bien inmueble (art. 129 LH y 234 RH).

A una valoración prudente de tales garantías "mediante procedimientos que eviten influencias o conflictos de interés que puedan menoscabar la calidad de la valoración" se refiere el art. 18.2 d) de la Orden EHA/2899/2011, en caso de préstamos y créditos hipotecarios concedidos por entidades de crédito. Además, el Anejo 6 de la Circular 5/2012, del Banco de España, que desarrolla la norma duodécima —relativa a "Políticas y procedimientos de préstamo responsable"—, incluye entre los principios que han de regir la concesión responsable del crédito, cuando se disponga de garantías reales, "una prudente relación entre el importe del préstamo o crédito, y sus potenciales ampliaciones, y el valor de la garantía, sin tener en cuenta, en el caso de inmuebles, potenciales revalorizaciones de la misma. La indicada relación deberá considerar adecuadamente los riesgos subyacentes que se aprecien en las garantías, derivados de aspectos tales como el tipo de propiedad, su finalidad o posible uso, su potencial depreciación o el área geográfica en que esta se ubique, y deberá ser tanto más exigente cuanto menos lo sea la fijada entre el servicio de la deuda y las fuentes de generación de ingresos. En cualquier caso, el incremento de la prudencia en la referida relación entre el importe del préstamo o crédito y el valor de la garantía no eximirá ni, en ningún caso, podrá excusar la relajación de la completa evaluación de la solvencia del deudor en los términos indicados en el apartado 1 anterior" (Anejo 6.3).

La experiencia extraída de la situación anterior y posteriormente inmediata a la crisis financiera ha de servir para evitar las malas prácticas de sobrevaloraciones de los inmuebles objeto de garantías reales, así como exigir una *ratio* entre el valor del inmueble y el importe del crédito concedido (*loan-to-value*) que se ajuste a la capacidad de cumplimiento del deudor, sin confiar el análisis de la capacidad de devolución del préstamo en la posible y eventual revalorización del inmueble⁶³. En esta línea cabe destacar la previsión del art. 18.3 Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero, según la cual "la evaluación de la solvencia no se basará predominantemente

62 V. SERRA RODRÍGUEZ, A.: "La contratación en masa, las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas", en AA.VV., *Práctica procesal civil Brocá-Majada Corbal*, Tomo I. 23ª ed., Bosch, Barcelona, 2014, pp. 583-584; CASTILLO MARTÍNEZ, C. DEL C.: *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios con consumidores*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 134-135.

63 También ANDERSON, M.: "La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios, y su previsible impacto en el Derecho español", en AA.VV.: *La europeización del Derecho privado: cuestiones actuales* (dir. por ARROYO AMAYUELAS, E. y SERRANO DE NICOLÁS, Á.), Marcial Pons, 2016, p. 59, se muestra crítica con la práctica precrisis en que, a pesar del cumplimiento de controles de solvencia puramente formales, "la concesión del crédito descansaba esencialmente en la efervescencia del mercado inmobiliario". En la misma línea, ARROYO AMAYUELAS, E.: "La directiva 2014/17/UE sobre contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial", *Indret*, 2/2017, p. 25, y CUENA CASAS, M.: "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", *Blog Hay Derecho*, 2 de septiembre de 2014, <http://hayderecho.com/2014/09/02/evaluacion-de-la-solvencia-y-credito-hipotecario>, p. 2, y, ampliamente, en "El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar", AA.VV., *Préstamo responsable y ficheros de solvencia* (coord. por PRATS ALBENTOSA, L. y CUENA CASAS, M.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 27-ss., especialmente en pp. 50 y 51.

en el valor del bien inmueble de uso residencial que exceda del importe del crédito o en la hipótesis de que el valor de dicho bien inmueble aumentará, a menos que la finalidad del contrato de crédito sea la construcción o renovación del bien inmueble de uso residencial". Según reconoce el propio Cdo. 55 de la Directiva, cuando el crédito esté destinado a la construcción o renovación de un inmueble existente, conviene que el prestamista tenga en cuenta la posibilidad de que el valor del bien inmueble pueda rebasar el importe del crédito o pueda incrementarse en el futuro, pero "no debe constituir por lo general una condición suficiente para conceder el crédito en cuestión".

La independencia de las sociedades de tasación respecto de las entidades de crédito fue reforzada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de reforma de la Ley 2/1981 del Mercado Hipotecario, y en ello insiste el art. 4 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que da una nueva redacción a diversos preceptos de la Ley 2/1981, relativos a las sociedades de tasación. Atendiendo a las importantes funciones que cumple, la tasación independiente resulta imprescindible para el correcto funcionamiento del mercado hipotecario⁶⁴.

Son nulas las cláusulas que impongan al consumidor el tasador del inmueble, ya que es éste el que tiene libertad para elegir al que estime conveniente, siempre que se trate de un tasador homologado y cumpla con los requisitos previstos legalmente (arts. 3 y 7.1 Ley 2/1981, con las modificaciones introducidas por la Ley 41/2007 y Ley 1/2013, de 14 de mayo)⁶⁵. Por ello, expresamente el art. 3 bis I de la Ley 2/1981, en la redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, impone a las entidades de crédito, "incluso a las que dispongan de servicios propios de tasación, aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en la presente Ley y no esté caducada según lo dispuesto legalmente, y ello, sin perjuicio de que la entidad de crédito pueda realizar las comprobaciones que estime pertinentes, de las que en ningún caso podrá repercutir su coste al cliente que aporte la certificación". Según la normativa aplicable la vigencia de los informes y certificados de tasación son de seis meses desde su emisión⁶⁶.

Esta libertad del consumidor para elegir al tasador que cumpla los requisitos legales deberá constar expresamente en la ficha de información precontractual

64 ORDÁS ALONSO, M.: *El nuevo marco*, cit., p. 684.

65 Según el art. 7.2 Ley 2/1981 el Ministerio de Economía y Hacienda regulará: a) las normas generales sobre la tasación de bienes hipotecables, a las que habrán de atenerse tanto los servicios de las entidades prestamistas como las entidades especializadas que para este objeto puedan crearse; b) la forma en que deba constar la tasación efectuada; c) el régimen de inspección del cumplimiento de tales normas. El Decreto 775/1997, de 30 de mayo, sobre régimen jurídico de homologación de los servicios y sociedades de tasación recogió en un único texto tales normas de homologación, desarrollando el régimen sancionador.

66 Art. 62.4 de la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras.

(FIPRE) que las entidades de crédito deben proporcionar gratuitamente a sus clientes (art. 21 y Anexo I de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios)⁶⁷. Así, según prevé la Sección 4 de la FIPRE (Parte B del Anexo I) deberá indicarse en esta que “la entidad está obligada a aceptar cualquier tasación aportada por el cliente, siempre que esté certificada por un tasador homologado y no haya caducado, no pudiendo cargar ningún gasto adicional por las comprobaciones que, en su caso, realice sobre dicha tasación”. En suma, si la entidad de crédito opta por realizar comprobaciones que estime pertinentes sobre el valor de tasación no podrá en ningún caso repercutir su coste al cliente que aporte la certificación de la tasación (art. 3 bis I Ley 2/1981 y Anexo I Parte A Orden EHA/2899/2011).

En relación con las empresas prestamistas que no sean entidades de crédito, el art. 15 Ley 2/2009 establece que “cuando la empresa concierte o efectúe directamente la prestación de los servicios preparatorios de la operación, cuyo gasto sea por cuenta del consumidor, deberá indicar a ésta la identidad de los profesionales o entidades seleccionados al efecto, así como de las tarifas de honorarios aplicable, debiendo entregar al consumidor el servicio contratado por la empresa o prestado por ella, si el crédito o el préstamo hipotecario no llega a formalizarse, o una copia en el caso contrario”. En todo caso, atendiendo al art. 89.4 TRLGDCU debe dejarse libertad al consumidor en la elección de la empresa o sociedad tasadora, por lo que el art. 15 Ley 2/2009 será de aplicación solo para el supuesto de que el consumidor haya acordado con la prestamista que sea esta la que concierte o efectúe directamente los servicios.

Por último, aunque no se prevea expresamente en la Orden EHA/2899/2011, hay que entender aplicables a las entidades de crédito la obligación de entregar la tasación si la operación no llega a formalizarse, o una copia si lo es.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe plantearse si la cláusula que impone los gastos de tasación al consumidor prestatario puede considerarse abusiva. La jurisprudencia no es unánime al respecto⁶⁸. Una mayoría de las resoluciones judiciales se inclinan por entender que la repercusión al consumidor-prestatario de los gastos de tasación del inmueble cuando la realiza alguna entidad por encargo de la prestamista no es abusiva, ya que es un gasto previo y necesario para evaluar su solvencia y la concesión del préstamo [art. 18.2.3º b) Orden 2899/2011]. La tasación permite a la entidad prestamista, tras comprobar la situación financiera del consumidor y realizar

67 V. también CASTILLO MARTÍNEZ, C. DEL C.: *La nulidad*, cit., pp. 134-135.

68 V. AGÜERO ORTIZ, A.: “Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: no son sólo abusivos los gastos comprendidos en la STS de 23 de diciembre de 2015 (gastos, efectos y plazos)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 20/2016, pp. 19-20; ACHÓN BRUÑÉN, Mª. J.: “Cláusulas de repercusión de gastos de la hipoteca al prestatario: casos en que se pueden considerar abusivas y casos en que no”, *Diario La Ley*, n° 9122, 19 de enero de 2018, pp. 1-26.

algunas comprobaciones registrales de la finca, realizar una oferta vinculante, que se facilita mediante la entrega de la FIPER (Ficha de Información Personalizada), por lo que entienden dichas resoluciones que esto favorece al consumidor-prestatario. Es éste quien debe acreditar que el inmueble tiene un valor suficiente para garantizar el préstamo.

Así, se dice por la SAP Asturias 16 febrero 2018⁶⁹ que el beneficiario del préstamo es el prestatario consumidor y el ofrecimiento de la garantía real inmobiliaria es “requisito legal imprescindible para la obtención del tipo de préstamo que nos ocupa, pues así resulta del art. 5 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, tras la reforma operada por la Ley 41/2007, que reza como sigue: El préstamo o crédito garantizado con esta hipoteca no podrá exceder del 60 por ciento del valor de tasación del bien hipotecado. Cuando se trate de vivienda habitual el importe del préstamo o crédito podrá alcanzar el 80 por ciento del valor de tasación, sin perjuicio de las excepciones que prevé esta Ley. De ello se infiere que quien elige la modalidad de préstamo hipotecario es quien debe acreditar la suficiencia de la garantía ofrecida a la entidad financiera y por tanto ninguna lesión se deriva de la atribución de ese gasto”.

Sin embargo, en cuanto que, como hemos visto, la tasación es indispensable para que el acreedor pueda acudir al proceso de ejecución especial o directo contra el bien hipotecado y para que la entidad pueda intervenir en el mercado hipotecario para financiarse lo que se hace movilizándolo el préstamo hipotecario y emitiendo cédulas, bonos o participaciones hipotecarias (art. 7 LMH) puede concluirse que es a la entidad acreedora, —o también a ella, junto con el consumidor—, a la que favorece dicha tasación, por lo que trasladar todo el importe de los gastos de tasación a la consumidora-prestataria puede estimarse abusivo por ser gastos que corresponden al empresario (o, al menos, a éste junto con el consumidor), provocando con ello un desequilibrio en perjuicio del consumidor. Ambos, prestamista y prestatario están interesados en que el préstamo quede garantizado con hipoteca, de modo que siendo la tasación del inmueble uno de los requisitos (no legamente impuesto) para la concesión del préstamo hipotecario podríamos concluir que ambos están interesados en la prestación de dicho servicio. En suma, sería abusiva la imposición de todos los gastos de tasación del inmueble⁷⁰.

Incluso podría mantenerse que el único interesado en la tasación del inmueble es el acreedor hipotecario porque sin ello no puede movilizar los préstamos hipotecarios y acceder a procedimientos ejecutivos⁷¹. En este sentido, la SAP Huelva

69 SAP Asturias 16 febrero 2018 (Roj: SAP O 423/2018). Con idéntico razonamiento v. SSAP Barcelona 17 octubre 2016 (JUR 2016, 240432), AP Asturias 2 junio 2017 (JUR 2017, 171744), AP 16 noviembre 2017 (AC 2017, 1629).

70 En este sentido, también ACHÓN BRUNÉN, M^a. J.: “Cláusulas”, cit., p. 2.

71 Para AGÜERO ORTIZ, A.: “Análisis crítico de las últimas sentencias relativas a la cláusula de gastos y anexo jurisprudencial (hasta julio 2017)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 22/2017, p. 58, también la tasación

19 diciembre 2017⁷² destaca que la reforma operada en el art. 682.1° LEC en el año 2015⁷³, modificó su redacción al precisar que el valor de tasación no podrá ser “inferior; en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario”. Luego, sólo cuando lo prescriba la ley existirá la mencionada tasación, lo que hace en su art. 7.1° cuando la exige para que un crédito hipotecario pueda ser movilizado mediante la emisión de los títulos regulados en la Ley 2/1981. Por ello, concluye la Sentencia “la tasación por entidad especializada sólo es exigible cuando la entidad quiera emitir esa clase de título, en los demás casos el valor podrá fijarse de mutuo acuerdo. El gasto es imputable al interés de la entidad para posibilitar esas emisiones, no es inherente a la hipoteca y por consiguiente su imposición al consumidor es abusiva. Aunque la entidad alega la previsión de la Ley 2/1981 de que el banco debe aceptar la tasación presentada por el prestatario, esa adición del art. 3° bis I que efectuó la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, no debe interpretarse como imposición de una obligación al prestatario de aportar la tasación o sufragar los costes de la que encargue la entidad”.

En la misma línea, pero con otro fundamento, la SAP Vizcaya 22 marzo 2018⁷⁴ sostiene que “es una cláusula abusiva ex art. 89.5 por imponer incrementos de precios por servicios accesorios... que no respondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación”. Se argumenta, también, que conforme al art. 40 Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en el Mercado de Bienes y Servicios, que señala que: “las entidades de crédito y demás entidades deberán hacer constar expresamente en los folletos informativos previos a la formalización de los préstamos garantizados con hipoteca inmobiliaria destinados a la adquisición de viviendas que suscriban con personas físicas el derecho que asiste al prestatario para designar, de mutuo acuerdo con la parte prestamista, la persona o entidad que vaya a llevar a cabo la tasación del inmueble objeto de la hipoteca...”, el tasador debe ser acordado por ambas partes.

Otras resoluciones entienden que esta cláusula de imposición de gastos de tasación al consumidor podría estimarse abusiva en virtud del art. 89.3 a) TRLGDCU, por entender que son “gastos de preparación de la titulación que por su naturaleza corresponda al empresario”. En tal sentido, SAP Girona 10 marzo 2016⁷⁵ considera

se realiza en beneficio exclusivo del acreedor garantizado. También en “Nulidad de la cláusula de gastos”, cit., p. 20.

72 SAP Huelva 19 diciembre 2017 (AC 2017, 1628).

73 La Ley 19/2015, de 13 de julio, modificó el tenor de los arts. 682.2.1° LEC y 129.2 a) LH. Con anterioridad, el art. 682.2.1° LEC, procedente de la modificación por Ley 1/2013, de 14 de mayo, no contenía el inciso “en su caso”, en relación con la tasación realizada.

74 SAP Vizcaya 22 marzo 2018 (AC 2018, 184).

75 SAP Girona 10 marzo 2016 (Roj: SAP GI 188/2016).

que la cláusula que impone los gastos de tasación al prestatario es “un gasto propio del prestamista que se incluye en el art. 89.3 a) TRLGDCU, atendiendo a que toda hipoteca ha de tener un valor de tasación y que interesa a la prestamista saber si cubre la vivienda hipotecada la suma que concederá”. También lo es, a juicio de esta Sentencia, la cláusula que impone los gastos de sucesivas tasaciones que sea preciso practicar, cuando a juicio de la prestamista se haya producido una disminución de valor, ya que supone dejar a exclusivo criterio de ésta la solicitud de las tasaciones con clara infracción de los apartados a), b) y e) del art. 82.4 TRLGDCU.

En todo caso, atendiendo a la doctrina asentada por la STS 23 diciembre 2015 una cláusula que imponga todos los gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación y ejecución del contrato de préstamo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía debe considerarse abusiva por excesivamente genérica e indiscriminada, al no permitir una mínima reciprocidad en la distribución de gastos inherentes a la formalización de la operación, provocando una falta de equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Por ello, aunque la imposición de algún gasto pudiera estar justificada por la normativa sectorial de que se trate, la nulidad total se impone al ser imposible moderar una cláusula abusiva, atendiendo la doctrina del TJUE 30 mayo 2013 (SAP Burgos 16 febrero 2018)⁷⁶. En esta misma línea, la SAP Asturias 14 febrero 2018⁷⁷ sostiene, con base en la STS 23 diciembre 2015, que una cláusula que imponga los gastos de tasación y todos los demás gastos y tributos por la formalización de la escritura, su inscripción y cancelación es abusiva por encajar en el art. 89.3 a) TRLGDCU y por no permitir una mínima reciprocidad en la distribución del gasto, “no incidiendo en la cuestión el hecho de que la escritura añadida a título ejemplificativo, pero bajo la pauta antedicha, que dentro de los gastos se entienden comprendidos, los de tasación del inmueble, los registrales y los de tramitación de las escrituras”. En el estudio particular de cada gasto que hace la AP Asturias en tal Sentencia se concluye que “la imposición sin alternativas para el prestatario de afrontar el pago de la tasación y sin darle oportunidad alguna de tasación alternativa está determinando nuevamente un desequilibrio serio entre los contratantes lo que lleva consigo a la consideración también de este apartado como nulo al haber sido impuesto por el prestamista que redactó todas las cláusulas del contrato”.

Es frecuente, de otra parte, que, tras la cláusula en que se imputan al consumidor todos los gastos originados por la concesión y formalización del préstamo, incluyendo los de tasación, se incluya otra en la que las partes reconocen haber nombrado de común acuerdo a la persona que haya realizado la tasación. Esta cláusula, en cuanto haya sido impuesta unilateralmente, ha de considerarse abusiva por suponer una declaración de conformidad sobre un hecho ficticio ex art. 89.1 TRLGDCU.

⁷⁶ SAP Burgos 16 febrero 2018 (Roj: SAP BU 94/2018).

⁷⁷ SAP Asturias 14 febrero 2018 (Roj: SAP O 359/2018).

4. Los gastos de tramitación (de gestoría).

Tratándose de gastos de tramitación o gestión por servicios accesorios que ofrezca la entidad prestamista (recogida de la escritura y/o de sus copias, liquidación de impuestos, presentación de escritura en Registro de la Propiedad para su inscripción, etc.) éstos no pueden ser impuestos al consumidor, que deberá tener libertad para aceptar tales servicios o rechazarlos y encargarlos a otra persona o entidad, en cada caso, por lo que será nula la cláusula que los imponga en virtud de los apartados 4 y 5 del art. 89 TRLGDCU. La cláusula que impone al prestatario pagar íntegramente los gastos de gestoría es abusiva por suponer servicios complementarios o accesorios no solicitados o incrementos de precio por servicios accesorios, que no correspondan a prestaciones susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso con la debida claridad o separación⁷⁸. Si el servicio de gestoría no ha sido solicitado expresamente por el consumidor, la cláusula por la que la prestamista le impone un contrato de prestación de este tipo de servicios no es un acuerdo libre, de manera que la prestamista no lo puede hacer unilateralmente y luego exigir el pago íntegro de los honorarios al consumidor⁷⁹. También encajaría en el art. 89.4 TRLGDCU la cláusula por la que el consumidor faculta a la prestamista a celebrar un contrato de servicios con una gestoría, en tanto que supone autorizar al prestamista a imponer un servicio no solicitado⁸⁰.

Se ha mantenido que esta cláusula de imposición del gasto de gestoría es abusiva al quedar subsumida en el supuesto del art. 89.3 a) TRLGDCU, por suponer “gastos preparación de la titulación que por su naturaleza corresponda al empresario”, al ser el acreedor hipotecario al que interesa la inscripción de la hipoteca y a quién beneficia las gestiones dirigidas a dicha inscripción⁸¹.

Cuando la entidad no impone la celebración del contrato de prestación de servicios de gestoría, sino que ha sido libremente acordada entre ésta y el consumidor, pero sí impone la concreta gestoría que prestará los servicios entiende MARÍN LÓPEZ⁸² que no cabe acudir al art. 89.4 TRLGDCU, que se refiere a la imposición del servicio no solicitado (y no la persona contratada), sino al art. 86 TRLGDCU. Dicha cláusula sería abusiva por limitar o privar al consumidor de derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas, teniendo en cuenta que el art. 40 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas urgentes de intensificación de la competencia en el mercado de bienes y servicios, como hemos visto anteriormente,

78 En este sentido, también AGÜERO ORTIZ, A.: “Análisis crítico de las últimas sentencias relativas a la cláusula de gastos y anexo jurisprudencial (hasta julio 2017)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 22/2017, p. 54; y en “Nulidad de la cláusula de gastos”, p. 21; ACHÓN BRUÑEN, M^a. J.: “Cláusulas”, cit., p. 10.

79 Así, MARÍN LÓPEZ, M. J.: *La nulidad*, cit., p. 171.

80 MARÍN LÓPEZ, M. J.: *La nulidad*, cit., p. 171; CASTILLO MARTÍNEZ, C. DEL C.: *La nulidad*, cit., pp. 119-120.

81 AGÜERO ORTIZ, A.: “Nulidad de la cláusula de gastos II: ¿A quién corresponde cada gasto en virtud del Derecho supletorio?”, *CESCO, Publicaciones jurídicas*, 27 de enero de 2017 (p. 10).

82 MARÍN LÓPEZ, M. J.: *La nulidad*, cit., pp. 171-172.

concede al prestatario el derecho a designar, de mutuo acuerdo con el prestamista la persona o entidad que vaya a llevar la gestión administrativa de la operación.

Respecto de este gasto la jurisprudencia también se ha mostrado vacilante. Así, hay resoluciones que han sostenido la abusividad de tal cláusula por encajar en el art. 89.4 y 5 TRLGDCU (JPI Zaragoza 21 julio 2017⁸³, SAP Palencia 19 octubre 2017⁸⁴), por causar un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes contrario a la buena fe, por falta de reciprocidad según el art. 82.4 c) TRLGDCU (SAP Girona 10 marzo 2016⁸⁵), por imponer dicho servicio indiscriminadamente sin atender a quien beneficia (SAP Asturias 16 noviembre 2017⁸⁶). Por tanto, si la cláusula es abusiva por imponer al prestatario la tramitación de la inscripción de la hipoteca a través de una gestoría, los gastos debe pagarlos la prestamista, no pudiendo exigir luego su importe al prestatario⁸⁷.

Otros órganos judiciales han estimado, en cambio, la validez de la cláusula, dado que este servicio interesa o beneficia a ambos (SAP Asturias 24 marzo 2017⁸⁸; SAP Asturias 29 septiembre 2017⁸⁹) o sobre el débil argumento de que la gestión fue realizada por un tercero y la factura expedida a nombre del deudor consumidor (SAP Asturias 27 enero 2017⁹⁰).

IV. LAS CONSECUENCIAS DEL CARÁCTER ABUSIVO DE TALES CLÁUSULAS.

Atendiendo al art. 83 TRLGDCU “las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”. Se trata de una nulidad que opera en virtud de mandato legal, con independencia de la voluntad de las partes.

83 JPI Zaragoza 21 julio 2017 (JUR 2017, 199984).

84 SAP Palencia 19 octubre 2017 (AC 2017, 1428).

85 En la cláusula analizada por la SAP Girona 10 marzo 2016 (JUR 2016, 102096) se reconocía que la gestoría elegida por ambas partes responde al interés de ambas, pero especialmente a la de la prestamista, “en la seguridad de que se llevarán a efecto todos los trámites de presentación e inscripción en el Registro de la Propiedad... trámites de cuyo buen fin depende la plena existencia del derecho de hipoteca una vez inscrita”. A pesar de haber sido elegida la gestoría por ambas partes, de la cláusula transcrita se desprende su falta de reciprocidad y por ello su abusividad atendiendo al art. 82.4 TRLGDCU.

86 SAP Asturias 16 noviembre 2017 (AC 2017, 1629).

87 MARIN LOPEZ, M. J.: *La nulidad*, cit., pp. 171. Por eso, dice el autor si prestamista y prestatario han pactado libremente que los trámites los haga una empresa, y también qué concreta empresa lo llevará a cabo, el precio deben abonarlo según estimen conveniente, que será normalmente por mitad (cit., p. 161).

88 SAP Asturias 24 marzo 2017 (JUR 2017, 99171).

89 SAP Asturias 29 septiembre 2017 (JUR 2017, 253138).

90 SAP Asturias 27 enero 2017 (JUR 2017, 54580).

En principio, el contrato continúa siendo eficaz, en tanto que puede sobrevivir sin la cláusula de gastos o de comisión, cumpliendo la función económica perseguida por las partes.

La Sentencia del TJUE 14 junio 2012⁹¹ se enfrentó a los efectos que cabe anudar a la declaración de abusividad, conforme al art. 6.1 Directiva 93/13/CE, sosteniendo que “si bien reconoce a los Estados miembros cierto margen de autonomía en lo que atañe a la definición del régimen jurídico aplicable a las cláusulas abusivas, *les impone expresamente la obligación de establecer que ‘tales cláusulas no vincularán al consumidor’*”. Por ello, concluye el TJUE “los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible”. Se persigue, con ello, reforzar el efecto disuasorio (cfr. art. 7 Directiva 93/13) que ejerce para los profesionales el hecho de que las cláusulas abusivas no se apliquen, evitando la denominada reducción conservadora del contrato, esto es, que el juez lleve a cabo una moderación de la cláusula nula hasta la medida en que no sea abusiva.

Sin embargo, la doctrina no se ha mostrado unánime en si, una vez declarada la nulidad de la cláusula, cabe proceder a integrar el contrato, aplicando el derecho dispositivo (supletorio) o si, por el contrario, el contrato debe subsistir sin más, sin que sea posible la aplicación de la norma supletoria dispositiva. Dependiendo de la solución que se adopte, procederá en el caso que nos ocupa una restitución total o parcial de los gastos habidos como consecuencia de la aplicación de la cláusula abusiva.

En páginas precedentes hemos visto que, en relación con las cláusulas estudiadas, en ocasiones, se declara la nulidad de la cláusula de gastos y comisiones analizadas por su carácter genérico e indiscriminado, por suponer servicios o prestaciones no solicitados (art. 89.4 TRLGDCU), incrementos de precio por servicios accesorios que no susceptibles de ser aceptados o rechazados (art. 89.5 TRLGDCU) o servicios no prestados efectivamente (art. 89.7 TRLGDCU) o por ser gastos de documentación o tramitación que corresponde al empresario, cuando se comprende en la misma cláusula todos los gastos relativos a la constitución de la hipoteca (notariales, registrales, impuestos y gestoría) ex art. 89.3 TRLGDCU.

Ahora bien, una vez declarada su nulidad hay órganos judiciales que analizan cuáles de los asumidos son de cuenta del prestamista y, por tanto, procede su restitución

91 TJUE 14 junio 2012 (TJCE 2012/143), asunto C-618/10, en Caso Banco Español de Crédito, S.A.

y cuáles no, de modo que habrá que estar respecto del concreto gasto a lo que establezca el derecho dispositivo⁹². Por eso, en algunos casos, para determinados gastos no se procede a una restitución total, sino parcial del ingreso realizado.

La SAP Asturias 16 noviembre 2017⁹³ resume esta tesis al sostener que, en relación con la obligación de reintegro, “ha de estarse en cada caso al concepto cuyo reintegro se pretende, a lo que establezca el derecho dispositivo respecto de quién tiene que soportarlo, como si esa estipulación no existiera, de modo que la nulidad no puede modificar el régimen de atribución que el derecho positivo haga de cada gasto, lo que obliga a abordar el enjuiciamiento de la abusividad, no desde la estricta literalidad de la cláusula, considerada en abstracto o en forma teórica, sino en función de la forma en que ha sido aplicada, esto es relacionándola con el uso que la entidad financiera ha hecho de la misma en cada caso, de forma que el reintegro de gastos que se pretende en base a esa declaración de abusividad formal o abstracta, solo podrá ser declarada si la parte que lo insta prueba cumplidamente que los abonados a que se refiere el mismo no le correspondían sino que eran de cargo de la entidad financiera predisponente, existiendo una repercusión indebida de gastos que a la misma correspondían”.

En particular, tratándose de los gastos de gestoría la respuesta a la cuestión de los efectos restitutorios derivados de la nulidad no es unánime, atendiendo a que no hay norma dispositiva, de carácter legal o reglamentaria, que asigne los gastos a alguno de los intervinientes. Por eso, hay resoluciones que tienden a realizar un reparto equitativo de los gastos de gestoría, sobre la base de que interesa o beneficia a ambos contratantes. Procede de esta manera, entre otras, la SJPI Barakaldo 27 marzo 2017⁹⁴, que tras declarar la nulidad de la cláusula por atribuir al consumidor los gastos de preparación de la titulación que correspondía al prestamista ex art. 89.3 TRLGDCU, condenó a la entidad a restituir el 100% del arancel del registrador y el 50% de los gastos de gestoría y notaría, ya que ambas partes se ven beneficiados por la intervención del notario y la tramitación de la escritura. En el mismo sentido, la SJPI Bilbao 29 marzo 2017⁹⁵ condenó a restituir el 100% del arancel del registrador, el 50% de los gastos de gestoría y notaría y el 70% de los gastos de tasación; las SSAP Asturias núm. 193/2017 y 197/2017, 2 junio⁹⁶, que ordenaron la restitución de gastos

92 Una clarificadora exposición puede verse en AGÜERO ORTIZ, A.: “Análisis crítico”, cit., pp. 52-85. También, MARIN LÓPEZ, M. J.: *La nulidad*, cit., pp. 189-ss.

93 SAP Asturias 16 noviembre 2017 (AC 2017, 1629). Con razonamiento similar la SAP Asturias 27 octubre 2017 (JUR 2017, 292470) insiste que mientras en la acción colectiva ha de hacerse un control abstracto de la cláusula de su posible nulidad como condición general de la contratación, en la individual también de la consecuencia de la declaración de nulidad en forma de restitución, de forma que en relación con la obligación de reintegro ha de estarse en relación al concreto gasto a lo que establezca el derecho dispositivo respecto de quién debe soportarlo.

94 SJPI Barakaldo 27 marzo 2017 (JUR 2017, 73501).

95 SJPI Bilbao 29 marzo 2017 (JUR 2017, 90439)

96 JUR 2017, 171741 y JUR 2017, 171744. También, SAP Asturias 29 septiembre 2017 (JUR 2017, 253138).

por la expedición de primera copia, todos los gastos de registro y la mitad de gastos notariales y de gestoría; o la SAP Palencia 19 octubre 2017.

Hay doctrina que, respecto de los gastos de gestoría, ha mantenido que hay que distinguir en atención a quien interese o beneficie las gestiones que realiza. Por ello, en cuanto que la actuación de la gestora es instrumental, los costes que genere incumbrarán a la parte en cuyo beneficio se verifiquen⁹⁷. En coherencia con este argumento, si el sujeto pasivo del IAJD es el prestatario, será éste el que deba asumir el gasto de gestoría por la tramitación y liquidación del impuesto de actos jurídicos documentados. Siguen esta tesis, entre otras, las SSAP Asturias 19 mayo 2017⁹⁸ y núms. 193 y 197/2017, 2 junio⁹⁹ que condenan a la restitución de la mitad de los gastos de gestoría, ya que las gestiones encomendadas eran la liquidación del IAJD (que incumbraría al consumidor) y la inscripción en el Registro (que interesa a la prestamista).

Otra tesis, en cambio, es defendida por aquellas resoluciones que entienden que, tras declarar la nulidad de una cláusula de gastos y comisiones por no preservar un justo equilibrio entre las partes, una reciprocidad mínima, el juez no puede proceder a moderar o corregir dicha vulneración, aplicando el derecho dispositivo supletorio, sino que debe proceder a expulsar sin más la cláusula, condenando a la entidad a devolver todas las cantidades que pagó el consumidor. Jugaría a favor de esta tesis el principio de efectividad consagrado en la Directiva 93/13/CEE. En tal sentido, la SAP Asturias 1 febrero 2017¹⁰⁰ concluyó que la consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula no puede ser otra que su expurgación, condenando a la demandada a restituir los pagos efectuados. En particular, respecto de los gastos de gestoría, la SAP Cantabria 8 noviembre 2017¹⁰¹, tras declarar la nulidad de la cláusula que impone su pago íntegro al consumidor, condenó a su devolución íntegra, sobre la base de que, al igual que para los gastos notariales y registrales, al no haber procedido a hacer un reparto equitativo de dichos gastos, no es aceptable a posteriori realizarlo, ya que esto supondría una ejercitar una facultad moderadora interdicta por la doctrina del TJUE. Para la cláusula que imponía los gastos de tasación al consumidor, no constituyendo un requisito obligado, sostiene la SAP Vizcaya 22 marzo 2018¹⁰² que, declarada su nulidad por abusiva, procede el abono íntegro de dichos gastos.

97 CASTILLO MARTÍNEZ, C. DEL C.: *La nulidad*, cit., p. 121.

98 SAP Asturias 19 mayo 2017 (JUR 2017, 175335).

99 SSAP núm. 193/2017 y 197/2017, 2 junio (JUR 2017, 171741 y JUR 2017, 171744).

100 SAP Asturias 1 febrero 2017 (Roj: SAP O 399/2017).

101 SAP Cantabria 8 noviembre 2017 (JUR 2017, 275671). En la misma línea, la SAP Vizcaya 13 diciembre 2017 (AC 2017, 1559), una vez declarada la nulidad de la cláusula que imponía todos los gastos, incluyendo gestoría y tasación, al consumidor, concluyó que el juez no podía corregir o modificar la cláusula, condenando a restituir lo desproporcionadamente repercutido. Doctrina esta que considera correcta AGÜERO ORTIZ, A.: "La AP de Vizcaya revoca la doctrina de la devolución del 50% de los gastos de constitución de la hipoteca y condena a devolverlos íntegramente (incluida tasación y gestoría)", CESCO, *Publicaciones jurídicas*, 2 de febrero de 2018 (pp. 3-4).

102 SAP Vizcaya 22 marzo 2018 (AC 2018, 184).

Así, en contra de la postura jurisprudencial que analiza en el caso concreto, a efectos de la restitución derivada de la nulidad de la cláusula, a quién interesa o beneficia los servicios que corresponden a dichos gastos y a quien incumbiría su pago conforme al derecho supletorio, se alzan voces en la doctrina que entienden que tratándose de gastos por servicios accesorios no solicitados (como sucede con los de tasación y gestoría) su imposición debe reputarse abusiva, debe proceder la restitución del importe por completo, sin más¹⁰³.

Esta conclusión es aún más clara si cabe para las comisiones analizadas. Si, como hemos concluido, han de ser declaradas abusivas, por no responder a un servicio efectivamente prestado (comisión de apertura por disponibilidad de fondos), o por ser obligación de la prestamista la evaluación de la solvencia del prestatario (para la comisión de estudio) los gastos abonados serán indebidos, teniendo derecho la prestataria a su devolución íntegra.

Lo mismo cabe decir para la comisión de impago, mora o posiciones deudoras, cuya abusividad procede de suponer una indemnización excesivamente alta al prestatario consumidor que no cumple con sus obligaciones, atendiendo a la existencia en el contrato de intereses moratorios, o por no responder a servicios realmente prestados o no guardar proporcionalidad. Tras su nulidad procede la restitución al consumidor de las cantidades pagadas por tal concepto.

Cierto es que el importe de estas comisiones será repercutido al consumidor a través de una elevación de intereses moratorios (que absorberán estas últimas comisiones por impago o posiciones deudoras) o del remuneratorio pactado (para las comisiones de apertura y/o estudio).

103 AGÜERO ORTIZ, A.: "Análisis crítico ...", cit., pp. 62-64 y 75. Como hemos apuntado anteriormente, MARÍN LÓPEZ, M. J.: *La nulidad*, cit., pp. 161 y 171, rechaza que, tratándose de gastos de gestoría, quepa aplicar el criterio de a quién beneficia la actividad de la gestoría, sino quién contrata con la misma.

BIBLIOGRAFÍA

ACHÓN BRUÑÉN, M^a. J.: "Cláusulas de repercusión de gastos de la hipoteca al prestatario: casos en que se pueden considerar abusivas y casos en que no", *Diario La Ley*, n° 9122, 19 de enero de 2018.

AGÜERO ORTIZ, A.:

- "Análisis crítico de las últimas sentencias relativas a la cláusula de gastos y anexo jurisprudencial (hasta julio 2017)", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 22/2017.
- "La AP de Vizcaya revoca la doctrina de la devolución del 50% de los gastos de constitución de la hipoteca y condena a devolverlos íntegramente (incluida tasación y gestoría)", *CESCO, Publicaciones jurídicas*, 2 de febrero de 2018.
- "Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: no son sólo abusivos los gastos comprendidos en la STS de 23 de diciembre de 2015 (gastos, efectos y plazos)", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 20/2016.
- "Nulidad de la cláusula de gastos II: ¿A quién corresponde cada gasto en virtud del Derecho supletorio?", *CESCO, Publicaciones jurídicas*, 27 de enero de 2017.

ANDERSON, M.: "La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios, y su previsible impacto en el Derecho español", en AA.VV., *La europeización del Derecho privado: cuestiones actuales* (dir. por ARROYO AMAYUELAS, E. y SERRANO DE NICOLÁS, Á.), Marcial Pons, 2016.

ARROYO AMAYUELAS, E.: "La directiva 2014/17/UE sobre contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial", *Indret*, 2/2017.

BARRAL VIÑALS, I.: "El cliente y el consumidor de servicios financieros de préstamo hipotecario", en AA.VV.: *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, (dir. por LAUROBA LACASA, E. y coord. por TARABAL BOSCH, J.), Marcial Pons, Madrid, 2012.

CASTILLO MARTÍNEZ, C. DEL C.: *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios con consumidores*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

CUENA CASAS, M.:

- "El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar", AA.VV., *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, (coord. por PRATS ALBENTOSA, L. y CUENA CASAS, M.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", *Blog Hay Derecho*, 2 de septiembre de 2014, <http://hayderecho.com/2014/09/02/evaluacion-de-la-solvencia-y-credito-hipotecario>.

FERRANDO VILLALBA, M^a. DE L.:

- "Capítulo II. La protección del consumidor en la contratación bancaria", Módulo II. La protección de los intereses económicos y sociales de los consumidores en determinados sectores de la contratación (II). *Condiciones generales y cláusulas abusivas. Máster en Derecho de Consumo*, Alfa Delta Digital, Valencia, 2015.
- *Las comisiones bancarias: naturaleza, requisitos y condiciones de aplicación (doctrina, jurisprudencia y formularios)*, Comares, Granada, 2002.

GARCÍA MONTORO, L.: "El Gobierno elimina la doble comisión en cajeros y obliga a las entidades a negociar entre sí. La guerra continúa", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 15/2015.

GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M.: "La tasación de la finca hipotecada después de la Ley 1/2013, de 14 de mayo", en AA.VV., *La protección del deudor hipotecario*, (coord. por ESCARTÍN IPIENS, J. A. y MARTOS CALABRÚS, M. A., y dir. por A. NÚÑEZ IGLESIAS, A.), Comares, Granada, 2014.

MARÍN LÓPEZ, M. J.: *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios*, Reus, Madrid, 2018.

ORDÁS ALONSO, M.: *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos o créditos. Especial consideración a los costes asociados y la obligación de transparencia*, Bosch, Barcelona, 2014.

PETIT LAVALL, M^a. V.: "Cláusulas abusivas derivadas del incumplimiento de la normativa de transparencia bancaria", AA.VV., *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* (dir. por MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y coord. por ALFARO ÁGUILA-REAL, J.), Civitas, Madrid, 2002.

SERRA RODRÍGUEZ, A.: "La contratación en masa, las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas", en AA.VV., *Práctica procesal civil Brocá-Majada Corbal*, Tomo I. 23ª ed., Bosch, Barcelona, 2014.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS
ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO EN EL
CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

*SOME THOUGHTS ON THE ESSENTIAL ELEMENTS OF THE
CONTRACT IN THE SPANISH CIVIL CODE*

Rev. Boliv. de Derecho N° 26, julio 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 142-175

Este trabajo se enmarca en el ámbito del Proyecto DER2017-86292-P del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, de la Agencia Estatal de Investigación y del Fondo Europeo de Desarrollo Regional, cuya dirección corresponde al Dr. D. Gorka GALICIA AIZPURUA y del Grupo de Investigación Consolidado GIC IT-727-I3 (Gobierno Vasco), cuyo IP es el Dr. D. Jacinto GIL RODRÍGUEZ.



Gorka
GALICIA
AIZPURÚA

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de abril de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 10 de abril de 2018

RESUMEN: El artículo 1261 del Código civil español exige la concurrencia de hasta tres requisitos en orden a la perfección del contrato, como son el consentimiento, el objeto y la causa. Este trabajo persigue aportar algunos elementos de reflexión en torno a ellos y su necesidad o superfluidad.

PALABRAS CLAVE: Derecho de contratos; elementos del contrato; objeto; consentimiento; causa.

ABSTRACT: Consent, object and cause are the three conditions that article 1261 of the Civil Code requires for the conclusion of a contract. This paper seeks to provide a few points to consider about them that could help in pondering if they are necessary or they should be removed instead.

KEY WORDS: Contract law; elements of the contract; object; consent; cause.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA DEFICIENTE REGULACIÓN DEL CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.- III. LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO SEGÚN EL CÓDIGO: ANÁLISIS CRÍTICO.- 1. Previo.- 2. Objeto.- A) Licitud.- B) Determinabilidad.- C) Posibilidad.- D) A modo de conclusión.- 3.- Causa. A) ¿Causa del contrato o causa de la obligación contractual?- B) Causa de la obligación: artículos 1261.3.º y 1274 CC.- C) Causa del contrato: artículos 1262.I, 1275, 1276 y 1301 CC.- D) Lo que dicen las propuestas de modernización.- E) A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN.

La regulación básica de los contratos, por lo que hace al ordenamiento civil español, está recogida en el título II, libro IV del CC (arts. 1254 a 1314). En dicho título se plasma la que bien puede considerarse la disciplina “común” del Derecho de contratos, pues la misma es aplicable tanto a aquellas modalidades contractuales que el propio CC se ocupa en regular específicamente acto seguido (títulos IV a XV: compraventa, permuta, arrendamiento, censos, sociedad, mandato, préstamo, depósito, etc.), como a otros regímenes especiales contemplados en otros sectores del ordenamiento (singularmente, el mercantil, el laboral y el administrativo), siempre, claro está, que la especialidad de estos últimos no se cifre precisamente en alguna o algunas de las cuestiones reguladas en los susodichos arts. 1254 a 1314 CC (requisitos esenciales de validez, forma, interpretación, rescisión, nulidad, etc.)¹. Es, además, conforme a lo establecido en su art. 4.3, la disciplina aplicable con carácter supletorio en caso de existencia de lagunas en tales reglas especiales y, así, señaladamente en el ámbito del Derecho mercantil (arts. 2.1 y 50 del CCom) y en el de la contratación pública (art. 25.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público), sin olvidar (aunque esta propiamente sea materia civil) el Derecho del consumo (art. 59.2 del Texto Refundido de la Ley General para

I GARCÍA VICENTE, J. R.: “Comentario al art. 1254”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), tomo VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9009.

• Gorka Galicia Aizpurúa

Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU). Es licenciado y doctor en Derecho por la UPV/EHU. Su memoria doctoral (Legítima y troncalidad: la sucesión forzosa en el Derecho de Bizkaia) obtuvo el III Premio Francisco de Asís Sancho Rebullida. Ha sido director del Departamento de Derecho civil de la UPV/EHU entre diciembre de 2011 y febrero de 2016. Ha dirigido y ha sido partícipe en diversos contratos y proyectos de I+D, tanto estatales como autonómicos. Su campo de investigación se centra preferentemente en el Derecho civil patrimonial en general: obligaciones, contratos, garantías, derechos reales, sucesiones. Correo electrónico: gorka.galicia@ehu.eus

la Defensa de los Consumidores y Usuarios -RDL 1/2007, de 16 de noviembre; en adelante, TRLGDCU-)².

Las páginas que siguen no tienen por objeto exponer al detalle aquella disciplina general, sino solo efectuar algunas consideraciones en torno a los elementos estructurales o nucleares del contrato, es decir, en torno a aquellos sin los cuales este, según el CC, no podría existir.

II. LA DEFICIENTE REGULACIÓN DEL CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Antes de abordar dicha tarea conviene resaltar, no obstante, tal y como suele hacer puntualmente la doctrina, el carácter deficiente de la regulación que el Derecho español dedica hoy por hoy al contrato³.

Es deficiente, de un lado, porque la disciplina contenida en el CC se ha visto desbordada por la propia vitalidad que este instrumento tiene en el tráfico, apreciándose tanto un notorio desfase entre los contratos que en él se tipifican y las nuevas figuras que se van consolidando en la práctica como una profunda falta de adecuación a la realidad actual de algunos de sus remedios técnicos⁴ y de algunos de sus regímenes particulares⁵. Pero, de otro, lo es también por razón del desgajamiento mismo entre Derecho civil y Derecho mercantil, ya que buena parte de las carencias de nuestro ordenamiento en este singular respecto encuentran su origen en la existencia de una regulación paralela en el Código de Comercio que no tiene un ámbito de aplicación bien definido y que, además, establece una serie

2 GARCÍA VICENTE, J. R.: "Comentario al art. 1254", cit., p. 9009.

Tal y como destaca oportunamente este autor (en nota 4), la versión original del último precepto arriba citado incurría en un error notable cuando disponía que "los contratos con consumidores y usuarios se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles", pues resulta, en efecto, que los contratos de consumo difícilmente pueden ser calificados como "mercantiles", siendo, como es, el Derecho mercantil aquella rama del ordenamiento privado que tiene por objeto regular las relaciones jurídicas de los empresarios o comerciantes entre sí. El error fue corregido por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, en virtud de la cual el artículo en cuestión ha pasado a decir que "los contratos con consumidores y usuarios se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por el Derecho común aplicable a los contratos".

3 Vid., por todos, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Introducción al Derecho de contratos", en AA.VV.: *Tratado de contratos* (dir. por él mismo), tomo I, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 116.

4 Como, por ejemplo, los establecidos en orden a la satisfacción de los intereses de las partes en las hipótesis en que se produce un incumplimiento o defectuoso cumplimiento del contrato. Esta concreta inadecuación se explica, verosimilmente, por la sistemática adoptada por el legislador decimonónico, quien centró su atención, ante todo, en la noción de obligación (título I, libro IV), al tiempo que relegó el papel del contrato al de una más de las posibles fuentes creadoras de las obligaciones.

5 "Baste con citar los contratos de servicios, cuyo papel predominante en el mercado resulta evidente a todas luces. Pues bien, para atender específicamente (al margen de la regulación general de los contratos) a semejante realidad no contamos más que con algunos artículos dedicados al arrendamiento de servicios (arts. 1583 a 1587 CC), principalmente en su modalidad de contrato de trabajo, absolutamente desfasados, junto con la regulación de algunos contratos sobre servicios concretos: mandato (arts. 1709 y ss.), depósito (arts. 1758 y ss.). Lo mismo cabe decir con respecto a los contratos de obra, para los que el Código Civil no prevé más que un arrendamiento de obra, pensado únicamente para la denominada *obra civil* (arts. 1588 a 1600 CC)" (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Introducción", cit., p. 117).

de especialidades que no son ni muy numerosas ni muy importantes; el régimen positivo particular de las obligaciones mercantiles se reduce, en puridad, al contenido de sus arts. 2, 50 a 63 y 942 a 954 y a algunas escasas peculiaridades en ciertos tipos contractuales (siendo quizás algo más destacables en el caso de los contratos de sociedad –arts. 116 y ss.–, comisión –arts. 244 y ss.– y compraventa –arts. 325 y ss.–), lo que por supuesto no justifica suficientemente la duplicidad de regímenes⁶.

Con todo, ha de reconocerse, a pesar del desalentador panorama, que algunas de tales deficiencias han sido en parte paliadas por medio de la legislación especial. Esto es lo que ha ocurrido, por ejemplo, en materia de forma de celebración y perfección del contrato, puesto que, al albur del desarrollo técnico, han surgido nuevos sistemas de contratación que han requerido (siquiera de la mano de la UE) la atención del legislador español, como es el caso de la contratación electrónica: Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico –mediante la que se incorporó al ordenamiento interno la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio– y Ley 59/2003, de 19 de diciembre, sobre Firma Electrónica. Pero quizás hayan sido el fenómeno de la contratación en masa, por un lado, y la indispensable protección a los intereses de los consumidores y usuarios, de otro, los factores que, con su regulación específica (Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación y TRLGDCU) mayor incidencia han ejercido en la modernización y puesta al día del Derecho contractual extramuros del Código. Recuérdense, verbigracia, la regulación que se consagra al justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes contratantes, esto es, a las *cláusulas abusivas* (arts. 80 a 92 TRLGDCU, que trasponen la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993), cuestión que afecta de lleno al contenido del negocio y que tan en boga se halla actualmente. Pero la incidencia también se ha hecho notar en otros aspectos más o menos singulares como, por ejemplo⁷, el tratamiento normativo de la publicidad en lo que hace a la fase precontractual: a tenor del art. 61 TRLGDCU, las afirmaciones publicitarias integran el contenido del contrato y son exigibles por los consumidores y usuarios aunque no figuren expresamente en él o, en su caso, en el documento o comprobante recibidos. Esta solución, que persigue reprimir la publicidad engañosa (es decir, aquella que falta al principio de veracidad), evita que el consumidor engañado tenga que acudir a las

6 VICENT CHULIÀ, F.: *Introducción al Derecho mercantil*, vol. I, 23.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 58.

Es por ello que, con R. BERCOVITZ, ha de subrayarse el sinsentido de mantener esta doble regulación. "Es sabido que la misma se debe a razones de oportunidad histórica, derivadas de la tardanza con la que se terminó en nuestro país la codificación civil. Los debates teóricos y prácticos sobre la naturaleza civil o mercantil de un contrato carecen normalmente de toda racionalidad o funcionalidad: no responden a que la regulación correspondiente a una y otra categoría sea más adecuada para el tráfico en cuestión. Sólo están justificados en algún caso por la existencia de dos normas distintas para un mismo supuesto de hecho. La regulación de los contratos debería, pues, unificarse y su lugar natural para ello es el Código Civil. Esa unificación no debería ser obstáculo para que su regulación pueda tener en cuenta la naturaleza de los sujetos que sean parte del contrato (profesional o empresario, consumidor, contratante ocasional) introduciendo, en su caso, alguna variante de regulación en función de aquélla" ("Introducción", cit., pp. 116 y 117).

7 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Formación y perfección del contrato", en AA.VV.: *Curso de Derecho civil (II)*, vol. I: *Teoría general de la obligación y el contrato*, 4.ª ed., Colex, Madrid, 2016, pp. 318 y 319.

estrechas normas del CC sobre anulación del contrato por error o dolo y le permite, por el contrario, una vez integrado el negocio, exigir el cumplimiento de la prestación prometida tal y como fue “ofrecida”⁸. Súmese a ello la obligación general que pesa sobre todo empresario de poner a disposición del consumidor, antes de contratar, de forma clara y comprensible (salvo que resulte manifiesta por el contexto) la información relevante, veraz y suficiente acerca de las características esenciales del contrato; y, muy en particular, sobre sus condiciones jurídicas y económicas (art. 60.1 TRLGDCU).

De otro lado, y ya en lo que atañe al proceso de formación contractual, llama la atención el generalizado reconocimiento al consumidor de un derecho de desistimiento en tanto que facultad suya que le permite dejarlo sin efecto (desvincularse de él) sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ningún tipo (arts. 68 a 79 TRLGDCU). Pues, aunque se trate de una prerrogativa que solo ostenta en los supuestos previstos legalmente⁹ o cuando así se haya pactado –y que únicamente le es dado ejercitar durante un breve período de tiempo–, comporta la derogación de uno de los fundamentos del sistema codificado, cual es la sujeción a la palabra dada (arts. 1091 y 1256 CC)¹⁰. El objetivo primordial que el legislador intenta colmar a través de esta figura parece ser; ya el de favorecer la actitud reflexiva del consumidor sobre la conveniencia o no de vincularse definitivamente al contrato de que se trate (previniendo de esta guisa un posible sobreendeudamiento irresponsable), ya el de actuar como mecanismo defensivo frente al empleo por el empresario de técnicas agresivas de venta que pudieran llegar incluso a generar en el consumidor una voluntad viciada (captación o error). Se está, por tanto, nuevamente ante un mecanismo que intenta suavizar las rigideces del Código en este ámbito, muy exigente en punto a la apreciación y a la acreditación de los vicios del consentimiento¹¹.

Por último, merece la pena resaltar también, en lo que respecta a la responsabilidad contractual, la específica disciplina que el TRLGDCU diseña (en sus arts. 114 a 127) para los casos de incumplimiento o defectuoso cumplimiento de aquel contrato

8 GARCÍA VICENTE, J. R.: “La contratación con consumidores”, en AA.VV.: *Tratado de contratos* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), tomo II, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1677.

9 Vid., por ejemplo, arts. 102 a 108 TRLGDCU –que establecen un régimen especial para los contratos celebrados a distancia y para los convenidos fuera de establecimiento mercantil–, 12 de la Ley 4/2012, de 6 de julio –sobre contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias–, 10 de la Ley 22/2007, de 11 de julio –de comercialización a distancia de servicios financieros– y 9 de la Ley 28/1998, de 13 julio –de venta a plazos de bienes muebles.

10 GARCÍA VICENTE, J. R.: “La contratación”, cit., p. 1687.

11 GARCÍA VICENTE, J. R.: “La contratación”, cit., p. 1690, quien añade que, además, “con el desistimiento se facilitan los mecanismos propios de la responsabilidad por incumplimiento (o de la falta de conformidad), puesto que tal derecho se atribuye para asegurar la comprobación de las cualidades de la cosa o servicio prometido. Las expectativas del consumidor derivan de las afirmaciones o representaciones formuladas por el empresario. La resolución por incumplimiento exige el incumplimiento importante según la economía del contrato (explícitamente, art. 121 TRLGDCU): con lo cual el contratante que resuelve debe acreditar el incumplimiento (o falta de conformidad) y su importancia. El derecho de desistimiento permite prescindir de estos requisitos”.

por el que el consumidor adquiera un cierto bien, disciplina en la que se hace un meritorio esfuerzo tanto por delimitar dichos conceptos (volcados en la noción de “falta de conformidad”) como por ordenar la panoplia de remedios puestos a disposición del adquirente y articular un régimen detallado para cada uno de ellos. De esta guisa, y al contrario de lo que acontece en el Derecho común (en el que no se establece jerarquía alguna entre tales remedios), el TRLGDCU sienta una preferencia por el cumplimiento en forma específica, a la vez que relega a un plano subsidiario la resolución contractual y la reducción del precio: ante la falta de conformidad, el consumidor insatisfecho solo puede, de entrada, optar entre la reparación o la sustitución del bien (como si de derechos primarios se tratara), mientras que la rebaja del precio y la resolución únicamente procederán (subsidiariamente, entonces), a su elección, cuando no pueda exigir aquellas (bienes específicos) o cuando no se hubiesen materializado en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes para él. Téngase en cuenta asimismo que estos derechos son ejercitables abstracción hecha del alcance y las características de la falta de conformidad, salvo en el caso de la resolución (impertinente cuando sea de “escasa importancia”: art. 121 TRLGDCU). En definitiva, se trata de una opción de política legislativa: que a) apuesta prioritariamente por la conservación del negocio celebrado y, de consiguiente, por la seguridad de las transacciones; que b) busca al tiempo la satisfacción del interés del acreedor; que no es otro que el de obtener un bien conforme con las cualidades pactadas en el contrato¹²; y que c) comporta la superación de los problemas que plantea en sede de compraventa la relación existente entre las acciones edilicias ex art. 1486 CC y las acciones previstas con carácter general para los casos de incumplimiento ex art. 1124 CC.

Mas, abstracción hecha de esta parcial actualización acometida a través de normas especiales, lo cierto es que el problema de fondo subsiste. Y así no es de extrañar que con el transcurso del tiempo se hayan multiplicado las propuestas de reforma del Derecho contractual español, entre las que cabe referir muy singularmente: la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos* (PMCC) elaborada por Sección Primera de la Comisión General de Codificación en el año 2009¹³; la *Propuesta de Código Mercantil* confeccionada por la Sección Segunda de dicha Comisión en 2013; y, en fin, la auspiciada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC) en 2015 en el marco de un plan más amplio consistente en la formulación de una *Propuesta de nuevo Código Civil* (PCC) para el Estado español¹⁴. A ellas cabe añadir asimismo

12 MARÍN LÓPEZ, M. J.: “Comentario al art. 118 TRLGDCU”, en AA.VV.: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), 2.ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, p. 1727.

13 *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LXII, enero de 2009.

14 La APDC acordó la elaboración de la PCC en una asamblea celebrada en Valladolid en el mes de abril de 2014. Los libros quinto (obligaciones y contratos) y sexto (prescripción y caducidad) fueron publicados en el volumen *Propuesta de Código civil. Libros quinto y sexto. Asociación de Profesores de Derecho Civil* (2016), Tirant lo Blanch, Valencia.

la redactada a título particular por los profesores Esteve BOSCH, Pedro DEL POZO y Antoni VAQUER en 2016¹⁵.

El deseo de un Derecho contractual moderno no es, por supuesto, patrimonio exclusivo de los juristas españoles. El Estado alemán remozó su Derecho de obligaciones en 2002, en tanto que Francia lo ha hecho más recientemente a través de la *Ordonnance* n° 2016-131, de 10 de febrero de 2016. Pero el anhelo ha alcanzado asimismo dimensiones europeas en la muy conocida forma de los *Principios Europeos de Derecho de los Contratos* (PECL) y del *Borrador del Marco Común de Referencia* (DCFR), modelos ambos carentes en todo caso de fuerza legal y de aplicación exclusivamente voluntaria por parte de los operadores jurídicos (*soft-law*). Este deseo ha atravesado incluso el Atlántico, de modo que cabe encontrarlo también reflejado en los *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos* (PLDC)¹⁶.

III. LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO EN EL CÓDIGO

I. Previo.

Como es sabido, el CC consagra sus arts. 1261 a 1277 (que integran el capítulo II, título II, libro IV) a regular los “requisitos esenciales para la validez de los contratos”, es decir, aquellos sin los cuales estos no podrían entenderse válidamente celebrados. Se trata, más concretamente, de los enumerados en su art. 1261, a cuyo tenor “no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de la obligación que se establezca”. Por tanto, consentimiento, objeto y causa son los ingredientes sustanciales de todo contrato, y, en este sentido, se contraponen a aquellos que la doctrina suele calificar como “accidentales” por

15 BOSCH CAPDEVILA, E., DEL POZO CARRASCOA, P., VAQUER ALOY, A.: *Teoría general del contrato. Propuesta de regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

Tal cual indica el título de esta obra, en ella se incluye un texto articulado que se corresponde con lo que usualmente se entiende por teoría general del contrato. La razón confesa por la que los autores se centran exclusivamente en esa materia tiene relación con el Código civil catalán, en cuyo libro sexto (aprobado mediante Ley 3/2017, de 15 de febrero) solo se regulan la compraventa y algunos tipos contractuales ya recogidos en leyes especiales y en el remanente de la Compilación de 1960. No se incluyen en él, sin embargo, la teoría general de las obligaciones ni la teoría general del contrato: “En el trámite parlamentario del proyecto de 2015, diversos expertos comparecientes subrayaron la dificultad que entrañaba trazar una regulación de algunos tipos contractuales careciendo de la base de una parte general del contrato. Ahí radica el origen de nuestro empeño”. Subrayan los autores, no obstante, que su texto articulado no está pensado exclusivamente para Cataluña. “Antes al contrario, tiene una pretensión más general, en este contexto de debate entre propuestas modernizadoras” (*Teoría general*, cit., pp. 10 y 11).

16 Más recientes que los proyectos europeos, los PLDC tienen su origen en el trabajo desarrollado por un grupo de juristas, fundamentalmente académicos, de varios países de Latinoamérica (en concreto, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Paraguay, Uruguay y Venezuela), auspiciados por la *Foundation pour le Droit continental*. Al respecto vid. SAN MIGUEL PRADERA, L. P.: “Los Principios latinoamericanos de Derecho de los contratos: una revisión crítica. Jornadas de discusión y análisis. Madrid, 16 y 17 de junio de 2016. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación”, *ADC*, 2016, pp. 991 ss.; MOMBERG, R.: “Los Principios latinoamericanos de Derecho de los contratos: naturaleza, fines y proyecciones”, *Latin American Legal Studies*, vol. 2, 2018, pp. 51 ss.; AA.VV.: *Los Principios latinoamericanos de Derecho de los contratos* (coord. por A. VIDAL OLIVARES, C. PIZARRO WILSON e I. DE LA MAZA GAZMURI), BOE, Madrid, 2017.

ostentar, contrariamente, un carácter contingente. Estos últimos son también tres, a saber, la condición, el término y el modo, pero, al contrario de los anteriores, solo quedan incorporados al negocio —modulando sus efectos— cuando así lo hayan acordado las partes. Luego obviamente el contrato, a diferencia de lo que acontece con los citados en el art. 1261, puede existir sin ellos.

Frente a esta regulación, llama la atención que las propuestas de modernización antes aludidas prescindan de un régimen destinado a tales elementos, ofreciendo a cambio una escueta definición de lo que debe entenderse por este tipo de negocio. Es el caso, verbigracia, de la PMCC, cuyo art. 1236, al que sigue el 521-I PCC, se limita a decir que “por el contrato, dos o más personas acuerdan crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, y establecer reglas para las mismas”.

Como bien puede apreciarse, de los tres elementos aludidos por el art. 1261 CC solo uno resulta incluido en el texto, cual es el consentimiento, mientras que la referencia a los otros dos (objeto y causa) es directamente suprimida de la norma que sirve de pórtico a las disposiciones generales en sede de contratos. La Exposición de Motivos de la PCC basa esta solución en el hecho de que los elementos actualmente enumerados en el art. 1261 CC se desprenden ya de la propia noción de contrato, por lo que su identificación “parece más una tarea de la doctrina que del texto legal. Carece ya de sentido una norma que subordine la existencia del contrato a la concurrencia de estos requisitos. Sin perjuicio, naturalmente, de las consecuencias que haya de desencadenar la inexistencia o ilicitud de los mismos”¹⁷.

En este sentido, ambas propuestas coinciden cuando sustituyen, en coherencia con tal planteamiento, la referencia al objeto del contrato por un concepto más amplio y difuso como es el de su *contenido* (arts. 1276 y 1277 PMCC y 525-I a 525-4 PCC), respecto del que no se establece ningún requisito añadido a salvo el de su determinación o determinabilidad; esto es, aun cuando no sea necesario, en orden a la válida celebración del contrato, que dicho contenido esté absolutamente definido e identificado, sí hace falta cuando menos que sea *determinable*, y que los criterios para su definitiva concreción sean objetivos y no dependan del puro arbitrio de alguna de las partes contratantes. Entonces, la “cosa” o el elemento objeto del contrato no se ve tanto como una *realidad* estructural suya, sino como un *quid*

17 Propuesta de Código, cit., pp. 49 y 50.

Coinciden en esta apreciación BOSCH, DEL POZO y VAQUER, para quienes no es necesario hacer una referencia a los elementos del contrato en su definición; de ahí que en su propuesta se limiten a describirlo como “un acuerdo de voluntades por el que dos o más personas se vinculan para crear, modificar o extinguir obligaciones, derechos reales u otros efectos jurídicos patrimoniales”. Así, de los tres ingredientes relacionados en el art. 1261 CC, el consentimiento sería el único a mencionar: “En cambio, no es necesario hacer referencia al objeto, ya que es evidente que el acuerdo de voluntades ha de recaer sobre una determinada materia o una conducta humana”. Del mismo modo, tampoco es preciso hacer alusión a la causa o función en cuanto ella es inherente al contrato mismo (*Teoría general*, cit., p. 50).

sobre el que recae el acuerdo de las partes o, lo que es igual, un *quid* sobre el que recae su *consentimiento*.

En cambio, la PMCC y la PCC divergen en lo que se refiere al tratamiento de la causa. Pues mientras la segunda suprime toda alusión a ella, la primera, aunque la elimina de entre los elementos esenciales, preserva su noción y las funciones que tradicionalmente le ha asignado la jurisprudencia (arts. 1238 y 1296). En efecto, la Exposición de Motivos de la PMCC basa aquella supresión en el objetivo de “aligerar” la regulación relativa a la formación del contrato. Y es que, a su decir, si la multiplicación de los requisitos necesarios para entender el contrato como celebrado, característica de los Códigos decimonónicos, hallaba su fundamento, ya en la concepción del mismo como una autolimitación de la libertad individual, ya en la nota de constricción que encierra toda obligación, se trata, indudablemente, de una perspectiva que aumenta “las posibles pretensiones de nulidad” de este tipo de negocios jurídicos. Por ello, “aunque se mantiene la idea de que todo contrato debe estar fundado en una causa que sea lícita, no se dota al elemento causal del contrato del rigor que en el Derecho anterior parecía tener”. Sin embargo, la PMCC declara seguidamente, en modo no muy consecuente con la premisa recién descrita, que los contratos sin causa o con causa contraria a la ley o a la moral son nulos.

La supresión de la causa como requisito del contrato ha sido también la opción escogida por los modelos de referencia del *soft law* (PECL y DCFR) y por el legislador francés. Más exactamente, este último ha pasado a definir el contrato en el art. 1101 del *Code* como “un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations”, para cuya validez únicamente son necesarios (art. 1128): 1.º El consentimiento de las partes. 2.º Su capacidad para contratar. 3.º Un contenido lícito y determinado (“Un contenu licite et certain”)¹⁸.

En definitiva, dado que, de entre los varios elementos enumerados por el art. 1261 CC, los únicos puestos en tela de juicio en esta tendencia modernizadora del

18 En la estela de la PMCC se coloca, por el contrario, la propuesta de los profesores BOSCH, DEL POZO y VAQUER, que postulan la preservación del concepto de causa del contrato (art. 8). A su juicio, la trascendencia de los efectos que se derivan de todo contrato tanto entre las partes como frente a terceros requiere que los cambios jurídicos que se generen a través suyo estén perfectamente explicados y tengan una configuración que garantice la seguridad jurídica y económica de todas las personas que entre en contacto con él: “Tales cambios jurídicos quedan reflejados en el contrato mediante el recurso a la figura de la causa, entendida como causa objetiva o función jurídica y económica que las partes pretenden obtener a través del contrato que celebran. En concreto, el acuerdo de voluntades que constituye la base del contrato debe incluir, de manera explícita o por la mera designación del tipo contractual, una referencia a la causa o función del contrato. En este aspecto, nuestra Propuesta de Regulación se aleja de la regulación de algunos textos, como el DCFR (cfr. Principio núm. 56), que eluden la referencia a la causa. Sin embargo, entendemos que la presencia de este elemento en el acuerdo de voluntades resulta fundamental para la seguridad jurídica y económica que las partes persiguen mediante la celebración del contrato” (*Teoría general*, cit., pp. 70 y 71).

Derecho contractual son los incluidos en sus ordinales 2º y 3º, en ellos se centrarán a partir de ahora nuestras consideraciones¹⁹.

2. Objeto.

Dice el CC que el contrato no puede existir sin un objeto cierto que constituya su materia.

Según se sabe, existe una añeja polémica doctrinal en torno a qué haya de entenderse exactamente por “objeto” del contrato, ya que la idea de reducir el significado de esta expresión a las simples “cosas y servicios” no condice bien con ciertos tipos contractuales, tales como aquellos que versan sobre un derecho subjetivo o una acción (p. ej., la cesión de créditos) o sobre una controversia o un litigio (transacción). De ahí que, a fin de abarcar estas otras hipótesis, se haya procedido a una dilatación del concepto, postulándose su identificación, ora con la prestación (que es, en puridad, el objeto de la obligación), ora con la propia obligación contractual (que es, en realidad, el efecto inherente a este tipo de negocio jurídico), ora, más ampliamente, con la materia o la realidad social que las partes acotan como base del convenio²⁰.

Sea lo que fuere, lo cierto y verdad es que, como enseguida se comprobará, la función normativa del objeto contractual es más bien limitada y se reduce a cumplir el papel de una rúbrica bajo la cual se colocan los problemas de imposibilidad y los problemas de determinación, toda vez que cuando se habla de su licitud no se hace otra cosa que reiterar uno de los límites de la autonomía de la voluntad ya contenidos en el art. 1255²¹. Nótese, además, que según el DRAE “cosa” es todo aquello que “tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, concreta, abstracta o virtual”, de modo que dentro de dicho término entran las más variadas realidades: las cosas u objetos corporales propiamente dichos; las energías naturales; las creaciones del ingenio, la obra intelectual, el invento; las situaciones de poder de las que los sujetos son titulares; el comportamiento de las personas en cuanto puede proporcionar una utilidad o un valor económico o servicios; el dinero como medida de valor; determinadas *universitates iuris*; los títulos-valores; etc.²²

19 Por su parte, los PLDC, apartándose por completo de esta tendencia revisionista, requieren para la perfección y formación del contrato la concurrencia de consentimiento, objeto y causa, elementos que expresamente tildan (art. 9) de *sustanciales*.

20 Vid., sobre esta cuestión, DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, tomo I: *Introducción. Teoría del contrato*, 6.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 229 y ss.; y RAMS ALBESA, J.: “Comentario al art. 1261”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales* (dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART), tomo XVII, vol. I.º-B, EDESA, Madrid, 1993, pp. 25 y ss.; de este último autor vid. igualmente “El objeto ilícito en los contratos”, en AA.VV.: *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución* (coord. por J. DELGADO ECHEVERRÍA), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 141 y ss.

21 DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos*, cit., p. 234.

22 En esta enumeración deben incluirse también, por su trascendencia económica, “las simples posiciones de Derecho público que son transmisibles, como –entre otros muchos casos que podrían citarse– los llamados derechos de producción (cuotas lecheras, derechos de plantación de viñedo, etc.) o las autorizaciones

En puridad, del régimen jurídico que los arts. 1271 a 1273 dedican a este elemento contractual se colige que, mediante aquella expresión, el Código entiende referirse a las cosas o servicios sobre los que recae el consentimiento de las partes, es decir, a las *realidades materiales* (de carácter físico o jurídico) sobre las cuales ellas pactan y que son el objeto directo de la prestación comprometida (la cual, a su vez, conforma el objeto de la obligación asumida). Y, según se acaba de sugerir, exige que reúnan tres cualidades: el objeto ha de ser lícito (art. 1271.I y II), debe estar determinado (o, cuando menos, ser determinable: art. 1273) y ha de ser posible (art. 1272).

A) Licitud.

El art. 1271.I CC establece que “*pueden ser objeto del contrato todas las cosas que no están fuera del comercio entre los hombres*”, expresión bajo la cual la doctrina suele incluir tanto las *res communis omnium* (no susceptibles de apropiación –el aire, la luz, el mar–) como los bienes de dominio público (vid. art. 339 CC) y los derechos no patrimoniales (p. ej., los derechos de la personalidad). Cuando, sin embargo, la extracomercialidad tenga un carácter relativo por provenir, antes que de la naturaleza del objeto, de una expresa prohibición legal (como cuando una norma penal o administrativa impide el tráfico de un bien a no ser que se cumplan determinados requisitos o concurran ciertas circunstancias), la invalidez del contrato vendrá dada en su caso, no por aquel precepto del Código, sino por la directa conculcación de dicha prohibición (art. 1255).

En cuanto a los servicios, dispone el último párrafo del art. 1271 CC que pueden ser objeto del contrato siempre “*que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres*”. La coincidencia de esta norma con lo establecido en el art. 1255 pone de manifiesto que los contratos que comportan una conducta distinta de un *dare* o que supongan una abstención no tienen en verdad una limitación objetiva propiamente dicha, sino que sobre ellos pesan, sin más, los límites generales de la autonomía de la voluntad²³.

Comoquiera que el requisito de la licitud del objeto puede ser leído, entonces, como una pura aliteración de estos últimos, todas las propuestas antes mencionadas prescinden de él, reputando suficiente lo ya prescrito en sede de disposiciones generales. Así, por ejemplo, a tenor del art. 521-2.2 PCC, “las partes pueden determinar el contenido del contrato del modo que tengan por conveniente, estableciendo las estipulaciones que libremente deseen, siempre que no contravengan las leyes, la

administrativas operativas (licencias de taxi o de apertura de farmacia, por ejemplo)” (DE PABLO CONTRERAS, P.: “Requisitos del contrato”, en AA.VV.: *Curso de Derecho civil (II)*, vol. I: *Teoría general de la obligación y el contrato*, 4.ª ed. Colex, Madrid, 2016, p. 353).

23 RAMS ALBESA, J.: “Comentario al art. 1261”, cit., p. 452. Por tanto, como apostilla el autor, “no hay, hablando con propiedad, una exigencia de que la prestación de hacer o no hacer deba ser estrictamente moral o legal, sino que en la contratación de servicios no se puede incurrir en ilegalidad (contravención de una norma prohibitiva) o dar lugar a la comisión de una inmoralidad”.

moral, la buena fe, ni el orden público"; en tanto que el párrafo segundo del art. 1237 PMCC señala, con redacción casi idéntica, que "las partes podrán obligarse mediante el contrato del modo que tengan por conveniente y establecer las estipulaciones que libremente deseen, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral ni al orden público". Solo el legislador francés recuerda en el primer artículo que abre la sección consagrada al contenido del contrato (el 1162) que "*le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties*". Pero poco añade la norma a la disposición general contenida en el 1102.II: "La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public".

B) Determinabilidad.

Conforme al art. 1273, "*el objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie*", lo que concuerda con la exigencia del 1261 de que el objeto sea cierto. Nótese que, aun cuando el precepto hable de "cosa", el requisito de determinación es lógicamente extensible a los servicios y que, aunque exija la concreción de la "especie", ello no excluye que el objeto del contrato pueda consistir en una cosa genérica: se sobreentiende que, en el contexto de la norma, "especie" es sinónimo de "género", rigiendo para el caso de indeterminación sobre las cosas pertenecientes al género o la especie la regla prevista en el art. 1167 CC²⁴.

El sentido del requisito se capta fácilmente: las partes no pueden quedar vinculadas sin saber cuáles son exactamente las obligaciones que asumen. Ahora bien, una cierta indefinición del objeto es admisible cuando los contratantes convengan al tiempo las bases o criterios sobre los que se realizará la ulterior determinación. Pero para ello es imprescindible, primero, que tales bases no comporten la necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes y, segundo, que no supongan dejar a la voluntad de cualquiera de ellas el cumplimiento del contrato, como ocurriría si la decisión se confiara exclusivamente a una sola o se le permitiera diseñar a su arbitrio los criterios de determinación (vid. art. 1256 CC). Así viene a reconocerlo la segunda proposición del art. 1273, a cuyo tenor "la indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes" (vid. arts. 1447, 1448, 1449 y 1690). Aunque la regla se refiera exclusivamente al *quantum*, es aplicable también cuando la indeterminación afecte a otros extremos, como la calidad (vid. de nuevo art. 1167).

Los criterios que pueden emplearse a fin de alcanzar aquella ulterior determinación pueden ser de tipo objetivo o de tipo subjetivo. Entre los primeros,

24 GARCÍA VICENTE, J. R.: "Comentario al art. 1273", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), tomo VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9141.

en los que no interviene la valoración humana, cabe mencionar, por ejemplo, la fijación del precio en la compraventa por referencia a otra cosa cierta (art. 1447) o por relación al que el objeto vendido alcance “en determinado día, Bolsa o mercado” (art. 1448) o por remisión al que corresponda a tenor de los usos del tráfico (precio *común, usual o de mercado*, aunque también es válido el reenvío –tratándose de servicios profesionales- a ciertos baremos de honorarios). Entre los segundos, es posible citar como caso típico el de remisión a un tercero para la concreción del precio (art. 1447; vid. asimismo art. 1269 en sede de contrato de sociedad). Este tercero arbitrador puede resolver, según decidan las partes, bien en equidad (es decir, conforme al criterio de un hombre razonable –*arbitrium boni viri*-), bien según su leal saber y entender (con el límite que representa la buena fe –*arbitrium merum*-).

La evidente trascendencia que este requisito tiene en orden a la economía del contrato y aun en relación a su mismo concepto²⁵ hace que su regulación sea materia de atención preferente (casi única) por las propuestas de modernización del Derecho contractual español, y ello, en un sentido muy próximo al del propio CC (vid arts. 1277 PMCC y 525-4 PCC). Se advierte, sin embargo, en algún caso una notable (y acaso peligrosa, por la inseguridad jurídica que suscita) flexibilización del mismo al admitirse la fijación unilateral por una de las partes de alguno de los elementos fundamentales del contrato, lo que, se dice, puede resultar apropiado, por ejemplo, cuando se trata de sujetos que mantienen asiduamente relaciones comerciales y que operan, por tanto, sobre una base de confianza que permite superar la rigidez inicial de la estructura contractual. No obstante, a fin de evitar posibles abusos, se prevén mecanismos correctores, de guisa que, si la elección unilateral del precio o del elemento de que se trate no es “razonable”, la parte perjudicada puede exigir su sustitución por otro adecuado a las circunstancias del contrato en cuestión²⁶.

25 Los principales riesgos que las reglas sobre determinación (arts. 1273, 1447, 1448 y 1690 CC) tratan de conjurar son dos: “por un lado, el riesgo de parcialidad, esto es, que una parte pueda fijar, sucesivamente a la celebración del contrato, el alcance preciso del objeto del contrato. Posiblemente si se le confía tal decisión lo fijará en su favor y en detrimento, por tanto, de la otra parte [...]. Por otro lado, el riesgo de arbitrariedad: esto es, que el criterio que se emplee para la determinación plena sea la simple voluntad, sin que se sujete a control alguno, riesgo que enlaza con el anterior. Se prohíbe la arbitrariedad sobre la existencia del contrato (no puede quedar la existencia del contrato al arbitrio de la voluntad de una parte del deudor, no hay contrato si el que se obliga, sólo se obliga si quiere) y también sobre su alcance” (GARCÍA VICENTE, J. R.: “Comentario al art. 1273”, cit., p. 9142). De ahí que (como señala este autor: p. 9144) deba entenderse que no hay arbitrio de parte prohibido cuando la determinación se confíe a uno de los contratantes pero sujeta a criterios preestablecidos y susceptibles de una ulterior fiscalización. Dicho de otro modo: es lícita la determinación unilateral siempre que en el contrato se hayan establecido unos módulos o criterios objetivos que la parte en cuestión se limita a aplicar.

26 Se alude al art. 3.3 de la propuesta de los profesores BOSCH, DEL POZO y VAQUER, que está inspirada en el art. II-9:105 DCFR (*Teoría general*, cit., pp. 57 y 60). Pero, en cuanto al caso señalado por los autores, ¿no es suficiente con la posibilidad que las partes tienen de remitirse al precio *habitualmente* practicado entre ellas? El nuevo art. 1164 del CC francés también admite el pacto por el cual se confía la fijación del precio a una sola de las partes, debiendo esta justificar el montante en caso de contestación por la otra. Ahora, de existir abuso en la determinación del precio, la parte afectada podrá reclamar que se le indemnicen los daños y perjuicios causados y, en su caso, la resolución del contrato.

C) Posibilidad.

La cosa objeto del contrato no tiene por qué tener una existencia actual, pues, según indica expresamente el art. 1271.I CC *in fine*, es admisible que el convenio recaiga sobre cosas futuras. De hecho, es obvio que los servicios revisten siempre y necesariamente ese carácter. Sin embargo, el Código prohíbe tanto la donación de bienes futuros (art. 636) como los pactos sobre la herencia futura (art. 1271.II), lo que equivale a vetar o excluir la sucesión paccionada o contractual. Si el contrato que tuviese por objeto una cosa futura fuese oneroso y una de las partes se hubiese comprometido a satisfacer la contraprestación incluso en el caso de que la cosa no llegara a existir, el negocio será aleatorio. Si, por el contrario, los contratantes hubiesen acordado que la contraprestación solo habría de pagarse en el supuesto de que la cosa llegara a tener existencia, el contrato será conmutativo (y condicional).

Las que, sin embargo, no pueden ser objeto del contrato son, según establece el art. 1272 CC, las cosas o servicios imposibles. Así, ante todo, las cosas que existieron en otro tiempo pero que hayan desaparecido al instante de su celebración. Piensa aquí el Código en las hipótesis de imposibilidad originaria de la prestación, que este cuerpo legal contempla desde la perspectiva de los elementos esenciales del contrato; esto es, el legislador entiende que, al no existir la cosa (p. ej., porque se ha destruido), el contrato es nulo por falta de objeto (vid. art. 1460.I), salva la posibilidad de exigir indemnización de daños y perjuicios (por responsabilidad precontractual) a aquella parte que conocía o hubiera debido conocer la inexistencia de la cosa²⁷.

Sin embargo, es lo cierto que, en el mundo de los conceptos, la imposibilidad originaria de la prestación no tiene por qué suponer un obstáculo a la validez del contrato y al nacimiento de las correspondientes obligaciones, pues la protección del acreedor cuyo interés se haya visto frustrado puede obtenerse por otras vías; en particular, mediante la puesta a su disposición de los mecanismos previstos con carácter general para el incumplimiento: acción resolutoria, adquisición para sí del *commodum representationis* e, incluso, reclamación del interés contractual positivo cuando la contraparte conocía el dato de la imposibilidad y, sin embargo, lo ocultó de mala fe, o cuando, aun sin conocerlo, hubiera debido hacerlo. En cambio, si ambos celebrantes fuesen sabedores de la imposibilidad, parece que el contrato debería reputarse irremisiblemente nulo, pero, entonces, por ausencia de verdadero consentimiento contractual: constituye un absurdo lógico querer vincularse para prestar lo que conocidamente es imposible.

27 Si la imposibilidad originaria no afectase a la totalidad del objeto del contrato, sino solo a parte de él, el contratante acreedor de la prestación parcialmente imposible podrá optar entre la nulidad del negocio o reclamar, preservando su validez, la parte posible con una rebaja proporcional de la contraprestación (vid. art. 1460.II CC).

El hecho de que el CC español conciba todo supuesto de imposibilidad originaria y absoluta como un defecto estructural determinante de la nulidad del contrato se explica por su aferramiento a las viejas enseñanzas del Derecho romano (*ad impossibilia nemo tenetur, impossibilium nulla est obligatio*). Pero ello es consecuencia directa del hecho de considerar como objeto de la obligación “el objeto real (imposible, inexistente) y no el ideal, al que se refiere el contrato; y, asimismo, de hacer gravitar el contenido de la relación obligatoria sólo en la pretensión de cumplimiento, desconsiderando la oportunidad de otros remedios que pueden satisfacer el interés del acreedor en estos casos, fundamentalmente el remedio indemnizatorio”; y es que la imposibilidad inicial no excluye que exista incumplimiento²⁸. O sea: cuando la atención se pone en el aspecto *real* del contenido del contrato, la invalidez se aparece, en las hipótesis de imposibilidad originaria, como la solución “natural”. Sin embargo, cuando se hace hincapié en su vertiente *consensual* y en la composición de intereses que a su través articulan las partes, los remedios frente al incumplimiento se presentan como la alternativa lógica. Todo ello, claro está, abstracción hecha de posible anulación del contrato por otras causas; muy señaladamente, por el error padecido por el deudor; siempre que el mismo sea sustancial y concurran los requisitos exigidos para que pueda ser reputado relevante.

Quizás sea esta la razón por la que en los textos de modernización no se detectan prácticamente alusiones a la posibilidad o imposibilidad del contenido del contrato. Una referencia nítida solo se encuentra en la PCMM en sede de compraventa al proponerse la siguiente redacción para el primer párrafo del vigente art. 1460 CC en la dirección recién apuntada: “La imposibilidad de entregar la cosa por causa anterior a la celebración del contrato no impide al comprador que hubiera confiado razonablemente en su posibilidad ejercitar los derechos derivados del incumplimiento conforme al régimen de cada uno de ellos”²⁹.

D) A modo de conclusión.

En definitiva, la actual regulación que el CC dedica al objeto del contrato únicamente cuenta con verdadera enjundia en la medida en que por su medio se impiden fijaciones arbitrarias del contenido contractual y, por tanto, tiene trascendencia en todo lo que atañe a su determinación. No así en los restantes aspectos, que carecen de sustantividad o la tienen muy mermada.

28 MORALES MORENO, A. M.: “Adaptación del Código civil al Derecho europeo: la compraventa”, en *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 118 y 119.

29 Vid. también art. 4.102 de los PECL.

3. Causa.

A) ¿Causa del contrato o causa de la obligación contractual?

El art. 1261.3.º CC exige, como último requisito *sine qua non* del contrato, la concurrencia de una “causa de la obligación que se establezca”, elemento cuyo régimen jurídico viene desarrollado en los arts. 1274 a 1277.

El primero de tales preceptos, abundando en la misma dirección, define qué sea la “causa de la obligación”: “En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor”.

Por tanto, de los arts. 1261.3.º y 1274 CC se colige rectamente que la causa es un requisito de la obligación nacida del contrato, y no de este en sí.

Sin embargo, esta conclusión, que en principio se aparece tan clara a la luz de los textos citados, deviene oscura cuando se contrastan los restantes preceptos consagrados a la materia, ya que en ellos, contrariamente, la causa parece concebirse como un requisito, no de la obligación contractual, sino del contrato en tanto que negocio jurídico. Así lo pondría igualmente de manifiesto la rúbrica de la sección que integran los arts. 1274 a 1277 (que es la tercera del capítulo II, título II, libro IV), puesto que en ella se lee el siguiente lema: “De la causa de los contratos” (y no de la obligación contractual).

Semejante disparidad de perspectivas ha propiciado una honda división doctrinal a la hora de describir y definir el elemento que nos ocupa, de suerte que mientras algunos autores ponen el acento en la letra de los arts. 1261.3.º y 1274 –estimando consiguientemente que la causa es un requisito de la obligación–, otros (y la jurisprudencia con ellos) hacen hincapié en las demás normas que el Código dedica a la cuestión –entendiendo de esta guisa que la causa es un requisito del contrato–. Mas ambas tesis tienen un punto de razón, porque un cuidadoso análisis de los precedentes revela que el Código acoge en su seno dos diferentes acepciones del término, las cuales son el fruto de un largo devenir histórico: la primera, que refiere ciertamente este elemento a la obligación contractual, encuentra reflejo en los arts. 1261.3.º y 1274 CC y tiene su origen en las tesis de los dos grandes juristas franceses que idearon este concepto, a saber, DOMAT (siglo XVII) y POTHIER (siglo XVIII); la segunda, la causa del contrato, aparece en cambio aludida en los arts. 1262, 1275, 1276 y 1301, y es, por su parte, el resultado de una no muy acertada intelección por los redactores del *Code* francés de 1804 de las enseñanzas de

aquellos dos autores. Ambas nociones terminaron confluyendo en nuestro Código civil por obra y gracia de GARCÍA GOYENA y del proyecto isabelino de 1851³⁰.

B) Causa de la obligación: artículos 1261.3.º y 1274 CC.

Según la común opinión de los autores que militan en esta tesis, cuando los arts. 1261.3.º y 1274 exigen “una causa de la obligación que se establezca” lo que están exigiendo, en realidad, es la concurrencia de una razón que explique el porqué de su asunción por el deudor. Pues en la medida en que la obligación derivada del contrato supone una atribución patrimonial para el acreedor –en tanto le confiere un derecho a exigir; que aumenta su patrimonio y le enriquece– debe contar con un fundamento justificativo. La causa de la obligación no sería, entonces, más que una simple reiteración (para el ámbito del contrato) de uno de los principios generales que inspiran el Derecho civil patrimonial español, principio conforme al cual toda atribución de este tipo (de carácter patrimonial) debe contar con un fundamento o “causa” que explique o justifique el desplazamiento que (actualmente o en potencia) ella comporta³¹.

A partir de esta premisa –sigue diciendo la *communis opinio*–, el Código, al definir la causa de la obligación en su art. 1274, estaría haciendo dos cosas³²: en primer lugar, estaría objetivándola, esto es, prescindiendo de las razones personales o motivos que hubiesen podido inducir a cada parte a obligarse y considerando como causa, entonces, una razón jurídica *tipo*: siempre idéntica para cada clase de contrato; y, en segundo lugar, estaría aclarando que, al ser la causa un requisito de la obligación, en cada contrato deben existir tantas causas como obligaciones asuma cada parte.

En concreto, aquella razón jurídica *tipo* sería la siguiente: a) en los contratos sinalagmáticos, la causa de la obligación que asume cada contratante consiste en la contraída por la otra: cada una de ambas obligaciones sinalagmáticas o interdependientes actúa como razón jurídica o “causa” de la correspondiente³³, lo que explicaría, precisamente, tanto la posibilidad de instar la resolución del contrato en caso de incumplimiento (art. 1124 CC) como la de pretender la modificación ulterior del contrato si se produjera una alteración sobrevenida de las circunstancias de tal calibre (respecto de las tomadas en consideración al momento de contratar) que diera lugar a una auténtica quiebra en su economía (cláusula *rebus sic stantibus*); b) en cambio, en los contratos de *pura beneficencia*, es decir, en las donaciones puras,

30 Para una más precisa y detallada descripción de esta evolución histórica, vid. GALICIA AIZPURUA, G.: *Causa y garantía fiduciaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 58 a 121.

31 LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. de A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. Iº, 5ª ed. (revisada y puesta al día por F. RIVERO HERNÁNDEZ), Dykinson, Madrid, 2011, p. 423.

32 DE PABLO CONTRERAS, p.: “Requisitos”, cit., p. 356.

33 En la compraventa, por ejemplo, la obligación de pago del precio por el comprador tendría su causa en la asumida por el vendedor de entregarle la cosa vendida, y viceversa.

la causa de la atribución vendría suministrada por la mera liberalidad del bienhechor, o sea, por la simple voluntad del atribuyente y, en consecuencia, sin necesidad de ningún corresponsivo; de esta guisa, lo que el CC vendría a establecer respecto de ellas es que la obligación de dar contraída o la atribución realizada a título gratuito no dependen institucionalmente en su existencia o subsistencia de otra atribución o promesa³⁴; c) en fin, en los contratos *remuneratorios*, entendiendo por tales las donaciones *remuneratorias*, la causa consistiría en el servicio o en el beneficio remunerados, puesto que lo que caracteriza a este tipo de donaciones es el hecho de que a la razón de querer proporcionar una ventaja a la otra parte se añade un motivo singular que justifica la liberalidad: recompensar un servicio o tarea que el gratificante recibió en el pasado del gratificado y que, o bien era inexigible (art. 619 CC), o bien se prestó desinteresadamente y sin pedir entonces ninguna retribución.

Sin embargo, esta forma de entender la causa de la obligación la transmuta en un elemento superfluo, y ello por las siguientes razones³⁵: 1.ª En lo que atañe a los contratos onerosos, porque la causa de la obligación, así concebida, no añade nada a las previsiones ya contenidas en los dos primeros apartados del art. 1261: la cosa o el servicio a prestar por cada parte conforman el objeto de la prestación, y en cuanto tal objeto han de reunir las cualidades de existencia y posibilidad (actual o futura) impuestas por la ley³⁶. 2.ª En lo que respecta a los contratos gratuitos, porque la mera liberalidad del bienhechor no es otra cosa que el móvil que impulsa la disposición, es decir, una circunstancia que lleva al atribuyente a querer el acto, con lo que se estaría llamando “causa” a algo que, en verdad, es un elemento integrante del consentimiento (art. 1261.1.º).

Frente a este parecer, ha de afirmarse que lo que los arts. 1261.3.º y 1274 CC exigen no es la presencia de una razón jurídica “objetiva” o de un porqué de la obligación asumida por el deudor mediante contrato cualquiera que sea la clase de esta, pues semejante cuestión ya está contemplada en el apartado primero de aquella norma. El problema que el legislador se representa en ellos es otro. Pero, para mejor comprenderlo, conviene realizar dos apuntes previos:

1.º El primero consiste en advertir que, contra lo que es creencia mayoritaria, el art. 1274 CC no alude con la expresión “contratos remuneratorios” a las donaciones de tal clase. Así lo demuestran los comentarios que GARCÍA GOYENA dedicara a los arts. 940, 976 y 977 del proyecto de 1851³⁷, pues para él las donaciones remuneratorias eran simples donaciones, debiendo quedar sometidas en todo a las disposiciones generales establecidas para ellas. Por el contrario, con aquella locución

34 LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos*, cit., p. 426.

35 Para una crítica más completa vid. GALICIA AIZPURUA, G.: *Causa*, cit., pp. 20 a 42.

36 LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos*, cit., p. 426.

37 Vid. GALICIA AIZPURUA, G.: *Causa*, cit., pp. 107 a 111 y 124; LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos*, cit., p. 425.

(empleada igualmente en el art. 997 del proyecto, antecedente del actual 1274) el jurista navarro se refería a los contratos que, si bien en principio son unilaterales y gratuitos por naturaleza (al surgir de ellos obligaciones solo a cargo de una de las partes), transmutan en onerosos por voluntad de los contratantes: tal sería el caso, verbigracia, del préstamo a interés o del depósito remunerado. De donde se deriva que el servicio o el beneficio que se remunera no es, en el art. 1274, uno que no conforma deuda exigible (cfr. art. 619), sino el que una de las partes proporciona a la otra, precisamente, a través del contrato comprometiendo su integridad económica o personal: por ejemplo, el servicio que el depositario ofrece al depositante mediante la custodia de la cosa objeto del contrato, o el beneficio que el prestamista proporciona al prestatario mediante la inversión o empleo de la suma que le ha prestado. Tales son el servicio y el beneficio que, aun cuando normalmente se suministran sin contraprestación, son susceptibles de ser *remunerados* y generar una obligación a cargo de quien los recibe (conformando su “causa”); por ello, o sea, por no conllevar estructuralmente en modo necesario sacrificios para ambas partes, estos contratos son, en el precepto, objeto de categorización separada respecto de los naturalmente onerosos (los sinalagmáticos). En resumen, la causa en los contratos remuneratorios no es la causa de las donaciones remuneratorias, negocio, este, de pura y simple beneficencia. El art. 1274 apunta cuál sea la causa, ya en los contratos necesariamente onerosos (los que *per se* son bilaterales o sinalagmáticos), ya en los que lleguen a serlo únicamente por acuerdo de los intervinientes (los unilaterales que, sin embargo, vienen tintados de onerosidad por pacto), ya en los gratuitos.

2.º Es verdad que toda obligación conlleva un correlativo derecho del acreedor a exigir el cumplimiento de la prestación, así como un poder de agresión sobre el patrimonio del deudor para hacerla efectiva. En este amplio sentido, puede aseverarse que la obligación constituye una atribución patrimonial al acreedor; atribución que, en el ordenamiento español, ha de contar con un fundamento justificativo o, lo que es igual, con una causa justificativa que explique la adquisición de tal posición jurídica, tal cual sucede también en el ámbito de los derechos reales (art. 609): así, un contrato válido o una expresa disposición legal (art. 1089). Ahora bien, lo que no es en absoluto cierto es que, por aquel mero hecho, toda obligación suponga un enriquecimiento para el acreedor; es decir, un efectivo beneficio que aumenta su patrimonio, pues hay algunas obligaciones contractuales que, por su consistencia, no implican el ingreso de un elemento nuevo en el haber del titular del crédito, ni una pérdida efectiva ni real desventaja para el deudor: tal es el caso, por ejemplo, de una obligación de contenido netamente patrimonial como la de restitución de la cosa infungible cuyo uso se prestó o la de la fungible cuya propiedad se adquirió con el compromiso de devolver otro tanto, la cual tiene por finalidad reequilibrar un desplazamiento previo, pero que, por voluntad de las partes, ostentaba carácter provisional. Por tanto, es lícito concluir que, en este nivel más específico, no toda obligación conlleva *per se* una atribución para el acreedor; es decir, el ingreso de una

ventaja de la que hasta entonces carecía y que verdaderamente le favorece; o sea, hay obligaciones atributivas junto a otras que no lo son³⁸.

Si se tienen presentes estas dos consideraciones, enseguida se echa de ver cuáles son exactamente el sentido y la función del art. 1274 CC³⁹: la norma no piensa para nada en la razón o el motivo por el que el deudor asume una obligación cualquiera mediante contrato (cuestión que atañe únicamente al consentimiento: art. 1261.1.º), sino que centra su atención en el empobrecimiento que, en ocasiones, su asunción lleva aparejada para aquel, exigiendo, en tales casos (y solo respecto de ellos), la concurrencia de un fundamento que lo justifique. Explicado de otro modo: si bien es cierto que toda obligación constituye una atribución patrimonial para el acreedor (en la medida en que le otorga el derecho de exigir al deudor el cumplimiento de una prestación), y que, por tanto, ha de contar siempre para su existencia con una fuente, fundamento u origen de índole legal o voluntario (“causa de la atribución” en sentido amplio), no cualquier obligación supone su enriquecimiento, es decir, el ingreso en su patrimonio de una ventaja o beneficio *nuevos*. Pues bien, el art. 1274 CC, rectamente interpretado, alude única y exclusivamente a las obligaciones convencionales que conlleven tal enriquecimiento, y es solo respecto de ellas que exige la concurrencia de una causa (“causa de la obligación” en sentido específico) para que puedan nacer válidamente por vía contractual. De esta guisa, en los contratos necesariamente onerosos, el fundamento del sacrificio que padece el deudor se halla en el corresponsivo (o expectativa de él) que percibe en cambio y que tiene la virtud de nivelar tal merma; en los remuneratorios, esto es, en aquellos que son circunstancialmente onerosos, el fundamento del sacrificio que padece el gravado con la obligación de retribuir se localiza en el servicio (depósito, mandato) o beneficio (mutuo) que obtiene de la otra parte negocial; en fin, en los de pura beneficencia, en los que no se recibe ninguna compensación por la atribución que se confiere —sea de índole dispositiva (donación), sea de otro carácter (servicios o beneficios facilitados al otro contratante)— el empobrecimiento encuentra sustento, simplemente, en el ánimo liberal del sacrificado. Viceversa, cualquier otro tipo de obligación contractual que no comporte una real y nueva ventaja para el acreedor, ni un efectivo y nuevo sacrificio del deudor; no requiere de una causa o justificación especial al instante de su creación por voluntad de las partes; por ejemplo, la que consiste en la restitución de la cosa arrendada, prestada, pignorada o depositada, la

38 En el bien entendido que las primeras no han de implicar ineludiblemente una merma patrimonial para el deudor; ni un incremento económico para el acreedor; aunque sí una ventaja de la que, de otro modo, no gozaría. Ejemplo de lo primero sería la prestación de unos servicios, la cual, desde luego, enriquece al destinatario con un valor creado *ex novo* sin que el agente sufra, empero, ninguna pérdida. Ejemplo de lo segundo sería el deber de guardar secreta la filiación verdadera de una persona, asumido por contrato, por quien, en otro caso, no tendría obligación de reservar la noticia; o el de quien se obliga, a cambio de una contraprestación, a no cultivar crisantemos en su jardín porque su vista suscita dolorosos recuerdos en el vecino.

39 Vid. GALICIA AIZPURUA, G.: *Causa*, cit., pp. 121 a 158.

cual únicamente exige un presupuesto lógico para su efectividad –la previa entrega-, pero no una causa que sustente una inexistente atribución patrimonial⁴⁰.

En definitiva, el requisito de la causa de la obligación ex arts. 1261.3.º y 1274 CC solo ostenta un sentido, resumible en lo siguiente: para que el contrato tenga la virtualidad de generar obligaciones que supongan, *ex novo*, sacrificios económicos o personales para una o ambas partes, estos, o bien han de estar compensados por una ventaja específicamente destinada a suplirlos, o bien han de obedecer al ánimo liberal del deudor que los padece; o sea: cuando la obligación pactada importe una efectiva atribución para el acreedor y un correlativo sacrificio para el deudor, debe detectarse necesariamente un fundamento (causa) de ella, fundamento que solo viene suministrado, a tenor del art. 1274, ya por la obtención de una ventaja paralela que tenga por fin sustituir en concreto el sacrificio, ya por la simple liberalidad del (en tal hipótesis) bienhechor. Sin embargo, si la obligación convenida no conlleva ni atribución para el acreedor –la adquisición por este de un *quid* nuevo e inexistente en su patrimonio hasta el instante de la celebración del negocio-, ni sacrificio para el deudor –un gravamen igualmente nuevo sobre su patrimonio-, no será necesaria una causa o fundamento singular para su generación mediante contrato.

De lo expuesto se sigue que el requisito previsto en los arts. 1261.3.º y 1274 CC, a diferencia de lo que ocurre con el consentimiento o con el objeto, no tiene la consistencia de un elemento contractual, ni es un componente constitutivo de la obligación. Se trata, simplemente, de un límite a la autonomía de la voluntad, un filtrado de la aptitud del contrato en lo que atañe a la generación misma de la obligación *atributiva*, por medio del cual el legislador evita que el empobrecimiento de los particulares ocurra en cualquier modo o manera: las transacciones económicas acordadas entre ellos únicamente han de tener la virtualidad de afectar a la consistencia de sus respectivos patrimonios cuando las atribuciones que importan cuenten con un *quid* que reequilibre la merma padecida, pues, de otro modo, solo la intención liberal constituirá causa suficiente de semejante efecto. Un ejemplo de contrato que, teniendo objeto y consentimiento íntegros y regulares, carece, sin embargo, de causa de la obligación *atributiva* que produce lo constituye la fiducia *cum creditore* o, más genéricamente, todo convenio de cesión fiduciaria de la plena

40 Es verdad que si, por ejemplo, el prestatario fuese forzado a devolver –o restituyese espontáneamente- la cantidad prestada sin que el prestamista se la hubiera, en verdad, entregado, este se enriquecería inmotivadamente y aquel se empobrecería injustificadamente. Pero, aparte de que este resultado solo podría darse –de entre todos los contratos que generan una deuda de restitución- en el mutuo –dada la fungibilidad de su objeto (art. 1740)-, la atribución sin causa que en la hipótesis se produce no tiene lugar en el momento de la celebración del contrato y a raíz de la simple asunción de la deuda, sino más tarde y a resultas de una situación irregular –el prestatario pagó, quizás, por error-; luego el empobrecimiento es coyuntural y no inherente a la misma obligación. En semejante caso se habla de “atribución sin causa” con el significado de “atribución carente del correspondiente e imprescindible fundamento jurídico”, con lo que la palabra “causa” se usa, ahora, en el sentido amplio que arriba se ha mencionado: toda obligación ha de contar con un *quid* que explique la adquisición de la posición jurídica de acreedor y que justifique el subsiguiente desplazamiento patrimonial, con una fuente que ha de ser jurídicamente perfecta. Mas este no es el sentido específico que al término asigna el art. 1274 CC, el cual se predica exclusivamente de la creación mediante contrato de obligaciones que por sí mismas generan una pérdida económica o un sacrificio personal del gravado que anteriormente –antes de su nacimiento- no padecía.

titularidad de bienes o derechos en garantía de un crédito. Por lo que debería reputarse nulo en nuestro ordenamiento civil⁴¹.

Conviene cerrar esta exposición acerca del significado de la causa de la obligación con dos precisiones:

I.^a Su función se desenvuelve y, a la par, se agota, en el preciso instante de convenirse la obligación o, lo que es igual, en el preciso instante de perfeccionarse el contrato: si la obligación atributiva satisface este requisito, nacerá a la vida jurídica y el contrato será de todo punto regular; siempre, claro está, que concurren asimismo el consentimiento de los celebrantes y un “objeto cierto” que constituya su “materia”; en cambio, si rebasa el límite causal, la obligación no podrá surgir válidamente y el contrato habrá de decaer; siempre que la obligación defectuosa merezca la consideración de principal. Esto es lo que el legislador –que fija su atención en obligaciones de tal calibre, o sea, en obligaciones principales (art. 1274)- quiere significar cuando dispone que “no hay contrato” en ausencia de una “causa de la obligación que se establezca” (art. 1261). Pero para que lo haya basta con que se haya convenido el ingreso en el patrimonio del deudor de un corresponsivo o promesa de él específicamente destinado a corregir su pérdida o con que, de otro modo, concorra su ánimo liberal. Así pues, una vez superado ese trance, el requisito causal ya no desempeña misión alguna y, por ende, no ejerce influjo de ningún tipo en la vida –en el desenvolvimiento ulterior- del contrato o de la obligación misma. Expresado de otra forma: comoquiera que la causa no supone más que una restricción a la autonomía de la voluntad, la única pregunta formulable a su respecto es la de si ha sido o no respetada; sin embargo, sería absurdo, una vez obtenida una respuesta positiva, cuestionarse la posibilidad de una desaparición “sobrevenida” de la causa.

Es por ello que, tratándose de obligaciones sinalagmáticas, ninguna deficiencia jurídica cabe apreciar en el plano estructural o de validez del negocio, ni de las obligaciones que de él derivan, por el hecho de que alguna resulte incumplida, ora culposamente, ora al haber devenido imposible la realización de la prestación. Este problema incumbe, en puridad, a un contrato perfecto y a una obligación ya nacida, y pertenece, entonces, a un orden lógico distinto de aquel en el que se sitúa el requisito causal; o sea, es un problema que se ubica en otro nivel: obviamente, el del cumplimiento contractual; el de la economía del contrato. Esta afirmación condice, por lo demás, con la forma en que operan los remedios articulados por el legislador para las hipótesis de inexecución (acción resolutoria, *exceptio non adimpleti contractus*): ellos no conllevan jamás la aniquilación absoluta del negocio, ni ponen en entredicho su subsistencia, sino solo la de la relación jurídica de él derivada.

41 Vid. GALICIA AIZPURUA, G.: *Causa*, cit., pp. 207 a 221.

2.ª Si, fuera de las hipótesis en que concurra la mera liberalidad del bienhechor; la causa de la obligación atributiva solo puede venir suministrada por una ventaja paralela adquirida por el deudor que palie su empobrecimiento (art. 1274 CC), forzosamente hay que concluir que tal ventaja ha de presentar una muy determinada consistencia para que el límite causal pueda estimarse satisfecho: ha de tratarse de un beneficio que vaya específicamente dirigido a compensar o reemplazar patrimonialmente la pérdida que padece el obligado o, lo que es igual, ha de tratarse de un beneficio que tenga por fin sustituir en concreto el sacrificio en cuestión. Ahora bien, que la prestación, la promesa, el servicio o el beneficio percibidos por el deudor hayan de estar singularmente destinados –en el plan de intercambio convenido con el acreedor- a suplir la pérdida patrimonial que el primero compromete, no significa que deba existir un equilibrio objetivo o una perfecta equivalencia económica entre las prestaciones (o, mejor, entre la obligación y su causa), pues el CC español, asentado sobre los postulados del liberalismo económico, suprime toda traba, aun indirecta, a la libre y espontánea formación de los precios en el mercado (vid. art. 1293 CC); es decir, lo único que nuestro legislador sustrae al precepto de la autonomía privada es la efectiva convención de un corresponsivo que reemplace el empobrecimiento en que incurre el gravado al asumir contractualmente una obligación atributiva, pero, una vez cumplido o satisfecho este requisito, la obligación nace sin necesidad de que guarde, en su entidad económica, una concreta medida o proporción con respecto a la prestación recibida en cambio.

C) Causa del contrato: artículos 1262.I, 1275, 1276 y 1301 CC.

Al margen de lo estipulado en los arts. 1261.3.º y 1274 CC, no es posible encontrar de nuevo en el CC el concepto recién definido de causa de la obligación. Pues, por muy cercanos que se hallen a este último en su ubicación sistemática, el sentido que se esconde tras el uso de la palabra “causa” en los arts. 1262.I, 1275, 1276 y 1301 CC es otro distinto: en ellos el término equivale (ahora sí) a la razón o el motivo del obrar de las partes. La explicación a tan radical mutación de significado entre unos y otros preceptos se encuentra, como ya se ha sugerido, en los antecedentes históricos, en los que no procede ahondar ahora⁴².

Es por ello que, hoy, una buena parte de nuestra doctrina y jurisprudencia identifican la causa, simplemente, con la razón que mueve a las partes a contratar; o sea, con el fin o el resultado que estas pretenden conseguir a través del contrato y para lo que buscan o esperan el amparo del ordenamiento jurídico. Dentro de esta perspectiva, es además habitual distinguir entre dos clases de causa: una “objetiva” y otra “subjetiva”. La primera no sería sino la función económica que el contrato está llamado a satisfacer y se identificaría, entonces, con el tipo de transacción que las partes desean efectuar: en la compraventa, el intercambio de cosa por precio; en el

42 Vid. GALICIA AIZPURUA, G.: *Causa*, cit., pp. 98 a 105 y 158 a 171.

arrendamiento, el intercambio de uso del bien por una renta; etc. Pretendidamente, esta vertiente de la causa encontraría reflejo en los arts. 1262.I y 1274 CC (aunque ya se ha visto que, a tenor de los precedentes, no es tal su sentido) y permitiría conferir al contrato celebrado una más fuerte o más débil eficacia en atención a su carácter oneroso o gratuito⁴³, amén de extender –por medio de la analogía- a los negocios atípicos la disciplina establecida por el legislador para los típicos.

Pero comoquiera que los preceptos que el Código consagra al tema de la causa toman en consideración no solo aquel fin objetivo, sino también –bajo ciertas condiciones y a ciertos efectos- los motivos particulares que, en el caso singular, han podido llevar a las partes a celebrar el contrato, estos autores defienden la existencia, además de aquella, de una noción “subjetiva” del término: se trataría de la denominada “causa concreta” (o “subjetiva”), expresión con la que se alude a los motivos o propósitos particulares que han podido incidir en la celebración del contrato y que han de adquirir relieve jurídico en esa calidad –en la de causa del contrato- si concurren determinadas circunstancias y presupuestos.

Sin embargo, tal y como habrá oportunidad de comprobar seguidamente, cuando este sector doctrinal emplea la palabra “causa” en cualquiera de los dos sentidos recién descritos, en realidad no está designando –contra su creencia- un elemento contractual diferente al contemplado en el apartado primero del art. 1261, es decir, diferente al consentimiento. Quiere decirse con ello que las alteraciones, anomalías o irregularidades que estos autores (y aun el propio legislador) sitúan en la órbita de la “causa” son en puridad problemas que, aunque puedan reclamar soluciones jurídicas diversas, se ubican en la dimensión subjetiva del negocio.

Dice el art. 1275 CC que “los contratos sin causa [...] no producen efecto alguno”, en tanto que, por su parte, el 1276 dispone que “la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita”. Pero ¿qué son contratos sin causa o con causa falsa?

La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia españolas asevera que los primeros son los contratos absolutamente simulados, mientras que los segundos son los que lo están relativamente. Pues comoquiera que, a su criterio, la causa no es sino el fin o propósito que las partes tratan de colmar a través de la celebración del contrato y mediante el aparente no persiguen ninguno, o persiguen otro distinto al que declaran, los primeros, como se ha dicho, carecerían completamente de ella,

43 “Al lado de la firmeza y solidez de unas (p. ej., causa onerosa y con buena fe), se encuentran relaciones frágiles, entre los mismos titulares de la relación (p. ej., revocabilidad, facultad de reclamar lo dado) o de mayor o menor intensidad (responder o no responder por evicción o por negligencia), y, en general, esa diversidad de las causas origina el valor relativo de las titularidades, cuando ellas chocan con otras (p. ej., con las de los legitimarios, con las de otros acreedores); todo lo que resulta en la clasificación de los créditos, con sus privilegios unos, y otros con la condición de rescindibles, reducibles o no oponibles.” [DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, INEJ, Madrid, 1967, pp. 167 y 168 (reed. facsímil de Civitas, Madrid, 1985)].

mientras que los segundos estarían expresando una causa distinta de la realmente querida y, por ende, *falsa* (en el sentido de *mentida*). Así, si en las hipótesis de simulación absoluta el contrato ha de estimarse siempre radicalmente nulo por mor de lo dispuesto en el art. 1275 CC, en las de simulación relativa la validez del convenio (en puridad, del contrato disimulado) puede llegar a salvaguardarse gracias a lo establecido en el 1276⁴⁴.

Sin embargo, esta tesis resulta desafortunada por diversas razones⁴⁵, entre las que se halla la no menos importante de que, de esta guisa, se vacía a los arts. 1275 y 1276 de auténtico contenido normativo, convirtiéndolos en una pura aliteración de lo establecido en el 1261.1.º: claro es que el contrato en el que se simula la “causa” debe considerarse nulo, pero no por falta de ella, sino por ausencia de consentimiento. Pues del mismo modo que no lo hay cuando las partes yerran sobre la naturaleza del negocio que pretenden celebrar (disenso: art. 1262.1), tampoco existe cuando fingen convenirlo sin desear sus consecuencias. O sea: cuando se dice que un contrato simulado es un contrato carente de causa, se está diciendo, en realidad, que es un contrato carente de consentimiento, ya que la palabra “causa” se utiliza como un inútil circunloquio para designar lo que no es más que el contenido de la voluntad interna de los contratantes.

Frente a esa generalizada forma de leer los arts. 1275 y 1276 existe otra que, aparte de resultar más coherente con su tenor literal, dota a sus prescripciones de una neta y específica consistencia jurídica. Se trata de aquella que se desprende de los comentarios que GARCÍA GOYENA dedicó a los arts. 998 (“La obligación, fundada en una causa falsa o ilícita, no produce efecto legal”) y 999 (“El contrato será válido, aunque la causa en él expresada sea falsa, con tal que se funde en otra verdadera”) del proyecto de 1851, precedentes inmediatos de los que ahora se analizan. En efecto, por medio de estas normas el jurista navarro buscó simplemente la inversión de la regla romana *falsa causa non nocet* aplicada en el ámbito de las donaciones y disposiciones de última voluntad, para que, de este modo, el error sobre el móvil impulsivo del negocio (ante todo, del gratuito) tuviera auténtica trascendencia invalidante: en su opinión, si la *causa*, es decir, el *móvil* que indujo al testador o al donante a disponer; constituía la parte fundamental y esencial de la atribución, su *falsedad* (el error sobre ella) había de propiciar la nulidad del acto; y así pasó a establecerlo a salvo la siguiente excepción: que se demostrara la concurrencia en el supuesto concreto de otra causa (verdadera) en cuya consideración pudiera haberse celebrado el contrato.

44 Un excelente y exhaustivo análisis del tratamiento jurisprudencial del fenómeno simulatorio puede encontrarse en GARCÍA VICENTE, J. R.: *La simulación de los contratos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur, Menor, 2017, *passim*.

45 Vid. GALICIA AIZPURUA, G.: *Causa*, cit., pp. 111 a 118 y 160 a 167.

Precisamente esto es lo que quiere significar hoy a la letra el art. 1276 CC, ya que si bien nuestro legislador retornó al modelo romano en relación a las atribuciones *mortis causa* (vid. art. 767), mantuvo la solución ideada por GARCÍA GOYENA para los contratos y, en especial, para las donaciones; es decir, el art. 1276, al hablar de causa falsa, alude a un defecto subjetivo; alude a “la creencia de que se da o existe un presupuesto que falla en la realidad y que era motivo determinante de la obligación asumida por un contratante”⁴⁶, de manera que, probada su falta, el contrato deviene anulable por este concepto como no se acredite la presencia de otro móvil (real y verdadero) impulsor del acto. “Tal es el significado del art. 1276 en relación a las donaciones, a las cuales se aplica directamente; y no (por analogía) el 767, el cual, por tanto, es específico de los actos *mortis causa*”⁴⁷. Luego tanto este precepto como el 1275 se refieren a la causa subjetiva o concreta, siendo su misión la de conferir relieve jurídico, de conformidad con el 1301, al error recayente sobre el móvil determinante de la celebración del contrato y ensanchar, así, el concepto que de este vicio aparece plasmado en el 1266⁴⁸.

Se acaba de comprobar cómo nuestro Código establece y acepta la eficacia invalidante del error sobre los motivos que hubieran podido inducir a las partes a contratar, siempre que en alguna manera hayan pasado a conformar un presupuesto del negocio, su “base”; lo que en sintética locución se ha dado en llamar la causa “concreta” o “subjetiva” (o, también, los motivos “casualizados”). Pues, en efecto, cuando aquellos se refieran a circunstancias pretéritas a la convención o coetáneas a ella y hayan sido contempladas (o presupuestas) por los contratantes como condiciones determinantes del negocio, lo que estará en juego será el conocimiento de las mismas⁴⁹, y su fallo conllevará inexorablemente un vicio en el consentimiento (error).

Ahora, si nuestro ordenamiento admite de manera expresa y con total naturalidad la trascendencia jurídica de los motivos en el sentido recién explicado, es decir, en el plano de los vicios del consentimiento, tampoco debe existir inconveniente para,

46 LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos*, cit., p. 440.

47 LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos*, cit., p. 440.

48 La intelección propuesta no viene desdicha por la contundente literalidad del citado art. 1275, a cuyo tenor el contrato sin causa “no produce efecto alguno”. Esta locución, lo mismo que la empleada por su antecesor (art. 998 del proyecto), no persigue establecer una suerte de nulidad absoluta e insanable del contrato fundado en una causa falsa (o, lo mismo da, del contrato “sin causa”), sino reflejar con plena nitidez, frente a la solución histórica de signo contrario, la trascendencia invalidante del error sobre el móvil impulsivo del negocio. Por tanto, no debe adjudicarse a tal expresión mayor alcance que el que aparece definido en el art. 1301 CC, cuyas previsiones resultan plenamente congruentes con el tipo de anomalía en cuestión (una mera tara en el consentimiento): a su tenor, el contrato con causa falsa es meramente anulable durante un plazo de cuatro años contados desde la consumación del contrato; y no radicalmente nulo. De todos modos, para que el error sobre el móvil determinante posea eficacia invalidante es preciso, tratándose de contratos onerosos, que dicho motivo haya sido compartido por ambas partes, es decir, que las dos hayan participado en la representación de la circunstancia determinante de la celebración del pacto, lo que deberá dilucidarse conforme a criterios corrientes. En cambio, en las donaciones, el conocimiento o la ignorancia por el favorecido de la causa que impulsó al gratificante ha de juzgarse, muy probablemente, irrelevante.

49 MORALES MORENO, A. M.: voz “Causa”, en AA.VV.: *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo I, Civitas, Madrid, 1995, p. 962.

en una perspectiva distinta, adjudicársela asimismo cuando tales motivos, en lugar de contemplar hechos pasados o presentes, aludan a circunstancias futuras, siempre que la verificación de estas haya sido presupuesta por las partes y pueda entenderse al modo de una condición tácitamente convenida por ellas⁵⁰.

Ejemplo ilustrativo de este supuesto sería aquel en el que el fin único por el que los compradores adquirieron el solar y el vendedor lo enajenó fue edificar en él, ocurriendo después que la edificación no puede materializarse por modificación de la normativa urbanística⁵¹; o el caso en el que dos personas acuerdan la futura creación de una sociedad con un fin de promoción inmobiliaria a la que una de las partes ha de aportar un derecho de opción de compra sobre cinco fincas cuyo valor la otra satisface parcialmente en metálico en ese mismo instante, siendo así que las fincas no llegan a ser calificadas como urbanizables y que la promoción deviene irrealizable⁵². A ellos puede añadirse el que representan los contratos conexos o íntimamente vinculados entre sí, como los que con frecuencia se celebran en el ámbito del consumo: verbigracia, contrato de financiación celebrado al objeto de costear la adquisición de un determinado bien o servicio proporcionado por el propio prestamista (o por un tercero, mas mediando previo acuerdo con este – art. 77 TRLGDCU-); el préstamo, obviamente, solo se quiere –aunque no se diga de manera expresa– en la medida en que el otro negocio se perfeccione y se desenvuelva con regularidad⁵³.

En estas hipótesis, la no materialización de la circunstancia futura presupuesta por los contratantes o, lo que es igual, la *desaparición sobrevenida* de la causa concreta, no implica el fallo de ninguno de los elementos esenciales del contrato, ni irregularidad alguna que deba propiciar su nulidad (ni absoluta ni relativa). Lo único que acontece es que el programa de prestación confeccionado por las partes ya no va a poder verificarse tal y como fue *consentido* por ellas, porque, habiendo sido querido solo bajo determinados presupuestos o condicionantes, sucede que estos ya no concurrirán. La solución, entonces, pasa sencillamente por permitir a las partes que se desliguen, o sea, ha de facultárseles para instar la resolución de un vínculo que únicamente quisieron (*consintieron*) bajo ciertos inverificados presupuestos⁵⁴.

50 LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos*, cit., p. 436.

51 SSTS 19 enero 1990 (RAJ 1990, 96), 24 febrero 1993 (RAJ 1993, 1249) y 24 noviembre 1993 (RAJ 1993, 9210). Cfr., no obstante, STS 11 octubre 2006 (RAJ 2006, 6443).

52 STS 21 julio 2010 (RAJ 2010, 3897).

53 Vid. en el mismo sentido, aunque con alcance más amplio, art. 76 bis TRLGDCU.

54 Como afirma ASUA GONZÁLEZ, C. I.: “Remedio anulatorio y remedios específicos del régimen de la compraventa”, en AA. VV.: *Tratado de la compraventa (homenaje a Rodrigo Bercovitz)* (dir. por Á. CARRASCO), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 349 y 350, el error es una falsa representación de circunstancias existentes al momento de contratar; “por ello, la pretensión de desligarse de un contrato con base en posteriores evoluciones que frustran el interés negocial no debe canalizarse a través de la anulación por error con el argumento de que de haberse conocido su acaecimiento no se habría contratado. Así ocurre, por ejemplo, cuando se frustran las expectativas de un negocio (STS 27 enero 1998 [RAJ 1988, 151]). O cuando la condición urbanística de un inmueble empeora, o si el mismo se adquiere en la creencia de que tal condición mejoraría y no lo hace. Otra cosa es que, dependiendo de los supuestos y circunstancias, estos casos puedan tener un

Otro tanto de lo mismo ha de decirse de los casos de incumplimiento de la obligación sinalagmática. Verdaderamente, en este tipo de contratos (los sinalagmáticos) existe una razón primaria o presupuesto básico cuya contemplación impulsa a cada parte a prestar consentimiento: la percepción de un correspectivo. De esta guisa, “para que, faltando la prestación de la contraparte, mi obligación quede inexigible o pueda yo repetir el pago ya realizado, no necesito razonamiento distinto de la referencia a lo convenido: mi deuda la he contraído precisamente *a cambio* de la correspectiva y no en otro caso, quedando descargado de ella en virtud del principio *pacta sunt servanda* si no cobro mi crédito”⁵⁵. Ahí reside precisamente la explicación al porqué nuestro Código regula la acción resolutoria ex art. 1124 en sede de obligaciones condicionales (sección primera, capítulo III, título I, libro IV), y *no en el de la causa* (sección tercera, capítulo II, título II, libro IV). El legislador, al conferirle tal ubicación, parece inspirar el sentido de esta acción en el consentimiento de los contratantes⁵⁶, no porque estime que se esté ante una condición en sentido técnico, sino, seguramente, porque constata la existencia, a la manera de aquella, de una subordinación de las promesas nacidas del negocio, pero entre sí, y, entonces, al igual que en las hipótesis de condición *sensu stricto*, lo hace a partir del análisis de la voluntad contractual. En resumen, el legislador entiende que, en los contratos sinalagmáticos, ninguno se obliga si no es con la idea “de que la otra parte cumpla su obligación”⁵⁷.

En fin, el art. 1275 CC piensa en la causa concreta o subjetiva no solo cuando estipula la invalidez de los contratos *sin causa*, sino también cuando prescribe la ineficacia de los negocios *con causa ilícita*. Y es que el control ético y de legalidad del contrato pasa necesariamente por el examen de los motivos individuales que indujeron a las partes a celebrarlo: en tanto tenga un objeto permitido, su naturaleza ilícita únicamente podría provenir de la torcida intención de aquellas⁵⁸.

Evidentemente, tal y como sucede en los casos de causa falsa, el móvil avieso dará lugar a la invalidez del negocio solo cuando pueda reputarse *incorporado* a él, o sea, cuando revista un carácter determinante (o impulsivo) y sea compartido por ambos contratantes. Por el contrario, los deseos o expectativas que hayan empujado a uno solo de ellos o que, aun impulsando a los dos, no hayan llegado a caracterizar el contrato —a dotarle de un especial sentido— son, a estos efectos, indiferentes⁵⁹.

desenlace resolutorio (con base en la existencia de na condición resolutoria, en la imposibilidad sobrevenida, o en la confusa desaparición sobrevenida de la causa del contrato)”.

55 LACRUZ BERDEJO, J. L.: “La causa en los contratos de garantía”, *RCDI*, 1981, p. 713.

56 En esta dirección, MORALES MORENO, A. M.: “El propósito práctico, y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro”, en *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, p. 333, nota 22.

57 GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo III, Madrid, 1852, p. 80 (reed. facsímil de Editorial Base, Barcelona, 1973), en la glosa al art. 1042 del proyecto de 1851, antecedente del vigente 1124.

58 LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos*, cit., p. 433.

59 DE CASTRO, F.: *El negocio*, cit., pp. 228 y 246.

En definitiva, es el resultado o propósito común el que, elevado a la condición de presupuesto esencial, puede llegar a inficionar el negocio.

Ahora, ese control del ajuste de los motivos individuales (de la “causa”) a la ley, la moral o el orden público, no transforma su naturaleza, ni los convierte en un elemento estructural nuevo y distinto al consentimiento. Quiere decirse con ello que cuando el legislador establece que la causa ha de ser lícita, está diciendo en realidad que el *contenido de la voluntad negocial* ha de ser lícito; que tal voluntad no es enteramente libre, sino que está sometida a ciertos límites. Así pues, cabe concluir sin temor a equívoco que el art. 1275 CC no es más que una pura reiteración del principio consignado en el 1255.

D) Lo que dicen las propuestas de modernización.

Se ha indicado antes que, de entre las propuestas de modernización del Derecho español de contratos, la formulada por la APDC ha suprimido el requisito de la causa, mientras que, por su parte, la PMCC se ha inclinado por preservarla, aunque no en toda su extensión y, desde luego, sin concebirla expresamente como un elemento esencial del contrato (art. 1238⁶⁰).

En efecto, la PMCC ha desterrado de su texto la vertiente “subjettiva” o “concreta” de la causa (los móviles causalizados), probablemente porque, con buen criterio, el error afectante a los motivos que conforman un presupuesto o condición del negocio (su base) no se concibe en ella como una anomalía “causal”, sino como una tara del *consentimiento*: la idea se colige del hecho de que el borrador haya prescindido en absoluto de la noción de “causa falsa” ex art. 1301 CC, seguramente por entender comprendida dicha hipótesis en el amplio concepto de error plasmado en el art. 1298 PMCC, el cual desborda sobradamente las estrechas reglas del vigente 1266 CC (que constriñen tal vicio a la cosa objeto del contrato o a la persona del otro contratante)⁶¹. Algo similar cabe decir de aquellas hipótesis en que los motivos impulsivos de la celebración del contrato vengán referidos a circunstancias o hechos futuros y estos finalmente no acaezcan, pues las partes siempre tienen la posibilidad de insertar explícitamente dichos móviles en la estructura contractual a través de la

60 Art. 1238 PMCC: “1. Son nulos los contratos sin causa o cuya causa sea contraria a la ley o a la moral. Ninguna de las partes a quien se impute en el mismo grado la torpeza de la causa podrá reclamar lo dado en virtud del contrato nulo.

2. Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras no se pruebe lo contrario. La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita.

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

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

61 Art. 1298 PMCC: “1. El contratante que en el momento de celebrar el contrato padezca un error esencial de hecho o de derecho, podrá anularlo si concurre alguna de las circunstancias siguientes: 1.º Que el error hubiera sido provocado por la información suministrada por la otra parte contratante. 2.º Que esta última hubiera

aposición, por ejemplo, de una condición o, simplemente, mediante la expresión del propósito que pretenden alcanzar⁶².

En definitiva, de la vertiente subjetiva del término la PMCC conserva solo la noción de causa ilícita (art. 1238.1), noción que, como ya se ha dicho, no añade en verdad nada a lo ya establecido en sede de normas generales.

En puridad, la Propuesta de la Comisión General de Codificación se limita a acoger la causa objetiva, y lo hace, según se colige de su art. 1238, para que la misma siga cumpliendo dos de las funciones que tradicionalmente le han sido asignadas por la jurisprudencia⁶³:

Primera: determinar la fuerza y la eficacia asignable a cada convención: esta tarea o, dicho de otra forma, la *calificación* del contrato, depende, no del *nomen* adjudicado por las partes o del tipo utilizado por ellas, sino del “conjunto de propósitos prácticos” (causa) realmente perseguido (art. 1238.3). La idea, además, es extensible a los convenios atípicos, pues su régimen jurídico (su eficacia) también ha de construirse con base en la causa: dicho propósito práctico será el que indique al aplicador del Derecho qué disposiciones deben regir la convención cuando contenga elementos pertenecientes a diversos tipos (1238.4).

Segunda: determinar la validez o invalidez del contrato: este, por supuesto, no recibirá el amparo jurídico cuando su causa sea contraria a la ley o a la moral, pero tampoco cuando verdaderamente carezca de ella, lo que acontecerá en las hipótesis de simulación absoluta. En cambio, si tal simulación fuese simplemente relativa, es decir, si “solo” se hubiese expresado una causa falsa (mentida), el convenio valdrá siempre y cuando se pruebe la concurrencia de otra verdadera y lícita (art. 1238.1 y 2)⁶⁴.

conocido o debido conocer el error y fuere contrario a la buena fe mantener en él a la parte que lo padeció.
3.º Que la otra parte hubiera incidido en el mismo error.

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

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

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

5. La inexactitud en la expresión o transmisión de una declaración de voluntad será tratada conforme a las reglas de interpretación de los contratos y en los casos en que no puedan ser resueltos por ellas se aplicará lo dispuesto en este artículo.”

62 BOSCH, DEL POZO y VAQUER, *Teoría general*, cit., p. 74. Los autores entienden asimismo que la causa subjetiva es, por esto, perfectamente prescindible.

63 Idéntica senda es la seguida por los profesores BOSCH, DEL POZO y VAQUER, *Teoría general*, cit., pp. 70 a 73 (vid. art. 8 de su propuesta).

64 Esta otra función de la causa viene corroborada y completada, en sede de nulidad contractual, por las disposiciones de los apartados primero y segundo del art. 1296 PMCC: “1. La nulidad de pleno derecho de un contrato por carecer de causa o por ser ésta ilícita o por ser contrario a una norma imperativa o prohibitiva, así como por la falta total de consentimiento o de una forma esencial, se declarará a instancia de cualquier persona con interés legítimo. Esta acción es imprescriptible. 2. La nulidad del contrato simulado, cuando encubra otro

No obstante, para satisfacer ambas finalidades, no parece necesario el recurso al tradicional concepto de la causa. La primera, en realidad, ni siquiera requiere de una norma *ad hoc*: la calificación del contrato es, siempre, una cuestión sustraída a la voluntad de las partes, pues en tal operación no solo se halla comprometido su interés privativo, sino también el de terceros; así, por ejemplo, la diversidad de tipos contractuales condiciona el valor que unas titularidades van a tener frente a otras (con las de otros acreedores, con las de los herederos forzosos, etc.), la clasificación de los créditos (con su calidad de privilegiados u ordinarios), su carácter rescindible o no, etc. Por eso es jurisprudencia reiterada la de que “los contratos son lo que son y no lo que digan las partes contratantes: no son vinculantes las calificaciones que los interesados hayan atribuido a sus convenios, sino el contenido real del contrato”⁶⁵.

Mas la segunda puede igualmente colmarse prescindiendo de tan anodino concepto, ya que, si la jurisprudencia habla de “ausencia de causa” en los casos de simulación absoluta, es porque identifica aquella con el propósito práctico perseguido por las partes a través del contrato: cuando estas no buscan ningún fin más que el de crear una apariencia negocial, falta —dice el TS— la causa, *pues en realidad no quieren nada*. Ahora bien, según se ha recalcado, aquí la palabra se emplea en verdad como sinónimo de “consentimiento”, ya que lo que se está designando a través suyo no es más que *el contenido de la voluntad interna de los contratantes*. Dicho de otro modo: cuando la jurisprudencia asevera que un contrato absolutamente simulado es nulo por falta de causa, está aseverando en realidad que es nulo por falta de consentimiento. Por ello, la noción de causa es, también en este punto, perfectamente prescindible.

E) A modo de conclusión.

La causa del contrato es un concepto inane que no colma necesidad técnica alguna que no pueda ser satisfecha a través de otros mecanismos, sea en el plano de la formación del contrato, sea en el de su desenvolvimiento ulterior; y que, por su carácter polisémico, solo aporta confusión e inseguridad jurídica. Es, en definitiva, un inútil circunloquio empleado para aludir al contenido de la voluntad negocial o, lo que es igual, al consentimiento.

En cambio, la causa de la obligación sí es una noción con neta consistencia jurídica, no obstante lo cual ha sido completamente orillada por las actuales propuestas de modernización del Derecho de contratos⁶⁶.

distinto, no impedirá la validez de este último, al que será de aplicación el régimen que corresponda. Los autores de la simulación no podrán oponer la nulidad al tercero que haya adquirido a título oneroso un derecho del titular aparente y no conociera ni hubiera debido conocer la simulación.”

65 SSTS 14 mayo 2001 (RAJ 2001, 6207), 11 diciembre 2002 (RAJ 2002, 10737), 26 abril 2005 (RAJ 2005, 3768), 3 noviembre 2010 (RAJ 2010, 8019), 26 noviembre 2014 (RAJ 2014, 6024).

66 Solo el art. 39.1 PLDC dice que “toda obligación requiere una causa. Aunque no se exprese, se presume que existe mientras no se pruebe lo contrario”. Mas aquí se usa el término, no en el sentido estricto en que es

BIBLIOGRAFÍA

ASUA GONZÁLEZ, C. I.: "Remedio anulatorio y remedios específicos del régimen de la compraventa", en AA.VV.: *Tratado de la compraventa (homenaje a Rodrigo Bercovitz)* (dir. por Á. CARRASCO), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

AA. VV.: *Los Principios latinoamericanos de Derecho de los contratos* (coord. por A. VIDAL OLIVARES, C. PIZARRO WILSON e I. DE LA MAZA GAZMURI), BOE, Madrid, 2017.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Introducción al Derecho de contratos", en AA. VV.: *Tratado de contratos* (dir. por él mismo), tomo I, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

BOSCH CAPDEVILA, E., DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A.: *Teoría general del contrato. Propuesta de regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, INEJ, Madrid, 1967 (reed. facsímil de Civitas, Madrid, 1985).

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, tomo I: *Introducción. Teoría del contrato*, 6.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007.

GALICIA AIZPURUA, G.: *Causa y garantía fiduciaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo III, Madrid, 1852 (reed. facsímil de Editorial Base, Barcelona, 1973).

GARCÍA VICENTE, J. R.:

- "Comentario al art. 1254", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), tomo VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- "Comentario al art. 1273", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), tomo VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- "La contratación con consumidores", en AA.VV.: *Tratado de contratos* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), tomo II, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

utilizado por los arts. 1261.3º y 1274 del CC español, sino en el amplio del 1277. O sea: la causa es, ahora, no un requisito del contrato o de la obligación contractual, sino la *fuerza* de la que esta emana y que dota de estabilidad a la recepción del derecho de crédito en el patrimonio del acreedor; en definitiva, el *hecho constitutivo* de la obligación, que tanto puede serlo una norma como un negocio jurídico (y no solo de índole contractual). Por su parte, el apartado segundo de ese mismo art. 39 PLDC se limita a establecer lacónicamente que "la causa del contrato debe ser lícita".

- *La simulación de los contratos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: "La causa en los contratos de garantía", *RCDI*, 1981.

LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. de A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. Iº, 5ª ed. (revisada y puesta al día por F. RIVERO HERNÁNDEZ), Dykinson, Madrid, 2011.

MARÍN LÓPEZ, M. J.: "Comentario al art. 118 TRLGDCU", en AA.VV.: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), 2ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M., PARRA LUCÁN, M.ª A.: *Curso de Derecho civil (II)*, vol. I: *Teoría general de la obligación y el contrato*, 4ª ed., Colex, Madrid, 2016.

MOMBERG, R.: "Los Principios latinoamericanos de Derecho de los contratos: naturaleza, fines y proyecciones", *Latin American Legal Studies*, vol. 2, 2018.

MORALES MORENO, A. M.:

- "Adaptación del Código civil al Derecho europeo: la compraventa", en *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006.

- "El propósito práctico, y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro", en *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006.

- Voz "Causa", en AA.VV.: *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo I, Civitas, Madrid, 1995.

RAMS ALBESA, J.:

- "Comentario al art. 1261", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales* (dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART), tomo XVII, vol. I.º-B, EDESA, Madrid, 1993.

- "El objeto ilícito en los contratos", en AA.VV.: *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución* (coord. por J. DELGADO ECHEVERRÍA), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

SAN MIGUEL PRADERA, L. P.: "Los Principios latinoamericanos de Derecho de los contratos: una revisión crítica. Jornadas de discusión y análisis. Madrid, 16 y 17 de junio de 2016. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación", *ADC*, 2016.

VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho mercantil*, vol. I, 23ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL
ESPAÑOL

THE PERFECTION OF THE CONTRACT IN THE SPANISH CIVIL CODE

Rev. Boliv. de Derecho N° 26, julio 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 176-217



Josefina
ALVENTOSA
DEL RÍO

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de abril de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 10 de abril de 2018

RESUMEN: El CC español establece que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, por el concurso de oferta y aceptación, regulación insuficiente respecto a estos extremos que ha dado lugar a diversas cuestiones resueltas por doctrina y jurisprudencia. La cuestión más debatida ha sido la relativa al momento en que se produce la perfección, que modificó la LSSI, que optó por la teoría del consentimiento matizada por la teoría de la recepción, unificando la regulación civil y mercantil, e introdujo una norma sobre la perfección de los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos.

PALABRAS CLAVE: Perfección contratos, oferta, aceptación, contratos electrónicos, tratos preliminares, responsabilidad precontractual.

ABSTRACT: The Spanish CC establishes that the contracts are perfected by the mere consent, by the offer and acceptance contest, insufficient regulation regarding these extremes that has given rise to diverse questions solved by doctrine and jurisprudence. The most debated issue has been related to the moment in which perfection occurs, which modified the LSSI, that opted for the theory of consent nuanced by the theory of reception, unifying civil and commercial regulation and introduced a rule on the perfection of contracts concluded through automatic devices.

KEY WORDS: Perfection contracts, offer, acceptance, electronic contracts, preliminary treatment, pre-contractual liability.

SUMARIO.- I. LA PERFECCIÓN EN EL PROCESO DE FORMACIÓN DEL CONTRATO. LA CRISIS DEL SISTEMA CODIFICADO.- II. LA FASE PREVIA A LA PERFECCIÓN CONTRACTUAL. LOS TRATOS PRELIMINARES. LA DENOMINADA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL.- III. LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO. EL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL.- 1. Perfección de los contratos en el sistema del Código civil.- 2. El consentimiento como elemento fundamental en la perfección del contrato.- 3. La concurrencia de voluntades como determinante de la perfección del contrato.- A) La oferta del contrato.- B) La aceptación de la oferta.- IV. MOMENTO DE PERFECCIÓN DEL CONTRATO.- 1. Momento de perfección del contrato entre personas presentes y declaraciones instantáneas o simultáneas.- 2. Momento de perfección del contrato entre personas ausentes o distantes y declaración de aceptación sucesiva o diferida.- V. LUGAR DE LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO. VI. REFERENCIA A LA PERFECCIÓN DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS A DISTANCIA A TRAVÉS DE DISPOSITIVOS AUTOMÁTICOS Y ELECTRÓNICOS.

I. LA PERFECCIÓN EN EL PROCESO DE FORMACIÓN DEL CONTRATO. LA CRISIS DEL SISTEMA CODIFICADO.

En la evolución del contrato la doctrina científica suele distinguir tres momentos o fases, denominadas fase de generación o génesis, fase de perfección y fase de consumación o cumplimiento.

La fase de génesis o generación constituye el período preparatorio del contrato en el que se producen una serie de actos que darán lugar a la conjunción de las manifestaciones de voluntad de dos o más sujetos.

La fase de perfección supone la concurrencia de las declaraciones de voluntad de las partes contratantes, con el consiguiente nacimiento del contrato a la vida jurídica.

Por último, la fase de consumación implica el cumplimiento o realización de las obligaciones derivadas del contrato.

• Josefina Alventosa del Río

Profesora Titular de Derecho civil en la Universidad de Valencia. Premio Extraordinario de Licenciatura y de la Fundación Cañada-Blanch. Directora del Grupo de investigación "Derechos de la personalidad y Bioética". Ha sido miembro de Comités de Redacción y Consejos Editoriales de varias revistas y ha formado parte de comités de organización y científicos de varios Congresos y Jornadas. Pertenecer a diversas Asociaciones científicas y organizaciones no gubernamentales, en las que ha desarrollado labores de dirección, asesoramiento y formación. Ha participado en Proyectos de investigación nacionales e internacionales y de innovación docente (financiados por la UE y organismos nacionales), siendo miembro de diversos grupos de expertos de los Ministerios de Trabajo, Sanidad y de Igualdad, Es autora de dos monografías, y de numerosas publicaciones en diversas revistas científicas, nacionales e internacionales, de reconocido prestigio. josefina.alventosa@uv.es

Esta distinción doctrinal también se ha apreciado en la jurisprudencia. Así, la STS 18 enero 1964 distingue entre la fase de generación y la de perfección del contrato, señalando que constituyen la fase de generación “los tratos, negociaciones o conversaciones preliminares”, y que la fase de perfección se produce “Cuando la voluntad, consciente y libremente emitida, es aceptada por la persona a quien se dirige dicha declaración”¹.

De todo ello se desprende que la perfección del contrato supone el momento esencial de configuración del mismo en el cual la posible existencia del contrato se convierte en cierta y definitiva.

El proceso formativo del contrato carece de una regulación homogénea en nuestro Código civil, aunque hay una referencia explícita a la perfección de los contratos en algunos preceptos concretos del mismo, fundamentalmente en los arts. 1258 y 1262, entre otros (como los arts. 1254, 1450, 623 CC, y 54 Ccom). Sin embargo, esta legislación resulta insuficiente para resolver todas las cuestiones que se suscitan en las diversas fases de formación del contrato. Efectivamente, no existe una regulación concreta sobre los tratos preliminares ni sobre la denominada responsabilidad precontractual derivada de su ruptura; no hay una regulación precisa sino tan solo una mera referencia a la oferta y a la aceptación, y la norma que alude al momento y al lugar de perfección del mismo es muy parca.

Debido a esta exigua legislación, que la doctrina, además, considera anticuada en relación a las cuestiones planteadas en la realidad social actual, presentadas ante nuestros tribunales, es la propia doctrina científica y la jurisprudencia quienes han ido desarrollando estas figuras a través de la interpretación y la integración de las normas antedichas en relación con la normativa internacional que se ha ido publicando sobre obligaciones y contratos.

Las nuevas necesidades sociales, el tráfico económico y jurídico desarrollado en la segunda mitad del siglo XX, y la aparición de las nuevas tecnologías de comunicación entre los sujetos, desarrolladas, sobre todo, en este siglo, ha determinado que se cuestionara la regulación de los contratos existente en los clásicos Códigos europeos y que diera lugar en el orden internacional al nacimiento de una regulación que establece una nueva reglamentación de los contratos y, por ende, de las figuras aludidas, quizás inspiradas en el Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos (UCC), y en las que existe una tendencia a uniformar el Derecho contractual privado. Entre dichos textos se pueden mencionar, entre otros, la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (CISG o CV), hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (ratificada en España en 1991),

¹ STS 18 enero 1964 (Tol 4324768) (Pte. T. Ogayar y Ayllón).

los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (PICC)², los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (PECL)³, y la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL)⁴; a dicha normativa cabe añadir en nuestro ámbito territorial la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos (PMCO)⁵, emanada de la Comisión General de Codificación⁶.

Se ha señalado por la doctrina que las tres premisas básicas sobre la que actúan estas normas son el valor significativo atribuido a las conductas de las partes, la merma de la autonomía de las mismas, y la contemplación de la conclusión del contrato como un proceso abierto o de formación progresiva⁷.

Es necesario poner de relieve que las citadas normativas han sido tenidas en cuenta a la hora de interpretar los preceptos relativos a la perfección del contrato contenidos en nuestra regulación, y que en ocasiones tales instrumentos no sólo se han utilizado por los tribunales españoles como apoyo, referencia o cita legal, sino como método de integración de las lagunas del Código civil⁸. Valorándose positivamente la extensión dedicada a los problemas de formación del contrato frente a la escueta regulación tradicional codificada y la resolución de los mismos en dicha regulación frente a la diversa y desigual solución dada por la jurisprudencia⁹.

Por último, cabe reseñar que estas normativas se producen principalmente en relación al tráfico mercantil, que en nuestro país ha determinado también una

- 2 Dichos principios fueron publicados por primera vez en 1995, siendo UNIDROIT una agencia especializada de las Naciones Unidas que tiene como misión la unificación del derecho privado. Según lo que se indica en su preámbulo, los principios de UNIDROIT establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales y son de aplicación cuando las partes del contrato hayan decidido que el mismo se rija por estos principios (en base a la autonomía de la voluntad), y cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la "*lex mercatoria*" o expresiones semejantes.
- 3 Los PECL son fruto de la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos (Commission on European Contract Law), que fue constituida entre 1980 y 1982.
- 4 *Common European Sales Law* (COM(2011)0635), de 11 de octubre de 2011, que ha sido objeto de aprobación por Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014 (P7_TA(2014)0159).
- 5 Véase BLMJ, 2009.
- 6 Sobre estos textos internacionales se ha desarrollado una interesante y abundante bibliografía.
- 7 Así lo señala MARCO MOLINA, J.: "El proceso de formación o conclusión del contrato", *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2015, p. 5.
- 8 Afirmación de PERALES VISCASILLAS, M^a. P.: "Aplicación jurisprudencial de los Principios de Derecho Contractual Europeo", en María del Rosario Díaz Romero et al. (Coord.), *Derecho Privado Europeo: Estado actual y perspectivas de futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid*, 13 y 14 de diciembre de 2007, Thomson Civitas, Pamplona, 2008, pp. 453-500, quien señala que más de una veintena de sentencias en España aplican los PICC, los PECL y la CISG (cuando ésta no es aplicable al contrato en cuestión); véase cita de sentencias en las que se aplican dichos principios en CHAPARRO MATAMOROS, R.: "Momento de aceptación de la oferta contractual y de perfección del contrato. Régimen de revocación de la oferta. Interpretación y aplicación de las cláusulas penales previstas para el caso de incumplimiento (Sentencia 17 septiembre de 2013, RJ 2013, 6826)", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil* 95, mayo-agosto 2014, p. 299. Aunque es de advertir, como indica PARRA LUCÁN, M^a. A.: "La formación del contrato como proceso", *Negociación y perfección de los contratos* (Dtra. M^a. A. Parra Lucán), Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 62-67, que las diferentes normas se refieren a figuras contractuales diferentes, y cabe plantearse la aplicación analógica de las mismas a todas las figuras contractuales.
- 9 PARRA LUCÁN, M^a. A.: "La formación del contrato como proceso", *Negociación y perfección de los contratos*, cit., p. 61.

legislación reciente que afecta al tema que nos ocupa, aún y cuando, como se señalará, no ha derogado todavía ni la normativa ni los fundamentos básicos que aún rigen el proceso formativo de los contratos en nuestro Derecho civil.

II. LA FASE PREVIA A LA PERFECCIÓN CONTRACTUAL. LOS TRATOS PRELIMINARES. LA DENOMINADA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL.

Prevía a la fase de perfección del contrato, se encuentra la fase de generación o de génesis del mismo en donde se sitúan, como señala doctrina y jurisprudencia, los tratos preliminares.

Estos tratos los constituyen todos los actos de preparación de un futuro contrato que se producen antes de la perfección del mismo, de naturaleza no vinculante, mediante los cuales se comunican sus respectivas expectativas y aspiraciones¹⁰. Se ha señalado por la doctrina la dificultad de delimitar cuál es el ámbito propio de los tratos preliminares, siendo una cuestión meramente casuística, subrayando la práctica inexistencia de los mismos en los contratos instantáneos, en los contratos en masa y sometidos a condiciones generales, y en los contratos normativos¹¹.

Esta figura no ha sido recogida en nuestro Código civil, y pese a ello, se ha reconocido su existencia en la realidad contractual y por la propia jurisprudencia del TS¹², como ya se ha indicado, atribuyéndoseles determinadas consecuencias jurídicas.

En principio, dado que estos actos no tienen fuerza vinculante, la ruptura de los mismos no debería engendrar ningún tipo de consecuencia jurídica. Excepcionalmente, sin embargo, se ha admitido la atribución de cierto tipo responsabilidad a uno de los sujetos implicados en dichos tratos cuando éste provoca una ruptura de los mismos de manera injustificada y siempre que dicha ruptura haya producido daño al otro sujeto.

10 En este sentido se manifiestan las SSTS 10 octubre 1980 (Tol 1740644) y 31 diciembre 1998 (Tol 26551). DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: *Derecho civil II Obligaciones y contratos*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 221, señala, entre otros ejemplos de tratos preliminares, las conversaciones entre las partes, las discusiones sobre las condiciones del negocio, los simples documentos de intenciones, el encargo de estudios a expertos, etc. Véase LOBATO DE BLAS, J. M^a.: "Consideraciones sobre el concepto de tratos preliminares", *RGLJ*, 1976. Define los tratos preliminares la STS 16 diciembre 1999 (Tol 5157517) como "el conjunto de actos y operaciones que los intervinientes y 'ad lateres' realizan con el fin de discutir y preparar un contrato", añadiendo que por esto mismo "dichas operaciones se desenvuelven en un área nebulosa y desde luego evanescente, pues las mismas hay que enfocarlas desde un punto de vista muy amplio -ideas, especulaciones, planteamientos- pero que siempre tendrán un denominador común, como es no suponer acto jurídico alguno, ya que de dichas referidas operaciones no se derivan, de manera inmediata, efectos jurídicos mensurables".

11 Así lo señala LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil, t. III, Contratos*, Ed. Marcial Pons, 19^a ed., Madrid, 2017, p. 62, quien extiende dicha exclusión a todos los supuestos en que el contenido del contrato se encuentra virtualmente predeterminado y deja escaso margen a la negociación de las partes.

12 En este sentido, entre otras, además de las ya citadas, las SSTS 26 febrero 1994 (Tol 1665063), 11 abril 2000 (Tol 2610), 31 octubre 2001 (Tol 66582), 30 enero 2008 (Tol 1256793), 14 diciembre 2012 (Tol 2714849) y 11 febrero 2016 (Tol 5650828).

Este tipo de responsabilidad se ha denominado por la doctrina responsabilidad precontractual¹³ (designada también *culpa in contrahendo*, término utilizado por la jurisprudencia)¹⁴, precisamente porque se produce en una fase previa al nacimiento del contrato, y, por tanto, no es una responsabilidad derivada del mismo. Dicha responsabilidad no se encuentra contemplada de modo expreso en nuestro Código civil (aunque, como se ha indicado, ha tenido reconocimiento por la jurisprudencia); sin embargo, se ha prestado atención a esta cuestión en la normativa europea sobre obligaciones y contratos, estableciendo deberes precontractuales, basados en la buena fe y en la lealtad en los tratos, cuyo fundamento se encuentra en la confianza creada en una de las partes por las manifestaciones de la otra¹⁵. La doctrina señala que el fundamento de dicha responsabilidad en nuestro derecho se basa en el principio general de buena fe que inspira nuestro ordenamiento jurídico y que debe presidir el ejercicio de cualquier derecho (art. 7.1 CC)¹⁶, en el art. 1258

- 13 Denominación difundida por ALONSO PÉREZ, M.: "La responsabilidad precontractual", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 485, julio-agosto 1971, pp. 859-922, quien define dicha responsabilidad como "la derivada del incumplimiento de la relación jurídica preparatoria del negocio", y más precisamente "como la que dimana de vulnerar la 'bona fides in contrahendo', que se concreta en la obligación de resarcir o indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por la actuación desleal en las obligaciones preliminares". Concepto que ha sido criticado por NÚÑEZ MUÑOZ, M^a. C.: "La naturaleza de la responsabilidad civil precontractual y la obligación de indemnizar: deberes y obligaciones derivadas de la buena fe, información y lealtad", *RCDI*, núm. 749, 2015, p. 1631, al entender que no parece apropiado afirmar que en este período de simples negociaciones preparatorias de un futuro contrato que puede que no llegue a celebrarse entre las partes surgen obligaciones propiamente dichas. Por su parte, y en este mismo sentido, ASÚA GONZÁLEZ, C. I.: *La culpa in contrahendo. Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*, Bilbao, 1989, estima que en la misma línea que las legislaciones de Alemania, Italia o Francia, la responsabilidad precontractual debe tener su origen en comportamientos reconducibles al período de formación del contrato. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: "El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 628, pp. 747-788, estima que en virtud de la responsabilidad precontractual se hace responsable a quien, en la fase de tratos preliminares, ha llevado a cabo un comportamiento lesivo y contrario a los imperativos de la buena fe. Igualmente, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La reticencia en la formación del contrato", *Aranzadi civil*, núm. 3, 1998, pp. 198 ss.
- 14 Ver sobre el origen de esta responsabilidad, ESPINOZA ESPINOZA, J.: "La responsabilidad civil precontractual", *RGLJ*, núm. 2, 2014, pp. 208-218, y el tratamiento que respecto a la misma se produce en el derecho comparado; y MEDINA ALCOZ, M.: "La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual", *Revista de Derecho privado*, núm. 95, 2005, pp. 86-89.
- 15 A esta responsabilidad se hace referencia en los Principios de Derecho Europeo de Contratos, en el art. 2:301, en cuyo apartado 2 se dispone que "Sin embargo, la parte que hubiere negociado o roto las negociaciones de manera contraria a las exigencias de la buena fe, será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte", aclarando que "En especial, es contrario a la buena fe que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte". Esta idea se recoge también en la Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos, que en su art. 1254, apartados 4 y 5, establece respectivamente que "La parte que hubiere procedido con mala fe al entablar o interrumpir las negociaciones será responsable de los daños causados a la otra.- En todo caso, se considera contrario a la buena fe entrar en negociaciones o continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo", y que "La infracción de los deberes de que tratan los apartados anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios. En el supuesto del apartado anterior, la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones".
- 16 En este sentido, ASÚA GONZÁLEZ, C. I.: "Responsabilidad en la formación del contrato (Responsabilidad precontractual)", *Negociación y perfección de los contratos* (Dtra. M^a. A. Parra Lucán), Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 146, señala que la concreción de la buena fe ha llevado a identificar una serie de casos típicos en los cuales, por conductas precontractuales, se puede generar responsabilidad, y también, que, en su virtud, se ha intentado precisar los deberes de comportamientos que se infringirían por su falta; los supuestos que analiza la autora son concretamente la interrupción de las negociaciones, divulgación de lo conocido en el transcurso de las negociaciones (vulneración del deber de confidencialidad), invalidez contractual, y responsabilidad precontractual en los casos de contratación y mantenimiento del contrato (pp. 149-166).

CC, extendiendo su aplicación por analogía a la fase precontractual¹⁷, y en el art. 1902 CC que contempla la responsabilidad extracontractual, que en este caso se produciría en la fase de génesis del contrato. Este último fundamento ha dado lugar a que se cuestione la naturaleza de dicha responsabilidad¹⁸, estimando la doctrina mayoritaria que la responsabilidad que se contrae en esta fase es extracontractual, aunque hay algún sector que entiende que existen argumentos para defender su carácter contractual¹⁹, e incluso alguna postura intermedia que entiende que, a pesar de su ubicación en el marco de la responsabilidad extracontractual, se encuentran supuestos que encuentran cabida en la responsabilidad contractual²⁰.

La jurisprudencia ha venido exigiendo unos elementos concretos para que se pueda apreciar la existencia de dicha responsabilidad: la generación de una situación de confianza sobre la futura celebración del contrato, la ruptura injustificada de los tratos preliminares, la producción de un daño para la parte que no ha roto dichos tratos derivado de dicha ruptura, y la existencia de una relación de causalidad entre la confianza suscitada y el daño producido²¹. En este sentido se manifiesta la reciente STS de 11 febrero 2016, en la que este tribunal delimitó los requisitos para que se

17 Véase al respecto, GARCÍA RUBIO, M. P.: *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991.

18 En este sentido, MANZANARES SECADES, A.: "La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo", *ADC*, vol. 38, núm. 4, pp. 979-1009; NÚÑEZ MUÑOZ, "La naturaleza de la responsabilidad civil precontractual...", *cit.*, pp. 1635-1638.

19 Véase la exposición de las distintas teorías sobre la naturaleza de dicha responsabilidad en MEDINA ALCOZ: "La ruptura injustificada de los tratos preliminares...", *cit.*, pp. 89-99, quien estima que delimitar dicha naturaleza es importante por los presupuestos que se exigirían para determinarla y por el plazo de prescripción de las acciones para exigirla. Entienden que dicha responsabilidad tiene naturaleza extracontractual, entre otros, ASÚA GONZÁLEZ: *La culpa in contrahendo...*, *cit.*, pp. 260-273, y NÚÑEZ MUÑOZ: "La naturaleza de la responsabilidad civil precontractual...", *cit.*, pp. 1636-1637, quien señala que "no puede decirse que exista en este período una concreta relación obligatoria a cargo de las partes, aunque su actuación deba acomodarse a las exigencias de la buena fe"; en este sentido también, la STS 16 mayo 1988 (Tol 1734853), que contemplaba el caso en el que el demandante, empleado de un Banco, inició conversaciones con los directivos del mismo sobre su traslado a otra oficina de la compañía (en Miami), durante las cuales, dicho empleado y su esposa empezaron a realizar disposiciones relativas al traslado, que debieron de considerar inminente (vendieron el automóvil y la esposa pidió excedencia en su trabajo); sin embargo, dicho traslado no se produjo, con los consiguientes perjuicios derivados de los gastos y las decisiones adoptadas; por esta razón, el empleado interpuso una demanda ante la Jurisdicción laboral, que fue desestimada; posteriormente, y junto con su esposa, exigió una indemnización de daños y perjuicios al Banco y a sus directivos, al amparo del art. 1101 CC, por vulneración de un contrato de compromiso; en Primera Instancia se concedió una indemnización pero por responsabilidad extracontractual, sentencia que fue revocada en segunda instancia por incongruente; el TS casó la sentencia y confirmó la de Primera Instancia en todos sus extremos apreciando la existencia de culpa in contrahendo en los demandados, pero considerando que ésta es de carácter extracontractual; en el mismo sentido, las SSTs 14 junio 1999 (Tol 2364) y 16 diciembre 1999 (Tol 5157517); véase el comentario a estas sentencias ASÚA GONZÁLEZ, C. I.: "Responsabilidad en la formación del contrato (Responsabilidad precontractual)", *cit.* pp. 150-153. Estiman, sin embargo, que puede tener naturaleza contractual, entre otros, YZQUIERDO TOLSADA, M.: "La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderna unificación", *RCDI*, núm. 603, 1991, pp. 443-490; PANTALEÓN PRIETO, F.: "Comentario de la STS de 19 de junio de 1984", *CJCJ*, núm. 6, 1984, y MEDINA ALCOZ: *ob. cit.*, pp. 103 y 104-105.

20 En este sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ: "El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo", *cit.*, pp. 747-788.

21 Recoge expresamente estos requisitos la STS 14 junio 1999 (Tol 2.364), FD Segundo, que denegó el recurso por falta de los requisitos señalados, singularmente porque no se creó una situación de confianza luego defraudada. Es reiterada la doctrina de la jurisprudencia del TS sobre la exigencia de la buena fe en los tratos preliminares, de modo que solo la presencia de la mala fe en la ruptura de los mismos puede engendrar responsabilidad precontractual: en este sentido se manifiestan, entre otras, además de la citada, las SSTs 16 diciembre 1999 (Tol 5157517), 15 de junio de 2009 (Tol 1554287) y 14 diciembre 2012 (Tol 2714849). A dichos requisitos se refiere

aprecie la existencia de dicha responsabilidad, señalando que “en la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las negociaciones, aparte de a la producción del daño y a su relación de causalidad, hay que atender; correlativamente, a la necesaria creación de una razonable confianza en la conclusión del contrato proyectado y al carácter injustificado de la ruptura de las negociaciones” (FD 2.2)²².

La existencia de dicha responsabilidad determina la reparación del interés negativo, es decir, una indemnización para el sujeto perjudicado por la ruptura injustificada de los tratos preliminares, que incluye aquellos gastos realizados por la expectativa del sujeto en la realización del contrato y los daños patrimoniales sufridos debidamente probados²³, pero no son indemnizables las posibles ganancias que se pudieran haber derivado del contrato proyectado (es decir, la reparación del interés positivo)²⁴.

III. LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO. EL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL.

La perfección del contrato es aquella situación jurídica en virtud de la cual, concluido el proceso formativo, se produce el nacimiento del contrato mediante el concurso de las manifestaciones de voluntad de las partes contratantes, obligando a las mismas al cumplimiento de lo previamente pactado²⁵. Así pues, la perfección del contrato significa, de una parte, la conclusión del proceso de formación del mismo, y de otra, el inicio de la fase de consumación o cumplimiento.

En nuestro ordenamiento jurídico existen varias normas que se refieren a la perfección de los contratos, tanto en el Código civil como en otra legislación extracodicial.

I. Perfección de los contratos en el sistema del Código civil.

En nuestro Código civil existen varias normas que aluden a la perfección de los contratos, bien de forma general bien de forma particular en algunos contratos concretos.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol I, *Introducción. Teoría del contrato*, Ed. Thomson Civitas, 6ª ed., 2007 (Reimp. 2011), pp. 322-325.

22 STS 11 febrero 2016 (Tol 5650828) (Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno).

23 Así lo reconocen las SSTs 18 enero 1964 (Tol 4324768), en la que se señala expresamente que la perfección del contrato produce el nacimiento de éste a la vida jurídica, 16 mayo 1988 (Tol 1734853) y 25 junio 2014, FD 1.7º (Tol 4525355).

24 En este sentido, las citadas SSTs 16 diciembre 1999 y 25 junio 2014. Así también, ASÚA GONZÁLEZ, C.I.: “Responsabilidad en la formación del contrato (Responsabilidad precontractual)”, *cit.*, pp 156-157; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coord.): *Derecho civil II*, *cit.*, pp. 221-222; DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, *cit.*, p. 325, y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Mª R., en A. López, V.L. Montés, E. Roca: *Derecho civil. Derecho de Obligaciones y contratos*, (Coord. Mª R. Valpuesta Fernández y R. Verdera Server), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, p. 251.

25 Así lo consideran MANRESA NAVARRO, J. Mª.: *Comentarios al Código civil español*, t.VIII, vol. 2º, 6ª ed., Madrid, 1967, pp. 434-435; y SCAEVOLA, Q. M.: *Código civil*, t. XX, 2ª ed., Madrid, 1958, pp. 633-634.

Con carácter general, tiene relevancia especial en materia de contratos el art. 1258, situado sistemáticamente entre las disposiciones generales de los contratos (Libro IV, Título II, Capítulo I), que establece: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”²⁶. El contenido de dicho precepto coincide en parte con el art. 1254 CC cuando señala que “El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra y otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”.

Directamente relacionado con ambos preceptos se encuentra el art. 1262 CC. Dicho precepto fue modificado por la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que también modificó el art. 54 del Código de Comercio dando redacción idéntica al párrafo segundo del art. 1262 CC y al art. 54 CCom, unificando así el momento de perfección de ambos tipos de contratos. El art. 1262 tiene actualmente tres párrafos, en los que se dispone: “El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.- Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.- En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”. En estos preceptos se establecen cómo (arts. 1258 y 1262.1), cuándo (art. 1262.2) y dónde (art. 1262.2) se perfecciona el contrato.

Del citado art. 1258 en relación con los demás señalados se desprende que la regla general es que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento de las partes²⁷. Y esto es así en la mayoría de los contratos que regula nuestro Código civil (compraventa, permuta, mandato, arrendamiento, sociedad, seguro, fianza, entre otros).

26 Los antecedentes inmediatos del art. 1258 CC son el art. 978 en el Proyecto de 1851 (Véase el comentario que del mismo hace GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Reimpresión de la edición de Madrid de 1852, al cuidado de la cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, 1974, pp. 518-519); y el art. 1271 del Anteproyecto de 1882-1888 (cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, Centenario de la Ley del Notariado, Sección Cuarta, Fuentes y Bibliografía, vol. I, Madrid, 1965, p. 396).

27 Esta regla ha sido recogida por la jurisprudencia del TS, pudiéndose citar entre las sentencias más recientes, la de 14 noviembre 2003 (Tol 4973708), en la que se afirma que “Nuestro sistema contractual se asienta en la regla de la perfección consensual de los contratos”, y 2 noviembre 2009 (Tol 1726748). Este parece ser también el criterio de los textos internacionales; en particular, se recoge en el art. 2:101 de las PECL, sin necesidad de más requisitos o condiciones; aunque señala PARRA LUCAN: *ob. cit.*, pp. 83-84, que las propuestas armonizadoras no contemplan que un derecho nacional contenga otras exigencias.

Sin embargo, parece conveniente recordar que al lado de los contratos denominados consensuales, que son aquellos que se perfeccionan efectivamente por el mero consentimiento de las partes, existen en nuestro ordenamiento jurídico otros contratos que exigen además otros elementos para su nacimiento a la vida jurídica. Así, los contratos reales, que exigen para su perfección la entrega de la cosa (tales como el préstamo, depósito y prenda), y los contratos formales cuyo nacimiento requiere la existencia de especiales solemnidades exigidas por su correspondiente régimen jurídico (como el contrato de donación)²⁸.

Pero estas últimas categorías contractuales parecen constituir excepciones a la regla general, puesto que en ambos tipos de contratos se exigen otros requisitos distintos del consentimiento (entrega de la cosa o forma); no obstante, se observa que estos requisitos se exigen *además* del consentimiento y *no en su lugar*; por tanto, el consentimiento aparece siempre como el primero y básico de los elementos que se necesitan para que un contrato se perfeccione²⁹.

Por otra parte, también se hace referencia a la perfección en el régimen jurídico propio de algunos contratos. Entre los contratos consensuales, sólo se hace referencia a la perfección en el contrato de compraventa, en el art. 1450, que dispone: “La venta se perfeccionará entre comprador y vendedor; y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado”; de donde se infiere que el contrato de compraventa se perfecciona por el mero consentimiento de las partes. Entre los contratos formales, el art. 623 dispone que “La donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario”, aún cuando el art. 629 establece que “La donación no obliga al donante, ni produce efecto, sino desde la aceptación”, lo que suscitó la conocida polémica en la doctrina sobre el momento de perfección de este contrato, cuestión ya pacífica en la actualidad, preceptos que hay que poner en conexión con los arts. 632 y 633, que establecen una forma específica para la validez de la donación. En cuanto a los contratos reales, no hay norma en concreto que utilice el término perfección para referirse al momento de la existencia de los mismos; sin embargo, el art. 1740 dispone que “Por el contrato de préstamo una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo”; por su parte, el art. 1758 establece que “Se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla”, y en el contrato de prenda, el art. 1863 dispone que es necesario “(...) para constituir el contrato de prenda, que se

28 A este tipo de contratos se refiere expresamente la STS 2 noviembre 2009 (Tol 1726748).

29 Así, MANRESA: *ob. cit.*, pp. 436-437; ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, vol. I, *La obligación y el contrato en general*, 7ª ed., Barcelona, 1983, p. 399.

ponga en posesión de ésta al acreedor; o a un tercero de común acuerdo"; de estos preceptos se desprende que en dichos contratos se requiere la entrega de la cosa para la existencia de los mismos.

De otro lado, hay que recordar que en el párrafo tercero del art. 1262 CC se hace una referencia escueta a los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, en los que se establece que "hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación", introducido dicho párrafo por la citada Disposición Adicional Cuarta de la Ley 34/2002.

Por último, cabe recordar que el art. 54 del Código de comercio reproduce los párrafos segundo y tercero del art. 1262 CC.

2. El consentimiento como elemento fundamental en la perfección del contrato.

Como se acaba de indicar, el consentimiento es el elemento esencial que da lugar a la perfección del contrato. Así lo afirma el art. 1258 al establecer que "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento". De lo que se desprende que el nacimiento del contrato depende de la existencia del consentimiento. Lo que parece también reiterarse en el art. 1261, 1º, CC, que señala que "no hay contrato" sin el consentimiento de los contratantes; en el art. 1254, que dispone que "el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse", y en el art. 1278 que señala que "los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez", entre las cuales, indiscutiblemente, se encuentra el consentimiento (art. 1261 CC).

Sin embargo, no hay que olvidar que, a pesar de que el consentimiento aparezca en un primer plano en los citados preceptos, hay también en los mismos una referencia al objeto y a la causa del contrato³⁰. En efecto, el consentimiento, junto al "objeto cierto que sea materia del contrato" y a la "causa de la obligación que se establezca", constituyen los elementos esenciales del contrato, según el art. 1261 CC, de manera que la falta de alguno de ellos produce la inexistencia del mismo. Por tanto, el consentimiento contractual no se da en el vacío, si no en relación a un objeto y a una causa, de tal modo que un consentimiento sin referencia a estos otros dos elementos sería un consentimiento baldío, que no daría lugar a la perfección del contrato. Así se subraya en el art. 1262 CC, cuyo párrafo primero dice que "el

30 Así lo ha puesto de relieve LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: *La libertad contractual*, "Estudios de Derecho civil. Obligaciones y contratos", Madrid, 1978, pp. 23-24, quien señala que en el art. 1254 hay una referencia al objeto del contrato en la mención de "dar alguna cosa o prestar algún servicio", y una referencia velada a la causa, ya que la conducta de dar alguna cosa o prestar algún servicio responderá en cada contrato a una causa diferente; por su parte, el art. 1258 contiene esa triple referencia en cuanto que la naturaleza de un contrato, presupuesta la integridad del consentimiento, se determina mediante la referencia al objeto y a la causa; por último, el art. 1278 hace una mención expresa de las condiciones esenciales del contrato, que son consentimiento, objeto y causa.

consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la *causa* que han de constituir el contrato”.

La perfección del contrato supone, pues, el consentimiento, y éste se manifiesta por la concurrencia de la oferta y aceptación sobre la cosa y la causa del mismo.

De esta afirmación se deducen los requisitos necesarios para que se pueda producir la perfección del contrato, entre los cuales cabe señalar los siguientes³¹:

a) La existencia de una manifestación de voluntad de los contratantes por medios idóneos. Ello implica que los contratantes tengan la suficiente capacidad y libertad para emitir dicha manifestación, y que ésta se encuentre exenta de vicios (art. 1265 y ss CC).

b) La concurrencia de las manifestaciones de voluntad en un tiempo y lugar determinados (art. 1262.2 CC).

c) La interdependencia entre las manifestaciones de voluntad emitidas, de modo que no tenga efecto la existencia aislada de cualquiera de ellas³².

d) La existencia de una correspondencia en el contenido de las manifestaciones de voluntad, de modo que la aceptación ha de ser conforme con la oferta.

e) La fijación del consentimiento contractual en una forma jurídica que permita identificar la existencia del contrato. En cuanto a la manifestación exterior de ese consentimiento, en nuestro Derecho el principio general es el de libertad en el modo de expresión (art. 1278 CC), por lo que se puede hablar de manifestaciones de voluntad expresas, tácitas o presuntas, aunque en determinados casos se requiere que dicha manifestación sea excepcionalmente expresa (vgr: contrato de fianza).

3. La concurrencia de voluntades como determinante de la perfección del contrato.

Partiendo de la idea de que los contratos se perfeccionan, como regla general, por el consentimiento de los contratantes (siempre que recaiga sobre objeto y causa del contrato), es necesario perfilar cómo se manifiesta ese consentimiento. Dispone el art. 1262.1 CC que “El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato”.

No obstante, en la actualidad se ha puesto en duda por algún autor este esquema tradicional de concurrencia de voluntades a la hora de perfeccionar el contrato,

31 Véase LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: *Temas de Derecho civil*, t. III, *Doctrina general del contrato*, Valencia, 1988, pp. 112-113.

32 En este sentido, la STS 13 diciembre 2017 (Tol 6454836) (Pte. F. Marín Castán) se refiere a la exigencia de voluntad común y expresa para la perfección de los contratos implicados en el caso examinado.

teniendo en cuenta las reglas del proceso de formación del contrato en los textos internacionales³³, señalándose la pérdida de protagonismo de dicha concurrencia dado que la realidad práctica no siempre se plasma en una secuencia ordenada de oferta y aceptación, existiendo dificultades para su aplicación en nuestros tribunales³⁴.

No obstante, ateniéndonos a la regulación contractual vigente, desde un punto de vista cronológico, la perfección del contrato se inicia con el ofrecimiento que una parte hace a la otra para celebrar un contrato y se concluye cuando recae la aceptación del otro contratante sobre la propuesta del oferente³⁵. Lo que supone, como ha señalado algún autor, una desvinculación de los dos consentimientos, que se emiten separadamente³⁶, aunque deban concurrir para la perfección del contrato. Por ello conviene distinguir estas dos manifestaciones de voluntad.

A) La oferta del contrato.

La oferta es una declaración unilateral de voluntad emitida por una persona y dirigida a otra u otras proponiendo la celebración de un determinado contrato³⁷. Es una declaración de voluntad recepticia, puesto que si se produce la aceptación de la otra parte, oferente y aceptante quedarán vinculados, resultando el contrato perfecto, sin necesidad de ningún otro acto³⁸ (salvo, por supuesto, en los contratos reales o formales).

33 Singularmente, MARCO MOLINA: "El proceso de formación o conclusión del contrato", *cit.*, en donde plantea una Propuesta de Texto Articulado sobre el proceso de perfección o conclusión del contrato, basada en textos internacionales sobre el Derecho contractual armonizado o uniforme, que anexiona al texto; aunque la autora afirma, sin embargo, la necesidad de reconocer que "la formación del contrato por el concurso de la oferta y de la aceptación constituye uno de los posibles modos de concluirlo, el valor arquetípico de ese esquema y su consiguiente utilidad a la hora de explicar y resolver problemas usuales del *iter* formativo del contrato (sustancialmente, la cuestión del efecto vinculante de la propuesta de contratar y también el grado de adhesión o coincidencia con ella que quepa considerar necesario para entender que ha llegado a formarse el acuerdo)" (p. 20). Por otra parte, señala PARRA LUCÁN: *ob. cit.*, pp. 59 y 73-83, que en los textos internacionales también se admiten otros procedimientos de formación del contrato, como la contratación progresiva, el empleo de condiciones generales o la formación del contrato mediante el comportamiento de ambas partes, con independencia de la voluntad real de las mismas de querer los efectos del contrato en el mismo instante en que legalmente se entiende perfeccionado; significando que se trata de atender a los casos en que es imposible identificar dos declaraciones de voluntad sucesivas ni dos comportamientos de los que se pueda deducir tal voluntad.

34 MARCO MOLINA: *ob. cit.*, pp. 17-18, con cita expresa de jurisprudencia en la que se refleja dicha dificultad.

35 Sin embargo, estima PARRA LUCÁN: *ob. cit.*, p. 71, que la doctrina actual, cuando existen discrepancias entre las partes, tanto para determinar si hay contrato como para identificar cuál es su contenido, considera más realista, siguiendo la pauta de los textos internacionales, valorar el conjunto de relaciones entre las partes y no limitarse a una aplicación rigurosa de la oferta y de la aceptación; así, por ejemplo, en el caso de que las partes ya hayan empezado a cumplir.

36 Así lo señalaba en edición anterior DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, *Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias*, 2ª ed., Madrid, 1983, p. 204.

37 Véase MORENO QUESADA, B.: "La oferta de contrato", *RDN*, 1956. abril-junio, pp. 107-2011 y julio-diciembre, pp. 213-253.

38 Postura compartida por la doctrina, entre otros, ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "Perfección del contrato", *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. XI, Barcelona, 1989, p. 541; COSSIO, A. de: *Instituciones de Derecho civil*, t. I, *Parte General. Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1977, p. 258; CUEVILLAS MATOZZI, I. de; FAVALE, R.: *La perfección del contrato. Últimas tendencias*, Ed. Reus, Madrid, 2016, p. 42, quienes realizan su estudio poniendo en relación la regulación española con la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una normativa común de compraventa europea (CESL) y el Derecho italiano; GUILLÉN CATALÁN, R.: "El plazo de aceptación de la oferta

Sin embargo, no hay en el Código civil una propia regulación de la oferta, aunque existan referencias a la misma, expresamente en el art. 1262.2 de dicho texto³⁹.

Los requisitos necesarios para que pueda hablarse con rigor de oferta de contrato son los siguientes⁴⁰: a) La oferta debe ser completa⁴¹, de modo que deba distinguirse de la simple manifestación del deseo de entrar en tratos preliminares o de la invitación a hacer ofertas. Por ello, para que una manifestación de voluntad sea considerada propiamente como una oferta es preciso que se contengan en la declaración del oferente todos los elementos esenciales del contrato (art. 1261 CC), de modo que la otra parte pueda limitarse a aceptar; b) la oferta debe revelar inequívocamente el propósito de vincularse contractualmente y con carácter definitivo; por ello, no se pueden considerar verdaderas ofertas las declaraciones *iocandi causa* o las realizadas con ánimo docente o aquellas que se emitan con reserva⁴²; c) la oferta debe dirigirse al sujeto con el cual el oferente quiere realizar el contrato; excepcionalmente, en nuestro derecho se admiten ofertas al público o a persona indeterminada (*ad incertam personam*)⁴³; y, por último, d) la oferta, como regla general, no requiere forma determinada, aunque si por pacto o por ley se

como límite de vigencia. Comentario a la STS núm. 506/2013, de 17 de septiembre (RJ 2013, 6826)”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, 2015, p. 612; MARCO MOLINA: *ob. cit.*, pp. 25-26; MARTÍNEZ GALLEGOS, E.: *La formación del contrato a través de la oferta y de la aceptación*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 34; PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. I, *Doctrina General del contrato*, 2ª ed., Barcelona, 1978, p. 178; VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: “Comentario al art. 1262 CC”, en Ana CAÑIZARES LASO, Pedro DE PABLO CONTRERAS, Javier ORDUÑA MORENO y Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (Dirs.), *Código Civil comentado*, Vol. III, Thomson Civitas, Pamplona, 2011, p. 634 y bibliografía allí citada; DIEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., 2007, p. 330. También se manifiesta así la jurisprudencia en las SSTs 10 Octubre 1980 (Tol 1740644), 20 noviembre 1992 (Tol 1662185), 26 marzo 1993 (Tol 1664661), 30 mayo 1996 (Tol 1659405), 2 noviembre 2009 (Tol 1726748), 2 de noviembre de 2010 (Tol 1996317), y 17 de septiembre de 2013 (Tol 3971884).

- 39 No obstante, a ella se refieren diversos textos internacionales. Así, el art. 14 de la CV establece como oferta aquella propuesta de celebrar un contrato dirigido a una o varias personas determinadas si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Los PECL establecen como oferta contractual, la propuesta que muestre la voluntad de convertirse en contrato si la otra parte acepta y contiene términos y cláusulas suficientes para formar un contrato (Art. 2.201). El art. 13 del Código Europeo de Contratos establece que la oferta es “la declaración dirigida a la conclusión de un contrato si contiene todas las condiciones del contrato a estipular o indicaciones suficientes en cuanto a la posibilidad de determinar el contenido, en modo de poder ser objeto de una aceptación pura y simple, y si además expresa, al menos implícitamente, la voluntad del autor de la oferta de considerarse vinculado en caso de aceptación”.
- 40 Señalan la existencia de estos requisitos, entre otros, ALVETOSA DEL RÍO, J.: “Perfección del contrato”, cit., p. 541; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, t. III, *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, 13ª ed., revisada por G. García Cantero, Madrid, 1983, p. 605; COSSIO: *ob. cit.*, pp. 258-260; DIEZ-PICAZO: *ob. cit.*, pp. 330-331; y especialmente GONZÁLEZ GONZALO, A.: *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, Ed. Comares, Granada 2004, pp. 13-22; y MARTÍNEZ GALLEGOS, E. M.: *La formación del contrato a través de la oferta y de la aceptación*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 38-51.
- 41 Estima DIEZ-PICAZO: *ob. cit.*, pp. 332, que la exigencia de que la oferta sea completa en algunos casos dificultaría llegar a un contrato porque siempre se podría señalar por los contratantes que faltó alguna materia, por lo que este requisito se sustituye modernamente por el más matizado de que la oferta deba tener “suficiente precisión”. Véase también MARTÍNEZ GALLEGOS, E. M.: *La formación del contrato a través de la oferta y de la aceptación*, cit., pp. 46-50. Véase art. 14.1 CV.
- 42 Así, CUEVILLAS MATOZZI, FAVALLE: *La perfección del contrato. Últimas tendencias*, cit., pp. 44-49.
- 43 Véase dicha problemática en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Reflexiones sobre el momento de perfección y la invalidez del contrato celebrado a favor de persona que se designará (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2007)”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 68, 2008, pp. 507-544.

estipulase alguna forma *ad substantiam* o *ad solemnitatem*, la oferta deberá revestir dicha forma⁴⁴.

Se considera por la doctrina que la diferencia fundamental entre la oferta y los tratos preliminares es su diverso contenido subjetivo, es decir, la presencia en la primera de una voluntad contractual firme, la intención del oferente de quedar obligado con la mera aceptación⁴⁵.

En la perfección del contrato, la oferta es el primer paso que se produce para lograr el nacimiento del mismo. Este ciclo que se abre con la declaración de voluntad del oferente, se cierra cuando concurre la debida aceptación del destinatario de la oferta, como disponen los arts. 1258 y 1262 CC. Sin embargo, la oferta sin aceptación no vincula al oferente a la celebración del contrato, que sólo estará obligado a realizar las prestaciones debidas si media aceptación del destinatario. Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia viene entendiendo que la retirada injustificada de la oferta, en virtud de la cual se pueden haber realizado una serie de gastos en gestiones preliminares tendentes a la aceptación del contrato, determina una responsabilidad, la denominada responsabilidad precontractual, del oferente, a la que ya se ha hecho referencia, aunque dicha responsabilidad no alcanza a la realización de las obligaciones derivadas del pretendido contrato ni tan siquiera a la celebración del mismo.

Se ha planteado por la doctrina la duración de la oferta, considerando que ésta requiere un tiempo de vigencia a fin de que pueda recaer la aceptación, distinguiéndose que la oferta contenga su propia duración fijada por el oferente o que no se fije ninguna duración. En el primer caso, la vigencia de la oferta vendrá determinada por el plazo previsto en la propia oferta. En el segundo supuesto, doctrina y jurisprudencia estiman que se aplicará el criterio de razonabilidad para su determinación atendiendo a las específicas circunstancias de la oferta⁴⁶.

44 Ausencia de forma en base al principio de libertad de forma en los contratos que rige en nuestro sistema jurídico (art. 1278 CC fundamentalmente). En este sentido, entre otros, ALVENTOSA DEL RIO: *ob. cit.*, p. 541; GÓMEZ LAPLAZA, M^a. C.: "Comentario al art. 1262 CC", *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, (Dtres. Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), t. XVII, vol. 1^o (arts. 1261 a 1280 del Código civil), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, p. 67; MARTÍNEZ GALLEGOS: *ob. cit.*, p. 51.

45 En este sentido, TARABAL BOSCH, J.: "Sentencia de 2 de noviembre de 2010. Perfección del contrato. Consentimiento contractual. Oferta contractual: requisitos; efectos; diferencias con los tratos preliminares", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, núm. 87, 2011, pp. 1599-1600, aunque señala que oferta y tratos preliminares coinciden en algunos aspectos, entre ellos, en su ubicación en el *iter* contractual pues ambos se sitúan en la fase preparatoria del contrato, concluyendo que la oferta es el hito que delimita el final de los tratos preliminares y el comienzo de la fase contractual porque contiene una voluntad completa y definitiva que concede al destinatario la legitimación para perfeccionar el contrato con la mera aceptación (p. 1601).

46 Véase más detalladamente, GUILLEN CATALÁN, R.: "El plazo de aceptación de la oferta como límite de vigencia...", *cit.*, pp. 613-614, quien señala que al primer supuesto se hace referencia en los Principios de derecho contractual europeo que recogen expresamente la posibilidad de que el oferente establezca un plazo para que el destinatario manifieste su oferta (art. 2.206).

En estrecha relación con la duración o vigencia de la oferta, y debido a la posible existencia de un tiempo entre el momento en que se emite la oferta y el momento en que se produce la aceptación, la doctrina se ha planteado la cuestión de cuándo se entiende extinguida la oferta. Se han señalado varias causas de extinción de la misma, entre las que se pueden mencionar las siguientes⁴⁷: el rechazo expreso por el destinatario de la oferta; el transcurso del término establecido por el oferente al emitir la propuesta⁴⁸; el transcurso de un tiempo razonable, aunque no se haya estipulado plazo, y que ordinariamente se entiende como suficiente, de acuerdo con los usos y con la naturaleza del contrato, y, por último, la retirada de la misma por parte del oferente, aunque en este caso se habla de revocación de la oferta por la doctrina⁴⁹.

A estas causas se ha añadido también el caso de la muerte o incapacidad del oferente, a las que el Código civil no se refiere en la casi inexistente regulación de la oferta, y cuya resolución ha resultado problemática en la doctrina. La tesis tradicional estima que la oferta se extingue cuando se produce la muerte o la incapacidad del oferente, aunque existen excepcionalmente algunos casos en que se admite que la oferta subsista a pesar de las referidas muerte o incapacidad del oferente, que son los casos de la oferta irrevocable y de la realizada por un empresario⁵⁰; entre los argumentos que se esgrimen a favor de esta postura se señalan que en la sucesión *mortis causa* se transmiten derechos y obligaciones que en este caso no han llegado a existir puesto que no se han perfeccionado los contratos de donde pudieran derivar; que las declaraciones de voluntad son independientes de las personas que las emiten, y que la perfección del contrato requiere la persistencia y coexistencia de la voluntad que no existiría en los casos señalados puesto que no puede perfeccionarse el contrato mediante la emisión de una declaración de voluntad actual y otra pretérita o inexistente ya, y, por último,

47 Así, DIEZ-PICAZO: *ob. cit.*, pp. 339 y ss. Véase también LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: *Temas de Derecho civil*, cit., pp. 120-122.

48 En este sentido, recoge esta doctrina la STS 11 octubre 2017 (Tol 6388606) (Pte. FJ. Orduña Moreno), en la que se señala que en el caso examinado "la formación no fue instantánea, sino sucesiva mediante la realización de una oferta de adquisición de bienes del concursado sujeta a un plazo de caducidad. De forma que el transcurso del tiempo fijado para la vigencia de la oferta comportó su caducidad y, en consecuencia, la ausencia de perfección del contrato".

49 Sin embargo, DIEZ-PICAZO: *ob. cit.*, pp. 340-341, señala que se debe distinguir entre retirada y revocación de la oferta, como así hace el Convenio de Viena, indicando que la retirada de la oferta es "una declaración del oferente que indica su voluntad de dejar sin efecto una anterior declaración de la oferta, cuando ésta todavía no ha alcanzado efectividad", es decir, entre el momento de emisión de la oferta y la recepción de la misma por el destinatario, de manera que cabe la retirada de la oferta incluso en los casos en que ésta sea irrevocable pues el destinatario no la ha llegado a recibir; en cambio, la revocación es "la declaración de la voluntad de cancelación de la oferta y de sus efectos en el período que media entre la recepción de la oferta y la perfección del contrato".

50 En este sentido, entre otros, BERCOVITZ ÁLVAREZ, G.: "Comentario al art. 1262 del Código Civil", en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª Ed., Thomson Aranzadi, Navarra, 2009, p. 1492; CAPILLA RONCERO, F., "Oferta (Derecho Civil)", en Alfredo Montoya Melgar (Dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. III, 1ª Ed., Civitas, Madrid, 1995, pp. 4561; COCA PAYERAS, M.: "Comentario al art. 1262 CC", en Luis Díez-Picazo y Ponce de León et al. (Dir.), *Comentario del Código Civil*, T. II, 2ª Ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 449-450; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: "Sobre la perfección de los contratos en el Código Civil", *La Ley*, T. II, 1989, pp. 1147-1148; MORENO QUESADA: *ob. cit.*, p. 63.

que la subsistencia de la oferta en estos casos impediría la posible revocación de la misma. Aunque esta postura no es pacífica en la doctrina⁵¹, existiendo en los últimos tiempos una corriente doctrinal que ha propuesto mantener la regla general de la eficacia de la oferta tras la muerte o incapacidad sobrevenida del oferente, aunque con limitaciones⁵²; entre los argumentos que se esgrimen a favor de esta postura se señala que el art. 1262, que exige para la perfección del contrato la concurrencia de las dos declaraciones (oferta y aceptación), en ningún momento requiere la persistencia de las mismas, que ambas declaraciones, en cualquier caso, aunque se exigiera la persistencia de las declaraciones, esto no significa que una vez emitidas no persistan ya en alguna medida independientes de su autor; que la oferta debe equipararse a las declaraciones unilaterales de voluntad, y que esta postura permite sostener una visión más funcional del contrato que dinamiza la realización de operaciones socialmente útiles; para los autores que defienden esta tesis, solo se admitiría la caducidad de la oferta en los casos en que del contenido de la misma se derive que el contrato sólo debe perfeccionarse con el propio oferente, es decir, cuando sea notorio que la finalidad del contrato proyectado está estrechamente ligada a la persona del contratante y que, por consiguiente, su fin sólo se alcanza si se celebra con este último, lo cual incluye las propuestas dirigidas a la satisfacción de necesidades personales del oferente y las dirigidas a satisfacer al destinatario o a un tercero; sin embargo, no caducaría la oferta si del contenido de la misma se desprende que el futuro contrato podía perfeccionarse, no sólo con el oferente, sino también con sus herederos, porque tal contrato tendría también pleno sentido con estos últimos, como son los contratos proyectados por un empresario individual, las ofertas irrevocables, las ofertas con un plazo de aceptación fijado por el oferente⁵³, y las ofertas de contratos de garantía⁵⁴. Por último, algunos autores se han pronunciado

51 Defienden esta propuesta un sector minoritario de la doctrina, ampliando el campo de las excepciones admitidas por la doctrina mayoritaria. Entre ellos, CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil español común y foral*, T I, Vol. II, 14ª Ed., Reus, Madrid, 1984, pp. 758-759; LACRUZ BERDEJO, J. L., ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho de Sucesiones. Parte General. Tratado teórico-práctico de Derecho Civil*, T.V, Vol. I, Ed. Bosch, 1961, Barcelona, pp. 118-119; DIEZ PICAZO, L.: "La muerte y la incapacidad sobrevenida del oferente", en Juan Luis Iglesias Prada (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Vol. IV, 1ª Ed., Civitas, Madrid, 1996, pp. 4871-4872; MARTÍNEZ GALLEGO: *ob. cit.*, p. 60; RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. Mª.: "Incidencia de la muerte del oferente sobre la oferta antes de la perfección del contrato. Fuentes de inspiración del artículo 1256 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos", *InDret*, 1/2012, y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: "Comentario al art. 1262 CC", *cit.*, p. 635.

52 Así, el art. 1256 de la Propuesta de Modernización del CC mantiene en su primer párrafo la regla general de la eficacia de la oferta tras la muerte del oferente, aunque en su segundo párrafo exceptúa los casos en que resulte lo contrario de la naturaleza del negocio o de otras circunstancias, sobre el cual realiza un análisis RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. Mª.: "Incidencia de la muerte del oferente sobre la oferta antes de la perfección del contrato...", *cit.*, quien señala, sin embargo, que dicho precepto no contiene una solución uniforme al problema debatido (vigencia de la oferta en todo supuesto), sino que parte de la afirmación de que puede haber casos en que la muerte del oferente haga caducar la oferta y casos en que no, señalando algunos criterios para discernir tal cuestión. Dicha fórmula, según la autora, "privilegia la rapidez del tráfico, es decir, la mayor movilidad posible en el campo de las transacciones".

53 RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.: *ob. cit.*, pp. 30-32. En parecido sentido, GONZÁLEZ GONZALO, *ob. cit.*, pp. 54-55, quien estima que para resolver el conflicto sería necesario tener en cuenta la voluntad del oferente.

54 Con respecto a este tipo de ofertas, se planteó un caso que se resolvió en la STS 23 de marzo de 1988 (Tol 1735740) (Ponente: Eduardo Fernández-Cid de Temes), en la que se mantiene la tesis tradicional y se afirma que la oferta de una fianza caduca con la muerte del oferente. Critican la solución de esta sentencia, DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, *cit.*, p. 350, y RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.: *ob. cit.*, pp. 33, quien señala que

de modo más prudente, estimando que en estos supuestos no hay una solución avalada por razones de orden dogmático, pues puede haber casos en los que la muerte del oferente haga caducar la oferta y otros en que no, lo que determina la necesidad de delimitar unos casos y otros⁵⁵.

Por último, también cabría considerar como causas de extinción de la oferta la destrucción del objeto que sea esencial para el cumplimiento del contrato propuesto y la subsiguiente prohibición de celebrar el contrato proyectado en la oferta⁵⁶.

Diferente cuestión se plantea de si el oferente puede revocar la oferta. Se ha definido la revocación como la declaración de voluntad del oferente en privar de eficacia a la oferta en el tiempo que media entre la llegada de la oferta a su destinatario y el momento de la aceptación de la misma⁵⁷, estimándose por la jurisprudencia que la declaración de revocación tiene carácter recepticio⁵⁸. Dicha revocación va unida a la determinación del momento en que se perfecciona el contrato⁵⁹. La doctrina ha señalado que la posibilidad de revocar la oferta contractual encuentra su justificación jurídica en el hecho de que no existe ninguna vinculación contractual por parte del oferente, puesto que el contrato no se ha perfeccionado todavía⁶⁰.

En relación a ello se plantea la cuestión de si la oferta ha de ser mantenida durante algún tiempo antes o con independencia de que se haya producido la aceptación, o si, por el contrario, el oferente es libre de revocar su oferta en cualquier momento.

En cuanto a la libertad de revocación de la oferta, no parece que exista disposición relativa a esta cuestión en el Código civil, manteniendo la doctrina posturas distintas.

Un sector de la misma estima que la regla general es que la revocación de la oferta es libre mientras no haya recaído la aceptación del destinatario, puesto que

“Probablemente hubiera sido mucho más acertado mantener la subsistencia de la oferta” en dicha sentencia “ya que se está ante oferta de garantía que está despersonalizada del oferente”.

55 DIEZ-PICAZO: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, cit., pp. 350-351. Dicho autor se refiere al alcance que pueda tener sobre la caducidad de la oferta el conocimiento de la muerte por parte del aceptante, señalando que, si la conocía, dicho conocimiento determinaría la detención de la aceptación en base a la buena fe, y si desconocía tal circunstancia, ello no determina la perfección del contrato, sino que basta la protección de la confianza atribuyendo al aceptante una indemnización en el límite del interés negativo (pp. 352-353).

56 En este sentido, PUIG BRUTAU: *ob. cit.*, p. 224.

57 DIEZ-PICAZO: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, cit., p. 341, quien la diferencia de la retirada de la oferta.

58 En este sentido, la citada STS 17 de septiembre de 2013, que debe ser comunicada por el oferente a la otra parte antes de la aceptación de la misma. Véase el comentario a esta sentencia en CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Momento de aceptación de la oferta contractual y de perfección del contrato...”, cit., pp. 303-306.

59 Véase ALVENTOSA DEL RIO: *ob. cit.*, p. 543. Sin embargo, PARRA LUCÁN: *ob. cit.*, p. 93, señala que las reglas que se ocupan de la perfección en los textos internacionales y en las propuestas de modernización no son aplicables al momento en el que es revocable la oferta, pues en el CESL, en los PECL y en los PICC se impide la revocación de la oferta desde que se envía la aceptación, aunque no se haya perfeccionado el contrato, defendiendo el interés del aceptante, evitando que el oferente tenga una ventaja excesiva.

60 GUILLÉN CATALÁN, R.: “El plazo de aceptación de la oferta como límite de vigencia...”, cit., p. 614; PERALES VISCASILLAS, M^a: *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 397.

no existe ningún tipo de vinculación del oferente, incluso en aquellos casos en que éste establezca un plazo para la revocación, salvo en aquellos en que la oferta se realiza con el carácter de irrevocable o en aquellos otros en que la aceptación haya recaído antes de la revocación⁶¹.

Para otros autores, la respuesta no puede ser tan escueta a la vista de los distintos supuestos que se producen en la realidad jurídica. Así, se distingue por este sector doctrinal el supuesto de que se trate de una oferta dirigida a una persona presente en la que no se ha fijado plazo para la aceptación, se entiende que ésta ha de subseguir inmediatamente a aquella, por lo que la posibilidad de revocar queda reducida considerablemente. Y los supuestos en que el oferente ha señalado un plazo para la aceptación, o que no haya señalado plazo⁶².

Parece que la oferta es, en principio, revocable, pero puede devenir irrevocable por la propia declaración del oferente, por la fijación de un plazo, por determinadas circunstancias de hecho o por disposición legal⁶³.

En cuanto a la irrevocabilidad de la oferta por la propia declaración del oferente, la doctrina entiende que en este caso se ha realizado una renuncia expresa por parte del oferente a su derecho de revocar la propia oferta, de manera que cualquier

61 Entre otros, DIEZ-PICAZO, *ob. cit.*, p. 341; LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil*, t. II, *Derecho de Obligaciones*, vol. II, *Contrato y negocio jurídico inter vivos*, Barcelona, 1977, p. 75; CUADRADO PÉREZ, C.: *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2003, p. 103; CUEVILLAS MATOZZI, FAVALE: *ob. cit.*, p. 98; CHAPARRO MATAMOROS, P.: "Momento de aceptación de la oferta contractual y de perfección del contrato...", *cit.*, pp. 305-306, quien señala las razones por las que estima que debe respetarse el plazo de vigencia de la oferta: para no limitar el plazo de reflexión del destinatario, para no causar perjuicios económicos al mismo por una revocación intempestiva de la oferta, y, en definitiva, para que el plazo no beneficie exclusivamente al oferente; GONZÁLEZ GONZALO: *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, *cit.*, pp. 33-34. También parece admitirlo así la jurisprudencia en las SSTs 20 abril, 1904 (Col. Leg., t. 98, núm. 28), 9 marzo 1929 (Col. Leg. T. 188), 22 diciembre 1956 (Col. Leg. T. LIV), que consideran que el concurso de voluntades que determina la perfección del contrato no existe cuando sólo media la manifestación de un propósito y este se retira antes de ser aceptado por la otra parte; por otro lado, las SSTs de 10 octubre 1962 (Tol 4333718), 14 marzo 1973 (Tol 4257876) y 7 junio 1986 (Tol 1735373) consideran que no hay aceptación cuando se somete a condición; y las de 30 mayo 1996 (Tol 1659405), 24 julio 2006 (Tol 979477) y 29 enero 2009 (Tol 1438940) entienden que no hay perfecta coincidencia de voluntades cuando la oferta o la aceptación se hacen de un modo reservado, como sucedió en la última de las sentencias citadas (Pte. Francisco Marín Castán), que trataba de la posible celebración de un contrato sobre proyecto de programa televisivo presentado por el señor PN (entre Antena 3 y una empresa CEDIPE), en la que existieron un cruce de borradores y cuyo texto definitivo fue remitido por la cadena a la empresa productora para su firma por el Sr. Navarro, habiendo un intento de dos personas de dicha empresa de firmar el texto remitido "a reserva" de su ratificación por el Sr. N, ante lo cual existió una negativa de Antena 3 y la subsiguiente revocación por ésta de su oferta de contrato, pues Antena 3 consideraba esencial la firma personal del Sr. N, administrador único de la empresa productora que figuraba como parte contractual, por asumir personalmente obligaciones contractuales y resultar así del proceso negociador y del propio contenido del contrato. Por último, la STS de 17 septiembre 2013 (Tol 3971884) estima que "la revocación, al igual que la propia oferta, ha de consistir en una declaración de voluntad recepticia, aunque no requiera ninguna forma especial. Debe ser dada a conocer por el oferente al destinatario antes de la aceptación de la oferta".

62 Véase por todos, MARTÍNEZ GALLEGU: *ob. cit.*, p. 66-69.

63 LASARTE ALVÁREZ, C.: *Principios de Derecho civil III*, *cit.*, p.56; VALPUESTA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 252.

manifestación del oferente que quiera dejar sin efecto la revocación resulta ineficaz, y si recae aceptación, el contrato quedara perfeccionado⁶⁴.

Por otro lado, cabe que el oferente haya establecido un plazo durante el cual se compromete a mantener vigente su oferta. La doctrina se plantea si en este caso se trata de oferta irrevocable. Al respecto la doctrina se encuentra dividida. Mientras parte de los autores consideran que la fijación de un plazo supone el establecimiento tácito de la irrevocabilidad de la oferta⁶⁵, la doctrina mayoritaria estima que la simple expresión de un plazo en la oferta no condiciona la irrevocabilidad de la misma si no existe, además, una clara voluntad del oferente de limitar su poder de revocación⁶⁶.

De otra parte, cabe que la oferta no contenga la fijación de un plazo; en este caso la doctrina estima que el plazo se considera implícito en la oferta, y que hay que entender por tal el adecuado a la naturaleza de la oferta hecha⁶⁷. Ello se fundamenta en la confianza que puede haber suscitado el oferente en el destinatario de la oferta y en la buena fe que debe regir en las relaciones que aún son precontractuales⁶⁸.

Por último, la revocación de la oferta puede venir limitada cuando así lo establece una ley determinada. Así sucede en el art. 6.1 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro que dispone que “La proposición de seguro por el asegurador vinculará al proponente durante un plazo de quince días”; o en el art. 9.1 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, que establece que “La oferta pública de venta o la exposición de artículos en establecimientos comerciales constituye a su titular en la obligación de proceder a su venta a favor de los demandantes que cumplan las condiciones de adquisición, atendiendo, en el segundo caso, al orden temporal de las solicitudes. Quedan exceptuados de esta obligación los objetos sobre los que se advierta, expresamente, que no se encuentran a la venta o que, claramente, formen parte de la instalación o decorado; o en el art. 61.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que dispone: “El contenido

64 DIEZ-PICAZO: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, cit., p. 342-343, quien señala que en estos casos la oferta es irrevocable.

65 En este sentido, LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: “La voluntad unilateral como fuente de obligaciones”, *Estudios de Derecho civil. Obligaciones y contratos*, Madrid, 1978, pp. 64-65, señala que la oferta en firme o irrevocable es una declaración de voluntad que unida a otra da por resultado un negocio jurídico bilateral; por ello la oferta irrevocable es un acto jurídico de carácter no negocial, cuyo efecto es obligar al oferente a mantener la oferta, pero no a realizar las prestaciones típicas del contrato ofrecido; véase también “Sobre la perfección de los contratos en el Código Civil”, *La Ley* (1989), cit., p. 1148. En este sentido se manifiesta la STS 7 marzo 1968 (Col. Leg. Núm. 183).

66 En este sentido, DIEZ-PICAZO: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, cit., pp. 343-344; CAPILLA RONCERO, F.: “Oferta (Derecho Civil)”, cit., pp. 4561-4562; y GUILLEN CATALÁN, ob. cit., pp. 616-617.

67 Así lo estiman la citada STS 22 diciembre 1956, y GONZÁLEZ GONZALO: ob. cit., pp. 65-66; LACRUZ: ob. cit., p. 76, y PUIG BRUTAU: ob. cit., p. 197.

68 DIEZ-PICAZO: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, cit., p. 344, quien fundamenta esta postura en el art. 16 CV que realiza una aplicación del principio de confianza.

de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato”.

B) La aceptación de la oferta.

La aceptación de la oferta es una declaración unilateral de voluntad, emitida por el destinatario de la oferta, que tiene por objeto manifestar al oferente la conformidad con los términos de la propuesta y su voluntad de que el contrato se entienda celebrado. De igual manera que la oferta, la aceptación de la misma es una declaración recepticia que se dirige al autor de la propuesta⁶⁹.

Los requisitos que la aceptación debe reunir para determinar la perfección del contrato son los siguientes⁷⁰:

a) la aceptación debe referirse a la oferta y coincidir perfectamente con ella; se entiende que no hay aceptación cuando el destinatario modifica o altera en algún punto o somete a condición la oferta inicial o cuando el aceptante introduce en su declaración algún elemento nuevo que no existía en la oferta.

b) la aceptación debe ser definitiva, es decir, debe expresar la voluntad de concluir el contrato propuesto por el oferente⁷¹.

c) la aceptación debe realizarse en tiempo hábil, antes de la revocación de la oferta por el oferente o antes de que transcurra el plazo fijado en ella, o, en su caso, del tiempo razonable si no hay plazo determinado⁷².

d) la aceptación debe dirigirse al proponente.

e) la aceptación puede realizarse en cualquier forma: expresa, tácita o mediante actos concluyentes, salvo que se haya establecido una determinada por imperativo

69 En este sentido se manifiesta la jurisprudencia en las SSTS 14 marzo 1973 (Tol 4257876), 7 junio 1986 (Tol 1733486), 20 abril 2001 (Tol 115307), 14 febrero 2008 (Tol 1292793), entre otras muchas.

70 Señalan la existencia de estos requisitos BERROCAL LANZAROT, A.I.: “Perfección del contrato en la Ley 34/2002, de 11 de julio de servicios de la sociedad de información y de comercio electrónico: la unificación de criterios”, *Revista de la contratación electrónica*, núm. 100, 2009, pp. 38-44; Díez-PICAZO, ob. cit., pp. 352-360; LACRUZ BERDEJO: ob. cit., p. 7; CUEVILLAS MATOZZI, FAVALLE: ob. cit., pp. 151-152; MARTÍNEZ GALLEGOS: ob. cit., pp. 74-111.

71 Así, entre otros, ALVENTOSA DEL RÍO: ob. cit., p. 544; Díez-PICAZO, ob. cit., p. 352; GONZÁLEZ GONZALO, ob. cit., pp. 70-92; MARTÍNEZ GALLEGOS, ob. cit., p. 75.

72 Así MARTÍNEZ GALLEGOS, ob. cit., p. 109. En este requisito se plantea la cuestión de la aceptación tardía, que no se encuentra regulada en nuestro derecho, considerando la doctrina que si hay interés por parte del oferente y las circunstancias lo permiten, pueda ser eficaz dicha aceptación; véase al respecto Díez-PICAZO: ob. cit., pp. 363-366, y GONZÁLEZ GONZALO: ob. cit., pp. 155-160.

legal o por virtud de una estipulación anterior de las partes⁷³. En cuanto a la realización de actos concluyentes se estima que se trata en este caso de una aceptación tácita de la oferta; se ha señalado por la doctrina que dilucidar los actos que pueden significar aceptación contractual es una cuestión casuística, que debe resolverse en cada caso⁷⁴. En este ámbito ha planteado algún problema el alcance del silencio o de inactividad por parte del aceptante como respuesta a la proposición del oferente; como regla general, doctrina y jurisprudencia estiman que el silencio o la inactividad de quien no puede considerarse aún eventual aceptante no puede entenderse como manifestación positiva de voluntad que lo vincule contractualmente; así lo afirman el Tribunal Supremo en supuestos en los que entre los sujetos no existe relación jurídica previa de naturaleza contractual⁷⁵, aunque ha señalado igualmente el mismo Tribunal que cuando entre los sujetos existen relaciones previas que impondrían al eventual aceptante la adopción de medidas de carácter positivo si uno se limita a callarse cabe considerar el silencio como declaración de voluntad cuando “dada una determinada relación entre dos personas, el modo corriente de proceder implica el deber de hablar; ya que si el que puede y debe hablar no lo hace se ha de reputar que consiente en aras de la buena fe (*qui siluit cum loqui et debuit, consentire videtur*)” (STS 14 octubre 1963)⁷⁶. No obstante, en el ámbito de consumidores y usuarios, el art. 101 del TRGDCU dispone que “En ningún caso la falta de respuesta a la oferta de contratación a distancia podrá considerarse como aceptación de ésta”.

Sin embargo, cuando la oferta no es admitida por el destinatario, si no que éste modifica la oferta realizada por el proponente, se está ante una nueva declaración de voluntad, denominada contraoferta⁷⁷. Habitualmente, el contrato no es el resultado de una concurrencia estricta de oferta y aceptación, sino de una serie de ofertas y contraofertas sucesivas; en esta situación se ha señalado que a lo largo del proceso contractual ambas partes van asumiendo sucesivamente el papel de oferentes y aceptantes hasta que se produce la oferta y la aceptación definitivas⁷⁸.

73 En ese sentido se manifiesta la STS 7 diciembre de 1988 (RJA5706).

74 DIEZ-PICAZO: *ob. cit.*, p. 353. El autor señala que deben considerarse como aceptación tácita los que signifiquen ejecución de la prestación contractual o preparación de la ejecución, tal como indica el art. 18 CV. Véase también MARTÍNEZ GALLEGOS: *ob. cit.*, pp. 76-79. En el mismo sentido, entre otras muchas, SSTS 14 junio 1963 (Tol 4329666) y 24 junio 2006 (RJA 2006/592).

75 SSTS 30 septiembre 1971 (Tol 4268267) y 30 octubre 1980 (Tol 1740602).

76 Entre otras, siguen este criterio las SSTS 3 noviembre 1943 (RJA 1292), 24 enero 1957 (Tol 4377394), 13 febrero 1978 (Tol 2187224), 18 octubre 1982 (Tol 1739021) 17 noviembre 1995 (Tol 1667746), 29 febrero 2000 (Tol 2453), 9 de junio 2004 (Tol 449271) y 10 junio 2005 (Tol 667484). Puntualizan excepciones en las que se otorga importancia jurídica al silencio, CUEVILLAS MATOZZI, FAVALE: *ob. cit.*, pp. 156- 161 (arts. 1005, 541 y 1566 CC, y en los contratos de seguro y en los de consumo), y MARTÍNEZ GALLEGOS: *ob. cit.*, pp. 83-90. En el mismo sentido se manifiesta el art. 2:204 de las PECL que establece que “el silencio o la inactividad no constituyen aceptación por sí mismos”, y el art. 1239.2 de los PMOC al disponer que “la manifestación de voluntad puede hacerse de modo expreso o resultar de actos concluyentes”.

77 En este sentido, SSTS 30 mayo 1996 (Tol 1659405), 5 diciembre 1996 (Tol 1658698), 16 diciembre 2002 (Tol 239715), 24 julio 2006 (Tol 979477). Véase ROGEL VIDE, C.: *Aceptación y contraoferta*, Ed. Reus, Madrid, 2014.

78 Se ha cuestionado el requisito de la total coincidencia entre la oferta y la aceptación, que daría lugar a las sucesivas ofertas y contraofertas, con los consiguientes problemas de determinación de la perfección del contrato, lo que ha sido puesto de relieve por DURANY PICH, S.: “Sobre la necesidad de que la aceptación coincida en todo con la oferta. El espejo roto”, ADC, 1992, pp. 1011-1096; también véase el desarrollo de la cuestión en

El efecto fundamental de la aceptación es originar la perfección del contrato propuesto. Con ello se cierra el ciclo que había iniciado la declaración de voluntad del oferente destinada a crear el contrato.

La concurrencia de la aceptación y la oferta que ha dado lugar a aquélla suponen la manifestación del acuerdo de la voluntad de las partes dirigido a perfeccionar el contrato deseado. Ambos sujetos quedan vinculados definitivamente por sus propias declaraciones de voluntad y desde ese momento se convierten en partes del contrato nacido bajo su designio, quedando obligados a la celebración del mismo en los términos establecidos en la oferta, o en las sucesivas ofertas y contraofertas de modo definitivo., como señala el art. 1258 CC.

Sin embargo, pueden existir casos en los que la declaración de aceptación no llega a perfeccionar el contrato, lo que sucede, entre otras causas, cuando se hace intempestivamente, por retirada de la misma por el propio aceptante antes de que llegue a conocimiento del oferente, y cuando el aceptante muere o pierda la capacidad o legitimación para aceptar antes de que llegue a conocimiento de la otra parte⁷⁹, en los términos que ya se han señalado.

IV. MOMENTO DE PERFECCIÓN DEL CONTRATO.

La concurrencia de las respectivas declaraciones de voluntad de oferente y aceptante, como se ha indicado, determinan la perfección del contrato. Esta concurrencia se manifestará en unas concretas coordenadas temporales y espaciales. Por ello, se puede decir que, en principio, la perfección del contrato se debería producir en el momento y en el lugar en que concurran la oferta y la aceptación, pero la regulación en nuestro derecho no sigue exactamente esta regla.

La indicada concurrencia se puede dar entre personas que estén presentes en el momento de la emisión de sus respectivas declaraciones o entre personas que se encuentren distantes en el momento de dicha emisión, por lo que la doctrina distinguía entre el momento de perfección entre personas presentes y ausentes. Pero hay que considerar que, aunque las personas se encuentren en el mismo espacio, la aceptación se puede diferir en el tiempo. Por ello, modernamente más que hablar de perfección entre personas ausentes se suele hablar de perfección del contrato cuando median declaraciones de voluntad instantáneas o sucesivas o diferidas.

DÍEZ-PICAZO, *ob. cit.*, pp. 357-363, con referencia a la CV, los Principios UNIDROIT y PCEL, y MARTÍNEZ GALLEGÓ: *ob. cit.*, pp. 93-104, quien señala que el TS ha ido resolviendo los distintos supuestos que se le han planteando sin exigir la completa coincidencia entre oferta y aceptación, favoreciendo así la formación del contrato (p. 98).

79 Señala estas situaciones GETE ALONSO, M^a DEL C.: Anotaciones a la obra de Ennecerus, Kipp, Wolff, *Tratado de Derecho civil*, t. I, vol. 2, 3^a ed. (al cuidado de A. Hernández Moreno y M^a del C. Gete-Alonso), Barcelona, 1981, p. 280.

A alguna de estas situaciones se refiere actualmente el art. 1262, párrafo segundo, del CC, reformado por la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, como ya se ha indicado, que establece: "Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta". Añadiendo el párrafo tercero de dicho precepto que "En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación".

Como se observa, el párrafo segundo, se refiere únicamente al supuesto de que las partes se encuentren en lugares distintos, pero no hace referencia al supuesto en que las partes se encuentren en el mismo lugar y emitan declaraciones simultáneas ni tampoco al supuesto de que las partes, aún estando en el mismo lugar, se produzca la aceptación en un momento temporal posterior a la oferta.

Ello ha dado lugar a una serie de cuestiones de diverso alcance y contenido, que conviene distinguir:

I. Momento de perfección del contrato entre personas presentes y declaraciones instantáneas o simultáneas.

La perfección del contrato es simultánea o instantánea cuando la oferta y la aceptación se produce entre personas que se encuentran presentes en el momento de emitir ambas declaraciones de voluntad, o cuando, aún encontrándose en lugares distintos, el medio de comunicación para emitir ambas declaraciones permite dicha simultaneidad (por ejemplo, teléfono, fax, telefax, correo electrónico)⁸⁰.

Los problemas que se suscitan cuando el oferente y el destinatario de la oferta emiten declaración en el mismo momento son mínimos. Si la oferta y la aceptación se producen de manera inmediata, el momento de la perfección se considera que es el de la manifestación de la aceptación. Estima la doctrina que en este caso es irrelevante el intervalo que media entre la emisión de la oferta y la emisión de la aceptación, como así también el intervalo que media entre la emisión de la declaración de voluntad de aceptación y el conocimiento de la misma por el oferente⁸¹, porque todos ellos se producen en el mismo momento.

80 Véase la diferenciación que realiza sobre estas situaciones GONZÁLEZ GONZALO, *ob. cit.*, pp. 104-105, precisando la perfección de contratos derivados de la utilización de diversos medios de comunicación (pp. 107-115).

81 Así, ROGEL VIDE, C.: "Momento y lugar de formación del contrato", *La Ley. Revista Jurídica española*, t.4, 1982, p. 1256; ARRILLAGA, J. I. de: "Valor de las ofertas hechas a personas indeterminadas", *RDM*, t. XIV, núm. 40, p. 55. La doctrina se plantea, sin embargo, el problema que en estos casos suscita la prueba de esa comunicación, de su contenido o de los sujetos que intervienen en ella (así, VALPUESTA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 253).

En esta situación se podrían plantear algunas dificultades cuando se trata de una oferta en la cual se ha concedido un plazo al destinatario para aceptar. En estos casos existe efectivamente un intervalo entre la oferta y la aceptación. Cabría distinguir dos situaciones. Si la aceptación tiene lugar en presencia del oferente nos encontramos ante un supuesto de contrato entre presentes de formación instantánea⁸². Si el destinatario de la oferta emite una declaración de voluntad aceptando en un momento distinto al momento en que se hizo la oferta, parece que debe estarse a la regulación sobre contratación entre ausentes⁸³.

2. Momento de perfección del contrato entre personas ausentes o distantes y declaración de aceptación sucesiva o diferida.

Mayores problemas suscita establecer el momento de perfección del contrato entre personas ausentes o cuando la declaración de aceptación se produce de modo diferido, pues ha dado lugar a una serie de cuestiones de carácter teórico y práctico, referidas concretamente a la revocación de la oferta del proponente y de la aceptación del destinatario.

Se considera que la perfección es sucesiva, o se produce entre ausentes o entre personas distantes, cuando la aceptación no llega de forma inmediata al oferente, bien por el medio de comunicación utilizado (carta, por ejemplo) bien porque la aceptación se produce en un momento temporal posterior al de la oferta. Sin embargo, teniendo en cuenta la evolución de los medios de comunicación, la doctrina suele distinguir en la contratación entre personas ausentes o distantes dos grupos de supuestos: por un lado, los contratos de formación sucesiva, en los que la situación de alejamiento de los contratantes es el único dato a tener en cuenta para dar solución a los problemas que plantean (contratación postal y telegráfica); y por otro lado, los contratos de formación instantánea, en los que el hecho de la separación espacial entre los contratantes no impide el conocimiento simultáneo del momento en que concurren las declaraciones de voluntad, al utilizarse un medio de comunicación en el que se supera la distancia espacial y el momento temporal en el que ambas declaraciones se producen (por ejemplo, contratación por teléfono, télex, etc.)⁸⁴.

Como se ha indicado, esta cuestión se regula actualmente en el art. 1262, párrafo segundo, del CC, que establece que cuando las partes se encuentren en lugares distintos "hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe".

82 En este sentido, LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: "Sobre la perfección de los contratos en el Código Civil", *cit.*, p. 1139.

83 De este modo se manifiesta ROGEL VIDE, C.: *ob. cit.*, p. 1257.

84 Cfr. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: "Sobre la perfección de los contratos en el Código Civil", *cit.*, p. 1139.

El antecedente del precepto considerado establecía que “La aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta, sino desde que llegó a su conocimiento. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta”. Por su parte, su homónimo en el Código de comercio, el art. 54, disponía que: “Los contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuera modificada”.

Para determinar el momento de perfección del contrato la doctrina adoptaba diversos criterios que se suelen compendiar tradicionalmente en cuatro teorías⁸⁵:

a) Teoría de la emisión, o de la declaración o manifestación. En virtud de esta teoría se considera que el contrato queda perfeccionado desde el momento en que el aceptante emite su declaración de voluntad de aceptación. Las objeciones que se han realizado a la misma se pueden resumir fundamentalmente en dos. En primer lugar, se objeta que el consentimiento, desde un punto de vista jurídico, sólo adquiere existencia cierta en el momento en que se afirma en un acto exterior e irrevocable. Y en segundo lugar, se cuestiona si es o no justo que se considere vinculado al oferente por una declaración de aceptación que aún no ha llegado a su conocimiento⁸⁶.

b) Teoría de la expedición. Con esta postura se trata de matizar algunas de las dificultades que originaba la anterior tesis. Según esta postura, para la perfección del contrato es necesario que la voluntad de aceptar sea expedida al oferente. El aceptante debe desprenderse de su declaración de voluntad y desde el momento en que el aceptante expide y pone en camino la declaración de voluntad de aceptación, el contrato debe entenderse perfeccionado. Aunque esta doctrina tiene también sus inconvenientes, pues, como modificación que es de la teoría anterior, no destruye las dificultades que ésta presenta.

c) Teoría de la recepción. En ella no se exige para la perfección del contrato que la aceptación llegue al efectivo conocimiento del oferente, sino que resulta suficiente que la declaración de aceptación llegue al ámbito de intereses del proponente, o, dicho de otra manera, que si el oferente pudo y debió conocer la aceptación actuando diligentemente, el contrato debe considerarse perfeccionado. A esta teoría se objeta, por un lado, que para la existencia de la aceptación, por lo que respecta al oferente, se exige un requisito que no depende del aceptante, sino de un acto del proponente, y, por otro lado, que la conclusión del contrato se hace depender de

85 Véase la exposición de estas teorías, y otras a las que aluden también los autores, en ROVIRA MOLA, A. DE, PALOMAR BARÓ, A.: “Problemas de la contratación entre personas distantes”, *ADC*, 1958, pp. 156-170; también GONZÁLEZ GONZALO: *ob. cit.*, pp. 118- 124, y MARTÍNEZ GALLEGOS: *ob. cit.*, pp. 121-127.

86 Véase por todos DIEZ-PICAZO: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, cit., p. 369.

un hecho puramente material cuyo cumplimiento puede ignorar el proponente, sin que ni él ni el aceptante tengan culpa alguna.

d) Teoría del conocimiento o de la cognición. En virtud de ella, el contrato queda perfeccionado cuando la declaración del aceptante es recibida por el oferente y éste tiene conocimiento de ella. Esta postura, si bien salva las dificultades que se pueden objetar a la de la emisión, se coloca en el extremo opuesto, pudiendo producir consecuencias injustas; así, si el aceptante del contrato ha hecho cuando estaba en su mano y cuanto cabía exigirle, atendiendo a un criterio de diligencia normal, no parece justo que la declaración de aceptación quede ineficaz si tal declaración no ha llegado a conocimiento del oferente por un hecho que no le es imputable o que, incluso, es imputable a este último; además de que la prueba de la existencia de la perfección se dificulta enormemente para el aceptante ya que dependería del oferente en gran medida⁸⁷.

En la regulación anterior del art. 1262.2, no existía un criterio unánime en la doctrina a la hora de determinar el momento de perfección de los contratos. Y esto por la discrepancia existente entre los preceptos del propio Código civil y del Código de comercio. Así, frente al sistema de la declaración de la aceptación o de la emisión que resultaría de los arts. 1258 y 1262.1 CC y 54 del Código de comercio, el art. 1262.2 adopta el criterio del conocimiento o cognición⁸⁸. Ante ello, la doctrina mantuvo distintas posturas, inclinándose por aplicar mayoritariamente la teoría de la recepción, considerando que en la teoría del conocimiento se dejaba expuesto al aceptante a que no se perfeccionase el contrato por hechos que no le eran imputables, mientras que la teoría de la recepción estima que el momento a considerar es aquel en que la declaración llega al ámbito o círculo del oferente, evitando así que la mala fe de éste retrase la toma de conocimiento por parte del mismo que impediría la perfección del contrato; de otra manera, la perfección del contrato se dejaría al arbitrio del oferente, lo que sería contrario a la buena fe, que debe aplicarse no sólo al cumplimiento de los contratos, sino también a la fase previa a su perfección por aplicación analógica de los arts. 1258 y 1256 CC⁸⁹. Aplicación

87 ROVIRA MOLA, PALOMAR BARÓ: *ob. cit.*, pp. 161 y 162.

88 Sin embargo, consideraba la doctrina que dicho precepto no resolvía todos los problemas que se planteaban en la realidad, pues se cuestionaba el alcance de la expresión "aceptación hecha por carta", y la posición en que quedaba el aceptante respecto al oferente, pues se debatía si éste podía o no modificar o revocar su aceptación.

89 Estima LASARTE ÁLVAREZ: *ob. cit.*, p. 59, que, incluso en términos literales, era posible defender que el art. 1262.2 encajaba en la teoría de la recepción, pues no hablaba de que el oferente quedara vinculado "desde que tuvo conocimiento" de la aceptación, sino "desde que llegó a su conocimiento". Aclara LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: "Sobre la perfección de los contratos en el Código civil", *cit.*, p. 1142, que "con tal interpretación correctora, el momento de perfección del contrato se hace depender de un dato que no es el hecho del conocimiento, sino el hecho del posible conocimiento. La posibilidad de conocimiento puede darse antes del momento o, incluso, con independencia del hecho de recibir el oferente la aceptación, que puede no producirse cuando la recepción se haya hecho imposible por un proceder imputable al oferente, como en los casos de haber dado un número equivocado de la calle en que tiene el domicilio o en el de ausencia de la propia vivienda que ha impedido materialmente la práctica de una notificación notarial", apoyando su argumentación en las SSTs 28 mayo 1976 y 29 septiembre 1981.

de la teoría de la recepción a la perfección de los contratos que también ha seguido la jurisprudencia del Tribunal Supremo al interpretar y aplicar el art. 1262.2 en las sentencias, entre otras, de 24 de abril de 1995 (Tol 1667468) y de 24 de noviembre de 1998 (Tol 170563) (en un contrato cuya aceptación se realizó por carta). Por el contrario, en la esfera mercantil, la casi totalidad de los autores entendían que el art. 54 del Ccom adoptaba el sistema de la emisión o declaración.

En la actualidad, la modificación de los arts. 1262.2 CC y 54 Ccom, acaecida en ambos por la Ley 34/2002, ha unificado los contenidos de ambos preceptos, como ya se ha indicado, abordando de una forma expresa el momento y el lugar de perfección de los contratos celebrados entre personas distantes⁹⁰.

Como se observa, en la nueva redacción del art. 1262.2 se sigue acogiendo la teoría del conocimiento o cognición, pues el propio precepto dispone que “hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación”, pero al mismo tiempo añade una nueva posibilidad al señalar “o desde que, habiéndosela remitido el aceptante no puede ignorarla sin faltar a la buena fe”. En este sentido, parece que el precepto, y del mismo modo el art. 54 Ccom⁹¹, dispone que el contrato se perfecciona no sólo cuando el oferente conoce la aceptación de la otra parte, sino también cuando puede conocer dicha aceptación, es decir, cuando llega a un ámbito en el que con toda probabilidad el oferente puede conocer la aceptación, de manera que ignorándola faltaría a la buena fe que debe presidir todo negocio jurídico.

En este sentido, dicha reforma parece que ha recogido la tendencia de la doctrina y la línea jurisprudencial señalada anteriormente, por lo que parece que en ambos preceptos se ha acogido el criterio del conocimiento matizado por el criterio de la recepción, aplicando el principio de la buena fe⁹². Sin embargo, algún autor

90 Unificación que ha sido considerada por algunos autores muy acertada. Así, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Codificación civil y codificación mercantil: La reforma del derecho de obligaciones”, *Centenario del Código civil*, T. I, Madrid, 1990, p. 310. ESTUPIÑAN CÁCERES, R.: “La perfección de los contratos celebrados entre personas situadas en lugares distintos”, *Diario La Ley*, núm. 5615, t. 5, pp. 1684 (*La Ley Digital* 2113/2012, p. 6), y MORILLAS JARILLO, M^a. J.: “La formación del contrato mercantil en el Derecho vigente y en los trabajos de reforma: aspectos generales y régimen particular de los contratos de compraventa y seguro”, *Negociación y perfección de los contratos* (Dtra. M^a.A. Parra Lucán), Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 761, quien considera que el criterio elegido es el “más equilibrado, cierto y seguro y, por tanto, más adecuado, coincidente, además, con el de los textos internacionales (...)”; sin embargo, DIEZ-PICAZO: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, cit., p. 373, señala que dicho texto “no es del todo claro que sería de desear, pues yuxtapone el conocimiento de la aceptación con la recepción cuando el aceptante no puede ignorarla sin faltar a la buena fe (...)”.

91 Señala MORILLAS JARILLO, M^a. J.: “La formación del contrato mercantil en el Derecho vigente y en los trabajos de reforma: aspectos generales y régimen particular de los contratos de compraventa y seguro”, cit., p. 744, que la perfección del contrato mercantil no ofrece especialidades en cuanto ésta se lleva a cabo por el concurso de la oferta y de la aceptación, pero que esta regla no trasluce la variada realidad que ofrece el moderno tráfico mercantil, cuya regulación se nutre de los textos internacionales al respecto.

92 Señala DE VERDA: *Derecho civil*, cit., p. 224, que dicho criterio ha sido recogido en la STS de 17 septiembre 2010 (Tol 2018668), en la cual se aplicó el actual art. 1262.2 CC a un supuesto referido al ejercicio del derecho de opción, en el que el tribunal estimó que en base a las exigencias de la buena fe no podía considerarse frustrada la comunicación del concesionario, oportunamente remitida al domicilio del concedente, por el hecho de que éste se hubiera ausentado del mismo durante el plazo de vigencia de la opción, sin haber indicado otro lugar alternativo en el que poder realizar la comunicación.

señala que la teoría del conocimiento que se recoge en el art. 1262 se matiza en el segundo inciso, no con la teoría de la recepción, sino de la remisión o expedición, puesto que el precepto utiliza la expresión “habiéndosela remitido” para referirse a la aceptación, de modo que la perfección se produce también en el momento en que el oferente puede tener conocimiento de la aceptación, lo que normalmente y no siempre coincidirá con el criterio de la recepción⁹³.

Se estima por la doctrina que esta solución legislativa preserva el principio de seguridad jurídica y de buena fe, al no permitir que nadie quede vinculado por un contrato sin tener conocimiento del mismo, y que el oferente retrase indebida y deliberadamente el conocimiento de la aceptación⁹⁴, aunque también ha recibido ciertas críticas⁹⁵.

Se ha señalado que la actual redacción del art. 1262.2 resuelve el problema de la posición del oferente, pues en dicho precepto establece que la aceptación no le obliga nada más que cuando llega a su conocimiento o tiene posibilidad de conocimiento de la misma, por lo que se está admitiendo implícitamente que hasta ese momento el oferente no está obligado y, por tanto, puede revocar la oferta. Pero deja sin revolver aún la situación del aceptante⁹⁶.

Por su parte, en los PECL, el art. 2:205 contempla el “Momento de la conclusión del contrato” estableciendo: “1. Si el destinatario de la oferta comunica su aceptación, el contrato se entiende celebrado desde que la aceptación llega al oferente.- 2. En el caso de una aceptación derivada de una conducta, el contrato se entiende celebrado desde que el oferente tenga noticia de dicha conducta.- 3 Si el destinatario, en virtud de la oferta, de prácticas establecidas entre las partes o de un uso, puede aceptar dicha oferta mediante el cumplimiento de un acto sin necesidad de comunicarlo al oferente, el contrato se entiende concluido desde que se inicia el cumplimiento de ese acto”⁹⁷.

V. LUGAR DE LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO.

Se ha indicado anteriormente que el concurso de oferta y aceptación se realiza en un momento temporal y en un lugar determinado. En cuanto al lugar donde se debe entender realizada la perfección del contrato cabría distinguir distintas situaciones.

93 En este sentido, ESTUPIÑAN CÁCERES, R.: “La perfección de los contratos celebrados entre personas situadas en lugares distintos”, *cit.*, *La Ley Digital* 2113/2012, p. 6.

94 CUEVILLAS MATOZZI, FAVALE: *ob. cit.*, pp. 166-167. En este sentido, señala GONZÁLEZ GONZALO: *ob. cit.*, p. 152, que el aceptante no tiene que acreditar que el proponente conoció la aceptación sino solamente que tuvo la oportunidad de conocerla (STS 24 mayo 1994, RJA 3742), o que no la conoció por causa del propio oferente.

95 Así, CUEVILLAS MATOZZI, FAVALE: *ob. cit.*, pp. 167, señalan que no se entiende porque el legislador no ha incorporado pura y simplemente la teoría de la recepción, que sería más razonable en armonía con las normas del Derecho uniforme incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico.

96 DIEZ-PICAZO: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, *cit.*, p. 372.

97 Criterio que siguen también el art. 35 CESL y 2.1.6 PICC. Véase al respecto PARRA LUCÁN: *ob. cit.*, pp. 93-96.

Siendo que la oferta y la aceptación se pueden producir entre personas presentes, parece que no plantea ninguna cuestión especial el lugar donde se considera que el contrato se perfecciona. Sin embargo, la perfección del contrato entre personas ausentes plantea algún problema.

En el caso de que se trate de personas que, en el momento de emitir sus respectivas declaraciones de voluntad, simultáneas o sucesivas, se encuentran presentes, no cabe duda de que el lugar de perfección del contrato es aquel en el que se produce la emisión de las respectivas declaraciones de voluntad de oferente y aceptante.

En el supuesto de que se trate de personas que se encuentren distantes en el momento de perfeccionarse el contrato, la designación del lugar en que debe entenderse celebrado el mismo es importante a efectos principalmente de determinar la ley aplicable en defecto de pacto o los usos locales con arreglo a los cuales el contrato debe ser interpretado, y la competencia judicial en caso de conflicto⁹⁸.

Nuestro Código civil tiene una referencia expresa en el citado art. 1262.2, segundo inciso, en el cual al señalar que cuando se hallen en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe, añade que “El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta” (criterio que sigue el de su precedente al referirse a los contratos celebrados por carta), y que la doctrina considera de aplicación, por analogía, a cualquier caso de contratación entre personas distantes, con independencia del medio empleado para comunicarse⁹⁹. Teniendo en cuenta que el Código civil adopta como criterio de perfección de los contratos el criterio de recepción o conocimiento de la aceptación por parte del oferente, sigue dicho criterio y considera que el lugar de perfección del contrato es el lugar donde se hizo la oferta.

Pero, como se observa, el Código señala que dicho lugar se *presumirá*, por lo que la doctrina entiende que se trata de una presunción *iuris tantum*, es decir, susceptible de prueba en contrario, debiendo el que afirma que el contrato se perfeccionó en

98 Entre otros, DIEZ-PICAZO: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, cit., p. 373; GONZÁLEZ GONZALO: ob. cit., pp. 100-101; PARRA LUCÁN: ob. cit., p. 98; PUIG BRUTAU: ob. cit., pp. 214-215. Este es el criterio también recogido en el art. 1259 PMCC, aunque no existe norma específica en los textos internacionales.

99 En este sentido y por todos AA.VV.: *Curso de Derecho civil* (coord. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ), Vol. II, Madrid, 2000, p. 369. Sin embargo, para los contratos celebrados por teléfono, ROGEL VIDE, C.: “Momento y lugar de formación del contrato”, cit., pp. 1268-1270, señala que el lugar de perfección de los contratos será el lugar de la aceptación.

otro lugar, probarlo cumplidamente, prevaleciendo, mientras dicha prueba no se aporte, la presunción legal¹⁰⁰.

En su virtud, la doctrina estima que se trata de una norma dispositiva que deja a salvo el derecho de las partes para acordar como lugar de perfección otro distinto de aquel en que se hizo la oferta. Por consiguiente, tal precepto cumple una función interpretativa de lo que las partes hayan estipulado sobre dicho lugar; y, en su caso, también una función supletoria cuando nada hayan declarado las partes¹⁰¹.

VI. REFERENCIA A LA PERFECCIÓN DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS A DISTANCIA A TRAVÉS DE DISPOSITIVOS AUTOMÁTICOS Y ELECTRÓNICOS.

Los nuevos avances en tecnología han provocado una revolución en los medios de comunicación que ha influido directamente en el modo de relacionarse los sujetos en el ámbito comercial y, por ende, contractual; ello se ha reflejado en la utilización de dispositivos automáticos en la realización de transacciones comerciales, o en la celebración de contratos (la mayor parte de compraventas) a través de redes electrónicas. Estas circunstancias, unidas a la protección jurídica que, a nivel nacional e internacional, se ha originado en torno a los usuarios y consumidores, han determinado la necesidad de una regulación sobre este tipo de comercio, en la que se hace referencia a la perfección de los contratos celebrados a través de estos medios.

Por la naturaleza de la comunicación, la mayor parte de estos contratos son a distancia. La doctrina estima que la contratación a distancia a través de dispositivos automáticos son una modalidad distinta a la contratación entre presentes, considerando que son los celebrados sin la presencia física simultánea de las partes, en los que la oferta y la aceptación se realizan de forma exclusiva a través de una técnica cualquiera de comunicación a distancia, y dentro de un sistema organizado por una de las partes¹⁰².

La regulación de dichos contratos se llevo a cabo básicamente a través de la citada Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

En esta Ley se definen los “Servicios de la sociedad de la información” o “servicios” como “todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia,

100 Así lo estimaba SCAEVOLA: *ob. cit.*, p. 666, en relación a la redacción del art. 1262.2 CC anterior; GONZÁLEZ GONZALO, *ob. cit.*, pp. 163-164 en relación a la actual redacción de dicho precepto.

101 De esta manera, DIEZ-PICAZO: *ob. cit.*, p. 374.

102 En este sentido, RODRÍGUEZ MARÍN, C.: “Oferta, aceptación y perfección en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos”, *Actualidad civil*, núm. 12, 2006, pp. 1413-1430 (La Ley Digital 1257/2006, pp. 1-2); ESTUPIÑÁN CÁCERES, R.: “La perfección de los contratos celebrados entre personas situadas en lugares distintos”, *cit.*, p. 6.

por vía electrónica y a petición individual del destinatario”, considerando entre dichos servicios

“La contratación de bienes o servicios por vía electrónica” (Anexo, letra a). Disponiendo que no tendrán la consideración de servicios de la sociedad de la información “Los servicios prestados por medio de telefonía vocal, fax o télex” (letra a). Sin embargo, no se define lo que es un contrato realizado a través de dispositivos automáticos, pero sí lo que es un contrato electrónico o realizado por vía electrónica como “todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones”¹⁰³. La doctrina estima que el concepto de contratos celebrados mediante dispositivos automáticos es más amplio y abarca todo aquellos contratos electrónicos o no, en los que el oferente se desentiende de tramitar por sí mismo o por un representante las aceptaciones y recurre a tal fin a una máquina previamente programada para ello¹⁰⁴.

En la Ley 34/2002, como se ha indicado, además de modificar el párrafo segundo del art. 1262.2 y 54 Ccom, se introduce un nuevo párrafo, el tercero, en el art. 1262 CC y, con idéntica redacción que éste, un nuevo párrafo segundo en el art. 54 Ccom, con intención de regular el momento de perfección de los contratos celebrados mediante “dispositivos automáticos”, en los cuales se dispone: “En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”. Esta reforma deja, sin embargo, intocado el párrafo primero del art. 1262 CC, por lo que la propia ley distingue entre contratación entre presentes y ausentes, que se regulan por los párrafos primero y segundo del mismo, y contratación realizada a través de dispositivos automáticos, regulada por el párrafo tercero. Por su parte el art. 23.I de la LSSI establece que “Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesario para su validez”.

Como se observa, la ley establece para la perfección de la contratación electrónica o automática la denominada teoría de la expedición: hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación¹⁰⁵.

Como se desprende del citado art. 23, en este tipo de contratación también se necesita para su perfección el concurso de la oferta y de la aceptación¹⁰⁶.

103 Señala los requisitos necesarios para calificar un contrato de electrónico, GRIMALT SERVERA, P.: “La formación del contrato celebrado por medios electrónicos”, *Negociación y perfección de los contratos* (Dtra. M^a.A. Parra Lucán), Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 357-358.

104 GONZÁLEZ GONZALO: *ob. cit.*, p. 240.

105 GRIMALT SERVERA, P.: “La formación del contrato celebrado por medios electrónicos”, *cit.*, pp. 380-381, quien señala que podría pensarse que se aplica la teoría de la emisión matizada con la teoría de la expedición.

106 Así, BERROCAL LANZAROT: “Perfección del contrato en la Ley 34/2002...”, *cit.*, p. 80.

Aunque se han planteado muy diversas cuestiones en la doctrina. En relación a la oferta, se ha cuestionado si se trata de una mera invitación a contratar o si es una verdadera oferta, inclinándose la doctrina por esta última respuesta, dado que se trata de ofertas dirigidas bien a persona específica o a persona indeterminada pero que deben reunir los requisitos legales de carácter general y los específicos de cada modalidad contractual, obligando al oferente en todos los términos en ella contenidos; otras cuestiones que se han planteado se refieren a la existencia de un deber de información y de otras obligaciones previas a la aceptación. Por su parte, respecto a la aceptación, se considera que ésta es la declaración del destinatario manifestando su conformidad con la oferta; la doctrina en este ámbito se plantea la idoneidad de una aceptación tacita y de la problemática derivada de una aceptación a contratos sometidos a condiciones generales¹⁰⁷.

En cuanto al lugar de perfección del contrato, la Ley se refiere al lugar de celebración del contrato en el art. 29, disponiendo: "Los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual.- Los contratos electrónicos entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios". Como se observa, el precepto distingue dos situaciones en función de la distinta condición que tiene el aceptante, ya que si éste es consumidor, el contrato se entenderá celebrado en el lugar donde se encuentre su residencia habitual, mientras que si es empresario o profesional, y a falta de pacto expreso, el lugar será donde esté establecido el prestador del servicio.

Por último, hay que señalar que, en el ámbito del consumo, se ha unificado la regulación de los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en cuyo art. 92 se establece: "1. Se regirán por lo dispuesto en este título los contratos celebrados a distancia con los consumidores y usuarios en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuario, y en el que se hayan utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento de la celebración del

107 Véase, por todos, RODRÍGUEZ MARÍN: "Oferta, aceptación y perfección en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos", *cit.*, pp. 5-9; GONZÁLEZ GONZALO: *ob. cit.*, pp. 70-92, 207-213, quien estima que los contratos electrónicos son contratos a distancia, y que uno de sus problemas fundamentales es garantizar la autoría real de la declaración de voluntad; véanse también, entre otros, GUILLÉN CATALAN, R.: *Oferta contractual y nuevas tecnologías*, Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2009; ORTEGA DÍAZ, J.F.: "Contratos electrónicos: la cuestión de la perfección y del soporte contractual", *RCE*, núm. 86, 2007, pp. 51-111; PARDO GATO, J.R.: "Momento y lugar de perfección de los contratos electrónicos: elementos jurídicos del conflicto en el derecho civil del nuevo milenio", *UNED. Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 25, 2004, pp. 13-47; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: "Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia", *RCE*, núm. 52, 2004, pp. 37-92.

contrato y en la propia celebración del mismo.- Entre otras, tienen la consideración de técnicas de comunicación a distancia: el correo postal, Internet, el teléfono o el fax.- 2. Las disposiciones de este título serán también de aplicación a los siguientes contratos celebrados con consumidores y usuarios fuera del establecimiento mercantil: a) Contratos celebrados con la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuario, en un lugar distinto al establecimiento mercantil del empresario. b) Contratos en los que el consumidor y usuario ha realizado una oferta en las mismas circunstancias que las que se contemplan en la letra a). c) Contratos celebrados en el establecimiento mercantil del empresario o mediante el uso de cualquier medio de comunicación a distancia inmediatamente después de que haya existido contacto personal e individual con el consumidor y usuario en un lugar que no sea el establecimiento mercantil del empresario, con la presencia física simultánea del empresario y el consumidor y usuario. d) Contratos celebrados durante una excursión organizada por el empresario con el fin de promocionar y vender productos o servicios al consumidor y usuario". Señalando el art. 94, que en las comunicaciones comerciales por correo electrónico u otros medios de comunicación electrónica y en la contratación a distancia de bienes o servicios por medios electrónicos se aplicará lo dispuesto en esta ley y en la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico¹⁰⁸.

A pesar de esta regulación específica, se ha entendido por la doctrina que en la actualidad ha de atenderse a la existencia, conjunta, de contratación entre ausentes y de ventas a distancia; pero estimando que no han sido afectados los fundamentos del Derecho contractual en cuanto los contratos electrónicos serán válidos cuando concurra el consentimiento y los demás requisitos para la validez (art. 23.1.1º de la Ley 34/2002), y en cuanto se dispone que se regirán por lo dispuesto en la ley especial y en las normas del Código civil y el Código de comercio, así como por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial (art. 21.1.2º de la Ley 34/2002)¹⁰⁹.

108 Véase DÍAZ-ALABART, S. (Dtra.), ÁLVAREZ MORENO, Mª.T. (coord.): *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU)*, Ed. Reus, Madrid, 2014.

109 En este sentido, LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil, cit.*, pp. 60 y 62.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, vol. I, *La obligación y el contrato en general*, 7ª ed., Barcelona, 1983.

ALONSO PÉREZ, M.: "La responsabilidad precontractual", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 485, julio-agosto 1971.

ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "Perfección del contrato", *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. XI, Barcelona, 1989.

ARRIALLAGA, J. I. de: "Valor de las ofertas hechas a personas indeterminadas", *RDM*, t. XIV, núm. 40, 1952.

ASÚA GONZÁLEZ, C.I.:

- *La culpa in contrahendo. Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*, Bilbao, 1989.

- "Responsabilidad en la formación del contrato (Responsabilidad precontractual)", *Negociación y perfección de los contratos* (Dtra. Mª.A. Parra Lucán), Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Codificación civil y codificación mercantil: La reforma del derecho de obligaciones", *Centenario del Código civil*, T. I, Madrid, 1990.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, G.: "Comentario al art. 1262 del Código Civil", en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2009.

BERROCAL LANZAROT, A.I.: "Perfección del contrato en la Ley 34/2002, de 11 de julio de servicios de la sociedad de información y de comercio electrónico: la unificación de criterios", *Revista de la contratación electrónica*, núm. 100, 2009.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: "El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 628, 1995.

CAPILLA RONCERO, F.: "Oferta (Derecho Civil)", en Alfredo Montoya Melgar (Dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. III, Ed. Civitas, Madrid, 1995.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, t. III, *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, 13ª ed., revisada por G. García Cantero, Madrid, 1983.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: "Momento de aceptación de la oferta contractual y de perfección del contrato. Régimen de revocación de la oferta. Interpretación y aplicación de las cláusulas penales previstas para el caso de incumplimiento (Sentencia 17 septiembre de 2013, RJ 2013, 6826)", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil* 95, mayo-agosto 2014.

COCA PAYERAS, M.: "Comentario al art. 1262 CC", en Luis Díez-Picazo et al. (Dir.), *Comentario del Código Civil*, T. II, 2ª Ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

COSSIO, A. de: *Instituciones de Derecho civil*, t. I, *Parte General. Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1977.

CUADRADO PÉREZ, C.: *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2003.

CUEVILLAS MATOZZI, I. de; FAVALE, R.: *La perfección del contrato. Últimas tendencias*, Ed. Reus, Madrid, 2016.

DEVERDA Y BEAMONTE, J.R.:

- *Derecho civil II Obligaciones y contratos*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

- "La reticencia en la formación del contrato", *Aranzadi civil*, núm. 3, 1998.

- "La reticencia en la formación del contrato", *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 3, 1998.

- "La reticencia en la formación del contrato", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 11, 2011.

- "Reflexiones sobre el momento de perfección y la invalidez del contrato celebrado a favor de persona que se designará (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2007)", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 68, 2008.

DÍAZ-ALABART, S. (Dtra.), ÁLVAREZ MORENO, Mª.T. (Coordra.): *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU)*, Ed. Reus, Madrid, 2014.

DÍEZ-PICAZO, L.:

- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, vol I, Introducción. Teoría del contrato*, Ed. Thomson Civitas, 6ª ed., 2007 (Reimp. 2011).

- "La muerte y la incapacidad sobrevenida del oferente", en Juan Luis Iglesias Prada (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Vol. IV, 1ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1996.

DURANY PICH, S.: "Sobre la necesidad de que la aceptación coincida en todo con la oferta. El espejo roto", *ADC*, 1992, pp. 1011-1096.

ESTUPIÑÁN CÁCERES, R.: "La perfección de los contratos celebrados entre personas situadas en lugares distintos", *Diario La Ley*, núm. 5615, t. 5, 2002, pp. 1684-1689 (*La Ley Digital* 2113/2012).

GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Reimpresión de la edición de Madrid de 1852, al cuidado de la cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, 1974.

GARCÍA RUBIO, M.P.: *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991.

GETE ALONSO, Mª DEL C.: Anotaciones a la obra de Ennecerus, Kipp, Wolff, *Tratado de Derecho civil*, t. I, vol. 2, 3ª ed. (al cuidado de A. Hernández Moreno y Mª del C. Gete-Alonso), Barcelona, 1981.

GÓMEZ LAPLAZA, Mª.C.: "Comentario al art. 1262 CC", *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Dtres. Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), t. XVII, vol. 1º (arts. 1261 a 1280 del Código civil), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993.

GONZÁLEZ GONZALO, A.: *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de correo electrónico*, Ed. Comares, Granada, 2004.

GRIMALT SERVERA, P.: "La formación del contrato celebrado por medios electrónicos", *Negociación y perfección de los contratos* (Dtra. Mª.A. Parra Lucán), Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 355-392.

GUILLÉN CATALÁN, R.:

- "El plazo de aceptación de la oferta como límite de vigencia: comentario a la STS núm. 506/2013, de 17 de septiembre (RJ 2013.6826)", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, 2015.

- *Oferta contractual y nuevas tecnologías*, Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2009.

LACRUZ BERDEJO, J.L., ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho de Sucesiones. Parte General. Tratado teórico-práctico de Derecho Civil*, T.V, Vol. I, Ed. Bosch, 1961, Barcelona.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.:

- "La libertad contractual", *Estudios de Derecho civil. Obligaciones y contratos*, Madrid, 1978.

- "La voluntad unilateral como fuente de obligaciones", *Estudios de Derecho civil. Obligaciones y contratos*, Madrid, 1978.

- "Sobre la perfección de los contratos en el Código Civil", *La Ley*, T. II, 1989.

- *Temas de Derecho civil*, t. III, *Doctrina general del contrato*, Valencia, 1988.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil*, t. III, *Contratos*, Ed. Marcial Pons, 19ª ed., Madrid, 2017.

LOBATO DE BLAS, J.Mª.: "Consideraciones sobre el concepto de tratos preliminares", *RGLJ*, 1976.

MANRESA NAVARRO, J.Mª.: *Comentarios al Código civil español*, t. VIII, vol. 2º, 6ª ed., Madrid, 1967.

MANZANARES SECADES, A.: "La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*", *ADC*, vol. 38., núm. 4, 1985.

MARCO MOLINA, J.: "El proceso de formación o conclusión del contrato", *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2015.

MARTÍNEZ GALLEGU, E.Mª.: *La formación del contrato a través de la oferta y de la aceptación*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.

MEDINA ALCOZ, M.: "La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual", *Revista de Derecho privado*, núm. 95, 2005.

MORENO QUESADA, B.: "La oferta de contrato", *RDN*, 1956, abril-junio, pp. 107-2011 y julio-diciembre.

MORILLAS JARILLO, Mª.J.: "La formación del contrato mercantil en el Derecho vigente y en los trabajos de reforma: aspectos generales y régimen particular de los contratos de compraventa y seguro", *Negociación y perfección de los contratos* (Dtra. Mª.A. Parra Lucán), Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

NÚÑEZ MUÑOZ, M^a C.: "La naturaleza de la responsabilidad civil precontractual y la obligación de indemnizar: deberes y obligaciones derivadas de la buena fe, información y lealtad", *RCDI*, núm. 749, 2015.

ORTEGA DÍAZ, J.F.: "Contratos electrónicos: la cuestión de la perfección y del soporte contractual", *RCE*, núm. 86, 2007.

PANTALEÓN PRIETO, F.: "Comentario de la STS de 19 de junio de 1984", *CCJC*, núm. 6, 1984.

PARDO GATO, J.R.: "Momento y lugar de perfección de los contratos electrónicos: elementos jurídicos del conflicto en el derecho civil del nuevo milenio", *UNED. Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 25, 2004.

PARRA LUCÁN, M^a.A.: "La formación del contrato como proceso", *Negociación y perfección de los contratos* (Dtra. M^a.A. Parra Lucán), Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 37-105.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, Centenario de la Ley del Notariado, Sección Cuarta, Fuentes y Bibliografía, vol. I, Madrid, 1965.

PERALES VISCASILLAS, M^a.P.:

- "Aplicación jurisprudencial de los Principios de Derecho Contractual Europeo", en María del Rosario Díaz Romero *et al.* (Coord.), *Derecho Privado Europeo: Estado actual y perspectivas de futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid*, 13 y 14 de diciembre de 2007, Thomson Civitas, Pamplona, 2008.

- *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil, t. II, vol. I, Doctrina General del contrato*, 2^a ed., Barcelona, 1978.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M^a: "Incidencia de la muerte del oferente sobre la oferta antes de la perfección del contrato. Fuentes de inspiración del artículo 1256 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos", *InDret*, 1/2012.

RODRÍGUEZ MARÍN, C.: "Oferta, aceptación y perfección en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos", *Actualidad civil*, núm. 12, 2006.

RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: "Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia", *RCE*, núm. 52, 2004.

ROGEL VIDE, C.:

- Aceptación y contraoferta, Ed. Reus, Madrid, 2014.

- "Momento y lugar de formación del contrato", *La Ley. Revista Jurídica española*, t.4, 1982.

ROVIRA MOLA, A. de, PALOMAR BARÓ, A.: "Problemas de la contratación entre personas distantes", *ADC*, 1958.

SCAEVOLA, Q.M.: *Código civil*, t. XX, 2ª ed., Madrid, 1958.

TARABAL BOSCH, J.: "Sentencia de 2 de noviembre de 2010. Perfección del contrato. Consentimiento contractual. Oferta contractual: requisitos; efectos; diferencias con los tratos preliminares", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, núm. 87, 2011.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, Mª R.:

- "Comentario al art. 1262 CC", *Código Civil comentado*, Vol. III, Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández (Dirs.), Thomson Civitas, Pamplona, 2011.

- *Derecho civil. Derecho de Obligaciones y contratos* (A. López, V.L. Montés, E. Roca, Coord. Mª R. Valpuesta Fernández y R. Verdera Server), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.



DE NUEVO SOBRE EL VALOR CONTRACTUAL DE LA
PUBLICIDAD EN LA COMPRAVENTA DE BIENES INMUEBLES: DE
LA STS DE 27 DE ENERO DE 1977 A LA STS DE 20 NOVIEMBRE
DE 2017

*AGAIN ON THE CONTRACTUAL VALUE OF ADVERTISING IN THE SALE
AND PURCHASE OF REAL ESTATE: FROM THE STS OF JANUARY 27, 1977
TO THE STS OF NOVEMBER 20, 2017*

Rev. Boliv. de Derecho N° 26, julio 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 218-259



Dra. M^a Pilar
MONTES
RODRÍGUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de febrero de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 10 de abril de 2018

RESUMEN: El presente estudio pretende analizar cómo, en los últimos 40 años, ha evolucionado en el ordenamiento jurídico español, la normativa y la jurisprudencia relativa a la eficacia contractual de la publicidad comercial, con especial referencia a la compraventa de viviendas.

PALABRAS CLAVE: Publicidad comercial; integración del contrato; jurisprudencia; protección de los consumidores; compraventa de vivienda.

ABSTRACT: The present study intends to analyze how, in the last 40 years, regulations and jurisprudence regarding the contractual effectiveness of commercial advertising have evolved in the Spanish legal system, with special reference to the sale of homes.

KEY WORDS: Commercial advertising; contract integration; jurisprudence; consumer protection; home purchase and sale.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. LA IMPORTANCIA DE LA PUBLICIDAD EN LA COMPRAVENTA INMOBILIARIA Y DE LA JURISPRUDENCIA EN SU VALOR CONTRACTUAL.- II. LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR A LA LGDCU.- III. EL ART. 8 LGDCU Y EL RD 515/1989, DE 21 DE ABRIL.- 1. El deber de información en la publicidad y la prohibición de la publicidad engañosa: art. 8.1º, primer inciso y 3º LGDCU y art. 3.1 RD 515/ 1989.- 2. La integración de la publicidad en el contenido contractual: el art. 8. 1º, segundo inciso y 2º LGDCU y el art. 3.2 R.D. 515/1989.- IV. LOS ARTS. 61 Y 65 TRLGDCU.- 1. El deber de información en la publicidad en el art. 61, sin prohibición expresa de la publicidad engañosa.- 2. La integración de la publicidad en el TRLGDCU y la jurisprudencia que la aplica.- V. LA STS 616/2017, DE 20 DE NOVIEMBRE.

I. INTRODUCCIÓN. LA IMPORTANCIA DE LA PUBLICIDAD EN LA COMPRAVENTA INMOBILIARIA Y DE LA JURISPRUDENCIA EN SU VALOR CONTRACTUAL.

La publicidad ha sido, tradicionalmente, el instrumento utilizado por los empresarios para dar a conocer sus productos o servicios, invitando a su contratación. Asimismo, ha sido habitual que en las declaraciones publicitarias se incluyeran exageraciones, cuando no abiertas falsedades que, sin embargo, con la doctrina del denominado *dolus bonus*, eran justificadas y permitidas por doctrina y jurisprudencia, sin que su comisión implicara vicio del consentimiento provocador de la anulación del contrato.

Esta permisividad y el uso de nuevas técnicas de comunicación provocó el aumento, en los años 70 del pasado siglo, del número de engaños publicitarios e hizo reaccionar, en primer lugar, a la jurisprudencia que, utilizando como instrumento las reglas subjetivas (oferta de contrato) y objetivas (buena fe) de integración contractual del art. 1.258 CC, decidió dotar de relevancia contractual a las declaraciones publicitarias objetivas en dos conocidas sentencias, una de las cuales, la STS de 27 de enero de 1977, resolvía un caso de promoción y compraventa de vivienda. Tanto en ella como en posteriores resoluciones se integraban en el contrato ex art. 1.258 CC, datos objetivos descritos en los mensajes publicitarios

• Dra. Mª Pilar Montes Rodríguez

Profesora Titular EU Derecho Civil en la Universitat de València. Licenciada en Derecho en 1988 en la Universitat de Valencia. Tras recibir una beca predoctoral de la Generalidad Valenciana realizó los cursos de doctorado en el Departamento de Derecho civil de la Universidad de Valencia y en 1998 se doctoró en derecho al defender una tesis dirigida por el Dr. Rafael Ballarín Hernández con el título “La oferta publicitaria como contenido contractual exigible por los consumidores y usuarios”. Desde ese mismo año es profesora TEU del Departamento de Derecho civil de la citada Universidad. Se ha especializado en Derecho contractual, protección de los consumidores, prevención del fraude electrónico, sucesión legítima e intestada, derechos reales de garantía y delimitación competencial en materia de derecho civil así como en Derecho familia, en especial en la LREMIV. Correo electrónico: pilar.montes@uv.es.

relativos a las características de la vivienda, elementos comunes o de la urbanización donde se situaba, especialmente en los casos en que la venta se producía sobre plano, en los que el papel de la publicidad se volvía especialmente relevante.

Desde entonces, hasta la reciente STS 616/2017, de 20 de noviembre, han transcurrido 40 años en los que numerosas decisiones jurisprudenciales han reconocido de formas diversas y con mayor o menor acierto el valor contractual de la publicidad, apoyadas por las normas que, desde la perspectiva de la protección de los consumidores, se han ido dictando con posterioridad: art. 8 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante LGDCU), el RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de vivienda y el art. 61 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante TRLGDCU).

II. LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR A LA LGDCU.

La primera de las resoluciones jurisprudenciales que dio valor contractual a una oferta publicitaria, en una compraventa de vivienda, fue la célebre STS de 27 de enero de 1977.¹ En este supuesto, el conflicto que di lugar al litigio surgió a partir un folleto publicitario realizado para promocionar la venta de viviendas en construcción, en el que se describían una serie de características del inmueble (aire acondicionado, agua caliente) y una serie de elementos comunes de los que disfrutarían todos los miembros de la Comunidad de Propietarios (cafetería, salón de reuniones, azotea, etc.). Al pie del folleto publicitario, emitido por la propia constructora y vendedora, se insertó una frase en la que se decía: “Este folleto no constituye documento contractual”. Por ello, el Tribunal Supremo, aunque utilizó una terminología confusa («públicas promesas», «lo prometido» en la publicidad), no pudo calificar el mensaje publicitario de oferta de contrato dado que carecía de uno de los elementos esenciales: la intención de obligarse contractualmente, aunque entendió en su Considerando 2^a que el principio de buena fe, reconocido en el art. 1.258 CC, permitía la integración de lo en ella afirmado en el contenido contractual²: “En primer lugar, porque, siendo muy parco el contrato privado suscrito por las partes en elementos descriptivos, es lógico, como dice la instancia, que el adquirente de piso se atenga a lo prometido en los folletos de propaganda, de acuerdo con el principio de buena fe proclamado en el artículo 1.258 del Código Civil al crearlos, con todo fundamento vinculantes para la empresa; pero es que además, los planos

¹ STS 27 enero 1977 (RAJ 1977, 121).

² Al comentar esta Sentencia entendió LASARTE ÁLVAREZ, C.: “Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (En torno a la STS de 27 de enero de 1977)”, *Revista de Derecho Privado*, 1980, p. 71, que la obligatoriedad de lo anunciado publicitariamente derivaba de la propia fuerza de obligar del ordenamiento jurídico.

de la construcción, siguiendo una línea de honradez profesional, responden, salvo pequeños detalles, a aquella línea de públicas promesas, y el informe pericial aludido, al que se atiene la instancia y que no ha sido impugnado por el cauce adecuado, se refiere a discrepancias, no sólo con la propaganda vinculante sino con dos planos oficialmente presentados al objeto de cumplimentar exigencias de urbanismo”.

En segundo lugar, cabe citar la STS de 19 (o 9) de febrero de 1.981³. En ella se planteó el conflicto entre 12 compradores de viviendas en la urbanización “Residencial San José” y D.V.C.J., propietario del terreno y D. J.C.F.A., constructor y vendedor de la urbanización. D.V.C.J., propietario de una finca denominada “Los Canales” o “Arroyo de la Presa”, sita en el término municipal de Pelayos de la Presa (Madrid), la vendió en documento privado a D. J.C.F.A., que inició en ella la construcción de una urbanización denominada “Residencial San José”. Una vez levantadas las primeras viviendas, D. J.C.F.A. comenzó una campaña publicitaria por medio de folletos, en los que se afirmaba: «entre otros elementos, la urbanización cuenta con piscina para adultos, piscina infantil, agua y zonas verdes». Los demandantes, estimulados por la publicidad, acudieron al constructor-vendedor, quien les informó, mediante la exhibición de unos planos coincidentes con lo descrito en la publicidad, de las características de “Residencial San José”, urbanización en la que se habían proyectado 50 chalets unifamiliares de dos plantas y dos bloques de viviendas apartamento, zonas de aparcamiento, y los elementos comunes anunciados. Los actores celebraron con D.J.C.F.A. contratos de compraventa, entregaron las cantidades iniciales y recibieron las llaves de las viviendas. En los documentos privados suscritos por los compradores no se hacía referencia a los elementos comunes anunciados públicamente. La piscina, principal elemento común en litigio, se construyó y era utilizada por los residentes de forma exclusiva. En 1.972, D. J.C.F.A. inició la construcción, en unas fincas colindantes, de una nueva urbanización denominada “Urbanización San José”, difundiendo nuevos folletos publicitarios en los que se describían características constructivas superiores en calidad a las de Residencial San José e incluyendo también elementos comunes entre los que se encontraba una piscina. Sin embargo, el constructor-vendedor no procedió a la construcción de una nueva piscina, sino que puso a disposición de los propietarios de la nueva urbanización, la construida en “Residencial San José”, surgiendo el conflicto que dio lugar al litigio. Los copropietarios de Residencial San José interpusieron demanda en juicio ordinario de mayor cuantía, incluyendo entre los pedidos de la demanda, la condena del constructor-vendedor al otorgamiento de escritura pública de compraventa, a la conclusión de las obras de urbanización pendientes en «Residencial San José», que no se admitiera como parte integrante de esta urbanización a los copropietarios de “Urbanización San José” impidiendo así el uso común de la piscina, el abono de

3 J. C., 1.981, n° 64. Esta sentencia que analizamos aparece en el Repertorio Aranzadi de 1.981, a mi entender como consecuencia de un error tipográfico, con fecha 9 de febrero de 1.981, y en el n° 533 del mismo. En la STS de 8 de noviembre de 1996, aparece con citada con fecha 9 de febrero.

los gastos y la indemnización por los perjuicios causados. El Juzgado de Primera Instancia estimó la mayoría de las peticiones, excepto la solicitud de indemnización de daños y perjuicios. Recurrida en apelación fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid. El vendedor anunciante interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo utilizando entre otros los siguientes argumentos: En el documento contractual se hacía referencia a los elementos comunes, pero no se los describía. La descripción se encontraba en el folleto publicitario. Por tanto, el Tribunal consideró que el folleto publicitario formaba parte de la oferta de contrato completándola, siempre que en él no se excluyera expresamente la intención de obligarse contractualmente: “dado que lo que sirvió de público y general ofrecimiento indudablemente, y en tanto no se excluya expresamente, es comprendido en lo contratado en base a esa oferta”.

En tercer lugar, cabe citar la S.T.S. de 28 de septiembre de 1.985⁴, (dictada después de la entrada en vigor de la LGDCU, pero que no la aplicó porque el conflicto surgió con anterioridad) que resolvió el litigio surgido entre la constructora y vendedora “Inversión Hogar S.A.” y un conjunto de adquirentes de viviendas en construcción. En el folleto publicitario emitido por la constructora vendedora se describían las características de los inmuebles en construcción (entre las que se incluían la solería de cerámica esmaltada en cocina y baños y la carpintería de aluminio) y de los elementos comunes, entre ellos el portal de entrada decorado con gran prestancia. Una vez entregadas las viviendas, los compradores comprobaron que carecían del anunciado revestimiento cerámico, de la carpintería metálica y que el portal de entrada no estaba decorado en la forma descrita en la publicidad. Por todo ello interpusieron demanda reclamando la condena de la vendedora al pago del importe de estos revestimientos y de su colocación. El Juez de primera instancia desestimó la demanda e interpuesto recurso de apelación, la Audiencia revocó la sentencia de instancia y condenó a “Inversión Hogar S.A.” a pagar los gastos necesarios para que el inmueble revistiera las características anunciadas. Planteado recurso de casación por la vendedora, el Tribunal Supremo calificó de oferta al público el contenido del folleto publicitario que, previa aceptación por el consumidor, formaba parte del contrato y debía ser cumplido “había de reunir los detalles de la oferta de promoción expresamente nombrada ya que tales datos fueron en el decir, no contradicho, de la Sala de instancia, en su función interpretadora del contrato, determinantes del consentimiento prestado” (C^o5). En este caso, de nuevo concurrían folleto publicitario y documento contractual en la común configuración de la oferta de contrato, y tampoco el Tribunal Supremo exigió que cada uno de ellos reuniera los elementos esenciales del contrato, si lo hacían en su conjunto. Además, el Tribunal aludió a la obligación del oferente de comportarse de un modo coherente con lo anunciado, aunque en este caso, el recurso a la buena fe contractual constituía un

4 STS 28 septiembre 1985 (RAJ 1.985, 4.480).

argumento de apoyo a la vinculatoriedad del folleto como oferta de contrato, más que una camino distinto por el que otorgar relevancia contractual a la publicidad⁵.

En cuarto lugar, se encuentra la STS. de 20 de enero de 1.989⁶. En este caso el litigio se planteó entre D.P.N.S., constructor-vendedor de viviendas en construcción y varios compradores de las mismas. Los compradores podrían ser calificados de consumidores de acuerdo con el art. 1, 2° y 3° L.G.D.C.U. Sin embargo, ni las partes invocaron ni el Tribunal aplicó el art. 8 1° segundo inciso LGDCU porque los contratos se celebraron antes de la entrada en vigor de la ley. D.P.N.S., inició la construcción del Edificio Rosal, situado en Palma de Mallorca, ocupándose también, aunque de forma parcial, de la venta de las viviendas en él construidas. Para dar a conocer las características de las viviendas, el constructor-vendedor entregó a los futuros compradores folletos publicitarios en los que se incluían una serie de características objetivas que debían reunir los inmuebles en construcción. Los demandantes compraron varias viviendas del Edificio Rosal, y al recibirlas, apreciaron diferencias cualitativas entre las características objetivas descritas en el folleto publicitario y los inmuebles entregados. Los compradores interpusieron demanda solicitando la condena del constructor al cumplimiento efectivo del contrato, mediante la realización de las obras tendientes a subsanar las diferencias apuntadas. El Juzgado de Primera Instancia condenó al constructor vendedor a indemnizar a los compradores por los daños y perjuicios derivados del defectuoso cumplimiento. Recurrida esta sentencia en apelación, la Audiencia estimó parcialmente el recurso, condenando al demandado a realizar las obras, trabajos y reparaciones tendientes a subsanar las deficiencias y a indemnizar a los compradores por los daños y perjuicios causados. El constructor interpuso recurso de casación que el Tribunal Supremo desestimó, utilizando *ratio decidendi* los siguientes argumentos: "a la vista del contenido de los contratos de compraventa de las viviendas edificadas por el demandado y de la memoria descriptiva adjunta a los mismos, así como de la descripción de calidades del inmueble en construcción que, el promotor-constructor, hizo en los repetidos anuncios publicitarios, toda cuya documentación, unida al resultado de la pericial y de la inspección ocular, permite al Juzgador concluir de una parte, en la decisiva influencia de la publicidad «sobre la conducta y voluntad de los actores» al contratar y, de otra, en la existencia de defectos y omisión de detalles en la obra entregada,

5 En el Fundamento de Derecho 5° de la Sentencia se afirmó: "en nada afecta a la tesis de la sentencia combatida de que el contrato de compraventa celebrado obliga a cuanto en él se pactó y a todo lo que conforme a su naturaleza sea conforme a la buena fe, al uso y a la Ley, y que en el caso de autos esa exigencia de buena fe alcanza a entender que la ejecución de la obra en los términos convenidos había de reunir los detalles de la oferta de promoción expresamente nombrada, ya que tales datos fueron en el decir, no contradicho, de la Sala de instancia, en su función interpretadora del contrato, determinantes del consentimiento prestado" y en el Fundamento de Derecho 6° se reiteró: "carece de sentido oponer, en el cuarto motivo de casación, que por ello claudica, la condena al abono de las obras omitidas o incorrectamente ejecutadas la exención de responsabilidad del vendedor por los defectos manifiestos de la cosa vendida a que se refiere el artículo mil cuatrocientos ochenta y cuatro del Código civil, lo que en el caso presente se trata de una entrega diversa de lo pactado -*aliud pro alio*- por faltar en el inmueble vendido, elementos o calidades tenidas en cuenta al contratar, en un actuar de buena fe".

6 STS 20 enero 1989 (RAJ 1.989, I 11).

respecto de lo ofertado públicamente y contemplado en las memorias descriptivas y contratos correspondientes, con todo lo cual la conducta enjuiciada cae bajo el supuesto de contravención de lo convenido, que sancionan los artículos 1.101 y 1258 del C.c., incumplimiento contractual cuyo plazo de reclamación es de 15 años (artículo 1.964 del Código) estaba vivo en el momento de ejercitar la acción los actores” (F^o D^o 1).

En este caso, el Tribunal Supremo partió en sus razonamientos, de la coincidencia entre lo ofrecido públicamente y las características descritas tanto en el folleto y las memorias descriptivas como en el documento contractual. Ambos elementos constituirían conjuntamente la oferta de contrato, que fue aceptada por los compradores, de ahí su obligatoriedad.

III. EL ART. 8 LGDCUY EL RD 515/1989, DE 21 DE ABRIL.

I. El deber de información en la publicidad y la prohibición de la publicidad engañosa: art. 8.1^o, primer inciso y 3^o LGDCU y art. 3.1 RD 515/ 1989.

La Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y usuarios, que pretendía desarrollar lo dispuesto en el art. 51 CE, incluyó entre los derechos básicos de los consumidores y usuarios recogidos en su art. 2, apartados b) y d), la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, la información correcta sobre los diferentes productos y servicios, la educación y divulgación, con la finalidad de facilitar el conocimiento sobre su adecuado consumo, uso o disfrute. Además, y dentro de su Capítulo III, destinó un precepto, el artículo 8, a la regulación de la publicidad, imponiendo en su párrafo primero, un deber de información veraz en la oferta, promoción y publicidad, atribuyéndole relevancia contractual al hacer su contenido exigible, aun cuando no figurara en el documento contractual, excepto si él se contuvieran cláusulas más beneficiosas (apartado 2^o) y calificando la publicidad engañosa como fraude en el tercero⁷.

En el apartado 1^o del citado precepto se imponía un deber de información veraz a la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades y servicios: “se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad” y, tras la modificación introducida por la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta

⁷ Ya hace más de dos décadas tuve ocasión de reflexionar en torno al significado y alcance del art. 8^o apartado 3, en MONTES RODRÍGUEZ, M^o P.: “La publicidad engañosa en el art. 8^o 3 L.G.D.C.U.”, en *AAVV Estudios en homenaje a Teresa Puente Muñoz*, coord. por L.Prats, S.P.U.V., Valencia, T. II, 1.996, p. 749 y ss. Allí ya señalaba al respecto: “el art 8^o 3 intenta proteger a todos los consumidores receptores de ofertas, promociones o publicidad engañosas, tanto a los que adquieren, disfrutan o utilizan el bien como destinatarios finales, como a aquellos otros meramente receptores del mensaje publicitario engañosos. La norma tampoco exige que se vean efectivamente perjudicados en sus legítimos intereses económicos. Parece pues que el precepto adopta un concepto de consumidor más amplio que el descrito por el art. 1 LGDCU., quizás porque la ratio de la norma se encuentra fundamentalmente en la protección de intereses difusos (los de todos los consumidores a no ser engañados por la publicidad)”.

de bienes de consumo, deberían ser acordes con el principio de conformidad con el contrato regulado en su legislación específica.

Este deber de información objetiva⁸ y veraz⁹ se concretaba inicialmente en la características objetivas del bien, en nuestro caso la vivienda, y de los elementos comunes o del entorno en que ésta se ofrecía (instalaciones deportivas, jardines, etc.) y, en menor medida, en las condiciones económicas de adquisición, su precio y los gastos de su financiación y documentación. Tal obligación informativa¹⁰ perseguiría, sin lugar a dudas, proteger¹¹ al adquirente de la vivienda que actúa fuera de un ámbito empresarial o profesional, facilitando, con anterioridad a la emisión de su libre¹² consentimiento contractual, un conocimiento cierto y amplio del objeto del contrato.

- 8 A favor, SILLERO CROVETTO, B.: "El derecho a la información y la protección del consumidor en la compraventa de vivienda", *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, coord. por A. Cañizares Laso, Técnos, Madrid, 2006, p. 28, al comentar el inciso primero del art. 8 LGDCU, señaló que en él se establecía unos condicionamientos mínimos a los que se debían ajustar las promotoras o inmobiliarias la forma de promocionar y ofertar sus inmuebles, y se exigía que la descripción, tanto de la ubicación del inmueble como de sus características principales resultaran acordes con las cualidades reales. En contra de esta opinión se pronunciaron tanto PASQUAU LIAÑO, M.: "Comentario al art. 8 LGDCU", *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coord. por R. Bercovitz y J. Salas, Cívitas, Madrid, 1992, p. 144: "el Derecho no puede imponer una exigencia de objetividad e imparcialidad en la publicidad, pero sí puede exigir la veracidad de la misma." como ORTI VALLEJO A.: "Comentario al art. 13.1 LGDCU", *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coord. por R. Bercovitz y J. Salas, Cívitas, Madrid, 1992, p. 410, en donde entendió que a la información publicitaria no le era exigible el requisito de objetividad, y se le permitía a la publicidad que fuera interesada, sectaria subjetiva, lo cual no tendría nada que ver con la veracidad.
- 9 En este sentido me pronuncié en MONTES RODRÍGUEZ, M.P.: "Reflexiones en torno al RD-Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre y su incidencia en la protección del consumidor", *Pensamientos jurídicos y palabras dedicados a Rafael Ballarín Hernández*, coord. por M^a L. Atienza Navarro, R. Evangelio Llorca, M^a D. Mas Badía y M^a P. Montes Rodríguez, SPUV, Valencia, 2009, pp. 677 y 678 y, con anterioridad, en MONTES RODRÍGUEZ, M.P.: *La oferta publicitaria como contenido contractual exigible por los consumidores y usuarios*, tesis doctoral parcialmente inédita, Universitat de València, 1998, p. 318 y 319. A favor BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "La defensa contractual del consumidor o el usuario en la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios", *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, A. Bercovitz y R. Bercovitz, Técnos, Madrid, 1987, pp. 181 y 182: "La primera frase del art. 8 de la Ley establece que la oferta, promoción y publicidad "se ajustarán" a la "naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad" de los productos o servicios. Con lo que viene a imponer a los empresarios la obligación de informar a los consumidores sobre los datos esenciales que puedan determinar su voluntad en orden a la adquisición del producto o del servicio. La actividad de promoción debe tener un contenido mínimo forzoso: la información veraz al consumidor sobre las características esenciales (en orden a su valoración por los consumidores) del producto o del servicio". En contra, ALGABA ROS, S.: "La publicidad y la defensa de los consumidores en la compra de bienes inmuebles", *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, coord. por A. Cañizares Laso, Técnos, Madrid, 2006, pp. 56 y 57.
- 10 GARCÍA VICENTE, J.R.: "La contratación con consumidores", *Tratado de contratos*, dir. por R. Bércovitz Rodríguez-Cano, T.II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1473 y ss. entendió que el fundamento de la imposición de deberes de información a los consumidores estaría en diversas razones: en primer lugar, la protección de la libertad de decisión sobre si contratar o no hacerlo, donde se aprecia una fuerte tendencia a enunciar deberes precontractuales o controlar la publicidad o las ofertas vinculantes. En segundo lugar, el conocimiento del alcance del compromiso desde el punto de vista económico y jurídico, así como de sus vicisitudes durante su ejecución o de los derechos o ventajas legales de que goza el consumidor. Por último, el conocimiento de las cualidades de la prestación, que no se reduce a su utilidad o función.
- 11 GÓMEZ CALLE, E.: *Los deberes precontractuales de información*, 1ª ed., La Ley, Madrid, 1994, p. 15: "Los deberes de información tienen, en fin, una finalidad protectora, que les sirve al propio tiempo de justificación; pretenden proteger al que se halla en una posición más débil, por su escasa información o por su inexperiencia negocial. Esto es especialmente importante en el campo de la protección del consumidor, en el que se considera que la información juega un papel esencial".
- 12 LLOBET AGUADO, J.: *El deber de información en la formación de los contratos*, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 41, señala al respecto: "El que la obligación de información encuentre su razón de ser en la desigualdad de conocimientos entre los contratantes explica su principal función, precisamente la de *coadyuvar al restablecimiento de la igualdad entre las partes*, principio sobre el que reposa el dogma de la autonomía de la

Además, la imposición de un deber de información veraz¹³ en la publicidad se encuentra directamente ligada con la prohibición de la publicidad engañosa, no veraz, tanto por acción como por omisión. Por ello el art. 8.3º LGDCU establecía que la oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de productos, actividades y servicios sería perseguida y sancionada como fraude, aunque tal afirmación planteaba importantes dudas en cuanto a su significado y alcance, más allá de su consideración como infracción de consumo (art. 34.6 LGDCU¹⁴). Asimismo, la publicidad engañosa aparecía descrita en el art. 4 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (en adelante LGP), normativa que establecía mecanismos para lograr su cesación y rectificación. El citado precepto señalaba: “Es engañosa la publicidad que, de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios.” Para determinar si una publicidad era engañosa, de acuerdo con el art. 5 LGP, se tendrían en cuenta todos sus elementos, las características de los bienes, el precio completo o presupuesto o modo de fijación del mismo y las condiciones jurídicas o económicas de adquisición. Ambos preceptos han sufrido cambios debidos al art. 2 de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modificó el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores. Estas nuevas normas pueden producir conseguir un resultado contrario al fin perseguido en su título, la mejora de la protección de los consumidores, al hacer desaparecer de la LGP la regulación de

voluntad. La información, en efecto, es la principal arma de que dispone el consumidor para hacer frente a las inevitables agresiones del comercio moderno pues de ella depende un consentimiento libremente formado y exento de vicios y, por ende, el evitar en la medida de lo posible, los abusos a los que pueden conducir los contratos de adhesión”.

- 13 Para CORRAL GARCÍA, E.: “La protección de los consumidores a través de la eficacia contractual de la publicidad”, *Actualidad civil*, n° 38, 16 a 22 octubre 2000, p. 1400, “si la publicidad trata de orientar y de inclinar nuestra voluntad en un sentido determinado, es inmediato que nuestra decisión –contratar o no contratar- debe ser protegida de tal manera que se tome consciente y libremente, para que sea un acto humano, ya que implica una elección. Por ello, el Derecho debe velar por un correcto funcionamiento del fenómeno publicitario desde un doble plano; por un lado, lo fabricantes y comerciantes tienen que promocionar sus productos dentro de una sana competencia, garantizando así la posibilidad de elección a los consumidores; y por otro, están obligados a cumplir las legítimas expectativas que los mensajes despierten en sus destinatarios, una vez que hayan obtenido el bien o utilizado el servicio anunciados, lo que supone la existencia de un principio de veracidad publicitaria (a nadie le gusta que nos engañen, dándonos gato por liebre).”
- 14 El art. 34 LGDCU consideraba infracciones en materia de defensa de los consumidores, no sólo el incumplimiento de las normas relativas a registro, normalización o tipificación, etiquetado, envasado y publicidad de bienes y servicios (apartado 6) como el incumplimiento de las normas reguladoras de precios, la imposición injustificada de condiciones sobre prestaciones no solicitadas o cantidades mínimas o cualquier otro tipo de intervención o actuación ilícita que supusiera un incremento de los precios o márgenes comerciales. Tales infracciones podían ser calificadas de leves, graves o muy graves, atendiendo a los criterios de riesgo para la salud, posición en el mercado del infractor, cuantía del beneficio obtenido, grado de intencionalidad, gravedad de la alteración social producida, generalización de la infracción y la reincidencia. (art. 35 LGDCU). Tales infracciones, de acuerdo con el art. 36 del mismo texto legal, eran sancionadas con multas, aunque a partir de 2006 (Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios) se introdujo un apartado 4 a este precepto en el que se señalaba que en el procedimiento sancionador podría exigirse al infractor la reposición de la situación alterada por la infracción a su estado original y, en su caso, la indemnización de los daños y perjuicios probados causados al consumidor. Sobre la cuestión, vide MONTES RODRÍGUEZ, M.P.: “La publicidad engañosa...”, cit. pp. 749 y ss.

la publicidad engañosa, que pasó a estar incluida, tan sólo como un acto de engaño desleal, en los nuevos arts. 5 y 7 de la Ley de competencia desleal, modificados así mismo por el art. I de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre.

Por otro lado, el art. 13 LGDCU, en su apartado 1º exigía que los bienes puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberían incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información (gratuita, decía su apartado 3º) veraz, eficaz o suficiente sobre sus características esenciales, y sobre las condiciones esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas y la información sobre el precio completo, incluidos los impuestos, o presupuestos, en su caso. Además el apartado 2º del mismo precepto imponía en su último inciso, para los casos de viviendas cuya primera transmisión se efectuara después de la entrada en vigor de la Ley, la entrega al comprador de una documentación completa suscrita por el vendedor en la que se definiera, en planta a escala, la vivienda y el trazado de todas sus instalaciones, así como los materiales empleados en su construcción, en especial aquellos a los que el usuario no tuviera acceso directo¹⁵.

Con posterioridad a la LGDCU se dictó el Real Decreto Ley 515/1989, de 21 de abril¹⁶, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, dirigido a aplicarse, según su art. I, a la oferta, promoción y publicidad que se realizaran para la venta o arrendamiento de viviendas efectuadas en el marco de una actividad empresarial o profesional, siempre que aquellos actos fueran dirigidos a consumidores.

El Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, que continua plenamente vigente, pretendía inicialmente desarrollar lo dispuesto tanto en el art. 8.1º LGDCU como en el art. 4 LGR. De hecho, en su art. 3.1 se señaló que “la oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta o arrendamiento de viviendas se hará de manera que no induzca ni pueda inducir a error a sus destinatarios, de modo tal que afecte a su comportamiento económico, y no silenciará datos fundamentales de los objetos de la misma”.

15 Debemos recordar que este último inciso del art. 13.2, de acuerdo con lo dispuesto en la STC 15/1989, de 26 de enero, no es de aplicación directa a las Comunidades Autónomas que hubieran asumido constitucionalmente competencia plena sobre defensa de los consumidores y usuarios en virtud de sus respectivos Estatutos de Autonomía

16 Se trata de una norma realmente importante en la protección del comprador consumidor que, sin embargo, tan sólo ha resultado de aplicación supletoria, respecto de las Comunidades Autónomas que estatutariamente hubieran asumido competencia (la inmensa mayoría) en virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional 2ª del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, (a excepción de los arts. 3.2 y 10, con vigencia en todo el Estado, por aplicación de la regla 8ª del art. 149.1 CE) sería supletoria respecto de las Comunidades autónomas que estatutariamente hayan asumido competencia sobre defensa de los consumidores y usuarios. Creo que esta aplicación supletoria será directa en los casos en que, aunque se haya legislado sobre protección del consumidor o sobre vivienda, no se imponga en ella al empresario oferente de viviendas un concreto deber de información sobre las características y condiciones jurídicas y económicas de la misma.

Además, en él se incluyeron específicos deberes informativos. En efecto, su art. 4 impone que quienes lleven a cabo las actividades de oferta, promoción y publicidad para la venta de viviendas, tengan a disposición del público¹⁷ una serie de datos informativos, una parte de los cuales deberán figurar, según su art. 8, en los folletos o documentos que se entreguen (apartados 1, 3, 4, 6 y 7: información relativa a la empresa, descripción de la vivienda, superficie, del edificio y de las zonas comunes, con referencia a los materiales empleados en todos ello, datos de identificación del inmueble, precio total de la vivienda y servicios accesorios y forma de pago) así como los incluidos en el art 6 (que impone una información *especialmente detallada* y clara sobre el precio¹⁸ de venta, exigiendo la puesta a disposición del público de la cifra de su importe, debidamente desglosado, así como todos los demás gastos, la forma y medios de pago y las garantías establecidas para asegurar el mismo). Además, en los supuestos de promoción de venta de viviendas, se deberán añadir las informaciones contempladas en su art. 5¹⁹. Por último, su art. 9 señala que todo

- 17 La doctrina criticó por débil el que la obligación de información se limitara a la puesta a disposición del público y de las autoridades, sin imponer una obligación activa de entrega de dicha información al consumidor que quisiera adquirir la vivienda. Así CAVANILLAS MÚGICA, S.: "La protección de los consumidores en al compraventa y arrendamiento de viviendas: El Real Decreto 515/1.989, de 21 de abril", *Derecho Privado y Constitución*, n^o 6, mayo- agosto 1.995, p. 57; y MARTÍN OSANTE, J. M.: "La defensa de los consumidores en la compraventa de viviendas tras la entrada en vigor del Texto Refundido 1/2007", *Revista de Derecho Patrimonial*, Aranzadi, Thomson –Reuters, n^o 24, 2010, p. 97.
- 18 CAVANILLAS SÁNCHEZ, A., *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales.*, 1^a ed. 1994, MSC, Madrid, p. 105 señaló al comentar este precepto que "la razón que explica que la información tenga que ser especialmente detallada y clara en cuanto al precio de venta, radica en que el legislador es consciente de que la obligación básica que recae sobre el comprador consiste en abonar al vendedor el precio, y por ello le interesa que el vendedor tenga a disposición del público y de las autoridades competentes una nota explicativa que informe sobre todas las circunstancias relativas al precio de la vivienda." En el mismo sentido LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Manual sobre protección de los consumidores y usuarios*, 3^a ed., Dykinson, Madrid, 2007, p. 176, y MARTÍN OSANTE, J.M.: "La defensa ..." cit, p. 104
- 19 El art. 5.1 RD 515/1989 señala: "1. Cuando se promocionen viviendas para su venta se tendrá a disposición del público o de las autoridades competentes, además:
 1. Copia de las autorizaciones legalmente exigidas para la construcción de la vivienda y de la cédula urbanística o certificación acreditativa de las circunstancias urbanísticas de la finca, con referencia al cumplimiento de las operaciones reparcelatorias o compensatorias, así como de la licencia o acto equivalente para la utilización u ocupación de la vivienda, zonas comunes y servicios accesorios.
 2. Estatutos y normas de funcionamiento de la Comunidad de Propietarios, en su caso, así como información de los contratos de servicios y suministros de la Comunidad.
 Si la Comunidad de Propietarios ya está funcionando se facilitará un extracto de cuentas y obligaciones de la vivienda objeto de la venta.
 3. Información en cuanto al pago de los tributos de todas clases que graven la propiedad o utilización de la vivienda.
 4. Forma en que está previsto documentar el contrato con sus condiciones generales y especiales, haciendo constar de modo especialmente legible lo siguiente:
 - a) Que el consumidor no soportará los gastos derivados de la titulación que correspondan legalmente al vendedor.
 - b) Los artículos 1.280, 1.º y 1.279 del Código Civil.
 - c) El derecho a la elección de Notario que corresponde al consumidor; sin que éste pueda imponer Notario que, por su competencia territorial carezca de conexión razonable con alguno de los elementos personales o reales del negocio.
 5. En el caso de que la vivienda o las zonas comunes o elementos accesorios no se encuentren totalmente edificados se hará constar con toda claridad la fecha de entrega y la fase en que en cada momento se encuentra la edificación.
 6. Cuando se trate de primera transmisión se indicará el nombre y domicilio del Arquitecto y el nombre o razón social y domicilio del constructor."

adquirente consumidor tiene derecho a recibir a la firma del contrato, y a costa del vendedor, copia de los documentos²⁰ a que se refieren los preceptos del mismo.

En la jurisprudencia había estado presente este deber de información del promotor, pero sin mención expresa del art. 8 LGDCU, en la STS de 4 de diciembre de 1998²¹ en la que se resolvió el conflicto planteado por varias Comunidades de Propietarios contra la Promotora de las viviendas por el incumplimiento de lo ofrecido, especialmente por el cambio de los radiadores de hierro fundido por otros de chapa. El Juzgado de primera instancia estimó parcialmente la demanda. Recurrida en apelación, la Audiencia revocó en parte la sentencia de instancia y, recurrida en casación por la promotora, el TS declaró no haber lugar al recurso argumentando en su F. D. 4º y en relación con el cambio de los radiadores, que “se lleva a cabo aportación de infracción del artículo 10.2, párrafo segundo de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios de 19 julio 1984 (RCL 1984\1906y ApNDL 2943) y artículo 1988 del Código Civil (motivo cuatro), para atacar la decisión de la sentencia recurrida en cuanto a la modificación operada en los radiadores de los inmuebles, al atender y dar preferencia a las previsiones constructivas de la Memoria del Proyecto Básico y de Ejecución (visado el 23 de noviembre de 1987), en el que aparece que dichos elementos serían de hierro fundido de la firma «Roca» o similar y no de chapa de acero que fueron efectivamente los instalados y resultan de inferior calidad -hecho suficientemente probado-, y a los que se hacía referencia en las mediciones y presupuestos, argumentando que esta documentación técnica opera a modo de cláusula particular que deben prevalecer sobre las condiciones generales contenidas en la Memoria del Proyecto, lo que no cabe admitir por no ser aplicable al supuesto de autos. La sentencia recurrida, al establecer la preferencia que se deja dicha no incurrió en las infracciones normativas que se denuncian y tuvo en cuenta y aplicó correctamente en base al principio «iura novit curia», pues los diversos compradores no fueron informados debidamente del cambio operado en los radiadores, y con ello no prestaron consentimiento colectivo, al no haberse practicado prueba convincente al respecto. Por contrario, hay que tener en cuenta que los documentos técnicos de referencia son de redacción de la recurrente y si bien los mismos resultan contradictorios y originan intensa duda interpretativa, conforme al artículo 1288, la interpretación juzgadora no debe favorecer a quien instauró y ha sido causante único de la oscuridad (SS. 30 junio 1972 [análoga aRJ 1990\973] y 7 abril 1992 [RJ 1992\3031]). El constructor-promotor debe terminar la obra y entregar los elementos particulares y comunes de la misma conforme a lo

20 Como señala acertadamente GARCÍA VICENTE, J. R.: “La contratación .”, cit., p. 1481, los deberes de información típicamente emplean como cauce de satisfacción la forma escrita o documental, hasta el punto de que se ha afirmado reiteradamente que asistimos a un “retorno del formalismo”, aunque sea con finalidad tuitiva, y así, se ha denominado este nuevo formalismo *luciditatem*. Con la forma escrita se satisfacen al menos estas dos finalidades: en primer término, permitir al consumidor el conocimiento de la información. En segundo término, establecer un medio fácilmente constatable de que las obligaciones se han cumplido, en ventaja para el empresario o profesional sobre el que pesa la carga de probar.

21 STS 4 diciembre 1998 (RAJ 1998, 8788).

ofertado, que resulta coincidente en la mayoría de los casos, salvo estipulación en contra, con el Proyecto de Ejecución y a su vez cumplir con el deber de suministrar las informaciones que establece el Real Decreto 21 abril 1989 (RCL 1989\1091), para la venta de inmuebles -cuyos adquirentes tienen la condición de consumidores o usuarios, conforme al artículo 1.2 de la Ley 26/1984-, y en particular respecto a las condiciones, características y utilidad de las viviendas e incluso sobre los materiales empleados en su construcción (incluidos aislamientos)". En la citada Resolución se mencionó expresamente el deber informativo contemplado en el RD 515/1989 sobre las características de la vivienda sus elementos y materiales (radiadores de hierro) que integrarían la oferta contractual que debía ser estrictamente cumplida.

Pero la primera sentencia que se ocupó en profundidad del deber de información en la publicidad, tanto respecto del art. 8 como del 13 LGDCU, fue la STS de 18 de marzo de 2002²², en la que el presidente de la Comunidad de Propietarios Alboaire II Conjunto Alazor demandó a la mercantil Vallehermoso S.A., reclamando la entrega de los Planos, Proyectos Básicos y de Ejecución así como la Memoria de Calidades de la edificación, de la que la sociedad mercantil fue promotora y constructora. El Juzgado de primera instancia rechazó la demanda y su sentencia fue revocada en apelación por la Audiencia. La promotora interpuso recurso de casación invocando la vulneración del art. 13 LGDCU en relación con el art. 4 RD 515/1989, por entender que en tales preceptos no se imponía una obligación de entrega de tales documentos a los adquirentes, argumento rechazado por el Alto Tribunal, que declaró no haber lugar al recurso al reconocer expresamente la existencia de un específico deber de información del promotor constructor: "el artículo 8 de la LGDCU establece que la oferta publicitaria en cuanto a las prestaciones propias y las condiciones o garantías ofrecidas, se integra en el contrato y pueden exigirse aunque no figuren expresamente incorporadas al mismo; a su vez, el artículo 13.2 de este ordenamiento se refiere expresamente a las viviendas que se transmiten e impone el deber de la entrega de la documentación completa suscrita por el vendedor (el promotor, en su caso), definidora, en planta a escala, del piso enajenado y el trazado de todas sus instalaciones, así como los materiales empleados en la construcción, con especial referencia de aquéllos a que el usuario no tenga acceso directo; y el Decreto de 21 de abril de 1989, se refiere a las informaciones a suministrar respecto a la oferta, promoción y publicidad que se realizase para la venta o arrendamiento de viviendas en el marco de una actividad empresarial o profesional, con exclusión de las efectuadas mediante subasta pública, judicial o administrativa; de todo cuyo conjunto normativo resulta la obligación de entregar la documentación solicitada por la actora" (F.D. 3º).

22 STS 18 marzo 2002 (RAJ 2002, 2848)

2. La integración de la publicidad en el contenido contractual: el art. 8. 1°, segundo inciso y 2° LGDCU y el art. 3.2 R.D. 515/1989.

El art. 8 1°, segundo inciso LGDCU reconoció el valor contractual de la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios “Su contenido, las prestaciones propias del producto o del servicio y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido”.

Sin duda se trataba de un precepto novedoso y muy importante²³ para la protección del consumidor. Recogía el testigo marcado por la jurisprudencia, pero introducía significativas diferencias, sobre todo en su apartado 2°, directamente vinculadas con el cumplimiento o no del mandato incluido en su apartado 1°. Como ya hemos dicho respecto del art. 8 1°, primer inciso LGDCU, para que la oferta, promoción y publicidad fuera vinculante contractualmente en un contrato de compraventa de vivienda, era necesario que reuniera un contenido informativo,²⁴ describiera a través de palabras o imágenes el objeto del contrato, el inmueble y sus características, calidades y elementos privativos y comunes así como las condiciones económicas como el precio²⁵, o los gastos del contrato. Habría complementariedad entre lo anunciado y lo pactado cuando los datos objetivos incluidos en la declaración publicitaria, completaran lo dispuesto en el documento contractual, bien porque en éste nada se dijera sobre lo descrito en la publicidad o en la promoción, o porque

23 En idéntico sentido SILLERO CROVETTO, B.: “El derecho a la información ...”, cit., p. 29: “Resulta indudable que el art. 8 da un paso adelante en la protección del consumidor al referirse a que los extremos contenidos en la publicidad, promoción y oferta pública se incorporarán al contrato de forma especialmente favorable para éste, lo que obliga a interpretar que en el caso que se llegara a demostrar la existencia notoria de contradicciones entre las cláusulas de un contrato suscrito para adquirir una vivienda y la oferta, promoción y publicidad realizada de modo genérico sobre la misma, resultando las condiciones particulares menos favorables para el consumidor, prevalecerá el contenido de la publicidad, la promoción o la oferta sobre el del contrato. Por el contrario, si el contenido de éste es más favorable que las cláusulas ofertadas al público en general, regirá el criterio establecido en éste último.” Menos entusiasta se muestra REYES LÓPEZ, Mª J.: *Derecho de consumo. La protección del consumidor en los contratos de compraventa de viviendas, de arrendamiento de obra y financiación. Comentarios, legislación y jurisprudencia.*, 1ª ed., Ed. RGD, Valencia, 1993, p. 71: “La promulgación del artículo 8 no viene a introducir grandes innovaciones respecto a la protección dispensada al adquirente de una vivienda con anterioridad a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios. Tampoco se puede considerar un precepto excesivamente novedoso debido a que su aplicación no implica una alteración sustancial respecto a la integración del contenido de la publicidad en aplicación de los preceptos del Código civil”

24 En este sentido GARCÍA VICENTE, J.R.: “La contratación...”, cit., pág. 1487: la publicidad susceptible de incorporarse al contrato debe tener genuino “contenido informativo” que es la única que puede generar expectativas concretas en el consumidor. No lo serán aquellas declaraciones publicitarias de contenido puramente laudatorio o sugestivo.

25 Vide sobre la cuestión MONTES RODRÍGUEZ, M.P.: “Tema 5. El precio de la vivienda en la legislación protectora del consumidor”, AAVV *La protección del consumidor de inmuebles*, dir. por F. Lledó Yagüe, 1ª ed., Dykinson, 2013, pp. 183 y ss. Algunos años antes BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La responsabilidad del constructor o promotor de viviendas en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, A. Bércovitz y R. Bércovitz, Técno, 1987, p. 256, señalaba al respecto que “aunque el art. 8 no estaba pensado, básicamente al menos, para el precio de los bienes y servicios, en él se habla también de las condiciones en que los bienes son ofrecidos. Pues bien, entre las condiciones, qué duda cabe que se encuentra el precio. Luego yo creo que, si en la publicidad, promoción y oferta se anuncian unas condiciones de precio ventajosas para el consumidor, eso también vincula como contenido del contrato, de acuerdo con lo que anteriormente hemos dicho sobre ese artículo 8º de la Ley”.

fueran coincidentes dado que en él se reprodujera lo allí afirmado. Por ello, tal y como señalaba el precepto (y como veremos continúa haciendo el actual art. 61 TRLGDCU), su contenido era exigible aun cuando no figurara en el contrato celebrado -léase «documento contractual»- o en el documento o comprobante recibido.

Tras la entrada en vigor de la LGDCU, y debido al desarrollo urbanístico de nuestras ciudades, se produjo un aumento de las reclamaciones de consumidores que habían visto incumplidas las características descritas en las memorias de calidades incluidas en los folletos publicitarios, sobre todo cuando la compraventa se realizó sobre plano, sin que el futuro adquirente pudiera comprobar directamente las características del inmueble y las instalaciones adyacentes, que cada vez adquirían mayor importancia económica y jurídica.

Todo ello justificó que el Real Decreto 515/1989 incluyera en su art. 3.2²⁶ una norma semejante al art. 8 1º segundo inciso LGDCU, pero específicamente dirigida a la construcción y venta de viviendas, y en la que no se incluyó la regla de la cláusula más beneficiosa. En el citado precepto se afirmó que “los datos, características y condiciones relativas a la construcción de la vivienda, a su ubicación, servicios e instalaciones, adquisición, utilización y pago que se incluyan en la oferta, promoción y publicidad serán exigibles aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado”.

Varias son las diferencias entre el art. 8.1º, segundo inciso LGDCU y el art. 3.2. del RD. 515/1.989. En primer lugar el art. 3.2 tiene un ámbito objetivo mucho menor que el art. 8º 1, no sólo porque se aplica sólo a la oferta, promoción y publicidad que se realice para la venta o arrendamiento de viviendas en el marco de una actividad empresarial o profesional (art. 1 RD 515/1.989)²⁷, sino porque además concreta aquellos datos y condiciones de la declaración publicitaria o promocional que se incorporan al contenido contractual, y entre ellos se incluye la adquisición y pago, importantes en relación con el precio. La segunda diferencia, más importante, es que no incluye la regla de la cláusula más beneficiosa derivada del acuerdo de voluntades. Ello implica que, en el supuesto de divergencia entre el contenido de la oferta publicitaria y el del documento contractual, sí se aplicarían las reglas generales, esto es, éste último constituirá la nueva oferta. Por tanto, la oferta publicitaria ya no podría ser aceptada ni exigida por los consumidores y usuarios. La divergencia entre la norma a desarrollar y la desarrollada hace nacer las dudas acerca de la legalidad del mencionado RD en relación con su art. 3.2. En relación con ello, la doctrina ha señalado dos límites a la utilización en el Derecho civil de las normas reglamentarias.

26 De acuerdo con lo establecido en la Disposición Adicional 2ª del RD 515/1989, su art. 3.2 tiene vigencia en todo el Estado, en virtud de lo dispuesto en la regla 8ª, del artículo 149.1 de la Constitución Española.

27 En este sentido, CABALLERO LOZANO, J.M.: “Eficacia contractual de la publicidad comercial en la jurisprudencia”, A.C., 1996-I, p. 298, nota 11.

En primer lugar se ha exigido la existencia de una reserva de Ley respecto de la regulación de relaciones entre particulares, propias del Derecho civil.²⁸ El art. 1.255 CC establece entre las limitaciones a la autonomía de la voluntad, la Ley, expresión que debe entenderse en sentido de Ley formal²⁹.

El segundo límite a la eficacia civil de una norma reglamentaria lo plantearía la necesidad de habilitación de la Administración por el poder legislativo. El legislador ha de autorizar al poder ejecutivo para que dicte una norma reglamentaria que desarrolle un determinado precepto civil. Aplicadas estas reglas a la divergencia existente entre el art. 8 2º LGDCU, y el art. 3.2 del RD 515/1.989, resulta que ambos preceptos versan sobre cuestiones civiles, establecen reglas de integración del contenido contractual³⁰. Además, el precepto objeto de nuestro estudio no contiene ninguna referencia a un posible desarrollo reglamentario. Esta ausencia de autorización legal no quedaría subsanada por lo dispuesto en el art. 8 LGP de 1.988, ya que no existe identidad, ni siquiera similitud, entre los mandatos de ambos preceptos.³¹ Por último una razón de fondo, el art. 3.2 RD 515/1.989, sólo reproduce en parte el precepto a desarrollar; al omitir toda referencia a la aplicación de la regla de la cláusula más favorable. Con ello, la norma de desarrollo del art. 8º 1, cambia, en el ámbito de la compraventa y arrendamiento de viviendas, el sentido del precepto, que supondría que contradicción entre la oferta publicitaria y el contenido contractual se resolvería a favor de este último, que constituiría la verdadera oferta, fuera o no más favorable para el consumidor o usuario.

Cabe concluir, por tanto, que una norma de desarrollo no puede alterar la regla general que establece el precepto que la genera y además en perjuicio de los consumidores. Todas estas razones llevarían a dudar a cerca de la legalidad³² del art. 3.2 del RD 515/1.989, de 21 de abril, a pesar de su actual vigencia y de haber sido utilizado por la jurisprudencia, aunque como argumento de apoyo³³.

28 En la doctrina civilista se ha pronunciado en este sentido, CAVANILLAS MÚGICA, S.: "La protección ...", cit., pp. 48 y ss. Entre la doctrina administrativista, GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho administrativo*, I, 6ª ed., Civitas, Madrid, 1.993, p. 240.

29 Es de esta opinión CUÑAT EDO, V.: "Reflexiones sobre la deslegalización del régimen jurídico de la contratación privada", *Las Fuentes efectivas el Derecho español tras la Constitución de 1978*, 1992, UNED, Alcira, p. 311

30 CAVANILLAS MÚGICA, S.: "La protección ...", cit., p. 50, no parece ser de la misma opinión, cuando distingue dos grupos de preceptos dentro del R. D: de un lado los que regulan la información, documentación y la publicidad, y de otro la materia contractual.

31 CAVANILLAS MÚGICA, S.: "La protección ...", cit. p. 50., considera que "el art. 8 L.G.P. satisface -al menos, si no se adopta una postura demasiado exigente- los requisitos de concreción y delimitación en la habilitación reglamentaria". El art. 8 L.G.P. en su primer apartado señalaba: "La publicidad de materiales o productos sanitarios y de aquellos otros sometidos a reglamentaciones técnico sanitarias, así como la de los productos, bienes, actividades y servicios susceptibles de generar riesgos para la salud y seguridad de las personas o de su patrimonio, o se trate de publicidad sobre juegos de suerte, envite o azar, podrá ser regulada por sus normas especiales o sometida al régimen de autorización administrativa previa. Dicho régimen podrá asimismo establecerse cuando la protección de los valores y derechos constitucionalmente reconocidos así lo requieran".

32 MONTES RODRÍGUEZ, M.P.: "Tema 5. El precio de...", cit. pp. 208 y 209.

33 A pesar de ello, la jurisprudencia ha utilizado este precepto, en sus resoluciones, aunque nunca como apoyo legal único para fundar la *ratio decidendi*. Así la ya citada STS de 8 de noviembre de 1.996. También en las Audiencias hemos visto su invocación. La primera Sentencia que lo invoca, es la SAP de Cantabria de 14 de marzo de 1.996

El desarrollo urbanístico de finales del siglo XX y las nuevas técnicas tecnológicas audiovisuales fomentaron el incremento en la utilización de la publicidad en la compraventa de inmuebles, con fotografías en folletos con datos objetivos esenciales para la decisión del adquirente, que en muchas ocasiones veía defraudadas sus expectativas con frustración de sus intereses económicos (importantes en el caso de la adquisición de un bien de este tipo). Ello provocó el incremento de litigios y que la mayor parte de los casos resueltos por la jurisprudencia, en que se aplicó el art. 8^o I, segundo inciso LGDCU, tuvieran por objeto una vivienda en construcción, bien en régimen de propiedad horizontal o vertical (las urbanizaciones) pero el contenido de los folletos publicitarios integrados en el contrato consistía en la descripción de calidades (instalación de calefacción) o instalaciones comunes como piscinas, o pistas de tenis. En ellas los adquirentes o bien pedían el cumplimiento in natura o por equivalente (a veces confundido con la indemnización) de lo anunciado y en otras la resolución del contrato ex art. 1124 CC. En algunos casos las demandas eran individuales y en otras colectivas, planteadas por las Comunidades de Propietarios.

La primera de las SSTS que mencionó, *obiter dicta*, el art. 8 LGDCU fue la de 7 de noviembre de 1988³⁴, pero curiosamente no lo aplicó. El conflicto se planteó por la constructora frente a los compradores solicitando el pago de las cantidades debidas y, en otro caso, la resolución del contrato. La sentencia de instancia estimó la demanda, concediendo un plazo de 3 meses para pagar. Recurrida en apelación, se declaró resuelto el contrato de compraventa y, recurrida en casación, el T.S. lo desestimó por entender en su F.D. 2^o que “que la sentencia impugnada no ha podido, por falta de actividad probatoria de los hoy recurrentes, frente a la probada entrega del piso y garaje, apreciar deficiencia alguna, por lo cual, aun siendo cierto que la publicidad sobre un objeto, sobre todo si es un objeto aún no existente, forma parte esencial de la oferta, como se reconoce por la doctrina y ha venido a proclamar el art. 8 de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) y origina responsabilidad en el oferente, no procede apreciarse, en este caso, un incumplimiento del constructor-vendedor; por falta de base en los hechos que, en este trámite, no se puede subsanar...”.

De nuevo invoca el precepto aquí analizado la STS de 21 de julio de 1993³⁵ aunque tan sólo para, desestimando el recurso de casación, reiterar el acierto de la

(RGD I.993, pp. 10.840 y ss) en la que, sin embargo, no se hace referencia al art. 8^o LGDCU. En otras ocasiones, el art. 3.2 del R.D. 21 de abril de 1.989 se ha utilizado a mayor abundamiento por los tribunales para justificar el valor contractual de la declaración publicitaria, y su exigibilidad por los consumidores y usuarios. Así ocurrió en la SAP de Sevilla de 19 de septiembre de 1.992 y en la SAP de Toledo 3 de octubre de 1.994 (A.C., 95-I, pp. 669 y ss). La Audiencia Provincial de Toledo, tras afirmar la vinculatoriedad contractual de las afirmaciones publicitarias ex art. 8 LGDCU y el art. 3.2 del RD 515/1.989, de 21 de abril, consideró que “la inmobiliaria demandada, en cuanto entregó a la compradora una vivienda que no se ajustaba a la memoria de calidades ofertada y no alcanzaba las dimensiones prometidas en la publicidad (ni tampoco, dicho sea de paso, a las pactadas en el propio documento privado de compraventa), incumplió el contrato y es responsable de ese incumplimiento.”

34 STS 7 noviembre 1988 (RAJ 1988, 8419).

35 STS 21 julio 1993 (RAJ 1993, 6176).

sentencia de instancia, que había condenado a la constructora a colocar los armarios empotrados ofrecidos en la publicidad, por entender en su F.D. 1º que “esta *falta de acabado* en relación con la propaganda realizada para la venta de los pisos “no cabe conceptuarla como vicio ruinógeno del que se debe responder por la vía del art. 1591, sino que constituye un mero supuesto de incumplimiento parcial de la obligación de entregar la cosa en las condiciones debidas que asumió, como promotora del inmueble la señora A. M. en méritos a los contratos de compraventa celebrados con los copropietarios accionantes, siendo obligación exclusiva de la promotora finalizar la obra de modo que reúna las características constructivas ofrecidas públicamente a los futuros compradores, conforme a lo establecido en los arts. 1091, 1096, 1101, 1256 y 1258 del Código Civil y art. 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios)”.

La primera sentencia que aplicó realmente el art. 8.1º, segundo inciso LGDCU, el art. 3.2 RD 515/1989 y recogió la evolución jurisprudencial sobre el valor contractual de la publicidad fue la STS de 8 de noviembre de 1996³⁶. Además fue la primera resolución que acogió expresamente la legitimación³⁷ del Presidente de la Comunidad de Propietarios para reclamar el cumplimiento de los elementos comunes ofertados en la promoción publicitaria. En efecto la demanda se planteó por el Presidente de la Comunidad de propietarios de la primera fase del Complejo Residencial D. Alfonso de Ceuta y por el propietario de uno de los pisos de la segunda fase, reclamando de la vendedora agroindustrial Hércules S.A., la entrega del terreno residual de las fincas 21.770 y 4.978 -calificado como zona verde, según reconoció la demandada- sobre las que se construyeron los bloques en forma de «ele», así como su cerramiento, dotándolos de jardinería, columpios y si posible fuere, por así determinarse pericialmente y permitirlo el terreno, de piscina y pista de tenis, tal como figuraba en la publicidad gráfica entregada a los compradores. La sentencia de instancia estimó la demanda, citando expresamente el art. 8 LGDCU y el art. 3.2 del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril. Interpuesto recurso de apelación por la vendedora, la Audiencia revocó la sentencia de instancia por entender que los folletos no contenían mención alguna a lo que se reclamaba ni podían ser causa determinante de los contratos. Interpuesto recurso de casación por los actores, el TS lo estimó, tras invocar expresamente la resoluciones jurisprudenciales que habían marcado este camino, por entender que “bien por la vinculación a la oferta,

36 STS 8 de noviembre 1996 (RAJ 1996 8.260). Además, se pronunció en este sentido la SAP de Madrid de 27 de marzo de 1990 (RGD 1990, pp. 5804 y ss), en la que también se resolvía un problema relativo al folleto publicitario que anunciaba la construcción de una urbanización con viviendas e instalaciones comunes.

37 El F.D. 1º de esta sentencia afirma, frente a la excepción de falta de personalidad en los tres presidentes de las Comunidades de propietarios demandantes, alegada por la promotora recurrente: “El artículo 12 en relación al 13 de la Ley de Propiedad Horizontal (RCL 1960\1042y NDL 24990) autoriza y atribuye legitimación activa a los presidentes para litigar, actuando como órgano del ente comunitario en defensa de sus intereses, al sustituir la voluntad social con la suya individual (SS. 22 febrero y 12 abril 1993 [RJ 1993\2997], 20 y 31 diciembre 1996 [RJ 1996\9277yRJ 1996\9484]). La excepción sólo procedería cuando la parte actora hubiera litigado atribuyéndose cualidad, condición, cargo o representación que se demuestre no le correspondía (Sentencias de 30 octubre 1978 [RJ 1978\3288] y 9 abril 1996 [RJ 1996\2911]), que no es el caso de autos”.

ya por Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios, sea por los artículos generales sobre obligaciones y contratos que se han ido citando, la Audiencia no podía prescindir de los treinta y cinco folletos de propaganda aportados a los autos; y al tenerlos en cuenta, su valoración de la prueba se muestra, cuando menos, ilógica, ya que se trata de documentos que contienen actividad publicitaria, con intención de atraer a los clientes (art. 2 del Estatuto de la Publicidad, Ley 61/1964, de 11 junio), constituyendo una clara oferta, de forma que al no entenderlo así se infringen los arts. 57 del CCom, el principio de la buena fe y el art. 1283, a que alude el motivo tercero, debiendo tal publicidad integrar los contratos, pues para que no fuese así tenía que excluirse expresamente de los mismos el contenido de los folletos, sin que para tal consideración fuere necesario apreciar engaño o fraude, extremos que no requiere el art. 8 de la Ley de Consumidores." (F.D. 3^o). En ella, la conclusión a la que llegó el Alto Tribunal fue que lo anunciado, al formar parte de la oferta del contrato, había sido aceptado por los adquirentes y, por ello, la promotora estaba obligada a entregar el terreno aunque, desafortunadamente, no a acondicionarlo en los términos anunciados en el folleto³⁸.

También se pronunció sobre el valor contractual de la publicidad, aplicando el art. 8.1^o segundo inciso LGDCU³⁹, la STS de 30 de junio de 1997⁴⁰, en la que el conflicto surgió porque en el edificio no se incluyó la calefacción central anunciada en la publicidad. La Sentencia de apelación condenó a la entidad mercantil «Ibérica Osuna, SA», a que indemnizara a los recurrentes, en la cantidad que resultase, de la diferencia de valor de mercado de las viviendas de sus respectivas propiedades sita

38 "No existen las infracciones que denuncia la Audiencia y han de entregarse, pues, la zona verde con el cerramiento en sus linderos oeste y sur (3.873,38 metros cuadrados), quedando para ejecución de sentencia, cual también decide el Juzgado, la determinación de la prestación sustitutoria, de no poderse llevar a cabo la prestación específica, pues la empresa vendedora no entregó a los adquirentes todo lo que en su actividad publicitaria había anunciado y prometido como objeto de los respectivos contratos de compraventa, siquiera las reglas de la sana crítica y máximas de experiencia obliguen a excluir de la zona verde a entregar su conversión en jardines, arbolado y columpios, piscina y pista de tenis, equipamientos que en parte se piden de modo condicional («si posible fuera por así determinarse pericialmente y permitirlo el terreno»), exclusión lógica, dado que los demandantes tampoco reclamaron el mobiliario «dibujado» sobre el plano del piso piloto contenido en los folletos. Concretando: lo único que se suprime del fallo dictado por el Juzgado, implicando con ello simple acogimiento parcial de la demanda, es el apartado que se refiere «A realizar a su costa en los citados terrenos las obras necesarias para dotarlos de jardinería (solo ha de entregarse zona verde), columpios..., construcción de piscina..., y pistas de tenis», y el relativo a imposición de costas" (F.D. 3^o).

39 También había reconocido este valor contractual, pero sin alegar el art. 8 LGDCU, la STS de 27 de mayo 1996 (RAJ 1996, 3920), en la que la Comunidad de propietarios reclamaba a la promotora también por la no instalación de los radiadores de hierro fundido anunciados así como por la falta de construcción de un almacén de cenizas. La Sentencia de primera instancia condenó a la promotora constructora a indemnizar a abonar el importe de los defectos y daños y perjuicios, pero no respecto de la diferencia de calidad de los radiadores. La Audiencia confirmó la sentencia de instancia. La demandante recurre en Casación y el TS lo estima por entender que "si en el proyecto de la obra, con base en el cual los integrantes de la Comunidad de Propietarios demandante fueron adquiriendo los respectivos pisos y demás elementos del edificio, estaba expresamente previsto y programado que los radiadores de la calefacción habían de ser de hierro fundido y luego se instalaron de un material de inferior calidad (concretamente, de chapa de acero), es evidente que se incurrió en un incumplimiento del contrato de obra y de los subsiguientes contratos de compraventa (con los que aquél está íntimamente conexonado) de los pisos y demás elementos del edificio, al entregarse una cosa distinta de la pactada («aliud pro alio»), de cuyo incumplimiento contractual solamente ha de responder la entidad promotora-constructora y luego vendedora de los diversos pisos y elementos del edificio".

40 STS 30 junio 1997 (RAJ 1997, 5406).

en la Urbanización Las Perlas de esta Ciudad, en su estado actual, y las mismas, en el caso de que tuviera instalada calefacción central, así como, la cantidad resultante, de restar el valor actual de sus plazas de aparcamientos, del de otras en la misma situación, pero de 24,47 metros útiles, lo que se determinara en ejecución de sentencia, y todo ello, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias. El Tribunal Supremo no estimó el recurso de casación planteado contra ella, entre otras razones, por entender en su F.D^a. 4º que la sentencia recurrida examinaba “si ha existido por la parte demandada el incumplimiento que se le imputa en la demanda y para ello considera que lo que se dice incumplido formó parte de las escrituras de venta y debe recordarse (artículo 1445 del Código Civil), que mediante el contrato de compraventa el vendedor se obliga a entregar una cosa determinada, añadiendo el artículo 1469 del Código Civil, que la obligación de entregar la cosa vendida comprende la de poner en poder del comprador todo lo que exprese el contrato; y el artículo 1091, que los contratos deben cumplirse a tenor de los mismos. Igualmente, ha quedado acreditado, en lo que hace a la calefacción central reclamada, que parte de la propaganda emitida por la entidad demandada, hacía referencia a la misma, al describir las calidades de las viviendas puestas a la venta, y según el artículo 8 de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios “la oferta, promoción y publicidad de los productos, se ajustarán a su naturaleza, características y condiciones, utilidad y finalidad, sin perjuicio de lo establecido sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido”. Por último, e igualmente sobre la calefacción central, aparece acreditado, que este servicio fue incorporado a la escritura de obra nueva y su constitución en régimen de propiedad y división horizontal, tuvo acceso al Registro de la Propiedad, con fecha 4 de agosto de 1981, de lo que debe obtenerse una doble consecuencia: primera, que la demandada carecía de la capacidad necesaria para hacer alteraciones en dicho título (artículo 5 en relación con el artículo 61 de la Ley de Propiedad Horizontal y segunda, que su incorporación al Registro de la Propiedad, hace nacer una presunción de veracidad. De lo expuesto, resulta patente -concluye la instancia- que la demandada, debió dar cumplimiento a lo ofrecido, publicado y estipulado, y el no hacerlo, debe ser estimado como un claro incumplimiento de lo pactado, que obliga a acoger la acción ejercitada por la demanda, sin que a ello pueda serle opuesto, la capacidad que a dicha parte otorgaba la cláusula quinta del contrato preparatorio de compra, por la que se reservaba el derecho a introducir variaciones en dicha ejecución, ya que dicha estipulación no otorgaba la capacidad de cumplir el contrato a su conveniencia, lo que viene prohibido por el artículo 1256 del Código Civil, sino que solamente autorizaba a “aquellas variaciones secundarias y normales”, a lo que no responden las aquí realizadas, sin olvidar, por otra parte, que dichas modificaciones debieron llevarse al contrato definitivo de compraventa”.

Además, en esta sentencia se admite expresamente la legitimación de los terceros adquirentes frente a la promotora para solicitar el cumplimiento de lo anunciado⁴¹.

Otra resolución relevante en cuanto al reconocimiento, no sólo de un deber informativo objetivo y veraz en la publicidad sino de su relevancia contractual *ex fide bona*, fue la STS 23 de mayo de 2003.⁴² En ella se resolvió el litigio planteado por la Comunidad de Propietarios Coblanca-30, Fase I^a, subfase D-Viviendas. Los folletos de publicidad ofertaron una urbanización –que sería la Comunidad de propietarios demandante– con tres pistas de tenis; Éstas también se incluían en la memoria del proyecto de ejecución realizado por el arquitecto y finalmente, a este proyecto se remitieron los contratos privados de compraventa. Cuando la promotora otorgó la escritura de declaración de obra nueva y división en propiedad horizontal no incluyó la tercera cancha de tenis, la mantuvo aparte y la vendió a “Acse, S.A.”, que carecía de la condición de tercero de buena fe, dada la relación existente entre su administrador único y los propietarios de los terrenos donde se construyó la urbanización. La acción ejercitada por la Comunidad contenía la pretensión esencial de que se declarara elemento común de la misma la referida tercera cancha de tenis y las pretensiones derivadas, relativas a las escrituras y a las inscripciones registrales. El Juzgado de primera instancia desestimó la demanda, pero interpuesto recurso de apelación fue estimado. La promotora recurre en casación y el TS declara no haber lugar al recurso por entender, frente a la alegación de infracción del art. 8.1º y 2º LGDCU, que “es una norma moderna que responde a unos principios clásicos del Derecho. Estos son, en primer lugar, el principio de veracidad, no en el sentido de que la oferta, promoción y publicidad deben ser objetivos e imparciales, como si respondieran a una política de información y educación del público, sino que no pueden ser engañosos y llevar a error al particular; en segundo lugar, el principio de buena fe que proclama el artículo 1258 del Código civil y ha desarrollado profusamente la jurisprudencia, que impone a cada contratante que cumpla lo pactado y lo que deriva, con un criterio lógico, de la buena fe: “sus derivaciones naturales”, dice la sentencia de 26 de octubre de 1995, “cumplida efectividad” dice la de 17 de febrero de 1996. Aquella norma moderna, de la Ley de consumidores y usuarios, establece la integración del contrato basado en ambos principios aludidos, de lo que son precedentes las sentencias de 14 de junio de 1976 y 27 de enero

41 Frente a la tesis del recurrente que entendía infringido el art. 1257 CC, el Fundamento séptimo de la Sentencia señaló que “los señores P. J. y G. M., al adquirir las viviendas de los anteriores propietarios, se subrogan en todas las acciones que garantizan su dominio y defienden los derechos inherentes a la propiedad, ya que, tal y como ha venido estableciendo la jurisprudencia, pasan al segundo comprador las acciones que asisten a los directos adquirentes del inmueble contra la promotora. «No es tercero civil, a quien alcance la doctrina de la eficacia relativa del contrato del artículo 1257 del Código Civil, el causante de uno de los contratantes a título singular por acto “inter vivos” (Sentencias de 5 octubre 1975, 3 octubre 1979 [RJ 1979\3236] y 20 febrero 1981 [RJ 1981\1007]) y, por tanto, el comprador de una vivienda que la adquiere de quien fue comprador de ella al promotor, está activamente legitimado para reclamar de éste lo debido según el primer contrato de compraventa, como es que se instale el ascensor de acceso a las plazas de garaje» (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 noviembre 1981 [RJ 1981\4412])”.

42 STS 23 mayo 2003 (RAJ 2003, 5215).

de 1977; el contrato queda complementado –integrado– con lo que el consumidor ha confiado por razón de la oferta, promoción y publicidad. Por ello, cuando la sentencia de la Audiencia Provincial destaca los elementos positivos – publicidad, proyecto y contratos privados– y los negativos –ocultación del carácter privativo que se le dio a la tercera cancha de tenis, ocultación que califica de “dolosa”– integra correctamente la contratación, en la que incluye la mencionada cancha, que, por tanto, forma parte de la compraventa y, por ende, declara acertadamente el carácter común de aquélla y la nulidad de la parte de la escritura de obra nueva y división en propiedad horizontal que se opone a ello” (F.D. 2°).

Por último, cabe citar la STS de 29 de septiembre de 2004⁴³ en la que, de nuevo, una Comunidad de Propietarios demandó a la constructora- promotora la indemnización de los daños y perjuicios causados por incumplimiento contractual y derivados del uso de publicidad inveraz y engañosa. El Juzgado de primera instancia admitió tal pretensión que fue confirmada por la Audiencia en apelación. Recurrida en casación por la constructora-promotora, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, entre otras razones por entender obligatorio lo ofertado publicitariamente. En efecto, el Alto Tribunal, en su F.D. 2° y después de citar las Sentencias ya analizadas con anterioridad, señaló que “la doctrina jurisprudencial expuesta hace decaer el motivo al quedar integrado el contrato de compraventa suscrito con los integrantes de la comunidad actora por los folletos de propaganda acompañados con la demanda, viniendo obligada la promotora demandada a entregar lo ofertado en dichos folletos” (F.D. 2°).

Como hemos podido comprobar en las resoluciones analizadas fue frecuente el planteamiento de demandas colectivas por las Comunidades del Propietarios pidiendo la entrega de elementos comunes anunciados en la publicidad (así las citadas SSTs 27 de mayo de 1996, 4 de diciembre 1998, 18 de marzo 2002, 23 de mayo 2003 y 29 de septiembre de 2004) y en otras ocasiones eran uno o varios adquirentes los que reclamaban de manera simultánea (STS 30 junio 1997). En su gran mayoría, las acciones ejercitadas iban dirigidas al cumplimiento de lo ofertado, bien *in natura*, o por equivalente, así como a la reparación de los daños causados.

Frente a la integración de la oferta publicitaria en el contrato, que se articulaba como regla general en el apartado 1°, segundo inciso, el art. 8 2° establecía una excepción: la prevalencia de cláusula más beneficiosa derivada del acuerdo. En efecto, el mencionado precepto señalaba: “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad”.

43 STS 29 septiembre 2004 (RAJ 2004, 5688).

En este segundo apartado del art. 8 LGDCU, el legislador introdujo una solución bien distinta que pretendía ser protectora para el consumidor o usuario adquirente: Ante la existencia de divergencias entre el contenido de la oferta emitida al margen del documento contractual, y el de éste último, la consecuencia jurídica sería la prevalencia de la cláusula más beneficiosa para el consumidor o usuario.

La regla de la cláusula más beneficiosa no era nueva en nuestro Ordenamiento jurídico. Había sido utilizada en distintas ramas del Derecho privado, en el Derecho del Trabajo. - art. 3. 1 c) ET-, en el Derecho mercantil, -art. 2 LCS-, y Derecho civil -art. 6 de la LAU. La incorporación de la regla de la prevalencia de la cláusula más beneficiosa conjugaba la aplicación del principio de protección de los consumidores, con la libertad de los contratantes para celebrar los pactos que se tengan por conveniente, esto es, con el principio de autonomía de la voluntad reconocida en el art. 1.255 CC. El consumidor podría decidir libremente aceptar cláusulas distintas a las anunciadas. Y lo cierto es que, aunque por lo general, la publicidad y la promoción suelen describir el bien o servicio anunciado con todo lujo de detalles y destacando sus características más llamativas, con, al menos en apariencia, mejores condiciones jurídicas o económicas, resulta posible que el consumidor o usuario, al negociar directamente con el empresario pueda obtener un mejor trato (un descuento por pago al contado, o la colocación de calidades mejores)⁴⁴.

El supuesto de hecho del que partía el art. 8 2º párrafo (y como veremos del actual art. 61.3, TRLGDCU para cuya interpretación valen estos argumentos) era la discrepancia entre lo anunciado, entre el contenido de la publicidad y la promoción y el contenido del documento contractual. En primer lugar, resultaba preciso dilucidar cuál era el elemento material sobre el que había de recaer la calificación de más beneficioso. De los dos sistemas propuestos, -el del conglobamento (que tendría en cuenta el conjunto de las reglas del contrato) y el analítico (que examinaría cláusula a cláusula)- el tenor literal del precepto nos llevaría a elegir el segundo⁴⁵, al utilizar la expresión cláusula. En ocasiones será difícil la comparación porque la reducción

44 En este sentido, FONT GALÁN, J. I.: "El tratamiento jurídico de la publicidad en la Ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *Curso sobre nuevo derecho del consumidor*, 1ª ed., Madrid, 1990, p. 79 y "La integración publicitaria del contrato: un instrumento de Derecho privado contra la publicidad engañosa", *C.D.C.*, nº 4, diciembre 1988, p. 36, afirmó al respecto: "puede suceder que no toda integración publicitaria termine beneficiando al consumidor. Así, pudiera ocurrir que el empresario anunciante y predisponente del contrato disponga con tal habilidad el contenido de la publicidad y contenido del contrato, que, si el consumidor exige la integración contractual de las declaraciones publicitarias, se perjudica en términos comparativos con relación al contenido expreso del contrato. Puede, incluso, que el empresario haya formulado dos ofertas divergentes sobre una misma operación: una se recoge en la publicidad, y otra en el contrato predispuesto por él; en estas situaciones es obvio que el consumidor tiene derecho a integrar el contenido con una u otra oferta o con ambas conjuntamente".

45 En este sentido, TORRES LANA, J.A., "Derecho civil y protección de los consumidores", *Cuadernos jurídicos*, nº 4, enero 1993, p. 12, consideró que al art. 8 2º LGDCU optaba por el criterio analítico: "El párrafo segundo del art. 8 constituye una pieza de cierre del sistema, tratando en clave *favor consummatoris*, de resolver el problema práctico de la discordancia de contenidos entre los propuestos en la oferta y el documento. Lo hace -y en este punto se aprecia especialmente la intensidad con que opera el principio *favor consummatoris*- sin utilizar la técnica jurídico laboral llamada *conglobamento*, sino que impone la comparación singular entre las diversas cláusulas para dar prevalencia a las más beneficiosas para el consumidor."

del nivel de calidad o calidad en una cláusula se compensará en otra cláusula, con una contraprestación, por ej. con un descuento en el precio. En estos casos sería necesario el examen conjunto de ambas cláusulas -quizá por ello el texto utiliza el término en plural- para valorar cual es más beneficiosa, lo que lo acercaría a la tesis del conglobamento.

En segundo lugar, cabría preguntarse qué entendía el precepto por «cláusulas más beneficiosas». Dos son los criterios que podrían utilizarse para determinar el carácter más beneficioso de las cláusulas divergentes: uno subjetivo y otro objetivo. Aunque la adopción de un criterio subjetivo parecería, a primera vista, más ventajosa para el sujeto protegido por la norma, el consumidor o usuario, lo cierto es que del art. 8 2º (y tampoco del actual art. 61.3 TRLGDCU) no se derivaban datos que permitieran defender la existencia en él de un derecho de elección a favor del consumidor; ya que el precepto tan sólo afirmó que prevalecería la cláusula más beneficiosa. Además, este derecho de elección podría vulnerar lo dispuesto en el propio precepto, y encubrir una renuncia del consumidor.⁴⁶ Si se parte de un criterio objetivo, entre las cláusulas en discordia debería prevalecer aquella que objetivamente fuera más beneficiosa para el consumidor; porque mejore en calidad o cantidad a la discordante (en nuestro caso porque permitiera que la vivienda tuviera calidades mejores, un precio más reducido, menores gastos y en general una mejor condición jurídica o económica) aunque no fuera la preferida del concreto consumidor. Por tanto la prevalencia no debería producirse sólo porque fuera una cláusula derivada del documento contractual -cláusula expresa contraria-, ya sea prerredactado⁴⁷ o libremente acordado, sino porque era objetivamente más beneficiosa. La utilización del verbo prevalecer podía ser un argumento a favor de la tesis objetiva, dado que

46 ALGABA ROS, S.: "La publicidad ...", cit. p. 63, señaló que el hecho de que la publicidad se integre en el contrato era demostrativo de la existencia de un derecho a favor del consumidor. Y evidentemente una renuncia a derechos de los consumidores no podría realizarse mediante condición general.

47 Algunos autores limitan la aplicación de la regla de la cláusula más beneficiosa del art. 8 2º LGDCU a aquellos supuestos en que el contrato ha sido prerredactado e impuesto. En esta línea, DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, Vol. I, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1993, p. 304: "La Ley de 1.984 llega sin embargo más lejos, pues sólo permite que prevalezca sobre el contenido de las comunicaciones de promoción o de publicidad las cláusulas expresas del contrato, cuando éstas sean más beneficiosas. Lo que, a nuestro juicio, no debe considerarse de aplicación a aquellos casos en que el clausulado contractual ha podido ser debatido y libremente aceptado y debe, por tanto, considerarse sólo aplicable esta regla de prevalencia respecto del contenido predisposto en condiciones generales de contratación." En idéntico sentido MORENO QUESADA, B.: "La protección de consumidores y usuarios al contratar", A.C., 1988-I, p. 203, al considerar que "la protección de los intereses económicos y sociales de que se ocupa el Capítulo III de la Ley sólo se producirá para los consumidores o usuarios que consuman o usen a través de los contratos en los que se contengan cláusulas prerredactadas unilateralmente, y en cuanto a ellas.", y GÓMEZ CALLE, E.: *Los deberes* cit., p. 76 quien distinguió entre los contratos prerredactados e impuestos y las cláusulas particulares: la corrección del contrato por el contenido publicitario estaría justificada cuando al consumidor se le ofreció un contrato con unas condiciones generales prerredactadas y distintas de la publicidad, a la que tuvo que adherirse para adquirir el bien o el servicio; pero no lo estaría si se tratara de cláusulas contractuales particularmente pactadas y en las que el alejamiento de la publicidad aparece justificado, porque, pongamos por caso, a cambio se le ofreció al consumidor una compensación. En contra, CUESTA GARCÍA DE LEONARDO, A.: "La publicidad engañosa en la doctrina de los tribunales", Ar. C., 1997-I, p. 30, para quien esta conclusión sería discutible "si se piensa que la finalidad de la normativa protectora de los consumidores no es la garantía de la formación de un consentimiento negocial informado y libre, sino la de un contenido negocial conforme con determinados módulos objetivos de cumplimiento normal".

había sido utilizado por el legislador cuando la regla de la cláusula más beneficiosa se aplicaba para resolver el posible conflicto entre diversas cláusulas incluidas dentro de una misma oferta de contrato. En estos casos, el verbo prevalecer parece dar idea de preferencia automática respecto de la cláusula objetivamente más beneficiosa. Si la divergencia entre lo anunciado y lo pactado consistiera en una reducción del nivel de calidad o cantidad sin ninguna contraprestación, la adopción del criterio objetivo no plantearía problemas para determinar cuál era la cláusula más favorable. En otras ocasiones será mucho más complicado determinar cuál era la cláusula objetivamente más beneficiosa porque las diferencias estribarían en una reducción de derechos a cambio de una contraprestación. En estos casos, la solución quedaría al arbitrio judicial, que debería tener presente al fijar este carácter más beneficioso, si el consumidor había obtenido a cambio alguna contraprestación, fuera o no equivalente. En este sentido, cabría presumir su carácter más beneficioso si la disminución en calidad o cantidad respecto de lo declarado publicitariamente se compensara con una reducción del precio o una ampliación de derechos. Y en todo caso siempre quedaría al consumidor la posibilidad de probar que no era más beneficioso. Este entendimiento llevaría a un punto intermedio entre ambos criterios -el objetivo y el subjetivo- que podía ser el más interesante para una eficaz aplicación del precepto.

En el art. 3.2 RD 515/1989, como vimos, no se incluyó la regla de la cláusula más beneficiosa. (lo que nos llevaba a dudar de su legalidad) pero si hacía referencia indirecta a la cuestión en el art. 10⁴⁸ en el que exigía que los pactos incluidos en el documento contractual, que pudieran ser considerados cláusulas más beneficiosas, fueran claros, sencillos y acordes con la buena fe, sin cláusulas abusivas,, y que resultó coherente con lo dispuesto en el art. 10, 10 bis y D.A. 1^a LGDCU o en los arts. 80 y ss.TRLGDCU.

48 El art. 10 RD 515/1989 señala: "Los documentos contractuales de compra-venta o arrendamiento de viviendas deberán ir redactados con la debida claridad y sencillez, sin referencia o remisión a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la celebración del contrato. Igualmente deberán responder a los principios de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, lo que, entre otras, implica la prohibición de inclusión de cláusulas que:

A) No reflejen con claridad u omitan, en los casos de pago diferido, la cantidad aplazada, el tipo de interés anual sobre los saldos pendientes de amortización y las condiciones de amortización de los créditos concedidos y las cláusulas que de cualquier forma faculen al vendedor a incrementar el precio aplazado durante la vigencia del contrato.

B) Impongan un incremento del precio por servicios, accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales efectivas que puedan ser libremente aceptadas o rechazadas por el comprador o arrendatario con independencia del contrato principal. A tales efectos: 1. Las reformas de obra motivadas en causas diligentemente no previsibles en el momento de la aprobación de los proyectos de urbanización o construcción que hayan de originar modificación del precio estipulado, serán previamente comunicadas a los adquirentes quienes deberán dar su conformidad a la cuantía exacta que la reforma produzca. 2. Las reformas que propongan los adquirentes serán asimismo objeto de formalización documental que contendrá sucinta descripción de su contenido y concretas repercusiones que deriven en el precio y plazo de entrega que hubiesen sido pactados.

C) Supongan la repercusión al comprador o arrendatario de fallos, defectos o errores administrativos o bancarios que no los sean directamente imputables.

D) Impongan, en la primera venta de viviendas, la obligación de abonar los gastos derivados de la preparación de la titulación que por Ley o por naturaleza corresponden al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división o cancelación)."

Sin duda, el art. 8 2° LGDCU supuso un importante avance en la protección del consumidor o usuario que adquiriría una vivienda por el reclamo publicitario pues, con anterioridad al mismo, toda modificación en el documento contractual respecto de lo anunciado, implicaba su no exigibilidad. Así había ocurrido en el único supuesto previo a la LGDCU resuelto por la jurisprudencia -la STS de 16 de febrero de 1.993⁴⁹- en el que existían discrepancias entre el contenido del mensaje publicitario y el documento contractual. En este caso el Tribunal Supremo entendió que el pacto en contrario excluía la relevancia contractual de la publicidad. El folleto publicitario emitido por una empresa promotora de un conjunto de viviendas describía las condiciones del préstamo hipotecario para la adquisición de las viviendas y excluía en su reverso, y de forma expresa, su carácter contractual. Esas condiciones sufrieron una considerable variación en el documento contractual, sobre todo en relación con el sistema de pago al producirse un importante adelanto de las fechas de vencimiento de los cambiales. Interpuesto recurso de casación ante el Tribunal Supremo, éste negó la relevancia contractual de la publicidad utilizando, entre otros argumentos⁵⁰, la existencia de un pacto contrario:

“pues si bien es cierto que, según dispone el art. 6° (del E.P. de 1.964), la publicidad habrá de acomodarse a los principios de falsedad (sic), veracidad, autenticidad y libre competencia, con la vinculación del anunciante que dimana del art. 8 de la misma Ley en cuanto a las alegaciones que se refieran a la naturaleza, composición, origen, cualidades sustanciales o propiedades de los productos o prestaciones, que deberán ser siempre exactas y susceptibles de prueba en cualquier momento, también lo es que ello en modo alguno impide que, como sucedió en el supuesto de autos, se pacten entre las partes sistemas de pago diferentes a los enunciados, sin que tal hecho suponga infracción del Estatuto de la Publicidad, en su día vigente, ni menos aún, implique una causa de nulidad ni de resolución de los contratos”.

Con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 26/1984, la ya citada STS de 4 de diciembre de 1998, al analizar el cambio de radiadores y sin citar expresamente el

49 STS 16 febrero 1993 (RAJ 1993, 77). Al respecto MONTES RODRÍGUEZ, M.P.: “la oferta publicitaria como contenido contractual exigible por los consumidores y usuarios”, tesis doctoral defendida en la Universitat de València, y parcialmente inédita, pp. 358 a 382.

50 “Fundado el recurso que nos ocupa en siete motivos, razones de rigor lógico aconsejan comenzar por el estudio del segundo que, al amparo del ordinal 4° del artículo 1.692 de la Ley de enjuiciamiento civil denuncia error en la apreciación de la prueba, que dice estar basada en documentos unidos a los autos y no se hallan contradichos por otros elementos probatorios, error que dice a tres materias, la relativa al carácter informativo y no contractual de los folletos publicitarios, y las variaciones que se produjeron en torno a las cantidades de los dos primeros recibos de hipoteca pasados al cobro, así como el adelanto de tres o cuatro meses del vencimiento de las hipotecas con relación a lo anunciado en los folletos de información, motivo éste que debe decaer, pues si con relación a la primera de las cuestiones, basta un somero examen de los folletos y especialmente del figurado al folio 11 para hacer constar su carácter meramente publicitario, por lo que se refiere a las otras dos, cabe decir que sí, por una parte, la resolución recurrida admite la existencia de algunas diferencias en el sistema de pago entre los folletos publicitarios y lo finalmente producido, también lo es que estas variaciones que no afectan al precio de la vivienda, por lo que tienen una importancia relativa, fueron expresa y minuciosamente pactados por lo que carecen de valor para provocar ni la resolución por incumplimiento, ni la nulidad del contrato”.

art. 8.2º LGDCU ni la regla de la cláusula más beneficiosa, señaló en su Fundamento 5º que al estar expresamente previsto en la publicidad y programado la calidad de dichos aparatos de calefacción, su cambio determinaría un claro incumplimiento contractual, del que habría de responder la promotora-vendedora, al no haberse pactado dicho cambio de calidades, sobre todo por tratarse de superior a inferior y responder al trueque a decisión única de la mercantil que recurre. Resulta destacable que el Tribunal Supremo entrara en este caso a delimitar cuando las condiciones jurídicas diferentes, incluidas en el documento contractual, sustituirían a lo anunciado, exigiendo expresamente que el cambio debía ser de inferior a superior y no al revés.

De nuevo sin mencionar expresamente el apartado 2º del art. 8 LGDCU, la ya analizada STS de 23 de mayo de 2003 negó, en su F.D. 4º, las alegaciones de la promotora de que los adquirentes de pisos y locales conocían los Estatutos de la Comunidad, en los que no aparecía como común la tercera cancha de tenis, al señalar: “En los contratos de compraventa se ha integrado la transmisión, como elemento común, de la tercera cancha de tenis. Que en la escritura pública se expresa que conocen los Estatutos en nada altera aquella transmisión y, en este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial no da valor a las declaraciones en escritura pública de los adquirentes respecto a una posible renuncia de la adquisición, que da por integrada en el contrato de compraventa, de la tercera cancha de tenis como elemento común. Dice así: “no puede aceptarse que efectivamente éstos tuvieran conocimiento de la renuncia que efectuaban respecto a la zona que en aquella se entendía como privativa, pues la escritura no había sido objeto de inscripción, por lo que le faltaba el requisito de la publicidad, ni había sido comunicada de forma particular o por información general a dichos adquirentes”. Siendo así que la renuncia de derechos debe ser expresa, concreta y de interpretación restrictiva, no puede darse el valor a las declaraciones en escritura pública que pretende la parte recurrente”.

No sería hasta después de la entrada en vigor del TRLGDCU, cuando el Tribunal Supremo aplique expresamente la regla de la prevalencia de la cláusula más beneficiosa. En efecto, la STS de 15 de marzo de 2010⁵¹ la utilizó para decidir el conflicto planteado entre un conjunto de adquirentes contra Inmobiliaria del Sur S.A. Los demandantes alegaban el incumplimiento de las calidades y características anunciadas en la publicidad, así como diversos vicios y defectos constructivos. El Juzgado de primera instancia estimó parcialmente la demanda condenando a efectuar las obras necesarias para dotar a las viviendas de las características publicitadas. Interpuesto recurso de apelación fue desestimado e Inmobiliaria del Sur interpuso recurso de casación que prosperó, al estimar el Alto Tribunal la infracción del art. 8.2º LGDCU. El recurrente había sostenido en el recurso la vulneración de este precepto porque “incluso aplicando a la documentación técnica esa función

51 STS 15 marzo 2010 (RAJ 2010, 2347).

publicitaria integradora del contrato, resulta evidente que se excepciona para los supuestos como el presente en que existe una voluntad contractual expresa de que las viviendas reúnan las calidades que se anexan a los contratos y que resultan visibles a los compradores mediante la construcción de una vivienda piloto, por lo que no es necesaria esa función integradora a la que alude la Sentencia puesto que donde existe pacto expreso en cuanto a determinados elementos ninguna integración debe hacerse, destacando el hecho de que los actores no han postulado la nulidad de la cláusula o pacto contractual de dichos documentos descriptivos de las calidades si es que lo consideraban abusivo". El Tribunal Supremo en su F.D. 2º estimó el motivo porque si bien se trata de un contrato que cae por sus características dentro del ámbito de aplicación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente en el momento de la adquisición (en la actualidad: arts. 60 y 61, I TRLGDCU), que aparece desarrollado en el art. 3.2 RD 515/1989, de 21 abril, con evidentes reflejos constitucionales, en el que la oferta en un sentido amplio, incluida la publicitaria y, con mayor razón, el documento contractual, determinan el derecho del comprador a recibir, a costa del vendedor, la copia de diversos documentos sobre el objeto y precio del contrato, y se trata, en definitiva, de que tenga una representación cumplida de lo que va a adquirir y que el vendedor asuma la obligación esencial y constitutiva de entregar al comprador la cosa vendida, una vez que ésta ha alcanzado existencia real y física cumpliendo de esa forma lo ofertado en la memoria de calidades y en la publicidad que se integran en el contenido del contrato", en el caso planteado el problema es diverso, porque se ha pactado algo diferente en el documento contractual. En efecto, aquí la cuestión radica "en determinar la eficacia que tiene el hecho de que los adquirentes de las viviendas suscribieron el contrato de compraventa, al que se unió una memoria de calidades distinta de la que fue inicialmente ofertada. El artículo 1255 del Código Civil, consagra el principio de libertad contractual, que permite por la simple voluntad de las partes contratantes la modificación normativa de cualquier clase de contratos, estableciéndose dicho principio con carácter imperativo siempre que la referida voluntariedad contractual no afecte o sea contraria a la Ley, a la moral, ni al orden público (STS 18 de septiembre 1997), señalando el artículo 1258 que "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley", preceptos uno y otro que han de relacionarse necesariamente con el artículo 1469 en el que se establece que la obligación de entregar la cosa vendida comprende la de poner en poder del comprador todo lo que exprese el contrato, lo que determina la obligación exclusiva de la vendedora de finalizar la obra con arreglo a las características constructivas ofrecidas a los futuros compradores, conforme al contenido obligacional de los contratos, en relación con el art. 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, en cuanto la publicidad sobre un objeto, sobre todo si es

un objeto aún no existente, forma parte esencial de la oferta inicialmente aceptada por los compradores, como precisa la sentencia de 29 de septiembre 2004.

Pues bien, la obligación contraída respecto de las calidades contenidas en la memoria dejó de formar parte de lo que constituyó inicialmente elemento esencial del contrato, desde el momento en que los adquirentes de las viviendas otorgaron escrituras públicas una vez construidas, a las que se incorporaron las calidades en la memoria uniéndose todas ellas mediante anexo a cada uno de los contratos, de conformidad con el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes, y en adecuado cumplimiento de la previsión establecida en el artículo 9 del Real Decreto 515/1989, de tal forma que una cosa es que en ausencia de esta memoria, los proyectos hubieran integrado necesariamente la oferta, haciendo exigible el acuerdo alcanzado, y otra distinta que el contrato haya expresado los cambios introducidos respecto al proyecto y que estos cambios fueran aceptados por los compradores, con conocimiento de lo que compraban, integrándolo normativamente en el mismo, sin que ninguno de ellos utilizara los mecanismos que el derecho ponía a su alcance para demandar la nulidad de alguna de sus cláusulas por no ajustarse los documentos contractuales a las reglas de claridad y sencillez, a que se refiere el artículo 10 del Real Decreto citado, o incluso del pacto contractual sobre calidades, con reserva en su caso de derechos respecto de las posibles diferencias entre las pactadas expresamente y las determinadas inicialmente en la documentación técnica presentada ante la Gerencia de Urbanismo para obtener las oportunas licencias". Con tales afirmaciones el Tribunal Supremo aplicó, a nuestro juicio incorrectamente, la regla de la cláusula más beneficiosa, al no entrar a valorar intrínsecamente si eran o no más beneficiosas, presumiendo que lo decidido libremente por las partes, sin imposición, es lo realmente querido y exigible contractualmente.

IV. LOS ARTS. 61 Y 65 TRLGDCU.

I. El deber de información en la publicidad en el art. 61, sin prohibición expresa de la publicidad engañosa.

Cuando en 2007 entra en vigor el R.D. Legislativo 1/12007, de 16 de noviembre, por el que se refunde la LGDCU con otros cuerpos legales, todos ellos dirigidos a proteger al consumidor; la norma resultante, el TRLGDCU, también incorpora un deber de información precontractual en el art. 60 y mantiene y mejora en el art. 61.1, el deber de información objetiva y veraz⁵² en la oferta, promoción y publicidad. A ello ha de añadirse una norma expresamente dedicada a la integración contractual *ex fide bona*: el art. 65.

52 En este sentido MORALES IMBERNÓN, N.: "Contratos con finalidad traslativa del dominio", *Tratado de contratos*, dir. por R. Bércovitz Rodríguez-Cano, T.II, Tirant lo Blanch, 2009, p. 1831.

En el primero de estos preceptos, dedicado a la información previa al contrato, se dice en el apartado 1, que antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor o usuario de forma gratuita (tal y como afirma en el apartado 4), clara, comprensible y adaptada a las circunstancias, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo. En su apartado 2 señala que, a tales efectos, serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y normas que resulten de aplicación (por ejemplo, el art. 6 del RD 515/1989, en el caso de la vivienda).

En la segunda de las norma citadas, dedicada a la integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato, dispone, a semejanza del art. 8.1º inciso primero LGDCU, que la oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de adquisición.

En efecto, elTRLGDCU introdujo algunos cambios en relación con el tratamiento de la publicidad engañosa. La nueva regulación desgajó el antiguo párrafo 3º del art. 8 LGDCU, dedicado a la publicidad engañosa y lo situó en el apartado 4º del art. 18, dedicado al etiquetado, presentación y publicidad, dentro del Capítulo IV del Libro I que se ocupaba del derecho a la información, formación y educación.

Las restantes reglas, incluida la primera en que se imponía un deber de información veraz en la oferta, promoción y publicidad, se incluyeron en el art. 61, precepto ubicado en el Capítulo I (disposiciones Generales) del Título 1º *Contratos con los consumidores y usuarios*, del Libro II TRLGDCU, y al que se añadió una rúbrica “Integración de la oferta, promoción y publicidad”. La modificación legislativa fue acertada en primer lugar porque situó la protección de la publicidad engañosa dentro del campo del derecho de la información, dado que la actividad publicitaria debe estar dirigida a proporcionar información completa y veraz sobre el objeto del contrato y sus condiciones. En segundo lugar, porque deslindó el supuesto (la publicidad engañosa) de la integración de la publicidad en el contrato y su posterior incumplimiento. En efecto, se trataría de dos supuestos de hecho distintos (aunque en ocasiones difícilmente diferenciables) a los que el ordenamiento otorga soluciones diversas. Por un lado, encontramos la publicidad engañosa, con la que mediante con afirmaciones falsas o engañosas o al silenciar datos fundamentales se induce a error al consumidor sobre las características del objeto o sobre las condiciones del servicio a prestar. En este caso, el bien tiene unas características distintas de las anunciadas y no podría cumplir con ellas en ningún caso (por ej. La muñeca que aparenta caminar por sí misma y no lo hace ni puede hacerlo). Ante este problema la solución del ordenamiento jurídico no debería ser la exigibilidad pues el bien no

podrá nunca ofrecer las características anunciadas, sino la anulación del contrato por vicio del consentimiento, error o dolo (arts. 1266, 1269 y 1300 y ss. CC), la cesación o rectificación de la publicidad (en el raro caso de que no haya acabado) y su sanción como infracción de consumo (art. 49. d) TRLGDCU).

Por el contrario, si la publicidad ofrece información objetiva, concreta, clara, precisa y posible del objeto del contrato (el bien reúne tales características o las puede reunir en el caso de venta de cosa futura) o sobre las condiciones jurídicas de adquisición, todos esos datos formarán parte del contrato, se integrarán en el mismo y serán exigibles por los consumidores y usuarios, aunque no figuren en el documento contractual. Si con posterioridad, el empresario que ha utilizado la publicidad (sea el anunciante o no) incumple su contenido, estaremos ante un supuesto de incumplimiento contractual y, como ya hemos visto, se podrán utilizar, además las acciones que el art. 1124 C.c. establece frente al incumplimiento de una obligación sinalagmática (acción de cumplimiento, de resolución y/o de indemnización), los recursos que nos otorga el TRLGDCU frente a la falta de conformidad en el Título V del mismo Libro II (art. 116.4) aunque no en el caso de la compraventa de vivienda, porque el mencionado Título se aplica sólo a la compraventa de productos (art. 115).

El art. 61.1 TRLGDCU (a semejanza del art. 8.1º, primer inciso LGDCUU), reitera el deber de información objetiva y veraz en la oferta, promoción y publicidad de bienes o servicios, al imponer que se ajusten a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación.

Este especial deber informativo de la publicidad estuvo particularmente presente en la STS de 30 de mayo 2011⁵³, en un conflicto planteado de nuevo entre una Constructora y una Comunidad de Propietario, en el que además de los incumplimientos parciales de calidades y elementos (persianas en algunas ventanas), se exigía la no construcción por la mercantil de un nuevo edificio, en un espacio que aparecía libre en la publicidad inicial insertada en prensa y en carteles publicitarios. Admitida tal pretensión tanto en primera como en segunda instancia, la Promotora recurrió en casación y el Tribunal Supremo entendió, entre otras razones, que no había lugar al recurso porque “la publicidad de la promoción con intención de atraer a los compradores no se limitó a la urbanización de los terrenos sobre los que se construyeron los edificios, sino que incorporó un contenido informativo y ofreció una visión distinta del conjunto urbanístico que comprendía dicho ámbito, creando al consumidor la confianza de que tanto su vivienda en particular, como el edificio en su conjunto, se iba a desarrollar de una determinada forma que luego no se correspondió con la publicidad prenegocial ciertamente engañosa, por más que la construcción contara con la autorización administrativa que en ningún caso

53 STS 30 mayo 2011 (RAJ 2011, 3995).

liberaba a la vendedora de las obligaciones asumidas en los contratos celebrados con los compradores o que la publicidad apareciera con la expresión pendiente de aprobación (“*en mínima y cambiante de sitio impresión*”), desde la idea de que no se traslada a un comprador medio la realidad de las cosas, sino de que lo que se le está ofertando es algo que está pendiente de aprobación, pero no que lo que se somete a aprobación administrativa era algo distinto de lo que se le oferta. La relevancia de la publicidad en el proceso de toma de decisiones de un comprador medio es cada vez mayor; como también es mayor la posibilidad de crear una falsa expectativa que le prive de la posibilidad de ponderar la conveniencia de adquirir una vivienda en unas determinadas condiciones. Lo cierto es que la empresa vendedora no entregó a los adquirentes todo lo que en su actividad publicitaria había anunciado y prometido como objeto de los respectivos contratos de compraventa, y ello les causó un perjuicio evidente cuyas consecuencias jurídicas “son ajenas a las expectativas económicas que el incumplidor pretendía obtener con la actuación civilmente ilícita”, como dice la sentencia (F.D. 4º).

Además, una importante novedad en el TRLGDCU, en relación con la LGDCU, ha sido la inclusión del art. 65. En él se señala, tras la rúbrica integración del contrato⁵⁴, que “los contratos con los consumidores se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme a principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante”.

Como ha defendido buena parte de la doctrina⁵⁵, el deber de información precontractual tiene su fundamento en el principio de buena fe, recogido en los arts. 7.1 y 1.258 CC y ahora expresa⁵⁶ y acertadamente⁵⁷ recogido en el art. 65 TRLGDCU⁵⁸. La incorporación al contrato de elementos comunes, cuando se han

54 Sobre la integración del contrato, vide MONTES RODRÍGUEZ, M.P.: “La integración del contrato”, *Trabajo, contrato y Libertad. Estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol*, coord. por J. Mº Goerlich y A. Blasco Pellicer, SPUV, Valencia, 2010, pp. 377 a 402 y “el art. 1.258 CC y las fuentes de integración objetiva del contrato”, *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, coord. por F.P. Blasco Gascó, E. Clemente Meoro, F.J. Orduña Moreno, L. Prats Albentosa y R. Verdura Server, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1735 a 1772.

55 En este sentido, GÓMEZ CALLE, E.: *Los deberes...*, cit., p. 18 y LLOBET AGUADO, J.: *El deber...*, cit., p. 38

56 LASARTE ÁLVAREZ, C.: inicialmente en “Sobre la integración...”, cit., p. 712 y con posterioridad en *Manual...*, cit., p. 124: “si existe un principio real en la materia que estamos considerando ese ha de ser el de la buena fe y, en particular, el de la buena fe objetiva que, acertadamente, es contemplado de manera expresa en el nuevo art. 65 TRLGDCU, bajo la rúbrica de “integración del contrato con carácter general y no por tanto en relación con la integración del contrato de las promesas publicitarias”.

57 Como he dicho en otro lugar, al comentar el art. 65 TRLGDCU, MONTES RODRÍGUEZ, M.P.: “Reflexiones en torno al RD-Legislativo 1/2007...”, cit., p. 678, en los supuestos en que se incumplan los arts 60 y 61 y no se ofrezca a los consumidores y usuarios la información necesaria para poder conocer adecuadamente las características del bien o del servicio que se quiere contratar, en nuestro caso una vivienda, el órgano judicial podrá utilizar la buena fe como medio de integración del contenido contractual, incorporando al mismo aquellas características que el consumidor o usuario podría razonablemente esperar del mismo. En este caso los usos, a los que no hace referencia el art. 65 pero sí el art. 1.258 CC, pueden coadyuvar con la buena fe a la hora de proporcionar al juez cuales son las características propias en ese tipo de bienes o servicios.

58 GARCÍA VICENTE, J.R.: “La contratación...”, cit., p. 1482: “el art. 65 TRLGDCU incorpora una regla general y supone una novedad en este punto (ya desde la Ley 44/2006), aunque tenga un ámbito demasiado restringido, puesto que sólo afecta a los casos de “omisión contractual precontractual relevante” y su efecto (la integración contractual) remita a una tan fructífera como ambigua noción: la buena fe objetiva.”

ofrecido en la publicidad y se ha omitido su cesión a terceros (como en el supuesto resuelto en la STS de 23 de mayo 2003), su utilización por terceros (como en la STS de 19 de febrero de 1981) o la falta de titularidad del promotor; que sólo dispone de un derecho de superficie (como ocurrió en la STS 13 febrero 2013 a la que haremos referencia a continuación) parece clara. El problema radicaría en la *integración ex fide bona* del precio o de los demás gastos (aunque sin duda se trata de informaciones relevantes), respecto de los cuales parece dudoso que los tribunales se pronuncien, salvo si existen precios legales mínimos de los que no se informó. No obstante, existen motivos para la esperanza, si observamos el art. 27 de la Ley 3/2001, de 26 de abril, de la Asamblea de Extremadura, sobre normas reguladora de la calidad, promoción y acceso a la vivienda, relativo a la información que se ha de contener en la publicidad, en donde se afirma que “cuando en el precio de venta no estén especificados los impuestos, las tasas y los demás gastos que legalmente deba abonar el comprador al vendedor, se entenderán incluidos”. Creo que es el camino a seguir en los supuestos de omisión de información relevante sobre el precio y otros gastos de la compraventa.⁵⁹

2. La integración de la publicidad en el TRLGDCU y la jurisprudencia que la aplica.

El art. 61.2 TRLGDCU reproduce casi literalmente lo dispuesto en el art. 8.1 segundo inciso LGDCU (y por tanto a él son aplicables las reflexiones realizadas al analizar ambos) pero introduce algún cambio, relevante para nuestro análisis. Su tenor literal es el siguiente: “El contenido de la oferta, promoción y publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato”.

En efecto, el nuevo precepto añade a la expresión *condiciones ofrecidas* los adjetivos “jurídicas” y “económicas”. Evidentemente, con los mismos se está haciendo referencia clara y sin ninguna clase de duda, al precio y a todos aquellos gastos que debe desembolsar el adquirente de la vivienda, pero también a los elementos accesorios, comunes o privativos incluidos o las expectativas de entorno que revaloricen la vivienda adquirida. Todo el contenido de la declaración publicitaria, sus datos objetivos y comprobables, así como las condiciones jurídicas y económicas y las garantías ofrecidas sobre la vivienda serán exigibles por el adquirente consumidor, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido.

59 MONTES RODRÍGUEZ, M.P.: “Tema 5. El precio de...”, cit. p.211.

Tal exigibilidad implica la integración de lo anunciado en el contrato y supone que el adquirente puede, o exigir su cumplimiento, *in natura* o por equivalente o la resolución del contrato por su incumplimiento, y en ambos casos la indemnización de los daños causados. La primera opción, como ya hemos visto, suele ser la más habitual, aunque en la mayoría de ocasiones se sustituya el cumplimiento *in natura* por su equivalente pecuniario, pero la segunda resulta especialmente importante porque, dada la resistencia tradicional de los tribunales a la acción resolutoria ex art. 1124 y 1504 CC, hace más extraordinario todavía que el incumplimiento de lo anunciado tenga entidad suficiente para justificar el ejercicio de la facultad resolutoria por el comprador.

Entre las primeras merece ser destacada la STS de 28 de febrero 2013⁶⁰. Aquí el conflicto se plantea entre varias Comunidades de vecinos contra la entidad Mirador de Gibalfaro S.L. En el folleto publicitario utilizado en la promoción, obraba una fotografía de la maqueta de la urbanización y una referencia a la memoria de calidades. Constaba expresamente que los adquirentes recibirían los elementos comunes de la organización consistentes en piscina, piscina infantil, pista de paddel-tenis y club social correspondiente. Pero el planeamiento urbanístico de la zona expresamente impedía que el lugar en donde el folleto publicitario y la maqueta describen y colocan la piscina, pista de padel-tenis y club deportivo fueran de titularidad privada. La entidad demandada adquirió un derecho de superficie sobre el terreno, que es de titularidad municipal, donde se han construido las instalaciones deportivas además de piscina y paddel, de utilización pública. Por tanto y, dada la imposibilidad del cumplimiento *in natura*, los adquirentes solicitaron indemnización de los perjuicios causados. El Juzgado de primera instancia estimó parcialmente la demanda y la Audiencia la estimó completamente, revocando en parte la sentencia previa. La mercantil recurrió en casación y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, al desestimar, entre otras razones, la infracción de los arts. 8 y 13 LGDCU, vigente al celebrarse el contrato, con cita expresa de la jurisprudencia ya analizada, del TRLGDCU y del art. 3.2 RD 515/1989, por entender que “se había ofrecido en la publicidad unos elementos comunes que no han sido entregados como tales y se ha fijado una indemnización de acuerdo con la doctrina jurisprudencial indicada. No se ha infringido norma alguna, sino que se han cumplido estrictamente” (F.D. 5º).

En relación con el ejercicio de la facultad resolutoria cabe citar la STS de 12 de julio de 2011.⁶¹ También aquí encontramos un conflicto nacido con ocasión de la venta de un inmueble sobre plano. En este caso, el litigio lo planteó un matrimonio comprador contra la Promotora ERASUR S.L, ejercitando la acción de resolución contractual del contrato de compraventa porque la vivienda no reunía las características anunciadas en el folleto (vistas al campo de golf, al mar y las montañas). El Juzgado de Primera

60 STS 28 febrero 2013 (RAJ 2013, 2164).

61 STS 12 julio 2011 (RAJ 2011/7372).

instancia desestima la demanda por entender que no hay incumplimiento contractual y recurrida en apelación la audiencia declara resuelto el contrato. Planteado por la promotora recurso de casación, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo por entender, en su F.D. 2^o, que el folleto litigioso no responde a una mera función de promoción, sino que constituye una auténtica oferta publicitaria, en tanto que se trata de una información concreta, que contiene datos objetivos. A ello debía añadirse a juicio del TS que la vivienda se adquirió sobre plano, lo que no permitía apreciar la falta de veracidad, que las características valoradas influyeron de manera decisiva en la adquisición, y que la buena fe contractual exige un comportamiento coherente con la confianza creada en el tráfico. Todas estas razones llevan al Alto Tribunal a entender que “la infracción contractual tiene una especial relevancia que justifica la calificación de incumplimiento grave por insatisfacción total del comprador a efectos de conllevar la resolución contractual. La falta de vistas no reduce el uso de la vivienda, sino que frustra las legítimas expectativas de los compradores”.

En ocasiones el ejercicio por el comprador de la acción resolutoria basada en el incumplimiento de lo anunciado se plantea de forma reconvencional, frente al ejercicio de la acción de cumplimiento contractual planteada por la mercantil vendedora. Así ocurrió en el litigio que dio lugar a la STS de 18 de febrero de 2014⁶². La empresa vendedora interpone demanda ejercitando acción de cumplimiento contractual, obligando a los compradores a pagar la parte aplazada. Los compradores no sólo se opusieron a lo solicitado, sino que interpusieron demanda reconvencional, solicitando se declarara resuelto el contrato y se condenara a la devolución de las cantidades adelantadas, por incumplimiento del plazo anunciado en la publicidad. El juzgado de primera instancia desestimó la demanda y estimó la reconvención. Interpuesto recurso de apelación, la audiencia lo desestimó y la vendedora recurrió en casación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso por entender que la resolución, declarada en la sentencia de instancia y confirmada en apelación, era correcta por cuanto, reiterando la doctrina jurisprudencial ya expuesta, el plazo de entrega contractual era el anunciado en el folleto, febrero de 2008 y el retraso probado, pues la cedula de habitabilidad no se dio hasta diciembre de ese año y el suministro eléctrico y la entrega efectiva hasta febrero de 2009.

Pero la exigibilidad de lo anunciado publicitariamente sólo prevalecerá siempre y cuando en el contrato no figuren condiciones económicas y/o jurídicas más beneficiosas. Porque la regla de la cláusula más beneficiosa se mantiene en el apartado 3 del art. 61 TRLGDCU, en los mismos términos que en el ya analizado art. 8.2^o LGDCU. El precepto exige no sólo que haya condiciones diferentes, sino que éstas deben ser más beneficiosas y la jurisprudencia, desgraciadamente, parece entender que, si han podido ser negociadas, lo son sin entrar a valorar su bondad.

62 STS 18 febrero 2014 (RAJ 2014, 2091).

Y el problema puede surgir cuando en el contrato se produzca cambios de características de la vivienda o de calidades a cambio de una reducción en el precio. A este problema hace referencia, el art. 10 RD 515/1989 que, como ya hemos visto debe ser tenido muy presente a la hora de interpretar el principio de la cláusula más beneficiosa en el art. 61 TRLGDCU.

Tras la entrada en vigor del TRLGDCU el Tribunal Supremo se ha ocupado de la aplicación de la regla de la prevalencia de la cláusula más beneficiosa en la ya analizada STS de 15 de marzo de 2010, que la aplicó expresamente, y en la STS de 8 de marzo de 2011⁶³ en la que resuelve un conflicto entre una Comunidad de propietarios y un conjunto de adquirentes y la Promotora Proinasa, por falta de entrega de instalaciones comunes y diferente calidad de lo entregado respecto de lo anunciado. En el documento contractual prerredactado por la Promotora se contenía una cláusula genérica de entrega a satisfacción del comprador. El Juzgado de primera instancia estimó la demanda y declaró nula la cláusula y, recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia entendió que la mencionada cláusula no suponía una renuncia de los compradores a lo anunciado ni a toda reclamación posterior. Interpuesto recurso de casación por la promotora, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, al desestimar la infracción de los arts. 3.2 y 10 RD. 515/1989. Lo extraño es que el Tribunal Supremo justificó la desestimación (F.D. 5º), apoyándose en lo argumentado *obiter dicta* en la STS de 15 de marzo 2010 pero no en su *ratio decidendi*.

IV. LA STS 616/2017, DE 20 DE NOVIEMBRE.

A la vista de la evolución jurisprudencial analizada con anterioridad cabe contemplar lo señalado en la reciente STS 616/2017, de 20 de noviembre.⁶⁴ En ella, el conflicto surge de nuevo en torno a una compraventa sobre plano de una vivienda con jardín y garaje situada en una zona residencial. El folleto informativo de la Urbanización "Costa Anacara" anunciaba "viviendas en altura...plazas de garaje y viviendas unifamiliares en las plantas bajas... con excepcionales equipamientos un campo de golf de 18 hoyos, amplias zonas verdes... con excelentes comunicaciones: un acceso a la autopista A9, para llegar en pocos minutos a las ciudades de Ferrol y A Coruña o para conectar fácilmente con el resto de Comunidades Autónomas". En principio el contrato de compraventa en documento privado se celebró en julio de 2005 pero la vivienda no se terminó hasta septiembre del año siguiente, sin que se hubiera concluido ni el campo de golf ni los accesos a la AP 9. La vendedora Martinsa Fadesa S.A interpuso demanda de acción de cumplimiento, exigiendo a la compradora el otorgamiento de escritura pública de compraventa y el pago del resto del precio aplazado, así como los impuestos sobre el inmueble. La compradora

⁶³ STS 8 marzo 2011 (RAJ 2011, 2758).

⁶⁴ STS 20 noviembre 2017 (RAJ 2017, 4897).

no sólo se opuso a tal pretensión, sino que formuló reconvencción, ejercitando acción de resolución contractual con devolución de las cantidades entregadas a cuenta. El Juzgado de Primera Instancia de n^o 7 de la Coruña dictó Sentencia en octubre de 2013, desestimando la demanda y estimado la demanda reconvenccional. Recurrida en apelación ante la A. P. de La Coruña, su sección 4^a dictó sentencia en marzo de 2015 (10 años después de la celebración del contrato) estimando parcialmente el recurso planteado por Martinsa Fadesa S.A. En la Sentencia de apelación se acuerda estimar en parte la demanda y en parte la reconvencción, entendiendo que había habido incumplimiento de ambas partes. Por ello condenó al comprador a otorgar escritura pública, asumiendo sus obligaciones como propietario, pero rebajando el precio a pagar en un 25%, atendiendo a los incumplimientos de lo anunciado por la vendedora. El comprador interpuso recurso de casación, por entender que la sentencia de apelación se oponía no sólo al art. 8 LGDCU, y los arts. 1124, 1256 y 1258 CC sino también a las ya citadas SSTs 381/2011, de 30 de mayo, 497/2011 de 12 de julio y 518/2013, de 23 de julio, al desconocer el carácter esencial de las obligaciones del vendedor derivadas de la publicidad realizada mediante folleto elaborado por éste, constituyendo el incumplimiento de las mismas, la frustración total del contrato de compraventa (lo que justificaría el ejercicio de la facultad resolutoria), sin poder compensarse con una indemnización traducida en una rebaja del precio.

El TS estima el recurso por considerar el carácter esencial de los incumplimientos declarados parciales en la sentencia recurrida (el campo de golf solo tiene 9 hoyos, parte de la urbanización no está terminada y no consta el acceso a la autopista). El Fundamento 5^o de la Sentencia señala que “partiendo de estos incumplimientos declarados en la sentencia de apelación, debemos declarar que habiendo sido declarados los tres parciales, en conjunto suponen un incumplimiento esencial que frustra la finalidad del contrato de compraventa, pues el comprador se encontró con una vivienda que no se encontraba junto al campo de golf ofrecido, ni con las vías de comunicación proyectadas ni con la urbanización ofrecida y esperada, dado que no está concluida, de tal manera que la circulación no será fluida, el espacio verde se reduce notablemente y la categoría del campo también, así como el espacio de juego y duración de las partidas, unido a una urbanización parcialmente fallida en cuanto a sus servicios.

Todos estos compromisos contraídos en el contrato y a través de la oferta publicitaria, fueron incumplidos y dicha trasgresión debe calificarse de sustancial pues afectaba a circunstancias esenciales y definidoras del objeto contractual, arts. 1254, 1256 y 1258 del C. Civil). Lo expuesto lleva a la Sala a estimar la casación y asumiendo la instancia, confirmar la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Coruña.

Así pues, la reciente Sentencia de 20 de noviembre de 2017 viene a confirmar la expuesta doctrina jurisprudencial sobre el valor contractual de la publicidad consolidando, tras la STS de 8 de febrero de 2014, y de manera muy acertada, la entidad resolutoria del incumplimiento de lo anunciado (en este caso varios incumplimientos parciales), frente a la opción por el cumplimiento con rebaja de la sentencia de apelación.

BIBLIOGRAFÍA

ALGABA ROS, S.: "La publicidad y la defensa de los consumidores en la compra de bienes inmuebles", *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, coord. por A. Cañizares Laso, Tecnos, Madrid, 2006.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ—CANO, R.:

- "La defensa contractual del consumidor o u usuario en la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios", *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, A. Bércovitz y R. Bércovitz, Tecnos, Madrid, 1987.

- "La responsabilidad del constructor o promotor de viviendas en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, A. Bércovitz y R. Bércovitz, Tecnos, Madrid, 1987.

CABALLERO LOZANO, J. M.: "Eficacia contractual de la publicidad comercial en la jurisprudencia", *A.C.*, 1996-I.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales.*, 1^a ed. 1994, MSC.

CAVANILLAS MÚGICA, S.: "La protección de los consumidores en la compraventa y arrendamiento de viviendas: El Real Decreto 515/1.989, de 21 de abril", *Derecho Privado y Constitución*, n^o 6, mayo- agosto 1.995.

CORRAL GARCÍA, E.: "La protección de los consumidores a través de la eficacia contractual de la publicidad", *Actualidad civil*, n^o 38, 16 a 22 octubre 2000.

CUESTA GARCÍA DE LEONARDO, A.: "La publicidad engañosa en la doctrina de los tribunales", *Ar. C.*, 1997-I.

CUÑAT EDO, V.: "Reflexiones sobre la deslegalización del régimen jurídico de la contratación privada", *Las Fuentes efectivas el Derecho español tras la Constitución de 1978*, 1992, UNED, Alcala.

DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, Vol. I, 4^a ed., Cívitas, Madrid, 1993.

FONT GALÁN, J. I.:

- “El tratamiento jurídico de la publicidad en la Ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *Curso sobre nuevo derecho del consumidor*, 1ª ed., Madrid, 1990.
- “La integración publicitaria del contrato: un instrumento de Derecho privado contra la publicidad engañosa”, *C.D.C.*, n° 4, diciembre 1988.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho administrativo*, I, 6ª ed., Cívitas, Madrid, 1993.

GARCÍA VICENTE, J. R.: “La contratación con consumidores”, *Tratado de contratos*, dir. por R. Bércovitz Rodríguez-Cano, T.II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GÓMEZ CALLE, E.: *Los deberes precontractuales de información*, 1ª ed., La Ley, Madrid, 1994.

LASARTE ÁLVAREZ, C.:

- *Manual sobre protección de los consumidores y usuarios*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2007.
- “Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (En torno a la STS de 27 de enero de 1977)”, *Revista de Derecho Privado*, 1980.

LLOBET AGUADO, J.: *El deber de información en la formación de los contratos*, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1996.

MARTÍN OSANTE, J. M.: “La defensa de los consumidores en la compraventa de viviendas tras la entrada en vigor del Texto Refundido 1/2007”, *Revista de Derecho Patrimonial*, Aranzadi, Thomson–Reuters, n° 24, 2010.

MONTES RODRÍGUEZ, Mª. P.:

- “El art. 1258 CC y las fuentes de integración objetiva del contrato”, *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, coord. por F.P. Blasco Gascó, E. Clemente Meoro, F.J. Orduña Moreno, L. Prats Albentosa y R. Verdera Server, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- “La integración del contrato”, *Trabajo, contrato y Libertad. Estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol*, coord. por J. Mª Goerlich y A. Blasco Pellicer, SPUV, Valencia, 2010.

- *La oferta publicitaria como contenido contractual exigible por los consumidores y usuarios*, tesis doctoral, Universitat de València 1998.
- "La publicidad engañosa en el art. 8º 3 L.G.D.C.U.", en *AAW Estudios en homenaje a Teresa Puente Muñoz*, coord. por L. Prats, S.P.U.V., Valencia, T. II, 1.996.
- "Reflexiones en torno al RD-Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre y su incidencia en la protección del consumidor", *Pensamientos jurídicos y palabras dedicados a Rafael Ballarín Hernández*, coord. por M^a L. Atienza Navarro, R. Evangelio Llorca, M^a D. Mas Badía y M^a P. Montes Rodríguez, SPUV, Valencia, 2009.
- "Tema 5. El precio de la vivienda en la legislación protectora del consumidor", *AA.VV.: La protección del consumidor de inmuebles*, dir. por F. Lledó Yagüe, 1^a ed., Dykinson, Madrid, 2013.

MORENO QUESADA, B.: "La protección de consumidores y usuarios al contratar", A.C., 1988-I.

MORALEJO IMBERNÓN, N.: "Contratos con finalidad traslativa del dominio", *Tratado de contratos*, dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, T.II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

ORTÍ VALLEJO A.: "Comentario al art. 13.1 LGDCU", *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coord. por R. Bercovitz y J. Salas, Cívitas, Madrid, 1992.

PASQUAU LIAÑO, M.: "Comentario al art. 8 LGDCU", *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coord. por R. Bercovitz y J. Salas, Cívitas, Madrid, 1992.

REYES LÓPEZ, M^a. J.: *Derecho de consumo. La protección del consumidor en los contratos de compraventa de viviendas, de arrendamiento de obra y financiación. Comentarios, legislación y jurisprudencia.*, 1^a ed., Ed. RGD, Valencia, 1993.

SILLERO CROVETTO, B.: "El derecho a la información y la protección del consumidor en la compraventa de vivienda", *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, coord. por A. Cañizares Laso, Tecnos, Madrid, 2006.

TORRES LANA, J. A.: "Derecho civil y protección de los consumidores", *Cuadernos jurídicos*, nº 4, enero 1993.

ACERCA DE LA REDEFINICIÓN DE LA
AUTONOMÍA PRIVADA EN LA SOCIEDAD TECNOLÓGICA

*RETHINKING PRIVATE AUTONOMY
ON TECHNOLOGICAL SOCIETIES*

Rev. Boliv. de Derecho N° 26, julio 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 260-293



Raquel
LUQUIN
BERGARECHE

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de marzo de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 10 de abril de 2018

RESUMEN: La sociedad tecnológica del siglo XXI exige una redefinición de la autonomía de la voluntad como principio vertebrador del Derecho privado. Este artículo introduce una reflexión sobre la actualidad de este principio a la luz de dos fenómenos: la creciente vulnerabilidad del consumidor en la contratación de productos y servicios complejos y el incierto panorama resultante de la implementación de la tecnología blockchain a las transacciones contractuales inter privados.

PALABRAS CLAVE: Autonomía de la voluntad, vulnerabilidad del consumidor, sociedad tecnológica, contratos inteligentes, tecnología blockchain.

ABSTRACT: Technological Society in the 21st Century requires a redefinition of principle of private autonomy. This essay analyses this issue referring to the problems of vulnerable consumer and application of blockchain technology to private contracts.

KEY WORDS: Private autonomy, vulnerable consumer, technological society, smart contracts, blockchain.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. LA SOCIEDAD DIGITAL COMPLEJA Y EL DERECHO PRIVADO.- II. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: CONCEPTO, FUNDAMENTO Y LÍMITES.- 1. Autonomía de la voluntad, autonomía privada y libertad negocial.- 2. A vueltas con los límites de la autonomía privada.- A) Posibilidades tecnológicas y límites normativos.- B) ¿Un nuevo orden tecnológico exento del control público?.- III. TECNOLOGÍA Y AUTONOMÍA NEGOCIAL: DOS REFLEXIONES.- 1. El nuevo rostro de la vulnerabilidad del consumidor en las sociedades tecnológicamente avanzadas.- 2. Los mal denominados “contratos inteligentes”: transacciones blockchain causa y autonomía de la voluntad en la fase de ejecución del negocio.

I. INTRODUCCIÓN. LA SOCIEDAD DIGITAL COMPLEJA Y EL DERECHO PRIVADO.

La sociedad actual, cuyas demandas y expectativas debe atender el Derecho como ordenamiento jurídico, puede calificarse de “sociedad de la tecnología” o “sociedad del conocimiento”¹. Sociedad global compleja en cualquier caso, que otorga creciente valor a la información y los datos, las innovaciones tecnológicas (especialmente en el ámbito digital) y los avances en el campo de la biotecnología. La digitalización²

1. Tecnificar una actividad no es sino aplicar recursos técnicos a la misma para mejorarla o modernizarla. El resultado de dicha aplicación a las variadas actividades humanas en nuestras sociedades se conoce como *tecnificación*. La R.A.E no incluye este término, pero sí el indicativo tecnificar que se define como “1. tr. Introducir procedimientos técnicos modernos en las ramas de producción que no los empleaban. 2. tr. Hacer algo más eficiente desde el punto de vista tecnológico”. Precisamente esta segunda acepción será objeto de nuestra atención preferente, en la medida en que la sociedad tecnológica parte del paradigma de la *eficiencia* como criterio rector de de lo socialmente útil, económicamente conveniente y, en demasiadas ocasiones, de lo éticamente aceptable, relegando a un plano subordinado principios y valores (justicia, equidad, libertad, igualdad, participación, etc.) sobre los que se estructuran las actuales sociedades democráticas.
2. Se habla en este sentido de una verdadera revolución o “transformación digital”. El término “digitalización” conduce por una parte a la conversión de una información analógica en digital (es decir, numérica y binaria) y, por otra, hace referencia a un concreto proceso: el que consiste en el cambio tecnológico que experimenta el entorno productivo de las actuales empresas y, en general, organizaciones humanas, que lleva consigo un cambio de paradigma y una nueva cultura organizativa. Digitalizar procesos pasa por automatizar, con ayuda de la tecnología disponible, la forma en que damos solución a necesidades humanas básicas como comunicarnos o desplazarnos, evaluamos la solvencia de consumidores o empresas solicitantes de crédito, analizamos la viabilidad futura de un negocio, abordamos la gestión de conflictos o solucionamos problemas de carácter matemático, logístico o de otro orden, entre otras utilidades. La digitalización como parte del avance tecnológico actual debe hallarse al servicio de la *eficiencia* al mismo tiempo que de la racionalidad y sus derivaciones (como la libertad), en cuanto valores insitos en la naturaleza humana. La tecnología al servicio de la racionalidad (y no al revés): habrá que plantearse qué aplicaciones son útiles y cuáles de entre ellas, aun siéndolo, no pasan el “filtro” de “lo justo” y de “lo bueno” desde el punto de vista jurídico y ético, teniendo en cuenta la

• Raquel Luquin Bergareche

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil UPNA (acreditada TU). Doctora en Derecho por la UCM (2004), es Licenciada en Ciencias Políticas y Sociología UNED (2003), Máster en Acción Política (Francisco de Vitoria, 2000) y Mediadora Empresarial por el IE (2014). Directora del Curso de Especialización en Negociación y Mediación UPNA, es docente en el Máster en Derecho Privado Patrimonial USAL, Máster Abogacía UPNA y Programa Doctoral U. Ca' Foscari (Venecia). Es autora de cuatro monografías y de numerosos trabajos de investigación de Derecho privado. Correo electrónico: raquel.luquin@unavarra.es

ha entrado a formar parte del acervo comunitario de estas sociedades avanzadas provocando importantes cambios: aparición de nuevos actores en el orden socio-económico y en el tráfico jurídico-patrimonial así como nuevas categorías de bienes y productos complejos, innovadoras vías y modalidades de contratación a distancia (online, mediante tecnología blockchain) y complejos esquemas contractuales que desbordan moldes tipificados que devienen obsoletos; redefinición de los perfiles de daños indemnizables en el ámbito de la responsabilidad extracontractual (vehículos de conducción automática, robotización...) y en general, recuperación del protagonismo de las vías autocompositivas de gestión de la conflictividad privada³, son realidades que permiten hablar de un fenómeno de tecnificación y digitalización sin precedentes que enfrenta al jurista actual a interesantes y retos y desafíos, planteándole interrogantes en los que no está ausente el debate iusfilosófico y ético.

Efectivamente, algunos planteamientos pretenden incluir dentro de la categoría de sujetos de relaciones jurídicas lo que estrictamente hablando son cosas o procesos en los que se materializan extraordinarios avances de la ingeniería en cuanto desarrollan, cumplen y satisfacen, respectivamente, tareas, finalidades y necesidades específicamente humanas. Robotización de procesos, Internet de las cosas, *Big Data*, *cloud computing*, *fintech*, tecnologías *blockchain*...son fenómenos recientes que abren nuevos escenarios y demandan innovadores planteamientos en todas las áreas del ordenamiento jurídico. Tareas como conducir un vehículo, elaborar un menú alimenticio, prestar ayuda y asistencia a personas dependientes o efectuar una intervención de neurocirugía son actividades que, hace solo unas décadas se nos habrían antojado prestaciones de ejecución imposible por mano que no fuere humana pero que, hoy día, se realizan ya por máquinas robotizadas que funcionan como sistemas autorregulados complejos regidos por reglas propias. Nuevas actividades generadoras de riesgos y daños, antaño desconocidos por su naturaleza y efectos: piénsese en los eventuales riesgos para la salud (actualmente discutidos por la comunidad científica) derivados de la exposición prolongada a ondas electromagnéticas emanadas de antenas de telefonía, tecnología wifi o terminales móviles, o en los problemas de imputabilidad de los daños causados a personas o cosas como consecuencia de la circulación de vehículos de conducción automática⁴.

dimensión individual y la comunitaria. El adjetivo *smart* está hoy de moda: se habla de contratos inteligentes, ciudades inteligentes, casas inteligentes, teléfonos inteligentes, coches inteligentes, etc., sin que parezca haberse reflexionado suficientemente (esto es: de forma inteligente), desde un punto de vista jurídico, deontológico y ético, acerca de los fundamentos y los efectos de un proceso de digitalización que, pretendiendo auto-fundamentarse en criterios de eficiencia presentados públicamente como verdades incuestionables, avanza a un ritmo vertiginoso al que difícilmente se adapta la respuesta jurídico-normativa.

- 3 Piénsese, no solo en el auge de los medios alternativos de resolución y gestión de conflictos (negociación asistida, mediación, arbitraje) sino del protagonismo de la voluntad privada en fórmulas como los pactos parasociales y, en otro orden de cosas, en el reconocimiento legal de la virtualidad de los códigos voluntarios de conducta de grandes empresas y corporaciones.
- 4 Dejamos al margen, en cuanto excede de los límites de este trabajo, las cuestiones bioéticas y jurídicas que plantean los avances en el ámbito de la biomedicina y la biotecnología, en los que también el Derecho parece hoy ir "a remolque" de la realidad de las innovaciones científicas y técnicas.

Ubi societas, ibi ius. El Derecho se ha ido amoldando históricamente al compás del desarrollo de las organizaciones a las que se aplica, si bien, actualmente, la tecnificación de nuestras sociedades avanza a un ritmo sin precedentes, obligando al legislador a promulgar o adaptar normas jurídicas sin tiempo suficiente para la reflexión profunda y serena que requiere la adecuada ponderación de los intereses implicados. Cambios que se suceden vertiginosamente como resultado de una revolucionaria transformación tecnológico-digital que no se acompasa con la evolución normativa y jurisprudencial, generando un entorno social complejo y muy dinámico con frecuencia huérfano de reglas que no sean la de los mercados. Panorama apasionante y a la vez turbulento el que se avecina, al que el jurista asiste perplejo⁵.

En el ámbito de la contratación, las transacciones online realizadas por medios telemáticos ganan cada vez más terreno frente a los tradicionales contratos de intercambio de bienes y de prestación de servicios⁶. Pero son quizás las nuevas modalidades de contratación a través de la tecnología *blockchain* uno de los ámbitos (aún desconocido para gran parte de juristas) en los que más se pone a prueba la actual vigencia del principio de autonomía de la voluntad, al menos en su configuración clásica: libre autodeterminación individual en la decisión de celebrar un contrato (o no hacerlo), con quien hacerlo y de qué modo hacerlo, reglamentando las partes el contenido o clausulado del negocio jurídico.

Este trabajo pretende introducir una reflexión crítica acerca de la modulación que experimenta la autonomía de la voluntad en nuestros días, poniendo de manifiesto la simultánea actuación de dinámicas de signo inverso, pues, por una parte, asistimos al ensanchamiento del ámbito de autodeterminación del sujeto individual, no solo en el campo de la autocomposición de intereses a través de los ADR o MARC (negociación asistida, mediación) y de la heterocomposición ajena al proceso judicial

5 El debate debe orientarse a nuestro juicio desde criterios humanistas. El Informe *La sociedad digital en España 2017* reconoce que “La relación entre el hombre y la máquina, como la relación que existe entre lo real y lo virtual, no puede verse como una lucha entre el bien y el mal, sino como una cooperación virtuosa para el desarrollo de los individuos. Para moverse en esa dirección, se deberá contar con el único recurso disponible, el capital humano. Como ocurrió en anteriores revoluciones tecnológicas, como la que tuvo lugar en el Renacimiento, la mejor estrategia para gestionar la realidad y la tecnología consiste en poner al hombre en el centro del Universo, ya sea este real o virtual”. Las cinco grandes compañías de Internet (Facebook, Google, Microsoft, Amazon e IBM) constituyeron a finales de 2016 una *Alianza por una Inteligencia Artificial para los Ciudadanos y la Sociedad* (The Future of Life Institute), con sede en Boston (USA). Realmente la cuestión capital que subyace es determinar la importancia de lo humano en un contexto como el actual (y el que nos viene) en que el hombre es capaz de crear máquinas con capacidades iguales o superiores a las suyas propias. Informe *Sociedad Digital en España 5/02/2018*, disponible su descarga en el enlace <https://www.fundaciontelefonica.com/artecultura/publicaciones-listado/pagina-item-publicaciones/itempubli/625/>

6 Las transacciones online (e-commerce) están experimentando un crecimiento exponencial a nivel mundial: si creció un 20% en 2016, con un volumen de ventas estimado de 1,86 billones de dólares en 2017 la subida es de un 23,2% alcanzando una facturación de 2,3 billones de dólares, según el Informe *Sociedad Digital en España en 2017*: en este ámbito, las nuevas modalidades de intercambios jurídicos entre particulares obligan a un replanteamiento del significado del principio de autonomía de la voluntad en el seno de las sociedades tecnológicamente avanzadas.

(arbitraje) sino, de forma muy acusada, en ámbitos como el Derecho de Familia o los Derechos de la Personalidad⁷.

Y, por otro lado, se constata un fenómeno de reducción de la autonomía negocial en el ámbito jurídico-privado. Reducción que se manifiesta en una doble vía: por un lado, la creciente asimetría de poder negociador de las partes en los nuevos y cada vez más complejos contratos en masa con condiciones generales (v.gr, empresas prestadoras de servicios en los sectores bancario, asegurador, energético o de las telecomunicaciones, entre otros), que justifica la actuación de correctivos jurídicos a través de normas imperativas e irrenunciables para los consumidores (Derecho de Consumo), la articulación de mecanismos de salvaguarda de la libre competencia y la protección de derechos fundamentales de las personas (normativa reguladora de la protección de datos personales, etc.). Y por otro, la implementación de la posibilidad tecnológica de los (mal) denominados *smart contracts*, contratos inteligentes o autónomos (que no son contratos *stricto sensu*, ni son inteligentes), cuyo esquema o molde conceptual desdibuja los contornos clásicos del principio de autonomía de la voluntad, al generar innovadoras estructuras relacionales y complejas dinámicas reguladoras de las transacciones de bienes y servicios en el mercado realizadas a través de la tecnología *blockchain*. Realidad ésta que se pone en práctica a nivel global sin más cortapisa que la inconexa normativa de los diferentes estados nacionales, demandando un marco regulatorio que articule remedios preventivos y mecanismos reparatorios y sancionadores que den salida a los conflictos de intereses que se susciten en este ámbito, asegurando, en un sistema que se autodefine como confiable y seguro desde el punto de vista tecnológico, de la imprescindible seguridad jurídica.

Si el debate acerca de los límites de la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho privado patrimonial se ha centrado hasta ahora fundamentalmente en la legitimidad de la intervención de los mecanismos normativos y de los agentes públicos como correctores de los perversos efectos colaterales derivados de las dinámicas liberales (para salvaguardar la igualdad y libertad real de las partes del negocio jurídico), se pone ahora encima de la mesa la cuestión atinente a las potencialidades de la tecnología en el campo de la contratación y, en particular, la virtualidad autorregulatoria que la misma se arroga, con efectos jurídicos innegables, y sus repercusiones sobre el principio de autonomía negocial.

Los nuevos planteamientos de la contratación denominada “inteligente” se fundamentan en el paradigma de la autonomía eficiente y en una nueva vuelta de

7 Piénsese, por citar algunos ejemplos, en la polémica cuestión del reconocimiento normativo de la gestación por subrogación, en el reconocimiento de la autonomía del paciente, incluso menor de edad, como derecho de autodeterminación individual en el ámbito sanitario o la inminente rebaja a trece años como edad legalmente prevista en la futura legislación de protección de datos personales para consentir el menor el tratamiento de sus datos.

tuerca al análisis económico del derecho y al supuestamente incontestable poder auto-regulador del mercado (¿Hayek en clave tecnológica...?). La construcción teórica de este nuevo paradigma parte de un prototipo, el *homo oeconomicus* determinado por el beneficio y el consumo o, en el modelo más amplio de Meckling⁸, REMM (*resourceful, evaluative, maximizing man*)⁹, que permite prescindir del hombre empírico (el consumidor real, el contratante inexperto en cuestiones tecnológicas, etc.)¹⁰.

En este punto, los defensores de este nuevo paradigma de la tecnología invocan la racionalidad (bajo la nueva adjetivación de inteligente: *smart*) como coartada de solvencia. La tecnología invoca una cierta superioridad natural en la regulación de la comunidad social (que ya no es la comunidad nacional regida por leyes democráticas, sino el mundo globalizado, que interactúa en la Red): ¿quién, y con qué argumentos, se atreve a cuestionar la *racionalidad* y la seguridad que se dice inherente a la irrefutable certeza resultante de la aplicación por un programa informático de un logaritmo matemático? La nueva sociedad tecnológica pretende de este modo basarse en un modelo, supuestamente incuestionable, en el que lo racional-tecnológico es elevado a criterio paradigmático de decisión óptima basada en la eficiencia. Las nuevas tecnologías como el *blockchain* se aplican cada vez a más ámbitos y funcionalidades en tanto reducen costes de transacción, esto es, son incontestablemente eficientes. Lo cual es afirmado por los gurús de la tecnología de una forma acrítica, que pretende cerrar puertas a cualquier tipo de disquisición proveniente de plano o disciplina diferente de la economía, la informática y las ciencias exactas, pues la *eficiencia*, en este sistema regido por sus propias reglas, se resiste a admitir cuestionamientos procedentes de otros sistemas (como el jurídico), regido por reglas y principios de naturaleza diversa. Así, el paradigma del *homo economicus*, el sistema de mercado como modelo de decisión óptima y la eficiencia económica como único valor social confieren a estas teorías un tono *cripto iusnaturalista*: que el Derecho sea "racional" significa ahora que lo sea en sentido económico. Se reclama del ordenamiento jurídico la abstención de intervenir en lo que no sea dotación de fundamentos garantistas de este libre juego de fuerzas, salvaguarda de los derechos de propiedad y libertad contractual y un sistema sanciones y remedios legales (contractuales, extracontractuales) en orden al cumplimiento de dos funciones: una preventiva de disuasión y otra, de reparación y penalización de las injerencias en

8 JENSEN, M. & MECKLING, W. H.: "The nature of man", *Journal of Applied Corporate Finance*, 1994, V. 7, No. 2, Harvard University Press, pp. 4 - 19.

9 En palabras de DE LA HIGUERA, citando a MERCADO PACHECO, si se acepta la mayor, las conclusiones se desprenden sin el menor sobresalto: "Si la superioridad de la ciencia económica se juzga por su capacidad de generar predicciones sobre la base de una hipótesis de conducta, no hay objeción posible. Desde esa premisa, basta ingresar en un campo con la visión de túnel que provoca el uso de esa simple pero no inocente premisa para que un nuevo mundo aflore (...)". DE LA HIGUERA, L. M.: "Fundamento filosófico de la autonomía de la voluntad", cit., p. 159.

10 MERCADO PACHECO, P.: *El análisis económico del derecho: una reconstrucción teórica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 87, con referencia a BLAUG, M.: *La metodología de la economía*, Alianza Editorial, 1985.

los derechos ajenos sobre el uso de recursos. En definitiva: res-regulación jurídica al máximo nivel y promoción y favorecimiento de la autocomposición de conflictos mediante mecanismos de resolución no judicial de las controversias (negociación asistida, cláusulas de mediación o de sometimiento a arbitraje, etc.). Reducción del papel del estado corrector de las externalidades negativas y de las asimetrías que el sistema genera, reducción de mecanismos de verificación e intermediación en las transacciones privadas (notarios, intermediarios públicos o privados) y minimización normativa; las tres se justifican en la reducción de costes y en la eficiencia.

El fundamento filosófico del paradigma que subyace a los denominados *smart contract* y otros actuales desarrollos tecnológicos (con indudables implicaciones éticas y jurídicas) no es otro que un renovado utilitarismo, que ya no es el de Stuart Mill en “*On Liberty* (1859)” pues desprecia (ignorándolos), al contrario que éste, valores superiores como la libertad, la justicia y la promoción de la felicidad social de la mayoría de miembros de la comunidad¹¹. Frente la apuesta por un desarrollo tecnológico regido por sus propias reglas y no sujeto en modo alguno a principios y reglas jurídicas, afirmaremos la necesidad de articular un marco normativo heterónomo (ergo *público*, en cuanto regido por reglas democráticas y no por la lógica tecnológica y del mercado) que garantice la universalidad del mismo y la pervivencia de su encaje dentro de un sistema capaz de salvaguardar los derechos irrenunciables inherentes a la persona, al servicio de cuyos intereses se articula el Derecho privado (dentro del cual se incardinan, entre otros, los derechos de la personalidad y el derecho de contratos).

Para ello, centrándonos en el ámbito jurídico patrimonial, expondremos primero las definiciones que se han formulado del principio de autonomía de la voluntad privada para, en segundo lugar, recordar lo que, según el art. 1255 CC, constituyen límites a la autonomía privada (leyes imperativas, moral y orden público) y su implementación en las nuevas modalidades de contratación tecnológica. Igualmente analizaremos sucintamente las modulaciones que en ellas experimenta la teoría general del contrato, dejando planteados algunos interrogantes que se suscitan en este ámbito, tanto en lo que se refiere a la perfección y formación del mismo como en lo relativo a su ejecución y a la posible actuación de remedios en caso de ineficacia contractual.

11 Más en la línea del libertarismo o liberismo de Nozick, fundado en el reconocimiento incondicionado del derecho de propiedad y la ausencia total de injerencias en el poder de los individuos como agentes racionales. Nozick, R.: “*Anarquía, Estado, Utopía*”, Fondo de Cultura Económica, 1974: “Si el mundo fuera completamente justo, las siguientes definiciones inductivas cubrirían exhaustivamente la materia de justicia sobre pertenencias: 1. Una persona que adquiere una pertenencia, de conformidad con el principio de justicia en la adquisición, tiene derecho a esa pertenencia. 2. Una persona que adquiere una pertenencia de conformidad con el principio de justicia en la transferencia, de algún otro con derecho a la pertenencia, tiene derecho a la pertenencia. 3. Nadie tiene derecho a una pertenencia excepto por aplicaciones (repetidas) de 1 y 2. (...) El principio completo de justicia distributiva diría simplemente que una distribución es justa si cada uno tiene derecho a las pertenencias que posee según la distribución. Una distribución es justa si surge de otra distribución justa a través de medios legítimos”.

II. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: CONCEPTO, FUNDAMENTO Y LÍMITES.

I. Autonomía de la voluntad, autonomía privada y libertad negocial.

Es un hecho incuestionable que el sustrato de la cultura occidental se basa en el reconocimiento de la iniciativa privada de los individuos y organizaciones en el ámbito de la actividad económica como presupuesto del desarrollo social. No sólo existe iniciativa económica sino que se entiende, casi unánimemente ante la constatación del fracaso de experiencias pretéritas de signo inverso, que es bueno¹² que ello sea así, de modo que las intervenciones en las dinámicas libres del mercado, protagonizadas por actores supuestamente racionales (ergo, libres) en la toma de decisiones, deben reducirse al mínimo imprescindible para evitar las disfunciones o externalidades negativas que el libre mercado genera. De este modo, los intereses privados se cohonestan con los públicos, y sólo es posible aspirar a conseguir “la máxima felicidad para el mayor número”, en la clásica terminología de Bentham o Stuart Mill, persiguiendo cada agente su propio interés a través del juego de la libre iniciativa, con el único límite de los derechos e intereses de los demás así como los que marcan las leyes imperativas, los criterios morales y el orden público. Esquema del pasado siglo que, no obstante continúa positivizado en los textos normativos actuales como el art. 1255 CC: precepto cuya relectura en clave constitucional exige tener en cuenta el reconocimiento de derechos fundamentales de la persona; limitaciones del desarrollo de las aplicaciones informáticas y tecnológicas para salvaguardar derechos como la intimidad privada, consideraciones sociales basadas en la justicia distributiva estableciendo límites intrínsecos y extrínsecos a los derechos individuales (v.gr; art. 7.2 CC) y una normativa específica de garantía de los derechos de consumidores y usuarios como derechos irrenunciables y no susceptibles de transacción, mediación ni acuerdo de ninguna clase (limitando el ámbito de autonomía en aras de la necesaria tutela del interés de la parte débil del contrato).

Interesa recordar en este punto el origen kantiano del término “autonomía de la voluntad” (“*Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*”, 1785), formulado para resolver problemas filosóficos relacionados con la fundamentación de la moral. La voluntad es pensada, dice Kant, “como la facultad de determinarse uno a sí mismo a obrar conforme a la representación de ciertas leyes. Ahora bien, entendemos por fin aquello que sirve a la voluntad como fundamento objetivo de su autodeterminación,

12 De este modo dice BETTI que “los intereses que el derecho privado disciplina existen en la vida con independencia de la tutela jurídica y se mueven a través de continuas vicisitudes, dondequiera se reconozca a los individuos un círculo de bienes de su pertenencia, sometido al impulso de su iniciativa individual. Los particulares mismos, en sus relaciones recíprocas, proveen a la satisfacción de las necesidades propias según su libre apreciación mediante cambio de bienes o servicios, asociación de fuerzas, prestación de trabajo, préstamos o aportación común de capitales, etc. La iniciativa privada es el mecanismo motor de toda conocida regulación recíproca de intereses privados”. BETTI, E.: “Teoría General del Negocio Jurídico”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, p. 39.

y cuando es puesto por la mera razón tal fin debe valer igualmente para todos los seres racionales". Para que la razón práctica demuestre su propia autoridad como suprema legislación (imperativo categórico) deberé, entiende el filósofo, fomentar la felicidad ajena, no por inclinación por alguna satisfacción obtenida de una manera indirecta, sino solamente porque la máxima que la excluyese no podría concebirse de ese modo como ley universal. Pues bien, el concepto acuñado por Kant de autonomía de la voluntad, como estado por el cual ésta es una ley para sí misma, independientemente de cómo estén constituidos los objetos del querer (...) no es sino "elegir de tal manera que las máximas de la elección del querer mismo sean incluidas al mismo tiempo como leyes universales". Terminología después asumida y reelaborada por los teóricos del Derecho, que no reparan a la hora de verter críticas a lo que en la práctica supone tal principio tras constatarse la necesidad de imponer límites al mismo, tanto naturales como normativos, en orden al logro de la justicia y la igualdad (real) de los contratantes¹³, en una sociedad post-industrial que muestra cada vez más la brecha de la asimetría de información y negocial en un mundo de complejidad creciente.

Expresión más reciente que difiere de la anterior (en cuanto se ausentan contenidos filosóficos) es la de "autonomía privada", expuesta por conocidos tratadistas italianos y alemanes¹⁴ y entre nosotros por De Castro, en la que la autonomía de los individuos se afirma y defiende frente a todo lo que pueda entenderse como intromisión o injerencia (públicas) en la voluntad individual de decidir. Autonomía que se llega a definir como poder de autodeterminación de la persona o esfera de libertad para ejercitar facultades y derechos y para conformar las diversas relaciones jurídicas que le atañen. En palabras de De Castro "en un sentido muy general, se entiende por autonomía privada, el poder de autodeterminación de la persona. El sentido inmediato del término se amplía así hasta comprender todo el ámbito de la autarquía personal. Se piensa entonces en la esfera de libertad de la persona, para ejercitar sus facultades y derechos, y también para conformar las diversas relaciones que le atañen. De modo que podría ser definida, como aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social"¹⁵. Puig Brutau lo resume muy

13 En este sentido, CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, Común y Foral*, Tomo III, Reus, Madrid, 1951.

14 "La posibilidad, ofrecida y asegurada a los particulares por el ordenamiento jurídico, de regular sus relaciones mutuas dentro de determinados límites por medio de negocios jurídicos, en especial mediante contratos, recibe la denominación de autonomía privada. El hombre que vive en frecuente comunicación con otros la necesita para poder decidir libremente en los asuntos que le afectan directamente, para poder configurarlos bajo propia responsabilidad. Pues solamente cuando está en condiciones para ello puede promocionarse y afirmarse como persona. La autonomía privada que corresponde a todo ciudadano mayor de edad es, por ello, uno de los principios capitales y fundamentales del Derecho Privado". LARENZ, K.: *Derecho Civil Parte General*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978, p. 55.

15 DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985; "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pp. 987 a 1085.

gráficamente cuando afirma que “La autonomía de la voluntad significa que, en principio, todo individuo puede contratar cuando quiera como quiera y con quien quiera”¹⁶.

Una tercera expresión que pone el énfasis en la libertad en el orden privado, pretendiendo aproximarla a otras de las que gozan los individuos en los sistemas democráticos, es la de “libertad de contratar” que, como recuerda Díez Picazo, ha sido preferida por el Derecho inglés y el francés y hoy día es la seguida por los Principios de Derecho Europeo de los Contratos. En esta acepción, “libertad contractual significó liberación de los vínculos que en la sociedad antigua convertían al individuo en prisionero de una red de incapacidades legales. Significaba en este sentido, la restitución al individuo, una vez consagrado el principio de igualdad de todos los individuos, de la abstracta posibilidad de determinar por sí mismo su propio destino”¹⁷.

Se reconoce a los individuos, como óptimos conocedores de sus propios intereses, la capacidad para regular sus relaciones jurídicas, siempre dentro al respeto de determinados principios o límites. Así, en palabras de Albaladejo, “Ante el problema de si las relaciones entre los miembros de la comunidad deben ser reguladas desde arriba, por el poder público, o por los propios interesados, según su voluntad (naturalmente, siempre dentro de ciertos límites), los derechos privados actualmente vigentes dentro del ámbito de nuestra civilización y, entre ellos, el español, acogen la segunda solución, por estimar que el orden más adecuado para las relaciones privadas de los individuos es el que ellos mismos establecen en armonía con su modo de concebir sus necesidades y con sus peculiares aspiraciones y manera de pensar (...)”¹⁸.

2.A vueltas con los límites de la autonomía privada.

A) ¿Un nuevo orden tecnológico exento del control público?

La autonomía privada en el ámbito de la contratación implica libertad contractual, entendida en primer lugar, como libertad para constituir o no constituir relaciones jurídicas contractuales en palabras de Díez Picazo¹⁹.

“Contracter, c’est d’abord vouloir”²⁰. Para contratar, primero es necesario querer contratar, y para ello debe el individuo ser libre de hacerlo (o de no hacerlo). Nadie

16 PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho Civil. Volumen II*, Ed. Bosch, Barcelona, 1987, p. 169.

17 Díez-PICAZO, L.: “A vueltas con la autonomía privada en materia jurídica”, en PRATS ALBENTOSA, L. (coord.): *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo II-I, Wolters-Kluwer, 2012.

18 ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*, Volumen Segundo, Bosch. Barcelona, 1985, pp. 143 y ss.

19 Díez PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho*, cit., p. 126.

20 FLOUR, J., AUBERT, J. L., et SAVAUX, E.: *Droit civil*, cit., p. 85.

puede obligarnos a contratar cuando no lo deseamos (más allá de la existencia de los contratos “forzosos”, como los seguros obligatorios de responsabilidad civil como requisito para la tenencia y circulación de vehículos de motor; entre otros). Así lo establecen algunas disposiciones del Código civil español (arts. 1254, 1256, 1257, 1258, 1259, 1261, 1262 CC).

Y, en segundo lugar, supone libertad para elegir a la otra parte contractual: libertad que se manifiesta no solo en la contratación individual en los contratos celebrados *intuitu personae* sino también en contratos predispuestos con condiciones generales cuando se contratan servicios de telefonía, agua, electricidad o gas lo cual se dará siempre y cuando las compañías suministradoras actúen en un mercado de libre competencia y, también empíricamente (es decir, en la práctica) cuando las condiciones contractuales difieran en algún aspecto, de modo que se pueda decirse que verdaderamente existe tal posibilidad real de “elegir” entre diferentes alternativas disponibles²¹.

Podría pensarse que hoy día esta libertad para contratar (o no hacerlo) determinados servicios que se consideran básicos para la subsistencia humana y para la vida en comunidad es meramente teórica: la práctica totalidad de personas en el mundo occidental precisan de estos bienes o servicios, por lo que forzosamente habrán de contratarlos de quienes los suministran, producen o prestan. Esta afirmación, cierta en el plano empírico, no lo es desde la óptica jurídica, pues nadie me obliga ciertamente a prestar mi consentimiento a tales contratos de adquisición de bienes y contratación de servicios, pudiendo prevalerme para mi subsistencia de los que, por deber de alimentos entre parientes, liberalidad de un amigo o beneficencia me sean proporcionados. Planos éstos, empírico y jurídico que debieran conectarse cuando hablamos de articular una protección eficaz a los actuales consumidores: las normativa de derecho comunitario y la jurisprudencia invocan la condición de “vulnerabilidad” del consumidor; motivada por su asimetría

21 En estos casos, puedo elegir operador de telefonía, por ejemplo, y cambiar de compañía suministradora causando baja en la anterior; cumpliendo para ello las condiciones que me haya sido adecuadamente informadas en el contrato escrito y de forma telefónica o verbal en el establecimiento comercial, en su caso, no siendo suficiente con efectuarse en este tipo de contratos complejos la mera remisión a las condiciones generales que puedan visualizarse en la web de la compañía (como las condiciones y cuantía de la penalización por incumplimiento de un compromiso de permanencia que no ha sido informado al consumidor), correspondiéndole al predisponente el *onus probandi* de haberla facilitado, pues ello no garantizaría la efectiva asimilación del consumidor de una información imprescindible en orden a la formación de un consentimiento consciente, libre y, por ende, válido. Muy interesante resulta la reflexión de HUALDE cuando, de forma crítica, cuestiona la actualidad del paradigma de la autonomía de la voluntad en la práctica actual de los contratos de adhesión con condiciones generales, en los que la situación de vulnerabilidad del consumidor puede calificarse de estructural. En palabras de la autora “la manera de proceder y de razonar en los contratos de adhesión no rompe con la autonomía de la voluntad, sino que se basa precisamente en ella, porque se ha asumido que, una vez que el consumidor ha sido informado del contenido ya es contratante en paridad de nivel y capaz de gestionar por sí sus derechos, obligaciones e intereses. El seguimiento del postulado de la aceptación libre de las cláusulas no acaba con la vulnerabilidad que se pretendía atajar. Y es que el sistema contractual de consumo instaurado no toma en consideración la realidad de la práctica contractual (...) La premisa de la autonomía de la voluntad contamina todo el razonamiento en materia de las relaciones contractuales con consumidores”. HUALDE MANSO, T.: *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de consumo europeo*, Dykinson, 2016, pp. 136 y 137.

negocial en los contratos en que son parte, en orden a atribuirle facultades (como el derecho de desistimiento) y dotarle de mecanismos que minimicen, cuando menos, los defectos de información y otras disfuncionalidades o externalidades negativas de las teorías liberales (más bien, neoliberales) fundadas en la premisa (errónea) de la racionalidad perfecta que se presupone en los denominados agentes económicos. Siendo así que, cada vez con más frecuencia, en el plano (fáctico) de la realidad social (art. 3.I CC) turbulenta, compleja y vertiginosamente cambiante, la complejidad de los nuevos productos (no solo financieros) y servicios que se ofertan en el mercado deriva en ingentes cantidades de información técnica, abrumando a un consumidor que, *de facto*, experimenta una sobrecarga informativa produciéndose un efecto equivalente a la ausencia de información y a la prestación de un consentimiento casi en blanco.

Más aún, las posibilidades de las nuevas tecnologías de contratación inteligente parten de la libertad de contratación de las partes, las cuales ya no se eligen al modo tradicional sino que, decidida la negociación por una parte, de forma automática se desencadenan los denominados bloques o cadenas de transacciones a través de la tecnología *blockchain*, que verifica a través de logaritmos matemáticos el cumplimiento de las condiciones pactadas y previstas, eso sí, de antemano por quien manifiesta (telemáticamente, sin intermediario) su disposición a contratar por este medio en un previo “acuerdo general de contratación”, ejecutándose las prestaciones convenidas de acuerdo en aquellas “condiciones”, haciendo innecesaria (de hecho, imposible) la comprobación de unos términos contractuales para cuya ejecución no va a haber siquiera intermediarios, pues son ejecutadas de forma telemática y por ello —se dice— más confiable y segura.

La libertad de contratar es una de las manifestaciones más importantes de la autonomía de la voluntad, que se manifiesta es un poder individual de las personas de determinar de la propia conducta en orden a la consecución de sus necesidades e intereses mediante la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas con fuerza vinculante (*lex privata*)²². La STS de 12 de mayo de 2005 (RJ 2005, 3994) conceptúa en este sentido la autonomía de la voluntad en cuanto principio como “poder de autodeterminación de la persona, reconocido por el derecho privado como uno de los principios básicos proclamado explícitamente por el art. 1255 CC reiterado por la jurisprudencia (SSTS de 13 de mayo de 1959, 19 de octubre de 1991 y 19 de septiembre de 1997)²³”.

La libertad contractual implica, en primer lugar, libertad para establecer el contenido normativo del contrato, es decir, para reglamentar sus pactos, cláusulas y condiciones como establece el art. 1255 CC: si “pacto” es cualquier acuerdo de

22 En este sentido, LALAGUNA: “La libertad contractual”, *Revista de Derecho Privado*, octubre de 1972, p. 887.

23 SSTS 13 mayo 1959, 19 octubre 1991 (RJ 91, 7452) y 19 septiembre 1997 (RJ 1997, 640).

voluntades sobre algún elemento particular de un contrato, la cláusula es definida por Díez-PICAZO como particulares disposiciones negociales en el aspecto documental, que siempre serán consideradas como parte integrante de un contrato (si bien cada vez se las considera más como elementos autónomos creadores de efectos jurídicos específicos, aunque dependientes del conjunto del contrato). El empleo de la palabra “condiciones” por el art. 1255 entiende la doctrina mayoritaria que se refiere a “pactos” y denota que no están usadas en sentido técnico, pues un “pacto” puede estar integrado por pluralidad de “condiciones”. Una interpretación del artículo 1255 CC en clave adaptada a los tiempos, en que proliferan los contratos estructurados complejos con cláusulas y condiciones subordinadas, sobre todo en el ámbito mercantil, permitiría entender los términos “pactos”, “términos” (o cláusulas) y “condiciones” en un orden jerárquico, como apunta Scaevola, quien habla de la existencia de una “escala de estipulaciones: las partes podrían de este modo establecer las convenciones generales de carácter general (pactos) convenientes a su propósito. Dentro de estos pactos, podrán establecer todas las disposiciones particulares (cláusulas) que quieran. Y, en último lugar, les será lícito subordinar la efectividad de lo convenido a hechos o acontecimientos de cualquier naturaleza”. En resumen, si bien los términos “pacto”, “cláusula” y “condición” pueden emplearse indistintamente, la “condición” tiene un plus de particularidad o tecnicidad del que carece la “cláusula”.

La libertad contractual implica igualmente libertad para crear, modificar o extinguir contratos, considerados como “aglutinadores” de los mencionados pactos y condiciones particulares, pudiendo elegir entre los tipos contractuales previstos legalmente sujetándose a un molde legal preestablecido (STS de 14 de mayo de 1979), o bien modificando el contenido de una figura contractual-tipo moldeando su contenido a través de la inserción en él de los pactos, cláusulas y condiciones que convengan a sus intereses, e incluso puede crear contratos nuevos (contratos atípicos o mixtos o complejos) respetando los límites de la ley, la moral y el orden público.

Y libertad, finalmente, en cuanto a la forma del contrato (principio del consensualismo), recogido en los arts. 1254, 1258 y 1278 CC, sobre el que repetidamente se ha pronunciado la jurisprudencia (SSTS de 30 de mayo de 1987, 23 de noviembre de 1989, y 27 febrero de 1999 (RJ 1999, 1894)²⁴.

Lo que, ante todo, como expone SORO²⁵ define la autonomía de la contratación, culminados estos pasos, es el *pacta sunt servanda* o fuerza obligatoria de los contratos: los compromisos adquiridos deben cumplirse y los contratos, como compromisos

24 SSTS de 30 mayo 1987 (RJ 1987, 3852), de 23 noviembre 1989 (RJ 1989, 7905) y 27 febrero de 1999 (RJ 1999, 1894).

25 SORO RUSSELL, P.: *El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual*, Reus, Madrid, 2016.

que son, exigen el respeto a la palabra dada en tanto ley privada entre las partes, más allá del compromiso moral. La promesa obliga no tanto porque ha sido querida por las partes, o no solo por ello, sino porque constituye un signo sobre el cual otros han podido contar²⁶: la seguridad del tráfico jurídico exige no defraudar la confianza que en otro pueda haber creado nuestra promesa o nuestra conducta, no defraudar las expectativas que la otra parte ha podido crear razonablemente con su conducta²⁷.

Descendiendo al terreno de la conflictología derivada del incumplimiento de lo pactado por los contratantes, será la autoridad judicial que, de la misma manera que aplica la ley, deba aplicar el *pacta sunt servanda* y entrar a valorar en su caso, con arreglo al principio de legalidad, la posible existencia de posibles vicios en la formación del consentimiento, erigiéndose en garante de la autonomía negocial y de la libertad contractual. Del mismo modo que será el juez quien deberá tener en cuenta la aplicación *ad casum* de principios como la buena fe negocial (art. 1258 CC) y la prohibición del enriquecimiento injusto en contratos de ejecución diferida o larga duración, o incluso proceder la revisión, e incluso excepcionalmente a la resolución del contrato, acaecida una modificación imprevisible y sobrevenida de las circunstancias en base a las cuales las partes contrataron que determine la ruptura del equilibrio inicialmente previsto entre las prestaciones que haga excesivamente gravoso del cumplimiento de lo pactado. Cláusula *rebus sic stantibus*²⁸ que no es, como *prima facie* pudiera pensarse, injerencia en la autonomía de la voluntad, o que, si lo fuera, no supondría sino garantía y reforzamiento de tal principio, así como de la seguridad jurídica que, en el mismo plano que la justicia, debe fundamentar el Derecho.

B) Posibilidades tecnológicas y límites normativos.

Hace más de una década, el primer párrafo de la Exposición de Motivos de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, que incorporaba al ordenamiento español la Directiva 2000/31/CE, del

26 AYNES, L.: *À propos de la forcé*, citado por SORO, p. 111, nota 192.

27 Lo que hacen después normas legales como el art. 1091 CC no es sino reconocer que el contrato es *lex privata* de los contratantes, que éstos por el principio de autonomía de la voluntad son, en cierto modo, legisladores, en cuanto ordenan mediante reglas privadas sus propias relaciones, como afirma la STS 22 marzo 1984 (TJ 1984, 1597) cuando sostiene que “el artículo 1091 CC, al declarar que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre la partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos, no hace otra cosa que situar a las obligaciones que tienen su origen en la voluntad de los particulares en el mayor rango normativo equiparándolas a la propia ley”. Ello sin perjuicio, claro está, de las normas legales a que haya de atenerse los contratantes y principalmente a las normas imperativas y al art. 1258 CC, lo que supone la existencia de límites legales a la autonomía privada.

28 Acontecimientos graves inesperados, imprevisibles, de orden económico o social (excesiva onerosidad sobrevenida) o de otro tipo, son los que legitiman, muy excepcionalmente, la revisión judicial de un contrato no poniendo en peligro la seguridad jurídica. Y así, de forma excepcional y con extremada cautela, se aplica la cláusula por los tribunales, conscientes de la gravedad que supone la alteración de la voluntad de los contratantes.

Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio²⁹, daba cuenta de que lo que la norma comunitaria denomina “sociedad de la información” viene determinado por la extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y, en especial, de Internet como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información. El legislador español afirmaba ser incuestionable que su incorporación a la vida económica y social “ofrece innumerables ventajas, como la mejora de la eficiencia empresarial, el incremento de las posibilidades de elección de los usuarios y la aparición de nuevas fuentes de empleo”, reconociendo también que “la implantación de Internet y las nuevas tecnologías tropieza con algunas incertidumbres jurídicas, que es preciso aclarar con el establecimiento de un marco jurídico adecuado, que genere en todos los actores intervinientes la confianza necesaria para el empleo de este nuevo medio”.

Se favorece la celebración de contratos por vía electrónica al afirmar el legislador español, de acuerdo con el principio espiritualista que rige la perfección de los contratos en nuestro Derecho, la validez y eficacia del consentimiento prestado por vía electrónica, declarando que no es necesaria la admisión expresa de esta técnica para que el contrato surta efecto entre las partes, y asegurando la equivalencia entre los documentos en soporte papel y los documentos electrónicos a efectos del cumplimiento del requisito de “forma escrita” que figura en diversas leyes. El legislador español aprovecha la ocasión para fijar el momento y lugar de celebración de los contratos electrónicos, adoptando una solución única, también válida para otros tipos de contratos celebrados a distancia, que unifica el criterio dispar contenido hasta ahora en los Códigos Civil y de Comercio en el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, la norma apuesta claramente por los mecanismos de autorregulación al promover la elaboración de códigos de conducta sobre las materias reguladas en la Ley, considerando que son un instrumento especialmente apto para adaptar los diversos preceptos de la Ley a las características específicas de cada sector. Por su sencillez, rapidez y comodidad para los usuarios, se potencia igualmente el recurso al arbitraje y a los procedimientos alternativos de resolución de conflictos que puedan crearse mediante códigos de conducta, para dirimir las disputas que puedan surgir en la contratación electrónica y en el uso de los demás servicios de la sociedad de la información. Se favorece, además, el uso de medios electrónicos en la tramitación de dichos procedimientos, respetando, en su caso, las normas que, sobre la utilización de dichos medios, establezca la normativa específica sobre arbitraje.

Como medios preventivos, se regula la acción de cesación que podrá ejercitarse para hacer cesar la realización de conductas ilegales que vulneren los intereses de

29 Directiva comunitaria relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

los consumidores y usuarios y establece un régimen sancionador proporcionado pero eficaz para disuadir a los prestadores de servicios del incumplimiento de la norma, conteniendo asimismo una serie de previsiones orientadas a hacer efectiva la accesibilidad de las personas con discapacidad a la información proporcionada por medios electrónicos, y muy especialmente a la información suministrada por las Administraciones públicas sobre accesibilidad de los sitios web públicos y de su contenido.

Refiriéndose al comercio electrónico, aún incipiente un año antes de la promulgación de esta norma, Egusquiza negaba que la contratación online significara en esencia algo diferente a la realizada en tiendas o bazares, no pudiendo desnaturalizar las cuestiones técnicas del mecanismo de la contratación “el régimen que se ha ido aquilatando en materia de contratación desde el Derecho romano hasta nuestros días, ni tampoco pensar que los problemas aquí surgidos no pueden tener respuesta dentro de la disciplina jurídica general sobre validez, vinculación, eficacia del contrato, etc.”³⁰. Cuestión distinta es sea necesario tener en cuenta las especificidades de los nuevos tipos de contratos a la hora de delimitar el régimen que deba aplicarse. Quince años después, esta afirmación sigue siendo cierta pero, a la vez, se constata un desarrollo tecnológico sin precedentes que afecta a múltiples aspectos del derecho privado, entre ellos el derecho de la contratación, así como la generación de una cierta brecha entre Tecnología y Derecho, que hace que los avances técnicos y la regulación normativa sigan ritmos diferentes. Las nuevas aplicaciones y funcionalidades de Internet obligan al legislador a articular respuestas normativas a múltiples cuestiones sobre la conciliación de los derechos e intereses jurídicos implicados con escaso margen temporal para una reflexión serena, articulando respuestas que aúnen los planos ético (y bioético), iusfilosófico, deontológico y legal que se hallan, además del científico-tecnológico, implicados.

A nivel comunitario, el 29 de septiembre de 2017 tiene lugar la Cumbre de Tallin en la que dirigentes de la UE abordan la “revolución digital” pidiendo que se aplique la denominada “Estrategia para el Mercado Único Digital” en todos sus elementos «para hacer frente a los retos de la cuarta revolución industrial y aprovechar las oportunidades que dimanan de ella, es necesaria una visión holística de lo digital». En el marco de esta estrategia se adopta una batería de medidas normativas y no normativas que afectan a distintas materias relacionadas con la sociedad digital (transacciones electrónicas y firma electrónica, protección de consumidores, telecomunicaciones, ciberseguridad, protección de datos, etc.) unificadas por el objetivo estratégico de “lograr que la economía, la industria y la sociedad europeas aprovechen plenamente la nueva era digital”³¹.

30 EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a. A.: “Condiciones generales y comercio electrónico”, en MORO ALMARAZ, M^a. J. (dir.): *Internet y Comercio Electrónico, II y III Jornadas sobre Derecho e Informática*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2002, pp. 18 y 19.

31 <http://www.consilium.europa.eu/es/policies/digital-single-market/>

Nos guste o no, es un hecho. La tecnología actual alcanza un grado de desarrollo sin precedentes: piénsese en el *Big Data* como procesos informatizados concebidos para que ingentes volúmenes de datos se transformen en información disponible y, posteriormente, en conocimiento utilizable para la toma de decisiones en sociedad: electorales, comerciales, de provisión de seguridad, etc., en *Internet de las Cosas* o en la tecnología *blockchain* a la que haremos después referencia.

En el plano del deber-ser, la constatación de este estado de cosas interpela directamente al legislador a ofrecer una respuesta jurídica unívoca fundada en principios y valores universalmente reconocidos. No podremos olvidar que el desarrollo tecnológico deberá ponerse al servicio de los intereses humanos, del hombre en cuanto persona, y no al revés: elevado es el riesgo de que, bajo excusa de una supuesta “neutralidad científica”, las fuerzas económicas pretendan servirse del progreso tecnológico para imponer un tablero de juego sin normas, o con reglas de las que se ausenten los principios y valores jurídicos y éticos universales.

La autonomía de la voluntad experimenta, a nuestro juicio, en este nuevo escenario de la tecnificación digital una reducción manifiesta, que obliga a repensar viejos esquemas o articular remedios ante nuevos retos y desafíos que se avecinan tanto en el ámbito patrimonial como en el terreno de los derechos de la personalidad. Resultan de gran actualidad las palabras de Wagner³² cuando en su tesis doctoral afirmaba que “La paradoja a la cual asistimos en la actualidad respecto del principio de la autonomía de la voluntad es que sus límites se restringen y amplían simultáneamente según lo analicemos desde los intereses económicos o extraeconómicos: y esta novedosa circunstancia no es más que la adecuación del sistema jurídico a los tiempos que corren. Las posibilidades son múltiples y variadas, de manera tal que en función de la normativa vigente se ha producido una “relativización del principio de la autonomía de la voluntad” incrementando sus limitaciones, tomando en consideración los nuevos procesos de introducción de los productos y servicios en el mercado y la necesidad de protección de quienes se encuentran en situación de minusvalía. Por un lado, existe cada vez más restricción en cuanto a los negocios económicos llevando a algunos autores a hablar de la crisis del principio más que de crisis de la contratación. Y, por el contrario, surge claramente una expansión cada vez mayor; en cuanto se lo relaciona con los derechos inherentes a la persona de carácter extraeconómico, es decir, con aquellos derechos que atienden al respecto de la dignidad del ser humano. Tal circunstancia se ve reflejada por ejemplo en las áreas referentes a la salud, en la que hallamos un respeto por la decisión del paciente sobre su propio cuerpo (derecho al no tratamiento), el reconocimiento de la existencia de un derecho a una muerte digna, etc.”.

32 WAGNER DE TIZON, C.: *Limitaciones a la autonomía de la voluntad*, Tesis Doctoral, Universidad Nacional del Litoral, 2011.

En definitiva, se hace necesario traer a colación el concepto de responsabilidad, (la otra cara de la libertad) para resolver los problemas (y no sólo de imputabilidad de los daños causados) que plantean determinadas aplicaciones y funcionalidades tecnológicas, lo que reconduce el tema hacia el reconocimiento de vigencia de categorías como la personalidad y capacidad jurídica y de obrar, los derechos subjetivos y los correlativos deberes y los límites (tanto intrínsecos como extrínsecos) al ejercicio de los derechos que, en última instancia (y por mandato constitucional si no lo hallara en la misma naturaleza como se deriva del iusnaturalismo), encuentran su fundamento en el reconocimiento de la dignidad humana, el respeto al libre desarrollo de la personalidad, y los superiores principios y valores de la justicia, la libertad y la seguridad.

En esta línea, Betti insistía en relacionar la libertad que subyace bajo el principio de autonomía con el que es su reverso, la responsabilidad: se trata de cambiar la óptica, que generalmente se sitúa en la esfera de los poderes, las facultades, trasladándola a la responsabilidad y al conjunto deberes inherentes al ejercicio de esa libertad, de la que sólo puede ser protagonista y titular la persona como sujeto de derechos y obligaciones: será ésta en última instancia la que tendrá que responder por los daños ocasionados por la conducción del vehículo autónoma, del robot que cumple determinadas funcionalidades o de los riesgos (tecnológicos o de otro orden) de la contratación pretendidamente “inteligente”. Pues, como bien dice el jurista italiano, “una vez que tales mecanismos e instrumentos hayan sido empleados, por decirlo así, accionados, el individuo ya no es libre de sustraerse a las consecuencias, buenas o malas para él, de su funcionamiento. El efecto del acto se dirige también contra su autor que queda por él ligado y como aprisionado... la libertad que en el negocio encuentra su instrumento no es libertad de querer a capricho, de emprender un juego libre y sin compromisos, sino libertad coordinada y subordinada a una superior finalidad social. Toda la dialéctica del negocio jurídico se apoya sobre esta antinomia entre libertad, que es antes, y auto-responsabilidad, que viene después, y en consecuencia, entre el significado que estaba presente en la conciencia del declarante cuando hizo uso de su libertad y el significado objetivo que el negocio asume una vez concluido.”³³

III. TECNOLOGÍA Y AUTONOMÍA CONTRACTUAL.

I. El nuevo rostro de la vulnerabilidad del consumidor en las sociedades tecnológicamente avanzadas.

Recobran renovada actualidad las palabras del profesor Bercovitz sobre la necesidad de mecanismos tuitivos de los consumidores en el ámbito de la contratación cuando afirmaba que “la necesidad de que el consumidor sea

33 BETTI, E.: “Teoría general del negocio jurídico”, cit., p. 124.

protegido es consecuencia del reconocimiento de que existe una gran masa -la inmensa mayoría de personas- que ,al realizar las operaciones normales de la vida cotidiana, referidas principalmente a la adquisición de bienes y servicios, no están en condiciones de conseguir a solas unas calidades y unos precios adecuados. El prototipo de consumidor necesitado es la persona que, individualmente no está en condiciones de hacer sus justas exigencias sobre los productos o servicios que adquiere y carece de los medios necesarios para enfrentarse con las empresas con las que contrata”.

En el campo de las transacciones en masa de bienes y servicios, que frecuentemente configuran supuestos de contratación de adhesión con condiciones generales predispuestas por el empresario, el ordenamiento jurídico se ha visto obligado a articular mecanismos correctores que salvaguarden lo que es la premisa básica de la que se hace nacer la fuerza obligatoria de los pactos: el consentimiento consciente y libre de las partes. Sin consentimiento no hay contrato, y sin libertad consciente el consentimiento no lo es tal, o está viciado, con efectos invalidantes.

El esquema del contrato de la codificación, basado en la fuerza obligatoria de pactos entre partes que consienten voluntaria y libremente sobre su objeto e incluso con capacidad de reglamentar el contenido contractual no sea adapta, sin embargo, a una realidad práctica que cuestiona las tradicionales categorías jurídicas del derecho de obligaciones cuando de transacciones en masa se trata. Por ello, no le falta cierta razón a aquella parte de la doctrina que subraya, refiriéndose al actual panorama de protección del consumidor, las ineficiencias derivadas de la persistencia del legislador en el encauzamiento de esta realidad (las transacciones en masa) a través de una institución jurídica (el contrato) basada en un esquema inveterado pero pensado para otro tipo de negocios, en los que las partes actúan de forma muy diversa”³⁴. Mecanismos correctores de las disfunciones del sistema, como la teoría clásica de los vicios del consentimiento contractual, ha demostrado su insuficiencia en orden a articular una verdadera tutela de los derechos de los consumidores en el nuevo escenario de la contratación en masa, razón que explica la promulgación de normativa sectorial que delimitan de manera específica los derechos y obligaciones de las partes del contrato partiendo de una premisa de asimetría negocial, sobre todo en lo que se refiere al nivel de información de las partes del contrato.

34 “El contrato como toda institución jurídica, y como el derecho en general, es una representación o una medida de aprehensión de lo real y no puede forzarse a lo real a entrar en las categorías abstractas que no le sientan bien y que no se acomodan a cómo se desenvuelven las personas y a cómo se producen los hechos. La transacción en la que una parte-comerciante/empresario-apuesta lo mismo y a la vez con una multitud genérica de partes-consumidores- se vistió con la categoría de contrato, utilizando o aprovechando por tanto un esquema que ya estaba elaborado y ponderado, si bien para otro tipo de negocios en los que las partes actúan de una manera muy diversa”. HUALDE MANSO, T.: *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de consumo europeo*, cit., p. 133.

Recobra actualidad en la actual sociedad del conocimiento la máxima que afirma que “la información es poder”: se acentúa así el problema del déficit de información de un consumidor materialmente incapaz de adaptarse a los cambios turbulentos en el contexto tecnológico digital y, al mismo tiempo, compelido a contratar determinados bienes y servicios (tecnológicos) por la fuerza de los hechos. Si no contratas, no estás en la sociedad, al menos tecnológicamente hablando. Y no estar socialmente es no ser, pues el ser humano es precisamente ser social. Podría objetarse que la necesidad de tecnología es una percepción subjetiva. Quizá lo sea, como lo es la que sustenta las decisiones económicas de los consumidores, que no son racionales en cuanto fundadas en datos y certezas contrastadas (cosa imposible en los tiempos que corren, en los que no hay tiempo ni capacidad de asimilar el grado ingente de información requerida).

Lo cual cuestiona en cierta manera el dogma liberal de la autonomía de la voluntad o libertad negocial (art. 1255 CC) cuando hablamos de la contratación por los consumidores de productos y servicios en masa con condiciones generales, máxime cuando se trata de productos complejos, como los tecnológicos y financieros.

En el ordenamiento privado se parte de la premisa básica de libertad e igualdad de los contratantes en la negociación de sus propios intereses. Cada parte puede por sí misma tutelar sus propios intereses sin que sea necesaria, ni legítima, ninguna intervención que imponga deberes de tutelar o proteger una parte los de la otra, ni procurarle parte o toda la información necesaria para contratar. En el ámbito de las relaciones de consumo (y de forma muy acusada en la contratación online o en la de productos y servicios tecnológicos) se parte precisamente de la premisa inversa: este tipo de relaciones se caracterizan por la existencia de una desigualdad estructural, no ocasional o episódica, entre las partes del contrato. Se constata una situación que los expertos en Economía y Psicología Social denominan de asimetría informativa, una posición de desequilibrio ocasionada por las circunstancias del mercado que otorga una ventaja en términos de acceso y disponibilidad de la información como recurso escaso a una de las partes de la relación contractual (el empresario predisponente) sobre la otra (el consumidor), que coloca a la parte débil en una injusta situación de vulnerabilidad y desventaja. Situación asimétrica, como decimos, estructural en ciertas relaciones de consumo, y acentuada en la contratación de servicios tecnológicos o productos financieros complejos. Y es que el ser humano tiene un conocimiento fraccionado de las condiciones de la realidad. La cantidad de información, el tiempo disponible para la adopción de una decisión y lo limitado por su propia naturaleza de la racionalidad humana son las tres variables que ponen en cuestión la decisión supuestamente racional de los individuos. Ningún individuo puede tener todo el conocimiento de los elementos de conjunto de una

situación, ni de todos los resultados de los actos que pueda emprender, ni de todas las opciones posibles³⁵.

Pues bien, este tema de la actuación de mecanismos de racionalidad imperfecta o limitada (*bounded rationality*), objeto de estudio y análisis en numerosos trabajos en el ámbito anglosajón³⁶, está lejos de ser considerado seriamente por la doctrina española y, menos aún, tomado en cuenta por la jurisprudencia como supuesto de hecho determinante de algún tipo de vicio en la formación del consentimiento negocial. Los vicios del consentimiento contractual regulados en los códigos civiles (el error; el dolo, la vis física o violencia y la vis moral o intimidación), son los que anulan el consentimiento así viciado: nuestros códigos siguen anclados en normas y conceptos decimonónicos, elaborados y redactados en el seno de una sociedad industrial incipiente, la del siglo XIX, que difícilmente se adaptan al marco actual de la contratación en masa y a las transacciones de base tecnológica propias del siglo XXI, inmersas en una evolución sin precedentes en la que los ordenamientos nacionales (y aún el comunitario) parecen ir “a remolque” de la realidad acontecida y vivida³⁷.

El Derecho privado regula relaciones entre particulares (en definitiva, personas: físicas o jurídicas), no haciendo falta constatar que, a diferencia de los *robots* (los de hoy y que se avecinan), tenemos dificultad para tomar aquellas decisiones que involucren un número considerable de factores o variables. El consumidor tenderá en contratos que involucren varios factores (plazo, cantidad de crédito a solicitar; mecanismo de entrega del numerario, etc.), alguno de los cuales puede ser complejo, a concentrarse solo en algunos de ellos. Y probablemente lo hará en los más evidentes o que le parecen más fácilmente comprensibles, como en el caso de contratos de financiación, por ejemplo, los plazos o mensualidades en que haya de abonarse la totalidad del préstamo, sobre todo los que aparezcan en primer lugar o los más inmediatos en el tiempo³⁸.

35 En este sentido, SIMON, H.: “A Behavioral Model of Rational Choice”, in *Models of Man, Social and Rational: Mathematical Essays on Rational Human Behavior in a Social Setting*, Wiley, New York, 1957; SIMON, H.: “A mechanism for social selection and successful altruism”, *Science*, 250 (4988), 1990, pp. 1665-1668.

36 HANSON, J. D. y KYRISAR, D. A.: “Taking behaviouralism Science, removing the rationality assumption from Law and Economics”, *California Law Review*, vol. 88, julio 2000, pp. 1051 y ss.; POSNER, R.: “Rational choice, behavioral economics and the law”, *Stanford Law Review*, vol. 50, n° 5, 1998, pp. 1151 a 1575.

37 Es la legislación sectorial (en el ámbito de las telecomunicaciones, de los contratos bancarios, la reguladora de las normas de protección del consumidor que solicita o contrata financiación para la adquisición de bienes y la contratación de servicios, etc.) la que trata de articular los mecanismos que el derecho general de la contratación no contempla o no lo hace de forma suficiente, y lo hace con prolija y compleja normativa de distinto rango que arbitra medidas correctoras y mecanismos que supuestamente protegen a la parte débil de la relación (reforzamiento del deber de información precontractual y contractual, desistimiento contractual, control de abusividad, etc.) pretendiendo nivelar la (connatural o estructural) situación asimétrica en que se encuentran las partes contractuales en estos supuestos.

38 Por ejemplo, en el consumidor-medio influye más la inmediatez de una tarifa contratada en telefonía móvil o el terminal que se le entrega bonificado con la contratación de un plan de precios que el coste total del producto o servicio en cuestión o la verdadera tarifa de precios contratada. Igualmente, dentro del apartado “precio” influye enormemente la determinación del número de cuotas en que puede ser pagado el importe total del producto o servicio adquirido o contratado en caso de aplazamiento en el pago, no tomando en consideración estos otros factores, que son relegados a un segundo plano por una superior tendencia motivacional del

Otro de los mecanismos inconscientes actuantes en el proceso de toma de decisiones tradicionalmente considerado como “racional” del consumidor es el denominado de la “disonancia cognitiva”³⁹, bien conocido en el ámbito de la Psicología Social. Basándose en estudios empíricos, estos expertos sostienen que las personas suelen hacer inferencias consistentes no con lo que realmente creen, sino con aquello que *desean creer*, interpretando la información ambigua de manera que se acomode a sus creencias, deseos y expectativas. Este mecanismo psicológico inconsciente, trasladado al ámbito del consumo, puede implicar que los consumidores no consideren cierta información, como por ejemplo la relativa a la distribución de los riesgos realizada a través del contrato, pues ésta tiende a desacreditar la decisión original del consumidor de adquirir el servicio o de contratar el producto en cuestión⁴⁰.

Y, en tercer lugar, se constata que no existe una correlación directa entre mayor suministro de información y mejor nivel de formación del consentimiento contractual: la cantidad de información obligatoria que se proyecta sobre el consumidor ni mucho menos garantiza el “óptimo de comprensibilidad” a la hora de contratar con libertad. Un consumidor sobrecargado de información es tan incapaz, o más, de tomar una decisión informada como aquel que no recibe en absoluto ninguna, por lo que la imposición de deberes de información al empresario no siempre es un remedio que pueda mitigar el déficit de información del consumidor (Zimmerman⁴¹). Factores como las capacidades computacionales limitadas de los seres humanos, sus prejuicios, la subestimación de los riesgos o la sobreestimación de las propias capacidades determinan que no siempre puedan los consumidores utilizar adecuadamente la información que se les suministra tanto en la fase

incentivo cortoplacista que el marketing empresarial conoce bien, y subestimando los riesgos, más si son remotos, inherentes a determinadas decisiones de consumo.

39 FESTINGER, L.: *A THEORY OF COGNITIVE DISSONANCE*, Stanford, CA: Stanford University Press, San Francisco, 1957.

40 Este es uno de los mecanismos que impulsa el éxito que tiene la financiación de productos que se ofrecen (y el público entiende que contrata) como “gratuita o a coste cero”, sin intereses en las cuotas, pero que, en letra pequeña, encubre gastos muy difíciles de comprender por un consumidor-medio y que, en cualquier caso, pueden llevarle a adoptar una decisión de consumo financiado que de otro modo no hubiera adoptado desde una perspectiva más amplia de sus consecuencias financieras.

Por ello, en el mercado crediticio al consumo es usual utilizar mecanismos publicitarios tendentes a hacer creer al consumidor que la devolución de la cantidad prestada es “simplemente” cuestión de tiempo (como si éste no fuera el recurso humano más escaso en la práctica), haciendo énfasis en lo ínfimo de las cuotas distribuidas en largos plazos temporales en los que nos creemos (o deseamos creernos) libres de acontecimientos y avatares adversos, infortunios o desgracias, las cuales, de acaecer, pueden convertir la devolución en un auténtico calvario, recurriéndose o incurriendo en sobreendeudamiento personal o familiar. Igualmente, está comprobado que las personas tienden a sobreestimar su capacidad de evaluar los riesgos incluidos en las nuevas modalidades de contratación de productos y servicios en la sociedad de la tecnología, sobre todo si se trata de operaciones de escasa cuantía o inmediatez en la ejecución de las prestaciones (se anuncian como “inmediatas” o “expres”: *crédito exprés, seguro exprés, tarifa inmediata...*). Así sostiene CALEBRESI que “aun cuando los individuos contarán con los datos necesarios para evaluar el riesgo de un producto o servicio serían incapaces psicológicamente de hacerlo. Se afirma que la gente no suele apreciar racionalmente, la probabilidad de morir o de sufrir un accidente grave. Estas cosas ocurren a los demás, pensamos, y no hay forma de que nos persuadan de que también puede sucedernos por muchas estadísticas que nos muestren...”.

41 ZIMMERMANN, R.: “Estudios de Derecho priva do europeo”, Civitas, Madrid, 2000, pp. 243-247, citado por DE LA MAZA GAZMURI, L.: “El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 17, N° 2, 2010, pp. 21-52.

precontractual como en la contractual. En este sentido se plantea la doctrina (De la Maza⁴², Ordás⁴³, Hualde⁴⁴) si el incremento de menciones en la información que se proporciona al consumidor no puede conducir a la obtención de un efecto precisamente contrario al pretendido, a saber: la facilitación de un volumen tal de información que, por suponer sobrecarga informativa, imposibilita al destinatario (caracterizado por la limitación de tiempo, capacidades cognoscitivas e intelectivas, etc.) asimilar de forma real la información contractual. Poca información supone estar mal o poco informado (asimetría informativa entre las partes por defecto), pero no necesariamente mucha información implica su asimilación efectiva, que en definitiva es lo que importa, cuando el volumen y complejidad de la misma es excesivo, produciéndose un supuesto de asimetría de poder negocial, en este caso por exceso.

2. Los mal denominados “contratos inteligentes”: transacciones “*blockchain causa*” y autonomía de la voluntad en la fase de ejecución negocial.

Uno de los temas más recurrentes en los foros sobre el papel del derecho privado en el escenario tecnológico actual es el atinente a las bondades, y también a la problemática, de los que se han dado en llamar “contratos inteligentes”, como si hubiera nacido una nueva categoría o tipología de contrato que se añadiría a las tradicionales, la cual estaría singularizada por su condición “inteligente”, que vendría dada por la aplicación en los mismos de la tecnología (en concreto, la tecnología *blockchain*), con indudables ventajas en el orden práctico.

Poniendo orden en el asunto lo primero que hay que puntualizar es que los denominados *smart contracts* en realidad no son tales negocios contractuales, sino programas informáticos que facilitan, aseguran, hace cumplir y ejecutan acuerdos o contratos-base registrados entre personas y organizaciones⁴⁵. En esencia, estos impropiaamente conocidos como “contratos automáticos” funcionan como la condición o secuencia (*if-then*) de un programa informático, con la particularidad de que, en este caso, se interactúa con activos reales. Cuando se “activa” una “condición” (no en sentido técnico-jurídico sino en el lenguaje informático) que ha sido pre-programada, lo que hace el programa inteligente es ejecutar de forma automática la condición o cláusula contractual correspondiente, con indudable reducción de los

42 DE LA MAZA GAZMURI, I.: “El suministro”, cit., p. 21.

43 ORDÁS ALONSO, M.: *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos. Especial consideración a los costes asociados y la obligación de transparencia*, Bosch, Barcelona, 2014.

44 HUALDE MANSO, M^a. T.: *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de consumo europeo*, Dykinson, 2016, p. 142.

45 Se conoce como DAO (Decentralized Autonomous Organization / Corporation) al tipo de empresas que utilizan la tecnología *blockchain* como forma de funcionamiento: no existen en ningún registro mercantil ni son parte de ningún estado, sólo existen en Internet (sin perjuicio de que, posteriormente, puedan asumir una figura jurídica convencional).

costes de transacción y ciertas ventajas en lo que se refiere a la confianza, seguridad y trazabilidad de determinadas transacciones con efectos jurídicos.

La tecnología *blockchain*⁴⁶ de la que tanto se habla desde hace un tiempo y que es realidad en nuestros días en determinados sectores (sobre todo bancarios y del tráfico mercantil, no es sino un “registro” verificable, público, inmutable y permanente de acontecimientos digitales que está “distribuido” (Andreessen⁴⁷) y que refleja todas las transacciones⁴⁸ que se han verificado a lo largo de su historia (BIT2ME) con los datos de cada una de ellas encriptados. Su contenido no puede desaparecer ni destruirse, pudiendo tan solo ser actualizado a partir del consenso de la mayoría de participantes del sistema, eliminándose el riesgo de manipulación que conlleva la dependencia de concretos proveedores de información centralizados.

No solo, y no tanto –diríamos-, por la forma (online, digital) de actuación del *if-then* sino por la garantía inherente al cumplimiento, o mejor dicho, a la ejecución de la prestación debida en la forma y medida en que aparece estipulada, esta tecnología supone ya y va a implicar “un antes y un después” en el mundo jurídico pues, como han dicho algunos autores, el riesgo de incumplimiento contractual desaparece pues estaremos no ya ante un título ejecutivo sino ante un título “autoejecutable” (López Del Moral).

Es precisamente en la fase de ejecución en la que se demuestra toda la virtualidad y aplicaciones de esta tecnología en la que la realización o cumplimiento de la prestación convenida por el deudor estaría garantizada mediante un software autónomo. Se suele citar el ejemplo muy claro de los seguros de vuelo, donde se pacta que, por ejemplo, si vuelo contratado llega a destino con un retraso de más de dos horas, el software liberará un pago inmediato de la cuenta de la compañía aseguradora a la del cliente, evitando la necesidad de realizar una pluralidad de trámites burocráticos que llevan asociados inseguridad y altos costes temporales y monetarios.

46 *Blockchain* (cadena de bloques) es un registro público que contiene todas las transacciones (y, consiguientemente, datos) realizadas con un *token* determinado (como puede ser *bitcoin*). Es público, por lo que cualquiera, en principio (si controla la tecnología) puede consultarlo. Cada bloque contiene una serie de transacciones de “tokens”. Mediante algoritmos criptográficos, en el momento que se genera un bloque nuevo, éste se une al último bloque añadido y se vincula de forma irreversible. Nadie puede alterar un bloque una vez añadido. El bloque inicial se denomina “bloque-génesis” y es el que genera el nacimiento de cualquier *blockchain* asociado a un *token*. El *blockchain* para cada *token* es único. Cada vez que se producen un conjunto de transacciones, éstas se agrupan en uno de estos bloques y se añaden al *blockchain* como último bloque. La denominada “cadena de bloques” o *blockchain* es, de este modo, un registro público de las transacciones en orden cronológico, que se comparte entre todos los usuarios y se utiliza para verificar la estabilidad de las transacciones y para prevenir costes innecesarios.

47 ANDREESSEN, M.: “*Why bitcoin matters*”, 21 de junio 2014. Disponible su consulta en el enlace: <https://dealbook.nytimes.com/2014/01/21/why-bitcoin-matters/>. Otros artículos y ensayos sobre bitcoin, smart contracts y blockchain disponibles en el enlace: <https://a16z.com/2018/02/10/crypto-readings-resources/>

48 “Transacción” en este sentido es la operación básica en una red *blockchain* mediante la cual una dirección de la red envía un mensaje a otra dirección de la red (Internet).

Estos negocios digitales han sido percibidos en un primer momento con recelo: por su novedad, toda innovación despierta temores y aviva suspicacias, más tiempos de crisis y de proliferación de fenómenos ilícitos como el blanqueo de capitales y el tráfico de cosas prohibidas. Pero, superados los primeros temores, ya empieza a reconocerse la potencialidad de esta tecnología en el ámbito de los contratos privados, frecuentemente concertados en un escenario global, si se logra conjugar la indudable seguridad jurídica⁴⁹ que ofrece el sistema con la salvaguarda de los imperativos de justicia, desde una doble perspectiva: en lo que se refiere al contrato mismo, si se logra garantizar la voluntad libre, capaz y exenta de vicios de los contratantes, la posibilidad, licitud y determinabilidad de su objeto y la licitud de su causa, y en segundo lugar, en lo que respecta a su reglamentación y control, si se dictan normas que permitan encajar esta tecnología en los actuales sistemas jurídicos nacionales y habilitar mecanismos de control y sanción en el ámbito internacional.

En nuestro esquema jurídico, resulta inconcebible concebir un negocio sin la existencia de una persona física o jurídica a la que se le atribuyan derechos y obligaciones (¿se va a superar la dicotomía persona física-jurídica, en un mundo en constante robotización...?), pero es ya un hecho que Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo ha dejado traslucir su intención de que las personas electrónicas constituyan en un futuro próximo sujetos de derecho (en orden, por ejemplo, al deber de cotización a la Seguridad Social del empresario por las máquinas que utilice en base a los trabajadores a los que sustituyen), pudiéndose discutir si el consentimiento tiene que darse en cada caso o sería suficiente con una declaración de voluntad general y bastante emitida en el momento de diseñar el programa.

El ámbito de los contratos bancarios y, en general, los productos financieros y el sector de los seguros, las empresas en el sector de la energía y el *retail*, son los campos que más rápidamente han adoptado estas nuevas fórmulas de digitalización, pero aún no está claro el encaje de esta tecnología en la actual regulación de protección de datos personales y en el reglamento europeo vigente así como a la hora de resolver los conflictos que puedan surgir entre agentes de diferentes partes de un mundo hoy global⁵⁰.

Sin pretensiones de exhaustividad, esta tecnología plantea algunas cuestiones que reseñamos a continuación:

49 Al tratarse de transacciones contractuales que se auto-ejecutan sin necesidad de intermediarios, la lógica económica no puede sino resaltar su virtualidad, en orden, no sólo a la reducción de costes de transacción de todo tipo (generadores de eficiencia económica y maximizadores, por ende, del beneficio tanto individual como social) sino por la “confiabilidad” (ergo, seguridad), se dice, que supone un sistema que se auto-regula mediante aplicaciones de algoritmos matemáticos, desplegándose automáticamente consecuencias jurídicas y ejecutándose las cláusulas y condiciones derivadas del cumplimiento o incumplimiento de los pactos previamente acordados sin necesidad de intermediario alguno.

50 Tal y como reconocen en el Innovate Finance Global Summit (2018) los mismos creadores de estas tecnologías. <https://www.techworld.com/social-media/sir-tim-berners-lee-lays-out-nightmare-scenario-where-ai-runs-world-economy-3657280/>

a) Una tecnología global necesitada de regulación jurídica

La comunidad científica está de acuerdo en que la tecnología *blockchain* está llamada a reemplazar a los actuales sistemas de bases de datos corporativas, permitiendo el almacenamiento masivo distribuido en la Red mediante el registro unificado, seguro y confiable de información que generan las transacciones en condiciones de plena integridad. Se señalan como principales ventajas de los *smart contracts* la confianza y seguridad que generan por sí mismos en la transacción efectuada, al tratarse de negocios que se “auto-ejecutan” sin necesidad de intermediarios ni de actuación de ningún tipo por las partes intervinientes, con la consiguiente rebaja de costes y un registro inalterable, lo cual conlleva una optimización de los recursos⁵¹.

Si nos centramos en las aplicaciones prácticas que tiene en la actualidad esta tecnología, nos encontramos en una etapa de desarrollo embrionario de la misma, similar a lo que supuso la época de los años noventa del pasado siglo en lo que se refiere a Internet, pero que avanza a un ritmo sin precedentes: además del registro de información corporativo y de las conocidas monedas virtuales (*bitcoin*, *ethereum*, etc.), los expertos anticipan la generalización inminente del *blockchain* en transacciones internacionales sobre activos, remesas de dinero, configuración de registros de bienes y derechos al margen de intermediarios vinculados a autoridades estatales (notarios y fedatarios públicos), entre otras funcionalidades⁵². En cualquier caso, esta tecnología, como todas, está llamada a superar los límites de las fronteras nacionales: la “globalidad” (diferente de la universalidad) es una cualidad inherente a toda aplicación o proceso tecnológico y ello reclama una regulación jurídica internacional acorde con un fenómeno que desborda las fronteras de los estados-nación.

La verdad es que, al menos de momento, no se vislumbra el reconocimiento legal y regulatorio de *blockchain*, materializado en un marco normativo de base legal que lo reconozca como fuente válida de identidad de confianza: deberá regularse⁵³ que la inclusión en *blockchain* de un determinado documento declarativo de derechos de la propiedad, o de otro tipo, sobre activos materiales o inmateriales sea reconocido como prueba en un determinado sistema jurídico en caso de suscitarse un conflicto sobre el particular.

51 CANTERO LÓPEZ, A.: “Smart contracts: inicios en la revolución del intercambio de valor”, *Newsletter e-Dictum*, 13 de marzo de 2018, disponible en <https://dictumabogados.com/derecho-concursal/blockchain/>

52 Como hemos anticipado, la denominación de contratos inteligentes puede inducir a equívoco pues realmente se trata de que el sistema permite funciones automáticas predefinidas y consecuencias condicionadas a esos hechos: no estamos en presencia de actos libres y voluntarios sino más bien de consecuencias derivadas de un preacuerdo adoptado bajo condiciones objetivas. Expertos como LESSIG referían hace décadas, refiriéndose a la práctica de los sistemas automatizados de compras de valores electrónicos o a las mismas máquinas de *vending*, a la existencia de reglas no jurídicas que afectan la arquitectura de los sistemas de información pero que son normativas en el sentido de anudar causa, supuesto o condición y efecto, dotándolo de efectos vinculantes.

53 En los Estados Unidos, algunos estados han comenzado a legislar sobre *blockchain*: en Delaware ha entrado en vigor en 2017 una ley que permite a las compañías utilizar esta tecnología para registrar la información concerniente a sus accionistas y otros aspectos corporativos.

Tecnología y Derecho no pueden disociarse, pese a la complejidad creciente de los procesos y desarrollos tecnológicos actuales y la diferencia de criterios que inspiran un sistema y otro (el normativo y el tecnológico). Este tipo de tecnologías exigen del jurista plantearse el interrogante acerca de si nos encontramos ante una modulación en los principios vertebradores de la autonomía de la voluntad que permite hablar de la necesidad, una vez más, de redefinir sus límites: si el mercado tecnológico se mueve a impulsos de criterios de eficiencia de las transacciones tecnológicamente seguras, el ordenamiento jurídico no puede tolerar que tal criterio desplace a los criterios-eje sobre los que se fundamenta la libertad contractual en un mundo que, tecnologizado o no, tiene como protagonista y fin la persona humana y la consecución de sus necesidades y fines. Un nuevo sistema pretendidamente "autorregulado", regido por criterios de eficiencia "a-jurídica", desvinculada de cualquier tipo de regulación o control legal (esto es: público-democrático), puede suponer el regreso a estadios pasados de comunidades en naturaleza regidas por la ley del más fuerte (de no-ley, en definitiva, aunque tecnológicamente desarrollados). Del mismo modo, habrá que plantearse la cuestión relativa a cuál sea la ley y la jurisdicción aplicable a un sistema descentralizado como *blockchain* con posibilidad de abarcar diversas jurisdicciones (con la dificultad de establecer el origen y las copias de los registros en las bases de datos desde el punto de vista del lugar de la aplicación de la Ley).

b) *Las partes del negocio jurídico: ¿nuevo paradigma relativo a los sujetos de las relaciones jurídicas?: ¿pueden las cosas (como un programa de software) ser parte de un contrato?*

A las personas físicas y jurídicas como sujetos de derecho se pretende equiparar en la sociedad tecnológica algunas hoy catalogadas como "cosas" o "procesos" que cumplen funcionalidades como agentes de relaciones con efectos jurídicos. La ley solo permite la contratación entre personas, físicas o jurídicas, pero lo cierto es que se prevé la conclusión de *smart contracts* entre cosas conectadas o programas de software, en cuanto capaces de reemplazar las actividades y funciones de intermediación tradicionalmente verificadas por autoridades u operadores nacionales. Realmente la problemática se diluye si se tiene en cuenta que, en definitiva, se reconocen derechos a las personas en cuanto sólo a estas, nunca a las cosas, puede reconocérsele inteligencia libre (por mucho que se desarrolle el proceso de robotización), ergo solamente aquéllas, nunca a las cosas o a los animales, se les podrán imputar⁵⁴ las consecuencias de sus actos voluntarios, conscientes y libres.

54 La libertad, en definitiva, tiene como reverso la *responsabilidad*: ¿quién es el responsable último en un sistema automatizado con base a aplicaciones de algoritmos del funcionamiento del registro descentralizado: los administradores de nodos, los creadores de las aplicaciones...?

c) ¿Contratos “*blockchain causa*”? el consentimiento y sus vicios.

Propiamente no puede hablarse de perfección del contrato inteligente pues en realidad los denominados *smart contracts*, como se ha dicho, no son sino “sistemas de ejecución automática descentralizada de una o varias de las condiciones de un contrato”. Ahora bien, la ejecución descentralizada *blockchain causa* de una cláusula de un contrato-marco que se ejecute a través de esta tecnología requiere un conocimiento de lo que significa esta forma de proceder y sus efectos que no está precisamente al alcance del “lego tecnológico”. En particular, la tecnología *blockchain* presenta una complejidad fuera del alcance del ciudadano-medio ni mucho menos del consumidor-medio, constituyendo una importante barrera de entrada en el sistema (al menos en sentido informacional), en el sentido de que sólo quien conoce el proceder de este tipo de procesos informáticos (y, en particular, el lenguaje de programación) puede afirmarse que se halla en condiciones de realizar transacciones de este tipo en condiciones de simetría de poder respecto de otros participantes. De este modo, es lógico cuestionar la validez del consentimiento contractual de un *smart contract* a gran escala formalizado exclusivamente en código informático en la cadena de bloques si no todas las partes intervinientes son, o lo son el mismo grado, entendidas o expertas en el lenguaje de programación. Al menos el consentimiento previamente otorgado en el contrato-base que da lugar a la automática aplicación de la cláusula “auto-regulada” podría hipotéticamente hallarse viciado, y las partes podrían invocar situaciones de error padecido o inducido (dolo) u otorgado bajo amenaza intimidatoria o con otro tipo de vicio o defecto negocial, lo cual “arrastraría” al efecto (vinculante e irreversible) ligado de forma automática por la actuación de la secuencia *if-then*: pese a ello, los adalides del sistema aseguran la minimización o reducción a lo matemáticamente inapreciable de vicios en la contratación, maquinaciones, fraudes, etc. en este tipo de tecnología, así como de riesgo de destrucción, pérdida o extravío de la información contenida y sucesivamente almacenada en las cadenas de bloques. De nuevo afirmamos que, a nuestro juicio, debiera ser un regulador externo, controlado democráticamente, quien siente los principios y normas aplicables a un sistema, conectando así tecnología y derecho (como siempre ha sido: *ubi societas, ibi ius*) en este nuevo y complejo estadio evolutivo.

d) La ejecución automática de las transacciones “*blockchain*” y los problemas de irreversibilidad e inaplicación de la cláusula “*rebus sic stantibus*”.

Una de las cuestiones que plantea en el ámbito jurídico el encaje normativo de las transacciones que hemos denominado *blockchain causa* es el de la automaticidad de la ejecución y la imposibilidad de disposición o modificación por las partes de los pactos, cláusulas y condiciones de las mismas una vez generados los términos

del cumplimiento: el “programa” se ejecuta automáticamente cumplida la condición (*if-then*) o llegado el momento previsto.

Como hemos dicho, este tipo de transacciones son frecuentes hoy en el ámbito de las corporaciones empresariales, sobre todo en el terreno financiero. Si se pretendiera trasladar este esquema al ámbito de las relaciones jurídicas con consumidores, nos encontraríamos con la incompatibilidad de los *smart contracts* con el actual TRLGDCU y leyes complementarias, no solo en cuanto contraviene el esquema general del deber de información precontractual y contractual, sino por cuanto ignora derechos irrenunciables para el consumidor que tienen su origen en la misma legislación comunitaria.

La dificultad de conciliar el mundo tecnológico y el legal se pone igualmente de manifiesto si nos percatamos de la dificultad, cuando no imposibilidad, en casos de transacciones *blockchain*, de adaptar las cláusulas o términos contractuales una vez sobrevenidas circunstancias graves imprevistas que, en el mundo de la contratación real, podrían dar lugar, acaso, a la aplicación de la cláusula *rebus* o a la doctrina de la desaparición de la base del negocio.

e) *Problemas derivados de la protección de datos personales.*

En el ámbito de la protección de datos personales hay que tener en cuenta que la tecnología *blockchain* no permite la eliminación de datos sino tan solo la actualización de los mismos en nuevos bloques o cadenas de transacciones. Estas operan en una red descentralizada, por lo que resulta prácticamente imposible, dicen los expertos, identificar cómo es el proceder de los operadores en lo que se refiere al procesamiento de datos personales: *prima facie*, la privacidad de los intervinientes en las transacciones queda salvaguardada en la medida en que cada uno de ellos opera con un denominado código o “identificador” (que permite indexar la información en fuentes de datos externas, tradicionales), identificador visible en la cadena de bloques, pero cuya relación con la persona que lo opera sólo es conocida por ésta, por lo que es el propio usuario el que mantiene el control sobre su identidad. Sin embargo, las cadenas de bloques son públicas, por lo que toda la información sobre una cadena que puede incluir datos personales, es accesible para todos. En este punto, hay quien opina que no procede aplicar la normativa de datos personales porque los datos fragmentados y codificados de esta manera no pueden considerarse propiamente “datos personales”.

Las cadenas de bloques no son editables, como hemos dicho: las transacciones son irreversibles y resulta imposible modificar o eliminar información pues precisaría consenso, ya no “inter partes” (siendo las partes de un contrato convencional limitadas), sino entre absolutamente todas las partes implicadas (consenso). Otra de las derivaciones controvertidas jurídicamente se refiere al conocido como “derecho

al olvido”: ¿podría garantizarse de algún modo?; ¿cómo?; ¿quién sería responsable de las violaciones de las obligaciones que impusiera la normativa de protección de datos personales si no es posible identificar al responsable del tratamiento?

Frente a estos interrogantes, se alzan algunas voces dando cuenta de las numerosas incógnitas que plantea esta y otras tecnologías, frente a quienes, de forma quizás un tanto acrítica, alaban sus bondades y ventajas en aras de una incuestionable (afirman) forma de entender el progreso de la humanidad.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*, Volumen Segundo, Bosch, Barcelona, 1985.

ANDREESSEN, M., "Why bitcoin matters", 21 de junio 2014. Disponible su consulta en el enlace: <https://dealbook.nytimes.com/2014/01/21/why-bitcoin-matters/>

BETTI, E.: "Teoría General del Negocio Jurídico", *Revista de Derecho Privado*, Madrid.

BLAUG, M.: *La Metodología de la Economía*, Alianza Editorial, 1985.

CANTERO LÓPEZ, A.: "Smart contracts: inicios en la revolución del intercambio de valor", Newsletter e-Dictum, 13 de marzo de 2018.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, Común y Foral*, Tomo III, Reus, Madrid, 1951.

DE CASTRO Y BRAVO, F.:

- *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.

- "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", *Anuario de Derecho Civil*, 1982.

DE LA HIGUERA GONZÁLEZ, L. M.: "Fundamento filosófico de la autonomía de la voluntad", en PRATS ALBENTOSA, L. (coord.): *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en Conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo II, Wolters-Kluwer, 2012.

DE LA MAZA GAZMURI, I.: "El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 17, N° 2, 2010.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: "A vueltas con la autonomía privada en materia jurídica", en PRATS ALBENTOSA, L. (coord.): *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en Conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo II, Wolters-Kluwer, 2012.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a. A.: "Condiciones generales y comercio electrónico", en MORO ALMARAZ, M^a. J. (dir.): *Internet y Comercio Electrónico, II y III Jornadas sobre Derecho e Informática*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2002.

FESTINGER, L.: *A theory of cognitive dissonance*, Stanford, CA: Stanford University Press, San Francisco, 1957.

HANSON, J. D. y KY SAR, D. A.: "Taking behaviouralism Science, removing the rationality assumption from Law and Economics", *California Law Review*, vol. 88, julio 2000.

HUALDE MANO, M^a. T.: *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de consumo europeo*, Dykinson, 2016.

JENSEN, M. & MECKLING, W. H.: "The nature of man", *Journal of Applied Corporate Finance*, V. 7, No. 2, Harvard University Press, 1994.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: "La libertad contractual", *Revista de Derecho Privado*, octubre de 1972.

LARENZ, K.: *Derecho Civil. Parte General*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978.

MERCADO PACHECO, P.: *El análisis económico del derecho: una reconstrucción teórica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

NOZICK, R.: *Anarquía, Estado, Utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974:

ORDÁS ALONSO, M.: *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos. Especial consideración a los costes asociados y la obligación de transparencia*, Bosch, Barcelona, 2014.

POSNER, R.: "Rational choice, behavioral economics and the Law", *Stanford Law Review*, Vol. 50, n° 5, 1998.

PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho Civil. Volumen II*, Ed. Bosch, Barcelona, 1987.

SIMON, H.: "A Behavioral Model of Rational Choice", in *Models of Man, Social and Rational: Mathematical Essays on Rational Human Behavior in a Social Setting*, Wiley, New York, 1957.

SORO RUSSELL, P.: *El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual*, Reus, Madrid, 2016.

ZIMMERMANN, R.: *Estudios de Derecho privado europeo*, Civitas, Madrid, 2000.



LOS MANDATOS IRREVOCABLES Y SU REPERCUCIÓN EN
CLÁUSULAS SOCIETARIAS EN EL DERECHO CHILENO

*THE IRREVOCABLE MANDATES AND THEIR REPERCUSSION IN
SOCIAL CLAUSES IN CHILEAN LAW*

Rev. Boliv. de Derecho N° 26, julio 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 294-337



Alex
ZÚÑIGA TEJOS

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de febrero de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 10 de abril de 2018

RESUMEN: El presente trabajo analiza la posibilidad de conferir a uno de los socios un mandato irrevocable para que éste actúe con amplias facultades respecto de los derechos sociales de los demás copartícipes. En este sentido, se estudian las distintas fuentes de las que puede emanar la irrevocabilidad, como son una cláusula convencional y la naturaleza del encargo del mandato, distinguiendo en uno y otro caso sus límites y alcances. Finalmente, se revisan algunas facultades concretas que se le podrían otorgar al mandatario, estableciéndose su campo de aplicación y los términos que aquellas implicarían.

PALABRAS CLAVE: Mandato irrevocable; sociedades de personas, auto contratación (límites), derechos sociales.

ABSTRACT: The present work analyses the possibility of conferring an irrevocable mandate on one of the partners so that he or she acts with broad faculties regarding the social rights of the other co-participants. In this sense, we study the different sources from which irrevocability can emanate, such as a conventional clause and the nature of the assignment conferred in the mandate, distinguishing in both cases its limits and scope. Finally, some specific faculties that could be granted to the agent are analyzed, establishing the field of application and the terms that this would imply.

KEY WORDS: Irrevocable Mandate, Limited Partnership, Self-contracting (bounds), Social Rights.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN Y PROBLEMÁTICA.- II. LOS MANDATOS IRREVOCABLES EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.- 1. Generalidades.- 2. El problema de los mandatos irrevocables.- 3. Las fuentes de un mandato irrevocable.- 4. El mandato irrevocable y otras figuras afines.- 5. La posición de la doctrina respecto de los mandatos irrevocables.- 6. La legislación en Chile aplicable sobre la materia.- 7. Jurisprudencia sobre los mandatos irrevocables.- III. MANDATOS IRREVOCABLES CONTENIDOS EN CLÁUSULAS SOCIETARIAS.- 1. De la condición a la que está sujeta la posible revocación del mandato.- 2. Sobre la validez, por regla general, que tienen los mandatos irrevocables.- 3. Precisiones y alcances sobre los mandatos irrevocables.- IV. NUESTRA POSICIÓN.- 1. Requisitos para la eficacia de mandatos irrevocables en cláusulas societarias.- 2. Consideraciones en cuanto a la forma de actuación del mandatario irrevocable.- 3. Relaciones que pueden configurarse cuando el mandatario actúa, además, representando a la sociedad.- V. ANÁLISIS DE ALGUNAS FACULTADES QUE PODRÍAN CONTENER ESTOS MANDATOS IRREVOCABLES.- 1. Generalidades.- 2. De la modificación de los estatutos sociales, en términos tales, que pueda transformar, fusionar, dividir o liquidar la sociedad.- 3. De la cesión o transferencia de derechos.- 4. Respecto del Capital Social.- 5. Sobre el reparto de utilidades.- 6. En cuanto a la duración.- 7. En cuanto a la modificación de la administración.- VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN Y PROBLEMÁTICA.

La vida cada vez más exigente en el mundo de los negocios, ha obligado a los distintos agentes económicos a idear nuevas formas de hacer más eficiente su competitividad, lo que ha requerido —entre otras cosas— una altísima rapidez en la toma de decisiones. Esta realidad ha repercutido en el ámbito jurídico, pues ha promovido la búsqueda de mecanismos que cumplan, por una parte, con otorgar una limitación patrimonial al inversionista sobre los riesgos empresariales (donde las sociedades son una buena alternativa), y por otra, que permita una flexibilidad suficiente para afrontar con éxito los desafíos comerciales. En este devenir, tener una administración eficaz, unida a la proliferación de negocios familiares o con personas de confianza —que no por ello descartan el aporte de altas sumas de capital— ha motivado que se establezcan en las escrituras de constitución (o en posteriores) de sociedades de personas, que se confieran poderes a uno de los socios, que generalmente será el administrador, para pueda realizar con amplias facultades actuaciones sociales y que también puedan afectar la participación de los propios socios. En esta articulación debe encontrarse un correcto equilibrio entre otorgar una adecuada estabilidad al administrador y dar seguridad a los terceros

• Alex Zúñiga Tejos

Abogado, Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile, donde obtuvo el premio “Fernando Rozas Vial”, otorgado al mejor alumno de Derecho Civil de su generación. Director de Departamento de Derecho Privado, Universidad Andrés Bello. Coautor y editor del libro “Estudios de Derecho Privado”, publicado por la Editorial Jurídica de Chile el año 2011. Además, trabajó en la actualización de la octava edición del libro “Derecho Sucesorio” de Don Manuel Somarriva U. publicado en enero del 2012 por la Editorial Jurídica de Chile y en la sexta edición del Tratado de “Las Obligaciones” de René Abeliuk M., publicado por la Editorial Thomson Reuters Legal Publishing el año 2014. Esta presentación tiene por base un Informe en Derecho redactado conjuntamente con el profesor René Abeliuk M. (Q.E.P.D.). Correo electrónico: alexzuniga@unab.cl.

que contraten con la sociedad, por lo que combinar un mandato irrevocable con facultades de disposición en el ámbito social tiene buenas perspectivas a su favor:

Empero, la utilización de estas instituciones no son un tema pacífico, pues implica combinar dos problemas de difícil solución (mandatos irrevocables y facultades sociales), y que, en el caso de la legislación chilena, además, no cuenta con una solución reglada. De esta forma, obliga a hacer una revisión separada de los mandatos irrevocables, para luego conjugarlo con las facultades otorgadas.

En concreto, pretendemos abordar si es posible que todos los socios (en una sociedad de personas y en particular de responsabilidad limitada) confieran mandato irrevocable a uno de ellos, para que éste tenga amplias facultades, tales como modificar los estatutos sociales en términos que pueda transformar, fusionar, dividir o liquidar la sociedad; o que tenga la opción de ceder o transferir derechos sociales; o detente facultades atinentes con el capital social y los repartos de utilidades, entre otros aspectos de interés. Además, dicha irrevocabilidad subsistiría, a menos que todos los socios concurrieran a dejar sin efecto dicho mandato.

Para ello, primero abordaremos los alcances de los mandatos irrevocables en la legislación nacional, para luego vincularlo con las sociedades de personas.

II. LOS MANDATOS IRREVOCABLES EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.

En este acápite revisaremos las distintas posiciones que existen respecto de los *mandatos irrevocables*, así como la legislación aplicable para solucionar casos que se vinculen con el derecho societario. Finalmente, revisaremos jurisprudencia atinente al tema.

I. Generalidades.

En las sociedades de personas, y en particular en las de Responsabilidad Limitada, existe una antigua discusión respecto de la naturaleza jurídica del administrador de ellas, pues se plantea por algunos que actúa como un órgano de la sociedad, mientras que otros sostienen que obra como mandatario.

En efecto, distinguida doctrina¹ después de varias vacilaciones, termina aceptando la *teoría del órgano*, sin perjuicio de reconocer que las normas del Código Civil y el de Comercio –que siguen plenamente vigentes– estarían inspiradas en la teoría del mandato. Otros se inclinan por considerarlo como un mandato, sin perjuicio de reconocer que participan de la posición minoritaria².

1 PUELMA ACCORSI, Á.: *Sociedades*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 361 y ss.

2 BARCIA LEHMANN, R.: *Lecciones de Derecho Civil*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 99.

Todas estas consideraciones deberán tenerse en cuenta si el mandatario a quien se le otorgó la representación de todos los socios, es además el administrador de la sociedad. Diversas consecuencias, especialmente en su relación con la sociedad, podrán configurarse³.

2. El problema de los mandatos irrevocables.

Se podría definir el *mandato irrevocable* como aquel en que el mandante no puede dejar sin efecto el contrato por su propia voluntad, ya sea porque renuncia a la facultad de poner término unilateral y eficazmente al mandato, o porque la naturaleza del encargo lo impediría.

Un problema que se ha presentado en las diversas legislaciones de Derecho Continental, dice relación con los denominados *mandatos irrevocables*, pues solo en algunos países⁴ existe una disposición que regule expresamente esta materia.

Por esa razón, la discusión ha sido intensa, pues con muy buenas razones se han planteado ambas posiciones, esto es, aquellos que le dan plena eficacia y, por otra, los que la rechazan, o al menos, la aceptan, pero con muchas limitaciones.

En este orden de ideas, creemos oportuno hacer una revisión de los principales argumentos que se han postulado en torno a esta situación, la legislación que existe en nuestro país, así como una revisión de la jurisprudencia sobre la materia.

Sin embargo, de manera previa, debemos tratar dos puntos: a) las fuentes del mandato irrevocable; y, b) la diferencia de este mandato con otros similares.

3. Las fuentes de un mandato irrevocable.

Constituye doctrina asentada en el Derecho Comparado⁵, y por cierto, plenamente aplicable al sistema jurídico nacional, que las *fuentes* de la irrevocabilidad del mandato puede ser:

- 3 Su interés será, principalmente, si se puede considerar como *tercero de buena fe* a la sociedad, por actuaciones contrarias a las pretensiones del mandante.
- 4 Así ocurre en el Derecho Argentino, que el actual Código Civil y de Comercio permite la irrevocabilidad del mandato, relacionando el artículo 1330 con el artículo 380, letras b) y c) en que hay norma expresa que regula esta opción. Así también estaba regulado en el antiguo Código de Vélez Sarsfield (artículo 1977). En el mismo sentido, el Código Civil de Portugal, en el artículo 1170 y el artículo 1723 del Código Civil italiano.
- 5 Véase, para el Derecho Italiano la obra de PERLINGIERI, P.: *Manuale di Diritto Civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, p. 722 y 723; MESSINEO, F.: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Ediciones Jurídicas Europa-América, tomo VI, Buenos Aires, 1955, p. 50. Para el Derecho Francés, GHESTIN, J.: *Les principaux contrats spéciaux*, 3ª ed., Lextenso éditions, Paris, 2012, p. 1123-1130; MAZEAUD, H. L. y J.: *Lecciones de Derecho Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Parte Tercera, vol. IV, Buenos Aires, 1976, p. 313 y ss.; y PLANIOL, M. y RIPERT, G.: *Tratado Práctico de Derecho Civil francés*, T. XI, Editorial Cultural, La Habana, 1940, p. 845 y ss. Para el Derecho Alemán, ENNECCERUS, L.: *Derecho Civil. Parte General*, Vol. II, Parte I, Bosch Casa Editorial, 1981, 576 y 577.

a) Una “cláusula expresa” en que se pacta la irrevocabilidad. En este tipo de fuente, se entiende que depende de un dato subjetivo⁶ como es la voluntad contractual⁷.

b) Que la irrevocabilidad provenga de la “naturaleza objetiva” del mandato, esto es, que haya sido conferido en interés del mandatario y del mandante, o de un tercero⁸. Nótese que en este caso, no es necesaria una cláusula que así lo diga, sino simplemente, el tipo de negocio determinará la irrevocabilidad.

Además, conviene advertir que se puede dar una especie de *superposición* de estas causas, como ocurre cuando existiendo una cláusula expresa, el negocio -por su naturaleza-, interesa a otras personas distintas del solo mandante. En este caso, el análisis debe ser efectuado necesariamente desde ambas perspectivas de irrevocabilidad, pues las consecuencias de una no producen efectos indefectiblemente en la otra.

4. El mandato irrevocable y otras figuras afines.

No se debe confundir el *tipo* contractual en estudio con el mandato colectivo y el mandato conjunto.

En efecto, el *mandato colectivo* es el mandato único que se confiere al mismo mandatario por varias personas, en un acto único y para un negocio de interés común⁹. En principio, se entiende que la revocación no es eficaz si no proviene de todos los mandantes. La excepción consiste en que exista una *justa causa* para hacerlo¹⁰.

Por su parte, el *mandato conjunto* es aquel en que existe pluralidad de mandatarios y en el que todos ellos deben actuar de consuno, por lo tanto, además, para su perfeccionamiento es necesaria la aceptación por parte de todos los mandatarios.

En este último, también puede ocurrir que el encargo de uno de los mandantes sea autónomo de los demás, conservando cada uno de los negocios independencia respecto de los otros.

6 Así lo sostiene MESSINEO, F.: *Manual*, cit., t. VI, p. 50; PLANIOL, M. y RIPERT, G.: *Tratado Práctico*, cit., t. XI, p. 845; y ENNECCERUS, L.: *Derecho Civil*, cit., vol. II, Parte I, p. 577.

7 Como veremos, se debe considerar la conducta que despliegue el mandatario para determinar los alcances de esta irrevocabilidad.

8 GHESTIN, J.: *Les principaux*, cit., p. 1126 y 1127; MESSINEO, F.: *Manual de*, cit., p. 50; PLANIOL, M. y RIPERT, G.: *Tratado Práctico*, cit., t. XI, p. 845 y 846; y ENNECCERUS, L.: *Derecho Civil*, cit., vol. II, Parte I, p. 576.

9 Este mandato se diferencia de la pluralidad de mandatos que se otorgan por separado o que se realicen en un mismo acto por varios, pero con autonomía entre ellos.

10 PERLINGIERI, P.: *Manuale*, cit., p. 723; y MESSINEO, F.: *Manual*, cit., T. VI, p. 52. Sobre el sentido de *justa causa*, nos referiremos más adelante.

5. La posición de la doctrina respecto de los mandatos irrevocables.

La doctrina tradicional chilena¹¹ representada principalmente por el profesor David Stitchkin Branover¹² entiende que los mandatos pueden tener perfectamente el carácter de irrevocables.

Los argumentos que se plantean son principalmente los siguientes:

a) La facultad de revocar el encargo es un *elemento de la naturaleza* del mandato y no de la esencia. Así ocurre cuando el interés legítimo de un tercero exige el mantenimiento del mandato¹³. En este sentido deben ser entendidos los artículos 1584 y 1585 del Código Civil¹⁴.

El primero de estos preceptos, en términos explicativos, señala que la persona designada por ambos contratantes para recibir el pago no pierde esa facultad por la sola voluntad del acreedor, a menos que este último fuere autorizado por el juez para revocarlo si el deudor no tiene interés en oponerse a ello. El segundo, establece que no puede el acreedor prohibir que el pago se efectúe al tercero, a menos que antes de la prohibición haya demandado en juicio al deudor o que pruebe justo motivo para ello.

Asimismo, los juristas franceses Marcel Planiol y George Ripert señalan que la revocabilidad por parte del mandante no es más que interpretativa de la voluntad de las partes, las que pueden, por tanto, establecer que el mandato sea irrevocable¹⁵.

b) El Código de Comercio sentaría el principio de la irrevocabilidad en términos generales al prescribir, en el artículo 241, que el comitente no puede revocar a su arbitrio la comisión aceptada cuando su ejecución interesa al comisionista o a un tercero.

El profesor Stitchkin explica que sería una norma de derecho común que excede los límites de la legislación mercantil, rigiendo para todo tipo de mandatos¹⁶.

c) Es perfectamente posible establecer un pacto de irrevocabilidad, pues la ley no lo prohíbe y, como existe la norma del artículo 12 del Código Civil que autoriza la renuncia de los derechos conferidos por las leyes que miren en el sólo interés del

11 Seguida esta posición también por autores modernos, v.g., BARCIA LEHMANN, R.: *Lecciones*, cit., T. II, p. 124.

12 STITCHKIN BRANOVER, D.: *El Mandato Civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 462 y ss.

13 STITCHKIN BRANOVER, D.: *El mandato*, cit., p. 462.

14 BARCIA LEHMANN, R.: *Lecciones*, cit., T. II, p. 124.

15 PLANIOL M. y RIPERT, G.: *Tratado Práctico*, cit., p. 845.

16 STITCHKIN BRANOVER, D.: *El mandato*, cit., p. 462.

renunciante, sería lógico sostener que la revocación es un derecho que está dentro de ese parámetro.

d) Confirmaría lo anterior; que el legislador en ciertos casos ha prohibido el pacto de irrevocabilidad, como ocurriría respecto de los administradores de sociedades anónimas, de donde resultaría que la regla general sería la validez de esa estipulación. El profesor Stitchkin cita sentencia en el mismo sentido¹⁷.

Además, podemos decir que en el Derecho Comparado se han aceptado en términos generales, los mandatos irrevocables, como se puede observar en Francia¹⁸, Italia¹⁹ y España²⁰, centrándose su estudio más bien en sus consecuencia y causales de procedencia.

Sin embargo, para hacer una revisión panorámica respecto del tema, debemos decir que en los últimos años en Chile se han levantado algunas voces que cuestionan la aceptación general de este tipo de mandatos²¹, así como otros lo han estudiado principalmente desde la perspectiva del Derecho del Consumidor y, en especial, respecto de los contratos bancarios en cuanto a la facultad de completar pagarés y letras de cambio²².

Los principales argumentos de esta posición son los siguientes:

a) Que el derecho de revocación es de la esencia del mandato, pues la sola circunstancia de tratarse de un contrato *intuitu personae* permite al mandante que pueda revocarlo a su arbitrio, no obstante cualquier estipulación en contrario²³.

b) Que la irrevocabilidad del mandato no fue establecida en el Código Civil, que constituye nuestra ley común y supletoria, sino en un cuerpo legal específico como

17 Ibidem.

18 GHESTIN, J.: *Les principaux*, cit., p. 1124 a 1127; MAZEAUD, H, L. y J.: *Lecciones de*, cit., Parte 3º, vol. IV, p. 412 y ss.; y JOSSEAND, L.: *Derecho Civil*, t. II, vol. 2, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951, p. 371.

19 Donde además existe disposición que lo acepta (artículo 1723). En el mismo sentido, PERLINGIERI, P.: *Manuale*, cit., p. 722 y 723; y MESSINEO, F.: *Manual*, cit., T.VI, p. 50.

20 YZQUIERDO TOLSADA, M.: (Director) *Contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 438-442; BUSTO LAGOS, J. M.: "Contratos de prestación de servicios y realización de obras", en *Tratado de Contratos* (Director R. Bercovitz), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 3031 y 3032; CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: *Código Civil Comentado*, vol. IV, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 839-841; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *La representación en el Derecho privado*, Editorial Civitas, 1999, Madrid, p. 309.

21 Así, GONZÁLEZ CASTILLO, J.: "Mandatos irrevocables: un cuestionamiento a su general aceptación", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, n° 1, 2017, p. 33-57.

22 Véase, CAPRILE BIERMANN, B.: "La ineficacia del mandato conferido por los clientes a las instituciones financieras para suscribir pagarés a su favor, antes y después del Sernac Financiero (Autocontratación, irrevocabilidad y Mandatos en Blanco)", en AA.VV. *Estudios de Derecho Civil VIII* (coord. C. Domínguez Hidalgo y otros), Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 233-256.

23 Es del caso señalar que el profesor Arturo Alessandri Rodríguez en sus clases decía: "La facultad de revocar es de la esencia del mandato, y el mandato (sic) puede hacer uso de ella a su arbitrio en cualquier momento", como se observa en los apuntes taquigráficos, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A.: *Derecho Civil. Segundo Año. De los Contratos*, Zamorano y Capellán, 1940, Santiago, p. 229.

es el Código de Comercio. Por ello, no sería consistente argumentar que la norma del artículo 241 de este último Código pueda ser invocada como representativa de una norma de aplicación general, pues sólo regiría para ese tipo de materia.

Esto también se reflejaría atendiendo a las definiciones de mandato que daría el Código Civil y el de Comercio, pues el primero señala que es un contrato en que una persona *confía* la gestión de uno o más negocios, mientras que el segundo dice que es un contrato por el cual una persona *encarga* la ejecución de uno o más negocios. En consecuencia, en el *mandato civil* la “confianza” es determinante y por lo mismo no se podría limitar la facultad mencionada. En cambio, en la segunda sólo se “encarga” algo, por lo que justificaría la norma del artículo 241 del dicho cuerpo legal.

c) Que el argumento de que no haya una disposición que lo prohíba, en relación al artículo 12 del Código Civil para admitir la irrevocabilidad, es demasiado general y vaga para permitir, por sí sola, resolver cada caso particular:

d) Que, aceptada la igualdad de posiciones entre mandante y mandatario para poner término al mandato, con un pacto de irrevocabilidad se rompería con el citado “principio de paridad y equilibrio de las partes”, pues permitiría que únicamente el mandatario pueda terminar, mientras que el mandante tendría suprimida dicha facultad.

6. La legislación en Chile aplicable sobre la materia.

Como ya lo mencionábamos, el Código Civil chileno no tiene una norma que regule expresamente la irrevocabilidad del mandato, como si ocurre en otras legislaciones²⁴.

Por lo mismo, debemos tener presente ciertas disposiciones que servirán para resolver adecuadamente el tema. Así, en el Código Civil, principalmente los artículos 2165, 1584 y 1585²⁵.

Tratándose de leyes especiales, aparte de los artículos 241 y 271 del Código de Comercio, debemos mencionar los artículos 17 B letra g) y 17 E de la ley N° 19.496, según la modificación introducida por la ley N° 20.555 del 5 de diciembre de 2011, que prohibió los mandatos en blanco y los *irrevocables para el consumidor*, por considerárseles cláusulas abusivas.

24 Tal es el caso del Código Civil argentino (Artículo 1930), portugués (artículo 1170) y en cierta medida, el italiano (artículo 1723). También el peruano (artículo 153) y brasileño (artículo 1317).

25 El primero de ellos señala que el mandante puede revocar el mandato a su arbitrio. Los dos últimos fueron antes estudiados.

En materia de sociedades de personas, conviene tener presente las disposiciones contenidas en los artículos 2054, 2072 y 2074 del Código Civil, que servirán para matizar el problema que abordamos.

7. Jurisprudencia sobre los mandatos irrevocables.

En jurisprudencia, podemos diferenciar dos tipos de sentencias: primero, las que dicen relación con aspectos vinculados con el derecho civil y comercial y, en segundo lugar, las atinentes con el derecho del consumidor.

Respecto de estas últimas no serán objeto de nuestro estudio, pues están inspiradas en principios propios de esa rama del Derecho, como es la protección al consumidor —o protección al contratante más débil—; situación muy distinta a la del Derecho Civil y Comercial, en que rige el axioma opuesto: la igualdad entre las partes.

Sin embargo, conviene tener presente que antes de la mencionada modificación legislativa, nuestra Excm. Corte Suprema ya había fallado que los mandatos irrevocables otorgados por los consumidores a sus proveedores para ciertos fines, adolecían de nulidad absoluta. Así se puede observar en las siguientes sentencias de nuestro Máximo Tribunal: 26 de Agosto de 2008, Administradora de Créditos Comerciales ACC S.A. con Santibáñez Álvarez, Fernando²⁶; 20 de julio de 2009, Bankboston National Association con Osvaldo Carrillo Roa²⁷ y del 8 de julio de 2009, Banco de Crédito e Inversiones con Zárate Barrera, Edgardo²⁸. En el mismo sentido, otras sentencias de Cortes de Apelaciones²⁹. Los argumentos utilizados son variados, según cada juicio, pero se fundamentan principalmente en la imposibilidad del mandatario para autocontratar³⁰.

Creemos oportuno al menos mencionar estas sentencias, pero no estamos de acuerdo para considerarlas como representativas de “principios inspiradores de

26 Corte Suprema, 26 Agosto 2008, Rol n° 1894-2007.

27 Corte Suprema, 20 julio 2009, Rol n° 3808-2009.

28 Corte Suprema, 8 julio 2009, Rol n° 3635-2008.

29 Así se puede observar, en Corte de Apelaciones de Concepción, rol n° 1504-2011 y n° 1250-2011; y Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol n° 989-2011.

30 En efecto, las sentencias antes mencionadas se sustentan principalmente en que el mandatario —retail y bancos— no tenían facultades para autocontratar, por lo que adolecían de nulidad absoluta por objeto ilícito las actuaciones de dichas instituciones, razón por la que se alegó en todos estos casos la excepción de nulidad de la obligación en el juicio ejecutivo, conforme al artículo 464 N° 14 del Código de Procedimiento Civil. Es interesante destacar que, entonces, el punto de discusión se centraría en dilucidar la sanción ante un acto celebrado por un mandatario sin autorización de su mandante, ya sea porque no se le permitió autocontratar, o no obstante, existen conflictos de intereses. La doctrina ha sido variada: ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A.: “La autocontratación o el acto jurídico consigo mismo”, en *Doctrinas Esenciales* (Director: R. Tavorali Oliveros), *Contratos*, t. I, Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 178-222 (publicado inicialmente en *Revista de Derecho y Jurisprudencia (RDJ)*, T. XXVII, n° 1 y 2, p. 5-38), se inclinaría por la nulidad absoluta por falta de consentimiento; STITCHKIN BRANOVER, D.: *El mandato*, cit., p. 352, por la nulidad relativa, por tratarse de una formalidad que atiende al estado o calidad de las partes, mientras que CAPRIE BIERMANN, B.: “La ineficacia”, cit., p. 245 y ss. se inclina por la inoponibilidad.

nuestro ordenamiento jurídico", pues en el *Derecho del Consumo* existen criterios y principios muy distintos al Derecho Civil establecido por don Andrés Bello.

Por otra parte, en sentencias propias del área de interés para esta presentación (civil y comercial), podemos sostener que la jurisprudencia ha aceptado reiteradamente la validez de los mandatos irrevocables, haciendo algunas precisiones respecto de ellos, como pasamos a revisar a continuación³¹.

En sentencia de la Excm. Corte Suprema, del 16 de julio de 1953, con ocasión de la discusión de si se podía calificar como mandato el convenio o negociación con la Dirección General de Pavimentación, se sostuvo: "Esa calificación no es posible, entre otras razones, porque el particular no puede revocar el encargo conferido a la Dirección, ni ésta no aceptarlo o renunciarlo, y la revocación y renuncia son modos de extinguir el mandato (C. Civil, art. 2163), cosas que son de su naturaleza, pues se entiende pertenecer a ese contrato sin necesidad de cláusula especial"³².

De lo anterior, se infiere que si la revocación es un elemento de la naturaleza del mandato, entonces las partes pueden, aplicando el principio de la autonomía de la voluntad, modificar o excluir dicha facultad³³.

En sentencias más recientes, nuestros Tribunales Superiores de Justicia han tenido la oportunidad de pronunciarse derechamente sobre la eficacia del mandato irrevocable.

Así, la Corte de Apelaciones de Temuco, el 15 de diciembre del 2008, conociendo de un contrato de promesa en que se estableció un mandato irrevocable para la celebración del contrato prometido –a través de la autocontratación– cuando transcurriera el plazo de cinco años que prohibía la enajenación del inmueble, dictaminó: "Que el pacto de irrevocabilidad es absolutamente lícito, tanto porque se trata de un derecho (la revocabilidad) establecido por la ley, que de acuerdo al artículo 12 del Código Civil es posible renunciar, con tal que sólo mire al interés individual del renunciante, como porque la ley en ciertos casos ha prohibido expresamente el pacto de irrevocabilidad, por lo que la regla general sería la licitud del referido pacto".

Más adelante continúa: "Que, a mayor abundamiento, si el mandato está además otorgado en interés también del mandatario o de terceros, al no intervenir únicamente la voluntad del mandante y al existir una relación causal en donde

31 Sin embargo, cabe hacer presente que los casos en que la jurisprudencia ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este tipo de mandatos, dicen relación con la *irrevocabilidad* por naturaleza del encargo, como revisaremos más adelante.

32 Corte Suprema, 16 julio 1953, RDJ, t. 50, sec. 1°, p. 240, considerando sexto, p. 244. El subrayado es nuestro.

33 ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., SOMARRIVA UNDURRAGA, M., y VODANOVIC HAKLUCKA, A.: *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p. 191-192.

entran en juego otros intereses apreciables, que se apoyan en la estabilidad de la representación, la regla general de la revocabilidad se modifica en aras de la seguridad jurídica y de los principios generales del derecho. El mandato en tal caso se torna efectivamente irrevocable. Así lo reconoce el artículo 241 del Código de Comercio que establece un principio que se ha transformado de aplicación general en la práctica jurídica, excediendo el ámbito mercantil, al señalar que el comitente no puede revocar a su arbitrio la comisión aceptada cuando su ejecución interesa al comisionista o a tercero”³⁴.

Explicando un caso de cuándo existiría *interés* de un tercero, la Corte de Apelaciones de Santiago, el 31 de octubre de 2006, sostuvo “DECIMO: Que, sentado lo anterior, la única limitación que tiene el mandate -comitente-, para revocar el mandato está contenida en el Art. 241 del Código de Comercio, en cuya virtud el comitente ‘no puede revocar a su arbitrio la comisión aceptada, cuando su ejecución interesa al comisionista o a terceros’. Sin embargo, ello no puede extenderse sino exclusivamente a los efectos del encargo, esto es, en el caso de autos, la venta de vehículos en actual ejecución. Si existen órdenes de compra pendientes, el mandante no puede dejar sin efecto la designación si existe aceptación y solo hasta que el negocio particular sea terminado...”, para más adelante señalar: “No hay constancia que existieran operaciones mercantiles pendientes que permitieran hacer aplicable una limitación como la contenida en el Artículo 241 citado”³⁵.

Como se puede observar en esta última sentencia, *a contrario sensu*, si hubieren existido órdenes pendientes, el mandato sería irrevocable. La razón es por la existencia de intereses comprometidos de terceros.

Otra sentencia emblemática que declaró la irrevocabilidad del mandato cuando terceros tengan intereses, la pronunció la Excm. Corte Suprema, diciendo: “Si se establece que el gerente de una sociedad no podrá ser removido de su cargo hasta que no se le cancele totalmente el dinero que ha prestado para la sociedad, dicho nombramiento de gerente solo confiere al nombrado el derecho de desempeñar la gerencia por el tiempo necesario para obtener la cancelación de su dinero. Esto equivale a la renuncia anticipada que el directorio hace de la facultad de removerlo de su cargo mientras no se verifique la cancelación antedicha, modalidades del cargo que están dentro de las funciones del mandato, que es la clase de contrato que se conviene entre la sociedad y su gerente, encargado de representarla y ejecutar sus acuerdos”³⁶.

34 Corte de Apelaciones de Temuco, 15 diciembre 2008, Rol n° 1534-2008, considerando 11 y 12.

35 Corte de Apelaciones de Santiago, 31 octubre 2006, Rol n° 6557-2000.

36 C. Suprema, 8 mayo 1930, G. 1930, 1° sem., n° 25, p. 104. R., t. 28, sec. 1° p. 16.

En el mismo orden de cosas, en otro caso, nuestro Tribunal Supremo sentenció: “8°) Que por su parte los representantes de las mencionadas entidades recurridas, en sus informes de autos, pretenden legitimar su acción sosteniendo que el referido convenio constituye propiamente un mandato y que, haciendo uso de la facultad que al mandante confiere el Artículo 2165 del Código Civil para revocarlo a su arbitrio, se adoptó la medida de poner término a las retransmisiones de televisión materia del contrato”;

“9°) Que es doctrina común, coincidente con lo dispuesto en el artículo 241 del Código de Comercio relativo a la comisión, que cuando el mandatario tiene también interés en el negocio que se le confía el mandato se hace irrevocable, situación que es precisamente la de autos ...”, para luego enfatizar

“10°) Que como lógica consecuencia de lo expuesto debe concluirse que, aun cuando se califique de mandato aquel convenio, siempre resulta ilegítima la determinación cuestionada de ponerle término en forma unilateral y anticipadamente”³⁷.

En otra oportunidad, la jurisprudencia sostuvo: “El mandato que interesa a un tercero no puede ser revocado sin su consentimiento por el mandante. Este criterio inspira, entre otras disposiciones, las de los artículos 1584 y 1585 del Código Civil. Se entiende que el mandato interesa a un tercero siempre que forme parte de un contrato al cual accede, como condición prevista por las partes, para darle cumplimiento total o parcial. En este caso cobra su imperio el artículo 1545, y el contrato no puede dejarse sin efecto sino por mutuo consentimiento de las partes, mandante y tercero”³⁸.

Finalmente, en otra sentencia -redactada por el profesor de Derecho Civil Fernando Fueyo Laneri- se estableció la plena validez del mandato irrevocable, en los siguientes términos: “Que en cuanto a la comparecencia de don (...) en el contrato de compraventa, a nombre del vendedor, ello es legítimo en cuanto se había contemplado expresamente en el contrato de promesa que aquél estaría investido de un mandato irrevocable para vender, modalidad ciertamente frecuente que está destinada no tanto a expresar el consentimiento por otro, sino que, particularmente, a garantizar los derechos legítimos de un pretendiente a un dominio por adquirir, eliminándose el riesgo de rebeldía o de petición de nuevas prestaciones por parte de quien debe concurrir a celebrar un determinado contrato definitivo. Se trata del mandato irrevocable otorgado a favor de un tercero por razón de seguridad

37 Corte Suprema, 9 agosto 1988, caratulado *Universidad Austral de Chile con Corporación de Televisión de la Universidad de Chile*, Rol n° 12.364.

38 C. Presidente Aguirre Cerda, 5 mayo 1987. *Gaceta Jurídica*, año 1987, t. 83, n° 1, p. 70. Sin embargo, en esta última sentencia disintimos de una aseveración que plantea, en cuanto que el mandato para ser irrevocable debe haberse señalado expresamente. Como hemos revisado, en ese punto, la sentencia tiene una posición minoritaria. En todo lo demás, es consistente con el resto de la jurisprudencia.

o garantía. La apertura irrevocable de crédito es algo semejante y en ella se funda en gran parte la operatividad efectiva y confiable del comercio internacional de nuestros días³⁹.

III. MANDATOS IRREVOCABLES CONTENIDOS EN CLÁUSULAS SOCIETARIAS.

Una cláusula societaria como la que pretendemos analizar (véase “Introducción y problemática”), presenta una naturaleza jurídica híbrida, pues tiene características de mandato *conjunto* y *colectivo*. Respecto del primero, porque se entiende que cada uno de los socios está otorgando un *poder* a un mismo mandatario, pero que este último puede actuar con *autonomía* en sus decisiones respecto de los derechos societarios de los demás.

Empero, puede presentar caracteres de *colectivo*, toda vez que en ciertas negociaciones pudieren tener un *interés común* todos los socios. Asimismo, tanto uno como otro tipo de mandato puede ser irrevocable: el primero, por pacto expreso o porque tenga interés el mandatario o un tercero; y el segundo, porque se entiende que por su *naturaleza* -según el caso- sería irrevocable⁴⁰.

De igual manera, la cláusula societaria puede llegar a ser considerado como irrevocable, pues se exige la *unanimidad* de socios, incluida la voluntad de aquel a quien se le pretende revocar la facultad de representación⁴¹.

Por lo anterior, debemos hacer una distinción previa, atinente a la forma de cómo se ha constituido una sociedad de personas (en particular, una de “Responsabilidad Limitada”, que es la más utilizada), en atención a sus socios y sus intereses.

a) En una sociedad de responsabilidad limitada puede ocurrir que esté compuesta de socios que son todos parientes (padres e hijos, por ejemplo) donde las facultades que se le confieren al mandatario las tendrá el que realmente utilizará el ropaje societario para actuar en la vida del Derecho.

En este caso más que una sociedad con pluralidad de intereses, existiría una *empresa unipersonal*, por aplicación de la teoría del levantamiento del velo⁴². Sin

39 Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda, 4 marzo 1988, caratulado *Morales Arce, Rafael con Del Sante Moreno, Jorge*.

40 YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Contratos*, cit., pp. 439 y 441; y MESSINEO, F.: *Manual*, cit., T.VI, p. 52.

41 Recuérdese que para considerar como *irrevocable* este tipo de contratos, consiste en que el mandante no puede por su sola voluntad dejar sin efecto el mandato.

42 Véase ABELIUK MANASEVICH, R.: *Las Obligaciones*, t. I, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2014, p. 273 a 275. Se plantean como principios del “levantamiento del velo” o “desestimación”: 1.- que la personalidad no puede amparar los actos jurídicos en fraude a la ley; 2.- que los derechos se deben ejercer en conformidad a la buena fe; 3.- que la ley no ampara el abuso del derecho en daño ajeno o del derecho a los demás, de manera que entre seguridad y justicia prevalece esta última. VÁSQUEZ PALMA, M. F.: *Sociedades*, Legal Publishing, Santiago, 2013, p.

embargo, por esa misma razón –lo más probable- es que no tendrán problemas entre socios, pues como estarán todos de acuerdo con las decisiones que adopte el socio que realmente se ve beneficiado con la estructura societaria⁴³, los demás no se opondrán o, al menos, no se verán realmente perjudicados en sus patrimonios.

El profesor Álvaro Puelma A., citando ya el Derecho Romano, señala que a estas sociedades se les denominan “leoninas”, pues uno sólo de los socios lleva en la práctica todas las utilidades⁴⁴. Por lo mismo, y aplicando la teoría de la simulación para estos casos, cree que la verdadera naturaleza jurídica sería un *joint venture*, pues no existiría participación en las pérdidas de parte los otros asociados⁴⁵.

b) El problema se suscita en todas las demás sociedades, pues se estaría otorgando un mandato a uno de los socios con poderes amplios. *Todo lo que digamos en adelante lo enfocaremos desde esta perspectiva.*

I. De la condición a la que está sujeta la posible revocación del mandato.

Teniendo presente la distinción entre mandatos colectivos y conjuntos⁴⁶ y considerando el tipo de cláusula en estudio que otorga amplios poderes a uno de los socios, podemos observar que cada socio –individualmente considerado- no podrá revocar el mandato por él conferido, si no es con el acuerdo *unánime* de todos los partícipes de la sociedad, según los términos en que estaría redactada dicha estipulación.

En este orden de cosas, desde luego debemos decir que la revocación está sujeta a una condición mixta, pues depende en parte de la voluntad del acreedor y en parte de la voluntad –en este caso- de terceros, según los términos del artículo 1477 del Código Civil.

Asimismo, puede constituir –en cierta medida- una especie de *limitación voluntaria* en dos sentidos: primero, porque el mandante estaría permitiendo que otra persona ejerza sus facultades derivadas del dominio –y no solo él en calidad de propietario, a su entero arbitrio- y, segundo, no podría en cualquier momento revocar el mandato, a su discrecionalidad.

Por la misma razón, para una correcta solución del asunto que abordamos habrá que considerar los argumentos que se plantean para la validez de las denominadas

262, citando también derecho comparado. Hace una revisión general de esta institución, PUELMA ACCORSI, Á.: *Sociedades*, cit., t. I, p. 101 y ss.

43 Razones tributarias serán el principal interés para constituir las.

44 PUELMA ACCORSI, Á.: *Sociedades*, cit., t. I., p. 85 y 86.

45 *Ibidem*.

46 MESSINEO, F.: *Manual*, cit, t.VI, p. 51.

“cláusula de no enajenar”, pues las similitudes entre ellas en cuanto a lo que representan para el *titular del derecho* son claras⁴⁷.

Refuerza este razonamiento, si se considera que en este tipo de contratos la obligación del mandante es de *no hacer*, esto es, no revocar, por su sola voluntad el mandato, y por consiguiente, de igual naturaleza que las de *no enajenar*.

2. Sobre la validez, por regla general, que tienen los mandatos irrevocables.

En el Derecho Comparado, así como en la doctrina tradicional chilena y la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia –como dejamos de manifiesto esto último en el capítulo anterior– ya no se discute mayormente sobre la validez que, por regla general, tendrían los *mandatos irrevocables* en Derecho Civil y Comercial.

El jurista español Luis Díez Picazo, en su obra *La representación en el Derecho Privado* asevera: “Por ello, el problema de la admisibilidad del pacto o de la cláusula de irrevocabilidad parece hoy fuera de duda, siempre que tal pacto o cláusula posea una “causa” suficiente desde el punto de vista jurídico, esto es, una razón que lo justifique y que lo haga necesario en atención a los fines empíricos que se haya pretendido obtener”⁴⁸.

En el derecho francés se sostiene: “Es cierto, en todo caso, que las partes son libres de establecer excepciones al art. 2004 que es de naturaleza supletoria. El mandante, por lo tanto, puede acordar obligarse por un mandato “irrevocable”, o aceptar que la duración del contrato requiere que no se revoque antes del plazo previsto”⁴⁹. A su vez, ya obras clásicas del derecho francés lo aseveraban: “La revocabilidad del mandato no es de orden público: por consiguiente, las partes pueden *estipular la irrevocabilidad del mandato*...”^{50_51}.

A mayor abundamiento, el ex Decano de la Universidad de Lyon, Louis Josserand decía: “No pertenece siempre y necesariamente al mandante el derecho de revocación: 1º Por una parte, este derecho no es de orden público; no existe más que una interpretación de la voluntad de las partes; por consiguiente, depende de éstas el derogar, mediante una cláusula expresa, la revocabilidad del mandato”⁵².

47 En términos similares en un trabajo homónimo de GONZÁLEZ CASTILLO, J.: “Mandatos irrevocables: un cuestionamiento a su general aceptación”, en AA.VV. *Estudios de Derecho Civil VII* (Coord. F. Elorriaga de Bonis), Thomson Reuters, Santiago, 2012, p. 359 y 360.

48 Díez-PICAZO, L.: *La representación*, cit., p. 307.

49 GHESTIN, J.: *Les principaux*, cit., p. 1125. Traducción libre del autor.

50 MAZEAUD, H. L. y J.: *Lecciones*, cit., Parte 3º, vol. IV, p. 413.

51 En el mismo sentido, PLANIOL M. y RIPERT, G.: *Tratado Práctico*, cit., t. XI, p. 845.

52 JOSSEERAND, L.: *Derecho Civil*, cit., t. II, vol. 2, p. 371.

Nos parece del todo acertado citar para nuestro sistema jurídico estas posiciones, pues además de la *autoridad* de las personas que las emiten, tienen la virtud de que en sus respectivas legislaciones tienen disposiciones muy similares a las que existen en los Códigos nacionales y terminan aceptando la procedencia de estas cláusulas⁵³.

Por su parte, si además consideramos que los Códigos del siglo XX –y sus legisladores– conociendo de las discusiones existentes, decidieron incluir disposiciones en que expresamente se regulaba esta *forma de mandato*, tales como el Código Italiano⁵⁴ y Portugués⁵⁵, estaríamos acogiendo posiciones minoritarias y con poco arraigo jurídico en caso de no aceptar la irrevocabilidad.

Por todas estas razones, y además porque nos hacen fuerza los argumentos planteados por la doctrina nacional tradicional⁵⁶ y la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, en orden a la validez de este tipo de mandatos, en atención al principio de autonomía de la voluntad; por la no existencia de normas generales que prohíban esas cláusulas; por una interpretación *a contrario sensu*, atendiendo a la existencia de normas expresas –en determinadas materias– que nieguen la posibilidad de redactar estas estipulaciones, etc. es que aceptamos el valor de estas estipulaciones y, por cierto, en un contrato de sociedad de personas (con especial énfasis en una de Responsabilidad Limitada).

Sin embargo, se deben hacer algunas precisiones para comprender la dinámica de estos mandatos, lo que pasamos a estudiar a continuación.

3. Precisiones y alcances sobre los mandatos irrevocables.

Los principales aspectos que deben considerarse para los mandatos irrevocables son los siguientes:

a) Que estos *pactos de irrevocabilidad* no se estipulen en mandatos generales de administración, pues el orden público se opone a que una persona renuncie a perpetuidad a la administración de sus bienes⁵⁷.

El tipo de cláusula social cumpliría con esta consideración, pues sólo se referiría a los derechos sociales que tienen los socios-mandantes.

53 Sólo basta mirar la influencia que tuvo el Código Napoleónico en el chileno para considerar estas soluciones doctrinales y jurisprudenciales.

54 Véase el Art. 1723 de dicho Código.

55 Véase, el Art. 1170 de ese Código.

56 Por todos, STITCHKIN BRANOVER, D.: *El mandato*, cit., p. 462 y ss.

57 En este sentido se pronuncia STITCHKIN BRANOVER, D.: *El mandato*, cit., p. 463. También cita la posición de GÁLVEZ GAJARDO, H.: *La terminación del mandato*, Tesis de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1946, Santiago, p. 39. Así también, ENNECCERUS, L.: *Derecho Civil*, cit., vol. II, primera parte, p. 577.

b) Que este *tipo* de estipulación tenga un plazo. Así se pronuncian los autores clásicos: "...las partes pueden estipular la irrevocabilidad del mandato, con la condición de que el mandato sea especial para un asunto determinado o, al menos, limitado en el tiempo: un mandato irrevocable sin límite de duración, sería nulo como contrario a la prohibición de obligarse indefinidamente"^{58,59}.

c) El mandante conserva todas sus facultades sobre los derechos sociales. Un aspecto en general poco estudiado respecto de los mandatos irrevocables, dice relación con la calidad que tendría el mandante mientras esté vigente este contrato.

Siguiendo un razonamiento con apego a Derecho, se debe necesariamente concluir que el mandante conserva todas sus facultades sobre los derechos sociales en que ha conferido representación, por lo que él *personalmente* podría ejercer el derecho de disposición (entendiéndose en un sentido amplio, desde enajenar hasta celebrar actos o contratos), concurrir al reparto de utilidades, prestando su anuencia o disconformidad a las decisiones, etc.

Reconoce esta situación y señala cuál podría ser su posible sanción, el profesor David Stitchkin: "Como los contratos deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, cabe concluir que el mandante debe abstenerse de ejecutar por sí mismo el negocio encomendando al mandatario. Si el mandante contraviene y hace imposible al mandatario ejecutar el encargo porque se adelanta a realizarlo personalmente, quedará responsable de los perjuicios que de ello se sigan al mandatario, según las reglas generales. Falta a lo pactado y su responsabilidad es contractual"⁶⁰.

Si se observa bien, este autor está aceptando esta realidad, lo que ocurre que considera que si con ello hace imposible la actuación del mandatario estaría faltando a la buena fe contractual, permitiendo la respectiva indemnización a favor del apoderado.

La jurisprudencia de nuestros Tribunales ha reconocido esta facultad del mandante —con ocasión de un mandato judicial— al señalar que: "El hecho de comparecer el mandante personalmente al juicio no importa por sí solo revocación tácita del mandato, pues esa revocación exige el encargo del mismo negocio a *otra* persona"⁶¹.

58 MAZEAUD, H. L. y J.: *Lecciones de, cit.,* Parte 3°, vol. IV, p. 413. En el mismo sentido, PLANIOL, M. y RIPERT, G.: *Tratado Práctico, cit.,* T. XI, p. 845.

59 Con jurisprudencia que es consistente con esta posición. V. Req. 8 abril 1857: D. 1858. I. 134; Req., 9 julio 1885: D. 1886. I. 310.

60 STITCHKIN BRANOVER, D.: *El mandato, cit.,* p. 463.

61 Corte de Santiago, 25 Agosto 1888, Gaceta 1888, n° 1.777, p. 1394; Corte de La Serena, 20 marzo 1883, Gaceta 1883, n° 372, p. 203, y Corte de Concepción, 25 julio 1900, Gaceta 1900, t. II, n° 1.488, p. 1463.

Es importante esta posición jurisprudencial, pues reconoce dos aspectos de interés para nuestro estudio: primero, que efectivamente el mandante conserva sus facultades para actuar por sí mismo; segundo, que ello no implica una revocación tácita. Esta última aseveración toma mucho más fuerza - en el caso en comento- si consideramos que existe un pacto de *irrevocabilidad*.

En la misma línea de pensamiento, es del caso señalar que el mandante podría seguir otorgando mandatos a otras personas para que lo representen en relación con sus derechos sociales, pues así como conserva las facultades para obrar *por sí mismo*, podría perfectamente conferir poder a otras personas para que lo representen, sin que por ello necesariamente revoque el anterior (considerándose además la existencia de un pacto expreso de irrevocabilidad).

Por esta consideración, la doctrina francesa señala que “La cláusula de irrevocabilidad va acompañada, en la práctica, de una *cláusula de exclusividad*, por la cual el mandante se prohíbe, durante el plazo señalado, dirigirse a otro mandatario”⁶². De esta forma, se impone otra obligación de *no hacer* para el mandante.

En cuanto a estos aspectos, dedicaremos algunas reflexiones en el siguiente capítulo.

d) En cuanto al sentido y alcance de ciertas disposiciones legales. Conviene hacer ciertas precisiones respecto de normas jurídicas que podrían llevar a interpretaciones erróneas en cuanto a las facultades que otorgarían a las partes.

En este sentido, el artículo 2054 del Código Civil⁶³ es uno de ellos, pues la doctrina ha sido cautelosa en cuanto a la aplicación de dicha norma para las sociedades de Responsabilidad Limitada.

Así, el profesor Álvaro Puelma Accorsi sostiene: “En la actualidad la norma en examen tiene un ámbito de aplicación muy limitado (...) En la sociedad colectiva civil y comercial, de responsabilidad limitada y en comanditas, la ley ha consagrado disposiciones expresas sobre administración que hacen inaplicables en general en tales materias los acuerdos de socios, tomados de conformidad al art. 2054 del Código Civil”.

62 GHESTIN, J.: *Les principaux*, cit., p. 1125, en cita a pie de página número 35. De igual manera, MAZEAUD, H, L, y J.: *Lecciones de*, cit., Parte 3°, vol. IV, p. 413.

63 Dice esta disposición: “En las deliberaciones de los socios que tengan derecho a votar, decidirá la mayoría de votos, computada según el contrato, y si en éste nada se hubiere estatuido sobre ello, decidirá la mayoría numérica de los socios. /Exceptuándose los casos en que la ley o el contrato exigen unanimidad, o conceden a cualquiera de los socios el derecho de oponerse a los otros./La unanimidad es necesaria para toda modificación substancial del contrato, salvo en cuanto el mismo contrato estatuya otra cosa”.

“O sea, en la práctica el ámbito de aplicación plena de las normas contenidas en el art. 2054 del Código Civil ha quedado circunscrito solamente a las sociedades sin personalidad jurídica”⁶⁴.

En el mismo orden de cosas, el inciso tercero señala que se requiere de unanimidad de los socios para la modificación sustancial del contrato, salvo en cuanto el mismo contrato estatuya otra cosa. En consecuencia, se puede colegir que estaría permitiendo una modificación estatutaria sin el voto conforme de todos los socios.

Nuevamente, el profesor Puelma Accorsi dice: “Estimamos que la unanimidad de los socios se requiere aun para acordar las reformas no substanciales, no obstante lo prescrito en el inciso final del artículo 2054 del Código Civil. Este precepto que no lo estimamos aplicable a esta clase de sociedades (de responsabilidad limitada)⁶⁵, pues en ella toda reforma de estatutos requiere del consentimiento unánime, en atención a que deben otorgarse por escritura pública, a la cual deben concurrir todos los socios⁶⁶.

En mérito de lo anterior, no creemos del todo conveniente fundamentar en virtud de la disposición en estudio, pues queda en evidencia el acotado campo de aplicación que tiene para las sociedades de responsabilidad limitada en varios aspectos. Sin embargo, sí puede ser utilizado -en principio- el inciso segundo, pero que en realidad no es otra cosa que la aplicación de una máxima general de derecho privado, como es el de la *autonomía de la voluntad*.

Por su parte, otra norma que también debe ser cuidadosamente abordada es la del artículo 241 del Código de Comercio, pues no establece derechamente la irrevocabilidad, sino que “el comitente no puede revocar a su arbitrio la comisión aceptada, cuando la ejecución interesa al comisionista o a terceros”. Es decir, si bien limita la posibilidad de la “revocación a su arbitrio” –como dice la disposición-, no dice *derechamente* que sea irrevocable la comisión.

Se debe considerar también que la doctrina comercialista le da un carácter de “especial” a esta norma. Así puede observarse en la obra *Manual de Derecho Comercial* del profesor Julio Olavarría Ávila: “Respecto de la revocación, debe recordarse que el mandante no puede revocar la comisión cuando la ejecución interesa al comisionista o a terceros: artículo 241 del Código de Comercio, que modifica las reglas del Código Civil sobre el particular”⁶⁷.

64 PUELMA ACCORSI, Á.: *Sociedades*, cit., t. I., p. 151 y 152.

65 Agregado por nosotros, de acuerdo al contexto y en la parte que el autor citado lo trata.

66 PUELMA ACCORSI, Á.: *Sociedades*, cit., t. I., p. 397 y 398.

67 OLAVARRÍA ÁVILA, J.: *Manual de Derecho Comercial*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1956, p. 328.

Asimismo, el profesor y tratadista Gabriel Palma Rogers, cuando analiza esta disposición, interpreta su transgresión como un incumplimiento contractual, diciendo: “La violación de esta regla impondrá, pues, con arreglo a los principios generales, la obligación de indemnizar los perjuicios que el comisionista o el tercero sufran con motivo de ella”⁶⁸.

En otras palabras, en caso de que igualmente se revoque este mandato, la sanción según este autor sería sólo la indemnización de perjuicios, sin hacer ninguna alusión a otra posible solución.

IV. NUESTRA POSICIÓN.

Después de revisar el estado actual de la doctrina, jurisprudencia y con referencias al Derecho Comparado, así como las consideraciones planteadas precedentemente, nos corresponde emitir nuestra posición sobre el alcance de este tipo de cláusulas.

Cabe tener presente que es que la fórmula utilizada es que la única manera que se puede revocar este tipo de mandato es por la *unanimidad* de los socios, entre los que está también el mismo *socio mandatario*.

I. Requisitos para la eficacia de mandatos irrevocables en cláusulas societarias.

Decíamos en los capítulos anteriores, que esta cláusula tiene una naturaleza híbrida, pues atendiendo a las amplias facultades que se le otorgan al *mandatario-socio*, puede actuar en negocios de interés común para todos los mandantes (en cuyo caso sería un mandato colectivo), mientras que en otros en el sólo beneficio de uno de ellos (mandato conjunto).

Sin embargo, cualquiera sea la forma de actuación, tiene como característica común que constituye un mandato irrevocable, pues según la intención manifestada, no lo puede revocar individualmente cada uno de los socios, si no es con la anuencia de todos los demás poderdantes.

En razón de lo anterior, nuestra posición es que el mandato irrevocable que se confiere debe analizarse desde la perspectiva de su duración y cuál ha sido su origen o fuente.

Primero: El mandato irrevocable debe ser por un plazo determinado, pues podría traducirse en una obligación permanente.

Si se hace una revisión del Derecho Comparado, podemos advertir que existe uniformidad de criterios en cuanto a este aspecto. En efecto, en el Derecho francés,

68 PALMA ROGERS, G.: *Derecho Comercial*, t. II, Editorial Nascimento, Santiago, 1941, p. 37.

desde ya prolongado tiempo, la doctrina y la jurisprudencia se han inclinado por la validez de este tipo de contratos, siempre que sea limitado en el tiempo, pues en caso contrario, sería nulo por conducir a obligarse indefinidamente⁶⁹. Lo mismo en el Derecho español⁷⁰.

Es de interés destacar que en estos países admiten que el mandato irrevocable pueda abarcar más de un asunto (siempre que no llegue a constituirse en un mandato general), en la medida que tenga un plazo de duración⁷¹.

Asimismo, en el Derecho argentino en que existe norma expresa sobre la materia, también se admite su validez, siempre que sea con una duración determinada. Dice el artículo 380 letra c) del Código Civil y Comercio de ese país: "El poder se extingue: c) por la revocación efectuada por el representado; sin embargo, un poder puede ser conferido de modo irrevocable, siempre que lo sea para actos especialmente determinados, limitado por un plazo cierto, y en razón de un interés legítimo...".

¿Sería razonable aplicar la misma solución para un país como Chile, en que no existe norma expresa que lo regule?

De la prácticamente inexistente literatura que existe sobre el tema en nuestro país, el profesor de la Universidad de Chile, Humberto Pinto Rogers, se inclinaría también por esta posición, esto es, por la existencia de un tiempo de duración, al decir que: "No cabe dudas que si con la irrevocabilidad se pretende despojar a una persona de la facultad de administrar sus bienes, tal pacto afectaría a la capacidad de ejercicio, que es de orden público; sólo la ley puede imponer tales restricciones"⁷². Luego, cita algunas sentencias⁷³, por lo que termina aceptando que debería ser limitada en el tiempo y para negocios especiales.

Por su parte, si se analizan con detención los casos en que nuestra jurisprudencia ha dado pleno valor a los *mandatos irrevocables*, también lo ha hecho en casos que directa o indirectamente tienen un plazo, determinado o indeterminado, que le pongan término.

69 PLANIOL, M. y RIPERT, G.: *Tratado Práctico*, cit., t. XI, p. 845 y MAZEAUD, H., L. y J.: *Lecciones de*, cit., Parte 3°, vol. IV, p. 413.

70 Por todos, YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Contratos*, cit., p. 439 y 440.

71 YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Contratos*, cit., p. 439 y 440; y MAZEAUD, H., L. y J.: *Lecciones*, cit., Parte 3°, vol. IV, p. 413.

72 PINTO ROGERS, H.: *Curso de Derecho Civil*, t. II, Librería Andrés Bello, 1971, p. 286.

73 Corte Suprema, 5 Noviembre 1932, RDJ, t. 30, sec. 1°, p. 93; Corte de Valparaíso, 9 enero 1934, RDJ, t. 32, sec. 2°, p. 39.

Así, la Excma. Corte Suprema, en un fallo antes citado⁷⁴, en el que se afirmaba que si la naturaleza jurídica era un mandato irrevocable, no se discutió la validez de éste porque se señalaba que tenía un plazo de cinco años, que podía ser renovable.

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Temuco, cuando en su considerando noveno dijo: “De allí que el precio se pagó íntegramente al tiempo de la promesa, y que la promitente vendedora otorgara mandato irrevocable al promitente comprador para que haciendo uso de la figura del autocontrato en cinco años, esto es, una vez concluido el plazo de la prohibición legal concurriera a suscribir la compraventa”; para luego concluir en el undécimo “que el pacto de irrevocabilidad es absolutamente lícito...”⁷⁵.

Por todos estos argumentos, nos inclinamos en este mismo sentido, y además considerando que nuestro ilustre legislador, don Andrés Bello López, al haberse basado fundamentalmente en el Código Civil Napoleónico para redactar el chileno, permite que las soluciones que en dicho país se han dado sobre esta materia sean plenamente aplicables para el nuestro.

A mayor abundamiento, al ser la irrevocabilidad un caso de excepción, así como –por otra parte- las obligaciones contraídas nacen para ser cumplidas y luego extinguirse, no cabe más que concluir que no puede tener un carácter indefinido, sino que debe ser por un cierto lapso⁷⁶.

En mérito de lo anterior, debemos advertir que una redacción en la que el mandato irrevocable sea indefinido puede presentar un posible vicio de nulidad absoluta –por contravenir el orden público, en palabras del profesor Pinto Rogers-, cuya causal podría ser el objeto o la causa ilícita.

Sin embargo, este inconveniente puede ser solucionado –y nuevamente de acuerdo a la jurisprudencia nacional antes citada⁷⁷- estableciendo plazos de duración, con cláusula de renovación automática, pues cumpliría con las exigencias que hemos revisado.

Asimismo, considerando que el mandante no pierde las facultades de designar mandatario a otra persona respecto de los mismos negocios (lo que no implica necesariamente una revocación tácita del mandato primitivo), se sugiere incluir una *cláusula de exclusividad* con una cláusula penal asociada a su incumplimiento, tal como se utiliza en el Derecho Comparado.

74 Corte Suprema, 9 agosto 1988, caratulado *Universidad Austral de Chile con Corporación de Televisión de la Universidad de Chile*, Rol n° 12.364.

75 Corte de Apelaciones de Temuco, 15 diciembre 2008, Rol n° 1534-2008.

76 En este punto la asimilación con las cláusulas de no enajenar, que comentábamos en capítulos anteriores.

77 Corte Suprema, 9 agosto 1988, caratulado *Universidad Austral de Chile con Corporación de Televisión de la Universidad de Chile*, Rol n° 12.364.

Segundo: Atendiendo a la causa de la irrevocabilidad.

El estudio del sentido y los alcances que pueda tener un *mandato irrevocable* debe hacerse, siguiendo la doctrina y jurisprudencia, distinguido las fuentes que le dan origen:

a) Si es una *cláusula* de irrevocabilidad. Cuando las partes en virtud de un *pacto* señalan que un mandato es *irrevocable* se entiende que el efecto que produce es que el mandante no puede revocarlo sin más (por su libre arbitrio), sino que acreditando que hubo *culpa del mandatario* o *fuerza mayor* (a esto se refiere la justa causa).

En este mismo sentido, se pronuncian los juristas clásicos: "En este, el mandante no es responsable de la revocación más que si el mandatario prueba la ausencia de motivos justificados; la *cláusula de irrevocabilidad* hace que pese sobre el mandante una obligación de resultado, de la que no podrá liberarse sino probando la *fuerza mayor* o la *culpa del mandatario*"⁷⁸.

En el Derecho italiano, el inciso primero del artículo 1723 del *Codice* plantea la misma solución. Explica Francesco Messineo: "La primera (art. 1723, primer apartado) es aquella en que la irrevocabilidad depende de un *dato subjetivo*: la voluntad contractual y el vínculo de no revocar, que deriva de ella para el mandante. En tal caso, éste puede *revocar* por *justa causa*..."⁷⁹. Así también en el Derecho español⁸⁰ y se entendería en el derecho alemán⁸¹.

En consecuencia, la solución es clara: cuando la fuente es un *pacto de irrevocabilidad* no puede el mandante revocarlo sin que ello traiga consecuencias, a menos que acredite una justa causa, como es la culpa del mandatario o la existencia de fuerza mayor. En cierta medida, se puede decir que se invierte la carga probatoria, pues no se presume la culpa del deudor; sino que hay que acreditarla y, con ello, se le puede poner término al mandato.

Sin embargo, ¿qué ocurre si el mandante –sin que concurra alguna de estas *justas causas*– igualmente revoca el mandato? Creemos que si bien son válidas, en principio, estas cláusulas de irrevocabilidad, si el mandante revoca el poder lo único que hace es comprometer su responsabilidad frente al mandatario (dando lugar a indemnización de perjuicios), pues parece muy difícil aceptar que el apoderado siga teniendo facultades de representación pese a la voluntad de no perseverar

78 MAZEAUD, H. L. y J.: *Lecciones*, cit., Parte 3°, vol. IV, p. 414, citando jurisprudencia: París, 24 abril 1952, *Gaz. Pal.*, 1952.2.105; Douai, 25 febrero 1954: *D.* 1954. J. 579.

79 MESSINEO, F.: *Manual*, cit., t. VI, p. 50.

80 BUSTO LAGOS, J. M.: "Contratos", cit., p. 3032; y CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. Y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: *Código Civil*, cit., vol. IV, p. 840.

81 ENNECCERUS, L.: *Derecho Civil*, cit., vol. II, primera parte, p. 577.

por parte del principal, especialmente, si consideramos que se trata sólo de una “irrevocabilidad” de origen convencional⁸².

Por tanto, si no existe culpa del mandatario o fuerza mayor e igualmente el mandante revoca el mandato, este se terminaría, pero acarreando *responsabilidad contractual* para el mandante. En términos similares lo entiende la doctrina comparada⁸³.

Por lo mismo y para evitar esta situación, las partes haciendo aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, podrían establecer una *cláusula penal* en caso de incumplimiento.

Todo lo que hemos señalado hasta aquí dice relación con los efectos entre las partes. Respecto de terceros, debe darse la solución que consagra el artículo 2173 del Código Civil, esto es, que los terceros que celebraron un contrato que esté relacionado con los derechos sociales (basándose en este mandato irrevocable) obligará al mandante. Esta es una clara aplicación de la doctrina de la apariencia jurídica, de amplio reconocimiento jurisprudencial en nuestro país⁸⁴.

Un tema más complejo dice relación con averiguar si se obliga el mandante frente a terceros que *sabían de la revocación* que había efectuado el poderdante al mandatario (cuyo origen de la irrevocabilidad, recordemos, *solamente* es un *pacto de irrevocabilidad* y no la existencia de un interés de un tercero, que analizaremos más adelante), pero que igualmente contrataron porque sostienen que había una cláusula de irrevocabilidad.

Dice David Stitchkin: “Pactada la irrevocabilidad no podrá el mandante prohibir a los terceros que contraten con el mandatario. Los actos y contratos ejecutados o celebrados por éste después de la prohibición son válidos y obligan al mandante, aun cuando los terceros hayan tenido conocimiento de ella. Tal es la doctrina que se desprende de los arts. 1584 y 1585”⁸⁵.

Disentimos de la posición de este autor sobre este punto, por los siguientes argumentos:

82 Así también ocurriría conforme al informe de doctrina moderna francesa, en LOOS, M., y BUENO DÍAZ, O.: *Mandate Contracts. Principles of European Law*, Sellier european law publishers, Munich, 2013, p. 433. En los autores clásicos, V. MAZEAUD, H. L. y J.: *Lecciones*, cit., Parte 3°, vol. IV, p. 413 y 414.

83 YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Contratos*, cit., p. 440; y MESSINEO, F.: *Manual*, cit., T.VI, p. 50. En el Derecho argentino, para el moderno Código Civil y Comercial, V. BUERES, A.: (Director) *Código Civil y Comercial analizado, comparado y concordado*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p. 321; y LORENZETTI, R.: *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2015, p. 492 a 495. En términos similares, para el antiguo Código Civil de ese país, V. BORDA, G.A.: *Tratado de Derecho Civil Argentino*, t. II, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 473 y 474.

84 Corte Suprema, 13 agosto 2009, Rol n° 3098-2009; Corte Suprema, 21 julio 2008, Rol n° 2594-2007; Corte Suprema, 12 enero 2009, Rol n° 6547-2007; y RDJ, t. 36, sec. 1°, p. 416.

85 STITCHKIN BRANOVER, D.: *El mandato*, cit., p. 463.

i) Porque el fundamento que da respecto de los art. 1584 y 1585 es incorrecto, pues ellos dicen relación principalmente con la segunda fuente u origen de este tipo de mandatos, esto es, cuando está involucrado el *interés de un tercero* en la irrevocabilidad, y no cuando *solamente* es en virtud de un pacto de irrevocabilidad, como el caso en estudio. Contradictoriamente en su obra, el profesor Stitchkin reconoce este aserto en la misma más adelante⁸⁶.

ii) Porque el artículo 2173, que se fundamenta en la *teoría de las apariencias*⁸⁷, deja de tener aplicación cuando los terceros toman conocimiento de la revocación, como bien señala la misma disposición en el inciso tercero. En el mismo orden de ideas, están inspirados los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL), conforme al artículo 3:209, de alto reconocimiento doctrinario moderno⁸⁸.

iii) Porque de lo contrario se estaría protegiendo la mala fe de los terceros (derivada de su conocimiento), lo que repugna al Derecho. Recuérdese además la norma de integración de los contratos del artículo 1546 del Código Civil y que se debe proteger únicamente los *terceros de buena fe*, esto es, los que no tenían conocimiento de la revocación. En el mismo sentido el jurista español Luis Díez Picazo⁸⁹.

Deben tenerse presente todas estas consideraciones, pues en *principio* la fuente de irrevocabilidad es una cláusula social y, por tanto, meramente contractual, sin perjuicio de que algunos contratos que se puedan celebrar sean de interés común para los otros socios o terceros (lo que estudiaremos a continuación). En este último caso ya no es la fuente de irrevocabilidad el sólo *pacto*, sino que la *naturaleza del mandato*, regido por otras reglas de las aquí expuestas.

Asimismo, si el socio al que se le confiere el *mandato irrevocable* es a su vez el administrador de la sociedad, va a ser muy difícil creer que en caso que el mandante manifieste su intención de revocar el mandato, la sociedad pueda ser considerada que no tenía conocimiento de ello (en otras palabras, considerarla como *tercero de buena fe*), pues en la *práctica* es indisociable cuando el administrador actúa como mandatario del socio y cuándo como órgano de la sociedad.

Por último, al establecerse en la calidad de *cláusula esencial* del contrato de sociedad la estipulación en que se confiere el mandato irrevocable, su inobservancia

86 STITCHKIN BRANOVER, D.: *El mandato*, cit., p. 464.

87 V.RDJ. t. 36, sec. 1°, p. 416; Corte Suprema, 13 agosto 2009, Rol n° 3098-2009; Corte Suprema, 21 Julio 2008, Rol n° 2594-2007; Corte Suprema, 12 enero 2009, Rol n° 6547-2007.

88 V. Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E. y MORALES MORENO, A.: *Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, p. 212.

89 Díez-PICAZO, L.: *La representación*, cit., p. 310.

podría acarrear desde consecuencias económicas, de expulsión del socio de la sociedad o, incluso, la terminación de dicho acto jurídico pluripersonal.

b) Si el origen de la irrevocabilidad es la *naturaleza del mandato*. Cabe decir que hablamos de la “naturaleza del mandato” en este estudio, pero para ser más precisos, se debe a que la *irrevocabilidad* deriva de la relación jurídica que tiene por base (denominada relación subyacente), puesto que en ella tiene interés el mandatario o un tercero. Así entonces, se entiende que es por la *naturaleza del mandato* cuando tenga interés el mandatario o un tercero. Así también lo entiende la doctrina comparada⁹⁰.

En el mismo sentido se pronuncia la doctrina nacional. El profesor Stitchkin explica: “Pero bien puede tratarse de un negocio que interese juntamente al que hace el encargo y al que lo acepta, o a este último y a un tercero. En tal supuesto el mandante no podrá revocar a su arbitrio, pues el mandato queda sujeto al principio general consagrado en el art. 1545; el contrato no puede invalidarse sino por el consentimiento mutuo”⁹¹.

Téngase presente que este tipo de mandato no requiere de pacto expreso, basta la concurrencia de las causas que le dan origen⁹². Asimismo, es perfectamente posible que además de la existencia de una cláusula expresa, la *naturaleza* del encargo haga *irrevocable* el contrato, lo que tiene especial interés para el caso en estudio⁹³.

Por ello, cuando la fuente de la irrevocabilidad es por la *naturaleza* del mandato, el mandante no puede revocarlo, y si lo hace, esta sería ineficaz frente a terceros, lo que, dicho en otros términos, se traduciría en una inoponibilidad.

90 CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: *Código Civil*, cit., vol. IV, p. 840; BUSTO LAGOS, J. M.: “Contratos”, cit., p. 3032; YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Contratos*, cit., p. 441; DIEZ-PICAZO, L., ROCA TRIÁS, E. y MORALES MORENO, A.: *Principios*, cit., p. 211; MESSINEO, F.: *Manual*, cit., t.VI., p. 50; y JOSSERAND, L.: *Derecho Civil*, cit., p. 371.

91 STITCHKIN BRANOVER, D.: *El mandato*, cit., p. 463 y 464.

92 *Ibid.*, p. 463.

93 Se han tratado principalmente los requisitos del mandato que interesa al mandante y al mandatario, que en doctrina toma el nombre de *mandato in rem suam* o *mandato in rem propriam*, señalándose que estos son: 1.- Preexistencia o existencia coetánea de una relación jurídica subyacente entre mandante y mandatario; 2.- otorgamiento del mandato en razón de dicha relación jurídica; 3.- existencia de un interés del mandante que para satisfacer aquel debe conferir un mandato; 4.- existencia de un interés del mandatario en el otorgamiento y eventual ejecución del mandato; 5.- la irrevocabilidad del mandato. Véase, ESPINOZA VÁSQUEZ, Á.: “El mandato in rem suam. Del mandato que también interesa al mandatario”, en *El Mandato* (Coord. Ian Henríquez H.), Legal Publishing, 2013, Santiago, p. 62 y ss.)

Así se entiende en el Derecho Comparado, como se puede observar en la legislación italiana⁹⁴ y holandesa⁹⁵, en el Derecho argentino⁹⁶, en el derecho inglés⁹⁷ y la doctrina española⁹⁸. En el mismo sentido, la doctrina nacional⁹⁹.

Si se observa bien, a la misma conclusión se llega de la lectura de los artículos 1584 y 1584 del Código Civil, pues no se puede revocar mientras esté comprometido el interés de un tercero.

En el mismo orden de ideas, la jurisprudencia nacional, en los casos que ha declarado la ineficacia de la revocación del mandato –habiendo o no pacto expreso de irrevocabilidad-, pues lo ha sostenido así porque el mandato interesa a un tercero o al mandatario. Esto se observa de las sentencias de la Excm. Corte Suprema del 9 de Agosto de 1988¹⁰⁰ y del 8 de mayo de 1930¹⁰¹, así como las pronunciadas por la Corte de Apelaciones de Santiago¹⁰², de Concepción¹⁰³, de Temuco¹⁰⁴ y de Presidente Aguirre Cerda¹⁰⁵, todas presentadas en el capítulo primero.

¿Cuáles podrían ser casos en que tenga interés un tercero y/o el mandatario?

Podríamos considerar, a modo de ejemplo, los siguientes casos:

i) Cuando un tercero haya celebrado un contrato de promesa de compraventa de los derechos sociales, tomando en consideración que el mandatario tenía un *poder irrevocable*, y como aquel además representaba a los otros socios, iba a contar con la anuencia de todos ellos para incorporarse. En este escenario, uno de los mandantes *revoca* el mandato, con la intención de impedir la incorporación de este *tercero*, pues así no contaría con la voluntad de todos los socios. Esa revocación sería ineficaz.

94 Véase Art. 1723 del Código Civil italiano.

95 Véase Art. 7:422 parágrafo (2).

96 LORENZETTI, R.: *Código Civil*, cit., t. II, p. 492 a 495; y BUERES, A.: *Código Civil*, cit., p. 321. Para el antiguo Código Civil, V. BORDA, G.A.: *Tratado de*, cit., t. II, p. 474.

97 Leading Case *Smart v Sandars* [1848] V. el informe de ese país, en LOOS, M. y BUENO DÍAZ, O.: *Mandate Contracts*, cit., p. 433.

98 Por todos, DIEZ-PICAZO, L.: *La representación*, cit., p. 308 y ss.

99 STITCHKIN BRANOVER, D.: *El mandato*, cit., p. 464; y PINTO ROGERS, H.: *Curso de*, cit., t. II, p. 286 y 287. En contra, GONZÁLEZ CASTILLO, J.: "Mandatos irrevocables", cit., pp. 33-57.

100 Corte Suprema, 9 agosto 1988, caratulado *Universidad Austral de Chile con Corporación de Televisión de la Universidad de Chile*, Rol n° 12.364.

101 RDJ. t. 28, sec. 1°, p. 16.

102 Corte de Apelaciones de Santiago, 31 octubre 2006, Rol n° 6557-2000.

103 Corte de Apelaciones de Concepción, 14 enero 2004, Rol n° 2743-2003.

104 Corte de Apelaciones de Temuco, 15 diciembre 2008, Rol n° 1534-2008.

105 Corte de Apelaciones de Presidente Aguirre Cerda, 4 Marzo 1988, caratulado *Morales Arce, Rafael con Del Sante Moreno, Jorge*.

ii) En las denominadas cláusulas *drag along*¹⁰⁶ y *tag along*¹⁰⁷, tan utilizadas en el derecho comercial moderno.

En este sentido, si el mandatario que tenía poder para actuar por todos los socios en la venta de los derechos sociales, ha acordado un altísimo valor muy beneficioso para todos ellos, por lo que había celebrado acuerdos y cierres de negocios respecto de la futura transferencia, en que además se realizaron inversiones por parte del *comprador*, sería ineficaz la revocación hecha posteriormente por uno de ellos en estas condiciones, pues existe interés tanto de un tercero como del mandatario¹⁰⁸.

iii) Siguiendo un caso jurisprudencial, si se ha otorgado al mandatario un poder irrevocable porque ha realizado un préstamo a la sociedad, y ese mandato dado por todos es necesario para realizar las gestiones necesarias para que el mandatario cobre su crédito, los socios no podrán revocar el mandato mientras el apoderado no recupere su dinero, y si lo hacen, esta será ineficaz¹⁰⁹.

Por último, cabe hacer la siguiente pregunta: cuando existe irrevocabilidad en virtud de la *naturaleza* del mandato, ¿es absoluta la imposibilidad de revocar?

Para su respuesta, habrá que distinguir si está comprometido el interés de *terceros de buena fe* o, por otra, sólo el del mandatario y mandante. En caso de los terceros de buena fe, la irrevocabilidad presentaría el carácter de absoluta, mientras no se satisfaga dicha pretensión, por lo que si hubiere una revocación del mandante, esta sería ineficaz. Así se ha pronunciado nuestra jurisprudencia en todos los casos revisados¹¹⁰.

En cambio, involucrado sólo el interés del mandatario y del mandante, ha presentado varias dudas en el Derecho Comparado. Reflexiona el catedrático Luis Díez-Picazo: "En resumen, creo que se puede admitir la idea de que el pacto o cláusula de irrevocabilidad produce, por lo general, efectos meramente relativos y que una irrevocabilidad absoluta representa de alguna manera una consecuencia excepcional y exorbitante, que necesita su propia causa de justificación. Efectivamente, las ideas de exclusivo interés del representante y de necesidad de aseguramiento de ese interés parecen decisivas. Mas si se recuerda lo que más arriba dijimos, a nuestro

106 Esta consiste en que, cuando un tercero realiza una oferta de compra de la sociedad por la totalidad de los derechos sociales, el socio o los socios que tengan el "derecho de arrastre" podrá obligar al resto de socios a que vendan sus participaciones al comprador.

107 Tiene lugar cuando un tercero realiza una oferta de compra a uno de los socios por su participación en la sociedad, permite a que el resto de socios puedan ofrecer al tercero en las mismas condiciones y términos sus propias participaciones. Por tanto, el tercero comprará el número de participaciones que inicialmente quería, pero de forma prorrateada a todos los socios que ejerciten este derecho.

108 Del tercero porque ha hecho inversiones y ha cerrado acuerdos previos; del mandatario y de los otros socios por las condiciones favorables de venta.

109 De esta forma es la sentencia publicada en RDJ. t. 28, sec. 1º, p. 16.

110 Véanse las sentencias expuestas en el capítulo primero.

juicio parece claro que la irrevocabilidad con efectos absolutos se liga con hipótesis que no son en puridad de poder de representación sino de utilización indirecta (o relativamente simulada) del apoderamiento para viabilizar lo que en realidad es un negocio de carácter autorizativo"¹¹¹.

Este autor se refiere a un caso que también se ha presentado en la jurisprudencia nacional, que consiste que el mandante ha dado mandato irrevocable a sus acreedores, para que éstos puedan enajenar los bienes necesarios para el pago de sus créditos, bajo la modalidad del abandono de bienes a sus acreedores. Si el mandante revoca el poder a sus mandatarios (acreedores), esto sería ineficaz¹¹², pero no por ello la irrevocabilidad debe ser absoluta.

Por ello, la irrevocabilidad no tiene el carácter absoluto ni cubre la conducta dolosa o negligente del mandatario, pues podría haber incumplimiento de las obligaciones del mandatario, como una manifiesta impericia que perjudicará tanto al mandante como mandatario, una falta de diligencia grave, ausencia de comunicación de sus actos, etc.¹¹³.

En términos similares, ya lo planteaba Ludwig Enneccerus: "Hay que considerar eficaz, por regla general, la exclusión del derecho de revocación, si el poder ha sido otorgado *en interés del apoderado o de un tercero* (sobre todo con el fin de asegurar o dar realidad a sus derechos) o en interés común de ambas. Pero también en estos casos, por analogía con los [parágrafos] 626, 723, habrá que permitir la revocación cuando media una causa importante"¹¹⁴.

A la misma conclusión se debe llegar en el derecho nacional, pues si se observan los artículos 1584 y 1585 se establece que el juez podrá igualmente conceder la revocación al acreedor; siempre que "el deudor no tenga interés en oponerse a ello".

Si se piensa bien, no es que diga que la otra parte no tenga interés —pues podría seguir teniéndolo—, sino que "no tenga interés en oponerse a ello", es decir, que no pueda alegar la pérdida de un beneficio o utilidad legítima que se pretendió evitar con la designación del *diputado* para el pago. En el mismo sentido el artículo 1585, que señala que si hay *justo motivo* se puede revocar la facultad de percibir. La jurisprudencia nacional es concordante con estos planteamientos¹¹⁵.

111 DIEZ-PICAZO, L.: *La representación*, cit., p. 309.

112 La sentencia es de la Corte de Apelaciones de Santiago, 16 junio 1942, publicada en RDJ. t. 44, sec. 2º, p. 17.

113 LORENZETTI, R.: *Código Civil*, cit., t. II, p. 495 y, anteriormente, BORDA, G.A.: *Tratado*, cit., t. II, p. 474.

114 ENNECCERUS, L.: *Derecho Civil*, cit., vol. II, primera parte, p. 577.

115 Si se observa la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 31 octubre 2006, en el considerando 10º, se permitió la revocación porque no había un interés de un tercero comprometido, y sólo podía afectar al mandatario.

2. Consideraciones en cuanto a la forma de actuación del mandatario irrevocable.

Además de los requisitos que hemos mencionado en el número anterior como indispensables para la validez de un mandato irrevocable, consideramos que existen tres grandes tipos de limitaciones en la forma de actuación de este mandatario:

a) De acuerdo a las amplias facultades de actuación que tendría el mandatario, jurídicamente podría producirse una *autocontratación*, pues sería posible que actúe *por otro* y personalmente, o en representación de dos socios distintos¹¹⁶.

En ese caso, tendría las limitaciones que la doctrina y jurisprudencia reconocen respecto de la *autocontratación*¹¹⁷, esto es, primero, que no esté expresamente prohibido por la ley dicho acto jurídico, como ocurre en los casos previstos en los artículos 2144 y 2145 del Código Civil. Recuérdese que estas limitaciones no se configuran si actúa *en representación* de dos socios distintos, como sostenía don Arturo Alessandri Rodríguez¹¹⁸.

La segunda limitación, tanto o más importante, es que en los actos realizados por el mandatario no existan *conflictos de intereses*¹¹⁹. Cuando concurre esta pugna de intereses, deberá ser analizado en cada caso en particular, correspondiendo en definitiva a la justicia determinarlo¹²⁰.

b) El representante no puede ejecutar *abusivamente* sus derechos y facultades. Otra de las limitantes dice relación con que el mandatario no puede actuar de forma abusiva, pues de hacerlo se sujeta a la obligación de resarcir todos los perjuicios que le pueda ocasionar a su mandante¹²¹.

En efecto, recuérdese que el artículo 2134 del Código Civil señala que la recta ejecución del mandato comprende no sólo la substancia del negocio encomendado, sino los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo. Por su parte, el artículo 2149 obliga a que el mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución sería manifiestamente perniciosa al mandante.

116 V. ABELIUK MANASEVICH, R.: *Las Obligaciones*, cit., t. I, p. 122 y 123.

117 Ibidem.

118 ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A.: *Los Contratos*, Editorial Jurídica de Chile, 1990, Santiago, p. 149.

119 Ibid., p. 148.

120 Si bien no existe una definición de lo que debe ser entendido por "conflicto de interés", podemos señalar que tiene lugar cuando un representante, con ocasión de celebrar un acto jurídico en su carácter de tal, se inclina por un beneficio personal o de favorecer a un tercero relacionado, siendo aquello incompatible con el interés del representado, pues si protege a uno, se perjudica a otro. V. RODRÍGUEZ PINTO, M. S.: "Los Principios de Derecho Europeo de Contratos y el conflicto de intereses en la representación", en *Anuario de Derecho Civil*, t. LV, fascículo IV, Octubre-Diciembre, 2002, Boletín Oficial del Estado, p. 1751 y ss.

121 ABELIUK MANASEVICH, R.: *Las Obligaciones*, cit., t. I, p. 271 y 272.

Asimismo, el ejercicio abusivo por parte del mandatario de sus facultades permitiría al mandante poner término al *mandato irrevocable* (pues consistiría en una justa causa), sin perjuicio de todas las consideraciones que anteriormente habíamos expuesto.

c) En definitiva, toda actuación del mandatario tiene como gran límite el principio de la buena fe, que viene a ser determinante para el análisis de la situación en estudio. Así, por ejemplo, comentando un caso antes esbozado, en aquellas situaciones en que el mandatario es, a su vez, el administrador de la sociedad de responsabilidad limitada, esta *sociedad* –jurídicamente– no podría aparecer como “tercero de buena fe”, si el mismo administrador de ella conocía la verdadera voluntad del *socio mandante*.

Esto se produciría cuando el mandante no quiere que se realice algo y el mandatario, sabiendo de ello, igualmente lo ejecuta. La relación que este último tiene con la sociedad, le impediría considerar a la sociedad como tercero de buena fe.

Por todas estas consideraciones la forma de obrar del mandatario es determinante y puede traer diversas consecuencias en la sociedad. Así, en el evento que el *mandato irrevocable* se ejecutara con tal intensidad que impidiera al socio ejercer en la práctica sus derechos de tal, podría haber un problema de *affectio societatis*, que acarrearía la terminación del contrato social.

Por otra parte, si el poderdante revocare el mandato no obstante haber cláusula expresa de irrevocabilidad –que además fue elevada al carácter de esencial– podría ser considerada un incumplimiento del contrato, por lo que conllevaría desde la expulsión hasta la terminación de la sociedad. En otros términos, por una u otra razón la continuidad de la sociedad se vería afectada.

3. Relaciones que pueden configurarse cuando el mandatario actúa, además, representando a la sociedad.

Otra de las posibilidades que permitiría un mandato otorgado en términos tan amplios, dice relación con que la misma persona, al investir la calidad de administrador social y representante de los socios, celebre contratos actuando por ambas partes.

En opinión del profesor Arturo Alessandri Rodríguez, es perfectamente posible y válida esta forma de obrar, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones¹²²:

a) Que la ley no lo prohíba. Según el mismo autor, en cuanto a esto se sujeta a las normas de los artículos 2144 y 2145 del Código Civil.

¹²² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos*, cit., p. 150.

Ahora bien, si expresamente se le ha conferido las facultades al mandatario para poder comprar o vender los derechos sociales podría celebrar el contrato, siempre y cuando no se configure la otra gran limitación existente en materia de autocontratación: el conflicto de intereses.

b) Que los estatutos no lo prohíban. Sería aplicación de la denominada “ley del contrato”, así como de la autonomía de la voluntad.

c) Que no exista conflicto de intereses. Se aplica en cuanto a esto las mismas consideraciones anteriores.

V. ANÁLISIS DE ALGUNAS FACULTADES QUE PODRÍAN CONTENER ESTOS MANDATOS IRREVOCABLES.

En este capítulo revisaremos algunas de las facultades que podrían estar incluidas en un mandato de este tipo, para hacer observaciones en cuanto a la forma que permitirían obrar al mandatario.

I. Generalidades.

En la doctrina comercialista¹²³, se distingue entre los denominados derechos *individuales* y los *colectivos* de los socios.

Los derechos individuales son aquellos que están radicados en el patrimonio de cada socio y que puede ejercer libremente.

Por su parte, los derechos colectivos son aquellos que deben ejercer los socios de manera conjunta, ya sea por unanimidad o por mayoría. Por eso se entiende que existe una carga legal respecto de ellos, pues deben obrar colectivamente para que produzca plenos efectos jurídicos.

Se entiende que son, principalmente, los derechos subjetivos *individuales*: la participación o cuota sobre el capital social; el derecho a la utilidad; el derecho de participar con voz y voto en las reuniones de los socios; la participación en la liquidación de la sociedad; el derecho a retiro del socio o de separación; la posibilidad de examinar en cualquier tiempo la contabilidad; el de recurrir a la justicia en caso de controversia societaria y el retirar a cuenta de las utilidades la cantidad que las partes hayan estipulado o que permitan los estatutos sociales.

Por su parte, en cuanto a los derechos colectivos, se pueden subclasificar entre aquellos que exigen la unanimidad de los socios y los que pueden ejercerse por la mayoría.

123 PUELMA ACCORSI, Á.: *Sociedades*, cit., t. I., p. 390 y ss.

Se entiende que requiere de la *unanimidad* de los socios la modificación del pacto social¹²⁴; acuerdos sobre el no retiro de utilidades o la formación de fondos sociales con ellas; la autorización o ratificación de actos no comprendidos en el objeto social; y la autorización para que un socio pueda competir con la sociedad.

Requieren, en cambio, de la mayoría de los socios todo lo referente al balance social, disponer de reservas sociales y, cuando procede, designar y remover administradores y decidir sobre ciertos actos de administración.

2. De la modificación de los estatutos sociales, en términos tales, que pueda transformar, fusionar, dividir o liquidar la sociedad.

Según hemos visto, el mandatario designado en la cláusula social estaría provisto de amplias facultades para realizar profundas modificaciones de los estatutos sociales, pues al tener la representación de todos los socios, podría ejecutar todo tipo de actos y contratos tendientes a su implementación. La realización de cualquiera de las modificaciones mencionadas en el título de este numeral son de aquellas que requieren de la *unanimidad* de los socios, según lo señalado precedentemente.

Conceptualmente, la *transformación* consiste en el cambio de especie o tipo social, efectuada por reforma de estatutos, subsistiendo su personalidad jurídica¹²⁵. La doctrina distingue entre transformación propia y la impropia, siendo la primera la que hemos definido, mientras que la *impropia* sería aquella en que se transforma económicamente una compañía, creando una nueva con o sin disolución de la anterior¹²⁶. Para fines de este estudio, nos referiremos sólo a la *propia*.

La *fusión* es la reunión de dos o más sociedades en una sola que las sucede en todos sus derechos y obligaciones y a la cual se incorpora la totalidad del patrimonio y socios de los entes fusionados¹²⁷.

De este concepto, podemos observar que pueden ser de dos tipos: *fusión por creación*, que tiene lugar cuando el activo y pasivo de dos o más sociedades se disuelven y se aportan a una nueva sociedad; y *fusión por absorción*, cuando dos o más sociedades son absorbidas por otra ya existente, la que adquiere sus activos y pasivos.

Finalmente, la *división* consiste en la creación de otras sociedades que actúan como sucesoras de la primera en todo o parte de su patrimonio.

¹²⁴ Con los alcances que haremos en los números siguientes.

¹²⁵ Esta definición se puede extraer del artículo 96 de la ley de sociedades anónimas.

¹²⁶ PUELMA ACCORSI, Á.: *Sociedades*, cit., t. I, p. 203.

¹²⁷ Definición que se puede extraer del artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas en Chile (ley N° 18.046).

El profesor Álvaro Puelma Accorsi considera que no existiría inconveniente en que dicho consentimiento unánime se otorgara de manera anticipada, constituyendo una estipulación del pacto social¹²⁸. Agrega, que este tipo de pactos es común en las sociedades inmobiliarias, en que el administrador puede realizar la respectiva modificación en representación de los demás socios¹²⁹.

En este orden de ideas, analizadas las cosas desde la perspectiva que mandatario-administrador es y *representa* la voluntad de todos los socios, no veríamos mayores inconvenientes en que pudiera transformar el tipo social, concordando plenamente con la posición del autor citado. Sin embargo, se deben tener presentes las limitaciones a las que nos referimos en el capítulo anterior; principalmente, en lo relativo a que no signifique un conflicto de intereses.

En lo que dice relación con la fusión de la sociedad, en principio también concordamos en que puede darse de manera anticipada la autorización, pero con algunas observaciones.

En efecto, para la fusión por absorción creemos que no presenta mayores inconvenientes, pues la sociedad como tal subsiste (cuando otras son absorbidas por ésta), pudiendo constituir una modelo de negocios conveniente para los socios.

En cambio, puede admitir un matiz, cuando signifique la terminación de la sociedad. En ese orden de cosas, el mandatario -que está llamado a actuar lealmente con su mandante-, puede ser entendido que está obligado al deber de subsistencia de la sociedad. No queremos con esto dar a entender una respuesta negativa de la facultad de fusionar- que en principio la tendría en sentido amplio- pero creemos que el apoderado debe actuar con extrema diligencia, pues sería fácil incurrir en un caso de abuso o desviación de la buena fe por parte del mandatario para con sus mandantes¹³⁰.

En cuanto a la división, en la medida que el mandatario tenga la precaución de conservar en las nuevas sociedades los porcentajes que cada uno de los socios tenía en la primitiva, no se verían mayores inconvenientes de abuso o conflicto de intereses que pudiera limitar la actuación en representación de ellos.

128 PUELMA ACCORSI, Á.: *Sociedades*, cit., t. I, p. 398.

129 *Ibidem*.

130 En cierta medida, así se sostiene en ABELIUK MANASEVICH, R.: *Las obligaciones*, cit., t. I, p. 651 a 653, donde se señala que siempre será un perjuicio para los socios y también puede serlo para terceros que han contratado con la sociedad.

3. De la cesión o transferencia de derechos.

Acepta la doctrina¹³¹ que el consentimiento respecto de este tipo de actos jurídicos también puede darse de manera anticipada por todos los socios, pues tal como hemos adelantado, es de aquellos acuerdos que requieren de la *unanimidad* de los partícipes.

Desde esta perspectiva, concordamos con la viabilidad de señalar en los estatutos el consentimiento anticipado por el que uno de los socios pueda actuar como mandatario en la cesión de derechos de los demás socios. Asimismo, si se faculta expresamente al apoderado para autocontratar, por sí o por interpuesta persona, no existirían los impedimentos establecidos en los artículos 2144 y 2145 del Código Civil.

Empero, debemos hacer notar que esta autorización no se puede traducir en una verdadera condonación previa de actos dolosos o culpables del mandatario para con sus poderdantes. En efecto, siempre existirá –no obstante la autorización *a priori*- la limitación general del conflicto de intereses, que no es otra cosa que el deber de actuar conforme a la buena fe y las buenas costumbres comerciales.

Asimismo, las amplias facultades que tendría el mandatario podrían ser utilizadas como una manera de excluir a cualquiera de los socios, sin necesidad de que se produzca –por parte de aquel- un incumplimiento grave de sus obligaciones¹³². De darse un caso como el señalado, se configuraría un ejercicio abusivo de los derechos, con todas las sanciones que ello pudiera acarrear para el mandatario. Por analogía, a la misma solución se debe llegar si se enajena la inmensa mayoría de los derechos sociales de uno de los socios, dejándole una ínfima o irrisoria participación.

4. Respetto del Capital Social.

El capital es el conjunto de aportes entregados o prometidos por los socios a la sociedad. La única forma para que se pueda modificar es con reforma de estatutos.

La importancia del capital social es altísima, lo que se puede observar en los siguientes aspectos:

a) Los aportes constituyen la principal obligación que tienen los socios con la sociedad.

b) Constituye un elemento esencial de este contrato, pues todo socio se compromete a aportar algo.

¹³¹ PUELMA ACCORSI, Á.: *Sociedades*, cit., t. I, p. 398.

¹³² Como sí lo permite el artículo 379 del Código de Comercio chileno.

c) A falta de pacto social en contrario, la proporción que representan los derechos de cada uno de los socios en la sociedad, constituirá el porcentaje que tendrán en las utilidades y en la liquidación social.

En este orden de cosas, si se pretende modificar el capital para aumentarlo, mediante la capitalización de utilidades o por nuevos aportes -en la medida que se respeten las proporciones- no existiría ningún problema. Lo mismo ocurriría con una disminución, en las mismas condiciones.

Puede ser un escenario más discutible si se hace un aumento de capital, pero que sólo algunos aparezcan invirtiendo y otros se abstengan de hacerlo, pues a falta de una causa legítima que lo justifique¹³³ podría ser entendido como una falta al cumplimiento leal y recto del mandatario en su relación con el mandatario, así como, conjuntamente, la concurrencia de conflictos de intereses¹³⁴.

5. Sobre el reparto de utilidades.

Como es sabido, el reparto de utilidades es un derecho eventual que está sujeto a una condición suspensiva, que consiste en que, al momento de aprobarse el balance social, los resultados de las operaciones sean positivos o favorables para los socios. Asimismo, tal como habíamos mencionado, la determinación de la aprobación o rechazo de lo que arroja el balance se adopta por la mayoría de los socios, salvo que el estatuto dijere otra cosa.

En el caso que el balance presente utilidades, el socio tiene derecho a retirarlas, salvo que los estatutos establezcan que un porcentaje de ellas se deban capitalizar o destinar a la formación de fondos de reserva. También, puede retirarlas en parte, quedando el resto como un crédito en favor del socio.

En cuanto a la forma en que se deben repartir las utilidades, será el estatuto el que determine su distribución, como se desprende de los artículos 2066 del Código Civil, en relación con los artículos 382 y 383 del Código de Comercio. Constituye doctrina aceptada que las utilidades a repartir pueden, o no, ser en proporción al valor de los aportes¹³⁵.

Sin embargo, se deben hacer las siguientes consideraciones:

a) Los derechos y obligaciones que tienen y contraen los socios deben ser hechos *seriamente*, esto es, con la intención de repartirse realmente entre ellos las

133 Lo que será una cuestión de hecho, que se resolverá caso a caso.

134 Esto ocurriría si, por ejemplo, el mandatario que a su vez es socio, sea el que más capitalice, mientras otros no lo hicieran.

135 PUELMA ACCORSI, Á.: *Sociedades*, cit., t. I, p. 388.

utilidades y pérdidas sociales. Por ello, si esto no ocurre estaremos más bien en una situación de *abuso de la personalidad*, como antes habíamos comentado.

b) Todos los socios deben tener derecho a utilidades, así como de soportar las pérdidas que se generen.

c) Si se pretende acordar que no se repartan utilidades, deberá ser con la *unanimidad* de los socios, porque de lo contrario se estaría afectando el derecho de dominio que tienen los socios respecto de las utilidades.

En cuanto a las facultades que tendría el *mandatario* respecto de ellas, consideramos que es posible que pueda representar a los socios en todas las decisiones que digan relación con el reparto, así como de la formación de fondos de capitalización o reserva. En la medida que no exista en esto un abuso de las facultades o un conflicto de intereses con dicha decisión, la respuesta afirmativa es categórica.

Sin embargo, pueden existir otras decisiones que serán más difíciles de analizar. Así, uno de los casos más emblemáticos en este sentido tendría lugar cuando el mandatario pretenda distribuir las utilidades sociales de una forma distinta a la que aparezcan en los estatutos.

La respuesta de la viabilidad de esta decisión dependerá de la existencia de una *causa o razón legítima* que la motive¹³⁶.

De no existir esta causa legítima, podría estarse en presencia de un conflicto de intereses o ejercicio abusivo de los derechos del mandatario, lo que traerá como consecuencia las sanciones civiles y penales que en Derecho correspondan.

6. En cuanto a la duración.

Según lo prescrito en el artículo 352 N° 7 del Código de Comercio, una de las menciones que debe contener el pacto social es la duración que tendrá la sociedad. Creemos que en virtud de la representación que tiene el mandatario, puede ejercer sin mayores inconvenientes la facultad de prorrogar o poner término a la sociedad, con las consideraciones y limitaciones que hemos mencionado: primero, que el socio-mandante no pierde sus facultades respecto de los derechos sociales, por lo que si él manifiesta su intención de poner término a la sociedad o de continuar, según sea del caso, deberá estarse a su voluntad¹³⁷.

¹³⁶ Podría ser considerado como un caso, aquel en que los negocios sociales dependan, en gran medida, de la participación o gestión de uno de los socios en particular, por lo que se le asigna un mayor porcentaje de utilidades a partir de un resultado.

¹³⁷ Recuérdese que es el socio el que debe tener la *affectio societatis* y no el representante; así como que él es el titular del derecho.

Segundo, mientras la prórroga o el término no signifique abuso del derecho o sirva para hacer *desaparecer* un conflicto de intereses, el mandatario podrá obrar del modo que mejor le parezca para el correcto desempeño de su encargo.

7. En cuanto a la modificación de la administración.

Es un principio ampliamente reconocido que en las sociedades de personas —y en especial tratándose de las de Responsabilidad Limitada— los socios tienen plena libertad para determinar la forma de administración.

Atendiendo a las amplias facultades que se le conferirían al mandatario, podría alterar la forma de administración. Su actuar que sería lícito, estará sujeto a las limitaciones de no utilizarlo como un medio que elimina *contrapesos* que se quisieron establecer en los estatutos, para permitir —de esa forma— un ejercicio abusivo de sus derechos o en manifiesto conflicto de intereses.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.

1. La posibilidad de establecer mandatos irrevocables ha generado diversas posiciones en la doctrina nacional y comparada, pues han sido muy pocas las legislaciones que han regulado expresamente esta institución. Sin embargo, incluso en éstas el sentido y alcance de ellas no ha dejado de presentar antagonismos interpretativos.

2. En Chile, la doctrina mayoritaria se inclina por aceptar estos mandatos, lo que ha sido apoyado reiteradamente por nuestros Tribunales Superiores de Justicia, desde sentencias del primer tercio del siglo veinte hasta nuestros días, sin perjuicio de considerar la posición de autores modernos que la cuestionan.

3. Los argumentos que se han propuesto son, principalmente, que la revocabilidad del mandato sería un elemento de su naturaleza; que los derechos que miran en el sólo interés de una de las partes pueden ser renunciados por éstas; que no existe norma que prohíba los mandatos irrevocables, así como la existencia de normas que expresamente no admiten la revocación cuando intervienen intereses de terceros o del mandatario, etc.

4. Por su parte, las cláusulas que contienen mandatos irrevocables en favor de uno de los socios con amplias facultades tiene una naturaleza híbrida, pues presentan rasgos de mandatos colectivos y conjuntos. Sin embargo, cualquiera sea la modalidad con que se actúe, es irrevocable, pues se establece que ninguno de los socios podrá revocarlo por sí solo, si no es con la voluntad unánime de todos ellos.

5. Si bien nos inclinamos por la validez de este tipo de mandatos con las características revisadas, es necesario tener presente ciertas consideraciones, especialmente, en lo relacionado con las plenas facultades que conserva el mandante respecto de sus derechos en la sociedad. En efecto, no obstante existir un mandato irrevocable, el socio puede ejercer por sí los derechos sociales, por lo que eventualmente, podría existir contradicción entre las decisiones que proponga el apoderado con las del poderdante. En este escenario -y reconociendo que siempre deberá ser analizado casuísticamente- debería primar la voluntad del titular de los derechos, pues él es el que debe tener *affectio societatis*, así como recaerán sobre él, en definitiva, los efectos jurídicos y económicos de las decisiones.

6. En cuanto a la irrevocabilidad del mandato que se conferiría en el pacto social, se debe analizar atendiendo a la causa que le da origen. En principio, en estos casos se trataría de una irrevocabilidad basada en un *pacto o cláusula*, cuya consecuencia principal es que el mandante no lo puede revocar, a menos que acredite culpa del mandatario o fuerza mayor. Si igualmente lo revocare (no existiendo alguna de estas causales), acarrearía una responsabilidad contractual. Por ello, se sugiere incorporar una cláusula penal para evitar este acto del mandante.

7. En cambio, si la causa de irrevocabilidad es la *naturaleza del mandato*, el mandante no puede revocarlo por su propia voluntad, y si igualmente lo hiciere, esta manifestación sería ineficaz, es decir, subsistiría el mandato. Cabe recordar, que la *naturaleza del mandato* la constituye la presencia de intereses de terceros o del mandatario, así como el *objeto* del contrato que se estaría celebrando en razón del mandato. Asimismo, es posible que aparte de existir una cláusula o pacto de irrevocabilidad, igualmente un mandato pueda tener este carácter por la existencia de intereses de personas distintas al comitente.

8. Como lo desarrollamos, pueden presentarse múltiples casos que en una sociedad de personas (en especial de Responsabilidad Limitada) existan en juego intereses de los demás socios o del mandatario (haciendo al mandato irrevocable *por naturaleza*), como ocurriría cuando el *socio-mandatario* hubiere otorgado un préstamo necesario para el giro social, y que por ello conservaría la representación de los otros socios mientras no se cumpliera con el pago íntegro de su crédito. Lo mismo ocurriría con las denominadas cláusulas *drag along* y *tag along*, entre tantos otros casos. Cabe también advertir, como se estudió, que los mandatos irrevocables deben ser por un tiempo determinado, por lo que se sugiere incorporar siempre una cláusula de renovación automática.

9. Todos los planteamientos señalados, han sido reconocidos directa o indirectamente por la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, tal como se revisó en el cuerpo de esta presentación.

10. Por último, se revisaron diversas facultades que se podrían otorgar al mandatario en el pacto social, siempre que se respeten las limitaciones inherentes de este tipo de contratos, esto es, que los actos no estén prohibidos por la ley, que no se produzca un conflicto de interés y que no sean ejercidos con abuso del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

ABELIUK MANASEVICH, R.: *Las Obligaciones*, Editorial Thomson Reuters Legal Publishing, 2014, Santiago.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A.:

- *Derecho Civil. Segundo Año. De los Contratos*, publicado en Zamorano y Capellán, 1940, Santiago.

- "La autocontratación o el acto jurídico consigo mismo", en *Doctrinas Esenciales* (Director: R. Tavorari Oliveros), *Contratos*, t. I, Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 178-222 (publicado inicialmente en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (RDJ), T. XXVII, n° 1 y 2, p. 5-38).

- *Los Contratos*, Editorial Jurídica de Chile, 1990, Santiago.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., SOMARRIVA UNDURRAGA, M., y VODANOVIC HAKLICKA, A.: *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.

BARCIA LEHMANN, R.: *Lecciones de Derecho Civil*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

BORDA, G. A.: *Tratado de Derecho Civil Argentino*, t. II, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1962.

BUERES, A. (Director): *Código Civil y Comercial analizado, comparado y concordado*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2014.

BUSTO LAGO, J. M.: "Contratos de prestación de servicios y realización de obras", en *Tratado de Contratos* (Director Rodrigo Bercovitz), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: *Código Civil Comentado*, vol. IV, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

CAPRILE BIERMANN, B.: "La ineficacia del mandato conferido por los clientes a las instituciones financieras para suscribir pagarés a su favor, antes y después del Sernac Financiero (Autocontratación, irrevocabilidad y Mandatos en Blanco)", en AA.VV. *Estudios de Derecho Civil*, VIII (Coord. C. Domínguez Hidalgo y otros), Thomson Reuters, Santiago, 2013.

DIEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E., y MORALES MORENO, A.: *Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *La representación en el Derecho privado*, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

ENNECCERUS, L.: *Derecho Civil. Parte General*, vol. II, Parte I, Bosch Casa Editorial, 1981.

ESPINOZA VÁSQUEZ, Á.: "El mandato in rem suam. Del mandato que también interesa al mandatario", en *El Mandato* (Coord. Ian Henríquez H.), Legal Publishing, 2013, Santiago.

GÁLVEZ GAJARDO, H.: *La terminación del mandato*, Tesis de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1946.

GHESTIN, J.: *Les principaux contracts spéciaux*, 3ª ed. Lextenso éditions, Paris, 2012.

GONZÁLEZ CASTILLO, J.: "Mandatos irrevocables: un cuestionamiento a su general aceptación", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, n° 1, 2017, p. 33-57.

JOSSEAND, L.: *Derecho Civil*, t. II, vol. 2, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951.

LOOS, M., y BUENO DÍAZ, O.: *Mandate Contracts. Principles of European Law*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2013.

LORENZETTI, R.: *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2015.

MAZEAUD, H, L. y J.: *Lecciones de Derecho Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Parte Tercera vol. IV, Buenos Aires, 1976.

MESSINEO, F.: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Ediciones Jurídicas Europa-América, t.VI, Buenos Aires, 1955.

OLAVARRÍA ÁVILA, J.: *Manual de Derecho Comercial*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1956.

PALMA ROGERS, G.: *Derecho Comercial*, t. II, Editorial Nascimento, Santiago, 1941.

PINTO ROGERS, H.: *Curso de Derecho Civil*, t. II, Librería Andrés Bello, 1971.

PERLINGIERI, P.: *Manuale di Diritto Civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017.

PLANIOL, M. y RIPERT, G.: *Tratado Práctico de Derecho Civil francés*, t. XI, Editorial Cultural, La Habana, 1940.

PUELMA ACCORSI, Á.: *Sociedades*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

RODRÍGUEZ PINTO, M. S.: “Los Principios de Derecho Europeo de Contratos y el conflicto de intereses en la representación”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. LV, fascículo IV, Octubre-Diciembre, 2002, Boletín Oficial del Estado, pp. 1751-1765.

STITCHKIN BRANOVER, D.: *El Mandato Civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

VÁSQUEZ PALMA, M. F.: *Sociedades*, Legal Publishing, Santiago, 2013.

YZQUIERDO TOLSADA, M. (Director): *Contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014.

LA RELACIÓN ENTRE CAUSA Y FORMA DEL CONTRATO
VISTA A TRAVÉS DE UNA SENTENCIA DEL TRIBUNAL
SUPREMO ESPAÑOL

*THE RELATIONSHIP BETWEEN CAUSE AND FORM OF THE
CONTRACT SEEN THROUGH A RULING OF THE SPANISH SUPREME
COURT*

Rev. Boliv. de Derecho N° 26, julio 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 338-359



Pedro Luis
LANDESTOY
MÉNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 26 de marzo de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 10 de abril de 2018

RESUMEN: La causa y la forma del contrato han sido analizadas históricamente como un par dialéctico de contrarios. Ahí donde ha triunfado el formalismo se ha vituperado a la causa mientras que el espiritualismo ha favorecido el análisis causal del negocio. Hoy esta dicotomía continúa en la doctrina y también en la jurisprudencia como lo demuestra la sentencia número 1394/2007 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español, y de todo este conflicto emerge una pregunta: ¿es propensa la escritura notarial a la abstracción causal del contrato?

PALABRAS CLAVE: Causa final; causa eficiente; formalidades; abstracción; escritura notarial; validez del contrato.

ABSTRACT: The cause and form of the contract have historically been analyzed as a dialectical pair of opposites. Where the formalism has triumphed, the cause has been vituperated while spiritualism has favored the causal analysis of the deal. Today this dichotomy continues in the doctrine and also in the jurisprudence as demonstrated by the sentence number 1394/2007 of the Civil Chamber of the Spanish Supreme Court, and from all this conflict emerges a question: is the notarial deed prone to abstraction causal of the contract?

KEY WORDS: Final cause; efficient cause; formalities; abstraction; notarial deed; validity of the contract.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ¿QUÉ ENTENDER POR CAUSA FINAL DEL CONTRATO?-
1. La causa eficiente.- 2. La causa final.- III. CAUSA Y FORMA DEL CONTRATO: ¿ACASO LUCHA DE CONTRARIOS? IV. ¿ES LA ESCRITURA NOTARIAL PROPENSA A LA ABSTRACCIÓN DEL NEGOCIO? UN INTENTO DE RESPUESTA A TRAVÉS DE LA SENTENCIA NÚMERO 1394/2007 DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL.

I. INTRODUCCIÓN.

Parecería que en Cuba es inútil hablar sobre la causa final del contrato aun cuando la doctrina jurisprudencial comienza a aproximarse lentamente a la institución contractual¹. En efecto, por un lado tenemos el silencio que, por casi treinta años, ha marcado a nuestra legislación, jurisprudencia e incluso doctrina, esta última con escasos sonidos que no alcanzan a romper ese mutismo, y por otro que estos escasos sonidos están casi todos dirigidos a enfatizar el carácter anticausalista del Derecho cubano².

No obstante el rechazo a la causa final del contrato no es un fenómeno cubano ni actual, por regla general los seres humanos huimos de los que no entendemos y este tema de la causa final parece ser tan enrevesado que ni siquiera los teóricos que trabajan la institución han podido desenredar su enmarañada trama conceptual; con razón señalaba DE CASTRO que: "la causa de los contratos, de las obligaciones o de los negocios jurídicos, viene siendo uno de los grandes tópicos del Derecho privado, objeto de continuada y al parecer interminable discusión. Lo que ha traído consigo más oscuridad que luz, y que dicho concepto, cobre fama de incomprensible y hasta de misterioso"³.

1 Vid. Sentencias número 46 de 28 de febrero de 2013 y número 150 de 21 de marzo de 2017, dictadas ambas por la sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular.

2 Vid. *per omnia*. RAPA ÁLVAREZ, V.: "La relación jurídica. Categoría esencial en el nuevo Código Civil", Revista Jurídica, n° 19, Año VI, UNJC, La Habana, abril- junio 1988, p. 154; VALDES DÍAZ, C.: "Causa de las relaciones jurídicas civiles", en *Derecho Civil. Parte General* (bajo su coordinación), Félix Varela, La Habana, 2006, pp. 231-234; "Requisitos del contrato", en *Derecho de contratos*. Tomo I, *Teoría general del contrato* (coordinado por O. Rodríguez), Félix Varela, La Habana, 2006, pp. 81-83; DELGADO VERGARA, T. y ROSELLÓ MANZANO, R.: "De los requisitos del contrato. Un enfoque desde la doctrina hacia el Código civil cubano", en <http://www.ambito-juridico.com>.

3 DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, p. 164.

• Pedro Luis Landestoy Méndez

Licenciado en Derecho por la Universidad de La Habana en el año 2012, fue habilitado como notario en el 2013 ejerciendo la función notarial en La Habana desde 2014. En 2015 fue becario del Consejo General del Notariado español. Actualmente es vicepresidente del capítulo de La Habana de la Sociedad Científica del Notariado Cubano e imparte clases como profesor adjunto en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Correo electrónico: pllandestoy@gmail.com

Es por eso que antes de exponer cualquier tema que tenga un mínimo roce con la causa del contrato, creo, debe comenzarse explicando qué entiende el ponente por la misma. Ya señalaba el jurista italiano GIOMMARRIA DEIANA⁴ que hoy es necesario antes de iniciar una discusión sobre la causa que nos pongamos de acuerdo sobre el significado que se dará a la citada palabra, dado que la misma ha adquirido tantos, que puede decirse de ella que ya casi no tiene ninguno.

En efecto, bajo el título de causa en el Derecho Civil se desarrollan muchos conceptos, incluso dentro de la teoría del negocio jurídico puede hablarse de muchas causas y de distintas funciones de la causa.

II. ¿QUÉ ENTENDER POR CAUSA FINAL DEL CONTRATO?

Como el tema que nos ocupa abarca la doctrina jurisprudencial creo que es necesario comenzar con una cita que alude directamente a este dilema conceptual, señala D'ORS: "Si la teoría de la causa jurídica se nos presenta confusamente en la jurisprudencia, ello se debe, ante todo, si no me equivoco, a la utilización de la misma palabra –causa– para el doble sentido de causa eficiente y causa final"⁵.

Para nada se equivocó el maestro, esta dualidad conceptual es, en mi opinión, la razón principal de toda la confusión. Para entender qué se entiende por causa del contrato es necesario primero distinguir en la causalidad el efficientismo del finalismo y segundo distinguir esta última de la causa impulsiva (tercer fenómeno que arrastra a la confusión terminológica).

I. La causa eficiente.

Comenzar hablando de la causa eficiente es una necesidad. Si bien esta no es el objeto de este artículo, definirla y distinguirla de la causa final es un requisito de primer orden pues constituye el concepto más generalizado de causa, e incluso el que muchos autores (filósofos y juristas) conciben como el único válido⁶,

4 DEIANA, G.: "Alcuni chiarimenti sulla causa del negozio e dell'obbligazione", *Rivista di diritto civile*, I-II, 1938, p. 127

5 D'ORS, Á.: *De la guerra y de la paz*, ediciones Rialp, Madrid, 1954, p. 160.

6 Hoy más que crisis del concepto de causa podría decirse que existe una crisis del principio de finalidad al concebir la causa solo desde su prisma efficientista. Esto lo notamos incluso en definiciones de filósofos contemporáneos: BALMES, J.: *Filosofía fundamental*, Tomo III, 3ª ed., imprenta del Diario de Barcelona, Barcelona, 1860, p. 157, define a la causa como "Lo que hace pasar algo del no ser al ser." Una definición casi idéntica la encontramos en GONZÁLEZ Y DÍAZ TUÑÓN, Z.: *Filosofía Elemental*, Tomo II, 6ª ed., Imprenta de los Sres. Lezcano y Compañía, 1881, p. 54, quien entiende por causa "un principio que contiene en sí la razón suficiente del tránsito de una cosa del no ser al ser." En esta misma línea efficientista GOBLOT, E.: *Traité de logique*, editor A. Colin, París, 1918, p. 292, la define como un conjunto de circunstancias patentes o latentes, cuya totalidad es requerida para que el hecho tenga lugar y una acción subyacente a los fenómenos, un poder oculto capaz de producirlos y que no se manifiesta a nosotros más que por ellos. Entre los juristas destaca la posición de NÚÑEZ-LAGOS, R.: "Causa de la *traditio* y causa de la *obligatio*", *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Tomo II (coord. por J. GÓMEZ GÁLIGO), 1ª ed., Thomson Civitas, Navarra, 2009, p. 3710, quien sostiene: "Causa es la razón justificativa de la eficacia jurídica de un acto humano."; y de manera más determinante la de GUASP, J.: "Indicaciones sobre el problema de la causa en los actos procesales", *Revista de Derecho Procesal*, número 3, 1948, p. 406, para quien: "De las múltiples acepciones que la

principalmente luego de la crisis finalística operada en el pensamiento occidental moderno.

La causa eficiente, en términos de ARISTÓTELES: “es absolutamente la que hace lo hecho”⁷. Constituye una de las causas extrínsecas del ente, es decir una realidad distinta de dicho ser que ejercen una influencia en su constitución o sobre su desarrollo. Dicho de modo más coloquial la causa eficiente de un ente es el elemento, diferente de este en cuanto a naturaleza, que lo produce, modifica o extingue o que al menos influye en su proceso existencial. Notamos entonces que los elementos conceptuales indispensables al hablar de causa eficiente son la alteridad y la producción de un efecto.

La alteridad viene dada por el presupuesto de que nada se produce a sí mismo, pues de hacerlo no habría verdadera producción al haber una preexistencia, así la causa eficiente tiene que preexistir a su efecto y por lo tanto ser distinta de este.

En cuanto a la producción del efecto constituye el sentido de ser de este tipo de causa, esta se enfoca en ejercer un influjo o crear una realidad determinada. Es este elemento el que la distingue de las otras causas extrínsecas y principalmente de la causa final, al decir de STEENBERGHEN: “la causa extrínseca propiamente dicha es la causa eficiente, la que ejerce un influjo real sobre otra realidad (...) la causa ejemplar y la causa final no tienen, pues, influencia directa sobre el efecto, ejercen una influencia de orden intencional sobre el espíritu de la causa eficiente”⁸.

Todo esto nos arroja una realidad incuestionable: el contrato es una causa eficiente por excelencia y así es concebido incluso por nuestro Derecho positivo (cfr. artículo 47 inciso b) del Código civil cubano).

La causalidad aquí se explica precisamente en el par dialéctico: causa/efecto. Así, los hechos de la naturaleza, como los del mundo jurídico, se suceden encadenados unos a otros, de tal manera que un acontecer de la naturaleza o una acción humana producen resultados o cambios en uno u otro orden, los cuales a su vez se convierten en causa de otros efectos y así sucesivamente. Un contrato, produce, modifica o extingue una relación jurídica, efecto considerado como consecuencia de aquel; el efecto está unido a la causa por un nexo, por una relación que determina que cierta causa produzca indefectiblemente cierto resultado (v.gr., contrato-obligación-atribución patrimonial).

noción de causa recibe en el orden jurídico, debe retenerse aquí la idea exclusiva de causa motora o eficiente, el *cur agit*, descartando como figuras que pertenecen a otra serie de cuestiones, las llamadas causas materiales, causas formales o causas finales del acto mismo.”

7 ARISTÓTELES: *Metafísica*, Libro V, Capítulo II.

8 STEENBERGHEN, F. van: *Ontología*, Gredos, Madrid, 1957, p. 144.

Lo que verdaderamente es un quebradero de cabeza es determinar cuál es la causa eficiente del contrato.

Una primera tesis que se podría sostener es que éste no tiene causa eficiente, pues su esencia es ser principio de la cadena de fenómenos causalizados, es decir es causa primera e incausada en cuanto a causa eficiente. Lo cual tendría cierto amparo en el elemento de la alteridad pues la fuente el contrato (la autonomía privada) es un componente constitutivo intrínseco, al ser su causa material. Así al no poderse detectar una causa fuente del negocio contractual fuera de sí mismo podría decirse que no es efecto de un fenómeno anterior.

Mas esta no me parece una tesis válida, si bien es muy fácil. El contrato no es una deidad increada y creadora, es producto de un acto humano voluntario. Lo cual lleva a que una segunda tesis sostenga a la autonomía privada como causa eficiente del negocio jurídico, pero esto trae un cuestionamiento conceptual: o bien puede identificarse la causa eficiente con la causa material o bien la autonomía privada no es la causa material del negocio.

El primer cuestionamiento es rechazado de plano. La causa material y la causa eficiente nunca podrán ser las mismas, pues si la tarea de la causa eficiente es conectar a la causa material con la causa formal, o, dicho de otra manera, dar a la materia prima o potencia una forma o acto, no puede ser la causa material causa eficiente de sí misma. Aquí radica la alteridad estudiada, la causa material es intrínseca al ente, mientras que la causa eficiente tiene que precederlo.

Por su parte analizar qué tipo de causa es la autonomía privada en relación al contrato es algo más engorroso.

Sostengo como premisa que la autonomía privada, entendida como el poder de autodeterminación de la persona⁹, constituye causa material del negocio jurídico. ARISTÓTELES define a la materia como “aquello de lo que algo se hace y en lo cual es”,¹⁰ lo que hace deducir que es el sujeto permanente de los cambios y el sujeto determinable de cuya potencialidad se constituye un nuevo ser, por lo que asume el carácter de causa material todo aquello que dispone al ente para recibir algo¹¹. Esta definición se corresponde plenamente con el papel que desempeña la autonomía privada en el acto contractual.

Estas notas conceptuales arrojan que la autonomía privada es la materia altamente potencial que puede adoptar la forma que quiera en dependencia del fin que se proponga y del influjo en ella de la causa eficiente.

9 Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El Negocio*, cit., p. 11.

10 ARISTÓTELES: *Física*, II, 3.

11 Vid. VIGO, R. L.: *Las causas del Derecho*, 2ª ed. ampliada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 38.

Al igual que la causa material, la autonomía privada no tiene acto en sí, sino una enorme potencialidad para ser puesta en acto. Por su parte sí comunica de su esencia al contrato que de ella nazca, constituye su fundamento. Es por eso que la segunda tesis tampoco es aceptada, aunque da luces en relación con la que —a nuestro juicio— es la tesis correcta.

Si bien la autonomía privada no es causa eficiente sino material, sí lo es lo que la transforma en una voluntad concreta, es decir, en una voluntad con contenido contractual. Esto podemos encontrarlo en la manifestación de voluntad.

Según DE CASTRO la manifestación de voluntad, a la que él llama declaración negocial es “el signo o signos que se puedan considerar expresivos de una voluntad, dirigida a conseguir un resultado social, que el Derecho estima digno de amparo como relación negocial”¹².

Desde esta perspectiva vemos como la manifestación de voluntad es el punto de partida del contrato es lo que lo hace nacer, es lo que pone en acto la tan potencial autonomía privada, ya que se realiza sobre el poder que aquella le brinda a la persona pero es lo que la saca de su abstracción para convertirla en realidad contractual concreta.

2. La causa final.

“Para comprender el ente —dice VIGO— no basta relacionarlo con la causa eficiente, o sea por detrás de su origen o fuente, sino que además se necesita vincularlo «por delante» hacia aquello por el cual el ente existe y brinda la significación a su existencia”¹³.

Desde esta frase del iusfilósofo argentino podemos percatarnos que la finalidad constituye el elemento fundamental dentro de la esencialidad de un fenómeno, en efecto la causa final es “aquello por lo que algo se hace”¹⁴ en palabras del Estagirita. No en balde, si bien en el resto de las posiciones científicas la noción que prima como causa es la eficiente¹⁵, en sede del contrato al referirnos a su causa estamos haciendo alusión a su causa final.

12 DE CASTRO Y BRAVO, F: *El Negocio*, cit., p. 65.

13 VIGO, R. L.: *Las causas*, cit., p. 119

14 Aristóteles: *Metafísica*, V, 2.

15 Las escuelas pos renacentistas, principalmente las que toman como sustrato el empirismo y el positivismo, comienzan a subestimar en sus concepciones a la noción de finalidad como algo útil de estudiar. Señala al respecto MILLÁN PUELLES, A.: *Fundamentos de filosofía*, Rialp, Madrid, 1962, p. 51, que a partir de KANT el sentido fuerte de la palabra ciencia, que supone la certeza causal, va siendo reemplazado por una acepción débil que se contenta con pedir a las ciencias un carácter sistemático, de simple coherencia interna de las proposiciones que las constituyen. Pero en realidad el desprecio por el estudio de la causa final comienza antes del filósofo de Königsberg, desde fines de la Edad Media, con el determinismo expuesto por Guillermo de OCKHAM ya comienzan a vislumbrarse ataques contra el principio de finalidad, los que serán más feroces a partir del

Es entonces cuando hay que plantearse la pregunta: ¿la causa final del negocio jurídico está en los intereses de los sujetos negociantes, en los fines tutelados por el Derecho o por la sociedad o en la concepción misma del negocio?

La primera respuesta es que puede estar en los tres lugares, los agentes negociadores tienen sus fines que son los móviles de índole exclusivamente personal que los mueven a negociar, los fines tutelados por el Derecho o por la sociedad es lo que le brinda el carácter de jurídico al negocio, mas sostengo que el negocio jurídico *per se* tiene un fin distinto a esos dos, y aquí es donde se encuentra la verdadera causa.

Para poder sostener la armonía dentro de las tres posiciones, doctrina muy respetada tanto en el plano filosófico¹⁶ como en el jurídico¹⁷, han sostenido que existen dentro de la clasificación causa final dos subclasificaciones: una primera, el *finis operandi*, llamada entre los civilistas la concepción subjetiva de la causa, que atiende a la intención del agente y una segunda, el *finis operis*, entre nosotros concepción objetiva de la causa, que sería el fin al cual está ordenada la obra por su propia naturaleza, sin faltar como es natural las posiciones eclécticas o mixtas que toman un poco de cada una.

Empero, en mi criterio la causa final no tiene subclasificaciones sino que esta división responde a dos fenómenos diferentes, así el fin del agente no constituye una causa final sino una causa impulsiva, la causa final influye en el ente no en el agente por lo que este tiene una causa propia pues de lo que se trata no es de la atracción en el sujeto negociante sino en el negocio mismo.

Aquí volver a ARISTÓTELES no vendría nada mal. Aunque el Estagirita insiste mucho en la finalidad, sería un error suponer que, para él, ésta era equivalente a la finalidad extrínseca, algo así como si dijéramos, por ejemplo, que la hierba crece para que las ovejas tengan con qué alimentarse. Al contrario, insiste mucho más en la finalidad intrínseca o immanente (así, el manzano logra cumplir su finalidad no cuando su fruto forma un manjar saludable o grato para el hombre o cuando es transformado en sidra, sino cuando el árbol mismo alcanza todo el perfecto desarrollo de que es capaz, esto es, la perfección de su forma), pues, según el filósofo, la causa final de una cosa es la realización plena de la causa formal¹⁸.

mecanicismo geométrico de DESCARTES y SPINOZA, el evolucionismo materialista de SPENCER y DARWIN, la dialéctica eficientista de HEGEL y MARX, el optimismo immanentista de LEIBNIZ y finalmente en el criticismo kantiano.

16 VIGO, R. L.: *Las causas*, cit., p. 122.

17 DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: "El concepto de causa en el negocio jurídico", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XVI, Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1963, fascículo I enero-marzo, pp. 30-32.

18 Vid. ARISTÓTELES: *Metafísica*, 36-b, 11.

Esto mismo podría sostenerse en relación al contrato solo que habría que hacer la acotación de qué se entiende en esta sede por realización plena de la causa formal.

La causa formal es aquella por lo que una cosa es lo que es, o aquello por lo cual cada cosa recibe su especie, siendo por lo tanto parte intrínseca, determinante y especificadora del ente. Esta concepción hace difícil identificar a la causa formal del contrato con lo que la doctrina civilística ha identificado como forma de este¹⁹. Aquí se hace imprescindible acotar que la causa formal del contrato trasciende la mera exteriorización de voluntad, esta constituye el tipo contractual concreto que adopta la potencial voluntad humana.

Siendo así la causa final del contrato sería el tipo contractual genérico o si se quiere el tipo contractual perfecto. Pero, ¿qué significa esta definición exactamente?

El tipo contractual genérico lo definimos dentro de la categoría de tipo ideal²⁰, el cual se define como la sublimación mental de determinados elementos de la realidad y la fusión del comportamiento habitual de las manifestaciones individuales existentes. En esta categoría lo ubicamos dentro del tipo ideal axiológico el cual tiene un sentido teleológico al poner en evidencia el *telos* de cualquier cosa y cualquier fenómeno humano. O sea, no se refiere a un ser sino a un deber ser.

Más concretamente, al referirnos al tipo contractual genérico o perfecto aludimos a la elaboración o síntesis abstracta e ideal que compendia la estructura y la función inmanente de una determinada categoría negocial, a un esquema lógico-jurídico, es decir, nos referimos a los modelos contractuales en base a los cuales los agentes celebran sus contratos particulares²¹. Esta concepción genérica del tipo negocial es “el motor que hala” es la fuerza atrayente que pone en acto a las causas eficiente, material y formal, es la causa objetiva que persiguen los sujetos negociadores: que el contrato que están celebrando sea conforme a ese tipo contractual genérico.

19 En nuestra doctrina patria, VALDES DÍAZ, C.: “Causa”, cit., p.234) identifica a la forma del negocio jurídico con la manera en que se exterioriza la voluntad.

20 *Vid per omnia*. WEBER, M.: *Gesamte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Verlag von J.C.B. Mohr, Tübingen, 1922, pp. 192 y ss.

21 Cfr. GETE-ALONSO Y CALERA, M. C.: *Estructura y función del tipo contractual*, Bosch, Barcelona, 1979, p. 533. “... en relación a la llamada causa negocial o el contrato, los elementos con los que hay que partir son distintos. Ya dejamos apuntado como los conceptos que se intentan superponer por parte de la doctrina, se mueven en dos planos muy diferentes: estructura y función.

En efecto, cuando se predica de todo contrato con independencia de su estructura (que será = a los elementos que entran a formar parte del mismo), el cumplimiento de una función, todo contrato debe tener una causa en este sentido.”; FERRI, G. B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milán, 1966, p. 36. “*Il problema della causa sorge dall'esigenza di inquadrare la struttura del negozio nella sua portata di attività produttiva di effetti (...)*”

Este tipo contractual genérico nace de una elaboración intelectual²² del o de los agentes negociadores partiendo de sus necesidades o aspiraciones, los que podremos llamar también motivos, que son la causa impulsiva del contrato.

Estas necesidades o motivos llevan a los agentes a concebir intelectivamente un tipo contractual que dé solución a aquellos y convertir ese tipo genérico en el fin a alcanzar; concebido ese tipo genérico éste influye sobre la voluntad y mediante la declaración negocial nace el contrato concreto, el cual debe buscar la realización plena de aquel genérico que le sirve como guía, como fin; es esto lo que quiere decir aquel aforismo tan repetido: *nihil volitum nisi praecognitum*. Sólo lo que se conoce se desea, así la causa del contrato no es producto de la voluntad sino de la razón, influyendo *a posteriori* en aquella²³. Así lo entiende también ENGISCH cuando afirma que "... el tipo ideal no se concibe arbitrariamente, sino que se construye en función de manifestaciones empíricas"²⁴.

Como apoyatura explicativa traigamos también a colación a uno de los mejores ilustradores del Derecho, dice CARNELUTTI: "La idea del fin del acto tiene sus raíces en el concepto ya conocido bien del interés y de la necesidad. Si ve pan el que tiene hambre piensa en el acto de saciarla con él; tal es el germen del acto para el que toma el pan y se sacia" aquí vemos la causa impulsiva actuando en el agente. "Lo que así se representa es el cambio en el que se desarrolla el interés del agente; este cambio es el fin en comparación con un principio. Un principio es el interés en poseer pan; un fin, el tomar posesión de él" o sea un principio es la causa impulsiva, los motivos, un fin es el negocio que se propone para alcanzarlo, concluye el maestro italiano "El fin del acto consiste, pues, en un suceso futuro en el que se desarrolla un interés del agente"²⁵.

22 Resulta imprescindible distinguir esta elaboración intelectual de la manifestación de voluntad para lo que hago más las palabras de SCIALOJA, V.: *Negocios jurídicos* (traducción de la 4ª ed. italiana por F. de Pelsmaeker e Iváñez), editorial de la Gavidia, Sevilla, 1942, p. 29.): "Con las debidas reservas tenderemos, pues, a distinguir en toda serie de pensamientos, la *voluntad* de la simple *inteligencia*, del *acto intelectual*. El matemático que demuestra un teorema, no hay duda que sigue una serie de pensamientos lógicamente ligados entre sí, mas no por ello diremos que lleva a cabo un acto de voluntad. Al contrario, cuando la serie de pensamientos es de tal naturaleza que cada uno de ellos excita activamente al otro y esta sucesiva y continuada excitación de pensamientos llega a transformarse en una energía final, que se traduce después en un acto en el mundo exterior, entonces diremos que en tal serie de pensamientos está la *voluntad*."

23 Así esta concepción de la causa no entra en contradicción con la denominada por DE CASTRO "causa concreta del negocio" (Vid. *El Negocio*, cit., pp. 228 y ss.) y sin necesidad de incorporar a los motivos (causa impulsiva) al concepto de causa final. Aquí los motivos actúan como causa mediata es decir como causa de la causa, así se desprende también de SCIALOJA (*Negocios*, cit., p. 75) cuando sostiene que "... esta causa objetiva del negocio debe hallarse también, en cada negocio concreto, en el ánimo de las partes, siendo, como es natural, un motivo de su voluntad que pertenece al orden de aquellas representaciones intelectuales (...) y es la más próxima a la verdadera voluntad, entendiendo por ésta el hecho externo del movimiento de uno de nuestros órganos que da el ser a aquel negocio que tiene causa determinada."

24 ENGISCH, K.: *La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales* (estudio preliminar y traducción de J. J. GIL CREMADES), Universidad de Navarra, Pamplona, 1968, p. 440.

25 CARNELUTTI, F.: *Teoría general del Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 312.

III. CAUSA Y FORMA DEL CONTRATO: ¿ACASO LUCHA DE CONTRARIOS?

Esgrimido groso modo el concepto que manejamos de causa final del contrato es hora de adentrarnos en la contradicción principal de este artículo: la “contradicción” entre la forma y la causa del contrato.

A qué nos referimos con esta contradicción. Si hacemos un estudio histórico podemos entender claramente que el derecho positivo siempre ha atendido a dos elementos para controlar la autonomía contractual, uno han sido las formalidades y el otro la causa final. Así lo entiende también FLUME para quien “... es conveniente, para la comprensión del Derecho vigente, saber que la evolución histórica desde el *numerus clausus* de los tipos de contratos obligatorios, como lo conoció el Derecho Romano, hasta la libertad contractual en el Derecho de obligaciones vigente es la historia del problema de la causa”²⁶. A lo que añade VALLET que “...cuando ha predominado el formalismo, la forma excluye la consideración de la causa, o bien la deja en un segundo plano corrector en el ámbito de las *condictiones*”²⁷.

En el Derecho romano eran muy frecuentes lo que hoy llamamos negocios abstractos que no son actos que carezcan de causa final, lo que sería un contrasentido, sino aquellos en los que el derecho no toma en consideración su causa eficiente siguiendo sus derroteros caminos separados. La doctrina tiende a situar como culmen de estos negocios a la *stipulatio*²⁸ pero lo cierto es que en la mayoría de los contratos clásicos no se le concede mucha atención a la causa. Señala GIORGI con acierto que “la causa, como requisito *ex se* de las obligaciones contractuales no fue conocida por el derecho romano”²⁹ ¿Cómo podía sostenerse esta desatención al elemento causal?

La respuesta estaba en las solemnidades formales y en la tipicidad legal. El Derecho romano no brindaba tutela a cualquier consentimiento, se podría decir que la autonomía de la voluntad estaba presa de las formas y los tipos tutelados, es por eso que el autor citado continuaba diciendo “(f)ue la forma solemne y externa, por el contrario, la que hacía obligatorio el pacto y le daba eficacia civil”³⁰. Así no los muestra claramente el Digesto: “*Sed quum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem.*” (II, XVI, 7, §4) “... *est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus.*” (II, XVI, 1, §2).

26 FLUME, W: *El negocio jurídico. Parte General del Derecho Civil*, Tomo Segundo (traducido por J. M. Miguel González y E. Gómez Calle), 4ª ed. no modificada, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 201.

27 VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho*, Tomo II, *Elaboración sistemática*, Volumen 2º, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2003, pp. 1490-1491.

28 La que según ARIAS RAMOS, J.: *Derecho Romano*, Revista de Derecho Romano, Madrid, 1966, p. 601, era el contrato más difundido entre el pueblo romano.

29 GIORGI, J.: *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*, Volumen III, *Fuente de las obligaciones. Contratos* (traducida de la 7ª ed. italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia), Reus, Madrid, 1929, p. 469.

30 *Ibidem*.

La *stipulatio* era un negocio tan abstracto porque era un negocio muy solemne, el pretor le concedía *actio* solamente si se había pronunciado la fórmula sacramental³¹. Pero lo mismo sucedía con los otros contratos³² estos sólo producían acción cuando se ajustaban al *nomen*, o sea al tipo legal establecido, su fundamento: *consensus, res, literis y verbis*, lo cual también tiene relación con la forma porque si bien estos contratos no requerían esa solemnidad sacramental su tipicidad hizo que el contenido se fuera estabilizando mediante cláusulas usuales.

La sujeción necesaria a estos tipos contractuales era la manera en que el derecho controlaba los desmanes de la voluntad privada. Esta solamente se podía admitir dentro del campo admitido de los contratos nominados. La formalidad era el freno, el límite de la autonomía privada, esta solo producía efectos mientras se movía dentro de esos linderos. Al respecto NÚÑEZ-LAGOS sostiene que en el Derecho romano clásico “en vez de causas genéricas, había *formas* genéricas, lo que equivale a decir que todas las *formas* extrajudiciales (*mancipatio, in iure cessio*, etc.) y todas las fórmulas procesales, eran abstractas. Los contratos se agrupaban en un determinado tipo legal (*nomen iuris*). (Contratos *nominados*). Es la época y el sistema de los contratos típicos³³.

¿Cuándo aparece entonces la valoración de la causa? Precisamente cuando se comienza a acoger otros contratos que no encajaban en las estrictas reglas previstas en el Derecho clásico. La valoración de la causa entra en el Derecho romano de la mano de los contratos innominados, con estos se ensancha la autonomía privada y por consiguiente se necesita algo con lo cual controlarla, surge entonces la idea de valorar la *causa civilis*, apreciada por cierto en concordancia con la tesis defendida de identificarla en el tipo contractual genérico. Esta regla romana perdurará hasta nuestros días: los negocios abstractos deberán ser solemnes³⁴, para admitir la libertad de forma será necesario potenciar la causa.

31 “*Verbis obligatio fit ex interrogationes et responsione, velut dari spondes? spondeo, dabis?, dabo, promittis? promitto, fidepromittis? fidepromitto, fideiubes? fideiubeo, facies? faciam*” (D. XLIV,III,7 §92).

Si bien BIONDI, B.: *Contratto e Stipulatio*, Giuffrè, Milán, 1953, pp. 283 y ss., sostiene que la *stipulatio* era menos rigurosa que la *sponsio* en la cual la inobservancia del pronunciamiento de ciertas y determinadas palabras llevaba a la inexistencia del acto, en cambio, en la *stipulatio*, no está necesariamente sujeta al pronunciamiento de una única palabra en términos tan rigurosos.

32 Sin mencionar que estos en su origen fueron considerados contratos formales, así lo entiende IHERING, R. von: *El espíritu del Derecho Romano*, Comares, Madrid, 1998, p. 697, para quien “... hasta la venta y el cambio se dividían en su origen en dos actos unilaterales (*stipulationi empti, venditi, locati, conducti*) *emptio y venditio, locutio y conductio*; y es que, la estipulación se prestaba al otorgamiento y combinación de fórmulas diversas (...) pudiendo comprender en un solo acto las finalidades más diversas.” Lo que acota MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A.: “El negocio jurídico”, en *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo I, Volumen 4º.- *Las relaciones jurídicas. El negocio jurídico*, 1ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 2005, p. 91) de manera más directa cuando alude a que “... el *consensus* nacería merced al cruce o fusión de dos *stipulationes* expresivas de las prestaciones corresponsivas”.

33 NÚÑEZ-LAGOS, R.: “Causa”, cit., p. 3734.

34 Cfr. § 780 y 781 del B.G.B y § 17 del Código suizo de las obligaciones. Un sistema digno de análisis en este punto es el Derecho inglés, este clasifica a los contratos en dos grupos: *contract under seal y simple contract*. El primer grupo se trata de contratos solemnes, deben realizarse por un acto denominado *deed*. Este acto, que toma inspiración en la *stipulatio* romana, es obligatorio por el solo hecho de su redacción, sin atender a la causa por lo cual se considera un negocio abstracto. Por su parte los *simple contract*, no se hayan sometidos a ninguna formalidad, pueden hacerse verbalmente o por escrito, pero en tanto es válido solo si se fundamenta en una

En los últimos años del Imperio, el Derecho va a ir cediendo terreno a la autonomía de la voluntad, se va abandonando progresivamente el principio formalista en pos del principio espiritualista de clara influencia cristiana³⁵. Así el Derecho intermedio vera paulatinamente decaer el formalismo y deberá por consiguiente reforzar el causalismo³⁶.

Con los glosadores y los postglosadores los pactos, que el Derecho romano no producían más que obligaciones naturales, van a ser acogidos con fuerza obligatoria pero para ello será necesario que respondan a una causa que merezca tutela, los que no posean esa causa final se consideraran desnudos y no producirán efecto alguno: "...*nudum pactum est illud, quod non habet causam subsistendi*"³⁷. Y así surge la idea de concebir a la causa final como "*vestmentum*". Qué significa este *vestmentum* pues es el elemento que el derecho positivo valorará para dar fuerza obligatoria al mero consentimiento. Dirá MARTÍNEZ SANCHIZ que "Ello les llevaría (a los glosadores) a estudiar la norma y el pacto no sólo bajo ese común presupuesto de la *aequitas*, sino conforme a su mismo método que respectivamente se centraría en la *ratio legis* y en la causa *naturalis* y *civilis*" y añade que "La que se pondera es la (causa) final, pero se examina desde una perspectiva objetiva, no tanto como como expresión del querer; cuanto como presupuesto tomado en cuenta para su recepción por el derecho natural y por el derecho formal en el caso de llevar la *vestimenta* adecuada"³⁸.

Con la doctrina del *vestmentum*, creada por AZÓN, los glosadores permiten que el solo *consensus* cree un vínculo obligatorio, que no es más que decir una tutela jurídica. En palabras de su creador "... *si autem non fuerit nudum sed vestitum, actionem parit* (...)"³⁹. Con la doctrina del *vestmentum* todos los contratos, si quieren

valuable consideration. Vid. *per omnia*. ALPA, G.: *Causa e consideration*, Cedam, Padova, 1984, *passim*; RAMÍREZ DE LA TORRE, J. E.: "Causa en el Derecho contractual inglés y en el escocés", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 15, Año II, marzo de 1926, pp. 161-170.

35 En el evangelio según San Mateo (5,33-37 versión Biblia de Jerusalén, 1976), Jesús dice: "Habéis oído también que se dijo a los antepasados: No perjurarás, sino que cumplirás al Señor tus juramentos. Pues yo digo que no juréis en modo alguno: ni por el Cielo, porque es el trono de Dios, ni por la Tierra, porque es el escabel de sus pies; ni por Jerusalén, porque es la ciudad del gran rey. Ni tampoco jures por tu cabeza, porque ni a uno solo de tus cabellos puedes hacerlo blanco o negro. Sea vuestro lenguaje: 'Sí, sí'; 'no, no': que lo que pasa de aquí viene del Maligno."

De estas palabras puede interpretarse un desprecio por las fórmulas sacramentales que hacen obligatoria la promesa, la que deberá ser sustituida por el principio de que todo hombre deberá cumplir cualquier promesa que salga de su boca, independientemente de las palabras que use.

36 Apunta MARTÍNEZ SANCHIZ: "El negocio", cit., pp. 141) que "los glosadores parten, claro es, de la autoridad de los textos romanos. Pero también son hijos de su tiempo y en su ánimo pesa no solo el respeto a la legalidad sino especialmente a la *aequitas*, reflejo de su conciencia cristiana. Ello les conduce directamente hacia el problema de la causa."

37 BALDO DEGLI UBALDI: *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Venetiis, 1586, parágrafo *SED CUM NULLA*, folio 126 (vuelto). Aunque una alusión al pacto desnudo ya la encontramos en el Digesto (II.XIV.7 §4) "...*igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*."

38 MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A.: "El negocio", cit., pp. 147-148.

39 AZÓN: *Aurea Summa*, edición con *Adnotationes item non paucas, iuris studiosis Summae commoditati futurae, per V.I. Doc Hieronymum Gigantem fro sempronensem, adiectae fuerunt*, Lugduni, 1550, folio 17, número 14.

producir eficacia obligatoria deberán ser causados "...si contractibus innominatis non valet conventio sine causa, id est, sine vestimento (...)"⁴⁰.

Mas, todavía en esta doctrina persiste el elemento formalista, lo que se extrae de un análisis de los tipos o clases de *vestimentum*. La primera categoría recogida por la glosa es precisamente la de los contratos nominados del Derecho clásico, aquí consideran que el *vestimentum* es o el *consensus*, o la *res*, o las *verbis* o la *litteris*; la segunda categoría es la denominada *rei interventu* o justa causa aplicada a los contratos innominados; la tercera y el principal aporte en esta materia es la *cohaerentia contractus* la que a fin de dar fuerza obligatoria a un pacto nudo se le incorpora a un contrato vestido. Idea que se mantendrá con los humanistas⁴¹ aunque estos la irán ensanchando.

Así, mientras que la glosa enfoca el *vestimentum* en el pacto nudo, la escuela humanista aplicará el concepto de causa a todo contrato (claro está tomando este en sentido romano) pero es importante este avance porque van a trasladar el límite o freno al mero consentimiento de que este se pronuncie en torno a lo tipificado por la ley al elemento causal, al fin de ese consentimiento.

Un avance significativo en relación con el abandono de las solemnidades formales se da en el Derecho canónico. Con una influencia mayor de las palabras de Cristo apuntadas *supra*, los canonistas son los primeros en reconocer la eficacia activa de los pactos, pero los clasifican por especies. La *summa divisio* es la que contrapone los pactos útiles con los inútiles, señalando que estos son los que responden a una razón oculta *in quibus oculta est ratio* y adversa en cuanto tal a la utilidad pública. La valoración de la causa en los canonistas se transluce como nota de firmeza del consentimiento⁴².

Pero el salto definitivo lo dará la escuela de Derecho natural, quien conferirá fuerza obligatoria al mero consentimiento. ¿Significa esto el abandono de la valoración causa? Todo lo contrario significa el abandono total del formalismo y la cimentación de la doctrina de la causa negocial, pero enfocándola no ya en su concepción romana sino hacia su función económica.

40 ACCURSIO: *Corpus Iuris Civilis Iustinianei (cum commentariis Accursi, scholis contii et Gothofredi lucubrationibus ad Accursium)*, tomo I, Lugduni, 1627, parágrafo IGITUR, columna 224.

41 Vid. CUYACIO, J.: *Opera Omnia*, tomo IX, Nápoles, 1758, columnas 27 y 28. "...aut est pactum tantummodo, et ex eo non datur actio: aut est pactum ex continente contractui appositum, et ex eo datur actio, quia non pactum est tantum, sed et contractus, nec idea minus est pactum nudum: nam et ex ea pacta, quae ex continenti adiciuntur, appellantur nuda... Igitur pactum nudum est (...)" y DONELLO, H.: *Commentarii de Iure Civile*, Tomo VII, Libro XII-Quae in universum conventiones valent, sexta edición, Norimbergae, 1824, p. 83. "Non omnis, ut dixi, consensus et conventio in hoc, ut quid detur aut fiat, obligationem parit (...)"

42 Vid. MARTÍNEZ SANCHEZ, J. Á.: "El negocio", cit., pp. 157 y ss.

Hay autores que han pretendido ver una abstracción en la teoría de los iusnaturalistas⁴³, pero esto no es para nada acertado. Si se eliminara la valoración de la causa en un sistema de libre contratación se caería en el caos de lo arbitrario, el derecho comenzaría a tutelar cualquier promesa considerada sin más y esto no es lo que trasluce la idea de la escuela de Derecho Natural. Basta echar una ojeada a la definición de contrato que brinda su fundador para notar que es así, para GROCIO los contratos son "...los actos humanos que se enderezan a la utilidad de los otros hombres (...)"⁴⁴.

De esta definición extraemos que para GROCIO el contrato no es el libre arbitrio del consentimiento, sino que éstos han de ser valorados por el derecho conforme con su utilidad o sea conforme con su función económica y social. Así se trasluce de sus deducciones en relación con la igualdad en los contratos⁴⁵, igualdad que en su desarrollo apunta en relación a los vicios de la voluntad⁴⁶ y a la causa final del contrato⁴⁷.

La doctrina iusnaturalista seguidora de GROCIO va a acentuar este carácter causal del contrato en su función económica. Así tanto para WOLF como para PUFFENDORF los contratos van a ser analizados en tanto onerosos⁴⁸ y gratuitos⁴⁹, elevando este elemento puramente causal al elemento a valorar para acoger o desechar el consentimiento.

De todo este recuento *calamo currente* puede desprenderse una conclusión: la formalidad favorece a la abstracción mientras que la libertad de forma fortalece la valoración de la causa final. Esta conclusión parece hablarnos de una lucha de contrarios ante la cual siempre que se exigiera una formalidad se estaría vituperando a la causa, mas esta sería una conclusión muy anticipada lo que viene a recordarnos la sentencia número 1394/2007 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español.

43 Vid. GETE-ALONSO Y CALERA, M. C.: *Estructura*, cit., p. 432.

44 GROCIO, H.: *Del Derecho de la guerra y de la paz*, Tomo II (versión directa del original latino por J. Torrubiano Ripoll), Reus, Madrid, 1925, p. 194.

45 *Ídem.*, p. 199

46 *Ídem.*, p. 202

47 *Ídem.*, pp. 202 y ss.

48 WOLF, Ch.: *Principes du Droit de la nature et des gens, extrait du grand ouvrage latin par Formet*, Amsterdam, 1758, Lib. IV, Cap. IV, parágrafo I; PUFFENDORF, S.: *De officio hominis et civis juxta legem naturalem, Libri Duo*, Londres, 1701, Lib. I, Cap. XV, parágrafo II

49 WOLF, Ch.: *Principes*, cit., Lib. IV, Vap. III, parágrafo I; PUFFENDORF, S.: *De offici*, cit., Lib. I, Cap. XV, parágrafo II.

IV. ¿ES LA ESCRITURA NOTARIAL PROPENSA A LA ABSTRACCIÓN DEL NEGOCIO? UN INTENTO DE RESPUESTA A TRAVÉS DE LA SENTENCIA NÚMERO 1394/2007 DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL.

Hoy las formalidades se consideran excepciones en el Derecho de contratos donde, al final, ha triunfado la libertad de forma en virtud de la recepción casi mayoritaria del principio espiritualista, no obstante, la forma *ad substantiam* y *ad utilitatem* siguen presentes en muchos contratos principalmente aquellos cuyo objeto mediato lo constituye un bien inmueble. Pero lo que realmente hay que establecer es si ese papel de la escritura notarial en la eficacia o existencia del contrato propende a la ocultación o minusvaloración de la causa final del mismo.

Al respecto, NÚÑEZ LAGOS apuesta por continuar la disputa histórica y afianzar el carácter abstracto de la escritura notarial. Para el autor el instrumento notarial es el digno continuador de la *stipulatio* romana: "La firma de la escritura –dice el ilustre notario– constituye válidamente la relación jurídica de fondo. La escritura, al absorber la *stipulatio* y la *traditio per chartam*, ha suplantado al viejo formulismo romano en el primer momento de la vida de una relación jurídica: en el instante de nacer"⁵⁰.

A pesar del peso que el prestigio del autor le da a esta tesis, no creo que sea en la actualidad la posición mayoritaria. La escritura notarial viene por el contrario hoy a reconciliar a la forma y la causa en el contrato instrumentado. El instrumento notarial, a diferencia de la *stipulatio*, no recoge una formula sacramental vacía de contenido que es llenada con la estructura y la función del contrato, sino que instrumenta causalmente este contrato, enlazando de esta manera la formalidad de la cual viene investida con la causa configuradora del negocio contractual que instrumenta.

Es esto precisamente lo que viene a establecer la sentencia sobre la que gira este artículo.

La sentencia número 1394/2007 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español, cuyo ponente es GULLÓN BALLESTEROS, resuelve un asunto sobre una donación simulada por una compraventa. Al efecto lo que se debate es si la escritura de compraventa puede ser válida para cumplir el requisito de forma que exige la legislación sustantiva para hacer válido el negocio disimulado de donación de inmuebles, pero va más allá de eso, en sí de lo que habla la sentencia es de la necesidad de que el instrumento notarial exprese la causa del negocio. O sea

50 NÚÑEZ LAGOS, R.: *Hechos y derechos en el documento público*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1950, p. 243.

que la escritura no se considere como un documento legitimador sin más sino un documento legitimador del *actum* específico que instrumenta tomándolo en referencia a su causa.

Al respecto señala la sentencia: “Esta Sala considera que la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles de se dice encubría. Aunque se probase que hubo animus donandi del donante aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública sino en los autos del pleito seguido sobre la simulación. El art. 633 Cód. civ., cuando hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es totalmente diferente de que se extraigan de los restos de una nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial. En consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del art. 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquéllos”.

La concepción de una escritura de valor abstracto es la que viene a desechar el alto foro ibérico, la escritura como “forma solemne” no es suficiente *per se* para legitimar un contrato, no tiene la cualidad de validar la abstracción. La escritura ha de contener la causa del negocio, ha de estar expresada.

Ahora bien, ¿qué significa exactamente la expresión de la causa en el instrumento? Si tenemos en consideración todo lo que hemos sostenido como naturaleza de la causa entonces deberíamos concluir que la causa final se expresa en todo el instrumento desde ese *nomen iuris* que lo encabeza hasta el clausulado y las estipulaciones que conforman su parte dispositiva. En este sentido la única manera en que una escritura puede prescindir de la causa en su redacción es la que señala la sentencia citada, o sea que se pretenda que una escritura contiene y valida un contrato de donación cuando está redactada para instrumentar uno de compraventa. Eso sí sería abstraer la escritura del negocio. De otra manera podríamos estar en presencia de negocios eficientemente abstractos, pero no finalísticamente abstractos.

La concepción que viene a sostener la sentencia sobre la forma es conciliatoria con la causa del contrato, ya no los ve como contrarios, como elementos que se excluyen en su valoración para la asimilación del negocio por el Derecho positivo. La sentencia viene a sostener que la formalidad ha de ser expresión viva de la causa del contrato, aunque expresamente se refiera al consentimiento ha de acotarse que no se refiere a la declaración sin más de voluntad (la cual sin dudas

está presente en la escritura que instrumenta el negocio simulado) sino más bien al contenido de esta, es decir a su objeto y principalmente a su causa.

Para este último punto es necesario tener en consideración que el artículo 1.262 del Código civil español, en su primer párrafo, establece: “El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato”.⁵¹ Este artículo no solo distingue claramente el elemento del consentimiento del elemento causal sino que establece cuál es su relación: la causa, pretérita y objetiva en relación a la manifestación, ha de ser contenido de aquella⁵². O sea, si la manifestación de voluntad ha de referirse al objeto y causa del negocio que origina es porque ha sido conocida y apetecida previamente por el agente, incluso antes de iniciar el contrato, siendo la primera de las causas del ente no obstante su nombre.

Es en esta clave precisamente en la que se pronuncia el tribunal, la escritura de compraventa no satisface el requisito de forma exigido *ex lege* para la donación porque hoy la formalidad no tiene el sentido de apresar en ella a la autonomía de la voluntad. Por eso no existe hoy algo parecido a la *stipulatio*, entiéndase una forma vacía que sirve simplemente de cauce para que el Derecho tutele el contrato, porque se exige que esa forma sea expresión auténtica del contrato celebrado configurado en virtud de un tipo contractual genérico.

La escritura notarial no es, por lo tanto, reservorio formal de la abstracción sino el instrumento propicio para la configuración causal del negocio, esta es creo la conclusión principal que nos brinda la sentencia número 1394/2007 cuya doctrina ha sido mantenida por la jurisprudencia española hasta la fecha⁵³.

51 Si bien su homólogo cubano (cfr. artículo 311 del Código Civil cubano) excluye a la causa de su regulación, cabe decir que es un desatino legislativo, salvado no obstante por la propia lógica negocial, pues las partes no solo conciertan en relación con el objeto (según el artículo 46.3 del propio Código este sería la prestación de dar, hacer o no hacer) sino con el tipo contractual a partir del cual realizarán esta prestación. Es por eso que la propia esencia del contrato y del consentimiento requerirá un acuerdo sobre la causa pues no basta que A y B concierten que A le entregará a B un bien determinado, tendrán también que determinar si se lo entregará gratuita u onerosamente, si le transferirá la propiedad o solamente el uso, si se los transferirá mientras viva o una vez que haya fallecido, etc.

52 Nótese bien a fin de no caer en asimilaciones erróneas que concibo a la causa como contenido de la manifestación de voluntad y no del contrato. El clausulado será el contenido de aquel mientras que si la manifestación de voluntad se tiene que pronunciar sobre objeto y causa, estos serán su contenido.

53 Vid. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador): *Derecho Civil II- Obligaciones y contratos*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, nota 56, p. 214.

BIBLIOGRAFÍA

ACCURSIO: *Corpus Iuris Civilis Iustiniani (cum commentariis Accursi, scholis contii et Gothofredi lucubrationibus ad Accursium)*, tomo I, Lugduni, 1627.

ALPA, G.: *Causa e consideration*, Cedam, Padova, 1984.

ARIAS RAMOS. *Derecho Romano*, Revista de Derecho Romano, Madrid, 1966.

ARISTÓTELES:

- *Física*.

- *Metafísica*.

AZÓN: *Aurea Summa*, edición con *Adnotationes ítem non paucas, iuris studiosis Summae commoditati futurae, per V.l. Doc Hieronymum Gigantem fro sempronensem, adiectae fuerunt*, Lugduni, 1550.

BALDO DEGLI UBALDI: *In Priman Digesti Veteris Partem Commentaria*, Venetiis, 1586.

BALMES, J.: *Filosofía fundamental*, Tomo III, 3ª ed., imprenta del Diario de Barcelona, Barcelona, 1860; BIONDI, B.: *Contratto e Stipulatio*, Giuffrè, Milán, 1953.

CARNELUTTI, F.: *Teoría general del Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

CUYACIO, J.: *Opera Omnia*, tomo IX, Nápoles, 1758.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador): *Derecho Civil II- Obligaciones y contratos*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

DELGADO VERGARA, T. y ROSELLÓ MANZANO, R.: "De los requisitos del contrato. Un enfoque desde la doctrina hacia el Código civil cubano", en <http://www.ambito-juridico.com>.

DEIANA, G.: "Alcuni chiarimenti sulla causa del negozio e dell'obbligazione", *Rivista di diritto civile*, I-II, 1938.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: "El concepto de causa en el negocio jurídico", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XVI, Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1963, fascículo I enero-marzo.

DONELLO, H.: *Commentarii de Iure Civile*, Tomo VII, Libro XII.

D'ORS, Á.: *De la guerra y de la paz*, ediciones Rialp, Madrid, 1954.

ENGISCH, K.: *La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales* (estudio preliminar y traducción de J. J. GIL CREMADES), Universidad de Navarra, Pamplona, 1968.

FERRI, G. B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milán, 1966.

FLUME, W.: *El negocio jurídico. Parte General del Derecho Civil*, Tomo Segundo (traducido por J. M. Miguel González y E. Gómez Calle), 4ª ed. no modificada, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.

GIORGI, J.: *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*, Volumen III, *Fuente de las obligaciones. Contratos* (traducida de la 7ª ed. italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia), Reus, Madrid, 1929.

GETE-ALONSO Y CALERA, M. C.: *Estructura y función del tipo contractual*, Bosch, Barcelona, 1979.

GOBLOT, E.: *Traité de logique*, editor A. Colin, París, 1918.

GONZÁLEZ Y DÍAZ TUÑÓN, Z.: *Filosofía Elemental*, Tomo II, 6ª ed., Imprenta de los Sres. Lezcano y Compa, 1881.

GROCIO, H.: *Del Derecho de la guerra y de la paz*, Tomo II (versión directa del original latino por J. Torrubiano Ripoll), Reus, Madrid, 1925.

GUASP, J.: "Indicaciones sobre el problema de la causa en los actos procesales", *Revista de Derecho Procesal*, número 3, 1948.

IHERING, R. von: *El espíritu del Derecho Romano*, Comares, Madrid, 1998.

MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A.: "El negocio jurídico", en *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo I, Volumen 4º.

MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A.: *Las relaciones jurídicas. El negocio jurídico*, 1ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 2005.

MILLÁN PUELLES, A.: *Fundamentos de filosofía*, Rialp, Madrid, 1962.

NÚÑEZ-LAGOS, R.: "Causa de la *traditio* y causa de la *obligatio*", *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Tomo II (coord. por J. GÓMEZ GÁLIGO), 1ª ed., Thomson Civitas, Navarra, 2009.

NÚÑEZ-LAGOS, R.: *Hechos y derechos en el documento público*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1950.

PUFFENDORF, S.: *De officio hominis et civis juxta legem naturalem*, *Libri Duo*, Londres, 1701.

RAMÍREZ DE LA TORRE, J. E.: "Causa en el Derecho contractual inglés y en el escocés", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 15, Año II, marzo de 1926.

RAPA ÁLVAREZ, V.: "La relación jurídica. Categoría esencial en el nuevo Código Civil", *Revista Jurídica*, n° 19, Año VI, UNJC, La Habana, abril- junio 1988.

SCIALOJA, V.: *Negocios jurídicos* (traducción de la 4ª ed. italiana por F. de Pelsmaecker e Iváñez), editorial de la Gavidia, Sevilla, 1942.

STEENBERGHEN, F. van: *Ontología*, Gredos, Madrid, 1957.

VALDÉS DÍAZ, C:

- "Causa de las relaciones jurídicas civiles", en *Derecho Civil. Parte General* (bajo su coordinación), Félix Varela, La Habana, 2006.
- "Requisitos del contrato", en *Derecho de contratos. Tomo I, Teoría general del contrato* (coordinado por O. Rodríguez), Félix Varela, La Habana, 2006.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho*, Tomo II, *Elaboración sistemática*, Volumen 2º, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2003.

VIGO, R. L.: *Las causas del Derecho*, 2ª ed. ampliada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

WEBER, M: *Gesamte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Verlag von J.C.B. Mohr, Tübingen, 1922.

WOLF, Ch.: *Principes du Droit de la nature et des gens, extrait du grand ouvrage latin par Formet*, Amsterdam, 1758.



APUNTES SOBRE EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA
FAMILIAR EN ITALIA

NOTES ON THE RIGHT TO USE FAMILY HOME IN ITALY

Rev. Boliv. de Derecho N° 26, julio 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 360-377



Pedro
CHAPARRO-
MATAMOROS

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de febrero de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 10 de abril de 2018

RESUMEN: El objeto del presente estudio es comparar el derecho de uso de la vivienda familiar en España y en Italia. En cuanto a las diferencias entre ambos ordenamientos jurídicos, ha de hacerse hincapié, principalmente, en dos. La primera de ellas es la parquedad y rigidez de las soluciones que ofrece el Derecho italiano, al no tener una normativa autonómica en materia de relaciones familiares como la existente en España (que, como se ha apuntado, contiene remedios alternativos al art. 96 CC). La segunda de las diferencias tiene que ver con el régimen de protección del cónyuge perjudicado económicamente por la ruptura. En Italia, a diferencia de lo previsto en España, no existe una disposición similar al art. 96.III CC.

PALABRAS CLAVE: Derecho de uso; vivienda familiar; oponibilidad del derecho de uso; uniones de hecho.

ABSTRACT: The purpose of this study is to compare the right to use the family home in Spain and Italy. Regarding the differences between both legal systems, emphasis should be placed, in particular, on two. The first is the rigidity of the solutions offered by Italian law, caused by the fact of not having autonomic regulations on family relations such as the one in Spain (which, as noted, contains alternative remedies to article 96 CC). The second of the differences has to do with the protection regime of the spouse economically disadvantaged by the rupture. In Italy, unlike what happens in Spain, there is no provision similar to art. 96.III CC.

KEY WORDS: Right to use; family home; enforceability of the right to use; unmarried couple.

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. LA DISCUSIÓN SOBRE LA NATURALEZA REAL O PERSONAL DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.- III. ¿A QUÉ HIJOS PROTEGE EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN ITALIA?- IV. LA Oponibilidad a TERCEROS DEL DERECHO DE USO.- V. LA EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR POR CONVIVENCIA MORE UXORIO DEL CÓNYUGE USUARIO

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Los avatares que afectan a la naturaleza, constitución, modificación y extinción del derecho de uso de la vivienda familiar no son exclusivos del ordenamiento jurídico español, sino que también pueden observarse si uno atiende a los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, entre los cuales nos ha parecido necesario destacar, habida cuenta su proximidad geográfica y la similitud con el ordenamiento jurídico español de los principios inspiradores que los presiden, el ordenamiento italiano.

En primer lugar, cabe señalar que, en el ordenamiento jurídico italiano, no se observan grandes diferencias con respecto a España en materia de atribución del uso de la vivienda familiar, lo que resulta lógico, si se tiene en cuenta el paralelismo existente entre ambos ordenamientos jurídicos y que se manifiesta en multitud de disciplinas y ramas.

Ahora bien, sí que es necesario poner de relieve, cuanto menos, una idea. Y es que Italia carece de una regulación autonómica como la existente en España en materia de relaciones familiares, lo que, necesariamente, conlleva, a su vez, dos consecuencias: a) la primera de ellas es una mayor uniformidad en el tratamiento de la materia; y b) como contrapartida de lo anterior, el Derecho italiano es menos flexible, disponiendo de un menor número de soluciones, por contraposición a la riqueza en soluciones que presenta el ordenamiento jurídico español derivada

• Pedro Chaparro-Matamoros

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil en la Universidad de Valencia. Doctor en Derecho con Sobresaliente cum laude y Mención Internacional (2017) por la Universidad de Valencia. Licenciado en Administración y Dirección de Empresas (2011), y Máster en Derecho, Empresa y Justicia (2012), en ambos casos también por la Universidad de Valencia. Sus principales líneas de investigación son los derechos de la personalidad, el Derecho de Familia en general (y, en particular, uniones de hecho y atribución del uso de la vivienda familiar) y la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. Galardonado con el Accésit del Premio "Estudios Financieros" en su categoría de "Derecho civil y mercantil" en el año 2013 con el trabajo "La responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información en los supuestos de vulneración del derecho al honor en Internet". Es Secretario de las revistas "Revista boliviana de Derecho" y de "Actualidad jurídica Iberoamericana". Es también secretario general del IDIBE. Correo electrónico: pedro.chaparro@uv.es. Perfil en Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?user=NSNpiNwAAAAJ&hl=es>. Perfil en ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8322-7769>

de las diferentes leyes autonómicas existentes en cuestiones como las relaciones familiares entre progenitores con hijos a su cargo o en las uniones de hecho.

II. LA DISCUSIÓN SOBRE LA NATURALEZA REAL O PERSONAL DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

Al igual que ocurre en España, en Italia la naturaleza del derecho de uso ('diritto di abitazione') de la vivienda familiar es todavía objeto de discusión, existiendo autores que se posicionan en los extremos (real¹ o personal²), mientras otros opinan que la naturaleza del derecho dependerá del caso concreto³. En fin, también los hay que relativizan la importancia del debate, afirmando que la oponibilidad del derecho a los terceros adquirentes (conforme a las reglas que ahora veremos) priva de interés a la controversia sobre el carácter real o personal del derecho de uso de la vivienda familiar⁴.

Por su parte, en la jurisprudencia italiana, ha predominado la tesis de que se trata de un derecho personal⁵.

III. ¿A QUÉ HIJOS PROTEGE EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN ITALIA?

Como ya hemos visto, y a pesar de que existen opiniones discrepantes, en la doctrina española predomina la tesis de que el art. 96.I CC protege no sólo

- 1 SIRENA, P.: "L'opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare dopo la legge sull'affidamento condiviso", *Riv. dir. civ.*, 2011 I, I, pp. 568 y ss., considera que la nueva formulación del art. 155 *quater* CCI (y en la actualidad del art. 337 *sexies*, párrafo primero, CCI), que ha omitido el reenvío al art. 1599 CCI, permite calificar como real el derecho de disfrute del cónyuge asignatario.
- 2 Sostienen esta tesis BENETTI GENOLINI, M. U. y FRANCIOLI, L.: *Separazione e divorzio. Figli, coniugi e casa coniugale. Provvedimenti e tutela*, G. Giappichelli, Torino, 2004, p. 200; FREZZA, G.: "Il nuovo art. 337 *sexies* C.C.: appunti e spunti", *Arch. Giur. Filippo Serafini*, vol. CCXXXIV, fasc. 2-2014, pp. 169-172; GABRIELLI, G.: "I problemi dell'assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia", *Riv. Dir. civ.*, I, 2003, p. 128; JANNARELLI, A.: "L'assegnazione della «casa familiare» nella separazione personale dei coniugi", *Foro it.*, 1981, I, c. 1382; y VIRGADAMO, P.: "Opponibilità ai terzi del provvedimento assegnativo della casa familiare e affidamento condiviso", *Dir. fam. pers.*, 2008, pp. 1598 y ss.
- 3 Es el caso, por ejemplo, de BIANCA, C. M.: *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 222, para quien el problema de la naturaleza del derecho de uso del cónyuge separado o divorciado no puede ser resuelto buscando una calificación unívoca: se configurará como un derecho real si la casa es propiedad del cónyuge no usuario, o como un derecho personal en la hipótesis de que la casa sea arrendada. En sentido similar, v. BARTOLINI, F. y BARTOLINI, M.: *Commentario sistematico del diritto di famiglia. Aggiornato con la riforma della giustizia civile (L. 10 novembre 2014, n. 162)*, CELT, Piacenza, 2015, p. 54; y LUMINOSO, A.: "Spunti in tema di assegnazione della casa coniugale", en DE TILLA, M. y OPERAMOLLA, U. (a cura di): *Seminari di diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 830-833.
- 4 BARBIERA, L.: "Assegno e assegnazione in uso della casa familiare nel divorzio", en DE TILLA, M. y OPERAMOLLA, U. (a cura di): *Seminari di diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 819.
- 5 V. en este sentido Cass., 29 julio 1987, núm. 6550, en *DeJure online*; Cass., 5 julio 1988, núm. 4420, en *DeJure online*; Cass., 5 junio 1991, núm. 6348, en *DeJure online*; Cass., 17 octubre 1992, núm. 11424, en *DeJure online*; Cass., 26 enero 1995, núm. 929, en *DeJure online*; Cass., 18 agosto 1997, núm. 7680, en *DeJure online*; Cass., 17 septiembre 2001, núm. 11630, en *DeJure online*; Cass., Sez. Un., 26 julio 2002, núm. 11096, en *DeJure online*; Cass., 7 marzo 2003, núm. 3434, en *DeJure online*; Cass., 8 abril 2003, núm. 5455, en *DeJure online*; Cass., 18 septiembre 2003, núm. 13736, en *DeJure online*; Cass., Sez. Un., 21 julio 2004, núm. 13603, en *DeJure online*; Cass., 19 septiembre 2005, núm. 18476, en *DeJure online*; o Cass., 3 marzo 2006, núm. 4719, en *DeJure online*.

a los hijos menores de edad, sino también a los mayores de edad que no sean económicamente independientes. Sin embargo, en Italia la cosa parece estar más clara, habiendo entendido tanto doctrina⁶, como jurisprudencia⁷, que el derecho de uso de la vivienda familiar protege tanto a los hijos menores de edad, como a los mayores que no sean autosuficientes desde un punto de vista económico.

En efecto, el art. 337 sexies, párrafo primero, CCI (antiguo art. 155 *quater*), dice que la atribución del uso de la vivienda familiar tendrá en cuenta prioritariamente los intereses “de los hijos”, sin distinguir entre menores y mayores de edad. Esta referencia genérica a los hijos ha sido entendida por la doctrina italiana como comprensiva tanto de los menores de edad, como de los mayores de edad que aún no sean autosuficientes económicamente (con exclusión de aquellos que no lo sean por su propia culpa o indolencia)⁸.

Asimismo, el art. 6.6 de la Ley núm. 898/1970, de 1 de diciembre (“*Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*”) señala que tendrá preferencia para permanecer en la vivienda familiar el progenitor a cuyo cuidado queden los hijos o con el que convivan los hijos una vez alcanzada la mayoría de edad.

Esta interpretación, como hemos dicho, ha sido acogida también por la jurisprudencia, que, al objeto de la atribución del uso de la vivienda familiar, considera relevante, no la edad de los hijos, sino su convivencia con el cónyuge usuario y su falta de autosuficiencia. *A sensu contrario*, cuando los hijos sean

6 V. a este respecto AL MUREDEN, E.: *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole: funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, IPSOA, Milano, 2007, p. 54; AULETTA, T.: *Diritto di famiglia*, G. Giappichelli, Torino, 2011, p. 276; BARTOLINI, F., y BARTOLINI, M.: *Commentario sistematico del diritto di famiglia. Aggiornato con la riforma della giustizia civile (L. 10 novembre 2014, n. 162)*, cit., p. 50; CARAPEZZA FIGLIA, G., en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, 2015, pp. 3410-3411; DE FILIPPIS, B.: *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio: conseguenze della crisi coniugale su coppia, famiglia, figli e beni*, CEDAM, 2ª ed., Padova, 2012, p. 483; FERRANDO, G.: “L’assegnazione della casa familiare”, G. Giappichelli, Torino, 2008, p. 108; GALLUZZO, S. A. R.: *Famiglia e minori: Percorsi di diritto e giurisprudenza*, Gruppo 24 Ore, Milano, 2010, pp. 266 y 280-282; LUMINOSO, A.: “Obbligazioni di mantenimento nella separazione e nel divorzio e prestazioni in natura”, *Famiglia e diritto*, núm. 11/2008, pp. 1059-1063; MACARIO, F.: *Diritto di famiglia. Questioni giurisprudenziali*, G. Giappichelli, Torino, 2011, p. 207; MERZ, S.: *Manuale pratico e formulario dei rapporti economici nella separazione e nel divorzio*, CEDAM, 2ª ed., Padova, 2013, pp. 302-303; y SALITO, G.: “L’affidamento condiviso dei figli nella crisi della famiglia”, en STANZIONE, G. A. (a cura di): *La separazione. Il divorzio. L’affido condiviso*, G. Giappichelli, Torino, 2011, p. 463.

7 En este sentido pueden verse, entre otras, las siguientes sentencias: Cass., 22 abril 2005, núm. 8539, en *DeJure online*; Cass., 20 enero 2006, núm. 1198, en *DeJure online*; Cass., 17 diciembre 2007, núm. 26574, en *DeJure online*; Cass., 28 de enero de 2009, núm. 2184, en *DeJure online*; Cass., 22 de marzo de 2010, núm. 6861, en *DeJure online*; o Cass., 30 de marzo de 2012, núm. 5174, en *DeJure online*.

8 Por todos, GIANNATTASIO, F.: “Figli maggiorenne e figli portatori di handicap”, en BELLANOVA, L., DE FILIPPIS, B., FIORILLO, L., GIANNATTASIO, F., MEA, R., MOLINARO, I., PALADINI, M., y SCARPA, A.: *L’assegnazione della casa coniugale nella separazione e nel divorzio*, CEDAM, Milano, 2010, p. 76 (nota al pie 26), dice en este sentido, respecto del art. 155 *quater* (aunque las consideraciones son totalmente extrapolables al actual art. 337 sexies CCI), que habla de hijos “en general”, sin especificar si deben ser menores o mayores de edad, lo que resulta plenamente coherente con la *ratio legis* de tutela de la prole en general. En consecuencia, también deben considerarse protegidos por el precepto los hijos mayores de edad que no sean autosuficientes desde un punto de vista económico, siempre y cuando dicha falta de autosuficiencia no sea imputable a ellos mismos.

económicamente independientes, no tendrá lugar la atribución del uso de la vivienda familiar, y ello aunque convivan con el cónyuge que la pretenda⁹.

IV. LA OPONIBILIDAD A TERCEROS DEL DERECHO DE USO.

Fue con la reforma del Derecho de familia italiano en 1975¹⁰ cuando el legislador introdujo la posibilidad excepcional de limitar el derecho de propiedad o de disfrute de un cónyuge sobre la vivienda familiar a favor del otro¹¹, en cuanto custodio de los hijos menores, con el objetivo de tutelar el interés de éstos manteniéndolos en su “hábitat doméstico”¹². Sin embargo, esta reforma contemplaba únicamente el caso de la separación y no, en cambio, el supuesto del divorcio, que había sido introducido en el Derecho italiano mediante la Ley núm. 898/1970, de 1 de diciembre (“Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio”)¹³.

9 Cass., 18 septiembre 2013, núm. 21334, en *DeJure online*. La Corte Suprema de Casación afirma en esta sentencia que la protección que el (antiguo) art. 155 *quater* CCI dispensa a los hijos sólo juega respecto de los hijos menores de edad o no económicamente autosuficientes.

10 Mediante Ley núm. 151/1975, de 19 de mayo (G.U. núm. 135, de 23-05-1975).

11 Así, el art. 36 de la Ley núm. 151/1975, de 19 de mayo, sustituyó al art. 155 CCI. En el nuevo, el cuarto párrafo disponía que “La atribución del uso de la vivienda familiar se hará preferentemente, y si ello es posible, al cónyuge al que se atribuya la guarda y custodia de los hijos menores”. La mención “si ello es posible” ha llevado a la doctrina italiana a entender que se excluye de la aplicación de la norma el comodato celebrado en consideración exclusiva a uno de los cónyuges, puesto que dicha matización tiene por objeto llamar la atención del intérprete sobre la existencia de un título que legitime a uno de los cónyuges a usar de la vivienda con exclusión del otro, y ello, aunque sea éste el cónyuge custodio. V. en este sentido GABRIELLI, G.: “*I problemi dell’assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia*”, cit., p. 138.

12 BENETTI GENOLINI, M. U. y FRANCIOLI, L.: *Separazione e divorzio. Figli, coniugi e casa coniugale. Provvedimenti e tutela*, cit., p. 170.

13 Sobre la atribución del uso de la vivienda familiar en Italia pueden consultarse, entre otras, las siguientes obras recientes: ABATE, S. (ed altri): *Il processo di separazione e divorzio: rito e prassi*, CEDAM, Padova, 2011; ABATE, S. (ed altri): *L’esecuzione dei provvedimenti in materia di separazione e divorzio*, CEDAM, Padova, 2010; ANCESCHI, A.: *L’assegnazione della casa: separazione, divorzio, famiglia di fatto, successione, ordini di protezione*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2013; ASPREA, S.: *Mantenimento e casa coniugale: aspetti giuridici ed economici*, Giuffrè, Milano, 2011; AULETTA, T. (a cura di): *rapporti patrimoniali fra coniugi*, G. Giappichelli, Torino, 2011; AULETTA, T. (a cura di): *La crisi familiare* [dentro de la más amplia obra BESSONE, M. (dir.): *Trattato di Diritto privato*, Tomo IV: Il diritto di famiglia, II], G. Giappichelli, Torino, 2013; BARTOLINI, F.: *I procedimenti di separazione, divorzio e affidamento condiviso: le interpretazioni più recenti e significative della giurisprudenza: il formulario*, La Tribuna, Piacenza, 2011; BELLANOVA, L., DE FILIPPIS, B., FIORILLO, L., GIANNATTASIO, F., MEA, R., MOLINARO, I., PALADINI, M., y SCARPA, A.: *L’assegnazione della casa coniugale nella separazione e nel divorzio*, cit.; BELLUCCI, G. y MENNA, A.: *Separazione e divorzio: le questioni attuali nella più recente casistica giurisprudenziale*, Dike jurídica, Roma, 2011; BENETTI GENOLINI, M. U. y FRANCIOLI, L.: *Separazione e divorzio. Figli, coniugi e casa coniugale. Provvedimenti e tutela*, cit.; BRUNO, M.: *Separazione e divorzio*, Giuffrè, Milano, 2014; BUFFA, A. y BUFFA, F.: *Il diritto alla casa familiare nella separazione e divorzio*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2010; BUONADONNA, A. L.: *L’addebito di responsabilità nella separazione: profili civili e penale*, CEDAM, 2ª ed., Assago, 2013; CONTIERO, G.: *Il trattamento economico del coniuge nella separazione en el divorzio*, Giuffrè, Milano, 2013; CONTIERO, G.: *L’assegnazione della casa familiare*, Giuffrè, Milano, 2014; CULOT, D.: *I rapporti patrimoniali tra coniugi prima e dopo la separazione*, Giuffrè, Milano, 2010; CUBEDDU, M. G.: *La casa familiare*, Giuffrè, Milano, 2005; DAMMACCO, S.: *Aspetti fiscali della separazione e del divorzio*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013; DE FILIPPIS, B.: *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio: conseguenze della crisi coniugale su coppia, famiglia, figli e beni*, cit.; DI PIRRO, M.: *Separazione e divorzio. Manuale teorico-pratico con ampia casistica giurisprudenziale e formulario*, Simone, VII ed., Napoli, 2015; DOGLIOTTI, M. (a cura di): *Separazione e divorzio. I presupposti: profili nazionali, internazionali, comunitari*, Giuffrè, Milano, 2012; DOGLIOTTI, M., y FIGONE, A.: *I procedimenti di separazione e divorzio*, Giuffrè, Milano, 2011; FASANO, A., FASANO, M. y ROSSANO, R.: *Rapporti patrimoniali e crisi coniugale*, cit.; FREZZA, G.: *I luoghi della famiglia*, G. Giappichelli, Torino, 2004; FREZZA, G.: “Il nuovo art. 337 *sexies* C.C.: appunti e spunti”, cit.; FREZZA, G.: *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, Giuffrè, Milano, 2008; GABRIELLI, G.: “I problemi dell’assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia”, cit.; GIOVAGNOLI, R.: *I regimi patrimoniali della famiglia: percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 2010; GRAZIOSI, A. (a cura di): *I processi di separazione e di divorzio*, G. Giappichelli, Torino, 2011; MARINO, M.: *Separazione e divorzio: normativa*

Se hubo de esperar hasta la aprobación de la Ley núm. 74/1987¹⁴, de 6 de marzo, para poder realizar la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de divorcio en el Derecho italiano¹⁵. Así, dicha ley reescribió entero el art. 6 de la Ley núm. 898/1970, de 1 de diciembre, disponiendo en su apartado 6, inciso primero, que “La atribución del uso de la vivienda familiar se hará preferentemente al cónyuge al que se atribuya la guarda y custodia de los hijos menores, o con el que convivan los hijos después de la mayoría de edad”.

Entre tanto, en el periodo comprendido entre la introducción de la atribución de la vivienda familiar en el caso de separación (1975) y en el caso de divorcio (1987), la jurisprudencia admitió la posibilidad de aplicar analógicamente el art. 155 *quater* CCI al caso de divorcio. En principio, se siguió una línea restrictiva, sobre la base de considerar que la medida de atribución de la vivienda familiar se producía “en el marco de una situación temporal, que el legislador desea que pueda ser superada retomando la convivencia, mientras que en el caso de divorcio, con la definitiva ruptura de la comunión de vida familiar, también las relaciones patrimoniales deben encontrar una solución definitiva”¹⁶.

Sin embargo, posteriormente, se admitió la posibilidad de que el juez del divorcio pudiera asignar el uso de la casa familiar mediante la aplicación analógica del art. 155 *quater* CCI al cónyuge custodio, aunque no fuera titular de ningún derecho real o personal sobre el inmueble¹⁷. Ello, de algún modo, influyó en la nueva redacción del art. 6.6 de la Ley núm. 898/1970, que recogió esta orientación jurisprudencial que promovía la aplicación analógica de la atribución del uso de la vivienda familiar al caso de divorcio¹⁸.

e giurisprudenza a confronto, Il Sole 24 Ore, Milano, 2012; OBERTO, G. (a cura di): *Gli aspetti di separazione e divorzio nella famiglia: profili sostanziali, processuali, di mediazione, di previdenza, di tutele con riferimento al coniuge debole e ai minori, le nuove frontiere del risarcimento del danno*, CEDAM, Assago, 2012; PADALINO, C.: *Modifica delle condizioni di separazione e divorzio*, G. Giappichelli, Torino, 2011; PAGLIANI, G.: *Modifica delle condizioni di separazione e divorzio*, Giuffrè, Milano, 2013; PATTI, S. y ROSSI CARLEO, L. (a cura di): *L'affidamento condiviso*, Giuffrè, Milano, 2006; PATTI, S. y ROSSI CARLEO, L. (a cura di): *Provvedimenti riguardo ai figli: art. 155-155 sexies*, Zanichelli, Bologna, 2010; PINI, M. (ed altri): *Il mantenimento per il coniuge e per i figli nella separazione e nel divorzio*, CEDAM, Padova, 2013; SANTINI, M. (a cura di): *I conflitti patrimoniali della separazione e del divorzio (con formulario). Nuova reversibilità della pensione, contratti prematrimoniali, tutela del mantenimento*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2012; SCACCHI, A.: *I regimi patrimoniali della famiglia: questioni processuali*, Giuffrè, Milano, 2010; SIRENA, P.: “L’opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare dopo la legge sull’affidamento condiviso”, cit.; y VIRGADAMO, P.: “Opponibilità ai terzi del provvedimento assegnativo della casa familiare e affidamento condiviso”.

14 G.U. núm. 58, de 11-03-1987.

15 Sobre la evolución de la normativa italiana en materia de atribución del uso de la vivienda familiar, v. de forma más exhaustiva CONTIERO, G.: *L’assegnazione della casa coniugale. Separazione, divorzio, convivenza more uxorio*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 18-27; y FIORILLO, L.: “Inquadramento giuridico dell’istituto”, en BELLANOVA, L., DE FILIPPIS, B., FIORILLO, L., GIANNATTASIO, F., MEA, R., MOLINARO, I., PALADINI, M., y SCARPA, A.: *L’assegnazione della casa coniugale nella separazione e nel divorzio*, CEDAM, Milano, 2010, pp. 9-21.

16 Cass., 21 octubre 1981, núm. 5507, en *DeJure online*. En un sentido similar se pronunció, con anterioridad, Cass., 19 mayo 1978, núm. 2462, en *DeJure online*, denegando también la aplicación de esta disciplina al caso de divorcio.

17 Cass., 30 enero 1985, núm. 578, en *DeJure online*; y Cass. Sez. Un., 28 abril 1987, núm. 4089, en *DeJure online*.

18 BENETTI GENOLINI, M. U. y FRANCIOLI, L.: *Separazione e divorzio. Figli, coniugi e casa coniugale. Provvedimenti e tutela*, cit., pp. 171-172.

En otro orden de ideas, la inscripción de la resolución judicial de atribución del uso de la casa familiar fue contemplada por primera vez por el art. 6.6, último inciso, de la Ley núm. 898/1970, según el cual “La asignación, en cuanto inscrita, es oponible al tercer adquirente en el sentido del art. 1599 CC”¹⁹. Este precepto (1599. III CCI) establece un régimen especial en materia de arrendamientos, permitiendo la oponibilidad de los arrendamientos no inscritos a terceros adquirentes del inmueble, siempre y cuando el contrato de arrendamiento tenga una fecha cierta anterior a la adquisición del inmueble²⁰.

Obsérvese aquí que, paradójicamente, la inscripción de la resolución judicial de atribución del uso de la vivienda familiar fue prevista en el marco de la ley que introdujo el divorcio, sin que existieran mayores precisiones en cuanto a su aplicabilidad al caso de la separación²¹. Sin embargo, la Corte Constitucional aplicó analógicamente a la separación esta regla, de forma que también resulta oponible a terceros adquirentes de la vivienda familiar la resolución judicial de atribución del uso de ésta²².

Por lo demás, la doctrina italiana puso de manifiesto las dificultades para conciliar ambas normas, ya que el art. 6.6, último inciso, de la Ley núm. 898/1970, dispone que la atribución del uso que se haya inscrito será oponible al tercer adquirente en el sentido del art. 1599 CCI, señalando este precepto que se necesita la inscripción del arrendamiento para que sea oponible al tercer adquirente más allá de un periodo de nueve años, durante el cual el arrendamiento será oponible al tercer adquirente aunque no conste inscrito²³. En consecuencia, y de una interpretación

19 A estos efectos, dispone el art. 1599.III CCI, que “Los arrendamientos de bienes inmuebles no inscritos no son oponibles al tercer adquirente, salvo durante un periodo de nueve años a contar desde el inicio del contrato de arrendamiento”.

Esta norma es coherente con el art. 2643 CCI, cuyo apartado 8) establece la necesidad de dar publicidad mediante la inscripción a los contratos de arrendamiento sobre bienes inmuebles que tengan una duración superior a nueve años.

20 El reenvío al art. 1599.III CCI es considerado, entre los autores italianos, un argumento de peso para sostener la naturaleza personal derecho de uso de la vivienda familiar, en la medida en que equipara el régimen de inscripción del derecho de uso al régimen de inscripción del arrendamiento, que es un derecho personal. En este sentido, FREZZA, G.: “Il nuovo art. 337 sexies C.C.: appunti e spunti”, cit., pp. 169-170; y VIRGADAMO, P., “Opponibilità ai terzi del provvedimento assegnativo della casa familiare e affidamento condiviso”, cit., p. 1598 y ss.

21 BIANCA, C. M.: *La famiglia*, cit., p. 221, y SIRENA, P.: “L’opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare dopo la legge sull’affidamento condiviso”, cit., p. 560, ponen de manifiesto esta paradoja, señalando que con el art. 6.6 de la Ley núm. 898/1970 la dirección del procedimiento interpretativo se ha invertido, al introducir dicho precepto la cuestión de la inscripción de la asignación, que no estaba prevista en el Código Civil italiano para el caso de la separación.

22 V. en este sentido Corte cost., 27 julio 1989, núm. 454, en *Dejure online*; y Corte cost., ord., 23 enero 1990, núm. 20, en *Dejure online*, en las que se afirma que la necesidad de inscribir la resolución judicial de atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de separación, por analogía con la normativa vigente en materia de disolución del matrimonio, se refiere, ex art. 1599 CCI, exclusivamente, “a la asignación que supera los nueve años, resultando clara la oponibilidad de la resolución en las demás hipótesis”.

23 Se muestra crítico con la redacción literal del precepto GABRIELLI, G.: “I problemi dell’assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia”, cit., p. 131, quien sostiene que si la asignación es oponible “en cuanto inscrita”, “no se comprende la prescripción según la cual la oponibilidad opera en el sentido del art. 1599 CCI, ya que la disciplina de este último impone la inscripción únicamente al fin de la oponibilidad una vez transcurridos nueve años”; es decir, si la atribución del uso es oponible “en el sentido

conjunta y sistemática del art. 6.6 de la Ley núm. 898/1970, de 1 de diciembre, y del art. 1599.III CCI, resulta que si la resolución judicial de atribución del uso de la vivienda familiar está inscrita, es siempre oponible al tercer adquirente; y, si no lo está, también será oponible, pero únicamente por un periodo de nueve años, a contar desde el día siguiente al de la resolución judicial²⁴.

Llama la atención, en cualquier caso, que el legislador italiano, en la reciente reforma del Código Civil en materia de filiación de finales de 2013²⁵, no haya aclarado expresamente la cuestión, que dio pie, como se ha visto, a interpretaciones antagónicas. Y es que el nuevo art. 337 sexies²⁶ CCI (aplicable tanto a la separación, como al divorcio), en su párrafo primero, dispone: “La resolución judicial de asignación [del derecho de uso] y la de su revocación son susceptibles de inscripción y oponibles a terceros en el sentido del art. 2643 CCI”²⁷. Esta

del art. 1599 CCI”, no tiene sentido la utilidad del inciso “en cuanto inscrita”, “pues la inscripción, al fin de la oponibilidad una vez transcurridos nueve años, viene ya impuesta en el art. 1599 CCI”.

- 24 Esta interpretación es la que predomina en la jurisprudencia. Así, pueden verse: Cass., Sez. un., 26 julio 2002, núm. 11096, en *DeJure online*; Cass., 2 abril 2003, núm. 5067, en *DeJure online*; Cass., 29 agosto 2003, núm. 12705, en *DeJure online*; Cass., 10 junio 2005, núm. 12296, en *DeJure online*; Cass., 7 febrero 2006, núm. 2627, en *DeJure online*; Cass., 3 marzo 2006, núm. 4719, en *DeJure online*; Cass., 18 septiembre 2009, núm. 20144, en *DeJure online*. En la doctrina, v. a este respecto ARGERI, A.: “Dello scioglimento del matrimonio e della separazione dei coniugi”, en SESTA, M. (a cura di): *Codice della famiglia*, Tomo I, Giuffrè, Milano, p. 596; BASINI, G. F.: “L’assegnazione della casa familiare”, en *Famiglia e matrimonio*, tomo II [dentro de la más amplia obra AA.VV.: *Il diritto de famiglia (Trattato diretto da G. BONILINI e G. CATTANEO, continuato da G. BONILINI)*, UTET, 2ª ed., Torino, 2007, pp. 1068-1069 [v. similares consideraciones en BASINI, G. F.: “Art. 6 L. 898/1970”, en BONILINI, G. y TOMMASEO, F.: *Lo scioglimento del matrimonio* (dentro de la más amplia obra SCHLESINGER, P. (dir.): *Il Codice Civile: Commentario*), Giuffrè, Milano, 1997, p. 671]; BOCCHINI, F.: *Diritto di famiglia: Le grandi questioni*, cit., p. 215; CARAPEZZA, en DE VERDA y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, cit., p. 3417; DE FILIPPIS, B.: *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio: conseguenze della crisi coniugale su coppia, famiglia, figli e beni*, cit., p. 490; FERRANDO, G.: “L’assegnazione della casa familiare”, cit., p. 133; GALLUZZO, S. A. R.: *Famiglia e minori: Percorsi di diritto e giurisprudenza*, cit., p. 278. GABRIELLI, G.: “I problemi dell’assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia”, cit., p. 135, critica esta interpretación, pues el interés de los hijos en continuar viviendo en su ambiente doméstico únicamente puede ser garantizado frente a los progenitores”, y no, frente a sujetos extraños a la familia, como el tercer adquirente.
- 25 Sobre esta reforma pueden consultarse las siguientes obras recientes de interés: BIANCA, M.: *Filiazione. Commento al Decreto attuativo: le novità introdotte dal D.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*, Giuffrè, Milano, 2014; BUFFONE, G.: *Le novità del “decreto filiazione”: D.lgs. n. 154/2013 in vigore dal 7 febbraio 2014: unicità dello stato di figlio, responsabilità genitoriale e diritti e doveri del figlio, limiti all’azione di disconoscimento di paternità, rapporti con gli ascendenti: il nuovo art. 137 bis, obbligatorietà dell’ascolto del minore nei procedimenti che lo riguardano, modifica alla disciplina delle successioni*, Giuffrè, Milano, 2014; CASSANO, G. y PREVITI, C. (a cura di): *Figli, genitori, famiglia: aspetti giuridici, personali e patrimoniali dopo la riforma della filiazione*, Simone, Napoli, 2014; DI PIRRO, M.: *Riforma della filiazione: la nuova disciplina alla luce del D.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 (Decreto di attuazione della riforma della filiazione)*, Simone, Napoli, 2014; FIGONE, A.: *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale: testo aggiornato al D.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*, G. Giappichelli, Torino, 2014; y GALLUZZO, S. A. R.: *La riforma della filiazione*, Simone, Napoli, 2014.
- 26 Introducido por el Decreto Legislativo de 28 de diciembre de 2013, núm. 154 (G.U. núm. 5, de 08-01-2014), que ha derogado el anterior art. 155 quater CCI, precepto en el que se regulaba la cuestión antes de la reforma.
- 27 Hay que tener en cuenta que el antiguo art. 155 quater CCI (que había sido redactado por la Ley 8 febrero 2006, núm. 54) disponía exactamente lo mismo, lo que, ya en su momento, llevó a algún autor a afirmar que dicho precepto implicaba una derogación tácita de la disciplina contenida en el caso de divorcio en el art. 6.6 de la Ley núm. 898/1970, por ser ésta incompatible con lo dispuesto en el art. 155 quater CCI. Así, por ejemplo, FIORILLO, L.: “Inquadramento giuridico dell’istituto”, cit., p. 1 (nota al pie 1); NAPOLITANO, L.: *L’affidamento dei minori nei giudizi di separazione e di divorzio*, G. Giappichelli, Torino, 2006, p. 234; SIRENA, P.: “L’opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare dopo la legge sull’affidamento condiviso”, cit., p. 563; o ZACCARIA, A.: “Opponibilità e durata dell’assegnazione della casa familiare, dalla riforma del diritto di famiglia alla nuova legge sull’affidamento condiviso”, *Famiglia, Persone e Successioni*, núm. 10, octubre 2006, p. 779.

norma (art. 2643 CCI) enumera una serie de derechos que pueden ser objeto de inscripción a efectos de su publicidad frente a terceros, debiendo encuadrarse la inscripción del derecho de uso de la vivienda familiar en el apartado residual 14, que establece un cajón de sastre en el que tiene cabida la inscripción de sentencias que operan la constitución, la transmisión o la modificación de alguno de los derechos mencionados en algún apartado precedente²⁸. A este respecto, el derecho de uso sobre la vivienda se contempla en el apartado 4²⁹.

Como consecuencia de lo anterior, algún autor ha entendido que el nuevo art. 337 sexies CCI reabre el debate³⁰, pudiéndose distinguir dos regímenes, si ambas normas se interpretan literalmente y sin ponerse en relación:

a) uno contenido en el art. 337 sexies CCI y que opera en relación con la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de separación; y

b) otro contenido en el art. 6.6 de la Ley núm. 898/1970, que opera en relación con la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de divorcio.

De esta forma, y siguiendo el tenor literal del art. 337 sexies CCI, en el caso de separación únicamente sería oponible el derecho de uso de la vivienda familiar si se hubiese inscrito³¹. Por tanto, no gozaría de la protección de los nueve años ex art. 1599.III CCI, quedando ahora, en consecuencia, menos tutelada la posición del cónyuge usuario y de los hijos. Ciertamente, parece inexplicable el 'descuido' del legislador italiano, máxime si se tiene en cuenta la importancia de la cuestión, resuelta en su día con intervenciones de la Corte Constitucional.

En cualquier caso, una parte de la doctrina entiende más prudente optar por una interpretación sistemática de los distintos preceptos en juego, con el fin de darle solidez a la interpretación que se había venido consolidando, que equiparaba

28 Para AULETTA, T.: "Art. 155 quater", en BALESTRA, L. (a cura di): *Della famiglia*, art. 74-176 [dentro de la más amplia obra GABRIELLI, E. (dir): *Commentario del Codice Civile*], UTET, Torino, 2010, p. 731, la norma debería haber reenviado también al art. 2644 CCI, que recoge los efectos de la inscripción.

29 FIORILLO, L.: "Inquadramento giuridico dell'istituto", cit., p. 4; SIRENA, P.: "L'opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare dopo la legge sull'affidamento condiviso", cit., p. 572.

30 FREZZA, G.: "Il nuovo art. 337 sexies C.C.: appunti e spunti", cit., p. 171; *Id.*: "Casa familiare e trascrizione", en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (coords.): *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano, Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015, pp. 466-467; *Id.*: "Casa familiare e trascrizione", en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (a cura di): *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizione Scientifiche Italiane, Collana: *Quaderni di «Diritto delle successioni e della famiglia»*, 4, Napoli, 2016, p. 227.

31 Para SIRENA, P.: "L'opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare dopo la legge sull'affidamento condiviso", cit., pp. 571 y ss., el art. 155 quater CCI (actual art. 337 sexies CCI) somete la resolución judicial de atribución del uso de la vivienda familiar al régimen habitual de oponibilidad de los actos constitutivos de derechos reales inmobiliarios. V. en el mismo sentido AULETTA, T.: "Art. 155 quater", cit., p. 733; DE FILIPPIS, B.: *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio: conseguenze della crisi coniugale su coppia, famiglia, figli e beni*, cit., p. 491; o ZACCARIA, A.: "Opponibilità e durata dell'assegnazione della casa familiare, dalla riforma del diritto di famiglia alla nuova legge sull'affidamento condiviso", cit., p. 775.

el régimen de inscripción previsto en el art. 1599.III CCI en los supuestos de divorcio y separación³². A mayor abundamiento, hay que tener en cuenta que, si la vivienda familiar es usada a título de arrendamiento, éste es oponible a terceros, aunque no se encuentre inscrito, durante un periodo de nueve años desde la fecha de inicio del arrendamiento³³.

V. LA EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR POR CONVIVENCIA *MORE UXORIO* DEL CÓNYUGE USUARIO.

A diferencia de lo que ocurre en España, en el ordenamiento jurídico italiano el actual art. 337 *sexies* CCI (antiguo art. 155 *quater*) dispone que el derecho al uso de la vivienda familiar cesa cuando el cónyuge usuario conviva *more uxorio* con otra persona. Habida cuenta que el uso de la vivienda familiar que contempla el precepto es un uso que se atribuye al cónyuge custodio (aunque, como veremos posteriormente, un sector de la doctrina lo ha entendido también extensible al cónyuge débil en los supuestos de ausencia de hijos económicamente dependientes), *prima facie*, del tenor literal del precepto habría que deducir que, aun en presencia de hijos en la vivienda familiar, la mera convivencia *more uxorio* con otra persona extingue dicho derecho de uso³⁴.

No obstante, la doctrina italiana ha entendido que dicha solución (que implicaría la extinción automática del derecho de uso en caso de verificarse la convivencia *more uxorio* del cónyuge usuario con otra persona) podría ser incluso inconstitucional³⁵, por ser contraria al art. 30.I de la Constitución, que impone a los padres el deber de mantener a los hijos; deber difícilmente realizable en ausencia de un espacio físico en el que desarrollar la vida familiar³⁶.

32 V. en este sentido CARAPEZZA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, cit., p. 3417; GAZZONI, F.: “Assegnazione della casa familiare e trascrivibilità della domanda giudiziale”, *Dir. fam. pers.*, 2008, pp. 742 y ss; o PETTA, C.: “La tutela del futuro assegnatario della casa familiare in prospettiva rimediata”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (coords.): *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano, Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015, p. 482; ÍD.: “La tutela del futuro assegnatario della casa familiare in prospettiva rimediata”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (a cura di): *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine, Edizione Scientifiche Italiane, Collana: Quaderni di «Diritto delle successioni e della famiglia»*, 4, Napoli, 2016, pp. 242-243.

33 Así lo pone de relieve AULETTA, T.: “Art. 155 *quater*”, cit., p. 733, quien, no obstante, considera que, fuera de este supuesto concreto (vivienda familiar arrendada), habrá que proceder a la inscripción de la resolución judicial de atribución si se quiere que sea oponible a terceros.

34 V. a este respecto DE FILIPPIS, B.: “Affidamento condiviso: contenuti e problematiche giuridiche”, en DE FILIPPIS, B., LANDI, L., LINDA LETTIERI, A., LUCARIELLO, S., MAURANO, R., MAZZEI, P., MUTALIPASSI, A., PENNA, C., PIERRO, G., QUILICI, M., SAPIA, C.: *L'affidamento dei figli nella separazione e nel divorzio*, CEDAM, 2ª ed., Padova, 2013, p. 146.

35 V., por todos, BASINI, G. F.: “Cause di estinzione del diritto al godimento della casa familiare, e sospetti di incostituzionalità dell'art. 155 *quater* c.c.”, *Famiglia, Persone e Successioni*, núm. 7, julio 2006, pp. 619-621.

36 En este sentido, la Corte Constitucional italiana ha entendido que el deber de “mantener a los hijos” consagrado en el art. 30.I de la Constitución comprende el de conservar el hábitat o ambiente doméstico en el que se viene desarrollando la convivencia. V., así, Corte cost., 18 abril 1997, núm. 99, en *Dejure online*; Corte cost., 13 mayo 1998, núm. 166, en *Dejure online*; o Corte cost., 16 abril 1999, núm. 125, en *Dejure online*.

En consecuencia, y ante la posibilidad cierta de perjudicar el interés de los hijos económicamente dependientes en caso de una aplicación literal del precepto, la doctrina y la jurisprudencia italiana han llegado a la conclusión de que la mera convivencia *more uxorio* no obliga al juez a revocar la atribución del uso de la vivienda familiar efectuada, sino únicamente en el que caso en que aquélla se revele como perjudicial para los intereses de los hijos³⁷. Y, desde luego, también debe revocar dicha medida en los casos en los que se hubiere realizado la atribución en consideración al cónyuge débil, y con posterioridad a dicha atribución pasara a convivir *more uxorio* en la vivienda familiar con un tercero.

37 En la doctrina, v. a este respecto BARTOLINI, F. y BARTOLINI, M.: *Commentario sistematico del diritto di famiglia. Aggiornato con la riforma della giustizia civile* (L. 10 novembre 2014, n. 162), cit., p. 58; BASINI, G. F.: “Cause di estinzione del diritto al godimento della casa familiare, e sospetti di incostituzionalità dell’art. 155 quater c.c.”, cit., pp. 619-621; CARAPEZZA FIGLIA, G.: “Assegnazione della casa familiare e interessi in conflitto. Ricerando un «ragionevole bilanciamento» nel dialogo con la giurisprudenza”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (coords.): *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano, Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015, p. 369; ÍD.: “Assegnazione della casa familiare e interessi in conflitto. Ricerando un «ragionevole bilanciamento» nel dialogo con la giurisprudenza”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (a cura di): *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine, Edizione Scientifiche Italiane, Collana: Quaderni di «Diritto delle successioni e della famiglia»*, 4, Napoli, p. 119; DI FILIPPIS, B.: *Il diritto di famiglia. Leggi, prassi e giurisprudenza*, CEDAM, Padova, 2011, pp. 499-500; FASANO, A.: “La casa familiare”, en FASANO, A., FASANO, M., ROSSANO, R.: *Rapporti patrimoniali e crisi coniugale*, G. Giappichelli, Torino, 2010, p. 522; FERRANDO, G.: “L’assegnazione della casa familiare”, cit., p. 114; ÍD.: “La convivenza *more uxorio* della madre non fa cessare il diritto di abitare nella casa familiare”, *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2008, pp. 515-517; GIACOBBE, G. y VIRGADAMO, P.: *Il matrimonio. Tomo secondo: Separazione personale e divorzio*, UTET, Torino, 2011, p. 114; MACARIO, F.: *Diritto di famiglia. Questioni giurisprudenziali*, cit., p. 165; MARTUCCELLI, S. y PESCATORE, V. (a cura di): *Diritto civile* [dentro de la más amplia obra IRTI, N. (promossi da): *Dizionari del Diritto Privato*], Giuffrè, Milano, 2011; SALITO, G.: “L’affidamento condiviso dei figli nella crisi della famiglia”, cit., p. 470.

En la jurisprudencia, v. sobre la cuestión Corte cost., 30 julio 2008, núm. 308, en *DeJure online*; Cass., 9 agosto 2012, núm. 14348, en *DeJure online*; Cass., 8 mayo 2013, núm. 10719, en *DeJure online*; Cass., 15 julio 2014, núm. 16171, en *DeJure online*; o Cass., 14 julio 2015, núm. 14727, en *DeJure online*.

BIBLIOGRAFÍA

AL MUREDEN, E.: *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole: funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, IPSOA, Milano, 2007.

ARCERI, A.: "Dello scioglimento del matrimonio e della separazione dei coniugi", en SESTA, M. (a cura di): *Codice della famiglia*, Tomo I, Giuffrè, Milano.

AULETTA, T.:

- "Art. 155 *quater*", en BALESTRA, L. (a cura di): *Della famiglia*, art. 74-176 [dentro de la más amplia obra GABRIELLI, E. (dir): *Commentario del Codice Civile*], UTET, Torino, 2010.

- *Diritto di famiglia*, G. Giappichelli, Torino, 2011.

BARTOLINI, F., y BARTOLINI, M.: *Commentario sistematico del diritto di famiglia. Aggiornato con la riforma della giustizia civile (L. 10 novembre 2014, n. 162)*, CELT, Piacenza, 2015.

BARBIERA, L.: "Assegno e assegnazione in uso della casa familiare nel divorzio", en DE TILLA, M. y OPERAMOLLA, U. (a cura di): *Seminari di diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2005.

BASINI, G. F.:

- "Cause di estinzione del diritto al godimento della casa familiare, e sospetti di incostituzionalità dell'art. 155 *quater* c.c.", *Famiglia, Persone e Successioni*, núm. 7, julio 2006.

- "L'assegnazione della casa familiare", en *Famiglia e matrimonio*, tomo II [dentro de la más amplia obra AA.VV.: *Il diritto de famiglia* (Trattato diretto da G. BONILINI e G. CATTANEO, continuato da G. BONILINI)], UTET, 2ª ed., Torino, 2007.

- "Art. 6 L. 898/1970", en BONILINI, G. y TOMMASEO, F.: *Lo scioglimento del matrimonio* [dentro de la más amplia obra SCHLESINGER, P. (dir): *Il Codice Civile: Commentario*, Giuffrè, Milano, 1997].

BENETTI GENOLINI, M. U. y FRANCIOLI, L.: *Separazione e divorzio. Figli, coniugi e casa coniugale. Provvedimenti e tutela*, G. Giappichelli, Torino, 2004.

BIANCA, C. M.: *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2005.

BIANCA, M.: *Filiazione. Commento al Decreto attuativo: le novità introdotte dal D.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*, Giuffrè, Milano, 2014.

BOCCHINI, F.: *Diritto di famiglia: Le grandi questioni*, G. Giappichelli, Torino, 2013.

BUFFONE, G.: *Le novità del "decreto filiazione": D.lgs. n. 154/2013 in vigore dal 7 febbraio 2014: unicità dello stato di figlio, responsabilità genitoriale e diritti e doveri del figlio, limiti all'azione di disconoscimento di paternità, rapporti con gli ascendenti: il nuovo art. 137 bis, obbligatorietà dell'ascolto del minore nei procedimenti che lo riguardano, modifica alla disciplina delle successioni*, Giuffrè, Milano, 2014.

CARAPEZZA FIGLIA, G.:

- "Assegnazione della casa familiare e interessi in conflitto. Ricercando un «ragionevole bilanciamento» nel dialogo con la giurisprudenza", in CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (coords.): *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano, Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015.

- "Assegnazione della casa familiare e interessi in conflitto. Ricercando un «ragionevole bilanciamento» nel dialogo con la giurisprudenza", in CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (a cura di): *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizione Scientifiche Italiane, Collana: Quaderni di «Diritto delle successioni e della famiglia», 4, Napoli.

CASSANO, G. y PREVITI, C. (a cura di): *Figli, genitori, famiglia: aspetti giuridici, personali e patrimoniali dopo la riforma della filiazione*, Simone, Napoli, 2014.

CONTIERO, G.: *L'assegnazione della casa coniugale. Separazione, divorzio, convivenza more uxorio*, Giuffrè, Milano, 2007.

DE FILIPPIS, B.:

- "Affidamento condiviso: contenuti e problematiche giuridiche", in DE FILIPPIS, B., LANDI, L., LINDA LETTIERI, A., LUCARIELLO, S., MAURANO, R., MAZZEI, P., MUTALIPASSI, A., PENNA, C., PIERRO, G., QUILICI, M., SAPIA, C.: *L'affidamento dei figli nella separazione e nel divorzio*, CEDAM, 2ª ed., Padova, 2013.

- *Il diritto di famiglia. Leggi, prassi e giurisprudenza*, CEDAM, Padova, 2011.

- *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio: conseguenze della crisi coniugale su coppia, famiglia, figli e beni*, CEDAM, 2ª ed., Padova, 2012.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: "El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, 2015.

DI PIRRO, M.: *Riforma della filiazione: la nuova disciplina alla luce del D.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 (Decreto di attuazione della riforma della filiazione)*, Simone, Napoli, 2014.

FASANO, A.: "La casa familiare", en FASANO, A., FASANO, M., ROSSANO, R.: *Rapporti patrimoniali e crisi coniugale*, G. Giappichelli, Torino, 2010.

FERRANDO, G.:

- "L'assegnazione della casa familiare", en DOGLIOTTI, M. (a cura di): *Affidamento condiviso e diritti dei minori (Legge 8 febbraio 2006, n. 54)*, G. Giappichelli, Torino, 2008.
- "La convivenza *more uxorio* della madre non fa cessare il diritto di abitare nella casa familiare", *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2008.

FIGONE, A.: *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale: testo aggiornato al D.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*, G. Giappichelli, Torino, 2014.

FIORILLO, L.: "Inquadramento giuridico dell'istituto", en BELLANOVA, L., DE FILIPPIS, B., FIORILLO, L., GIANNATTASIO, F., MEA, R., MOLINARO, I., PALADINI, M., y SCARPA, A.: *L'assegnazione della casa coniugale nella separazione e nel divorzio*, CEDAM, Milano, 2010.

FREZZA, G.:

- "Casa familiare e trascrizione", en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (coords.): *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano, Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015.
- "Casa familiare e trascrizione", en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (a cura di): *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizione Scientifiche Italiane, Collana: Quaderni di «Diritto delle successioni e della famiglia», 4, Napoli, 2016.

- "Il nuovo art. 337 sexies C.C.: appunti e spunti", *Arch. Giur. Filippo Serafini*, vol. CCXXXIV, fasc. 2-2014.

GABRIELLI, G.: "I problemi dell'assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia", *Riv. Dir. civ.*, I, 2003.

GALLUZZO, S. A. R.:

- *Famiglia e minori: Percorsi di diritto e giurisprudenza*, Gruppo 24 Ore, Milano, 2010.

- *La riforma della filiazione*, Simone, Napoli, 2014.

GAZZONI, F.: "Assegnazione della casa familiare e trascrivibilità della domanda giudiziale", *Dir. fam. pers.*, 2008.

GIACOBBE, G. y VIRGADAMO, P.: *Il matrimonio. Tomo secondo: Separazione personale e divorzio*, UTET, Torino, 2011.

GIANNATTASIO, F.: "Figli maggiorenni e figli portatori di handicap", en BELLANOVA, L., DE FILIPPIS, B., FIORILLO, L., GIANNATTASIO, F., MEA, R., MOLINARO, I., PALADINI, M., y SCARPA, A.: *L'assegnazione della casa coniugale nella separazione e nel divorzio*, CEDAM, Milano, 2010.

JANNARELLI, A.: "L'assegnazione della «casa familiare» nella separazione personale dei coniugi", *Foro it.*, 1981, I.

LUMINOSO, A.:

- "Obbligazioni di mantenimento nella separazione e nel divorzio e prestazioni in natura", *Famiglia e diritto*, núm. 11/2008.

- "Spunti in tema di assegnazione della casa coniugale", en DE TILLA, M. y OPERAMOLLA, U. (a cura di): *Seminari di diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2005.

MACARIO, F.: *Diritto di famiglia. Questioni giurisprudenziali*, G. Giappichelli, Torino, 2011.

MARTUCCELLI, S. y PESCATORE, V. (a cura di): *Diritto civile* [dentro de la más amplia obra IRTI, N. (promossi da): *Dizionari del Diritto Privato*], Giuffrè, Milano, 2011.

MERZ, S.: *Manuale pratico e formulario dei rapporti economici nella separazione e nel divorzio*, CEDAM, 2ª ed., Padova, 2013.

NAPOLITANO, L.: *L'affidamento dei minori nei giudizi di separazione e di divorzio*, G. Giappichelli, Torino, 2006.

PETTA, C.:

- "La tutela del futuro assegnatario della casa familiare in prospettiva rimediale", en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (coords.): *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano, Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015.
- "La tutela del futuro assegnatario della casa familiare in prospettiva rimediale", en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (a cura di): *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizione Scientifiche Italiane, Collana: Quaderni di «Diritto delle successioni e della famiglia», 4, Napoli, 2016.

SALITO, G.: "L'affidamento condiviso dei figli nella crisi della famiglia", en STANZIONE, G. A. (a cura di): *La separazione. Il divorzio. L'affido condiviso*, G. Giappichelli, Torino, 2011.

SIRENA, P.: "L'opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare dopo la legge sull'affidamento condiviso", *Riv. Dir. civ.*, 2011, I.

VIRGADAMO, P.: "Opponibilità ai terzi del provvedimento assegnativo della casa familiare e affidamento condiviso", *Dir. fam. pers.*, 2008.

ZACCARIA, A.: "Opponibilità e durata dell'assegnazione della casa familiare, dalla riforma del diritto di famiglia alla nuova legge sull'affidamento condiviso", *Famiglia, Persone e Successioni*, núm. 10, ottobre 2006.



LOS RETOS DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO EN EL SECTOR
DOMÉSTICO EN ESPAÑA

CHALLENGES TO DOMESTIC WORK LABOUR INSPECTIONS IN SPAIN

Rev. Boliv. de Derecho N° 26, julio 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 378-403



Olga LENZI

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de marzo de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 10 de abril de 2018

RESUMEN: Las empleadas domésticas representan uno de los colectivos más vulnerables en el mercado de trabajo. La Inspección de Trabajo podría jugar un papel fundamental en su aproximación a un trabajo decente, sin embargo, son varios los retos que el sector plantea. En el presente artículo se abordarán los mismos desde el análisis del ordenamiento jurídico español y se tratará de ofrecer posibles propuestas a partir de experiencias de derecho comparado.

PALABRAS CLAVE: Inspección de Trabajo; trabajadoras domésticas; derechos del trabajo; retos; inviolabilidad del domicilio.

ABSTRACT: Domestic workers represent one of the most vulnerable groups in the labour market. Labour inspection could play a fundamental role in its approximation to a decent work. However, there are several challenges the sector is facing. In this article we will consider these very challenges from the analysis of the Spanish legal system and will proceed to offer possible proposals parting from experience derived from comparative law.

KEY WORDS: Labour inspection; domestic workers; labour rights; challenges; inviolability of the domicile.

SUMARIO.- I. MISIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO.- II. LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y EL TRABAJO DOMÉSTICO EN ESPAÑA.- 1. La realidad del sector doméstico.- 2. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el trabajo doméstico: Retos.- A) El lugar de prestación de servicios: el hogar familiar.- B) El empleador doméstico no empresario.- C) Las tareas domésticas.- III. PROPUESTAS A PARTIR DE EXPERIENCIAS DE DERECHO COMPARADO.- IV. CONCLUSIONES.

I. MISIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO.

La Inspección de Trabajo (IT) juega un papel fundamental en la protección de los derechos de los trabajadores. Presente en todos los tiempos¹, la IT se institucionalizó a lo largo del siglo XIX tras percatarse los Estados de la incesante necesidad de intervenir en la organización de las relaciones laborales. A medida que se aprobaban disposiciones legislativas como reacción frente a los radicales cambios producidos en la Organización del Trabajo, a raíz del emergente fenómeno de la Revolución Industrial y las extremas e inhumanas condiciones laborales de los trabajadores en las grandes empresas, paralelamente, se fueron creando servicios de inspección en la mayoría de países industriales avanzados. Efectivamente, ¿de qué puede servir una legislación protectora sin un organismo técnico y especializado encargado de su debido cumplimiento?

Desde entonces, la IT constituye un importante instrumento de control del efectivo cumplimiento de la legislación laboral en las empresas y centros de trabajo, siendo una de las instituciones, tanto laborales como sociales, de mayor arraigo en España². A pesar de los importantes y acelerados cambios económicos y sociales y la necesidad de adecuarse al surgimiento de nuevas formas de organización del trabajo, la IT conserva su función de primer orden como garante de los derechos de todos los trabajadores, particularmente de los colectivos más débiles y vulnerables³,

-
- 1 SAN MIGUEL ARRIAS, L.: *La Inspección del Trabajo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, p. 25.
 - 2 GARCÍA MURCIA, J.: "Origen y trayectoria histórica de la Inspección de Trabajo en España", en AA.VV.: *La Inspección de Trabajo: regulación española y perspectiva internacional* (Dir. por: J. GARCÍA MURCIA), Thomson-Aranzadi, Navarra, 2016.
 - 3 La Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de enero de 2014, sobre el tema «Inspección de trabajo eficaces como estrategias para mejorar las condiciones laborales en Europa» dispone "que todas las categorías de trabajadores, sean por cuenta propia o ajena, independientemente de sus estatuto, relación laboral u origen, se

• Olga Lenzi

Graduada en Derecho y miembro del Instituto de Derechos Humanos (IDH) y del grupo de investigación "INCLUSIVE", ambos de la Universitat de València. Actualmente investigadora predoctoral en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat de València, beneficiaria del Programa VAL I+D financiado por la Generalitat y el Fondo Social Europeo, con correo electrónico: olga.lenzi@uv.es.

incluida como medida a considerar con el fin de lograr los objetivos estratégicos marcados por el Programa de Trabajo Decente⁴.

Para la consecución de su misión principal, la IT se ha erigido como institución de carácter multidisciplinario que abarca un amplio abanico de funciones, desde medidas preventivas, educativas hasta aquellas coercitivas, cuando resulte necesario. Concretamente, en el ordenamiento jurídico español, la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social⁵, configura esta institución como un servicio público responsable del control y vigilancia del cumplimiento de las normas de orden social⁶ y de exigir las responsabilidades administrativas pertinentes, además de asesorar e informar a las empresas y trabajadores y arbitrar, mediar o conciliar en situaciones de conflictos laborales.

Para hacer efectivas las anteriores funciones, a los inspectores de trabajo les han sido atribuidas legalmente las siguientes facultades:

En primer lugar, la de entrar libremente, en cualquier momento y sin previo aviso, en los centros de trabajo, establecimientos o lugares que se encuentren sujetos a inspección y a permanecer en los mismos; con la limitación de que, si el centro sometido a inspección coincidiese con el domicilio de una persona física, será necesario obtener su expreso consentimiento o, en su defecto, la oportuna autorización judicial (art. 13.1). La visita sin previo aviso es la facultad histórica por excelencia de la IT ya que le otorga la posibilidad de observar las condiciones de trabajo en estado natural, debiendo en todo caso, identificarse documentalmente e informar de su presencia al empresario o a su representante o persona inspeccionada, a menos que se considere que dicha identificación y comunicación pueda obstruir el éxito de sus funciones⁷.

En segundo lugar, la de hacerse acompañar a las visitas de inspección por el empresario, los trabajadores, o sus respectivos representantes, o por los peritos y técnicos de la empresa o de sus entidades asesoras cuando así se estime necesario para el mejor desarrollo de su función (art. 13.2).

inscriben en el ámbito de competencias de los organismos nacionales de inspección de trabajo y deben disfrutar del mismo nivel de protección" (2013/2112(INI)).

4 Véase: *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 2008.

5 BOE de 22 de julio de 2015, núm. 174, pp. 61661-61693.

6 El art. 1.2, párr. 2º de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social establece que "Las normas del orden social (...) comprenden las relativas a materias laborales, de prevención de riesgos laborales, de seguridad social y protección social, colocación, empleo, formación profesional para el empleo y protección por desempleo, economía social, emigración, movimiento migratorios y trabajo de extranjeros, igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el empleo, así como cuantas otras atribuyan la vigilancia de su cumplimiento a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social."

7 Ya en el art. 12 del Convenio núm. 81 de la OIT relativo a la inspección de trabajo en la industria y el comercio (1947) se reconocía la facultad inspectora de "entrar libremente y sin previa notificación, a cualquier hora del día o de la noche, en todo establecimiento sujeto a inspección".

En tercer lugar, disponen, también, de la facultad para proceder a practicar cualquier diligencia de investigación, examen o prueba que consideren necesarias para velar por el cumplimiento de las normas legales (art. 13.3). Para ello, podrán 1) requerir información, sólo o ante testigos, al empresario o al personal de la empresa, sobre cualquier asunto relativo a la aplicación de las disposiciones legales, además de exigir la identificación, o motivo de su presencia, de aquellas personas presentes en el momento de la inspección; 2) exigir la comparecencia del empresario o de sus representantes y encargados, de los trabajadores, de los perceptores o solicitantes de prestaciones sociales y de cualesquiera otros sujetos incluidos en el ámbito de actuación, en el centro inspeccionado o en las oficinas públicas designadas por el inspector actuantes; 3) examinar en el centro de trabajo todo tipo de documentación con trascendencia en la verificación del cumplimiento de la legislación de orden social, como, por ejemplo, libros, registros, programas informáticos, archivos de soporte magnético, documentos de inscripción, afiliación, alta baja, justificantes de abono de cuotas o prestaciones de Seguridad Social, documentos justificativos de retribuciones, documentos exigidos por la normativa de prevención de riesgos laborales y cualesquiera otros relacionados con las materias sujetas a inspección, pudiendo incluso requerir el inspector que dicha información sea presentada en las oficinas públicas correspondientes; 4) y, por último, tomar y sacar muestras de sustancias y materiales utilizados o manipulados en el establecimiento, realizar mediciones, obtener fotografías, videos, grabar imágenes, levantar croquis y planos, con la debida notificación al empresario o a su representante.

En cuarto lugar, podrán adoptar, durante el desarrollo de las actuaciones, las medidas cautelares que estimen oportunas y sean proporcionadas a su fin con el objetivo de impedir la destrucción, desaparición o alteración de la documentación previamente mencionada, siempre que ello no suponga un perjuicio de difícil o imposible reparación a los sujetos responsables o implique una violación de sus derechos (art. 13.4).

Por último, en su caso, podrán proceder a la adopción de cualquiera de las medidas establecidas en el artículo 22 a raíz de su actividad inspectora. En todo caso, de conformidad con el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, las infracciones serán objeto de sanción mediante la previa instrucción del oportuno expediente, de acuerdo con el procedimiento administrativo especial en la materia.

Dichas funciones y facultades, tal y como queda establecido en el art. 19 de la Ley 23/2015, se extenderán a una multiplicidad de establecimientos y sujetos, a modo de ejemplo, desde las más tradicionales empresas, centros de trabajo y lugares en los que se ejecute la prestación laboral, hasta vehículos y medios de transporte

en general, puertos, aeropuertos, vehículos o entidades y empresas colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social, entre otros.

De estas previsiones se desprende que la actividad de la IT, en su configuración actual, trasciende de su función típica de asegurar el cumplimiento de las obligaciones de los empleadores con respecto de sus trabajadores. Más bien comprende un conjunto de funciones que aportan a esta institución una labor integral hacia la protección de los derechos más fundamentales de todo trabajador. Sin embargo, como veremos a continuación, existen situaciones y colectivos que presentan obstáculos muy singulares al despliegue de esa labor integral.

II. LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y EL TRABAJO DOMÉSTICO EN ESPAÑA.

El trabajo doméstico es uno de esos constantes retos a los que se enfrentan los inspectores de trabajo en su actividad⁸, ya que son diversos los obstáculos a superar a la hora de velar por el cumplimiento de la normativa laboral con respecto a este colectivo. Sin embargo, antes de proceder al análisis de estos desafíos, se ha considerado imprescindible plasmar la dura realidad de las trabajadoras domésticas⁹, con el fin de comprender el importante rol que podría desempeñar la inspección en su aproximación a un trabajo decente.

I. La realidad del sector doméstico.

El colectivo de trabajadoras domésticas es uno de los grupos que más vulnerabilidad sufre en el mercado laboral. La Organización Internacional del Trabajo (de ahora en adelante, OIT) estimó que en 2013 había 67.1 millones de mujeres y hombres trabajando en el sector doméstico¹⁰, una cifra equivalente a la totalidad de la actual población francesa. Un número ciertamente elevado si tenemos en cuenta que en menos de veinte años se ha incrementado más del doble¹¹, proporción que podría ser incluso superior si tomásemos como cifra comparativa aquella expresada por el propio organismo especializado de Naciones Unidas, el cual aseguró en 2008 que la misma –contando todos aquellos trabajadores doméstico invisibilizados en la economía informal– podría perfectamente ascender a los 100 millones¹².

8 VEGA RUIZ, M^a. L.: *Garantizando la gobernanza: Los sistemas de inspección de trabajo en el Mundo. Tendencias y retos. Un enfoque comparado*, OIT, Ginebra, 2013, p. 134.

9 A lo largo del presente trabajo, haremos referencia a “trabajadoras domésticas” en femenino, por ser su mayoría mujeres.

10 OIT: “Protección social del trabajo doméstico: Tendencia y estadísticas”, *Documento de Política de Protección Social*, 2016, núm. 16°, p. 2.

11 En el año 1995, la OIT estimó una totalidad de 33.2 millones de trabajadoras domésticas.

12 OIT: “Date, place and agenda of the 99th Session (2010) of the International Labour Conference”, *Paper GB301/2*, 2010, 301st Session, p. 13.

La relevancia de este sector es evidente, no tan solo por el número de trabajadoras que ocupa sino, sobre todo, por su contribución al funcionamiento de la economía y vida ordinaria de las familias. Este colectivo, el mismo al que SMITH tildó de “improductivo”¹³, representa el 4% de la fuerza de trabajo mundial, registrando el 17,1% del trabajo doméstico migrante en todo el mundo¹⁴ y el 7,5% del trabajo femenino remunerado a nivel global¹⁵.

Paradójicamente, es uno de los sectores más precarios, peor retribuidos, con mayor incidencia del empleo informal y de entre los más desprotegidos del mercado de trabajo. Son múltiples las organizaciones que, en los últimos años, han reivindicado las inhumanas condiciones de vida y trabajo de este colectivo. Por ejemplo, la Organización Internacional Human Rights Watch, en su informe de 2006 titulado “*Swept under the Rug: Abuses against Domestic Workers Around the World*” denunció que en países como El Salvador, Guatemala, Malasia, Arabia Saudita, Marruecos, Sri Lanka, entre muchos otros, las trabajadoras domésticas se encuentran sometidas a explotación laboral y abusos tan graves como el maltrato físico y sexual, el impago de salarios, la negación de alimentos y atención sanitaria, la restricción de la libertad de movimiento, el exceso de horas de trabajo, etc., todo ello constitutivo de verdaderas formas esclavas de trabajo¹⁶.

En los últimos años, tanto desde instancias internacionales como nacionales, se ha venido mostrando una persistente preocupación por este colectivo. La constante negación de sus derechos laborales y, con ello, de sus derechos sociales, ha contribuido a la adopción, en la 100ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo en junio de 2011, del Convenio núm. 189 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos¹⁷ y de la complementaria Recomendación núm. 201. En su momento, se consideró una verdadera “conquista social”¹⁸ ya que reconoció a los trabajadores domésticos aquellos derechos fundamentales que siempre han inspirado la normativa internacional laboral, pudiéndose destacar la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva, la abolición de todas las formas de trabajo forzoso, la eliminación efectiva del trabajo infantil y la erradicación de la discriminación en materia de empleo y ocupación (art. 3 del Convenio).

13 SMITH, A.: *La riqueza de las naciones*, Alianza editorial, Madrid, 2016, p. 424.

14 Así consta en las estadísticas de la biblioteca digital de ONU Mujeres.

15 OIT: “Protección social”, cit., p. 5.

16 MIÑARRO YANINI, M.: “Formas esclavas de trabajo y servicio del hogar familiar: delimitación conceptual, problemática específica y propuestas”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2014, núm. 10º, pp. 71-88.

17 El Convenio núm. 189 entró en vigor el 5 de septiembre de 2013, doce meses después de la fecha de ratificación de dos Estados miembros.

18 QUESADA SEGURA, R.: “La dignificación del trabajo domésticos. El Convenio N.º 189 OIT, 2011”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011, núm. 27º, p. 2.

Si bien es cierto que, a día de hoy, España todavía no lo ha ratificado, el esfuerzo de la OIT por contribuir a la creación de un trabajo decente para el colectivo doméstico influyó los importantes cambios legislativos que se fueron produciendo en el ámbito nacional. El mismo año que se aprobó el Convenio, en España se adoptó el Real Decreto 1620/2011¹⁹, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar; cuyo objetivo era y sigue siendo, el de dignificar las condiciones de trabajo de las personas que desempeñan la prestación de servicios en el hogar familiar así como equiparar la presente relación de trabajo a la común.

En 2013, España era el país de la Unión Europea con más empleados del hogar²⁰. Durante el último trimestre del 2017, de acuerdo con la Encuesta de Población Activa (EPA), había 630.300 personas ocupadas -87,2 por ciento de ellas mujeres- en “Actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico” frente a una totalidad de población ocupada de 22.765.00, lo cual representa un 2,8 por ciento de la misma²¹. Sin embargo, conforme a los datos de afiliación, altas y bajas de la Seguridad Social, al finalizar el año había un total de 420.189,100 afiliados al Sistema Especial de Empleados de Hogar (SEEH), de ellos, 400.456 eran mujeres y 169.043 eran mujeres inmigrantes²². En otros términos, al igual que en el resto del mundo, en nuestro contexto nacional, el empleo doméstico se caracteriza por ser un trabajo esencialmente feminizado, etnificado e invisible, precisamente por el carácter informal del mismo.

En respuesta a esta situación, el Convenio núm. 189 exige la puesta en práctica de diversas medidas con el fin de asegurar el cumplimiento de las normas, aplicación de las debidas sanciones y, con ello, la protección de los derechos de las empleadas del hogar. De entre las mismas, cabe destacar aquellas relativas a la IT, la cual es concebida, precisamente, como el órgano garante del conjunto de derechos de este colectivo, concepción, que a su vez es reiterada en el ordenamiento jurídico español, concretamente, en el art. 12 del RD 1620/2011²³ y cuya operatividad, coincidiendo con SALA FRANCO, será “presumiblemente limitada”²⁴ debido a los diversos retos a los que tiene que hacer frente.

19 BOE de 17 de noviembre de 2011, núm. 277, pp. 119046-119057.

20 OIT: “Domestic workers across the world: Global and regional statistics and the extent of legal protection”, OIT, Ginebra, 2013.

21 Encuesta elaborada trimestralmente por el Instituto Nacional de Estadística, la cual incluye tanto a todas aquellas personas que están de alta en la Seguridad Social como a aquellas que trabajan en la denominada “economía informal”.

22 Estadísticas sobre “Afiliación y alta de Trabajadores” del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

23 “El control de cumplimiento de la legislación laboral relativa a esta relación laboral se realizará por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que la ejercerá con las facultades y límites contemplados en la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.”

24 SALA FRANCO, T.: “La relación laboral especial del servicio del hogar familiar y el contrato de trabajo doméstico”, *Relaciones Laborales*, 1986, Tomo 1º, (versión electrónica), p. 21.

2. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el trabajo doméstico: Retos.

Como venimos apuntando, en el ordenamiento jurídico español, el régimen de control del cumplimiento de la legislación de las empleadas al servicio del hogar familiar es atribuido a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS). Si bien el sector doméstico forma parte del mandato de la inspección, la limitación de la facultad de entrada al centro de trabajo y las dificultades de fiscalización del mismo contribuyen a la priorización de control de otras actividades empresariales que presentan mayores probabilidades de ofrecer unos resultados más precisos²⁵.

Para corroborarlo, en el caso español, cabe atender a las cifras incluidas en el informe de la OIT “Impacto de las reformas legislativas en el sector del empleo del hogar en España”²⁶. En el período 2011-2012, coincidente con la implantación de las reformas legislativas, las actuaciones –aún siendo escasas- se incrementaron un 70,09%. Poco a poco, a medida que han ido transcurriendo los años y se han considerado de mayor importancia otras cuestiones para la agenda gubernativa, las cifras han ido disminuyendo hasta registrar tasas negativas del 26,34% y 34,66% en los períodos 2013-2014 y 2014-2015, respectivamente. En esa misma dirección apuntan datos más recientes, según el “Informe anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2016”, en este año se llevaron a cabo 815 actuaciones en materia de Seguridad Social en el ámbito del empleo del hogar; es decir, un 61,3% menos con respecto del 2014 y tan solo un 0,15% del total de todas las actuaciones efectuadas en la materia²⁷.

Ciertamente, ello no es debido a un desinterés del Cuerpo de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social en relación con el sector doméstico, sino, más bien, a los diversos factores que han venido justificando la configuración de la relación laboral del empleo del hogar familiar como de carácter “especial” y lo que ello conlleva.

Dicha calificación data de los años 70' con la aprobación de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relacionales Laborales²⁸. La misma supuso, no solo la “especialización” del denominado servicio doméstico, sino también “el punto de partida en el proceso de (su) laboralización”²⁹. Por primera vez en el ordenamiento jurídico español, se incorporó la categoría de “relaciones laborales de carácter especial”, entendiéndose por las mismas todas aquellas enumeradas en el art. 3.1 de la Ley y que reuniesen las notas de ajenidad, dependencia y retribución. De entre ellas, cabe destacar el

25 OIT: “Inspección de trabajo y trabajo doméstico”, *Programa de ITC-OIT sobre Desarrollo de sistemas de inspección del trabajo modernos y eficaces*, Módulo 16, p. 25.

26 DÍAZ GORFINKIEL, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, C.: “Impacto de las reformas legislativas en el sector del empleo del hogar en España”, *Organización Internacional del Trabajo*, Serie condiciones de trabajo y empleo, Ginebra, 2016, núm. 2°.

27 Consúltase el “Informe anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2016 (Convenios 81 y 129 de la O.I.T)”, Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

28 BOE de 21 de abril de 1976, núm. 96, pp. 7894-7902 (disposición derogada).

29 CUEVA PUENTE, M^a. C.: *La relación laboral especial de los empleados de hogar*, Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 66.

“trabajo al servicio del hogar familiar; en sus diversas modalidades”, cuya regulación –con un plazo no superior a los dos años- quedó en manos del Gobierno (Disp. Adicional 4ª), plazo que culminó sin aprobación alguna.

Similarmente, la adopción de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores³⁰, mantuvo la consideración de “especial” de la relación laboral del servicio del hogar familiar; pero la condicionó al respeto de los derechos básicos establecidos en la Constitución Española (art. 2.2). Una vez más, el Estatuto de los Trabajadores encomendó al Gobierno la aprobación de las correspondientes normas que regulasen las relaciones laborales de carácter especial con un plazo máximo de dieciocho meses (Disp. Adicional 2ª), el cual transcurrió sin haberse aprobado su regulación específica. Finalmente, hubo que esperar hasta la reforma de éste último por medio de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, la cual, nuevamente, abrió un plazo de doce meses para la regulación de las relaciones laborales de carácter especial³¹ y, así, poner fin a una situación de vacío jurídico, dando lugar al RD 1424/1985 por el cual se reguló la relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar³², antecedente inmediato de la regulación vigente: el RD 1620/2011.

De conformidad con el art. 1.2 del vigente RD, “se considera relación laboral especial del servicio del hogar familiar la que conciertan el titular del mismo, como empleador, y el empleado que, dependientemente y por cuenta de aquél, presta servicios retribuidos en el ámbito del hogar familiar”, por lo que, además de los rasgos comunes a todo tipo de trabajo –dependencia, ajenidad, voluntariedad y retribución-, existen otros privativos que son singulares de la presente relación de trabajo³³. Como ya venía estableciendo el RD 1424/1985, es precisamente el ámbito de prestación de los servicios domésticos –el hogar familiar- el factor más característico de esta relación laboral, cuya esfera privada, requiere de una confianza mutua entre las partes contratantes y de una necesaria flexibilidad atribuida a las mismas para que conjuntamente determinen las condiciones de trabajo, sin olvidar que, todo ello, deberá respetar el tan arraigado derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE).

Al respecto, con el objetivo de aproximarnos a los principales obstáculos que enfrenta la ITSS en el sector doméstico, se hace necesario desgajar las características privativas del servicio del hogar familiar y analizarlos separadamente.

30 BOE de 14 de marzo de 1980, núm. 64, pp. 5799-5815 (disposición derogada).

31 Plazo que, según precisó la Disp. Adicional 1ª de la Ley, comenzaría a contar a partir de la entrada en vigor de la misma.

32 BOE de 13 de agosto de 1985, núm. 193, pp. 25617-25618 (disposición derogada).

33 CUEVA PUENTE, Mª. C.: *La relación*, cit., p. 149.

A) El lugar de prestación de servicios: el hogar familiar.

El lugar de prestación de servicios de la presente relación de trabajo es, probablemente, el principal desafío que encuentra la ITSS en el ejercicio de su actuación.

El hogar familiar, entendido en sentido amplio³⁴, es un espacio bien distante del tradicional ámbito empresarial. La diferencia que presenta esta relación laboral frente “al común denominador de las relaciones laborales, que se desenvuelven en entornos de actividad productiva presididos por los principios de la economía del mercado” es el factor decisivo de la especialidad de la misma³⁵. A ello se debe que no importe tanto la experiencia o cualificación de la empleada sino su persona. El hecho mismo de que coincida el lugar en el que se desempeña el empleo doméstico con el lugar en el que se desarrollan los aspectos más privados de la vida de las personas, exige de la trabajadora absoluta lealtad, dedicación y discreción, ya que el elemento locativo le consiente conocer los aspectos más íntimos de la vida privada del núcleo familiar en el que se encuentra, así como sus costumbres, sus propiedades, sus amistades, etc.³⁶, convirtiéndola prácticamente en un miembro más de la familia³⁷.

Al suceder todo entre paredes privadas y quedar oculto a los ojos del mundo, se facilita el incumplimiento de la normativa laboral y de Seguridad Social. En efecto, aunque el RD 1620/2011 asigna el control del cumplimiento de la legislación laboral relativa a esta relación de trabajo a la ITSS, su actuación deberá ser ejercida “con las facultades y límites contemplados en la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”. Ley, ésta última, derogada y reemplazada por la Ley 23/2015, de la cual se pueden desprender dos conclusiones un tanto contradictorias³⁸: por un lado, que la ITSS es el órgano encargado de intervenir en la supervisión del cumplimiento de las normas laborales aplicables a las empleadas domésticas y, por otro lado, de forma terminante, dispone que en aquellos casos en los que el centro sometido a inspección coincida con el domicilio de una persona física, con el fin de respetar los derechos de inviolabilidad

34 La expresión hogar familiar debe ser interpretada en sentido amplio ya que incluye viviendas o habitaciones de diverso tipo, incluso móviles (routottes o embarcaciones), o bien de carácter permanente o temporal (viviendas de verano, habitaciones de hotel, etc.), así lo han señalado RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “La relación especial de trabajo al servicio del hogar familiar”, *Actualidad laboral*, 1986, núm. 1º, p. 4, y SALA FRANCO, T., “La relación”, cit., p. 4. Sin embargo, como ha destacado CORDERO GORDILLO, V.: *La relación laboral especial del servicio del hogar familiar: RD 1620/2011, de 14 de noviembre*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, no serán considerados hogares familiares las fincas de recreo o las fincas agropecuarias.

35 Así queda patente en la Exposición de Motivos del RD 1620/2011, por el que se regula la relación laboral especial del servicio del hogar familiar y, en este mismo sentido se han pronunciado autores como SALA FRANCO, T.: “La relación”, cit., p. 2 y CUEVA PUENTE, Mª. C.: *La relación*, cit., p. 150.

36 QUESADA SEGURA, R.: *El contrato de servicio doméstico*, La Ley, Madrid, 1991, p. 78.

37 PAVLOU, V.: “The case of female migrant domestic workers in Europe: Human rights violations and forward looking strategies”, *Yearbook of Humanitarian Action and Human Rights*, 2011, pp. 67-84, p. 69.

38 ROMERAL HERNÁNDEZ, J.: “El impacto del Convenio 189 de la OIT en las condiciones de trabajo de los empleados de hogar”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2013, núm. 7º, (versión electrónica), p. 15.

de domicilio y de intimidad personal y familiar; será indispensable el expreso consentimiento del titular o, en caso contrario, la oportuna autorización judicial (art. 18.2 CE).

Indiscutiblemente, se genera una situación de conflicto de derechos fundamentales. Por una parte se protegen los derechos constitucionales de intimidad e inviolabilidad de domicilio del titular del hogar y, por otra parte, el derecho a unas condiciones de trabajo dignas del empleado³⁹. Por lo que la cuestión es qué derecho debe prevalecer sobre el otro.

Aunque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional haya interpretado el derecho a la inviolabilidad de domicilio como un derecho de autonomía propia⁴⁰, lo cierto es que el mismo está estrechamente ligado al derecho a la intimidad de las personas⁴¹. Este derecho, el cual garantiza el ámbito de privacidad de las personas, se ha configurado como un derecho negativo concretado en dos reglas diversas. La primera define la “inviolabilidad” del mismo, resultando “exento de” o “inmune a” todo tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública; la segunda, en aplicación de la primera, otorga al titular del mismo la potestad de excluir a otros del ámbito privado, impidiendo o prohibiendo la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y, especialmente, de la autoridad pública para la práctica de un registro⁴², interdicción de entrada y registro que no es más que una manifestación de la norma que garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar⁴³.

Con este derecho no solo se está protegiendo el espacio físico en sí mismo, sino que la protección se extiende a todo lo que hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella⁴⁴, cuyo fundamento se encuentra en el hecho de que el

39 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por España el 23 de septiembre de 2010, reconoce en su articulado “...el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto; b) La seguridad y la higiene en el trabajo; c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.”

40 STC 10/2002, de 17 de enero (RTC 2002, 10).

41 El derecho a la inviolabilidad de domicilio se ha configurado por el Tribunal Constitucional como una “suerte de intimidad domiciliaria”, es decir, como una mera manifestación del derecho a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario, véase: NAVAS SÁNCHEZ, M^a. M.: “Inviolabilidad o intimidad domiciliaria? A propósito de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”, *Revista de Derecho Político*, 2011, núm. 81º, pp. 155-198, p. 158.

42 STC 22/1984, de 17 de febrero (RTC 1984, 22).

43 STC 126/1995, de 25 de julio (RTC 1995, 125).

44 STC 22/1984, de 17 de febrero (RTC 1984, 22).

domicilio es el espacio por excelencia en el cual el individuo vive, sin estar sujeto a usos y convenciones sociales, ejerciendo su más íntima libertad⁴⁵.

Los límites del mismo son bien precisos. De conformidad con la Constitución Española, fuera de los supuestos en los que medie el consentimiento del titular o de delito flagrante, la norma establece que la entrada o registro domiciliario será posible, únicamente, mediante la oportuna resolución judicial⁴⁶. Ésta última deberá estar motivada y operará como “garantía de excepcionalidad de la injerencia permitida por el art. 18.2 CE y, en todo caso, como garantía de la proporcionalidad de la restricción de todo derecho fundamental”⁴⁷. El carácter taxativo de estos límites da lugar a una situación de cuasi impunidad, por no decir absoluta, del empleador en relación con las obligaciones para con sus trabajadores, debido a que, por norma, los inspectores tienen prácticamente vetado el acceso y con ello, la función más típica de la IT: las visitas inspectoras.

Actualmente, no existe un texto constitucional a nivel nacional que contemple una solución ante esta colisión de derechos producido en el marco de la relación laboral especial al servicio del hogar familiar; lo que ha venido a generar un vacío normativo⁴⁸, cuyo resultado directo ha sido un trato diferenciado y discriminatorio en comparación con el resto de trabajadores⁴⁹.

Además, esta discriminación es mayormente acrecentada con la exclusión del colectivo de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), cuyo resultado podría derivar en una total inaplicación del derecho⁵⁰. Esta Ley, como resultado de la transposición de la Directiva Marco sobre la inaplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo, dispone, sin mayor justificación, que “la presente (...) tampoco será de aplicación a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. No obstante lo anterior; el titular del hogar está obligado a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene”,

45 STC 10/2002, de 17 de enero (RTC 2002, 10).

46 Para una mayor concreción acerca de la autorización judicial como requisito formal previo a la visita, véase: CRUZ VILLALÓN, J.: “La actuación de la inspección de visita a los centros de trabajo e inviolabilidad del domicilio”, *Presente y Futuro de la Intervención Pública en las Relaciones Laborales y de Seguridad Social, 2011*, pp. 245-266, p. 257. Ello teniendo en cuenta, la entrada en vigor de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, cuyo artículo 76.5 establece que “La Inspección de Trabajo y Seguridad Social y, en su caso, la Administración laboral, en el ejercicio de sus funciones, cuando el centro de trabajo sometido a inspección coincidiese con el domicilio de la persona afectada, podrá solicitar la correspondiente autorización judicial, si el titular se opusiere o existiese riesgo de tal oposición, en relación con los procedimientos administrativos de los que conozca o pueda conocer posteriormente la jurisdicción social, o para posibilitar cualquier otra medida de inspección o control que pudiera afectar a derechos fundamentales o libertades públicas”, desplazando el conocimiento de la autorización al orden social de la jurisdicción.

47 STC 171/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999, 171).

48 VEGA RUIZ, M°. L.: “L’administration et l’inspection du travail dans le domaine du travail domestique: les expériences de l’Amérique latine”, *CJWL/RFD*, 2011, Vol. 23, núm. 1, pp. 341-358, p. 345.

49 SALA FRANCO, T.: “La relación”, cit., p. 2.

50 ROMERAL HERNÁNDEZ, J.: “El impacto”, cit., p. 15.

decisión, que según algunos autores, trae causa precisamente del elemento locativo del empleo que no daría lugar al control del cumplimiento de la norma⁵¹.

Otros, en cambio, han justificado la exclusión del ámbito de aplicación de la LPRL en la "consecuencia de la propia simplicidad del proceso de trabajo en las actividades domésticas, y de la ausencia, por lo general, de riesgos específicos cuya prevención requiera de equipos o instrumentos de protección"⁵², pero la verdad es que el colectivo de empleadas domésticas, como todo trabajador, está expuesto a unos determinados riesgos y accidentes en el trabajo⁵³.

Esta exclusión que, a mi parecer, no es propia de un Estado social y democrático de Derecho, induce a la perpetuación de discriminación de un colectivo ya de por sí históricamente discriminado, por lo que, el hogar familiar, aun representando el espacio por excelencia en el que se protege la intimidad personal, no puede justificar la exclusión de estos trabajadores de la protección dispensada por las leyes, al igual que no en base a la dificultad de acceso al domicilio de la ITSS se puede consentir el descontrol de los derechos más básicos de uno de los colectivos más vulnerables del mercado de trabajo⁵⁴.

B) El empleador doméstico no empresario.

Otra de las peculiaridades de la presente relación laboral es la ausencia de la figura del empresario.

El imaginario colectivo, generalmente, asocia la figura del empresario directamente con una empresa, esto es, una actividad económica o profesional a título lucrativo, de naturaleza competitiva, de la cual él dirige, decide y gestiona los medios de producción, tanto materiales como humanos, que integran la empresa⁵⁵. Este concepto de empresario en sentido económico, no siempre coincidirá con la definición de empresario a efectos jurídico-laborales ofrecida por el art. 1.2 del ET, ocupando esta figura "todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado

51 Véase, por ejemplo, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "La Directiva marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del Ordenamiento español", *RL*, 1991, núm. 8º, p. 1225, quien fundamenta que la exclusión reside "tanto (en) la interrelación que en el trabajo al servicio del hogar familiar existe entre las condiciones de trabajo del trabajador y las de vida del empresario, como las peculiaridades del lugar de trabajo que hacen impracticables muchas de las previsiones contenidas en la directiva". En este mismo sentido, véase: AYALA DEL PINO, C.: "La prevención de riesgos laborales en la relación laboral especial de servicio del hogar familiar", *Saberes*, 2007, vol. 5, p. 10.

52 MONTOYA MELGAR, A., PIZÁ GRANADOS, J.: *Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo*, Editorial McGraw Hill, Madrid, 2000, p. 71.

53 Véase, OIT.: *La inspección del trabajo y otros mecanismos de cumplimiento en el sector del trabajo doméstico: Guía introductoria*, OIT, Ginebra, 2016, p. 11.

54 AYALA DEL PINO, C.: "La prevención", cit., p. 11.

55 SANGUINETI RAYMOND, VV.: "Empresa, empresario, empleador", *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 2017, núm. 5º.

anterior” (es decir, de los trabajadores asalariados). Si atendemos a esta última concepción, dentro de este concepto general ofrecido por el ET cabría también quien ostente el prototipo de empresario en la relación laboral especial al servicio del hogar familiar:

De conformidad con el art. I del RD 1620/2011, será empleador el titular del hogar familiar; pudiendo serlo el “simple titular” -quien tenga algún tipo de titularidad sobre el domicilio o lugar de residencia- y el “titular efectivo” -quien lo ocupe de hecho- aunque, como precisado por RAMÍREZ MARTÍNEZ, no parece demasiado acertada la denominación de éste último como titular⁵⁶. Además, el precepto continúa esclareciendo que para el caso de que la prestación de servicios domésticos sea llevada a cabo para dos o más personas que convivan en la misma vivienda y que no constituyan una familia o persona jurídica, la condición de titular del hogar familiar será asumida por la persona que ostente la titularidad de la vivienda habitada o aquella que asuma la representación de tales personas, pudiendo la misma recaer de forma sucesiva en cada una de ellas⁵⁷.

Asimismo, la norma excluye una serie de relaciones del ámbito de la presente relación laboral, de entre las cuales, la más destacable es la “relación concertada por personas jurídicas, de carácter civil o mercantil, aun si su objeto es la prestación de servicios o tareas domésticas, que se regirán por la normativa laboral común”⁵⁸. De modo que, inevitablemente, el empleador en la presente relación de trabajo debe reunir la condición de persona física.

Uno de los principales problemas que emerge en esta relación laboral de carácter especial, es que el propio titular del hogar no se considera a sí mismo como empresario-empleador. Generalmente, quienes contratan a las empleadas domésticas, son personas comunes al mando de su domicilio privado que tienen, como se diría, “la sartén cogida por el mango”, encontrándose en una posición de absoluta superioridad y dominación frente a la trabajadora, sin contar con conocimientos específicos ni formación alguna, dándose la amplia posibilidad de

56 RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: “La relación”, cit., p. 5.

57 A raíz de un análisis jurisprudencial, también se admitirá la prestación de servicios domésticos en favor de agrupaciones “parafamiliares” formadas por personas que, aun sin tener vínculos de parentesco, conviven en una misma residencia y a quienes unen vínculos de amistades, religiosos, ideológicos o de otro tipo. Véase, CORDERO GORDILLO, V.: *La relación*, cit., p. 18.

58 Del ámbito de la relación laboral especial, de conformidad con el artículo 2.1, se excluyen las relaciones concertadas a través de empresas de trabajo temporal; las relaciones de los cuidadores profesionales contratados por instituciones públicas o privadas en el marco de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia; las relaciones de los cuidadores no profesionales consistentes en la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada, de acuerdo con la Ley 39/2006; las relaciones concertadas entre familiares para la prestación de servicios domésticos cuando quien preste el servicio no tenga la condición de asalariado y; los trabajos realizados a títulos de amistades, benevolencia o buena vecindad.

que, por motivos de ignorancia, desconozcan el conjunto de obligaciones derivadas de la relación de trabajo.

Esta ausencia de la estricta figura del empresario, la cual ya justificó la no aplicación del art. 33 del ET en la presente relación laboral por tratarse ésta de una prestación de servicios a una organización de carácter no empresarial, podría ser un motivo incisivo en la exclusión de la misma de la LPRL. En efecto, esta exclusión podría responder al “carácter no profesional del sujeto que en este tipo de relación laboral ostenta la condición de empresario, el titular del hogar familiar; que no puede equipararse realmente a ningún otro tipo de empresario laboral”⁵⁹. La especialización y tecnicidad de las medidas preventivas de protección a adoptar excederían de la capacidad económica y personal del empleador ya que se verían abocados por el pago de éstas últimas además del salario y contribuciones del empleador e, incluso del pago de infracciones administrativas o sanciones establecidas en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social en caso de incumplimiento, previstas, especialmente, para empresas.

Este conjunto de exclusiones, además de condenar a este colectivo femenino al desamparo, en cierta medida, deteriora también la capacidad sancionadora e inhibidora de la Inspección, de modo que resulta necesario buscar un término medio que no contemple su absoluta exclusión sino que se busquen medidas proporcionales y compatibles con las peculiaridades propias de esta relación de trabajo ya que, en caso contrario, “estaríamos vaciando de contenido el control del cumplimiento por parte de la ITSS”⁶⁰.

C) Las tareas domésticas.

La última singularidad que presenta esta relación laboral especial tiene que ver concretamente con los servicios prestados, los cuales son de carácter doméstico. El art. 1.4 del RD 1620/2011 establece que los servicios domésticos que constituyen el objeto del contrato laboral especial son las tareas que se desarrollan en el seno del hogar, las cuales pueden revestir diversas modalidades. En primer lugar, hace referencia a aquellas cuyo objeto directo es la casa, es decir, “la dirección o cuidado del hogar en su conjunto o de alguna de sus partes”, siempre y cuando estas actividades queden únicamente limitadas a las tareas relativas al gobierno de la casa y no se extiendan a la gestión de intereses económicos del empleador⁶¹. En segundo

59 MARTÍN HERNÁNDEZ, M^a. L.: *El derecho de los trabajadores a la Seguridad Social en el trabajo*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2006, p. 135.

60 ROMERAL HERNÁNDEZ, J.: “El impacto”, cit., p. 16.

61 De conformidad con el artículo 2.3 RD 1620/2011, en el caso en el que la trabajadora, además de prestar servicios domésticos en el hogar familiar, desempeñe otros servicios ajenos al mismo en actividad o empresas de cualquier carácter del empleador, se presumirá la existencia de una única relación laboral de carácter común,

lugar, también se incluyen la tareas cuyo objeto sea “el cuidado o atención de los miembros de la familia o de las personas que forman parte del ámbito doméstico o familiar”, pudiendo incluso tratarse de familiares situados en un espacio distinto de la vivienda del empleador o personas que sin ser familiares, conviven con el titular del hogar⁶². En último lugar, también serán considerados servicios domésticos, aquellos considerados como tal por extensión⁶³, esto es, los servicios de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos, siempre y cuando éstos sean realizados conjuntamente con otras tareas de cuidado del hogar o de personas⁶⁴.

Estas tareas, desafortunadamente, siguen sin ser consideradas como una verdadera profesión. Los dictados del patriarcado las han calificado como de “patrimonio exclusivo de la mujer”⁶⁵, inherente a la misma por su *obligación natural* de ser madres cuidadoras y reproductoras de las futuras fuerzas de trabajo⁶⁶. En la perpetuación de este pensamiento, ha contribuido la tradición histórica de excluir el servicio doméstico del concepto de trabajo. Por poner un ejemplo, la Ley de Accidentes del Trabajo, de 31 de enero de 1900 ya excluía el trabajo doméstico del objeto del contrato de trabajo, puesto que era obrero u “operario” “todo el que ejecutaba habitualmente un trabajo manual fuera de su domicilio por cuenta ajena” (art. 1). De ello se desprende que uno de los requisitos indispensables para que uno fuese considerado trabajador era el carácter “extradomiciliario”⁶⁷ del servicio que prestase, lo que excluía las labores domésticas desempeñadas tanto por las amas de casa como por los servidores domésticos.

De este modo, se han ido configurando dos esferas diferenciadas: por un lado, la esfera económica o monetaria (inserta en la lógica mercantil) y, por otro lado, la esfera de la vida material o no monetaria (actividades de valores de uso)⁶⁸. Desde entonces, el trabajo doméstico ha formado parte de ésta última al considerarse como una actividad infraeconómica, infraestructural, absolutamente básica, quedando fuera del mercado, ya que es la conversión de la actividad en mercancía lo que determina que debe ser considerado como trabajo y que no⁶⁹.

salvo prueba en contrario que acredite la marginalidad o carácter esporádico de ésta última con respecto al servicio puramente doméstico.

62 LLANO SÁNCHEZ, M.: “El nuevo contrato laboral especial del servicio del hogar familiar”, *Actualidad laboral*, 2012, núm. 6°, p. 2.

63 SALA FRANCO, T.: “La relación”, cit., p. 7.

64 Esta interpretación en RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: “La relación”, cit., p. 5.

65 VENEZUELA RATIA, D.: *El sector doméstico español 1964-1976*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1979, p. 30.

66 Según el Euro Barómetro Especial 465 publicado por la Comisión Europea, relativo a la igualdad de género en 2017, el 44% de los europeos siguen considerado que el papel más importante del género femenino es cuidar de la casa y de la familia.

67 MARTÍNEZ VEIGA, U.: *Mujer, trabajo y domicilio. Los orígenes de la discriminación*, Icaria, Barcelona, 1995, p. 17.

68 Para una mayor comprensión de las mismas con especial referencia al ámbito doméstico, véase: COLECTIVO IOÉ.: “El servicio doméstico en España. Entre el trabajo invisible y la economía sumergida”, *Juventud Obrera Cristiana de España*, Madrid, 1990, pp. 7-16.

69 MARTÍNEZ VEIGA, U.: *Mujer, trabajo*, cit., p. 13.

Este pensamiento de que el trabajo doméstico “no añade valor a nada... (cuyos) servicios perecen el mismo momento de ser prestados, y rara vez dejan tras de sí rastro o valor alguno a cambio del cual puede conseguirse después una cantidad igual de servicios”, lo hemos venido arrastrando a lo largo de los años, consolidando la percepción social de que se trata de un trabajo que no genera beneficio alguno⁷⁰ y, es por ello, que se sigue juzgando como un empleo fácil que no requiere de estudios o conocimientos específicos.

Este conjunto de ideas erróneas ha conducido a la desprofesionalización del mismo y a la adopción, en muchos casos, de acuerdos informales cuya falta de registro supone la invisibilidad de un trabajo, ya de por sí, difícilmente detectable. Como bien hemos dicho al principio del artículo, en España hay más de un tercio de trabajadoras domésticas no afiliadas a la Seguridad Social, lo que supone la limitación de sus derechos laborales, la falta de oportunidades de empleo de calidad, una protección social inadecuada y una barrera hacía un diálogo social insuficiente. Además, el hecho mismo de que se desenvuelva en un hogar privado, las constriñe a un ulterior aislamiento que dificulta, en mayor medida, la labor de la IT.

Mientras perdure esta falta de información, datos y registros que guían a la administración de trabajo en sus actuaciones, es evidente que se optará por intervenir en otros sectores cuya posibilidad de mapear los incumplimientos sea mayor. Obviamente, como se ha dicho hasta ahora, teniendo en cuenta que los inspectores desempeñan una función integral hacía el correcto funcionamiento de las relaciones laborales, si la ITSS no cuenta con referencias acerca de los hogares que tengan a su cargo trabajadoras, estará más limitada a la hora de difundir información y asesorar a empleadores y trabajadoras, así como para planificar sus inspecciones ya que dependerán de información poco acertada, lo cual podría resultar ineficiente y producir resultados poco útiles⁷¹.

III. PROPUESTAS A PARTIR DE EXPERIENCIAS DE DERECHO COMPARADO.

La relación laboral especial al servicio del hogar familiar constituye un verdadero reto para la actuación inspectora. Si bien desde instancias internacionales se ha señalado que un sistema eficaz de inspección de trabajo que cuente con la autoridad de acceso libre y sin previo aviso a los lugares de trabajo sería fundamental para garantizar el derecho a unas condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias⁷², actualmente, todavía existe una falta generalizada de enfoques a medida para la actuación inspectora en este peculiar ámbito.

70 OIT: “Protección social del trabajo doméstico: Tendencia y estadísticas”, *Documento de Política de Protección Social*, 2016, n.º 16, p. 6.

71 OIT: “Inspección de”, cit., p. 25.

72 CDESC.: Observación general núm. 23º sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, párr. 47 f) y 54 (E/C.12/GC/23).

Con el objetivo de abordar estos grandes déficits de trabajo decente y erradicar el pensamiento histórico de que las trabajadoras domésticas son equivalentes a la figura de servidores⁷³, se hace necesario afrontar la situación a partir de dos distintos enfoques⁷⁴: por una parte, mediante un enfoque capacitador y, por otra parte, desde un enfoque disuasorio.

Por un lado, el primero tendría como fin la adopción de medidas para estimular, tanto a empleadores como empleados, a cumplir la normativa laboral y facilitar la formalización del trabajo doméstico. Para ello, desde la OIT se proponen tres tipos de estrategias: 1) la difusión de información y concienciación acerca de la importancia de las normas y su cumplimiento, 2) la reducción de costes con el fin de fomentar la contratación formal y, 3) la simplificación de los procedimientos y disminución de burocracia⁷⁵.

En la mayoría de los países, el incumplimiento de la normativa responde al desconocimiento de las obligaciones y derechos de las partes contratantes, por lo que las campañas de sensibilización juegan una función fundamental. Si bien es cierto que en España, a comienzos de 2012 y tras la aprobación del RD 1620/2011, la ITSS comenzó una campaña informativa relativa al empleo informal y los trabajadores migrantes que dio lugar a diversas actuaciones inspectoras, esta labor informativa, a día de hoy, es en gran medida desempeñada por los sindicatos y las asociaciones preocupadas por la dignificación de las tareas del hogar y los cuidados⁷⁶.

En cuanto a la reducción de costes y simplificación burocrática, las medidas a adoptar pueden ser diversas. Hasta el pasado año en España se aplicaba una reducción del 20% sobre la aportación empresarial por contingencias comunes y hasta un 45% para el caso de familias numerosas como medida para hacer aflorar la economía sumergida, beneficio en la cotización a la Seguridad Social que llegó a su fin en julio de 2017 al no preverse una prórroga expresa en los Presupuestos Generales del Estado.

Indudablemente, si desde el estado español se pretende formalizar esta relación de trabajo de carácter especial, que a su vez facilitará la fiscalización de los lugares de trabajo de este colectivo, será necesaria la adopción de estrategias que favorezcan la contratación formal para ambas partes. Para ello, diversos estados europeos han aprobado medidas que optan por la formalización a partir del uso de incentivos para

73 ANDERSON, B.: *Doing the dirty work. The global politics of domestic labour*, Zed Books, Reino Unido, 2000.

74 OIT.: *Formalizing domestic work*, OIT, Ginebra, 2016.

75 OIT.: *Formalizing domestic*., cit.

76 Algunos ejemplos de los mismos son: UGT, CCOO, SEDOAC (Servicio Doméstico Activo), ATH-ELE (Asociación de Trabajadoras del Hogar de Bizkaia), Senda de Cuidados, Cáritas, Asociación de Trabajadoras del hogar de Granada, entre muchos otros.

su cumplimiento⁷⁷. Por ejemplo, en Suecia, todos aquellos hogares que contratan servicios de limpieza de empresas se benefician de una deducción fiscal equivalente al 50% del coste, hasta un límite y, en Finlandia, se permite deducir parte del coste que supone el trabajo doméstico a través de un crédito fiscal mediante el cual el empleador paga a una empresa oficial del sector privado por servicios de tipo doméstico⁷⁸.

Asimismo, otros supuestos particulares que merecen una especial mención son los casos de Bélgica, Suiza y Francia, los cuales han optado por la implementación de interesantes sistemas de “cheques de servicio” con el objetivo de trasladar el empleo doméstico de la economía informal a la formal⁷⁹.

Tomando el ejemplo del caso francés, en 2006 se introdujo el “*chèque emploi service universel*” (CESU) como estrategia facilitadora de la contratación de servicios personales⁸⁰ y de reducción de obstáculos jurídicos y administrativos. Se trata de una “solución económica y flexible”⁸¹, ya que, primero, da cabida a servicios puntuales o diarios cuyo uso incluye incentivos tanto fiscales como sociales; y, segundo, porque ofrece una amplia variedad de servicios personales sufragados por este instrumento. Se trata de un mecanismo que puede ser utilizado por individuos en atención a necesidades personales, pero también por parte de empresas. Es destacable este último caso ya que las propias empresas pueden ofrecer ayuda a sus propios empleados necesitados de servicios personales mediante su asistencia financiera. En otras palabras, los empleados de las empresas que tengan a su cargo trabajadores a domicilio podrán beneficiarse de una ayuda financiera del comité de empresa o, en su defecto, del empleador; ayuda que es limitada en 1830€ por año natural y por empleado beneficiario, la cual quedará exenta de las cotizaciones de la Seguridad Social e IRPF⁸².

Por otro lado, en lo que concierne al enfoque disuasorio, éste incluiría el uso de mecanismos de queja, sistemas de resolución de conflictos o inspecciones de trabajo, instrumento éste último que, como se ha visto hasta el momento, se enfrenta a serias dificultades a la hora de ejercer sus funciones.

77 OIT.: *La inspección*, cit., p. 27.

78 OIT.: *La inspección*, cit., p. 27.

79 GREMIAU, S.: “*Formalizing domestic work through the use of service vouchers. The particular cases of France, Belgium and the canton of Geneva*”, ILO Bureau for workers’ activities.

80 En fecha de febrero de 2018, son veintiséis las actividades consideradas como servicios personales en Francia, de entre las cuales cabe destacar los servicios a la familia, los servicios asociados a la promoción de la salud, los servicios en favor de una mejora o preservación de la calidad de vida en el hogar o las condiciones de vida y los servicios calificados como de “intermediación”, en otros términos, aquellos dirigidos a la asistencia administrativa del domicilio.

81 Así lo vende la página web institucional: <https://www.ticket-cesu.fr/beneficiaires/Pages/les-avantages-pour-vous.aspx> (23/02/18)

82 AUBRÉE Y., LAHALLE, T.: “*Employés de maison*”, *JCI Sociétés Traitée*, 2012, Fasc. 5-60, (versión electrónica), p. 14.

Si bien ningún Estado ha adoptado medidas concretas para afrontar el conflicto de derechos generado a raíz de la visita inspectora en un domicilio privado, sí se han comenzado a adoptar soluciones parciales que, aunque de modo sigiloso, abordan esta compleja cuestión.

Por ejemplo, en Irlanda, la Autoridad Nacional de Derechos Laborales (NERA) introdujo, a modo de proyectos piloto, unos métodos de trabajo novedosos. En el ámbito específico del trabajo doméstico, se enviaron cartas a los hogares en los que constaban contratos laborales domésticos solicitando el acceso a sus hogares y, en aquellos casos en los que la solicitud fuese rechazada, a los empleadores se les exigía que propusieran lugares de encuentro alternativos para la inspección, de modo que la actuación inspectora acabaría adoptando la forma de entrevistas y análisis de documentos⁸³.

De igual manera, estrategias similares han estado adoptándose en países latinoamericanos. Por ejemplo, en Brasil, en agosto de 2014 se publicó la Instrucción Normativa N° 110/2014 reguladora de la inspección del trabajo doméstico, la cual se aproxima a las formas de acceder a los domicilios de los empleadores cuando exista autorización. La misma establece que el control del cumplimiento de las normas laborales en el ámbito doméstico será llevado a cabo por el Auditor Fiscal del Trabajo (AFT), preferentemente, mediante un sistema de fiscalización indirecta⁸⁴. El procedimiento consiste en el envío de una notificación postal –con acuse de recibo– que explicita la documentación a presentar e indique la hora y unidad descentralizada del Ministerio de Trabajo y Empleo en el que se tendrán que presentar los documentos requeridos con el fin de demostrar la formalización del vínculo laboral. En caso de incumplimiento del empleador o de su representante, el AFT adoptará los oportunos procedimientos fiscales y sanciones. Sin embargo, una vez más, este sistema se encuentra con el límite de la inviolabilidad de domicilio para proceder a la inspección física del hogar puesto que se requerirá el consentimiento expreso del empleador o autorización judicial.

Otro caso a destacar es Uruguay ya que la OIT ha afirmado que “es hoy por hoy un modelo en la implementación de estrategias de inspección laboral en servicio doméstico”⁸⁵. Su Constitución establece que “El hogar familiar es un lugar sagrado e inviolable” de modo que se podrá proceder a “realizar inspecciones domiciliarias cuando exista presunción de incumplimiento de las normas laborales y de la seguridad social, para lo cual deberá contar con una orden judicial expedida con conocimiento de causa por Juzgado Letrado de Primera Instancia del Trabajo o

83 OIT.: *La inspección*, cit., p. 39.

84 De acuerdo con la Instrucción Normativa N° 110/2014, por fiscalización indirecta se entienden los controles llevados a cabo mediante sistemas de notificaciones para la presentación de documentos en las unidades descentralizadas del Ministerio de Trabajo y Empleo.

85 Véase, OIT.: “Estudio inspección laboral en servicio doméstico: retos y recomendaciones”, OIT, San José.

Juzgado Letrado de Primera Instancia del Interior; debiendo presentar al Juzgado competente, dentro de las cuarenta y ocho horas, testimonio de las actuaciones realizadas” de conformidad con la Ley Nº 18.065. A raíz de ello, con el fin de facilitar la aplicación de los preceptos de esta última Ley, la Inspección General del Trabajo y la Seguridad Social de Uruguay ha creado una división especial encargada de velar por el cumplimiento de dichas normas y, de forma coordinada con las autoridades judiciales, se han establecido unos criterios objetivos en base a los cuales deberán fundarse las inspecciones de trabajo⁸⁶.

Finalmente, el último caso a mencionar es el de Canadá, cuyo Tribunal Supremo ya en 1998, estimó que no había inconveniente en que se llevasen a cabo actuaciones inspectoras aunque el lugar de trabajo coincidiese con un domicilio particular⁸⁷.

IV. CONCLUSIONES.

Indudablemente, las empleadas domésticas, colectivo históricamente excluido y vulnerable, se encuentra en una situación de desprotección absoluta. Por ello:

1. Es evidente que se hace necesario articular un procedimiento que tenga en cuenta las especificidades propias de esta relación de trabajo, ya que sin la adopción de unas estrategias, técnicas o prácticas determinadas, nos arriesgamos a contribuir hacia la consolidación de un “nuevo sistema global de desigualdad”⁸⁸.

2. Se debe superar la lógica de la servidumbre que ha quedado anclada en nuestra sociedad y olvidar la consideración del trabajo como perteneciente al exclusivo ámbito del derecho privado y de la familia.

3. Con el objetivo de aproximar este empleo al trabajo decente y teniendo en cuenta que la IT constituye una de las herramientas necesarias en este proceso, se plantea la necesidad de diseñar mecanismos que permitan vencer los límites impuestos por los derechos a la inviolabilidad de domicilio e intimidad personal y familiar.

4. Al hilo de todo lo anterior, ha llegado el momento de buscar un justo equilibrio que evite el sometimiento de los derechos fundamentales del trabajador a aquellos presentes en el hogar familiar⁸⁹ y, sobre todo, de reabrir el debate en torno a la

86 VEGA RUIZ, M^a. L.: “L’administration”, cit., p. 354.

87 Comité paritaire de l’industrie de la chemise contra Potash, 1994, 2 SCR 406, p. 407.

88 PAVLOU, V.: “The case”, cit., p. 70.

89 LÓPEZ GANDÍA, J., TOSCANI GIMENEZ, D.: *El nuevo régimen laboral y de Seguridad Social de los trabajadores al servicio del hogar familiar*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2012, p. 13.

siguiente cuestión: ¿todavía existen motivos que justifiquen la especialidad de la relación laboral al servicio del hogar familiar?⁹⁰

BIBLIOGRAFÍA

ANDERSON, B.: *Doing the dirty work. The global politics of domestic labour*, Zed Books, Reino Unido, 2000.

AUBRÉE, Y., LAHALLE, T.: "Employés de maison", *JCI Sociétés Traitée*, 2012, Fasc. 5-60.

AYALA DEL PINO, C.: "La prevención de riesgos laborales en la relación laboral especial de servicio del hogar familiar", *Saberes*, 2007, vol. 5.

COLECTIVO IOÉ.: "El servicio doméstico en España. Entre el trabajo invisible y la economía sumergida", *Juventud Obrera Cristiana de España*, Madrid, 1990.

CORDERO GORDILLO, V.: *La relación laboral especial del servicio del hogar familiar: RD 1620/2011, de 14 de noviembre*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

CRUZ VILLALÓN, J.: "La actuación de la inspección de visita a los centros de trabajo e inviolabilidad del domicilio", *Presente y Futuro de la Intervención Pública en las Relaciones Laborales y de Seguridad Social*, 2011.

CUEVA PUENTE, M^a. C.: *La relación laboral especial de los empleados de hogar*, Lex Nova, Valladolid, 2005.

DÍAZ GORFINKIEL, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, C.: "Impacto de las reformas legislativas en el sector del empleo del hogar en España", *Organización Internacional del Trabajo*, Serie condiciones de trabajo y empleo, Ginebra, 2016, núm. 2º.

GARCÍA MURCIA, J.: "Origen y trayectoria histórica de la Inspección de Trabajo en España", en AA.VV.: *La Inspección de Trabajo: regulación española y perspectiva internacional* (Dir. por J. GARCÍA MURCIA), Thomson-Aranzadi, Navarra, 2016.

GREMIAU, S.: "Formalizing domestic work through the use of service vouchers. The particular cases of France, Belgium and the canton of Geneve", *ILO Bureau for workers' activities*.

LLANO SÁNCHEZ, M.: "El nuevo contrato laboral especial del servicio del hogar familiar", *Actualidad laboral*, 2012, núm. 6º.

90 QUESADA SEGURA, R.: "Aspectos laborales de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar", *Tribuna Social*, 2008, núm. 207º, p. 40.

LÓPEZ GANDÍA, J., TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *El nuevo régimen laboral y de Seguridad Social de los trabajadores al servicio del hogar familiar*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2012.

MARTÍN HERNÁNDEZ, M^a. L.: *El derecho de los trabajadores a la Seguridad Social en el trabajo*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2006.

MARTÍNEZ VEIGA, U.: *Mujer, trabajo y domicilio. Los orígenes de la discriminación*, Icaria, Barcelona, 1995.

MIÑARRO YANINI, M.: "Formas esclavas de trabajo y servicio del hogar familiar: delimitación conceptual, problemática específica y propuestas", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2014, núm. 10º, pp. 71-88.

NAVAS SÁNCHEZ, M^a. M.: "¿Inviolabilidad o intimidad domiciliaria? A propósito de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio", *Revista de Derecho Político*, 2011, núm. 81º.

OIT:

- "Date, place and agenda of the 99th Session (2010) of the International Labour Conference", *Paper GB301/2*, 2010, 301st Session.
- "Domestic workers across the world: Global and regional statistics and the extent of legal protection", OIT, Ginebra, 2013. *La inspección del trabajo y otros mecanismos de cumplimiento en el sector del trabajo doméstico: Guía introductoria*, OIT, Ginebra, 2016.
- Estudio inspección laboral en servicio doméstico: retos y recomendaciones", OIT, San José.
- *Formalizing domestic work*, OIT, Ginebra, 2016.
- "Inspección de trabajo y trabajo doméstico", *Programa de ITC-OIT sobre Desarrollo de sistemas de inspección del trabajo modernos y eficaces*, Módulo 16.
- "Protección social del trabajo doméstico: Tendencia y estadísticas", *Documento de Política de Protección Social*, 2016, núm. 16º.

PAVLOU, V.: "The case of female migrant domestic workers in Europe: Human rights violations and forward looking strategies", *Yearbook of Humanitarian Action and Human Rights*, 2011, pp. 67-84.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "La Directiva marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del Ordenamiento español", *RL*, 1991, núm. 8°.

QUESADA SEGURA, R.:

- Aspectos laborales de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar", *Tribuna Social*, 2008, núm. 207°.

- *El contrato de servicio doméstico*, La Ley, Madrid, 1991.

- "La dignificación del trabajo doméstico. El Convenio N.º 189 OIT, 2011", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011, núm. 27°.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: "La relación especial de trabajo al servicio del hogar familiar", *Actualidad laboral*, 1986, núm. 1°.

ROMERAL HERNÁNDEZ, J.: "El impacto del Convenio 189 de la OIT en las condiciones de trabajo de los empleados de hogar", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2013, núm. 7°.

SALA FRANCO, T.: "La relación laboral especial del servicio del hogar familiar y el contrato de trabajo doméstico", *Relaciones Laborales*, 1986, Tomo 1°.

SAN MIGUEL ARRIBAS, L.: *La Inspección del Trabajo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952.

SANGUINETI RAYMOND, W.: "Empresa, empresario, empleador", *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 2017, núm. 5°.

SMITH, A.: *La riqueza de las naciones*, Alianza editorial, Madrid, 2016.

VEGA RUIZ, M^a. L.:

- *Garantizando la gobernanza: Los sistemas de inspección de trabajo en el Mundo. Tendencias y retos. Un enfoque comparado*, OIT, Ginebra, 2013.

- "L'administration et l'inspection du travail dans le domaine du travail domestique: les expériences de l'Amérique latine", *CJWL/RFD*, 2011, Vol. 23, núm. 1, pp. 341-358.

VENEZUELA RATIA, D.: *El sector doméstico español 1964-1976*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1979



ALGUNAS CUESTIONES RELEVANTES DE DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO DEL REGLAMENTO GENERAL
DE PROTECCIÓN DE DATOS

*SOME RELEVANT ISSUES ABOUT INTERNATIONAL PRIVATE
LAW OF IN GENERAL DATA PROTECTION REGULATION*

Rev. Boliv. de Derecho N° 26, julio 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 404-437



Juan José
GONZALO
DOMÉNECH

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de febrero de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 10 de abril de 2018

RESUMEN: El presente trabajo tiene como objetivo analizar el régimen de Derecho internacional privado del nuevo Reglamento General de Protección de Datos, tales como los supuestos de aplicación, la competencia judicial internacional, y la determinación de la ley aplicable a las controversias judiciales. El RGPD muestra un avance parcial en esta materia, puesto que presenta problemas con la compatibilidad con el Reglamento Bruselas I bis, y no existen avances en la determinación de la ley aplicable.

PALABRAS CLAVE: RGPD; Derecho internacional privado; Competencia judicial internacional; ley aplicable; protección de datos.

ABSTRACT: This paper aims to analyse the international private law regime of the new General Data Protection Regulation, such as the application of European law, international jurisdiction, and the determination of the applicable law to lawsuits. The GDPR shows a partial progress in this area, since it presents problems with the compatibility in the Brussels I bis Regulation, and there is no progress in determining the applicable law.

KEY WORDS: GDPR; Private international law; International jurisdiction; applicable law; data protection.

SUMARIO.- II. INTRODUCCIÓN.- II. APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS.- I. En el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la Unión Europea.- **2.** Actividades de tratamiento relacionadas con la oferta de bienes o servicios a afectados en la Unión Europea, independientemente de si a estos se les requiere su pago. **3.** Actividades de tratamiento relacionadas con el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la Unión Europea. **III. DERECHO A INDEMNIZACIÓN DEL RGPD. IV. ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. I.** Competencia judicial internacional. **2.** Determinación de la Ley aplicable a la controversia.- **V. CONCLUSIÓN Y CASO PRÁCTICO.**

I. INTRODUCCIÓN.

La sociedad de la información ha evolucionado. La rigidez de las actuales normas ha provocado una “obsolescencia programada” de la regulación sobre protección de datos por el nacimiento de nuevas tecnologías tales como el *Big Data*, *Internet of Things*, o *Cloud Computing*. El nuevo Reglamento 679/2016, General de Protección de Datos¹ tiene como objetivo principal actualizar el marco regulatorio europeo sobre protección de datos para adaptarlo a la nueva realidad tecnológica y los nuevos ataques contra la privacidad que se derivan del uso de dichas tecnologías. Por ello la rápida evolución tecnológica y la globalización han planteado nuevos retos para la protección de los datos personales. La magnitud de la recogida y del intercambio de datos personales ha aumentado de manera significativa. La tecnología permite que tanto las empresas privadas como las autoridades públicas utilicen datos personales en una escala sin precedentes a la hora de realizar sus actividades. Las personas físicas difunden un volumen cada vez mayor de información personal a escala mundial. La tecnología ha transformado tanto la economía como la vida social, y ha de facilitar aún más la libre circulación de datos personales dentro de la Unión y la transferencia a terceros países y organizaciones internacionales, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de los datos personales². Es por ello que la sociedad de la información se ha transformado en la sociedad del dato.

1 DOUE L 119/I, de 4 de mayo de 2016.

2 Considerando 6 del RGPD.

• Juan José Gonzalo Doménech

Graduado en Derecho (UMH), y estudiante del Máster en Derecho de las Telecomunicaciones y protección de datos (UC3M). Colaborador del área de Derecho internacional privado de la UMH. Ganador del IX premio Jurídico Internacional del ISDE.

El RGPD ha transformado el sistema de Derecho internacional privado para adaptarlo a las disputas globales y multi-jurisdiccionales que genera la protección de datos³. En el presente artículo, se tratará la reclamación de los afectados debido al uso ilícito de los datos personales tratados desde la perspectiva del Derecho internacional privado, explicando el nuevo derecho a la indemnización que establece el RGPD, y abordando las cuestiones sobre la determinación de la competencia judicial internacional por el nuevo régimen de compatibilidad entre el Reglamento Bruselas I bis y el RGPD, y de la ley aplicable a la controversia, cuyas novedades son nulas en esta última, y nos vuelven a obligar a aplicar las leyes autónomas.

II. APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS.

Debido a la globalización, la deslocalización, la variedad de opciones para el tratamiento de datos, y la posibilidad de que un tratamiento realizado fuera del territorio de la Unión quede sujeto a la legislación europea⁴ por la permeabilidad de las fronteras en materia de protección de datos⁵, conviene analizar el artículo 3 del RGPD para explicar los supuestos en los que el tratamiento de datos está sujeto al Derecho de la Unión, cuyo alcance es mucho mayor por su extraterritorialidad (o *long-arm jurisdiction* en la doctrina anglo-sajona)⁶ que la actual Directiva⁷, con el objetivo de evitar los problemas acaecidos por el intercambio de datos con EE.UU.⁸.

En comparación con la rúbrica estipulada en la Directiva 95/46/CE, la cual rezaba en su equivalente actual al complejo artículo 4 “Derecho nacional aplicable”⁹, el artículo 3 del RGPD adopta como rúbrica “Ámbito territorial”, esto se debe a que el Reglamento tiene por objeto unificar la normativa en Europa, y reforzar el derecho fundamental a la protección de datos, más que concretar la ley del

3 KUNER, C.: “The Internet and the Global Reach of EU Law”, *Legal studies research. Paper series*, 2017, núm. 24, p. 20.

4 KUNER, C.: “The European Union and the Search for an International Data Protection Framework”, *Groningen Journal of International Law*, 2015, vol. 2, ed. 1, p. 61.

5 CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., y CALVO CARAVACA, A.-L.: *Derecho internacional privado*, Vol. II Comares, Granada, 16ª ed, 2016, p. 1378.

6 MOEREL, L.: “The long arm of EU data protection law: Does the Data Protection Directive apply to processing of personal data of EU citizens by websites worldwide?”, *International Data Privacy Law*, 2011, núm 1º, vol. 1, pp. 28-46.

7 TAYLOR, M.: “Permissions and prohibitions in data protection jurisdiction”, *Brussels Privacy Hub working paper*, 2016, núm. 6, vol. 2, p. 13.

8 SCHIEDERMAIR, S.: “The new General Data Protection Regulation of the European Union-Will it widen the gap between Europe and the US?”, en AA.VV. (coord. por DÖRR, D., y WEAVER, R.), *Perspectives on Privacy: Increasing Regulation in the USA, Canada, Australia and European Countries*, De Gruyter, Berlín, 2015, p. 76.

9 El artículo 4 de la Directiva, mas que verse como una cláusula de “mercado interno”, concepción que tenía el legislador europeo, se consideraba más una norma de Derecho internacional privado, en cuanto se le atribuía la función de determinar la ley aplicable al tratamiento de datos dentro de la Unión Europea. PIRODDI, P. “profilo internazionale-privatistico della responsabilità del gestore di un motore di ricerca per il trattamento dei dati personali”, en AA.VV. (dirigido por RESTA, G., y ZENO-ZENCOVICH, V.), *Il Diritto all' oblio su internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma TrE-ress, Roma, 2015, p. 66.

Estado miembro que se debe aplicar, salvo algún supuesto¹⁰. Por ello, las empresas se enfrentarán a un solo derecho paneuropeo de protección de datos, no a veintiocho; ignorando las posiciones que defienden que el nuevo RGPD puede provocar más diferencias entre los Estados miembros de las que existen a día de hoy por a remisión que prevé la norma a los Estados miembros para que legislen sobre determinados elementos dispositivos del RGPD, olvidando que, al ser un reglamento, y no una Directiva, la aplicación de esta nueva norma es directa para todos los Estados miembros¹¹. Esto se manifiesta en la declaración conjunta de las Autoridades de España, Francia, Bélgica, Holanda y Hamburgo han determinado que la hipótesis de Facebook, de someterse solamente a la legislación irlandesa, es errónea, puesto que el argumento principal de Facebook es que el tratamiento de dichos datos es realizado en su filial irlandesa, obviando la doctrina sentada por el TJUE¹² cuya manifestación se ha visto en la Resolución R/01870/2017 de la AEPD contra Facebook, y que veremos a continuación que dicha problemática planteada será alterada por el nuevo régimen del RGPD.

Debemos partir de la definición de “tratamiento” realizada por el RGPD en el artículo 4. b), definido como cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción.

Esta definición debe tener una concepción finalista por el cual el tratamiento se refiere a utilización de datos personales de una base de datos o fichero, entendido este como un conjunto organizado de datos¹³, con la consecuencia de que prácticamente cualquier actividad con datos personales quedará englobada en el concepto de “tratamiento”¹⁴. El concepto de tratamiento está directamente ligado al de dato personal; y ya que la mera recogida de datos considerados personales supone un “tratamiento”, este acto supone causa suficiente para la aplicación de la normativa europea sobre protección de datos.

El artículo 3 del RGPD se compone de tres supuestos que a continuación pasaremos a explicar a la luz del “Dictamen 8/2010 sobre el Derecho aplicable”,

10 Como la determinación de la edad mínima del menor para otorgar su consentimiento (artículo 8 del RGPD).

11 ALBRECHT, J. P.: “How the GDPR Will Change the World”, *European Data Protection Law Review*, 2016, núm. 3º, vol. 2, pp. 287-289.

12 *Common Statement by the Contact Group of the Data Protection Authorities of The Netherlands, France, Spain, Hamburg and Belgium*. 16 May 2017. Disponible en: http://www.agpd.es/portalewebAGPD/noticias-inicio/common/pdf/2017/05_may_17/Common_Statement_16_May_2017.pdf

13 ERDOZAIN LÓPEZ, J. C.: “La protección de los datos de carácter personal en las telecomunicaciones”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2007, núm. 1º, p. 2.

14 ERDOZAIN LÓPEZ, J. C.: “La protección”, cit, p. 3.

actualizado a 2015, y la doctrina establecida por el TJUE¹⁵. Como rasgo general, el artículo 3 presenta un doble criterio para determinar la aplicación de la normativa¹⁶: 1) el principio de país de origen, que se centran en la ubicación geográfica del tratamiento y el uso de los datos, y 2) el principio de mercado, que se orienta hacia el mercado objetivo.

I. En el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la Unión Europea.

El artículo 3.1 estipula que se aplicará la legislación europea cuando ese tratamiento de datos se lleve a cabo en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la Unión, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no. Así pues; cualquiera de esos actos realizados sobre los datos personales de cualquier individuo en el ámbito de la Unión se les aplicará la legislación europea.

La cuestión más discutida por el TJUE ha sido la definición de “establecimiento”. Tanto la Directiva en su Considerando 19 como el RGPD en su Considerando 22 describen que “un establecimiento implica el ejercicio de manera efectiva y real de una actividad a través de modalidades estables. La forma jurídica que revistan tales modalidades, ya sea una sucursal o una filial con personalidad jurídica, no es el factor determinante al respecto”.

En este sentido, la STJUE *Weltimmo* busca establecer un concepto flexible de establecimiento “que rechaza cualquier enfoque formalista según el cual una empresa estaría establecida únicamente en el lugar en que se encontrase registrada. Por lo tanto, para determinar si una sociedad, responsable de un tratamiento de datos, dispone de un establecimiento [...] procede interpretar tanto el grado de estabilidad de la instalación como la efectividad del desarrollo de las actividades en ese otro Estado miembro tomando en consideración la naturaleza específica de las actividades económicas y de las prestaciones de servicios en cuestión” (párrafo 29).

El TJUE establece un criterio de ponderación sobre la base del tipo de prestación o actividad que la empresa ejerza u oferte en otro Estado miembro, llegando a bastar un solo representante en otro Estado miembro si actúa con un grado de estabilidad suficiente a través de los medios necesarios para la prestación de los servicios en la Unión¹⁷.

15 SSTJUE de 20 de junio de 2014, *Google Spain*, C-131/12; 1 de octubre de 2015, *Weltimmo*, C-230/14, y 21 de diciembre de 2016, *Amazon EU Sàrl*, C-362/14.

16 ZELL, A.-M.: “Data Protection in the Federal Republic of Germany and the European Union: An Unequal Playing Field”, *German Law Journal*, 2014, 2014, vol. 15, p. 482.

17 DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Aspectos internacionales de la protección de datos: las sentencias *Schrems* y *Weltimmo* del Tribunal de Justicia”, *La Ley Unión Europea*, 2015, núm. 31º, p. 8.

En definitiva, el concepto de “establecimiento” se extiende a cualquier actividad real y efectiva, aun mínima, ejercida mediante una instalación estable (párrafo 31). Se utiliza esta concepción flexible de establecimiento para garantizar el derecho a la protección de datos, como reza el Considerando 23 del RGPD.

A todo esto, el artículo 4. 16) del RGPD ha considerado en su definición el concepto de “establecimiento principal”. La inclusión de dicha definición aclara y delimita cuestiones altamente relevantes como la concreción de un establecimiento principal del responsable o de un encargado con varios establecimientos en la Unión mediante reglas marcadas por el principio de especialidad y jerarquía.

1º) En el supuesto de un responsable con varios establecimientos, como norma general se considerará principal el establecimiento desde se lleve a cabo la administración central en la Unión. Pero como norma especial, si las decisiones sobre los fines y los medios del tratamiento se toman en otro establecimiento, y tiene el poder para hacerlas efectivas, se considerará como principal este último.

2º) En cuanto al supuesto de un encargado con varios establecimientos, se considerará principal el establecimiento en el que se lleve a cabo la administración central en la Unión. Si careciera de ella, como norma supletoria, será el establecimiento del encargado en la Unión Europea en el que se realicen las principales actividades de tratamiento en el contexto de las actividades de un establecimiento del encargado.

Tal y como se acaba de decir, y como se dicta en reiteradas SSTJUE¹⁸, tal tratamiento debe llevarse a cabo “en el contexto de las actividades del establecimiento”. Para explicar tal concepto, debemos acudir al Dictamen 8/2010, el cual aporta una serie de elementos para valorar si ese tratamiento se desarrolla en tal contexto:

1º) Grado de implicación del establecimiento en las actividades en cuyo contexto se traten los datos personales. Consiste en determinar qué actividades realiza cada establecimiento, y determinar que que tales actividades están comerciales están destinados a cualquier Estado miembro de la Unión Europea¹⁹.

2º) Naturaleza de las actividades del establecimiento. La cuestión de si una actividad entraña o no un tratamiento de datos y qué tratamiento se esté efectuando en el contexto de qué actividad depende en gran medida de la naturaleza de dichas actividades.

18 *Google Spain*, C-131/12, ECLI:EU:C:2013:424 (pár. 52); *Weltimmo*, C-230/14 ECLI:EU:C:2015:639 (pár. 35), y *Amazon EU Sàrl*, C-362/14 ECLI:EU:C:2015:650 (pár. 78).

19 *STJUE Amazon EU Sàrl*, (pár. 76).

A todo esto; se le debe añadir la doctrina que estableció la STJUE en el caso *Google Spain*, exige confirmar que las actividades de un establecimiento local y las actividades de procesamiento de datos puedan estar inextricablemente vinculadas, Incluso si ese establecimiento no está asumiendo realmente ningún papel en el propio procesamiento de datos.

En resumen, si el tratamiento de los datos se lleva a cabo por establecimientos no establecidos en la Unión, y el establecimiento en la Unión no interviene en dicho tratamiento, las actividades llevadas a cabo por ese establecimiento pueden, subsidiariamente, otorgar la protección que ofrece la legislación europea, siempre que exista esa “vinculación inextricable” entre las actividades del establecimiento en la Unión y el procesamiento de datos, independientemente de que el tratamiento se lleve a cabo en la Unión.

La STJUE *Google Spain* determinó que un establecimiento cuya actividad principal son los servicios publicitarios web mediante los motores de búsqueda puede ser suficiente como para que la legislación europea sea de aplicación; pero existen varias formas para en las que una empresa puede organizarse, sin tener que ser esta una de ellas. Cada caso es distinto, y se deben atener a los hechos del caso concreto. Ni la sentencia debe interpretar de forma totalmente expansiva, ni de forma restrictiva a las empresas con modelos de negocio relacionados con los motores de búsqueda.

2. Actividades de tratamiento relacionadas con la oferta de bienes o servicios a afectados en la Unión Europea, independientemente de si a estos se les requiere su pago.

Como apunte general al criterio de la situación del afectado del apartado 3.2 del RGPD, facilita el sometimiento a la legislación europea de quienes no están establecidos en la Unión y tratan datos de individuos que se encuentran en ese territorio en circunstancias en las que se observa necesario aplicarlas²⁰. Este criterio genera una mayor protección de los individuos al haber ampliado en alcance de la norma, sobre todo en lo que viene siendo la monitorización de su conducta²¹.

El presente artículo ha de ponerse en relación con el artículo 27 y el Considerando 80, los cuales obligan al responsable o encargado de nombrar a un representante establecido en la Unión en relación con las obligaciones que estipula el RGPD.

20 DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Competencia y Derecho aplicable en el Reglamento General sobre Protección de Datos de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2015, núm. 1º, vol. 69, 2017, p. 14.

21 HJIMANS, H.: *The European Union as Guardian of Internet Privacy: The Story of Artículo 16 TFEU*, Springer, Bruselas, 2016, p. 559.

Pasando a estudiar el inciso a), debemos partir de la descripción que realiza el Considerando 23, el cual determina que si el responsable o encargado ofrece bienes o servicios a afectados que residan en la Unión, debe determinarse si es evidente que el responsable o el encargado proyecta ofrecer servicios a afectados en uno o varios de los Estados miembros de la Unión (*targeting-based analysis*)²². El Considerando no contempla que la accesibilidad web, el uso de un tercer idioma común o datos de contacto como indicios de oferta de servicios y productos en la Unión, como dicta la STJUE *Wertimmo*. Sí considera, por el contrario, el uso de la lengua, la moneda, o la mención de clientes o usuarios que residen en la Unión indicios de que el encargado o responsable dirige su oferta al territorio de la Unión.

Podemos considerar que, salvaguardando las distancias entre un caso y otro, sería de aplicación los criterios mostrados en la doctrina creada por la STJUE *Pammer* y *Hotel Alpenhof*²³, y consolidada en las SSTJUE *Mühlleitner*²⁴, y *Emrek*^{25,26}.

Uno de los criterios más relevantes de esa sentencia es tener en cuenta “todas las manifestaciones de voluntad de atraer a los consumidores de dicho Estado”, como la oferta de tales servicios o productos en el Estado miembro, o la publicidad en distintos medios que facilitan su conocimiento por consumidores del Estado. La STJUE ofrece un listado de indicios no exhaustivos, en los que se consideran como tal 1) el carácter internacional de la actividad; 2) la indicación del prefijo internacional en los números de teléfono; 3) utilización de un nombre de dominio de primer nivel geográfico distinto al del Estado del vendedor; 4) descripción de un itinerario de envío desde un Estado miembro al lugar de la prestación del servicio; 5) la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en un Estado miembro, y 6) el empleo de lenguas o divisas que no se corresponden con las habituales en el Estado a partir del cual ejerce su actividad el empresario²⁷.

Pero podemos ver cumplida las condiciones del artículo 3.2 a) del RGPD cuando cualquier servicio o actividad es ofertada sin restricciones geográficas respecto de la UE, y son adquiridos por un número significativo de habitantes de la Unión²⁸.

22 GEIST, M.: “Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction”, 2001, *Berkeley Technology Law Journal*, núm. 3º, vol. 16, pp. 1345-1406.

23 STJUE de 7 de diciembre de 2010, *Pammer and Hotel Alpenhof*, C-585/08, ECLI:EU:C:2010:740.

24 STJUE de 6 de septiembre de 2012, *Daniela Mühlleitner*, C-190/11.

25 STJUE 17 de octubre de 2013, *Emrek*, C-218/12, ECLI:EU:C:2013:494.

26 El caso tratado en las SSTJUE citada no versa sobre protección de datos, sino de controversias en materia mercantil.

27 La doctrina establecida por el TJUE deriva de la establecida por la *Supreme Court* estadounidense *Calder v. Jones* (465 U.S. 783 (1984)), en la que permite a los tribunales considerar si existe un mercado objetivo determinado mediante el uso de elementos como la lengua utilizada, la divisa, o la nacionalidad. Aunque algún sector entiende que a esta doctrina se le puede achacar su fuerte componente subjetivo. JIMÉNEZ-BENÍTEZ (2015) p. 30.

28 DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Aspectos internacionales”, cit. p. 16.

Debemos reseñar la dicotomía literal entre la versión en inglés del RGPD con la versión en español. La versión inglesa exige que los afectados solo “estén” en la Unión Europea (*data subjects who are in the Union*), mientras que en la versión en español exige que los afectados “residan”. Esto ha causado una disparidad de criterio entre artículos de escritura inglesa respecto a una posible interpretación amplia del artículo, haciendo que el RGPD pueda extralimitarse en su aplicación extraterritorial²⁹.

3. Actividades de tratamiento relacionadas con el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la Unión Europea.

El artículo 3.2 b) del RGPD será de aplicación cuando el tratamiento de los datos de los afectados que verse sobre la observación del comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la Unión y si el responsable o encargado no estuviera establecido en la Unión. Mientras la doctrina tiene asumida que este supuesto está destinado solamente al uso de archivos o programas informáticos que almacenan y permiten acceso al dispositivo de usuario (*cookies*), y excluye por lo tanto el ofrecimiento de productos o servicios³⁰. Considero que este artículo puede incluirse directamente en los productos ofertados mediante el uso del *Big Data* que, al fin y al cabo, no hace más que monitorizar el comportamiento del ser humano.

Si entendemos el comportamiento como el conjunto de actos realizados por el ser humano producido por la interacción con el entorno en el que vive, algunas de las categorías de datos tratados por el *Big Data* revelan dichos actos³¹.

El presente artículo hay que ponerlo en relación con el Considerando 24, que determina que se entenderá como un control de comportamiento el seguimiento del afectado en Internet; pero a continuación estipula una referencia resume a la perfección el objeto y la esencia del *Big Data*³².

Por las razones anteriores, consideramos que el artículo 3.2 b) del RGPD es aplicable no solo a la motorización de los comportamientos mostrados en

29 BRKAN, M.: “Data protection and conflict-of-laws: a challenging relationship”, *European Data Protection Law Review*, 2016, núm. 3º, vol. 2, p. 337; SVANTESSON, D. J.: *Extraterritoriality in Data Privacy Law*, Ex tuto Publishing, Copenhagen, 2013, p. 107. Los autores discuten sobre la incoherencia del artículo 3.2 a) respecto al resto del RGPD, afirmando que el artículo debe exigir la residencia.

30 ALBRECHT, J. P., y JOTZO, F.: *Das neue Datenschutzrecht der EU*, Nomos, Baden-Baden, 2017., p. 67; ERNST, S.: “Allgemeine Bestimmungen”, en AA.VV. (Coord. por B. PAAL y D. PAULY), *Datenschutz-Grundverordnung*, Beck, Munich C.H. 2017, pp. 25-26; DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Competencia”, cit, p. 16.

31 P. ej., la ubicación de los individuos, los hábitos diarios relacionados con las horas de sueño o la actividad deportiva.

32 *inclusive el potencial uso posterior de técnicas de tratamiento de datos personales que consistan en la elaboración de un perfil de una persona física con el fin, en particular, de adoptar decisiones sobre él o de analizar o predecir sus preferencias personales, comportamientos y actitudes.*

Internet; sino también a cualquier motorización realizada por cualquier medio destinado a ello.

III. DERECHO A INDEMNIZACIÓN DEL RGPD.

Debemos resaltar que la acción de responsabilidad contemplada en el RGPD se refiere a una responsabilidad extracontractual como explicaremos con más detenimiento posteriormente, puesto que se resuelve fuera de un hipotético marco contractual. Aunque debemos destacar la existencia de una eventual responsabilidad contractual en el caso de que una empresa se haya comprometido a custodiar los datos conforme a la legislación vigente y a los fines que se determinen en el propio contrato.

El RGPD regula por primera vez el derecho a la indemnización derivado de los daños causados por el tratamiento ilegal de los datos de carácter personal en el artículo 82; al contrario que la Directiva, la cual se dedicaba en el artículo 23 a obligar a los Estados a configurar el derecho a la indemnización en sus ordenamientos internos.

El artículo 82 establece la responsabilidad del responsable del tratamiento que participe en la operación de tratamiento responderá de los daños y perjuicios causados en caso de que dicha operación no cumpla lo dispuesto por el presente Reglamento. Se establece la responsabilidad del responsable cuando participe en una operación el no cumpla, tanto por acción como por omisión, las normas del RGPD dirigidas a los encargados, o cuando el encargado obvie las indicaciones del responsable.

El RGPD establece un sistema de responsabilidad directa del responsable del tratamiento por los daños causados a una persona física tanto si el tratamiento se llevase a cabo en un establecimiento del responsable como si se externalizase a un tercero encargado. La responsabilidad de este último es limitada, puesto que solo responderá cuando el daño y perjuicio deriven de un incumplimiento de las obligaciones legales del RGPD y de sus normas derivadas. Podemos entender cómo lógica esta limitación, puesto que el encargado del tratamiento actúa por mandato del responsable³³.

Cuando nos referimos al incumplimiento de lo dispuesto en el RGPD, incluimos un tratamiento que infrinja también los actos delegados y de ejecución de conformidad con el RGPD, así como las normas de desarrollo aportadas por los Estados miembros en cumplimiento del RGPD³⁴.

33 RECIO GAYO, M.: "Acerca de la evolución de la figura del encargado del tratamiento", *Revista de Privacidad y Derecho Digital*, 2015, n° 0, p. 37.

34 Considerando 146 del RGPD.

En este punto, cabe distinguir una doble esfera de responsabilidad³⁵:

1º) La que se deriva del incumplimiento de las disposiciones del RGPD y sus normas de desarrollo, que conlleva automáticamente a indemnizar el daño.

2º) Demostrar la ausencia de responsabilidad en el hecho que haya causado el daño y que va junto con la adopción de las medidas técnicas y organizativas que impone el artículo 24 del RGPD. Se debe quedar establecida la responsabilidad del responsable del tratamiento por cualquier tratamiento de datos personales realizado por él mismo o por su cuenta³⁶. La anterior afirmación hace que nos situemos en el supuesto del artículo 1902 del CC³⁷, pero es un mero espejismo, puesto que el mismo Considerando debe demostrar, además, la conformidad de las actividades del tratamiento con el RGPD. Esto conlleva a invertir a carga de la prueba y demostrar que no se actuó con la debida diligencia.

Podemos encontrarnos una responsabilidad subjetiva, aquella que se genera con el incumplimiento de cualesquiera obligaciones civiles legales o contractuales y asimismo de los actos u omisiones ilícitos, siempre y cuando intervenga culpa o negligencia y se produzca un daño; y una responsabilidad objetiva, aquella que se genera con la mera producción de un determinado daño concreto, sin que la causa del mismo provenga de una determinada infracción del ordenamiento jurídico, o de culpa o negligencia (ya sea directa o indirecta) del imputado.

En cuanto a la posibilidad de imputación del deber de reparar el daño causado a terceros, hay que recordar que la concepción de la responsabilidad civil ha evolucionado desde una perspectiva meramente subjetiva (responsabilidad civil subjetiva) que vinculaba la obligación de resarcimiento a la existencia de una culpa o negligencia, a otra perspectiva objetiva (responsabilidad objetiva) que contempla el resarcimiento del daño, en sí mismo considerado³⁸. El sistema introducido por el RGPD es un sistema de responsabilidad subjetiva. En este sentido, el párrafo tercero del artículo 82 del RGPD exonera de responsabilidad por los daños causados en la operación de tratamiento al responsable y encargado si se demuestra que no es responsable en modo alguno del hecho que haya causado los daños y perjuicios.

Respecto al objeto que se debe indemnizar, son indemnizables los daños y perjuicios materiales o inmateriales; es decir, se cubren tanto los daños físicos como morales, interpretándose el concepto de “daños y perjuicios” que dicta el

35 LÓPEZ ÁLVAREZ, L. F.: *Protección de datos personales: adaptaciones necesarias al nuevo Reglamento europeo*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, p. 176.

36 Considerando 74 del RGPD.

37 “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

38 PÁEZ MAÑÁ, J.: “Responsabilidades derivadas del tratamiento nominativo de datos”, *Informáticos europeos expertos*, s/f. Disponible en: <http://www.iese.es/pages/bases/articulos/derint026.html>

TJUE³⁹, por lo que se viene a buscar una reparación integral del daño sufrido. En cuanto a los daños morales, destacamos desde la perspectiva española, la reciente STS 261/2017, de 26 de abril en la que estipula los criterios para evaluar el daño moral por el incumplimiento de los requisitos de la legislación sobre protección de datos. En ella, el Tribunal considera como relevantes: 1) el tiempo de permanencia de los datos; 2) el alcance de la divulgación de los datos personales a terceros, y 3) la inacción del Responsable del tratamiento.

El RGPD regula la responsabilidad solidaria del responsable y el encargado, permitiendo al afectado demandar una indemnización total y efectiva tanto al responsable como al encargado, pudiendo repetir el sujeto que abonó la indemnización contra el resto de sujetos intervinientes por la parte que les correspondería pagar.

A todo esto, hay que diferenciar esta acción civil de la reclamación por vía administrativa, y que eventualmente, puede desencadenar en un recurso contencioso-administrativo, puesto que esta última vía no está destinada a la reparación económica del daño, sino en la imposición de sanciones respecto a las infracciones estipuladas tanto en la LOPD como en el RGPD. Aunque también cabe la posibilidad de dirimir determinadas infracciones a través de un proceso civil, como por ejemplo, la imposición al responsable de una limitación o prohibición al tratamiento, tal y como expresa la STS (Sala de lo Civil) de 15 de octubre de 2015.

Actualmente, existe una divergencia entre una reclamación realizada por la vía civil y la vía administrativa, siendo posible efectuar acciones indistintamente sin que una excluya a la otra derivada de las sentencias relacionadas con el derecho de supresión en la contradicción entre las SSTS 574/2016 y 210/2016, de diferentes jurisdicciones. Ambas sentencias discuten sobre quién es el responsable del tratamiento de los datos en el contexto del ejercicio del Derecho al olvido debido a las cuestiones sin contestar de la STJUE *Google Spain*, a lo que las salas dan respuestas contradictorias⁴⁰:

1º) La STS 574/2016 estipula que el responsable del tratamiento de esos datos es quien gestiona técnica y administrativamente los medios para la indexación de la información, como es, en este caso, el motor de búsqueda. Y es la empresa matriz quien destina los medios para gestionarlo. La empresa filial no sería responsable si entre sus actividades principales no consta ninguna orientada a la indexación o almacenamiento de datos. No existiría tampoco corresponsabilidad al no existir unidad de negocio, ya que sus actividades están diferenciadas. Aunque

39 Considerando 146 del RGPD. En cuanto a la doctrina del TJUE, STJUE de 17 de marzo de 2016, *Liffers*, C-99/15.

40 DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: "La contradictoria doctrina del Tribunal Supremo acerca del responsable del tratamiento de datos por el buscador Google", *Diario La Ley*, 2016, núm. 8773º, pp. 1-6.

sean representantes de la empresa matriz, es una sociedad con personalidad jurídica diferenciada y con objetivos diferenciados. Esta consideración se reduce en la jurisdicción C-A, cuyo objeto pueden ser las reclamaciones de los afectados por el medio indexador, así como las resoluciones de la Agencia española de Protección de Datos (AEPD) en procedimientos de tutela de derechos en materia de protección de datos. Estas incidencias no pueden dirigirse contra la entidad filial, sino contra la matriz.

2º) Por el contrario, la STS 210/2016 considera que el responsable del tratamiento es en la mayoría de casos la filial; ya que, según el TJUE, interpretando la Directiva 95/46, no se exige para la aplicación del Derecho nacional que el tratamiento de los datos sea efectuado directamente por el propio establecimiento (la matriz) sino que se halle en las actividades de este. Considera que las actividades de la matriz y de la filial están ligadas; porque la filial, aun no dedicándose directamente a la indexación de la información, realiza actividades de promoción del medio de indexación (motor de búsqueda), además de ofrecerle los recursos económicos, sin importar la forma jurídica de la filial. Por lo tanto, la filial y la matriz son corresponsables del tratamiento de datos, y está legitimada pasivamente para ser parte demandada en los litigios seguidos en España en que los afectados ejerciten en un proceso civil sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

En resumen, la STS 210/2016 explica que las sentencias no son contradictorias; ya que ambos casos están regidos por normas y principios totalmente diferentes, por lo que son complementarios en el siguiente sentido: para los casos respecto a procedimientos de tutela de derechos en materia de protección de datos, el responsable será la matriz extranjera. Para el ejercicio en un proceso civil de sus derechos; lo será también la filial nacional. La postura adoptada por el TS está fundamentada en el alto coste que supondría litigar contra una persona jurídica en el extranjero; aparte, esta postura tiene el objetivo de favorecer a la parte débil (consumidor) en las transacciones internacionales de flujos de datos, permitiendo al afectado litigar en su lugar de residencia y sobre la base de su derecho nacional⁴¹.

IV. ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

I. Competencia judicial internacional.

El artículo 82 del RGPD remite al artículo 79.2 el lugar donde debe dirigirse el afectado derivado de un supuesto de responsabilidad del artículo 82. En este sentido, el artículo 82.6 nos remite al artículo 79.2, el cual dispone que las acciones

41 Idea recogida en la STJUE de 25 de octubre de 2011 eDate Advertising, C-509/09 y C-161/10, y plasmada en el artículo 79.2 del RGPD.

dirigidas contra encargados o responsables deberán dirigirse ante los tribunales competentes del Estado miembro estos tengan un establecimiento.

Alternativamente, podrán ejercitarse tales acciones en los tribunales competentes del Estado miembro donde el reclamante tenga su domicilio, en concordancia con lo estipulado en el Considerando 145.

Como hemos visto, las acciones objeto del artículo 82 tienen un carácter “civil-mercantil”, que a su vez, se encuadran dentro del ámbito de aplicación del artículo 1.1 del Reglamento (UE) 1215/2012 “Bruselas I Bis”⁴², y cuya materia no está en los supuestos de exclusión del artículo 1.2.

Aunque se dé por hecha la adecuación de esta acción a los supuestos de responsabilidad extracontractual cuando exista un perjuicio relacionado con un tratamiento de datos ilícito según el artículo 82.6 del RGPD; pero es posible que ese tratamiento de datos se produzca en el contexto de un contrato, y según la jurisprudencia del TJUE, una acción de responsabilidad civil de naturaleza extracontractual deberá entenderse incluida en la materia contractual a los efectos del artículo 7 del Reglamento “Bruselas I Bis” si el comportamiento recriminado comporta un incumplimiento de las obligaciones contractuales cuando se estudie caso por caso el objeto del contrato⁴³. Puesto que en un contrato se puede pactar el compromiso del cuidado de los datos personales en virtud de la legislación vigente; aunque la mayoría de los supuestos que nos encontraremos en la práctica serán de naturaleza extracontractual, o el objeto de los datos sea el tratamiento de datos.

Concretando más en el fuero del establecimiento del responsable, el artículo 79.2 permite demandar en el Estado miembro en el que el responsable o el encargado tengan un establecimiento. Como hemos estudiado en el apartado III del presente trabajo, debe tenerse un concepto flexible de “establecimiento”, tal y como se indica en la STJUE *Weltimmo* debe extenderse “a cualquier actividad real y efectiva, aun mínima, ejercida mediante una instalación estable”⁴⁴. Para ello, debe valorarse también el “grado de estabilidad de la instalación como la efectividad del desarrollo de las actividades la naturaleza específica de las actividades económicas y de las prestaciones de servicios en cuestión”. En la STJUE *Amazon EU Sàrl* considera posible considerar la existencia de un establecimiento en un Estado miembro cuando no exista ni una filial o sucursal, siendo necesario valorar el grado de estabilidad de la instalación y la efectividad del desarrollo de las actividades en

42 DOUE L 351/1, de 20 de diciembre de 2012.

43 SSTJUE de 13 de marzo de 2014, *Brogger*, C-548/12, ECLI:EU:C:2014:148; 14 de julio de 2016, *Granarolo*, C-196/15, ECLI:EU:C:2016:559.

44 Apartados 31 de la STJUE *Weltimmo* y 75 de la STJUE *Amazon EU Sàrl*.

ese Estado⁴⁵, siendo posible considerar como “establecimiento” un representante de la sociedad si actúa con un grado de estabilidad suficiente⁴⁶.

De esta consideración se desprende que cualquier establecimiento del encargado o del responsable permite atribuir la competencia a los tribunales del Estado miembro en el que esté sito. Tampoco será necesario que la acción esté dirigida a las actividades de ese concreto establecimiento, sino que la existencia de cualquier establecimiento extiende el daño causado.

El foro alternativo que prevé el RGPD permite a los afectados demandar en los tribunales del Estado donde tengan su residencia habitual. Para su consideración, será necesario que el afectado tenga un grado de permanencia que revele una situación de estabilidad⁴⁷.

La residencia habitual no es un concepto sinónimo al de “centro de intereses de la víctima” que promulga la STJUE *eDate Advertising*⁴⁸, que aunque en principio suele coincidir con la “residencia habitual”⁴⁹, podemos encontrarlo en otro Estado cuando exista un vínculo particularmente estrecho con ese otro Estado que resulte de otros indicios, como el ejercicio de una actividad profesional. La consideración de este foro de competencia no parece ser la más adecuada para determinar el tribunal que debe conocer de la pretensión, puesto que no exige que exista una vinculación entre el centro de intereses y el lugar donde efectivamente se produce el daño⁵⁰. Por lo que se puede dar el caso, por ejemplo, de que una persona conocida en Islandia que resida en España sin que sea conocido, sufra una difamación en España utilizando para ello la lengua islandesa. En este supuesto, el nacional islandés podrá demandar ante los tribunales españoles, aunque no se haya producido efectivamente el daño⁵¹. En el caso de que el centro de intereses del afectado no se encuentre en el Estado de residencia, sino en el Estado con vínculos profesionales; volviendo al ejemplo anterior, supongamos que este nacional trabaja como tertuliano en una televisión española, y sufre una difamación que atenta

45 Apartados 76 y 77.

46 Apartado 30 de la STJUE *Weltimmo*.

47 STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Mercredi*, C-497/10, ECLI:EU:C:2010:829.

48 STJUE *eDate Advertising*, C-509/09 y C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685.

49 BUONAIUTI, F.M.: “La disciplina della giurisdizione nel Regolamento (UE) n. 2016/679 concernente il trattamento dei dati personali e il suo coordinamento con la disciplina contenuta nel regolamento “Bruxelles I-bis””, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, núm. 2, vol. 7, p. 8.

50 OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: “La vulneración de los derechos de la personalidad en la jurisprudencia del tribunal de justicia”, *La Ley Unión Europea*, 2013, núm. 4º, p. 23.

51 Sentencia del Tribunal Federal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*) BGH NJW 2011, 2059: El demandante y el acusado eran de Rusia y habían asistido a la escuela secundaria juntos en Moscú. Habiendo terminado la escuela, el demandante llegó a residir habitualmente en Alemania, el demandado en los Estados Unidos. Se reunieron de nuevo en septiembre de 2006 para una reunión de clases en Moscú. Después de este acontecimiento, el demandado fijó una entrada en la página www.womanineurope.com, que fue funcionado por una compañía alemana. En este post, el demandado describió las condiciones de vida y el aspecto del demandante en términos bastante desfavorables. El post fue escrito en lengua rusa y en letras kirílicas. El BGH denegó la jurisdicción porque la publicación carecía de una conexión suficiente con Alemania.

contra sus derechos a la personalidad; pero tal publicación está escrita en islandés, por lo que no tiene efecto “real” en España⁵². En este sentido, creemos que hubiera sido mejor el criterio del Abogado General del asunto estudiado, el cual proponía como criterio para determinar la competencia –el cual rechazó seguir el TJUE– el “centro de gravedad del conflicto”⁵³. Este criterio bebe del asimilado por el TJUE, que lo consagra como el lugar donde el afectado “desarrolla esencialmente su proyecto vital” (59 de las Conclusiones), pero que tiene en cuenta dos criterios más:

1º) El contenido de la información: esto es, si la información tiene interés en el territorio, y

2º) La conexión que pueda tener con el territorio, a la luz de indicios que derivan de la propia web, tales como el nombre de dominio de primer nivel, el idioma empleado, la publicidad que esta contenga o las palabras clave que se han suministrado a motores de búsqueda para identificar la página, o incluso de indicios exteriores, tales como los registros de la página.

La compatibilidad entre los foros del artículo 79.2 y los del Reglamento Bruselas I bis deriva del artículo 67 de este último Reglamento, al estipular que no prejuzgará la aplicación de las disposiciones contenidas en instrumentos particulares, como es el caso del artículo 79.2 del RGPD. En cuanto a los argumentos presentados por el RGPD, encontramos el Considerando 147 que afirma que las normas generales de competencia judicial del Reglamento Bruselas I bis “deben entenderse sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas del RGPD”. El Considerando 145 estipula que el demandante “deberá tener la opción” de ejercitar las acciones en los tribunales de los Estados miembros.

Observando lo anterior, revela que el RGPD pone a disposición de los afectados la posibilidad puedan utilizar los foros de competencia del artículo 79.2, en contra del inciso imperativo que recoge ese mismo párrafo. Por lo tanto, cabe

52 OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: “La vulneración”, cit, p. 23.

53 El criterio del “centro de gravedad del conflicto” no es un descubrimiento reciente. Los tribunales estadounidenses, por ejemplo, aplican un análisis de intereses al determinar la ley aplicable que también se denomina enfoque de “contactos más significativos”, o “centro de gravedad” (p. ej. *Tooker v Lopez*, 24 N.Y.2d 569, 301 N.Y.S.2d 519, 249 N.E.2d 394 (1969), o *Neumeier v Kuehner*, 31 N.Y.2d 121, 335 (1972)). Esto incluye, junto con consideraciones tradicionales como el lugar de contratación, lugar de ejecución o lugar del hecho dañoso, la consideración de qué jurisdicción mantiene la relación más significativa o los contactos con el objeto de la controversia. Estos principios están recogidos en la *Section 145 of the Restatement (Second), Conflict of Laws*, aprobado por el American Law Institute en 1971. El artículo 145 (1) establece que “los derechos y responsabilidades de las partes con respecto a una cuestión extracontractual son determinados por la ley del Estado que, con respecto a esa cuestión, tenga la relación más significativa con el hecho y las partes [...]”. El párrafo 2 identifica entonces los contactos que deben tenerse en cuenta en un caso de responsabilidad civil para determinar la ley aplicable a una cuestión como a) el lugar donde ocurrió la lesión, b) el lugar donde ocurrió la conducta que causó la lesión; c) el domicilio, residencia, etc., de las partes en la acción, y d) El lugar donde se centra la relación, si la hay, entre las partes, estos contactos deben evaluarse en función de su importancia relativa con respecto al asunto en cuestión. OSTER (2012) p. 120.

afirmar, en principio, que los foros recogidos en el RGPD son complementarios a los recogidos por el Reglamento Bruselas I bis⁵⁴:

1º) Sumisión expresa (artículo 25 Bruselas I bis). También se conoce como una prolongación de la autonomía de la voluntad al campo de la competencia judicial internacional⁵⁵. El artículo 25 dicta que “si las partes, con independencia de su domicilio, han acordado que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer de cualquier litigio que haya surgido o que pueda surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal órgano jurisdiccional o tales órganos jurisdiccionales serán competentes”. El propio artículo pone como límite material a este mismo precepto la adecuación de la cláusula al derecho material de dicho Estado miembro, siendo esta una norma de conflicto uniforme para resolver todos estos casos e independiente del resto de un hipotético contrato. En cuanto a los límites formales, el acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse:

a) por escrito, o verbalmente con confirmación escrita, o

b) en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecido entre ellas. Permitiéndose en cualquiera de las formas anteriores materializarse mediante instrumentos electrónicos que permitan un registro duradero. En este sentido, podemos plantearnos sobre la compatibilidad de dicho artículo con el RGPD debido a la imperatividad de la que goza la legislación sobre protección de datos⁵⁶. Esta situación puede ser comparable a la recogida en el artículo 19 del Reglamento Bruselas I bis relativo a las cláusulas en contratos de consumo. Por ello, entendemos que los acuerdos jurisdiccionales pueden perdurar siempre y cuando se respeten los requisitos de ambos reglamentos: 1) el requisito de pacto escrito del artículo 25 de Bruselas I bis, y 2) no eliminar los foros que proporciona el artículo 79.2 del RGPD. En resumen, tales acuerdos deben ampliar –¿más?– los foros disponibles para el afectado.

2º) Sumisión tácita (artículo 26 Bruselas I bis). La siguiente conducta procesal de las partes significará que estamos ante una sumisión tácita: cuando el demandante presenta una demanda ante el tribunal de un Estado miembro y la comparecencia del demandado ante ese tribunal no tiene por objeto impugnar su competencia judicial⁵⁷; es decir, entra a discutir sobre el fondo del asunto. Aunque en el caso

54 ALBRECHT, J. P., y JOTZO, F.: *Das neue...*, cit. pp. 127-128. Aunque se ha entendido que los fueros del RGPD plantean conflictos con las competencias exclusivas del Reglamento Bruselas I bis. Cfr. BRKAN, M.: “Data Protection and European Private International Law”, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2015, Research Paper N° RSCAS 2015/40, p. 23.

55 ORTEGA GIMÉNEZ, A.: “Imagen y circulación internacional de datos”, *Revista boliviana de Derecho*, 2013, núm. 15º, p. 138.

56 HOEREN, T. et al.: *Legal Aspects of Digital Preservation*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2013, p. 86.

57 ORTEGA GIMÉNEZ, A.: “Imagen y circulación”, cit. p. 139.

de que, por razón de la materia, o por existir un acuerdo de sumisión expresa anterior al litigio, el demandado puede declinar la competencia mediante una declinatoria, dependiente del derecho procesal de cada Estado miembro. En España, la declinatoria se regula en el artículo 39 de la LEC. Peligroso precedente encontramos en la STJUE *Česká podnikatelská v. Michal Bilas*⁵⁸, la cual permite declararse competente el tribunal al que se ha sometido un litigio contraviniendo las reglas de competencia relativas a los contratos de seguros. La propia STJUE es consciente de la protección de la parte débil, pero esta se debió haber prevenido de la posibilidad de litigar según los foros de protección que establece el Reglamento Bruselas I bis, es por ello que el TJUE autoriza al juez no natural a asegurarse que tiene pleno conocimiento de las consecuencias de su aceptación de comparecer, pero no impone la obligación, puesto que esa previsión debe ser introducida en el Reglamento. Pero debemos entender que este artículo es incompatible con el artículo 1.2 del RGPD, puesto que el fin último de esta norma es proteger de manera eficaz el derecho fundamental a la protección de datos⁵⁹. La sumisión tácita en materia de protección de datos tiene como parte débil a la persona física demandante, si no, no se crearían normas específicas sobre competencia judicial internacional específicas para tales sujetos. Permitiendo la sumisión tácita del artículo 26 del Reglamento Bruselas I bis, dejaría al afectado en una situación de debilidad ante la parte fuerte del litigio (normalmente una empresa), y atentaría contra el derecho fundamental a la protección de datos.

3º) Foro del domicilio del demandado (artículo 4 Bruselas I bis). Este foro de competencia en un clásico de los instrumentos normativos de atribución de competencia en virtud del principio *actor sequitur forum rei*. A falta de pacto expreso o tácito, el criterio atributivo de competencia es el del domicilio del demandado, que hace competentes a los tribunales del domicilio del demandado. El propio Reglamento Bruselas I bis nos da una definición de domicilio en el artículo 63, el cual se entenderá que una persona jurídica está domiciliada en el Estado en el que se encuentra: a) su sede estatutaria; b) su administración central, o c) su centro de actividad principal. En cuanto a la residencia habitual de una persona física, el artículo 62 nos remite a la ley interna del propio Estado⁶⁰, puesto que el Reglamento Bruselas I bis no nos aporta una noción autónoma del concepto. Aunque debemos resaltar la nula practicidad de este foro; puesto que genera muchos más perjuicios al propio demandante que al propio demandado, como el desconocimiento del idioma, los costes, y las diferentes normas procesales aplicables.

58 STJUE de 20 de mayo de 2010, *Česká podnikatelská v. Michal Bilas*, C-111/09.

59 Considerando 1, y artículo 1.2 del RGPD.

60 En el caso de España, el artículo 40 CC señala que "para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil".

4º) Foro especial en materia de obligaciones extracontractuales. El “lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho lesivo” (artículo 7.3 del Reglamento Bruselas I bis). Consiste en un foro especial regido por el principio de ubicuidad que en el caso de efectuar una acción por daños y perjuicios, el demandante tiene derecho a elegir entre los tribunales del lugar donde se produjo el hecho lesivo (ya sea donde se haya producido el hecho generador del daño o donde se padezca el daño) constituye la solución tradicional –y no siempre muy acertada– en esta materia⁶¹:

a) El principal problema que plantea el *forum locus delicti commissi* es el de determinar si por país en que se produce el daño debemos entender el del lugar en el que se localiza el hecho causal (p. ej. el Estado donde se recaban los datos).

b) O el del lugar en que se verifica el resultado dañoso (p.ej. el Estado donde se acceden a los datos).

Estas situaciones dificultan la determinación del lugar donde se ha producido el hecho dañoso, que se manifiesta en dos preguntas:

1º) Cuál es el lugar donde tienen lugar el evento generador del daño? En el Estado donde se ha difundido o tratado ilícitamente los datos.

2º) Cuál es el lugar donde se concreta el resultado lesivo? Aquí no hay una respuesta concreta, sino una multitud de posibilidades:

a) El país desde donde se han introducido los datos;

b) en el marco de Internet, el lugar donde está ubicado el servidor que los alberga;

c) El país desde donde se puede tener acceso a los datos, o

d) El país donde reside el titular del derecho infringido, que es, en definitiva, donde se ha producido el hecho dañoso.

e) El país donde radique el fichero de datos.

Como hemos observado, este artículo se caracteriza por una gran “dispersión competencial” que ataca directamente a la protección del titular del derecho a la protección de datos. A esclarecer la competencia judicial relacionada con litigios derivados de ilícitos contra los derechos de la personalidad en materia de competencia judicial contribuyó la STJUE *eDate Advertising*, derivada de la

61 ORTEGA GIMÉNEZ, A.: “Imagen y circulación”, cit, p. 142.

doctrina creada por la STJCE *Fiona Shevill*⁶² que interpretaba el antiguo artículo 5.3 del Reglamento Bruselas I. La STJCE *Fiona Shevill* permitía –y sigue permitiendo– a la víctima de la vulneración del derecho a la intimidad por la difamación de datos personales publicados y accesibles en varios Estados miembros ejercer una acción resarcitoria contra el promotor de la acción que causa el hecho dañoso ante los tribunales del domicilio de tal persona para reclamar una indemnización íntegra, o bien demandar ante los tribunales de cada Estado miembro el el que la publicación sea difundida, y en el que la víctima alegue haber sufrido un ataque contra su reputación. La STJUE *eDate Advertising* viene a reducir esta “dispersión competencial” permitiendo al afectado que alegue un daño o perjuicio en un Estado miembro exija una indemnización integral por todo el daño sufrido ante los tribunales del Estado promotor de la acción, y el Estado donde la víctima tenga su centro de intereses⁶³.

Pero la coexistencia de los artículos 7.2 de Bruselas I bis, y el 79.2 del RGPD se encuentra en entredicho. Mientras que la jurisdicción general del Reglamento Bruselas I bis es “neutral”, la jurisdicción específica al menos indica que ya hay algún tipo de conexión significativa entre el foro y la cuestión jurídica a decidir⁶⁴. Podemos observarlo en los foros especiales del artículo 79.2 del RGPD en los que se permite demandar 1) ante los tribunales del Estado en el que esté domiciliado algún establecimiento tanto del responsable como del encargado, o 2) ante los tribunales del Estado de la residencia habitual del afectado por un supuesto tratamiento ilícito de los datos personales que genera una responsabilidad extracontractual. Estos foros estipulados por el RGPD están redactados para adecuarse al supuesto concreto. En cambio, los foros del Reglamento Bruselas I bis tienen como objeto cubrir supuestos generales (p. ej. accidentes de circulación). En otras palabras, los principios que subyacen de ambos reglamentos son diferentes y excluyentes entre sí, y uno de debe imponer su justicia sobre el otro⁶⁵, por lo que el artículo 79.2 del RGPD debe prevalecer sobre el artículo 7.2 del Reglamento Bruselas I bis⁶⁶.

Vista esta disposición de foros otorgados por diferentes instrumentos normativos, hubiese sido más apropiado regular las reglas de competencia judicial internacional en el Reglamento Bruselas I bis en vez del propio RGPD para evitar

62 STJCE de 7 de marzo de 1995, C-68/03, *Ixora Trading Inc; Chequepoint SARL, Chequepoint International Ltd. C Press Alliance S*, ECLI:EU:C:1995:61.

63 Véase también la STJUE de 3 de octubre de 2013, *Pickney*, C-170/12, ECLI:EU:C:2013:635 (párr. 36), que siguiendo la doctrina de la STJUE *eData*, permite también demandar en el Estado miembro donde el contenido sea accesible.

64 VON HEIN, J.: “Social Media and the Protection of Privacy”, *European Data Science Conference*, 2016, p. 24.

65 REVOLIDIS, I.: “Judicial jurisdiction over Internet privacy violations and the GDPR: a case of “privacy tourism”?”, *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 2017, núm. 1, vol. 11, p. 23.

66 CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., y CALVO CARAVACA, A.-L.: *Derecho internacional privado*, Vol. II Comares, Granada, 17ª ed., 2017, pp. 1528.

así está complicada compatibilidad de foros disponibles establecida tanto por el Reglamento Bruselas I bis como por el RGPD, y los problemas de litispendencia y conexidad del artículo 81 del RGPD para, a su vez, mantener coherencia entre ambos Reglamentos⁶⁷.

Además, debemos destacar que podemos encontrarnos que tal perjuicio se materialice en el marco de una relación contractual, por lo que debemos atenernos a los foros concretos en materia contractual del Reglamento Bruselas I bis⁶⁸, y que actúan con una doble función: 1) por un lado, establecer un foro de protección especial para la parte que ha sufrido el daño y perjuicio, que en casos en los que una parte de una relación contractual es la parte débil como en los contratos de seguro o celebrados por los consumidores; 2) y por el otro, suplir la ausencia de unos foros especiales para los responsables del tratamiento cuando estos pretendan ejercitar alguna acción contra los afectados. Y es especialmente destacable la relación contractual entre consumidores, porque para servicios como Facebook, o empresas de servicios similares, se firma un contrato de adhesión dirigido principalmente a consumidores, y que es de relevancia la recentísima STJUE *Schrems II*⁶⁹, la cual se resuelve la vertiente civil del caso original. El caso resuelve un conflicto de competencia judicial internacional entre Schrems y Facebook Ireland, por el cual el demandante instó acciones judiciales contra Facebook en Viena utilizando para ello el foro para consumidores del Reglamento (UE) 44/2001, a lo que Facebook respondió con una excepción de competencia internacional, puesto que entendía que el uso que realizaba el demandante respecto a Facebook no correspondía con el de un consumidor, sino con el de un profesional. La STJUE resuelve que en este tipo de contratos realizados con empresas dedicadas a las redes sociales, la finalidad para la cual se realiza el contrato puede variar a lo largo del tiempo; es por ellos que hay que utilizar un término de contrato “dinámico” para adaptar el contrato a la finalidad y uso que el usuario hace de él. Hay que observar la evolución del uso no profesional del servicio, a un uso “esencialmente profesional”. Por lo tanto, el mero hecho de compatibilizar en una red social tanto actividades privadas como comerciales, no supone que se le deje de aplicar la protección hacia los consumidores que proporciona el Derecho europeo y, por lo tanto, se pueden ejercer los foros de protección de las normas relativas a la competencia judicial a favor de los consumidores.

67 BRKAN, M.: “Data protection and European private international law: observing a bull in a China shop”, *International Data Privacy Law*, 2015, núm. 4º, vol. 5, p. 275.

68 1) Competencia especial en materia contractual del artículo 7.1); 2) foros especiales de protección en materia de seguros de los artículos 10-16; 3) foros especiales de protección en materia de contratos celebrados por los consumidores de los artículos 17-19, 3) y foros especiales de protección en materia de contratos individuales de trabajo de los artículos 20-23.

69 STJUE de 25 de enero de 2018, *Schrems vs. Facebook*, C-498/16, ECLI:EU:C:2018:37.

Respecto a la posibilidad de ejercer a favor de otros, acciones judiciales de consumidores residentes en otro Estado miembro, o en terceros Estados (en el presente caso, la India) no puede llevarse a cabo. Aunque sea requisito indispensable la celebración de un contrato entre el consumidor y el profesional demandado⁷⁰, el cesionario de los derechos solo puede ejercer los derechos que le son inherentes a su relación con el profesional demandante, no quedando sometidos a la competencia del tribunal los consumidores los cedentes de los derechos.

2. Determinación de la Ley aplicable a la controversia.

La primacía de la legislación de protección de datos se manifiesta en una limitada autonomía de la ley aplicable en una cláusula contractual, la cual siempre deberá atenerse a los criterios del RGPD en los casos de obligaciones contractuales, cuyas cláusulas pueden estar sujetas a las leyes de otro Estado según el Reglamento (CE) 594/2008 “Roma I”⁷¹. Podemos tomar como ejemplo las cláusulas de términos y condiciones de Facebook (ES), en la que su artículo 15.2 estipula que cualquier litigio deberá dirimirse aplicando las leyes del Estado de California. En principio, puede ser aplicable tal cláusula en virtud del artículo 3.1, pero deberá cumplir lo estipulado en el propio artículo 6.2 relativo a los contratos de consumo, en el que obliga a estipular en el acuerdo que las disposiciones legales que protegen al consumidor continúan siendo aplicables al ser este la parte débil de la relación contractual. A falta de esta disposición en el contrato, la cláusula se considera abusiva⁷².

Puede llegar a entenderse que la imperatividad de la legislación sobre protección de datos no afecta solo a las obligaciones propias que proporciona el RGPD, sino también puede afectar a la ley aplicable a la controversia, que deberá coincidir con la que se determine por el RGPD mediante el artículo 3 de esta norma, puesto que se puede pensar que realizar un contrato entre usuario-proveedor de servicios puede escaparse de la aplicación del RGPD y ventilarse por el Reglamento Roma I; pero al final, el resultado será el mismo: 1) el Reglamento Roma I permite que la ley aplicable sea la ley del Estado de residencia habitual del consumidor, a) siempre que ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, siempre y cuando el contrato tenga que ver con dichas actividades. Como se ha visto anteriormente, se permite el acuerdo de la ley aplicable, pero siempre especificando que nunca perderá el usuario el derecho a aplicar la ley de su Estado de residencia, y 2)

70 STJUE de 28 de enero de 2015, *Kolassa*, C-375/13, EU:C:2015:37.

71 DOCE L 177/6, de 4 de julio de 2008.

72 En este sentido se pronuncia la STJUE *Amazon EU Sàrl* (pár. 71).

no podemos entender al artículo 3 del RGPD como una norma de Derecho internacional privado de la misma manera que el artículo 4 de la Directiva 46/95, puesto que el fin del RGPD es determinar la sujeción del tratamiento al propio reglamento, sin entrar en determinar el Derecho nacional como hacía la Directiva.

En la práctica, parece todavía existir cierta confusión en cuanto a cuál es la base jurídica para determinar la legislación aplicable en el ámbito de la protección de datos⁷³. Mientras que el TJUE en el caso Google Spain no se refirió a los Reglamentos de Roma I o II ni a la cuestión de la relación entre estos reglamentos y el artículo 4 de la Directiva sobre protección de datos, la decisión del tribunal administrativo del Estado alemán Schleswig-Holstein⁷⁴ en un supuesto de determinación de la ley de protección de datos aplicable al contrato de términos y servicios de Facebook, determinó que era de aplicación el Derecho irlandés (Estado en el que está establecida la filial europea encargada del tratamiento de datos), y no el alemán (Estado en el que está establecida la filial encargada de los servicios publicitarios) por considerar las disposiciones sobre protección de datos son imperativas y obligatorias en virtud del artículo 9 del Reglamento Roma I.

Pero hay supuestos de responsabilidad extracontractual –como es el caso de las transferencias internacionales de datos–⁷⁵ que plantean importantes problemas en cuanto al Derecho aplicable. La ley que resuelve esta controversia es el Reglamento (CE) 864/2007 “Roma II”⁷⁶.

El Reglamento “Roma II” es un texto legal con carácter universal⁷⁷; es decir, la ley designada por el Reglamento se aplica aunque no sea de un Estado miembro, la cual permite una mayor y mejor unificación del mercado interior⁷⁸; pero que excluye de su aplicación en su artículo 1.2.g) “las obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad; en particular, la difamación”, portanto, las acciones extracontractuales relativas a los daños y perjuicios sufridos por un interesado como consecuencia

73 BRKAN, M.: “Data Protection”, pp. 26-27.

74 VG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 14.02.2013, Az. 8 B 60/12.

75 Se ha discutido sobre la posibilidad de admitir como transmisiones internacionales de datos personales los supuestos de acceso internacional; es decir, las meras publicaciones de datos personales en páginas web. Históricamente el TJUE ha rechazado esta posibilidad mediante la STJUE de 6 de noviembre de 2003, *Bodil Lindqvist*, C-101/01, pero el nuevo artículo 49.1.g), que considera válida la transferencia cuando se realice desde un registro público que, con arreglo al Derecho de la Unión o de los Estados miembros, tenga por objeto facilitar la información al público y esté abierto a la consulta del público en general o de cualquier persona que pueda acreditar un interés, pero solo en la medida en el que se cumplan las condiciones que establece el Derecho de la Unión o de los Estados miembros para la consulta. Es decir, bastaría con la puesta a disposición de los datos. PINAR MAÑAS, J. L.: “Transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales”, en AA.VV. (Dir. por J. L. PINAR MAÑAS), *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Madrid, 2017, p. 433.

76 DOCE L 199/40, de 31 de julio de 2007.

77 Artículo 3.

78 ORTEGA GIMÉNEZ, A.: *Transferencias internacionales de datos de carácter personal ilícitas*, Civitas, Madrid, 2017 p. 138.

del tratamiento de sus datos personales por un responsable o encargado están excluidas de la norma, exclusión muy criticada por la doctrina⁷⁹. Debemos destacar que actualmente existe una propuesta de reforma del Reglamento Roma II en el que pretende incluir estos supuestos motivada por la STJUE eDate Advertising tendente a unificar la norma de conflicto y desplazar a la legislación interna⁸⁰.

Esto se traduce en una serie de consecuencias positivas⁸¹:

1º) Las partes en un litigio privado internacional derivado de la vulneración del derecho fundamental a la protección de datos no tendrán que conocer las normas de conflicto de los Estados miembros de la UE y su aplicación jurisprudencial sino que puedan acudir a un régimen único.

2º) Reducción de costes para la persona perjudicada.

3º) Seguridad jurídica. Se eliminarían un sistema que interesados utilicen la norma de conflicto para buscar la ley que les resulte más favorable (*lex shopping*).

4º) Se evitarían las desigualdades entre el causante del daño y la persona perjudicada.

La reforma del Reglamento Roma II incluye un nuevo artículo 5 bis en el que introduce dos nuevos supuestos: 1) la ley del país en el que se produzcan o sea más probable que se produzcan el elemento o los elementos más significativos del daño o perjuicio", o 2) "la ley del país de residencia habitual del demandado, en su defecto, si el demandado no hubiera podido haber previsto razonablemente consecuencias importantes de su acto en dicho país"⁸².

El supuesto del primer inciso adopta los criterios de la *lex loci damni* (la ley del país en el que se produzcan o sea más probable que se produzcan el elemento o los elementos más significativos del daño) o *lex loci delicti commissi* (la ley del país en el que se produzcan o sea más probable que se produzcan el elemento o los elementos más significativos del hecho lesivo).

79 DICKINSON, A.: *The Rome II Regulation. The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, OUP, Oxford, 2008, p. 240; SANCHO VILLA, D.: *Negocios internacionales de tratamiento de datos personales*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 97-98; ORTEGA GIMÉNEZ, A.: "La (des)protección del titular del derecho a la protección de datos derivada de una transferencia internacional ilícita en derecho internacional privado español", *Diario La Ley*, 2015, núm. 8661º, p. 8; BRKAN, M.: "Data protection", cit, pp. 27-28; DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: "Competencia", cit, pp. 41-42.

80 P7_TA-PROV(2012)0200.

81 DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: "Competencia", cit, p. 66.

82 Una redacción similar la encontramos en el artículo 99 § 2. 1º del *Code de droit international privé* belga [C - 2004/09511] en los supuestos de daños contra los derechos de la personalidad, salvo que en este artículo permite la elección entre las dos opciones de la ley aplicable si el demandado no podía predecir que el daño se produciría en ese Estado.

El segundo supuesto resulta más confuso, en el sentido de que, más que proteger al posible afectado, favorece a la parte fuerte del litigio⁸³. Permite aplicar la ley del país de residencia del demandado cuando a) resulte imposible determinar el elemento o los elementos más significativos del daño o perjuicio (elemento objetivo); y b) que el causante del daño no hubiera podido haber previsto razonablemente consecuencias importantes de su acto en dicho país (elemento subjetivo).

La adición de este doble criterio a la hora de la determinación de la ley aplicable puede llegar a prejuzgar el caso en una fase muy temprana del proceso, además de favorecer al presunto responsable del daño con la opción de litigar con la ley del país de residencia.

La inclusión del futuro artículo 5 bis (que esperemos que se aplique con una debida reforma del texto), debe ponerse en relación con el artículo 14 del Reglamento Roma II, que ofrece al perjudicado y al causante del daño la posibilidad de poder elegir la ley aplicable, en virtud del principio de autonomía de la voluntad. Aunque en la práctica es difícilmente aplicable; puesto que el acuerdo debe hacerse con posterioridad al hecho generador del daño, en esos momentos es complicado que ambas partes se pongan de acuerdo. Pero la consecuencia de la no regulación conlleva a la aplicación de normas autónomas como el artículo 10.9 del Código Civil, que hace que apliquemos la ley del lugar donde se ha cometido el hecho (*lex loci delicti commissi*)⁸⁴. La *lex loci delicti commissi* es una conexión de carácter territorial cuya aplicación en los supuestos de ilícitos en los elementos constitutivos (acto y resultado) se encontraban en un mismo Estado⁸⁵. Pero en este ámbito, la precisión del lugar en el que se produce el daño puede resultar controvertida en situaciones en las que las consecuencias lesivas del hecho dañoso no son de carácter material, y esta norma no precisa cuál es el lugar del daño en las situaciones en las que el hecho causal y el resultado lesivo se producen en distintos países⁸⁶.

El artículo 10.9 del CC nos otorga dos opciones para determinar la ley aplicable: 1) la aplicación de la *lex loci actus* (Ley del Estado en el que se produce el hecho del que deriva la responsabilidad); o 2) la aplicación de la *lex loci damni* (aplicación de la ley del lugar donde se materializa el daño para las víctimas). Esta doble

83 ORTEGA GIMÉNEZ, A.: "La (des)protección", cit, p. 8.

84 "Las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven".

85 VINAIXA MIQUEL, M.: *La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de residuos*, USC, Santiago, 2006, p. 147.

86 DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: *Derecho privado de Internet*, Civitas, Madrid, 8ª ed., 2015, p. 201.

interpretación —o ambigüedad— puede ser solventada mediante la separación de ambos criterios en la Ley, como hacen algunos países de nuestro entorno⁸⁷.

En la primera opción (*lex loci actus*), el mayor problema que encontramos es determinar cuál es el Estado en el que se ha realizado el hecho dañoso, puesto que el hecho ilícito deriva de una cadena de ilícitos que se suelen desarrollar en otros Estados, el cual debemos verificar el Estado donde refleja sus efectos lesivos; esto es, el tratamiento automatizado de datos personales se rige por la ley del Estado en cuyo territorio tiene lugar dicho tratamiento de datos que ha provocado el daño⁸⁸. Entonces, para poder aplicar la legislación española, a) el responsable del fichero tuviera su domicilio fuera de la UE y, b) el tratamiento de datos se hubiera realizado en España.

Respecto a la segunda opción (*lex loci damni*), y en concreto en los supuestos de mero acceso, debe rechazarse que cualquier lugar de recepción de los contenidos o la información transmitidos por Internet sea por esa simple circunstancia lugar del daño debido a 1) que muchas veces ese acto no genera un daño “real” al titular, y 2) la aplicación de la ley de cada uno de los múltiples lugares de manifestación del daño puede conducir a una excesiva fragmentación normativa⁹⁰. Es por ello que se afirma que el lugar donde se manifiesta la consecuencia directa para la víctima, se corresponde con el lugar de su residencia habitual como el centro de las relaciones sociales, personales y económicas susceptibles de verse afectadas por un atentado contra la intimidad u otros derechos de la personalidad; como ya comentamos a raíz de la STJUE *eDate Advertising*, no solo se materializa el perjuicio en el Estado de residencia habitual, también en aquel Estado en el que existan un vínculo estrecho con ese otro Estado.

Debido a los ya resaltados problemas, conviene que ahondemos en una crítica al precepto⁹¹:

87 P. ej. el artículo 62.1 de la LEGGE 31 maggio 1995, n. 218. *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, que estipula que las obligaciones extracontractuales se regirán por la ley del Estado en el que se haya producido el evento (*lex loci actus*); aunque el segundo inciso habilita al demandante a solicitar la aplicación de la ley del Estado en el que se haya producido el daño (*lex loci damni*). Otros países con este mismo sistema son: Alemania (artículo 40 del *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*); Portugal (artículo 45 del *Código Civil*, que permite la aplicación de la ley del lugar donde se hay producido el daño, siempre y cuando: a) el autor del daño haya podido prever que su acto podría causar daños en ese estado; y, b) que la ley del Estado donde transcurre la actividad principal causante del daño no considere responsable al autor de ese daño.); Países Bajos (artículo 3 de la *wet conflictenrecht onrechtmatige daad*, permitiendo aplicar la ley de un Estado en el que se manifiesten las consecuencias de un acto ilícito distinto al del que se hubiese producido el acto, siempre que el demandante no previese razonablemente la acción).

88 ORTEGA GIMÉNEZ, A.: *La (des)protección del titular del derecho a la protección de datos derivada de una transferencia internacional ilícita*, AEPD, Madrid, 2015, p. 143.

89 Respecto al caso BGH NJW 2011, 2059 comentado anteriormente, el *Bundesgerichtshof* señaló explícitamente que la aceptación de la jurisdicción también conduciría a la aplicación del derecho alemán (artículo 40.1 del EGBGB).

90 DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: *Derecho privado*, cit, p. 203.

91 ORTEGA GIMÉNEZ, A.: “La (des)protección”, cit, p. 7.

1º) La generalidad del precepto priva de visibilidad al problema de la desprotección del titular del derecho a la protección de datos ante un tratamiento ilícito internacional.

2º) Adolece de una rigidez relevante, puesto que solo ofrece al juzgador una opción meramente localizadora entre la aplicación de la ley del lugar donde se ha producido el hecho causal (país de origen) o la ley del lugar donde se manifiesta la acción (país o países de resultado), con la ambigüedad que ello supone.

3º) La neutralidad de la norma. Cuando se parte de una situación en la que una de las partes está en manifiesta inferioridad, la neutralidad, lejos de ser una virtud, se convierte en una potencial fuente de injusticia.

A todo esto, debemos resaltar las precisiones del RGPD, ya que la tendencia que genera el artículo 79.2 del RGPD invita a aplicar aplicar “la ley del lugar donde sufren el daño o lesión los bienes o derechos del perjudicado”⁹². Su postura se basa en el objetivo que tiene la norma de proteger al afectado, el cual una de las maneras de plasmarlo es la aplicación de un Derecho que sea familiar al afectado que se correspondan con el del Estado de la residencia habitual (o del centro de intereses del afectado); y que entendemos que esta deba ser la opción que mejor puede llegar a proteger los intereses del afectado en función del principio de *favor laes*⁹³. Y en la práctica podemos prever que el demandante inicie las acciones en o bien el el Estado de la residencia habitual, o bien en el centro de intereses del afectado, se aplicará la ley del Estado que asumió la competencia (*lex fori*), la cual conlleva una serie de beneficios⁹⁴ tales como 1) la reducción del tiempo y los costes de los litigios; 2) la mejora de la calidad de los juicios, y 3) Tenencia en cuenta las preocupaciones de política pública del foro, porque los derechos de la personalidad, la privacidad, la protección de datos, etc., están arraigados en los valores constitucionales. Aunque el principal problema lo encontraríamos en el arraigo del *forum shopping*, siempre y cuando el Reglamento Roma II no cubra los derechos de la personalidad. El principal problema lo encontraríamos en el arraigo del *forum shopping*, siempre y cuando el Reglamento Roma II no cubra los derechos de la personalidad.

V. CONCLUSIÓN Y SUPUESTO PRÁCTICO.

El legislador ha observado los problemas de aplicación de la ley de protección de datos a los supuestos actuales planteados con la Directiva 95/46, la cual se

92 DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Competencia”, cit, p. 42.

93 ORTEGA GIMÉNEZ, A.: “Propuestas ante un futuro incierto para la protección en la unión europea del titular del derecho a la protección de datos derivada de una transferencia internacional de datos de carácter personal ilícita: junificación de la norma de conflicto vs. Armonización a través de unos principios comunes?”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2016, núm. 10, p. 6.

94 VON HEIN, J.: “Social Media”, cit, p. 23.

veía superada por el avance de nuevas tendencias tecnológicas como el *Big Data*, el *Cloud Computing*, o el *Internet of Things*; cuyas tendencias están marcadas por la deslocalización del tratamiento de los datos. El nuevo artículo 3 del RGPD trata este fenómeno con la obligatoriedad de la aplicación de la legislación europea cuando los datos tratados en terceros países involucren a residentes de la Unión, además de contemplar un supuesto específico dedicado al *Big Data* en el artículo 3.2 b), el cual no entendemos la exclusión que realiza la doctrina en cuanto a la aplicación de este supuesto a los productos o servicios diferentes a los servicios de Internet. Con este nuevo artículo, 1) se asegura que los datos personales de los ciudadanos de la Unión estén protegidos incluso más allá de del territorio, 2) y se protegen los tratamientos de datos que controlen el comportamiento, objeto del *Big Data*.

La estipulación de un régimen específico del derecho a la indemnización por daños y perjuicios supone un gran avance para la protección del individuo. El nuevo régimen supera con creces la regulación contenida en la Directiva 95/46, y unificando al máximo las disposiciones que deben cumplir los Estados miembros. La adición de indemnizar los daños inmateriales supone la culminación de una doctrina jurisprudencial europea que ya venía reconociendo los daños morales como un elemento más de la indemnización. A esto, hay que sumarle los nuevos criterios otorgados por nuestro Tribunal Supremo, que añaden seguridad jurídica a la cuestión.

El sistema de Derecho internacional privado que instaura el RGPD cumple “a medias” la función protectora que debe tener el titular del Derecho fundamental a la protección de datos. El nuevo RGPD ha demostrado tener una función clara: facilitar al afectado poder efectuar sus derechos en el Estado miembro que desee, en especial, en el propio Estado de residencia del afectado. La compatibilidad relativa de foros con el Reglamento Bruselas I bis a la luz de su interpretación conjunta con el RGPD permite suplir la falta de foros especiales para el responsable, aparte de añadir una mayor disposición de foros para el afectado. Aunque esta dualidad normativa crea un efecto complejo de interpretación entre ambos textos, cuyo problema pudo haberse resuelto trasladando las cuestiones relacionadas con la competencia judicial internacional al Reglamento Bruselas I bis. Debemos lamentar la inexistencia de avances en cuanto a la determinación de la ley aplicable en los casos de ejercicio de la acción del artículo 82 del RGPD, la cual nos sigue llevando a una aplicación heterogénea de las normas autónomas de los diferentes Estados miembros de la Unión Europea que, en nuestro caso, se sigue rigiendo por la *lex loci delicti commissi*. Es por ello que se debe avanzar en una norma de conflicto unificada a través de la modificación del Reglamento “Roma II” que estipule una norma de conflicto que favorezca a la parte débil del litigio en función

del *favor laesi*, como es la persona perjudicada, como la ley del Estado del Estado de residencia habitual del afectado o del “centro de intereses de la víctima”.

Supuesto práctico

I. Competencia judicial internacional

El afectado, residente en España, busca emprender la acción de responsabilidad del artículo 82 del RGPD por una difamación de datos personales que ha alcanzado a los países centroeuropeos ante el responsable del tratamiento, con domicilio en Polonia, y con establecimientos en Reino Unido, Irlanda, Bélgica, Austria, y Francia. Partiendo de este supuesto, pueden darse varias situaciones:

Que las partes, ya habiendo nacido el conflicto, acuerdan someter el litigio ante los tribunales de un Estado miembro concreto (Sumisión expresa. Art. 25 Bruselas I bis).

Que el afectado demande en primer lugar en cualquier Estado miembro, y que el responsable decida discutir sobre el fondo del asunto (Sumisión Tácita. Art. 26 Bruselas I bis).

Que decida demandar en en los Estados en los que el responsable posea un establecimiento (foro del establecimiento del responsable. Art. 79.3 RGPD).

Que demande en su Estado de residencia (Foro de la residencia habitual del demandante. Art. 79.2 RGPD).

En este caso, no cabe invocar el foro del artículo 7.3 del Reglamento Bruselas I bis sobre responsabilidad extracontractual, puesto que dicho foro decae por el principio de especialidad del RGPD.

2. Ley aplicable

Suponiendo que haya decidido demandar en España, puesto que no existe una norma ni institucional ni convencional, será de aplicación el artículo 10.9 del CC, al no poder aplicarse el Reglamento Roma II. 1) Si entendemos la *lex loci delicti commissi* como «la ley del lugar donde se materializa el daño para las víctimas» (*lex loci damni*); 2) nos atenemos a la tendencia generada por el RGPD y por la jurisprudencia del TJUE de aplicar la “ley del lugar donde sufren el daño o lesión los bienes o derechos del perjudicado”, y vemos que el afectado no tiene intereses más allá de España, se aplicaría el Derecho sustantivo español a la controversia.

BIBLIOGRAFÍA

ALBRECHT, J. P., y JOTZO, F.: *Das neue Datenschutzrecht der EU*, Nomos, Baden-Baden, 2017.

ALBRECHT, J. P.: "How the GDPR Will Change the World", *European Data Protection Law Review*, 2016, núm. 3º, vol. 2.

ÁLVAREZ HERNANDO, J., y CAZURRO BARAHONA, V.: *Practicum Protección de datos 2016*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

BRKAN, M.:

- "Data protection and conflict-of-laws: a challenging relationship", *European Data Protection Law Review*, 2016, núm. 3º, vol. 2.
- "Data Protection and European Private International Law", *Robert Schuman Centre for Advanced Studies*, 2015, Research Paper N° RSCAS 2015/40.
- "Data protection and European private international law: observing a bull in a China shop", *International Data Privacy Law*, 2015, núm. 4º, vol. 5.

BUONAIUTI, F. M.: "La disciplina della giurisdizione nel Regolamento (UE) n. 2016/679 concernente il trattamento dei dati personali e il suo coordinamento con la disciplina contenuta nel regolamento 'Bruxelles i-bis'", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, núm. 2, vol. 7.

BU-PASHA, S.: "Cross-border issues under EU data protection law with regards to personal data protection", *Information & Communications Technology Law*, 2017, vol. 0.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., y CALVO CARAVACA, A. L.:

- *Derecho internacional privado*, Vol. II Comares, Granada, 16ª ed, 2016.
- *Derecho internacional privado*, Vol. II Comares, Granada, 17ª ed., 2017.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A.:

- "Aspectos internacionales de la protección de datos: las sentencias *Schrems* y *Weltimmo* del Tribunal de Justicia", *La Ley Unión Europea*, 2015, núm. 31º.

- "Competencia y Derecho aplicable en el Reglamento General sobre Protección de Datos de la Unión Europea", *Revista Española de Derecho Internacional*, 2015, núm. 1º, vol. 69, 2017.
- *Derecho privado de internet*, Civitas, Madrid, 4ª ed., 2015.
- "La contradictoria doctrina del Tribunal Supremo acerca del responsable del tratamiento de datos por el buscador Google", *Diario La Ley*, 2016, núm. 8773º.

DICKINSON, A.: *The Rome II Regulation. The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, OUP, Oxford, 2008.

ERDOZÁIN LÓPEZ, J. C.: "La protección de los datos de carácter personal en las telecomunicaciones", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2007, núm. 1º.

ERNST, S.: "Allgemeine Bestimmungen", en AA. VV. (Coord. Por B. PAAL, y D. PAULY), *Datenschutz-Grundverordnung*, Beck, Munich C.H. 2017.

GEIST, M.: "Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction", 2001, *Berkeley Technology Law Journal*, núm. 3º, vol. 16.

HOEREN, T. et al.: *Legal Aspects of Digital Preservation*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2013.

HIJMANS, H.: *The European Union as Guardian of Internet Privacy: The Story of Artículo 16 TFEU*, Springer, Bruselas, 2016.

JIMÉNEZ-BENÍTEZ, W. G.: "Rules for offline and online in determining internet jurisdiction. Global overview and colombian cases", *Reviesta Colombiana de Derecho Internacional*, 2015, núm. 26º.

KUNER, C.:

- "The European Union and the Search for an International Data Protection Framework", *Groningen Journal of International Law*, 2015, vol. 2, ed. 1.
- "The Internet and the Global Reach of EU Law", *Legal studies research. Paper series*, 2017, núm. 24.

LÓPEZ ÁLVAREZ, L. F.: *Protección de datos personales: adaptaciones necesarias al nuevo Reglamento europeo*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016.

MOEREL, L.: "The long arm of EU data protection law: Does the Data Protection Directive apply to processing of personal data of EU citizens by websites worldwide?", *International Data Privacy Law*, 2011, núm 1º, vol. 1.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: "La vulneración de los derechos de la personalidad en la jurisprudencia del tribunal de justicia", *La Ley Unión Europea*, 2013, núm. 4º.

ORTEGA GIMÉNEZ, A.:

- "Imagen y circulación internacional de datos", *Revista boliviana de Derecho*, 2013, núm. 15º.
- "La (des)protección del titular del derecho a la protección de datos derivada de una transferencia internacional ilícita en derecho internacional privado español", *Diario La Ley*, 2015, núm. 8661º.
- *La (des)protección del titular del derecho a la protección de datos derivada de una transferencia internacional ilícita*, AEPD, Madrid, 2015.
- "Propuestas ante un futuro incierto para la protección en la unión europea del titular del derecho a la protección de datos derivada de una transferencia internacional de datos de carácter personal ilícita: ¿unificación de la norma de conflicto vs. Armonización a través de unos principios comunes?", *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2016, núm. 10.
- *Transferencias internacionales de datos de carácter personal ilícitas*, Civitas, Madrid, 2017.

OSTER, J.:

- *European and International Media Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- "Rethinking Shevill. Conceptualising the EU private international law of Internet torts against personality rights", *International Review of Law, Computers & Technology*, 2012, núm. 2-3º, vol. 26.

PÁEZ MAÑÁ, J.: "Responsabilidades derivadas del tratamiento nominativo de datos", *Informáticos europeos expertos*, s/f. Disponible en: <http://www.iese.es/pages/bases/articulos/derint026.html>

PIRODDI, P. "profilo internazionale-privatistico della responsabilità del gestore di un motore di ricerca per il trattamento dei dati personali", en AA. VV. (dirigido por

RESTA, G., y ZENO-ZENCOVICH, V.), *Il Diritto all' oblio su internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma TrE-Press, Roma, 2015.

PINAR MAÑAS, J. L.: "Transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales", en AA. VV. (dir. por J. L. PINAR MAÑAS), *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Madrid, 2017.

RECIO GAYO, M.: "Acerca de la evolución de la figura del encargado del tratamiento", *Revista de Privacidad y Derecho Digital*, 2015, nº 0.

REVOLIDIS, I.: "Judicial jurisdiction over internet privacy violations and the GDPR: a case of "privacy tourism"?", *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 2017, núm. 1, vol. II.

SANCHO VILLA, D.: *Negocios internacionales de tratamiento de datos personales*, Civitas, Madrid, 2010.

SCHIEDERMAIR, S.: "The new General Data Protection Regulation of the European Union-Will it widen the gap between Europe and the U.S?", en AA. VV. (coord. por DÖRR, Dieter, y WEAVER, Russell, *Perspectives on Privacy: Increasing Regulation in the USA, Canada, Australia and European Countries*, De Gruyter, Berlín, 2015.

SVANTESSON, D. J.: *Extraterritoriality in Data Privacy Law*, Ex tuto Publishing, Copenhagen, 2013.

TAYLOR, M.: "Permissions and prohibitions in data protection jurisdiction", *Brussels Privacy Hub working paper*, 2016, núm. 6, vol. 2.

VINAIXA MIQUEL, M.: *La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de residuos*, USC, Santiago, 2006.

VON HEIN, J.: "Social Media and the Protection of Privacy", *European Data Science Conference*, 2016.

ZELL, A-M.: "Data Protection in the Federal Republic of Germany and the European Union: An Unequal Playing Field", *German Law Journal*, 2014, 2014, vol. 15.

¿EL CONTRATANTE DE TIEMPO COMPARTIDO ES
CONSUMIDOR? AVANCE CRÍTICO SOBRE LA DEFINICIÓN
DE CONSUMIDOR CHILENO Y EL ÁMBITO OBJETIVO DE
APLICACIÓN DE LA LEY

*IS THE TIMESHARE HIRING APLICABLE TO A CONSUMER? CRITICAL
ADVANCE ON THE DEFINITION OF CONSUMER AND THE SCOPE OF
APPLICATION OF THE CHILEAN CONSUMER LAW*

Rev. Boliv. de Derecho N° 26, julio 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 438-467



Alfredo
FERRANTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de marzo de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 10 de abril de 2018

RESUMEN: Mediante una reconstrucción comparada con el ordenamiento español, el artículo destaca las fisuras que presenta la ley chilena sobre protección de derechos de los consumidores, tanto en la definición de consumidor como en la demarcación de su ámbito objetivo de aplicación. Para demostrar esta afirmación se analizará el caso de contratación de tiempo compartido.

PALABRAS CLAVE: consumidor; ley de consumo; venta de bien de consumo; tiempo compartido; derecho chileno; derecho español.

ABSTRACT: Through a reconstruction compared with the Spanish legal system, the article highlights the fissures that the Chilean consumer law presents, both in the definition of the consumer and in the demarcation of its scope of application. In order to demonstrate it the case of timeshare hiring will be analyzed.

KEY WORDS: Consumer; consumer law; sale of goods; timeshare; long-term holiday product; resale and exchange contracts; Chilean law; Spanish law.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO. II. EL PATRÓN SUBJETIVO DE APLICACIÓN: EL CONSUMIDOR.- 1. La poliédrica definición de consumidor; la influencia comunitaria sobre el tejido jurídico español.- 2. La influencia española en la definición del consumidor chileno y la antitética evolución europea: el quiebre de las bases definitorias chilenas.- 3. El actual enfoque chileno y sus fisuras en el ámbito de la aplicación subjetiva.- 4. La peculiar situación española en caso de tiempo compartido.- A) Evolución de la noción de consumidor aplicable al tiempo compartido.- B) Tiempo compartido y consumidor; la visión del Tribunal Supremo español.- III. EL PATRÓN OBJETIVO DE APLICACIÓN: LA TIPOLOGÍA CONTRACTUAL Y BIEN OBJETO DEL CONTRATO.- 1. Ausencia de normativa relativa al tiempo compartido y su relación con el art. 3 de la Ley 19.496.- 2. Plurinaturaleza y la pluri-tipología del contrato de tiempo compartido.- 3. Algunas consecuencias de la fisura en el ámbito objetivo de aplicación de la Ley 19.496.- IV. HACIA UNA CORRECTA IDENTIFICACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONSUMO.V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO.

Si hace poco más de dos décadas se consideró que “la figura del ‘tiempo compartido’ ha despertado interés en diversas empresas”¹, en el contexto actual hay que dejar claro que, por un lado, ha abierto espacios a nuevos y novedosos aspectos íntimamente relacionados con la actividad turística e inmobiliaria y, por otro, su denominación es intrínsecamente contradictoria², aunque para resumir mejor este fenómeno se seguirá utilizando a lo largo de estas páginas.

Es importante destacar que en algunos casos nacionales se ha identificado al contratante de tiempo compartido como consumidor, condenándose a la empresa -frente a su negativa de hacer efectivo el derecho de desistimiento- al reembolso de lo percibido más una indemnización³. Sin embargo, el interrogante

1 Así WAHL SILVA, J.: “Tiempo compartido, ¿De la copropiedad a la multipropiedad?”, *Revista Chilena de Derecho*, n. I, 1996, p. 127.

2 Efectivamente se constata que “tiene el inconveniente de que parece dar a entender que, entre los titulares de estos derechos, lo que se comparte es el tiempo, cuando es precisamente lo contrario, puesto que los titulares lo son respecto de períodos de tiempo diferentes y excluyentes”. Así, la exposición de motivos de la Ley española n. 42/1998, de 15 de diciembre (Boletín Oficial del Estado español -en adelante BOE- n. 300, de 16 de diciembre de 1998).

3 El Servicio Nacional de Consumidor chileno (SERNAC) dio debidamente información de este logro. Para más información véase: <http://www.sernac.cl/condenan-a-empresa-de-turismo-por-no-permitir-derecho-a-retracto>

• Alfredo Ferrante

Alfredo Ferrante es profesor de Derecho Civil en la Universidad Alberto Hurtado (Santiago De Chile). Premio de Licenciatura por la Universidad de Pisa y Doctor Europeo en Derecho Civil cum laude por la Universidad de Oviedo. Galardonado con el Premio Sancho Rebullida (XV edición), para la mejor tesis doctoral española en Derecho Civil. Acreditado por ANECA para Titular de Universidad en España. Ha sido anteriormente profesor en las Universidades de Oviedo y Girona. Actualmente es responsable de la Sección de Obligaciones y Contratos del Instituto de Derecho Iberoamericano. Correo electrónico: aferrante@uahurtado.cl

sobre si se trata o no de un consumidor, debería valorar que, en la práctica, después de algunos años de disfrute, el contratante puede preferir desvincularse de la obligación asumida, para revender el contrato y dejar de pagar el importe a título de una supuesta cuota de membresía.

Por ello deben asumirse como premisas que, por un lado, la Ley n. 19.496 sobre protección de derechos de los consumidores⁴ asocia a este último con un “destinatario final” (cfr. art. 3 Ley n. 19.496) y relaciona la contratación relativa al “tiempo compartido” con su art. 3 letra a); por otro lado, el acto de comercio puede identificarse con una compra “con ánimo de revenderla...o arrendarla en otra distinta” (art. 3 Código de comercio⁵).

Por ello cabe preguntarse, ¿la eventual reventa en la situación plantada sería razón suficiente para excluir el ámbito de aplicación de la Ley sobre consumidor? Y, en este contexto ¿influiría el hecho de que la reventa se haya efectuado con o sin ánimo de lucro para calificar dicho contratante como consumidor?

Para contestar estos interrogantes, por una parte, debe hacerse referencia a la noción de consumidor chilena y a su influencia europea. Para esto será útil apoyarse en la interpretación jurisprudencial española de algunas definiciones relacionadas directa o indirectamente con la definición nacional y su reinterpretación. Estás son la definición de consumidor contenida en la Ley española n. 4/2012⁶, la general del texto refundido de 2007⁷ y la originaria definición de consumidor prevista en la primera Ley general para la defensa de los consumidores n. 26/1984⁸. Por otra parte, la figura del tiempo compartido (*sub* II) servirá para evidenciar algunos posibles desajustes derivados de la ausencia de un marco de aplicación objetivo de la Ley n. 19.496.

La trascendencia práctica del interrogante propuesto es valorar la posibilidad de ejercer el derecho de desistimiento del art. 3 letra a) de la Ley Protección al Consumidor o si, por el contrario, corresponde su exclusión en los contratos de tiempo compartido.

a-una-pareja-de-consumidores/

Sobre una demanda colectiva contra una empresa de tiempo compartido impetrada por el SERNAC véase: <http://www.sernac.cl/10720/>.

4 Ley n. 19.946, de 7 de febrero 1997 (Diario Oficial de 7 de marzo 1997).

5 En adelante CCom.

6 Ley n. 4/2012, de 6 de julio de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso (BOE n. 162, de 7 de julio de 2012).

7 Real Decreto Legislativo n. 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios (BOE n. 287, de 30/11/2007).

8 Ley n. 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios (BOE n. 175 y n. 176, de 24-07-1984).

Un segundo aspecto trascendente sería la eventual aplicación de la garantía legal⁹ prevista por esta ley, aún más si se asume que se trata de una compraventa y/o de un contrato de servicio, por lo que se le podrían aplicar las tutelas de la garantía legal. La falta de definición de bien podría abrir este escenario.

Finalmente, el examen de este caso concreto permitirá adentrarse en algunas consideraciones más generales y críticas sobre la forma en que la ley marca su ámbito aplicación o sobre cuáles podrían ser los patrones de referencia que deben tomarse en consideración para definir al consumidor.

II. EL PATRÓN SUBJETIVO DE APLICACIÓN: EL CONSUMIDOR.

Para valorar la aplicación de la Ley 19.496 al supuesto analizado no sólo hay que enmarcarlo dentro de su ámbito objetivo (la tipología contractual y el bien objeto del contrato), sino también al ámbito subjetivo de la normativa. Para hacer eso, aún más en el caso analizado, debe reconstruirse la definición y el concepto de consumidor chileno y también español, por la influencia de que ha jugado sobre la definición nacional¹⁰, por lo que también es útil revisar el contexto comunitario en el cual ha evolucionado el tejido jurídico español.

I. La poliédrica definición de consumidor, la influencia comunitaria sobre el tejido jurídico español.

La tutela del consumidor abarca aspectos mucho más amplios que la celebración de un contrato de compraventa o servicio. Por ello, a lo largo de las últimas décadas, se ha dictado en el ámbito europeo toda una serie de normativas en aras de su protección como sujeto que se entiende más débil que el otro contratante.

Esto se ha manifestado en directivas comunitarias, que inicialmente han introducido, cada una, una definición de consumidor en varios ámbitos y que se han plasmado en las leyes nacionales que las han incorporado en cada Estado miembro. Esta multiplicidad de normas especiales ha requerido una armonización que ha dado lugar a varios escenarios.

Un primer escenario sienta sus bases en la existencia de una ley general de consumidor y, por lo tanto, en una definición de consumidor anterior al proceso de incorporación de la normativa comunitaria. Si, además, la definición nacional

9 Sobre la garantía legal en la ley chilena consúltese la obra monográfica: BARRIENTOS CAMUS, F.: *La garantía legal*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2016. Sobre su naturaleza vid. FERRANTE, A.: "Una revisión de los remedios del consumidor chileno en la compraventa con disconformidad a partir de la diferencia entre obligación y garantía", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n. 35, 2018, en prensa.

10 Como ya ha destacado MOMBERG URIBE, R.: "Art. 1", PIZARRO WILSON, C., DE LA MAZA GAZMURI, I. (dir.): *Derecho de los Consumidores*, F. BARRIENTOS CAMUS (ed.), 2ª ed., Legal Publishing, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013, p. 4.

es más amplia que aquella exigida por el legislador comunitario en sus distintas directivas (que suelen ser de mínimos v.gr. Directiva n. 1999/44¹¹), la solución elegida, entonces, se remite a la definición de consumidor existente en el ordenamiento. Esto garantizaría una mayor tutela de la parte más débil.

La consecuencia de esto es que no convendría incorporar en las leyes nacionales de transposición la definición comunitaria sino, salvo excepciones, establecer un único concepto de consumidor aplicable para todos los contextos, como ha ocurrido en una primera etapa en el ordenamiento español. Aquí la importancia del consumidor, incluso reflejada en el ámbito constitucional¹², y la verificación de determinados eventos sociales¹³, dieron lugar a una Ley General de Consumidor en el año 1984, es decir, antes de la incorporación de cualquier normativa y directiva comunitaria, las que recién acontecieron en 1986¹⁴.

Un segundo escenario, que también puede considerarse como la evolución del primero, se da por una armonización que no toca sólo a la definición del consumidor, sino que mira a un cuerpo normativo orgánico creado por un texto refundido o un código de consumo, que sistematice las distintas normativas europeas que, desde la década de los ochenta, se han incorporado en el ámbito nacional. En este contexto, se asume, siempre salvo concretas excepciones, una única definición de consumidor aplicable a todas las leyes reorganizadas en un único texto, aspecto que se ha dado, por ejemplo, en el ordenamiento italiano¹⁵ o que es emblema de una segunda etapa del español¹⁶.

Un último panorama -en una fase de sistematización por medio de un código- es proceder, como en el caso del ordenamiento francés, no sólo a identificar al consumidor o al profesional, sino también a la figura del "no profesional"¹⁷.

11 Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (Diario Oficial de la Unión Europea n. L 171, de 7 de julio de 1999).

12 El art. 51 de la Constitución española refleja expresamente la importancia de la protección del consumidor.

13 Una de las principales razones de la existencia Ley General de Defensa del Consumidor, se debe a la responsabilidad que se produjo a raíz de la compraventa por consumo de aceite de colza defectuoso, que provocó, en 1981, una intoxicación masiva, incluso, con muchos fallecimientos. Sobre la historia de este evento, véase: MUELA, D.: "Historia de un envenenamiento", Aniversarios, *El País*, 19 de mayo de 2016. Véase v.gr. JIMÉNEZ APARICIO, E.: "La ejecución de la sentencia de la Colza (I)", *Indret*, n. 1, 2003; JIMÉNEZ APARICIO, E.: "La ejecución de la sentencia de la Colza (II)", *Indret*, n. 3, 2003; sobre la enfermedad provocada: RODRÍGUEZ CARNERO, P., CALVO SÁNCHEZ, M., MOLINA COLLADO, Z., DURÁN MORENO, J., MARTÍNEZ SANZ, N.: "El síndrome del aceite tóxico: 30 años después", *Revista española de medicina legal*, n. 4, 2011, pp. 155-161.

14 El tratado de Adhesión entre España y Unión Europea se firma en fecha 22 de junio de 1985 y tiene sus efectos desde el 1 de enero de 1986.

15 El Decreto Legislativo n. 206/2005, de 6 de septiembre (*Gazzetta ufficiale* de 8 de octubre de 2005) aunque se conozca como *Codice di consumo*, más bien corresponde a una refundición de la normativa.

16 Esto ocurre con Real Decreto Legislativo n. 1/2007, de 16 de noviembre, citado por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios.

17 Efectivamente, por el article préliminaire del Code de la Consommation, será: consommateur: toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole; non-professionnel: toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles;

Sin embargo, aunque existe la tendencia general de intentar una única definición de consumidor, el afán no se concreta, ya que los mismos textos refundidos o códigos de consumo acaban por incorporar más de una. Así, tomando el ejemplo español, se observa cómo el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios, junto con una definición general, presenta otra más amplia en caso de productos defectuosos o viajes combinados¹⁸.

En consecuencia, este intento conceptual unificador no cumple su objetivo y un análisis más minucioso remarca la presencia, además, de otras definiciones en otros ámbitos que tienen una “incidencia específica”¹⁹ y que, por ello, reciben regulación especial. Piénsese, por ejemplo, en la incorporación del legislador español de una nueva y ulterior definición de consumidor²⁰, al regular la resolución alternativa de litigios en materia de consumo similar a general contenida en el Texto Refundido. En algunos casos, se limita la definición a la sola persona física (como en la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores²¹ o en los contratos de crédito de consumo²²), y se omite hacer referencia al ánimo de lucro, aspecto que, sin embargo, quiere destacarse en la actual y más moderna definición principal de consumidor²³.

professionnel: toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel. Véase *Code de la consommation annoté & commenté*, 21^a ed., Dalloz, Paris 2017.

- 18 Cfr. arts. 3, 135 y art. 151 letra g) RDlg n. 1/2007, cit. En el caso de las regulaciones de los libros III y IV, se establece que para los productos defectuosos el productor es responsable, identificándose más bien un concepto amplio de perjudicado (art. 135: “los productores serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen”). Lo mismo ocurre en caso de viajes combinados donde un concepto más amplio de consumidor se encarga en el art. 151 letra g) identificándose como: “cualquier persona en la que concurra la condición de contratante principal, beneficiario o cesionario”.
- 19 La exposición de motivos del RD n. 1/2007 afirma que “no se incorpora a la refundición en consideración a su incidencia específica, también, en el ámbito financiero”.
- 20 Art. 2 letra a) de la Ley n. 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (BOE n. 268, de 4 de noviembre de 2017). Aquí se considera consumidor: “toda persona física que actúe con fines ajenos a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, así como toda persona jurídica y entidad sin personalidad jurídica que actúe sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial, salvo que la normativa aplicable a un determinado sector económico limite la presentación de reclamaciones ante las entidades acreditadas a las que se refiere esta ley exclusivamente a las personas físicas”.
- 21 Art. 5 Ley n. 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (BOE n. 166, de 12/07/2007.): “A los efectos de esta Ley, se consideran como consumidores las personas físicas que, en los contratos a distancia, *actúan con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional*”. Aquí se incorpora la Directiva n. 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (DOCE L 271, de 9.10.2002).
- 22 “Art. 2.1 I: A efectos de esta Ley, se entenderá por consumidor la persona física que, en las relaciones contractuales reguladas por esta Ley, *actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional*”. Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (BOE n. 151 de 25 de junio de 2011) que incorpora la Directiva n. 2008/45. La ley retoma sustancialmente la definición de consumidor contenida en la anterior y derogada ley de crédito al consumo (“persona física que, en las relaciones contractuales que en ella se regulan, *actúa con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional*”: art. 1.2 Ley 7/1995, de 23 de marzo (BOE n. 72 de 25 de marzo de 1995).
- 23 Este patrón de referencia se introduce en la definición española del segundo inciso del art. 3 RD n. 1/2007 después de la reforma de 2014. Art. 3 RDlg n. 1/2007: “A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto

A raíz de lo que se acaba de destacar debería valorarse si efectivamente es posible proporcionar una única definición de consumidor o más bien debería hablarse de un *concepto* del mismo, que refleje su condición de contratante más débil. No obstante, el peligro de pasar de definición a concepto podría ser abrir demasiado las puertas a su interpretación y, por ello, el legislador ha intentado multiplicar el aspecto definitorio.

2. La influencia española en la definición del consumidor chileno y la antitética evolución europea: el quiebre de las bases definitorias chilenas.

La definición original chilena, reflejo de la derogada ley española de 1984, concebía al consumidor –al margen de su identificación como persona física o jurídica –mediante una concepción positiva²⁴, esto es, ser destinatario final de bienes o servicio (“adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios”).

A este patrón se opone la actual visión comunitaria, que impone una definición negativa de consumidor, identificándolo, de manera antitética a su co-contratante, como la persona que actúa fuera del contexto empresarial o comercial (afirmando que son consumidores quienes “actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”).

Las varias leyes comunitarias de tutela del consumidor se han movido sobre este último patrón, perfilando su definición con matices terminológicos cada vez más amplios. Así se ha hablado, sin carácter de exhaustividad, de una actuación para un “uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional”²⁵, “con fines que se pueda considerar que no pertenecen al marco de su actividad profesional”²⁶, “con fines que puedan considerarse al margen de su oficio o profesión”²⁷, “con fines que no entran en el marco de su actividad profesional”²⁸,

expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

24 Cfr. MOMBERG URIBE, R.: “Art. 1”, cit., p. 5; FERRANTE, A.: “Consumidor y doble finalidad en la utilización del bien”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 28, 2017, pp. 275 y 276.

25 Art. 2 Directiva n. 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (DOCE L 372, de 31 de diciembre de 1985).

26 Aquí, en relación con la definición de “adquiriente”, aunque a lo largo de la Directiva aparezcan las referencias al consumidor: art. 2 Directiva n. 94/47, cit.

27 Art. 1.2 letra a) Directiva n. 87/102/CEE del Consejo de 22 de diciembre de 1986 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo (DOCE L 42, 12.2.1987).

28 Art. 1.2 letra a) Directiva n. 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DOCE L 171/12 de 7 septiembre 1999).

“con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional”²⁹, con “un propósito ajeno a su actividad profesional”³⁰, “con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión”³¹, “con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional”³², “con fines ajenos a su actividad económica, negocio, oficio o profesión”³³, o “con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”³⁴. Parecidas, aunque circunscritas a ámbitos más particulares, son las expresiones como el “que compre un producto con fines ajenos a su actividad comercial o profesional”³⁵.

En este sentido, la definición de consumidor ha recibido una progresiva ampliación, también en virtud de la extensión de lo que se entiende por su “contraparte”, al tratarse de un “profesional”, un “vendedor”, un “proveedor” o un “prestador de servicios” o, más en general, de un “comerciante” o “empresario”. Por esto, también, progresivamente se ha ampliado la terminología de “uso”, “fin”, pasando a referirse a “propósito”, aspecto que se ha generalizado en determinadas normativas con la referencia al más amplio concepto de “ámbito” ajeno a una actividad empresarial o profesional³⁶, para poder ofrecer una definición omnicomprendensiva de consumidor en un texto refundido relativo al consumidor, como, por ejemplo, en aquel español.

Hay que destacar que, en todo momento, la normativa comunitaria, al margen de tutelas más amplias³⁷, siempre ha considerado expresamente a la persona física,

29 Art. 3 letra a) Directiva n. 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo (DOCE L 133/66, de 22.5.2008).

30 Art. 2 letra c) Directiva n. 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOCE L 095 de 21.4.1993), art. 2.2 Directiva n. 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DOCE L 144 de 4.6.1997).

31 Art. 2 letra e) Directiva n. 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre comercio electrónico) (DOCE L 178/11 de 17.7.2.000)

32 Art. 2 letra d) Directiva n. 2002/65/CE, cit.

33 Art. 2.1 letra f) Directiva n. 2008/122/CE, cit.

34 Art. 2 punto 1) Directiva n. 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores (DOCE L 304, de 22.11.2011).

35 Art. 2 letra e) Directiva n. 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores (DOCE L 80, de 18.3.1998).

36 RDlg. n. 1/2007, cit.

37 Salvo el concepto de “perjudicado” en materia de responsabilidad del fabricante por producto defectuoso (Directiva n. 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, DOCE L 210, de 7.8.1985). O del más amplio concepto de consumidor como contratante principal y beneficiario del art. 2.4 de la Directiva n. 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (DOCE L 158, de 23.6.1990). Éste se retoma por el concepto más amplio de “viajero” de la nueva Directiva UE n. 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la (DOCE L 136/1, de 11.12.2015). También, al margen de una definición que se hace en la Directiva sobre comercio electrónico, debe destacarse la de “destinatario de servicio”, a tenor del art. 2 letra d) Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio

pero ha dejado abierta la posibilidad al país receptor de adoptar una definición más extensa, que incluya a las personas jurídicas. Así ha ocurrido en el ordenamiento español, que ha mantenido su original postura, desde su ley n. 26/1984, en la que se adoptaba un concepto más amplio³⁸, que se ha mantenido en la actual redacción del art. 1 del texto refundido sobre consumidores, al referirse también a la persona jurídica.

Sin embargo, lo anterior no ha impedido que la definición haya sido reformulada dos veces según los dictámenes comunitarios. Así, en un primer momento (excepto la definición más amplia en caso de viajes combinados), se ha considerado como consumidores a “las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”³⁹. Pero, finalmente, con la reforma del año 2014, la definición se amplificó aún más al introducir una expresa apertura para aquellas personas jurídicas que “actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”⁴⁰.

Por ello la actual definición española introduce expresamente un patrón relativo al ánimo de lucro, ausente en la definición chilena, aunque sólo en relación con las personas jurídicas. A partir de esta premisa se genera la inquietud por evaluar si puede entenderse que una persona física también se considera consumidor, aunque contrate con ánimo de lucro.

El recorrido que se ha efectuado es fundamental para enfatizar que la originaria definición española —punto de inspiración chilena— ya no exista como tal y ha evolucionado, prefiriéndose una identificación negativa de consumidor, tomando como referencia el concepto de empresario. En definitiva, las bases de la actual definición de consumidor del art. 1 n. 1 se han extinguido. Puesto que lo que ha sido cimiento de la definición de consumidor chileno se han quebrantado, resulta interesante analizar ahora esta última con afán crítico y ver si existen grietas que amenacen la solidez de la normativa.

electrónico en el mercado interior (DOCE L 178, de 17.7.2000). En este último caso, debe constatar que el ordenamiento español, al incorporar la directiva, asume un concepto amplio, ya que no define al consumidor, sino solamente a varias tipologías de proveedores. De allí la elección de regularla fuera del texto refundido mediante una ley aparte: Ley n. 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (BOE n. 166 de 12.7.2002).

38 Cfr. art. 1 Ley n. 26/1984, cit. y art. 1 RDlg. n. 1/2007, cit.

39 Primera versión del art. 3 RDlg. n. 1/2007, cit. (anterior a la modificación operada por la Ley n. 3/2014: “A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que *actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*”.

40 Por la actual redacción del art. 3 RDlg. n. 1/2007, cit.: “A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

3. El actual enfoque chileno y sus fisuras en el ámbito de la aplicación subjetiva.

La definición de consumidor chileno, inicialmente expresada en términos positivos⁴¹, desde el año 2004⁴² pasa a ser un híbrido al incorporar patrones negativos, similares a la técnica europea. Así, define al consumidor como el que no es proveedor, concepto parecido, aunque más amplio, al de profesional, comerciante o empresario comunitario⁴³.

En este sentido, la definición positiva de consumidor como “destinatario final del bien”, debe ser complementada: ya que el consumidor no puede ser el proveedor y puesto que este último es el que “habitualmente desarrolla actividad de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización” (cfr. art. 1.1 y 1.2 Ley n. 19.496), entonces el consumidor nunca podrá ser el que desarrolla una actividad de comercialización con habitualidad.

Ahora bien, se ha considerado⁴⁴ que la habitualidad puede deducirse incluso en casos en que no hay repetitividad de una misma operación negocial, bastando la compra masiva de una cierta tipología de producto. Por ello, hay que preguntarse si es fundamental o no excluir del concepto de consumidor aquél que contrate con ánimo de lucro, es decir, con la idea de revender un producto adquirido.

Este interrogante deriva del hecho de que bajo la actual normativa también pueden identificarse como consumidores sujetos que se caracterizan por su actividad lucrativa, como las PYME⁴⁵. La coordinación de estos aspectos también se sustenta en el hecho (antitético) de que la compraventa que excluiría la aplicación de la Ley n. 19.496 es la mercantil (no la de consumo y ni siquiera la civil), pues es la que requiere un afán de reventa (cfr. art. 1.3 CCom.).

De modo que para la correcta demarcación del concepto juegan variables que la definición no contempla expresamente, tales como “reventa” o “ánimo de lucro”, las que necesitan una mayor coordinación entre sí y también con las otras que caracterizan las figuras de consumidor y proveedor, como el ser “destinatario final” o la “habitualidad”.

41 En la definición original de la Ley 19.496, los consumidores eran “las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieran, utilicen o disfruten, como destinatarios finales, bienes o servicios”.

42 Por la Ley n. 19.955 (D.O. 14.07.2004).

43 En este sentido, debe destacarse que la definición de proveedor española, en cambio, es diferente, al ser “el empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, cualquiera que sea el título o contrato en virtud del cual realice dicha distribución” (art. 7 RDlg. N. 1/2007).

44 Vgr se ha señalado que quien ha adquirido 50 televisores no es consumidor. Vid.: Corte de Apelaciones de San Miguel, de 15 de mayo de 2017, Causa n° 516/2017 (Civil). Resolución n° 64850 (id VLex: VLEX-679506461).

45 Cfr. art. 9 de la Ley 20.416 (Diario oficial de 3 de febrero de 2010).

Por lo anterior, al momento de preguntarse si el “ánimo de lucro” –no contemplado explícitamente en la Ley chilena n. 19.496– es o no un factor relevante para identificar o excluir a un sujeto como consumidor, necesariamente deberá interpretarse en conjunto con los demás elementos descritos, lo que puede evidenciar alguna fisura en la actual definición chilena.

4. La peculiar situación española en el caso del tiempo compartido.

Antes de entrar en el contexto chileno es útil aportar la experiencia española, que puede ser útil dada la estrecha interrelación entre ambos ordenamientos, ya que, hasta ahora, se ha constatado que la definición chilena de consumidor tiene una raíz en dicha legislación. Puesto que esta última regula con detalle la normativa sobre el tiempo compartido y ha examinado la relación del consumidor y el ánimo de lucro en este caso, se revisará brevemente el ejemplo español (*sub* 4), para luego hacer algunas consideraciones en el ámbito chileno (*sub* 5).

A) Evolución de la noción de consumidor aplicable al tiempo compartido.

En el contexto español el régimen de constitución de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico ha sido considerado “peculiar⁴⁶”, recibiendo una regulación aparte respecto del texto refundido. Por ello, no estando aquí regulado, se han abierto problemas interpretativos sobre cuál es la definición aplicable a su contratante y si ésta fuera la de consumidor.

La evolución normativa en la materia, ha vivido dos etapas correspondientes a las dos directivas comunitarias, de 1994 y de 2008. En este sentido, es útil destacar que en el derecho comunitario europeo se presentó una Directiva del año 1994 y luego otra del año 2008, que fueron incorporadas en España por una ley de 1998 y otra de 2012, respectivamente, y en que esta última que deroga la primera. Si la Directiva de 1994 habla de un “derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido”⁴⁷, en su trasposición esto se ha convertido en “derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico”⁴⁸.

46 Justo por el hecho de ser “peculiar”, la exposición de motivos del RD n. 1/2007 “desaconseja, asimismo, su inclusión en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias dada su indudable incidencia también en los ámbitos registral y fiscal, ajenos al núcleo básico de protección de los consumidores”.

47 Como se evidencia en la primera directiva que regula el fenómeno: Directiva n. 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, DOUE, L n. 280 de 29 octubre de 1994.

48 Esta es la expresión usada en la Ley española n. 42/1998, cit. Efectivamente, la ley que traspone la Directiva 94/47/CE, procede a regular más detalladamente este aspecto y modifica incluso su terminología. La misma expresión viene usada por la nueva Directiva n. 2008/122/CE, de 14 de enero (DOUE, n. 33, de 3 de febrero de 2009), y confirmada por la Ley española que la incorpora n. 4/2012, de 6 de julio (BOE, n. 162, de 7 de julio de 2012). Expresamente el título II de esta Ley incorpora, con las adecuadas modificaciones, lo que era la derogada Ley española n. 42/1998.

Inicialmente, la ley española que integró la primera directiva comunitaria relativa a los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido⁴⁹, no incorporó la definición de adquirente, la que, en cambio, se preveía el texto comunitario; es más, ni siquiera incluyó definición alguna de consumidor. Con todo, esto no impide que pueda hacerse referencia al consumidor en este contexto, ya que la directiva comunitaria de la cual deriva la normativa nacional se refiere expresamente a este *status*.

Por lo tanto, tratándose de un “sector donde el consumidor está especialmente desprotegido⁵⁰”, la ausencia de tal definición en la ley especial ha producido⁵¹ un reenvío automático a la normativa general; pero las reglas aplicables variarán dependiendo del momento de la celebración del contrato. De este modo, puede contemplarse la definición de la ley general de consumidor española de 1984⁵², de la cual deriva el concepto original de consumidor chileno, en parte reflejado en el art. 1 n. 1 de la Ley n. 19.496. O bien, aquella más reciente, del texto refundido de 2007, norma que no siempre posterga la vigencia de la de 1984, como ocurre en los contratos de larga duración celebrados con anterioridad, cual es el caso del tiempo compartido.

En la siguiente etapa, en que se incorpora la segunda Directiva comunitaria, la actual ley española sobre aprovechamientos por turno de 2012, opta por definir al consumidor. Por ello, si bien esta conceptualización es parecida a la actual del texto refundido español, es independiente y autónoma e incluye tanto a la persona física como a la jurídica, a condición de que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión⁵³.

En definitiva, es útil destacar que el legislador español ha debido interpretar y valorar, dependiendo del contrato analizado qué definición de consumidor aplica al caso concreto, puesto que la tipología de este contrato es de larga duración y

49 La referencia es a la Ley n. 42/1998, cit. y a la Directiva 94/47/CE, de 26 de octubre de 1994, «relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido».

50 Exposición de motivos, ley n. 42/1998.

51 Aun cuando, en parte, la ley de 1998 definía el ámbito aplicativo mediante otro contratante, afirmando que “se aplicará al propietario, promotor y a cualquier persona física o jurídica que participe profesionalmente en la transmisión o comercialización de derechos de aprovechamiento por turno” (art. 1.5 Ley n. 42/1998, cit.).

52 Ley n. 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE n. 176, de 24 de julio de 1984).

Según su art. 1, inciso segundo y tercero: “2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.

3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

53 Art. 1 ley n. 4/2012: “Se entiende por consumidor toda persona física o jurídica que actúe con fines ajenos a su actividad económica, negocio, oficio o profesión”.

esto puede comportar la aplicación de una definición derogada pero aplicable al caso concreto.

B) Tiempo compartido y consumidor, la visión del Tribunal Supremo español.

Una manifiesta interpretación en favor de entender que un consumidor puede contratar con ánimo de lucro se ofrece por el Tribunal Supremo español en el caso del tiempo compartido que, desde enero de 2017, optó por una clara postura en una sentencia de pleno⁵⁴. Esta expresa toma de posición tiene particular relevancia no sólo porque viene a definir por primera vez⁵⁵ un tema que hasta ahora había quedado en el limbo jurisprudencial, sino también porque muchas sentencias posteriores⁵⁶ han confirmado esta orientación y, de manera reiterada, han dado por sentado que esta “jurisprudencia” “complementará el ordenamiento jurídico” (art. 1.3 CC esp.).

En este punto es útil retomar someramente los hechos de la sentencia pionera: el contratante del aprovechamiento por turno invoca su *status* de consumidor y la nulidad del contrato por razones sustanciales relativas a un período más largo de lo permitido⁵⁷, puesto que tanto la vigente ley española⁵⁸, así como la derogada Ley n. 42/1998, aplicable al caso analizado, exigen –además de una duración mínima⁵⁹–

54 STS (Sala 1ª) 16 enero 2017 (RJ 2017, 22). Para su comentario véase: MARÍN LÓPEZ, M. J.: “¿Es consumidor el que adquiere un bien con ánimo de lucro?” La doctrina del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de 16 de enero de 2017”, *Revista CESCO de Derecho Consumo*, n. 20, 2016, p. 204; PÉREZ-CABALLERO ABAD, P.: “El consumidor que actúa con ánimo de lucro”, cit.; RUBIO TORRANO, E.: “Derechos vacacionales”, cit., pp. 23 y ss.

55 Como constata MARÍN LÓPEZ M. J.: “¿Es consumidor?”, cit., p. 204.

56 STS (Sala 1ª) 11 octubre 2017 (RJ 2017, 301), STS (Sala 1ª) 20 julio 2017 (RJ 2017, 4144), STS (Sala 1ª) 18 julio 2017 (RJ 2017, 3473), STS (Sala 1ª) 18 julio 2017 (RJ 2017, 4140), STS (Sala 1ª) 17 julio 2017 (RJ 2017, 3536), STS (Sala 1ª) 17 julio 2017 (RJ 2017, 3963), STS (Sala 1ª) 13 julio 2017 (RJ 2017, 3625), STS (Sala 1ª) 12 julio 2017 (RJ 2017, 3958), STS (Sala 1ª) 9 junio 2017 (RJ 2017, 2625), STS (Sala 1ª) 22 febrero 2017 (RJ 2017, 654), STS (Sala 1ª) 15 febrero 2017 (RJ 2017, 797), STS (Sala 1ª) 30 enero 2017 (RJ 2017, 447). Debe destacarse que los ponentes de estas sentencias son diferentes y que, por lo tanto, esta tendencia no se debe a una misma pluma: Excmo. Sra. María de los Ángeles Parra Lucán y Excmos. Srs. Pedro José Vela Torres, Eduardo Baena Ruiz, Francisco Javier Arroyo Fiestas, y Antonio Salas Cancellier. Este último, el Excmo. Sr. Antonio Salas Cancellier, en la sentencia de pleno de enero de 2017, emitió un voto particular no considerando al sujeto como consumidor, ya que, a su entender, debía aplicarse la definición del art. 1 de la antigua Ley 26/1984, al no haber entrado en vigor el Texto Refundido de 2017 al momento de firmarse el contrato analizado. Así, pareciera que de momento se abandona definitivamente esta postura, aunque, por algunos, se consideró “más acorde con el tenor literal de las normas en juego aplicables” (RUBIO TORRANO, E.: “Derechos vacacionales sobre bienes inmuebles, legislación aplicable y condición de consumidor”, *Aranzadi Civil-mercantil*, n. 3, 2017, p. 28) o sostenido que “no debería orillarse de forma definitiva” (PÉREZ-CABALLERO ABAD, P.: “El consumidor que actúa con ánimo de lucro”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 927, 2017, p. 9).

57 Sobre los hechos concretos y el análisis de este punto se reenvía a RUBIO TORRANO, E.: “Derechos vacacionales sobre bienes inmuebles, legislación aplicable y condición de consumidor”, *Aranzadi Civil-mercantil*, n. 3, 2017, pp. 23 y ss.

58 Sin embargo, la Directiva n. 2008/122, cit. comunitaria la actual al igual que el modelo no regulado chileno, no impone un período máximo permite un contrato de duración indeterminada.

59 La Directiva n. 2008/122/CE, cit., decide armonizar el anterior límite de duración fijado por la antigua directiva (Directiva n. 94/47/CE, cit.), reduciendo el tiempo mínimo de 3 a 1 año. Por eso se establece, en los considerandos, que “Conviene, pues, prolongar dicho plazo, con objeto de lograr un alto nivel de protección del consumidor y una mayor claridad para los consumidores y comerciantes. Debe armonizarse la duración del plazo, así como las modalidades y efectos del ejercicio del derecho de desistimiento”. En este sentido, por ejemplo, ha actuado el legislador español, reduciendo en la normativa nacional, dicho término conforme a normativa comunitaria.

una duración máxima de cincuenta años⁶⁰, so pena nulidad de pleno derecho del contrato⁶¹.

Dado que en el contrato se pactó una cláusula de reventa del bien, existía la posibilidad de que el sujeto la ejerciera en el futuro, obteniendo eventuales lucros por ello. Esta circunstancia abriría la posibilidad de que quedara excluido de la definición de consumidor, pues, en tal caso, estaría actuando más bien con un propósito, fin o contexto empresarial. *Mutatis mutandis* serían los razonamientos que en el ámbito chileno podrían defenderse acogiendo la definición de acto de comercio del art. 3 n. I CCom⁶² y el afán de revender el bien (en este caso el derecho de aprovechamiento).

Revocando la decisión de la Audiencia Provincial⁶³ y asimilando la postura adoptada en primera instancia, el pleno considera que, en un contrato con posibilidad de reventa de derechos adquiridos, “el ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física”. El razonamiento del Tribunal gravita en torno a la constatación de que la Ley n. 42/98 no hacía expresa referencia al consumidor, aun cuando debía preverlo, así como lo hacía la Directiva comunitaria que impuso su trasposición.

En cambio, la sentencia de apelación, para justificar la solución contraria, consideró una prueba testifical en perjuicio del contratante; dicha prueba evidenciaría el ánimo de lucro, remarcando que los vendedores, al momento de la venta, “prometían verbalmente (...) la obtención de un beneficio del 10% sobre la inversión”⁶⁴.

Ahora bien, lo que debe dejarse claro es que esta interpretación debe apreciarse conjuntamente con los requisitos de ánimo de lucro y habitualidad. Efectivamente, la postura jurisprudencial es firme en encontrar un límite a cuanto se afirma, y este límite es la habitualidad de las contrataciones efectuadas. En este

60 Ya lo preveían los arts. 1.6 y 3 de la derogada Ley n. 42/1998, cit., y lo confirma el art. 24 de la actual Ley n. 4/2012, cit.

61 El Tribunal Supremo español ha establecido que procede una nulidad de pleno derecho de esta tipología de contrato: STS 1ª, 19.2.2016, Rec. 461/2014.

62 Sobre esta disposición v.gr. vid. SIERRA HERRERO, A.: “Art. 3”, en AA.VV.: *Código de comercio comentado. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo I, Abeledo Perrot, Universidad de Los Andes, Santiago de Chile, 2011, p. 27 y ss., en particular, pp. 31-35; en el sentido que la compraventa del art. 3 se refiere más bien no a un contrato sino a una actividad: PUGA VIAL, J. E.: *El acto de comercio. Crítica a la doctrina tradicional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, pp. 159 y ss.

63 SAP Santa Cruz de Tenerife 4 julio 2014 (JUR 2014, 273898). Este pronunciamiento no solo indica que el contratante no puede considerarse consumidor, sino que lo califica como un inversor, ya que la persona “no era ella la destinataria final del producto o derecho adquirido, sino que su intención al adquirirlo era obtener un beneficio mediante su reventa, lo que no deja de ser una actividad comercial de tipo inversor” (FJ III), procediendo a la no aplicación de la Ley n. 42/1998 al caso de *quo*.

64 “La parte demandante afirma literalmente que los vendedores y representantes de las entidades demandadas, lo que realmente prometían verbalmente era la obtención de un beneficio del 10% sobre la inversión con la rápida venta por parte de las propias entidades demandadas de los derechos adquiridos” (FJ III): SAP Santa Cruz de Tenerife 4 julio 2014, cit.

sentido, “si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad”⁶⁵. Y en la misma línea, se ha consignado que “no consta que los adquirentes recurrentes realizaran habitualmente este tipo de operaciones, por lo que la mera posibilidad de que pudieran lucrarse con el traspaso o reventa de sus derechos no excluye su condición de consumidores”⁶⁶. Eso sí, debe destacarse que todas las sentencias que han confirmado esta postura se refieren a la contratación de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles.

5. Calibrando el consumidor entre reventa, ánimo de lucro y habitualidad.

Después de los razonamientos arriba efectuado, cabe preguntarse si este prototipo de tendencia en el caso del “tiempo compartido” podría generalizarse creando un supuesto abstracto, ya que, si este fuera el caso, podría dar lugar a una importante consecuencia en el actual panorama chileno.

Efectivamente, el razonamiento para no considerar que la persona física que *habitualmente* revenda con ánimo de lucro sea consumidor, se basa sobre el hecho de que, justamente, este atributo (la habitualidad) caracteriza las ventas que son mercantiles (cfr. art. 1.º I Ccom. español). Ahora bien, dicho criterio podría darse también en el ámbito chileno, ya que “son comerciantes los que (...) hacen del comercio su profesión habitual” (art. 7 CCom. chileno). Además, el requisito de la habitualidad es el que caracteriza la definición de proveedor en la Ley n. 19.496 (art. 2) y que sirve para descartar el estatus de consumidor (cfr. art. 1 último inciso y art. 2 Ley 19.496).

En este sentido, aunque la definición de consumidor chilena no haga expresa referencia al ánimo de lucro, se presentan como referencia obligada dos patrones excluyentes y concomitantes: el de la reventa y el de la habitualidad.

Por un lado, la reventa calificaría a la compraventa como mercantil (art. 3.º I Ccom) y, por otro, si se practica con habitualidad, configuraría al sujeto como un proveedor y no como un consumidor (cfr. art. 1, último inciso y art. 2.º I Ley n. 19.496). Ambos factores, en aras de una interpretación sistemática, deben considerarse de manera conjunta, lo que comportaría que la definición de consumidor chilena se amolde a un patrón definitorio positivo (“ser consumidor final”), mientras la española acoja un patrón negativo⁶⁷. Es decir, se llegaría a la misma conclusión, ya que en ambos casos podría ser consumidor aquella persona

⁶⁵ Vid. nota n. 56.

⁶⁶ STS (Sala Iª) 17 julio 2017 (RJ 2017, 3536), STS (Sala Iª) 17 julio 2017 (RJ 2017, 3963), STS (Sala Iª) 9 junio 2017 (RJ 2017, 2625).

⁶⁷ Cfr. FERRANTE, A.: “Consumidor y doble finalidad en la utilización del bien”, cit., pp. 273 y ss.

que revende, con o sin ánimo de lucro, a condición de que no realice la misma operación con habitualidad.

Por otro lado, desde el punto de vista de la relación entre las reventas y el ánimo de lucro, puede destacarse que la prohibición de la (re)venta a pérdida actúa sólo respecto de la competencia desleal y no se contempla expresamente⁶⁸ en Chile⁶⁹. Efectivamente, aunque la normativa nacional identifica limitadamente al “producto gancho” como uno adicional “no relacionado con la promoción propia del producto”⁷⁰, esta tipología también puede presentarse por el mismo producto, pero con un precio rebajado (*loss leader*)⁷¹, aspecto que se da en el sector del comercio minorista y que, en larga escala, se enmarca en las prácticas de *dumping*⁷².

De todos modos, ya sea que exista o no una expresa prohibición en ámbito mercantil de generar ventas a pérdida y que pueda o no considerarse como un elemento intrínseco para configurar la relación comercial, lo cierto es que el consumidor puede realizarla sin prohibición. Esto permite constatar que el ánimo de lucro (cuyo antípoda es la venta a pérdida), no es el único elemento que sirve para demarcar al *status* de consumidor.

En este contexto, se abandona la estricta relación que identificaba el ánimo de lucro con la actividad comercial y que en el pasado servía para caracterizar

68 Si, en cambio, en España: artículo 17. Venta a pérdida. Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal: “1. Salvo disposición contraria de las leyes o de los reglamentos, la fijación de precios es libre.

2. No obstante, la venta realizada bajo coste, o bajo precio de adquisición, se reputará desleal en los siguientes casos:

a) Cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento.

b) Cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos.

c) Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado”.

69 No viene contemplado en el art.4 de la Ley n. 20.169 que regula la Competencia Desleal, de Ministerio de Economía, Subsecretaría de Economía (Diario oficial de 16 de febrero de 2007).

Sin embargo, esta prohibición podría incluirse en la definición general de acto de competencia desleal siendo una posible “conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medio ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado” (cfr. art. 3 Ley cit.).

70 Así el producto gancho se considera como otro producto “no relacionado con la promoción propia del producto, tales como regalos, concursos, juegos u otro elemento de atracción infantil”: art. 6 Ley n. 20.606 sobre comprensión nutricional de alimentos (Diario Oficial de 6 de julio de 2012), también cfr. art. 8. En el mismo sentido el art. 110.4 del reglamento Sanitario de los alimentos define los productos ganchos como los “no relacionados con la promoción propia del producto, tales como: juguetes, accesorios, adhesivos, incentivos u otros similares”: (Decreto n. 977/1996 (Diario oficial de 13 de mayo de 1997, así como modificado por Decreto n. 13/2015 (Diario oficial de 26 de junio de 2015).

71 Sobre este aspecto, véanse algunos ejercicios de raíz económica que pueden ilustrar mejor el producto a precio bajo costo: véase DÍAZ y otros (2001), ejercicios n. 1, 3, pp. 35 y ss., ejercicios n. 9 y 10, pp. 55 y ss., ejercicio n. 20, pp. 65 y ss., ejercicio n. 9, pp. 165 y ss.

72 Chile reportó entre 1995 y 2005 algunas acusaciones por parte de la Organización Mundial del Comercio en relación a este fenómeno en ámbito internacional: véase VARAS, D.: “China lidera las investigaciones por venta bajo costo, acumulando 412 denuncias”, Economía y Negocio. *El Mercurio*, 23 noviembre 2005. Lo anterior, muchas veces comporta la aplicación de sobretasas por parte de la Comisión Nacional Antidistorsiones de Precios. Recientemente, la Compañía Siderúrgica Huachipato ha invocado tales prácticas en los precios de importación de barras de acero en relación con el mercado chino. En este caso, en abril de 2017, se ha condenado con sobretasa del 38% para el alambraón chino: vid. RISO, T.: “Trabajadores de Huachipato y antidumping: Nos ayuda pero las expectativas eran más altas”, *Biobiochile*, 25 de abril 2017.

el contrato estrictamente mercantil. En parte, ella también queda erradicada gracias a la definición de consumidor persona jurídica del art. 3.2 de la normativa española, por la cual se deduce que la persona jurídica que contrata con ánimo de lucro no es consumidora⁷³.

Por lo tanto, puede configurarse como consumidor quien decida revender el bien y que incluso lo haga con ánimo de lucro; el factor preponderante a estos efectos lo viene a representar la habitualidad de las operaciones comerciales que efectúa. En definitiva, tanto el ánimo de lucro, como la reventa, no son elementos imprescindibles y que por sí solos sirvan para determinar que una persona física no sea consumidor. El elemento que importaría sería el de la habitualidad, que prevalece, aunque pueda estar relacionado con los primeros.

III. EL PATRÓN OBJETIVO DE APLICACIÓN: LA TIPOLOGÍA CONTRACTUAL Y EL BIEN OBJETO DEL CONTRATO.

No solamente es importante valorar si el contratante es o no consumidor, sino también si la relación o la tipología contractual realizada puede incluirse en el ámbito de aplicación de la ley. Una vez más, ayuda en esta tarea interpretativa tomar como ejemplo el tiempo compartido. Dado que no cuenta con una correcta reglamentación en Chile, resaltan las fisuras de una ley que no ha identificado con claridad todos sus ámbitos aplicativos. En este sentido, después de haber tomado el ejemplo de referencia en el contexto chileno (sub III.1) y extranjero, en este caso, español (sub III.2), se harán algunas consideraciones generales sobre la Ley n. 19.496.

1. Ausencia de normativa relativa al tiempo compartido y su relación con el art. 3 de la Ley 19.496.

El primer aspecto que debe resolverse frente a la ausencia de una normativa expresa de la regulación del "tiempo compartido", es si existe alguna regla a la que se podría reconducir esta figura.

En este sentido, surgen interrogantes sobre la remisión a otras tipologías de bienes objeto de tutela de la Ley n. 19.496, como, por ejemplo, los que identifica su art. 3 bis letra a), que habla de "compra de bienes y contratación de servicios realizadas en reuniones convocadas o concertadas con dicho objetivo por el proveedor, en que el consumidor deba expresar su aceptación dentro del mismo día de la reunión". En efecto, los llamados programas vacacionales a tiempo compartido relativos a bienes inmuebles no están regulados expresamente en el

⁷³ Art. 3.2 Rdlg. n. 1/2007: "Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial".

ordenamiento chileno⁷⁴. Sin embargo, puede afirmarse que esta clase de contrato queda reflejada en el art. 3 bis letra a) de la Ley 19.496 mediante una reconstrucción de la norma recién citada.

Lo afirmado se debe a que la originaria versión del proyecto de ley de la letra a) del art. 3 bis⁷⁵, expresamente hacía referencia a los contratos de tiempo compartido, apartado que se complementaba con la que es la actual letra a) (y que antes era la letra b).

En sede de *de lege ferenda*⁷⁶, se consideró que dentro de la actual letra a) debía incluirse este tipo de contratación y aunque hubo quien abogó por mantener expresamente su referencia⁷⁷, ha prevalecido la decisión de “utilizar el concepto genérico, para evitar discriminación o problemas de constitucionalidad⁷⁸”.

Así que, aunque se siguió utilizando la expresión “tiempo compartido” a lo largo de toda la discusión del proyecto originario⁷⁹, así como en la versión posterior del texto aprobado en el año 2003⁸⁰ y también en el informe de la Comisión economía del mismo año⁸¹, lo cierto es que, en la versión definitiva, se suprimió cualquier referencia explícita a este contrato⁸².

74 Frente a la falta de reglamentación en Chile, en la actualidad, prevalecen varias posibilidades de contratación siendo posible la utilización por “semana y unidad fija a perpetuidad”, mediante un “derecho a uso”, “club vacacional o programa a puntos”, “propiedad fraccionada”: vid. v.gr. FLOOD, J.: *GAAP 2015: Interpretation and Application of Generally Accepted accounting principles*, New Jersey, Wiley, 2015, p. 1300.

75 Así disponía el art. 3 del originario proyecto de Ley del 8 de septiembre 2001 (Mensaje N° 178-344). Vid. BIBLIOTECA NACIONAL DEL CONGRESO, *Historia de la Ley 19.955*, 2004. El texto seguía apareciendo también en las modificaciones operadas por la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo (vid. *ibidem* p. 103).

76 Son los senadores Chadwick y Novoa que proponen dicha supresión consideran que estos pueden incorporarse en la compra de bienes y contratación de servicios en reuniones masivas convocadas con dicho objeto y en las que se exige al consumidor expresar su aceptación en el transcurso de ella” (es decir la originaria versión de la que ahora es la actual letra a). Vid. II informe de la Comisión de Economía recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica la ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Senado. Fecha 18 de marzo, 2004. Cuenta en Sesión 51, Legislatura 350. Vid. BIBLIOTECA NACIONAL DEL CONGRESO, CIT., p. 288.

77 Esta es la postura de Errázuriz que estima que debería mantenerse la referencia expresa a la retractación a la contratación relativa al tiempo compartido: Discusión en Sala. Cámara de Diputados, Legislatura 350, Sesión 84. Fecha 12 de mayo, 2004. Discusión única. Vid. BIBLIOTECA NACIONAL DEL CONGRESO (2004), p. 549.

78 Esta es la postura de Walker para desmontar la oposición recién citada de Errázuriz: Discusión en Sala. Cámara de Diputados, Legislatura 350, Sesión 84. Fecha 12 de mayo, 2004. Discusión única. Vid. BIBLIOTECA NACIONAL DEL CONGRESO, OB. CIT., p. 551.

79 Así Sr. Uriarte y el Sr. Aníbal Pérez, Walker, Sr. Kuschel, Sr. Jarpa a lo largo de la Discusión general del proyecto: Cámara de Diputados, Legislatura 348, Sesión 76. Fecha 13 de mayo, 2003. Vid. BIBLIOTECA NACIONAL DEL CONGRESO (2004), respectivamente a p. 141 (Sr. Pérez), p. 147 (Sr. Uriarte), p. 158 (Sr. Walker), p. 166 (Sr. Kuschel), p. 168 (Sr. Jarpa).

80 Oficio de Ley N°4302, comunica texto aprobado. Fecha 14 de mayo, 2003. Cuenta en Sesión 50, Legislatura 348. Senado. Vid. BIBLIOTECA NACIONAL DEL CONGRESO, CIT., p. 175.

81 Primer informe de la Comisión Economía recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica la ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Senado. Fecha 30 de junio, 2003. Cuenta en Sesión 08, Legislatura 349 (Boletín N° 2.787- 03). Vid. BIBLIOTECA NACIONAL DEL CONGRESO, CIT., p. 201.

82 En este sentido, como señala el segundo informe de la Comisión de Economía “como consecuencia del acuerdo recién señalado, se revisó la redacción del primer párrafo de la letra b), que pasa a ser a). Allí se suprimió la exigencia de que las reuniones en comento deban ser masivas y se amplió el plazo en que el consumidor debe expresar su consentimiento al día en que tiene lugar la reunión. Además, se precisó la referencia interna al plazo,

2. Plurinaturalidad y la pluri-tipología del contrato de tiempo compartido.

Asumida la reconducción de la figura al art. 3 bis letra a) de la Ley 19.496 y frente a la ausencia de una expresa regulación chilena de este fenómeno, debería quedar más clara su naturaleza jurídica, puesto que el contrato celebrado podría verse como una compraventa o, como ocurre con las legislaciones extranjeras (vid. *infra*), como arrendamiento.

En este sentido, frente a la atipicidad de esta figura debe valorarse si la contratación de estos programas debe incluirse en los incisos “compra de bienes” y “contratación de servicios” de la disposición citada.

Si se tratara de un contrato de compraventa, surgiría una ulterior necesidad; debería identificarse cuál es el “bien” objeto de la compraventa y si éste es una parte del inmueble. De ser así, lo que se presentaría, más bien, sería una especie de copropiedad, como se ha definido en el pasado por la doctrina chilena⁸³. Pero también podría tratarse de otro bien, como, por ejemplo, un derecho real distinto de la propiedad o, incluso, uno personal. La necesidad de esta valoración se debe a que la Ley n. 19.496 (cfr. arts. 2 y 2 bis) no proporciona una enunciación de la compraventa ni una definición de “venta de consumo”, así como tampoco define qué es un “bien de consumo” ni su naturaleza, por ejemplo, si es mueble o inmueble.

De modo que podrían aportarse tres argumentos para descartar que se trata de un régimen de copropiedad del derecho común.

Primeramente, la genérica referencia a “bien”, “venta” y o “venta de un bien”⁸⁴, permitiría aplicar la normativa sobre incumplimiento contractual de la Ley 19.496 tanto a los bienes muebles como a los inmuebles⁸⁵, e incluso a los incorpóreos o inmateriales que pudieran medirse cuantitativamente. Además, la misma la alusión a la palabra “producto” no parece ser problemática y aunque el título relativo a la responsabilidad por incumplimiento prefiere, de manera predominante, usar la palabra “producto” (al margen de la utilización de la palabra bien, cfr. arts. 21 y 23 Ley 19.496), esto no es óbice para limitar la aplicación a los muebles⁸⁶.

que contiene este literal”. Los acuerdos se aprobaron con los votos de los senadores Gazmuri, Lavandero, Novoa y Orpis: vid. BIBLIOTECA NACIONAL DEL CONGRESO, CIT., p. 288.

83 Parte de la doctrina chilena considera que se estaría adquiriendo el bien en un régimen de copropiedad o multipropiedad: vid. WAHL SILVA, J.: “Tiempo compartido”, cit.

84 Cfr. arts. 3, 3 bis letra a), 13, 16 letra a), 21, 23 Ley n. 19.496.

85 Indudablemente lo será para aquellos identificados por el art. 2 letras c) y e) Ley 19.496.

86 Con mayor razón, porque las Directivas Comunitarias relativas al aprovechamiento por turnos identifican su objeto contractual de “productos vacacionales de larga duración” (Directiva n. 2008/122/CE, cit.).

En definitiva, las tutelas de consumo frente al incumplimiento contractual podrían configurarse, a la luz de la actual normativa chilena, no solamente frente a cualquier bien (corporal) mueble, sino también a los inmuebles y a la compraventa de derechos.

En segundo lugar, hay que considerar que la definición de contrato a tiempo compartido, contenida a lo largo de la tramitación legislativa, era “aquél en cuya virtud se pone a disposición del usuario, por períodos convenidos, el uso, goce y demás derechos que se convengan sobre una unidad variable o determinada de un bien raíz, con o sin servicios de hotelería, en inmuebles ubicados en el país o en el extranjero, mediante el pago de una cantidad de dinero”⁸⁷. Bajo esta vertiente podría entonces hablarse de una compraventa de un bien que se materializa en un derecho y más específicamente, un particular derecho real, diferente del de propiedad.

Por último, debe agregarse el hecho de que, a diferencia de la ausencia de regulación en el ámbito chileno, se contrapone una copiosa legislación en Europa. Por ello es útil hacer alguna referencia a la reglamentación comunitaria y también, por la proximidad, a la española que la incorpora, para intentar comprender y desglosar este fenómeno jurídico.

Con la directiva de 2008, se añaden nuevas figuras como los contratos “de adquisición de productos vacacionales de larga duración”⁸⁸. En este último caso, el contenido se desglosa en una doble posibilidad mediante la cual se adquiere, a título oneroso “esencialmente el derecho a obtener descuentos u otras ventajas respecto de su alojamiento, de forma aislada o en combinación con viajes u otros servicios”⁸⁹ o “el derecho a utilizar uno o varios alojamientos para pernoctar durante más de un período de ocupación”⁹⁰.

De lo que aquí se ha afirmado, se observa una variedad de terminologías en la regulación del fenómeno, lo que debería justificar el cese en el uso del término “multipropiedad”, para asumir su peculiaridad, cual es, que “el derecho

87 Primer informe de la Comisión Economía. Senado. Fecha 30 de junio, 2003. Cuenta en Sesión 08, Legislatura 349 (Boletín N° 2.787- 03). Vid. BIBLIOTECA NACIONAL DEL CONGRESO, CIT., p. 212.

Otra definición de “convenio de tiempo compartido” viene aportada por la misma comisión en su informe que lo considera como “Esto es, aquéllos que otorgan el derecho de uso y goce sobre todo o parte de un bien raíz, por un período determinado”. Primer informe de la Comisión Economía. Senado. Fecha 30 de junio, 2003. Cuenta en Sesión 08, Legislatura 349 (Boletín N° 2.787- 03). Vid. BIBLIOTECA NACIONAL DEL CONGRESO, CIT., p. 201.

88 Introducidos junto con los contratos de reventa y el contrato de intercambio por la Directiva n. 2008/122/CE, cit. y como los identifica también su trasposición española: Ley n. 4/2012, cit.

89 Art. 2.1 letra b) Directiva, art. 3 Ley española n. 4/2012, cit.

90 Art. 2.1 letra a) Directiva, art. 2 Ley española n. 4/2012, cit.

de aprovechamiento por turno podrá⁹¹ constituirse como derecho real limitado o con carácter obligacional”⁹².

Por estas particularidades y por la variedad de contratos que pueden celebrarse dentro de un mismo contexto, es que puede presentarse una doble tipología de objeto contractual: un derecho real y un derecho personal; respecto de este último, piénsese en la necesidad de pagar cuotas asociativas en los complejos inmobiliarios donde está el inmueble, o en la posibilidad de exigir el uso pacífico del bien.

No obstante, si se tratara de un derecho personal, las características de éste alejarían la referencia a la compraventa de un bien, acercándola a un contrato de arrendamiento. En este sentido, la *fattispecie* podría entrar el inciso “contratación de un servicio” de art. 3 bis n. 1 de la Ley n. 19.496, solamente a condición de que se trate de un supuesto de arrendamiento de servicios, aspecto que no se da en este caso por la peculiaridad del contrato.

En consecuencia, siguiendo el iter legislativo de la norma chilena y la evolución normativa comunitaria que ha tenido el contrato en análisis, puede afirmarse que éste encuadraría de mejor forma con el inciso “compra de un bien”.

De todos modos, con carácter general, cabrían en abstracto dos posibilidades: por un lado, un contrato de compraventa⁹³ de un bien incorporal calificable como derecho⁹⁴ (en este caso un derecho real) y por otro, un contrato de arrendamiento (del que emana un derecho personal).

91 Por ello, debería quedar definitivamente abandonada la unívoca terminología copropiedad o multipropiedad, que, en el pasado, se ha querido utilizar en Chile. En este sentido, también debieran excluirse muchas de las posturas doctrinales anteriores: vid. WAHL SILVA, J.: “Tiempo compartido”, cit.

92 Así reza el inciso primero art. 23 Ley n. 4/2012. Efectivamente, su inciso octavo no excluye la posibilidad de constituir otros derechos de naturaleza personal o de tipo asociativo como permite la normativa comunitaria (vid. art. 4.1 letras c) y d), art. 6.4 letra c), art. 11.5 Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I, publicado en Diario Unión Europea de 4 de julio de 2008).

93 Es útil constatar que el art. 3 bis de la Ley 19.946, en otros epígrafes, se refiere, para identificar el derecho de desistimiento, a un “derecho de retracto”, es decir utiliza una expresión típicamente asociable a la venta. Efectivamente, el retracto es en general “Derecho de adquisición preferente que se tiene para dejar sin efecto una venta o enajenación a favor de otro, y recuperar o adquirir la cosa, por el mismo precio pagado”. Y, más bien, es asimilable (en el contexto analizado) al pacto de retroventa: REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario del español jurídico”, Santiago MUÑOZ MACHADO (dir.), 1ª ed., Madrid: Espasa Libros, 2016.

94 Cfr. arts. 565, 582, 583 CC, art. 18 n. 24 Constitución Política, GUZMÁN BRITO, A.: *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*, 2ª ed. actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006, pp. 119 y ss., en particular, pp. 151 y 152; CORRAL TALCIANI, H.: “Propiedad y cosas incorporales. Comentario a propósito de una reciente obra del profesor Alejandro Guzmán Brito”, *Revista chilena de derecho*, vol. 23, n. 1, 1996, pp. 13 y ss., en particular, p. 14; PEÑAILILLO AREVALO, D.: *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2009, pp. 21 y ss., en particular, nota n. 27 de pp. 30 y 31.

3. Algunas consecuencias de la fisura en el ámbito objetivo de aplicación de la Ley 19.496.

En la primera parte de este escrito se ha demostrado que el contratante de tiempo compartido puede considerarse consumidor. Esto permite excluir el ámbito de aplicación del Código de Comercio. Si bien es cierto que la compraventa de inmuebles (y, por lo tanto, las transmisiones de copropiedad) quedan fuera de la aplicación de dicho código, no es así para la compraventa de cosas muebles, aún más si se asume que la doctrina mayoritaria considera que esta disposición, al referirse a “cosas muebles”, se aplica tanto a bienes corporales como incorporeales⁹⁵. Pero haber enmarcado el contrato en una relación *Business to consumer* permite excluir la referencia a la compraventa mercantil. Sin embargo, aunque no queden dudas de que el marco aplicativo es el de consumo, quedan abiertos algunos interrogantes. El hecho de que el contratante aquí sea consumidor no es condición suficiente para que se le apliquen determinadas tutelas de la Ley n. 19.496, ya que se requiere que el tipo de contrato quepa en las prescripciones de la ley.

En el epígrafe anterior se ha visto que esta clase de contrato podría interpretarse como una compraventa o como un contrato de arrendamiento. En el primer caso, se estaría ante una compraventa celebrada por un consumidor. Esto potencialmente significaría que el consumidor tendría a su favor dos tutelas, una más bien general y otra, más limitada y específica.

La primera tutela sería el régimen de la garantía legal de los arts. 19 y ss de la Ley 19.496; la segunda, es el derecho de desistimiento que, sin embargo, no se aplicaría a todos los contratos de tiempo compartido celebrados por el consumidor, sino sólo al perfeccionado el mismo día (“en reuniones convocadas o concertadas con dicho objetivo por el proveedor, en que el consumidor deba expresar su aceptación dentro del mismo día de la reunión”). Curiosamente, el plazo más breve de celebración del contrato garantiza una tutela más amplia frente a una misma tipología contractual.

Por ello, asumiendo que se está en presencia de un consumidor, la ley igualmente se aplicaría al contrato de tiempo compartido no negociado el mismo día (siendo un contrato B2C), pero privándosele del derecho de desistimiento del art. 3 bis. Con todo, esta convención podría resguardarse mediante la tutela general a la que hice referencia, es decir, a través del régimen de la garantía legal.

Ahora bien, las singularidades de la compraventa analizada pueden generar algún desajuste. Ciertamente es que, si se enmarca como un derecho real, éste deberá

95 Vid: PUGA VIAL, J. E.: *El acto*, cit., p. 164 y 165. Sin embargo, el autor citado sigue la doctrina minoritaria del mismo modo que BAEZA OVALLE, G.: *Derecho Comercial*, tomo I, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2003, p. 297.

identificarse como tal y en este caso “el derecho real⁹⁶ de aprovechamiento por turno no podrá en ningún caso vincularse a una cuota indivisa de la propiedad, ni denominarse multipropiedad, ni de cualquier otra manera que contenga la palabra propiedad”⁹⁷. Esta argumentación implica desechar, así, una de las posturas doctrinarias tradicionales chilenas⁹⁸.

Sin embargo, corresponde evaluar si, en concreto, esta tutela puede aplicarse, especialmente si se considera que los artículos 18 y ss. regulan una por disconformidad material del bien, en circunstancias que, en este caso, el objeto del contrato es incorporal (derecho real). Ahora bien, dado que el derecho real recae sobre un bien o bienes corporales concretos, podría darse una aplicación de esta tutela sobre los objetos que sirven para dar vida material al derecho real.

Independientemente de la postura que se asuma, lo que aquí es importante destacar es que la ausencia del ámbito objetivo de aplicación de la ley genera la necesidad de realizar esfuerzos interpretativos para cubrir lagunas. Así, por ejemplo, la definición de la disconformidad sería el elemento que serviría para excluir la aplicación de la ley a un bien, lo que es consecuencia de la falta de definición clara sobre lo que es un bien de consumo y a qué tipo de bienes aprovecha.

La falta de normativa sobre la contratación de turno compartido y, sobre todo, la ausencia de una indicación de los bienes que quedan cubiertos por la ley (muebles, raíces, corporales, no corporales), da margen a una fisura que genera una eventual y profunda diferencia de tutela del contratante dependiendo de la naturaleza jurídica por la cual uno se decante. En este sentido, asumir que se trata de un contrato de arrendamiento (provisto de un derecho personal) excluiría la garantía legal de los arts. 19 y ss. Subsumirlo, en cambio, en una compraventa de bien incorporal (derecho real de aprovechamiento), podría permitir su aplicación. Por ello, la ley 19.496 muestra una grieta al no definir qué es bien de consumo ni explicitar su ámbito de aplicación objetivo.

Hay más. Podría adoptarse la peculiar postura de que el contrato se considere de servicios (recayendo en el inciso “contratación de servicio” del art. 3 bis). Frente a las fisuras de la ley, esta orientación daría lugar a otra posible incongruencia,

96 Si efectivamente se identificara como derecho real de goce no podría enmarcarse en el art. 2 letra c), ya que este limita la duración de los contratos a plazos inferiores a 3 meses. “Art. 2 letra c) Los actos o contratos en que el proveedor se obligue a suministrar al consumidor o usuario el uso o goce de un inmueble por períodos determinados, continuos o discontinuos, no superiores a tres meses, siempre que lo sean amoblados y para fines de descanso o turismo”.

97 Art. 23 inciso 4, Ley española n. 4/2012, cit., confirmado por su art. 29. Esto se afirmaba ya en el inciso primero del art. 8 de la derogada ley española n. 42/1998, cit.

98 La postura es de WAHL SILVA, J.: “Tiempo compartido”, cit. Sin embargo, es interesante destacar cómo otra doctrina nacional, ha abogado por una naturaleza que fluctúa entre personal y lo real, al “considerar la substancia prevaliente que se persigue, entre la propiedad del objeto y el servicio que se presta con base en él” (PEÑAILILLO AREVALO, D.: *Los bienes*, cit., nota n. 72 bis, pp. 180 y ss., en particular, pp. 182 y 183).

por cuanto el contratante podría reclamar la tutela de los arts. 40 y 41 de la ley, mientras que, si se ve como compraventa, la tutela será la de la garantía ex art. 19 y ss. Es decir, una misma tipología de contrato, de facto, podría recibir dos tutelas, aunque similares, diferentes en contenido y con disímiles plazos de ejercicio.

Frente a la poca claridad en la regulación y aceptando una postura extrema, podría considerarse que este contrato de consumo no recibiría la tutela de la garantía legal ex art. 19 y ss., en cuanto el bien es incorporeal y la disconformidad debe ser material. Tampoco se protegería por los arts. 40 y 41, puesto que, aunque se aceptara la naturaleza del contrato de arrendamiento, este no es un contrato de servicio. En suma, esta es la muestra más patente de que la Ley 19.496 al no definir patentemente su marco objetivo de aplicación, deja márgenes peligrosos de interpretaciones.

IV. HACIA UNA CORRECTA IDENTIFICACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONSUMO.

Para determinar el ámbito de aplicación de la normativa de consumo existen tres posibilidades. La primera, es identificar la tipología de contrato sometido a ella, definiendo la *ratione materiae* o su contenido, por ejemplo, considerando solamente a una determinada convención, como la compraventa, o exclusivamente ciertos bienes, como sería el “bien de consumo” objeto de la compraventa. En este sentido, podría excluirse cualquier inmueble o algunas categorías de muebles –así sucede con aquellos vendidos por la autoridad judicial– o bienes de uso social, como el agua y el gas cuando no estén envasados para la venta en el volumen o cantidades delimitados o la electricidad⁹⁹.

Ahora bien, en la eventualidad de que se dé un margen de acción sobre la decisión a adoptar, como se produce en el caso de la Directiva n. 1999/44¹⁰⁰, un ordenamiento podría incluir su aplicación a las compraventas de inmuebles y las de segunda mano¹⁰¹ o determinar un diferente tratamiento para los bienes de esta última tipología. En estos casos, podría computarse la devaluación del bien por desgaste o por defectos no relacionados con este último¹⁰², permitir

99 Esto ocurre, por ejemplo, por el art. 1 de la Directiva n. 1999/44 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Esta solución es la actualmente adoptada, por ejemplo, por el ordenamiento francés (cfr. art. L 217-1 y L 217-2 *Code de la Consommation*) o italiano (Art. 45 *Codice di Consumo italiano*). Cfr. en España arts. 1.2 art. 6 y 115.2 RD 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

100 La Directiva n. 1999/44 es una directiva de mínimo y por ello, al contrario de las de máximo, deja abierta a los países la posibilidad de otorgar una defensa más ventajosa.

101 Como se da en Portugal, donde se incluyen las compraventas de bienes inmuebles y/o de segunda mano: (art. 1.B DL n. 67/2003, de 08 de abril por el cual “*bem de consumo*” es *qualquer bem imóvel ou móvel corpóreo, incluindo os bens em segunda mão*).

102 Cfr. art. 128.3 *Codice di Consumo* italiano, que retoma su originaria versión mediante la introducción del art. 1519 bis letra f), así como la introducida por el art. 1 de la originaria ley de trasposición: Decreto Legislativo 2 de

convencionalmente un periodo de tiempo más limitado de tutela de garantías frente a éstos¹⁰³, o impedir su sustitución¹⁰⁴. También podrán incluirse determinadas tipologías de contratos, extendiendo el ámbito de aplicación de la normativa de consumo al suministro de bienes que hayan de producirse o fabricarse¹⁰⁵.

Según una segunda visión, la delimitación se apoyaría en un ámbito subjetivo, es decir en las partes interesadas en la contratación, por ejemplo, consumidores o empresarios. Y en función de su combinación, surgirían diferentes contratos, como, por ejemplo, una compraventa civil, entre dos privados, la mercantil, entre dos empresarios (contratos b2b), y una mixta, celebrada entre un empresario y un consumidor (contratos b2c). En este contexto, será fundamental la identificación del legitimado activo de la tutela contractual, que debiese ser el consumidor.

Una tercera posibilidad es relacionar conjuntamente los dos patrones anteriores y sumarlos, como ha sido la tendencia de entremezclar ambos criterios. Así se da en la compraventa de bienes de consumo incorporada por la Directiva n. 1999/44, que no sólo ha definido qué debe ser en relación con el objeto contractual, sino que también la califica como aquella celebrada entre un consumidor y un vendedor que no sea tal. Lo anterior plasma lo que ya había hecho la compraventa internacional de mercaderías (limita la aplicación a los bienes muebles y a las compraventas mercantiles)¹⁰⁶.

De cuanto se ha visto, la ley chilena se caracteriza más bien por la segunda de estas opciones. Sin embargo, sus definiciones a la hora de identificar la compraventa no son exhaustivas y no ayudan a delimitar su ámbito de aplicación. Por ello la ley requiere una profunda actividad de reinterpretación, en determinados contextos como se ha visto por ejemplo en el caso del “tiempo compartido”.

V. CONCLUSIONES.

El supuesto analizado de la contratación de un “tiempo compartido”, pone de manifiesto la necesidad de tener un mecanismo que permita determinar claramente

febrero 2002, n. 24.

103 Así, por ejemplo, frente a la obligación inderogable de otorgar una garantía legal de dos años para los bienes nuevos, el art. 134.2 del *Codice Civile* permite que las partes pacten la garantía para la compraventa de bienes usados por un tiempo menor a los dos años, pero no inferior a uno. Se retoma la originaria versión de la Directiva incorporada en el ahora derogado art. 1519-octies *Codice Civile*. Lo mismo dígase en el caso español (art. 123.I RD 1/2007 que retoma la originaria versión de incorporación de la directiva: art. 9.2 Ley n. 23/2003, de 10 de julio, de Garantía en la Venta de Bienes de Consumo).

104 Esta es la limitación en el ordenamiento español de la Directiva 44/1999, a tenor del art. 120 Letra g) RD 1/2007, que retoma la originaria versión de incorporación de la directiva: art. 6 letra g) Ley n. 23/2003, de 10 de julio, de Garantía en la Venta de Bienes de Consumo.

105 Art. 115.I RD 1/2007 (ya 2.2 Ley n. 23/2003), art. 128 *Codice di Consumo* (derogado art. art. 1519 bis *Codice Civile*), art. L 217-I *Code de la Consommation*.

106 Cfr. art. 1 y 2 Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

cuáles son los casos de aplicación de la normativa sobre consumo sobre todo en el caso de compraventa de un bien. Aunque la Ley defina en su título primero un supuesto ámbito de aplicación y proporcione algunas definiciones básicas (cfr. arts. 1, 2 y 2 bis) esta regulación no es suficiente. Por ello, no sólo es necesario identificar el ámbito subjetivo, sino también el tipo de contratos o bienes que son objeto de sujeción a la normativa. En este sentido, la Ley 19.496 se preocupa esencialmente de definir el primero. Sin embargo, es necesario identificar cuáles son los bienes objeto de compraventa y si la normativa se aplica tanto a los bienes corporales como a los incorporeales, muebles e inmuebles. Tampoco la indirecta referencia de exclusión de los bienes de segunda mano del art. 14 es suficiente para demarcar con precisión el ámbito objetivo de aplicación.

Un paso adelante seguramente será identificar qué debe entenderse por “bien de consumo”, por ejemplo, cuál es el objeto del contrato de compraventa celebrado, ya que la actual regulación deja profundo vacío y fisuras tanto en la noción de consumidor, como en el ámbito de aplicación de la ley, tal como se dio cuenta en las contrataciones a “tiempo compartido”.

Aunque se ha argumentado a favor de que el contratante del tiempo compartido, por varias razones, puede considerarse consumidor, las grietas de la norma que han sido evidenciadas en estas páginas quedan abiertas. Por ello, la ausencia de un marco nítido, tanto en el ámbito subjetivo y objetivo, puede tener una repercusión práctica sobre la aplicación de los medios de tutela aplicables al contrato, posibilitando, por ejemplo, el derecho de desistimiento del art. 3 bis o, más en general, las tutelas de los arts. 19 y ss de la Ley n. 19.496.

BIBLIOGRAFÍA

BAEZA OVALLE, G.: *Derecho Comercial*, tomo I, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2003.

BARRIENTOS CAMUS, F.: *La garantía legal*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2016.

BIBLIOTECA NACIONAL DEL CONGRESO: *Historia de la Ley 19.955*, 2004 disponible en www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/667/1/HL19955.pdf (fecha última consultación 23 de marzo de 2017).

CORRAL TALCIANI, H.: "Propiedad y cosas incorpóreas. Comentario a propósito de una reciente obra del profesor Alejandro Guzmán Brito", *Revista chilena de derecho*, vol. 23, n. 1, 1996.

DÍAZ, C. A., DOMPER, M^a L., SAPELLI, C., VALDÉS, S.: "Guía de ejercicios. Competencia y mercado EAE234A.", Santiago de Chile, *Documentos de trabajo. Instituto de Economía Pontificia Universidad Católica de Chile*, Trabajo Docente n. 65, junio, 2001, disponible en http://economia.uc.cl/docs/trd_65.pdf.

FERRANTE, A.:

- "Consumidor y doble finalidad en la utilización del bien", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 28, 2017.

- "Una revisión de los remedios del consumidor chileno en la compraventa con disconformidad a partir de la diferencia entre obligación y garantía", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n. 35, 2018, en prensa.

FLOOD, J.: *GAAP 2015: Interpretation and Application of Generally Accepted accounting principles*, New Jersey, Wiley, 2015.

GUZMÁN BRITO, A.: *Las cosas incorpóreas en la doctrina y en el derecho positivo*, 2^a ed. actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006.

JIMÉNEZ APARICIO, E.:

- "La ejecución de la sentencia de la Colza (I)", *Indret*, n. 1, 2003.

- "La ejecución de la sentencia de la Colza (II)", *Indret*, n. 3, 2003.

MARÍN LÓPEZ, M. J.: “¿Es consumidor el que adquiere un bien con ánimo de lucro” La doctrina del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de 16 de enero de 2017?”, *Revista CESCO de Derecho Consumo*, n. 20, 2016.

MOMBERG URIBE, R.: “Art. 1”, PIZARRO WILSON, C., DE LA MAZA GAZMURI, I. (dir.): *Derecho de los Consumidores*, Francisca BARRIENTOS CAMUS (ed.), 2ª ed., Legal Publishing, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013.

MUELA, D.: “Historia de un envenenamiento”, Aniversarios, *El País*, 19 de mayo de 2016, disponible en <http://aniversario.elpais.com/colza/>.

PEÑAILILLO ARÉVALO, D.: *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*, Editorial jurídica de Chile Santiago de Chile, 2009.

PÉREZ-CABALLERO ABAD, P.: “El consumidor que actúa con ánimo de lucro”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 927, 2017.

PUGA VIAL, J. E.: *El acto de comercio. Crítica a la doctrina tradicional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005.

RISSE, T.: “Trabajadores de Huachipato y antidumping: Nos ayuda pero las expectativas eran más altas”, *Biobiochile*, 25 de abril 2017, <http://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-del-bio-bio/2017/04/25/trabajadores-de-huachipato-y-antidumping-nos-ayuda-pero-las-expectativas-eran-mas-altas.shtml>.

RODRÍGUEZ CARNERO, P., CALVO SÁNCHEZ, M., MOLINA COLLADO, Z., DURÁN MORENO, J., MARTÍNEZ SANZ, N.: “El síndrome del aceite tóxico: 30 años después”, *Revista española de medicina legal*, n. 4, 2011.

RUBIO TORRANO, E.: “Derechos vacacionales sobre bienes inmuebles, legislación aplicable y condición de consumidor”, *Aranzadi Civil-mercantil*, n. 3, 2017.

SIERRA HERRERO, A.: “Art. 3”, en AAVV: *Código de comercio comentado. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo I, Abeledo Perrot, Universidad de Los Andes, Santiago de Chile, 2011.

WAHL SILVA, J.: “Tiempo compartido”, ¿De la copropiedad a la multipropiedad?, *Revista Chilena de Derecho*, n. 1, 1996.

VARAS, D.: “China lidera las investigaciones por venta bajo costo, acumulando 412 denuncias”, Economía y Negocio. *El Mercurio*, 23 noviembre 2005, disponible en <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=16801>.



CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO



NATURALEZA DE LOS PLAZOS EN LOS PROCEDIMIENTOS
DE GESTIÓN E INSPECCIÓN TRIBUTARIA EN RELACIÓN AL
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

*NATURE OF DEADLINES IN THE PROCEDURES OF MANAGEMENT
AND TAX INSPECTION IN RELATION TO THE COMMON
ADMINISTRATIVE PROCEDURES*

Rev. Boliv. de Derecho N° 26, julio 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 470-487



Fernando
HERNÁNDEZ
GUIJARRO

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de febrero de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 10 de abril de 2018

RESUMEN: El presente trabajo tiene como objeto principal analizar los distintos tipos de plazos de los que dispone la Administración Tributaria para el ejercicio de sus derechos, ya sean éstos para iniciar el procedimiento como durante su instrucción y terminación. Junto a ello, se pone de manifiesto la diferencia que existe entre los plazos para el procedimiento inspector y el procedimiento administrativo común. Finalmente, se expone el problema de los plazos en la ejecución de las resoluciones de los tribunales económicos-administrativos.

PALABRAS CLAVE: Plazos; procedimiento inspector; procedimiento administrativo común; ejecución de resoluciones.

ABSTRACT: The main purpose of this paper is to analyze the different types of terms available to the Tax Administration for the exercise of their rights, whether these are to initiate the procedure or during its instruction and termination. Along with this, the difference between the deadlines for the inspector procedure and the common administrative procedure is revealed. Finally, the problem of the deadlines in the execution of the resolutions of the economic-administrative courts is exposed.

KEY WORDS: Terms; tax procedure; common administrative procedure; enforcement of judgments.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA NATURALEZA DE LOS PLAZOS DE RESOLUCIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS Y EFECTOS DE SU INCUMPLIMIENTO.- III. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO.- IV. CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN DE DERECHO.- V. REGLAS DEL CÓMPUTO DE LOS PLAZOS Y COMPARACIÓN ENTRE LA LGT Y LA LPAC.- I. Reglas del cómputo en la LGT.- 2. Comparación de la LGT con la LPAC.-VI. SUPUESTOS DE PARALIZACIÓN JUSTIFICADA DEL CÓMPUTO DEL PLAZO: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 150.3 LGT Y SU COMPARACIÓN CON EL ARTÍCULO 22 LPAC.

I. INTRODUCCIÓN.

Conviene comenzar el presente trabajo sobre los plazos y términos en los procedimientos administrativos de carácter fiscal recordando que la Administración Tributaria, como sujeto de Derecho con personalidad jurídica propia, en sus relaciones con los contribuyentes, está sujeta al cumplimiento de unos determinados plazos¹. Éstos son un reflejo de la aplicación en el derecho adjetivo de los principios constitucionales de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos contenidos en el artículo 9.3 de nuestra Carta Magna.

En efecto, cuando el legislador tributario regula el ejercicio de los derechos y las acciones que corresponden constitucionalmente a los entes públicos y que se encuentran recogidos en el artículo 31 de nuestra Constitución, debe tener presente tal consideración. No en vano, los plazos son un elemento esencial de ejercicio de dichos derechos y acciones. Llegando al extremo de que la ausencia de los mismos, es decir, la inexistencia de un límite temporal que operase desde que nace el derecho subjetivo hasta que se ejerce el mismo y desde que se inicia su ejercicio hasta que se declara definitivamente, sería motivo de inconstitucionalidad

¹ En este sentido se pronunciaba Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, concretamente en su artículo 47 que establecía que "los términos y plazos establecidos en ésta u otras Leyes obligan a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas competentes para la tramitación de los asuntos, así como a los interesados en los mismos". Igual dicción mantiene la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

• Fernando Hernández Guijarro

Profesor de la Universitat Politècnica de València. Profesor de la Universitat Jaume I (Castellón). Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia. Máster en Teoría y Práctica Fiscal por la Universidad Antonio de Nebrija. Licenciado en Derecho y Diplomado en Ciencias Empresariales por la Universidad de Valencia. Ha trabajado en despachos profesionales de reconocido prestigio como Garrigues y Arco Abogados y Asesores Tributarios. Autor de varias obras sobre Derecho Financiero y Tributario, entre otras; La Impugnación de las Ordenanzas Fiscales, Ediciones Francis Lefebvre, 2015; Los Principios y Garantías Constitucionales en las Ordenanzas Fiscales, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015; y coautor de los Formularios Prácticos Fiscal de Francis Lefebvre de los años 2005 a 2015. También colabora como coautor elaborando y actualizado los formularios fiscales de la web de EL DERECHO, 2014 y 2015. Correo electrónico: fernandohernandez@cav.es.

por violentar los principios jurídicos anteriormente señalados, así como la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 24.1 de nuestra Ley Fundamental².

Como ejemplo de lo antes dicho, y por su claridad y brillantez, se trae a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 29 de enero de 1997, que se pronunciaba sobre un procedimiento que no disponía de plazo en los siguientes términos: "la previsión establecida en el Real Decreto 803/1993, de 28 de mayo, por el que se modifican determinados procedimientos tributarios, que, en su anexo tercero, prevé que los procedimientos de comprobación e investigación tributaria previstos en los artículos 104 y 109 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, no tienen plazo fijado para su terminación, es ilegal, porque se opone a lo dispuesto en el artículo 42.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, aplicable según Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1993 en materia tributaria directamente, pues claramente se dispone en el mismo que necesariamente se ha de resolver dentro de un plazo, y que si no se establece en el procedimiento, será de tres meses. Supone una burla a dicho precepto el señalar que determinados procedimientos no tienen plazo de resolución. Pero al mismo tiempo es contrario, en la medida en que el procedimiento dure más allá de lo razonable, al artículo 6º del Tratado Europeo de Derechos Humanos y Libertades Públicas de 1950, y al artículo 24.1 de la Constitución" (FJ4º).

Esta sentencia resultó de gran trascendencia e influencia de tal suerte que, el legislador, y sobre todo los poderes reglamentarios, comenzaron a establecer términos y plazos en las actuaciones de la administración tributaria que, con mayor o menor acierto, al menos ponían coto a la situación anterior de inexistencia de los mismos. A partir de entonces, podemos decir que los plazos están para ser cumplidos. Cuando una norma jurídica establezca un término o un plazo, estará marcando un límite, levantando una frontera para un derecho, una situación jurídica o una facultad. Como acertadamente afirma GÓMEZ PUENTE "el establecimiento de un plazo vincula la actuación administrativa con la fuerza de un deber legal cuya inobservancia, por omisión, no sólo pone a la Administración en situación ilegal, de mora, sino que también puede determinar la responsabilidad de los funcionarios causantes de la demora"³.

Así pues, destacado el papel tan importante que juega el establecimiento de los plazos en el ejercicio de los derechos, conviene ahora hacer un análisis sobre su naturaleza jurídica.

2 También goza de reconocimiento internacional el proceso sin dilaciones indebidas y, a tal efecto, artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, establece expresamente que "toda persona tiene derecho a que su causa sea oída (...) dentro de un plazo razonable".

3 GÓMEZ PUENTE, M.: *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 316-317.

II. LA NATURALEZA DE LOS PLAZOS DE RESOLUCIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS Y EFECTOS DE SU INCUMPLIMIENTO.

Lo primero que debemos hacer cuando de plazo se trata, es distinguir según nos encontremos ante los efectos de la institución de la prescripción o de la caducidad, por cuanto su naturaleza y consecuencias serán distintas. Así, la caducidad, como figura diferente de la prescripción, se proyecta sobre el derecho al procedimiento y sobre el derecho material o sustantivo que se cuestiona en una instancia administrativa o jurisdiccional. Todo ello a diferencia de la prescripción que sólo despliega efectos sobre el derecho material o sustantivo.

Efectivamente, la caducidad se extiende sobre el derecho al procedimiento por cuanto, una vez iniciado el mismo, éste debe concluir en el plazo establecido al efecto⁴. No siendo comprensible, dentro de un Estado de Derecho como el español, un procedimiento administrativo, el cual, pudiese prolongarse indefinidamente en el tiempo.

Además, la caducidad, de común con la prescripción, juega un papel de límite al ejercicio del derecho subjetivo por parte de la Administración o del interesado, por cuanto, transcurrido el plazo en cuestión, su derecho decae, es decir, se extingue. Siendo común a ambas instituciones, la defensa de los administrados contra la incertidumbre jurídica que se derivaría de una situación indefinidamente abierta, con un claro quebranto del derecho constitucional a la seguridad jurídica y a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, además de conculcar el deber de sometimiento pleno a la Ley y al Derecho que debe presidir todo el actuar administrativo, tal y como establece el artículo 103.1 de la Constitución Española.

En función de lo anteriormente expuesto, y según el tipo plazo establecido, así como su proyección sobre el derecho adjetivo o sustantivo objeto de regulación, podremos encontrarnos ante las siguientes instituciones jurídicas:

- Caducidad del Procedimiento
- Caducidad del Derecho
- Prescripción del Derecho

4 Todos los procedimientos administrativos están dotados de un plazo para su terminación. Éste puede ser señalado expresamente por los preceptos que regulan el procedimiento en cuestión o, de forma supletoria, dispondrán de tres meses tal y como establece el artículo 21.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Junto a ello, hay que destacar que el citado precepto, en su apartado 4, también establece que "las Administraciones Públicas deben publicar y mantener actualizadas en el portal web, a efectos informativos, las relaciones de procedimientos de su competencia, con indicación de los plazos máximos de duración de los mismos, así como de los efectos que produzca el silencio administrativo".

Las instituciones de derecho citadas encuentran su regulación general en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) -en lo referente a la caducidad del procedimiento los artículos 25 y 95-, y en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) -para la caducidad del procedimiento artículo 104, para la prescripción del derecho artículo 66 y siguientes, y por último, para la caducidad del derecho artículo 209.2-⁵. Todo ello, sin perjuicio de otras regulaciones específicas y especiales contenidas universo jurídico-tributario.

Conviene ahora traer a colación los preceptos citados y analizar la relación de las figuras jurídicas objeto de estudio.

III. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO.

Como se ha comentado, la caducidad del procedimiento se extiende sobre el derecho adjetivo, es decir, el relativo al procedimiento, por cuanto éste, una vez iniciado, debe estar sujeto a unos plazos de duración determinados y determinantes. Estando con ello el procedimiento administrativo en consonancia con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas que reconoce la Constitución en su artículo 24.2.

Por ello, la legislación española recoge en el artículo 25 de la LPAC lo siguiente: “en los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos:

a) En el caso de procedimientos de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas favorables, los interesados que hubieren comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo.

b) En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 95”.

Los efectos concretos de la caducidad del procedimiento son establecidos también en la LPAC. Por un lado, como forma de terminación del mismo y, por

5 Es importante destacar la diferencia de estas instituciones dado que sus efectos y consecuencias son muy diferentes para el ejercicio correcto de los derechos. A tal efecto, por ejemplo, la prescripción y caducidad de derechos tendrá efectos jurídicos materiales frente a la caducidad del procedimiento que dependerá del momento en que se produzca la misma.

otro, como inexistencia de interrupción de la prescripción del derecho ejercido. A tal efecto se dispone que:

- art. 84.2; “Pondrán fin al procedimiento la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el ordenamiento jurídico, y la declaración de caducidad”⁶.

- art. 95.3; “La caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción”⁷.

En resumen, los procedimientos administrativos en los que Administración ejercite potestades sancionadoras o de gravamen, deben terminar en el plazo establecido al efecto. Este requisito será a la vez un mandato para la Administración actuante y una garantía para el administrado que podrá alegar su infracción ante los Tribunales de la jurisdicción, incluso invocando el Convenio para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales que, en su artículo 6, dispone que “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable”. Por lo expuesto comprobamos que, también en el Derecho Internacional, la sujeción a plazos es un elemento fundamental en los procedimientos y procesos en el que intervengan como parte interesadas ciudadanos de Estados pertenecientes al Consejo de Europa.

Para el caso de que no se respete la duración máxima del procedimiento en cuestión, el expediente deviene caduco y su consecuencia inmediata es la finalización del propio procedimiento, así como la no interrupción de la prescripción derivada de la iniciación del mismo.

IV. CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO.

En la caducidad y prescripción del derecho nos encontramos dentro del ámbito del ejercicio de los derechos subjetivos, los cuales, como se ha comentado, deben estar también sujetos a un plazo. No en vano la temporalidad, es uno de los atributos esenciales de todo ordenamiento jurídico.

La norma jurídica nace siempre con una visión temporal por cuanto, la misma, cambia conforme cambia la sociedad que origina su existencia. Y es por ello que los derechos subjetivos participan también de esa temporalidad en su ejercicio y, en

6 El artículo 100 de la LGT hace referencia a la terminación de los procedimientos tributarios por caducidad en idénticos términos.

7 También el artículo 104 de la LGT denominado “Plazos de resolución y efectos de la falta de resolución expresa” contiene los mismos efectos que el artículo 25 de la LPAC para la ausencia de resolución expresa en procedimientos tributarios que produzcan efectos desfavorables o de gravamen, y las mismas consecuencias sobre la ausencia de interrupción de la prescripción que hemos visto que establece la LPAC.

aras a la seguridad jurídica, el sujeto pasivo del mismo tiene también reconocido el derecho a una situación jurídica determinada y determinante. Es decir, el derecho que deba ser ejercido dentro de un plazo y no lo sea por inacción del titular del mismo se extinguirá y dejará a la parte obligada libre de sus deberes⁸.

Pues bien, establecido lo anterior, la diferencia que existe entre la caducidad de la acción y la prescripción de la misma, estará en función de la forma de computar el plazo que posee el sujeto activo para ejercitar su acción.

En la caducidad de la acción, podemos afirmar que el plazo concedido para su ejercicio es improrrogable, y además, no tiene causa de interrupción por la cual se inicie de nuevo su cómputo. En este sentido, transcurrido el plazo para accionar el derecho, éste nunca más podrá ser ejercitado. Como afirma el profesor CABALLERO SÁNCHEZ “el principio de caducidad no es exclusivo del orden administrativo, sino que es manejado con normalidad por otras jurisdicciones. Se trata de un remedio lógico y práctico a la eternización prolongación excesiva de los procesos por culpa de las partes litigantes”⁹.

Sin embargo, en la prescripción de la acción, el plazo concedido para accionar el derecho puede ser interrumpido, teniendo como consecuencia, el inicio de nuevo del cómputo del mismo. Pudiéndose interrumpirse el plazo sucesivamente. Volviendo éste a comenzar cada vez, llegando en ocasiones hasta situaciones de dudosa constitucionalidad.

Como ejemplo de la tipificación de la caducidad de la acción, es interesante ver el apartado 2 del artículo 209 de la LGT, el cual establece que: “los procedimientos sancionadores que se incoen como consecuencia de un procedimiento iniciado mediante declaración o de un procedimiento de verificación de datos, comprobación o inspección no podrán iniciarse respecto a la persona o entidad que hubiera sido objeto del procedimiento una vez transcurrido el plazo de tres meses desde que se hubiese notificado o se entendiese notificada la correspondiente liquidación o resolución”.

Esta firmeza y claridad legal ha costado mucho tiempo en verse reconocida en el ámbito tributario que, hasta ese momento, y con muy escasas excepciones, negaba la caducidad de la acción por sistema. No obstante, esta caducidad de la acción rige para los procedimientos tributarios de carácter sancionador, donde la potestad que ejerce la Administración participa del poder tributario, pero también

8 En el Derecho Civil podemos ver ejemplos en la prescripción de las obligaciones personales y reales y en el Derecho Financiero y Tributario, el artículo 66 de la LGT establece los plazos de prescripción de los derechos de la Administración Tributaria y de los obligados tributarios.

9 CABALLERO SÁNCHEZ, R.: *Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo*, McGraw-Hill, Aravaca (Madrid), 1999, p. 148.

de los principios del *ius puniendi*, por lo que su existencia obedece también a razones de garantías sancionadoras además de las tributarias.

La aceptación de la caducidad de la acción en los procedimientos estrictamente tributarios llegó gracias al arduo trabajo de la Doctrina y, posteriormente, se vio reforzada por la Jurisprudencia, entre otras, la sentencia núm. 209/2008 dictada, con fecha 20 de mayo de 2008, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias. Hasta ese momento, la caducidad de la acción estaba expresamente proscrita en el ordenamiento tributario por imperativo del artículo 105.2 de la derogada LGT, el cual, establecía que la inobservancia de los plazos por la Administración no implicaba la caducidad de la acción administrativa, pero autorizará a los sujetos pasivos para reclamar en queja. Reclamación que, evidentemente, carecía de efectividad y consecuencias jurídicas sobre el derecho de la Administración a practicar liquidación al sujeto pasivo. Por lo que no fue un instrumento útil ni utilizado en demasía.

Junto a esta previsión legal contraria la caducidad de la acción, el artículo 60.4 del derogado Real Decreto 939/1986, por el que se aprobaba el Reglamento General de la Inspección de los Tributos, ordenaba que tras el acta de la Inspección se disponía de un mes para dictar el acuerdo de liquidación tributaria. Existiendo, en cierta medida, una contradicción entre lo que establecía la Ley (no existía caducidad) y su Reglamento (que fijaba un plazo de caducidad).

Por virtud del principio de jerarquía normativa que establece la Constitución en su artículo 9.3, así como la derogada Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 51, el conflicto se debía resolverse a favor de la Ley, como no podía ser de otro modo. Pero esta evidencia fue matizada por la sentencia antes citada y, varios Tribunales Superiores de Justicia, acogieron la citada caducidad argumentando que “el transcurso del plazo de un mes, al ser de caducidad, supone la extinción de la acción de la Inspección para aprobar la liquidación definitiva, a través del concreto procedimiento de inspección caducado, aunque no prejuzga en absoluto la validez de la deuda tributaria que afloró con la inspección (...) por eso, y terminamos, en nuestro Derecho Público, la consecuencia de la caducidad de la acción administrativa ejercitada en el seno de un expediente es, necesariamente, la anulabilidad de la resolución final, pues se dicta en virtud de una acción administrativa caducada respecto del expediente”.

Aunque ninguna de las sentencias recordó el artículo 105.2 de la derogada LGT, subyacía en sus razonamientos que, si la propia Administración se autolimitaba por la vía de Reglamento, y el mismo era más garantista y constitucionalmente más ortodoxo, cabía la posibilidad de su aplicación. Aunque hubiera sido más deseable su reconocimiento por una norma con rango de Ley para no forzar hasta extremos

delicados un principio tan fundamental en el ordenamiento jurídico como el de jerarquía normativa. No obstante, esta situación no se prolongó mucho en el tiempo. El Tribunal Supremo terminó fijando, en interés de Ley, la doctrina que impedía aplicar la mentada caducidad de la acción en el ejercicio de los derechos de la Administración Tributaria. Por si fuera poco, el legislador español reaccionó también rápidamente y con la llegada de la nueva LGT y sus Reglamentos de desarrollo, desapareció toda referencia a esta institución jurídica. Por lo que hoy en día no es viable la alegación de esta caducidad dentro del ejercicio del derecho a practicar liquidación tributaria por parte de los órganos de la inspección fiscal.

Por lo que respecta a la prescripción de la acción, la misma está muy introducida en nuestro ordenamiento tributario. Así, podemos citar el artículo 66 y siguientes de la LGT que desarrollan formalmente dicha prescripción. Por virtud esto preceptos, la Administración Tributaria dispone de cuatro años para determinar la deuda tributaria y exigir el pago de las mismas. Como dice AYALA MUÑOZ, la prescripción “es una institución de índole material o sustantiva relativa al nacimiento o la extinción del derecho debatido”¹⁰.

Junto a ello, los artículos 68 y 69 de la LGT establece el régimen de interrupción de este plazo y la extensión y efectos de la misma. Quedando como déficit de este régimen descrito, la inclusión de un límite a las posibles interrupciones del cómputo de la prescripción, para con ello evitar, situaciones abiertas prolongadamente en el tiempo.

Como diferencia sustancial a sendos regímenes podemos afirmar, que la caducidad de la acción otorga más seguridad jurídica a los administrados por cuanto, de transcurrir el plazo para la acción administrativa, precluye el derecho y, por lo tanto, la situación jurídica del administrado deviene definitiva. La prescripción de la acción, como hemos visto, quedará sometida a un sistema de interrupciones y dilaciones imputables al administrado que darán, en la mayoría de los casos, en procedimientos inspectores con duraciones muy amplias¹¹. Esta situación de interrupción de la prescripción podrá reiterarse en el tiempo y por ello entendemos que la no fijación de un límite temporal no queda amparado por la seguridad jurídica de nuestra constitución y, asimismo conlleva, que la actuación administrativa repetitiva no cuadre cabalmente con el principio de buena administración (art. 41 Carta Europea de Derechos Fundamentales).

10 AYALA MUÑOZ, J. M. (AAVV): *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, p. 330.

11 Es de destacar que la “la interrupción supone el ejercicio por parte del sujeto activo o el reconocimiento del sujeto pasivo de una situación jurídica que no sólo detiene el cronómetro del tiempo de vida asignado a esa situación, sino que además hace que su cómputo vuelva a empezar desde cero”, CABALLERO SÁNCHEZ, R.: *Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo*, McGraw-Hill, Aravaca (Madrid), 1999, p. 320.

Por último, señalar que la interrupción que las resoluciones jurisdiccionales otorga a la Administración Tributaria en virtud del artículo 68.I.b) Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, es una “facultad que supone reiniciar un procedimiento con la intención de repetir el acto anulado por los Tribunales, o dictar otra vez liquidación tributaria. Ello no hace otra cosa que blindar a la Administración Tributaria de los efectos de las sentencias jurisdiccionales, pues éstas, en la mayoría de los casos, no tendrán más consecuencias que la simple molestia para el órgano liquidador de imprimir un nuevo acto subsanando el vicio o defecto. Otorgando este privilegio de reliquidar hasta acertar, una especie de cuasi inmunidad jurisdiccional de la Administración Tributaria que se permite sobrepasar el fallo jurisdiccional y reiterar el acto que ha sido anulado”¹².

V. REGLAS DEL CÓMPUTO DE LOS PLAZOS Y COMPARACIÓN ENTRE LA LGTY LA LPAC.

I. Reglas del cómputo en la LGT.

Como se ha estado comentando, los plazos son de gran importancia en el ejercicio de los derechos. Por ello es también muy importante conocer las reglas de cómputo de los mismos, es decir, resulta capital conocer el momento exacto de su comienzo y terminación.

En las actuaciones inspectoras se comienza a contar los días según lo establecido en el artículo 150 de la LGT que establece que “el plazo del procedimiento inspector se contará desde la fecha de notificación al obligado tributario de su inicio”. También podrá la inspección personarse en el domicilio del interesado a dichos efectos. De conformidad con lo expuesto, el *dies a quo* para el inicio del cómputo de las actuaciones inspectoras será:

- La fecha de notificación al contribuyente del inicio de las mismas mediante la oportuna comunicación.

- O bien, la fecha cuando ponga en conocimiento del interesado el inicio de las actuaciones inspectoras sin previa notificación de la oportuna comunicación, generalmente personándose en las oficinas del contribuyente¹³.

Conviene ahora delimitar el día en el que concluyen dichas actuaciones para, con ello, acotar *iter* procedimental o lo que se denomina, de conformidad con el artículo 150 de la LGT, plazo de las actuaciones inspectoras.

¹² HERNÁNDEZ GUIJARRO, F.: “La repetición de actos administrativos tributarios una vez han sido anulados por sentencia judicial, con independencia de cuál haya sido el vicio o defecto determinante de la anulación”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 2, 2015, pp. 714-715.

¹³ Esta facultad viene recogida en el artículo 151.2 de la LGT.

La fijación de dicho día generó mucha disputa y conflicto por cuanto, antes de la actual LGT, no quedaba claro cuando terminaban las actuaciones inspectoras y por ello hubo multitud de interpretaciones hasta que la Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 28 de febrero de 1996, aclaró la diversidad jurisprudencia al respecto. El Alto Tribunal consideró que dichas actuaciones existían hasta la notificación de la liquidación resultante de las mismas. Siendo interesante destacar que en su *ratio decidendi* se mencionaba un informe de la propia Dirección General de Tributos de 18 de julio de 1991, que establecía lo siguiente:

“Entiende este Centro Directivo que el momento temporal en que se produce la terminación de las actuaciones administrativas de investigación y comprobación tributaria es el de la notificación del acto administrativo de liquidación o, en caso de liquidación tributaria derivada de actas de conformidad, cuando se entienda producida aquella, en los términos a que hace referencia el artículo 60 del Reglamento General de la Inspección de los Tributos”.

Con la entrada en vigor de la Ley 1/1998 de Derechos y Garantías del contribuyente se fijó el día en que debía entenderse concluidas las actuaciones inspectoras por disposición legal. A tal efecto, el artículo 29.4 de la citada Ley dejaba perfectamente delimitado el momento en que debían entenderse terminadas las actuaciones de comprobación e investigación, señalando que las mismas concluían el día de la fecha en que se dictaba el acto de liquidación tributaria. Esta concreción legislativa lejos de garantizar los derechos de los contribuyentes -en aras a una mayor seguridad jurídica-, se alejaba radicalmente de la misma. Pues con el establecimiento un día determinado en función del momento de dictar el acto administrativo (día éste completamente desconocido por el contribuyente, hasta después de su notificación), se privaba al mismo de la posibilidad de conocer/controlar la terminación de las actuaciones inspectoras. Dejándole, por consiguiente, en una clara indefensión.

Efectivamente, esta forma de establecer la conclusión de las actuaciones de comprobación e investigación y las de liquidación por la cual, hasta la notificación del acto administrativo de liquidación no se podía conocer la fecha en que se dictó el mismo y, por lo tanto, cuando terminaron dichas actuaciones, dejaba en el más absoluto desconocimiento al contribuyente de un elemento tan importante como la terminación del expediente y, por lo consiguiente, enervaba su capacidad de aportar documentos o alegar lo que estimase conveniente.

La mayoría de la doctrina, no sin falta de razón, criticó duramente este sistema de fijación de los plazos de terminación de las actuaciones por su inseguridad jurídica e indefensión. Para ello, bastaba recordar el capítulo de la eficacia de los actos administrativos previsto en los artículos 56 a 61 de la entonces vigente LRJPAC. Así, encontrándonos ante un acto que afecta a los derechos e intereses

del contribuyente, sus efectos deberían quedar demorados hasta su notificación. No siendo admisible quebrar este principio de Derecho Administrativo, por muy especial que se entienda que es el Derecho Tributario.

En la actualidad, y con la entrada en vigor de la actual LGT, esta anomalía temporal ha quedado salvada y fijada de forma segura y garantista. A tal efecto, el citado artículo 150 de la LGT establece que las actuaciones inspectoras duran “hasta que se notifique o se entienda notificado el acto administrativo resultante del mismo”. Por lo que, el *dies a quem* será el día de la notificación de la liquidación tributaria, o cuando se entienda producida ésta. Siendo esta previsión actual loable dado que restablece la seguridad jurídica y el buen funcionamiento de la Administración Tributaria.

2. Comparación de la LGT con la LPAC.

Habiendo estudiado la naturaleza de los plazos al principio de este trabajo y teniendo el marco de su cómputo en la actual LGT, conviene ahora comparar las reglas de esta Ley con la LPAC, que es la norma de procedimiento general para el resto de las Administraciones Públicas. Como ya se ha introducido anteriormente, el cómputo de los plazos del procedimiento inspector difiere del cómputo que establece el procedimiento administrativo común. Esta diferencia llama poderosamente la atención dado que ambos procedimientos son ejercidos por Administraciones en el ejercicio de sus funciones. Por ello, se hace necesario constatar sus diferencias para dar con la justificación que avale la mencionada diferencia.

Una buena forma de poner de manifiesto las diferencias ambos procedimientos es mostrar los dos regímenes de cómputo de forma paralela. A tal efecto se confecciona el siguiente cuadro:

Inicio y Finalización de las Actuaciones Administrativas:

	<i>Dies a quo</i>	<i>Dies ad quem</i>
Procedimiento Inspector	-Notificación de la comunicación del inicio de las mismas (art. 150.2 LGT). -Cuando, por personación, se ponga en conocimiento del interesado sin previa notificación. (art. 177.2 RD 1065/2007)	-Fecha en que se notifique el acto administrativo. (art. 150.2 LGT)

Procedimiento Administrativo Común	-Desde la fecha del acuerdo de iniciación (art. 21.3.a) LPAC). -Desde la fecha de presentación de la solicitud del interesado en el registro del órgano competente. (art. 21.3.b) LPAC)	-Fecha en que se dicte el acuerdo, salvo que disponga otra cosa, o, lo exija su contenido, o, deba notificarse de conformidad con el art. 40. (art. 39 LPAC)
------------------------------------	--	--

Del anterior cuadro se desprende claramente que el cómputo de los plazos de la Administración Tributaria beneficia siempre a esta administración pública frente al resto de sus homólogas, pues el inicio del cómputo se demora hasta su notificación. Esta circunstancia no sucede con la Administración común que una vez dictado el acuerdo de inicio de actuaciones, el plazo de duración del procedimiento ya computa y, por lo tanto, corre en su cuenta la dilación que ocurra hasta la notificación del inicio del procedimiento. Teniendo el posible retraso en su notificación, efectos negativos tan sólo en sede de la propia Administración pues, el plazo para resolver se reduce por culpa de dicho retraso. En cambio, como se ha dicho, la Administración Tributaria puede acordar el inicio del procedimiento y notificarlo meses después sin ningún perjuicio para la duración del procedimiento, pues el mismo, sólo se iniciará y computará desde la correspondiente notificación.

A efectos de terminación del procedimiento, ambos regímenes demoran su eficacia hasta la notificación del acto administrativo, por lo que no existe diferencia reseñable en este caso.

VI. SUPUESTOS DE SUSPENSIÓN JUSTIFICADA DEL CÁLCULO DEL PLAZO:ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 150.3 LGT Y SU COMPARACIÓN CON EL ARTÍCULO 22 LPAC.

Tanto en el procedimiento administrativo común como en el procedimiento inspector, existen circunstancias que justifican la paralización, interrupción o suspensión del cómputo del plazo máximo para resolver:

A continuación, se muestra un cuadro que contiene los motivos o circunstancias que justifican la suspensión del plazo según el procedimiento en que nos encontremos.

Supuestos de paralización justificada del cómputo de plazos:

Procedimiento Inspector Artículo 150.3 LGT	Procedimiento Administrativo Común Artículo 22 LPAC
El cómputo del plazo del procedimiento inspector <u>se suspenderá</u> desde el momento en que concurra alguna de las siguientes circunstancias: - La remisión del expediente al Ministerio Fiscal o a la jurisdicción competente sin practicar la liquidación de acuerdo con lo señalado en el artículo 251 de esta Ley. - La recepción de una comunicación de un órgano jurisdiccional en la que se ordene la suspensión o paralización respecto de determinadas obligaciones tributarias o elementos de las mismas de un procedimiento inspector en curso. - El planteamiento por la Administración Tributaria que esté desarrollando el procedimiento de inspección de un conflicto ante las Juntas Arbitrales previstas en la normativa relativa a las Comunidades Autónomas, en la Ley 28/1990, de 26 de diciembre, del Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra y en la Ley 12/2002, de 23 de mayo, del Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco o la recepción de la comunicación del mismo. - La notificación al interesado de la remisión del expediente de conflicto en la aplicación de la norma tributaria a la Comisión consultiva. - El intento de notificación al obligado tributario de la propuesta de resolución o de liquidación o del acuerdo por el que se ordena completar actuaciones a que se refiere el artículo 156.3.b) de esta Ley. - La concurrencia de una causa de fuerza mayor que obligue a suspender las actuaciones. (...) La suspensión finalizará cuando tenga entrada en el registro de la correspondiente Administración Tributaria el documento del que se derive que ha cesado la causa de suspensión, se consiga efectuar la notificación o se constate la desaparición de las circunstancias determinantes de la fuerza mayor. No obstante, en el caso contemplado para el conflicto en la aplicación de la norma, el plazo de suspensión no podrá exceder del plazo máximo para la emisión del informe.	El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución <u>se podrá suspender</u> en los siguientes casos: - Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias o la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, por el del plazo concedido, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 68 de la presente Ley. - Cuando deba obtenerse un pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de la Unión Europea, por el tiempo que medie entre la petición, que habrá de comunicarse a los interesados, y la notificación del pronunciamiento a la Administración instructora, que también deberá serles comunicada. - Cuando exista un procedimiento no finalizado en el ámbito de la Unión Europea que condicione directamente el contenido de la resolución de que se trate, desde que se tenga constancia de su existencia, lo que deberá ser comunicado a los interesados, hasta que se resuelva, lo que también habrá de ser notificado. - Cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses (...) - Cuando deban realizarse pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimientes propuestos por los interesados, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente. - Cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un pacto o convenio en los términos previstos en el artículo 86 de esta Ley, desde la declaración formal al respecto y hasta la conclusión sin efecto, en su caso, de las referidas negociaciones (...) - Cuando para la resolución del procedimiento sea indispensable la obtención de un previo pronunciamiento por parte de un órgano jurisdiccional, desde el momento en que se solicita, lo que habrá de comunicarse a los interesados, hasta que la Administración tenga constancia del mismo, lo que también deberá serles comunicado.

A primera vista, lo que más llama la atención, es que la suspensión del plazo para resolver en el procedimiento administrativo común es potestativo, es decir, el plazo “se podrá suspender”. Sin embargo, la dicción del artículo de la LGT es claramente imperativo, es decir, “se suspenderá”, por lo que volvemos a encontrarnos ante una diferencia de trato a favor de la Administración Tributaria, frente al resto de las Administraciones Públicas. Mientras éstas últimas deben motivar y notificar la suspensión del plazo -por virtud de los artículos 35 y 40 de la LPAC-, en el procedimiento inspector, la suspensión del plazo se aplica de oficio sin la necesidad de motivar ni notificar al contribuyente dicho extremo. Quedándole el derecho al contribuyente, si así lo solicita, a conocer el estado de la tramitación del expediente y el cómputo de la referida suspensión.

Otra característica que diferencia ambos regímenes es la seguridad jurídica que conlleva cada supuesto de interrupción en la LPAC dado que todos ellos determinan de forma cierta el inicio y terminación del periodo de paralización del cómputo. Así, en la mayoría de los supuestos del procedimiento administrativo común, tanto el inicio del cómputo como su finalización requieren de comunicación al interesado. Asimismo, también se fija un plazo máximo de tres meses en el supuesto de solicitud de informes preceptivos. En definitiva, el interesado conoce en todos los casos el inicio y la terminación de la suspensión. Abundando esta circunstancia en el derecho a conocer en todo momento el estado de tramitación de los procedimientos en los que son parte (art. 53.I.a) LPAC). Por otra parte, en las causas de suspensión de la LGT, el inicio y finalización del plazo, no gozan de la certeza y claridad que tiene el procedimiento común. Ciertamente es que no deja al obligado tributario en una manifiesta indefensión, pero sí resulta difícil conocer el estado de tramitación del expediente “en todo momento” dado que no se exige la comunicación del inicio y terminación al contribuyente en la mayoría de sus supuestos.

En resumen, volvemos a constatar una diferencia de plazos y términos que favorecen a la Administración Tributaria frente al resto de Administraciones del régimen común. Esta diferencia de trato, como se ha dicho, no tiene justificación constitucional. No puede sostenerse que exista una Administración superior y otra inferior que avale la necesidad de otorgar mayores prerrogativas en el procedimiento administrativo a la Administración Tributaria. Creemos que no estaba en la previsión de los constituyentes premiar en materia de plazos la cuestión tributaria frente a otras Administraciones como la referidas a la seguridad vial, salud, educación, etc. Y sostenemos que no era esa la intención dado que el propio artículo 149.18º de la Carta Magna fijaba como competencia exclusiva del estado “las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común”. Por lo que el procedimiento administrativo debía tener una vocación de

común, es decir, alejado de las diferencias y prerrogativas de una Administraciones frente a otras.

Por último, tampoco observamos que existan mayores complejos en la tramitación de un procedimiento de inspección de hacienda frente a otro procedimiento de inspección como, por ejemplo, en materia de medio ambiente. Por todo ello, la única explicación a la diferencia de trato por el Legislador es el hecho de la que primera sea la encargada de velar por el sostenimiento de los gastos públicos y ello, en definitiva, puede que sea una razón material de peso, pero no de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

AYALA MUÑOZ, J. M. (AAVV): *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.

CABALLERO SÁNCHEZ, R.: *Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo*, McGraw-Hill, Aravaca (Madrid), 1999.

GÓMEZ PUENTE, M.: *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.

HERNÁNDEZ GUJJARRO, F.: "La repetición de actos administrativos tributarios una vez han sido anulados por sentencia judicial, con independencia de cuál haya sido el vicio o defecto determinante de la anulación", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº2, 2015.

MEDIACIÓN PENAL Y VIOLENCIA EN EL MARCO DE UNA
RELACIÓN DE AFECTIVIDAD, UNA ASIGNATURA PENDIENTE*

*CRIMINAL MEDIATION IN GENDER AND DOMESTIC VIOLENCE, A
PENDING SUBJECT.*

Rev. Boliv. de Derecho N° 26, julio 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 488-499

* "Tristes armas si no son las palabras" - Miguel Hernández-



Raquel
BORGES
BLÁZQUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de febrero de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 10 de abril de 2018

RESUMEN: El tradicional proceso penal no es capaz de dar respuesta a la violencia en el hogar debido a que sus víctimas tienen una característica que no se da en las víctimas del resto de delitos: la relación de afectividad. La mediación es una fórmula de resolución de conflictos en auge y es por ello que debemos preguntarnos, ¿es recomendable la mediación en estos supuestos de violencia?

PALABRAS CLAVE: Proceso Penal, violencia doméstica y de género; mediación penal; medios alternativos de resolución de conflictos, relación de afectividad.

ABSTRACT: Traditional criminal procedure cannot solve domestic violence cases. Domestic violence victims are different to the rest of victims because they have a specific characteristic that does not appear in the victims of other crimes: an affectivity relationship with the aggressor. Mediation is a conflict resolution tool that has developed an increase in its use in Spain and that is why we have to ask ourselves: is mediation advisable in these cases?

KEY WORDS: Criminal procedure; domestic and gender violence; criminal mediation; alternative dispute resolution, affectivity relationship.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA EN EL MARCO DE UNA RELACIÓN DE AFECTIVIDAD.- III. LA POSIBILIDAD DE UNA MEDIACIÓN PENAL. ESPECIAL REFERENCIA A LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.- I. En contra de la mediación penal.- 2. A favor de la mediación penal.- IV. UNA APUESTA POR LA MEDIACIÓN PENAL.

I. INTRODUCCIÓN.

Hace tiempo que, a instancias de los jueces, se viene apuntando las dificultades inherentes a determinados conflictos que, aunque constitutivos de un delito, tienen su origen en un problema de naturaleza social o psicológica¹. De manera incomprensible se pide al derecho penal que dé solución a una situación de violencia en la (ex) pareja en la que una parte somete a la otra a todo tipo de vejaciones, dolor y miedo. Pero, ¿puede el sistema judicial español resolver estos conflictos? Ni puede, ni es su cometido. La justicia puede y debe proteger a la víctima y castigar al victimario. También debe poder rehabilitarlo, al ser éste un mandato constitucional². Pero en los asuntos de familia el problema que subyace de fondo va más allá de aquello juzgado en el correspondiente juicio oral (golpes, insultos, vejaciones...) con pleno respeto de los derechos procesales de ambas partes. Víctima y victimario no son dos personas que no vayan a volver a encontrarse en su camino, todo lo contrario: en un gran porcentaje no van a querer separarse, después de un tiempo van a reencontrarse o van a tener la necesidad de dialogar sobre aspectos comunes que les unen ya sean hijos, bienes, hipotecas... Y es aquí donde el lenguaje jurídico empieza a no entender nada³.

La mayoría de las mujeres que acuden a un juzgado denunciando hechos de violencia por parte de sus parejas no desean una respuesta judicial, buscan una solución a un problema de falta de aptitudes para la convivencia. A estas

1 MARTÍNEZ GARCÍA, E. "Capítulo 14: posibilidades reales que ofrece la mediación penal en los procesos por violencia de género: violencia leve, primaria, perfiles de las partes y modelo procesal recomendable", en AA.VV.: *Justicia civil y penal en la era global* (ed. por S. BARONA VILAR), Tirant lo Blanch alternativa, 1ª ed., Valencia, 2017, p. 415.

2 De acuerdo con el apartado segundo del artículo 25 de la Constitución Española *Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados.*

3 MARTÍNEZ GARCÍA, E.: ¿Es suficiente la respuesta de la justicia ante la violencia de género? Propuesta de nuevas estrategias dentro y fuera del proceso penal. *Diario La Ley*, 2017, núm. 9055, p. 3.

• Raquel Borges Blázquez

Grado en Derecho (2014), Máster de Acceso a la Abogacía (2016) y Máster en Derecho y Violencia de Género (2016) por la Universidad de Valencia. Actualmente es FPI adscrita al proyecto DER 2015-70568-R en el Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de dicha universidad.

mujeres les resultan ajenos los términos indemnización, prisión, alejamiento o prohibición de comunicarse y son éstos los únicos pronunciamientos que la justicia puede manifestar. No es eso lo que buscan, solo quieren que el agresor se responsabilice del daño causado y la situación de maltrato finalice. La tipificación del sujeto pasivo como mujeres unidas por análoga relación de afectividad a la del cónyuge, aún sin convivencia, ha dado lugar a una heterogeneidad de supuestos, muy diferentes unos de otros, a los que el legislador ha otorgado *ex lege* el mismo tratamiento. Pero la solución real al conflicto no llegará hasta que dejemos de concebirlo únicamente en términos represivos⁴ y seamos conscientes de que “si no arreglamos el problema –de fondo- la inercia del sistema acabará con los dos en la cárcel, acusados de múltiples delitos de maltrato y quebrantamiento de medida cautelar, mientras ellos siguen repitiendo que se quieren, pero que cuando discuten se pegan”⁵.

II. LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA EN EL MARCO DE UNA RELACIÓN DE AFECTIVIDAD.

Hay una característica de las víctimas de violencia de género y doméstica⁶ que no encontramos en ningún otro tipo penal y es la relación de afectividad existente entre víctima y agresor. La relación de afectividad es, junto al desequilibrio en que se encuentran las partes del conflicto⁷, la clave interpretativa de este tipo de delitos⁸.

Cuando a una persona le roban el coche quiere recuperarlo lo más intacto posible y, mientras le dure la indignación por el delito sufrido, también querrá que el individuo que le ha robado sea castigado por ello y -a poder ser- que vaya a la cárcel. Y estas motivaciones no van a diluirse a lo largo del tiempo, ni se matizarán, ni se abandonarán y recuperarán cíclicamente a lo largo del proceso. Las motivaciones de la víctima son congruentes con el funcionamiento de la maquinaria policial y judicial de la persecución del delito y castigo del culpable. Nadie siente nada por nadie. La víctima no parará hasta que recupere el coche y

4 ORGA LARRÉS, J. C.: *Violencia de género. Mi experiencia como juez*. Thomson-Aranzadi, 1ª ed., Madrid, 2008, pp. 12-13.

5 ORGA LARRÉS, J. C.: *Violencia de género. Mi experiencia como juez*, cit., pp. 141-142.

6 La LO 1/2004 diferencia entre víctimas de violencia de género y víctimas de violencia doméstica otorgando a las mujeres víctimas de violencia en el hogar una mayor protección que a otros sujetos pasivos víctimas de violencia en el ámbito del hogar. En el caso de mujeres en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con o sin convivencia, éstas también son consideradas sujeto pasivo del delito. Más tarde, la LO 8/2015 incluye a los hijos menores de edad como víctimas de violencia de género. El requisito que diferencia a este tipo de víctimas de las víctimas de otros delitos es la existencia de una relación de afectividad -ya sea como pareja o como ascendientes y descendientes- con independencia de la edad y el sexo. Es por ello que, aunque en este artículo nos centraremos en las víctimas de violencia de género, entendemos que lo dicho es extrapolable a cualquier víctima que tenga una relación de afectividad con el agresor.

7 Existe un desequilibrio en el momento en el que una de las partes hace uso de la violencia física o psicológica de manera más o menos habitual para doblegar la voluntad de la otra.

8 MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “Capítulo 14: posibilidades reales que ofrece la mediación penal en los procesos por violencia de género: violencia leve, primaria, perfiles de las partes y modelo procesal recomendable”, cit., p. 418.

el victimario sea condenado, salvo que el transcurso del tiempo sin encontrar al culpable traiga consigo la prescripción del delito y, consecuentemente, la cesión del interés del estado en la persecución de la infracción. Su motivación tampoco desaparecerá, en todo caso se verá diluida por el hastío de la burocracia unida al paso del tiempo hasta que logre, en su caso, lo que siempre ha sido su lógico e inquebrantable objetivo: recuperar el coche y que el culpable pague por ello. La víctima de un robo no va a abrazarse llorando al ladrón en la puerta de los juzgados, no va a pedir al juez que le permita vivir con el ladrón, no va a llamar por teléfono al ladrón pidiéndole que vuelvan a intentarlo y asegurándole que va a confiar en que no vuelva a robarle ni pedirá el indulto para el ladrón en caso de que finalmente sea condenado. La víctima de un robo no hará nada de eso porque no quiere al ladrón, si lo quisiera viviríamos en el mundo al revés. Pero la maquinaria policial y judicial diseñada por el legislador para combatir la violencia en el marco de una relación de afectividad (pareja presente o pasada, hijos, padres, abuelos, nietos, hermanos...) opera igual que la que opera para la persecución de un robo. Y, a diferencia de lo que ocurre en el robo o en el resto de infracciones penales de carácter público, en materia de violencia en el marco de una relación de afectividad la víctima sí quiere a su agresor⁹.

Los delitos deben castigarse, pero el tradicional proceso penal no es la única solución al problema de la violencia en el marco de una relación de afectividad y debemos contemplar más alternativas¹⁰. Entre ellas, la mediación penal. Con la mediación penal se busca 1) dar voz a la víctima en el proceso para así comprender y respetar sus intereses cuando éstos no sean contrarios al orden público y 2) que el agresor se responsabilice del daño causado y lo repare como presupuesto para su rehabilitación. La suma de ambas premisas hace que el compromiso o acuerdo no sea una pena independiente al bien jurídico dañado, al contrario: tiende a restablecerlo¹¹.

III. LA POSIBILIDAD DE UNA MEDIACIÓN PENAL. ESPECIAL REFERENCIA A LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

El conflicto es inherente al ser humano y puede ser una discusión en el trabajo, una riña familiar o el enfrentamiento bélico entre dos estados. Su antítesis es la intención de resolverlo para recuperar la paz social y existen también múltiples formas de resolución, desde el diálogo entre padres e hijo hasta el proceso judicial penal. En el caso de la violencia en el hogar (doméstica o de género dependiendo del sujeto activo y pasivo del delito), el conflicto -por caer dentro del ámbito

9 ORGA LARRÉS, J. C.: *Violencia de género. Mi experiencia como juez*, cit., pp. 21-22.

10 HÉRCULES DE SOLÁS CARDEÑA, M.: "La mediación como herramienta resolutoria en determinados casos de violencia de género", *Documentos de Trabajo Social*, 2013, núm. 52, p. 156.

11 MARTÍNEZ GARCÍA, E.: "Capítulo 14: posibilidades reales que ofrece la mediación penal en los procesos por violencia de género: violencia leve, primaria, perfiles de las partes y modelo procesal recomendable", cit., p. 420.

de aplicación del derecho- trasciende del ámbito de lo privado a lo público. La principal respuesta del derecho para la solución de controversias es el proceso judicial, terminando con un vencedor y un vencido. Esta dinámica hace que las partes abandonen el diálogo de fondo para resolver el conflicto y sus direcciones letradas acaben buscando una verdad meramente formal, procesal y hasta teatral. Muy pocas veces va a buscarse la verdad material de las cosas. Si nos centramos únicamente en el ámbito penal, por ser éste donde van a instruirse y juzgarse los litigios por violencia de género y doméstica, la justicia va encaminada al castigo del/ la culpable. El proceso penal es un monólogo basado en interrogatorios de víctima, victimario y testigos dirigido a castigar por el delito cometido y al cumplimiento de funciones más simbólicas que reales. El derecho procesal penal olvida el valor de las palabras para la resolución de conflictos y tiene a la víctima como un convidado de piedra. Y es por esto que estos últimos años se está produciendo una huida del derecho penal tradicional y los ciudadanos comienzan a buscar formas alternativas de resolución de conflictos¹² pues más vale un mal acuerdo que un buen pleito.

La justicia penal tradicional no es precisamente el paradigma de satisfacción de la víctima. Es una justicia represiva que busca la condena e ingreso en prisión del delincuente. A esta justicia no le interesa la mediación-conciliación entre las partes encontradas y olvida que ésta deviene necesaria para que la víctima obtenga una reparación efectiva del daño¹³. Apunta MARTÍNEZ que solo la verdad responsabiliza al que ha cometido un delito y en ella la víctima puede verse reconocida, pero estos fines quedan fuera del tradicional proceso penal¹⁴. Y es en este contexto donde surge el ideal de la mediación penal y/o justicia restaurativa como alternativa y complemento al proceso penal. Pero, al contrario que la mediación civil y laboral, la mediación penal no parte de un conflicto entre iguales. En la mediación penal la comisión de una infracción penal es presupuesto esencial para la activación de la maquinaria mediadora donde, además, deberá participar un tercero encargado de ejercer el monopolio de la persecución del delito, el cual, en todo caso, deberá ser castigado¹⁵.

En España no disponemos de regulación legal para la mediación penal con carácter general. Si hay, en cambio, previsión expresa para el ámbito del proceso penal de menores y exclusión expresa en los supuestos de violencia de género¹⁶. Con la entrada en vigor de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas

12 VILAPLANA RUIZ, J.: "Mediación y violencia de género". *Diario La Ley*, 2014, núm. 8340, p. 2.

13 JIMENO BULNES, M.: "¿Mediación penal y/o justicia restaurativa? una perspectiva europea y española", *Diario La Ley*, 2015, núm. 8624, p. 2.

14 MARTÍNEZ GARCÍA, E.: "Mediación penal en los procesos por violencia de género. Entre la solución real del conflicto y el ius puniendi del estado", *Revista de Derecho Penal*, 2011, núm. 33, p. 11.

15 RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: "Mediación penal y violencia de género". *Diario La Ley*, 2011, núm. 7557, p. 1.

16 Desarrollaremos esta idea en el próximo párrafo.

sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y por la que se sustituye la Decisión Marco 2201/220/JAI del Consejo este panorama está cambiando ya que desde Europa sí se aboga por una mediación penal, prueba de ello es el artículo 12 de la citada directiva que establece el “derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora”¹⁷.

Llegados a este punto hemos de plantearnos si cabe –o no- mediación en violencia de género. En todos estos casos está vedada la mediación, sentencia el artículo 87 ter 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. De acuerdo con RODRÍGUEZ la prohibición sería únicamente a la mediación propia del derecho de familia en el ámbito de las competencias de los juzgados de familia. Este artículo hace referencia a la competencia penal en el apartado primero y del segundo al quinto se refiere a la competencia civil. Desde un punto de vista sistemático es fácilmente constatable como sólo el primer apartado del precepto desarrolla aspectos relativos a la competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer en materia penal. La falta de concreción del precepto ha llevado a gran parte de la doctrina a considerar que esta prohibición abarcaría también el ámbito penal pero este artículo no puede ir más allá de prohibir la mediación en un ámbito en el que sí existen normas que la regulan: la mediación civil. Porque ¿cómo vamos a prohibir la mediación penal en violencia de género si directamente nuestra legislación no contempla la mediación penal?¹⁸.

I. EN CONTRA DE LA MEDIACIÓN PENAL.

Apuntar la posibilidad de mediación penal en delitos de violencia de género no está exenta de reticencias debido a la particularidad social y jurídica de estos delitos, así como la evolución de su tratamiento procesal en el sistema penal español. La mediación tiene como objetivo la recomposición de las relaciones entre las partes y por eso suscita rechazo como posible respuesta a los delitos cometidos en el ámbito del hogar. Para aceptar la mediación penal como posible vía hemos de comprender que su objetivo no es salvar la relación existente –aunque pueda conseguirlo- sino que los acuerdos alcanzados en primer lugar garanticen la protección de la víctima y en segundo lugar sirvan para que el victimario reconozca la ilicitud de sus actos y los censure¹⁹.

Los detractores de la mediación indican que no estamos ante un conflicto familiar, sino ante una manifestación de violencia. Los términos “disputa” o “conflicto” pueden sugerir que se trata de un conflicto en el que ambas partes están implicadas y restar importancia al hecho de que el comportamiento relevante

17 JIMENO BULNES, M.: “¿Mediación penal y/o justicia restaurativa? una perspectiva europea y española”, cit., pp. 1-2.

18 RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: “Mediación penal y violencia de género”, cit., pp. 9-10.

19 HERCULES DE SOLÁS CARDEÑA, M.: “La mediación como herramienta resolutoria en determinados casos de violencia de género”, cit., p. 265.

es la agresión, cometida solo por una de las partes, y que la víctima carece de corresponsabilidad por ésta. Hacer uso de la mediación podría suponer la pérdida del efecto simbólico o de prevención general característico del derecho penal. El hecho de no aplicar el sistema judicial penal puede enviar un erróneo mensaje de laxitud a la ciudadanía que trivializaría la agresión y convertiría, nuevamente, este tipo de violencia en un asunto privado. Y esto, en opinión de RENEDO, supondría un retroceso en las medidas legislativas que se han ido adoptando los últimos años para visibilizar la violencia en el hogar (tanto doméstica como de género)²⁰.

2. A favor de la mediación penal.

La mayoría de las mujeres que acuden a un juzgado como denunciantes por delitos de violencia contra la mujer son personas que están pasando por un momento emocionalmente intenso y que se ven obligadas a enfrentarse a una realidad desagradable, pero están capacitadas para tomar sus propias decisiones. Es por ello que ORGA apunta la paradoja que supone que el primer párrafo de la Exposición de Motivos de la LO 1/2004 indique que se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión y esta misma ley dé por hecho que haber sido víctima de maltrato les prive de su capacidad de decisión sobre cómo y con quién quieren vivir²¹.

Pero no todo es anomia en nuestro sistema penal con respecto a la justicia restaurativa, el propio código penal recoge la confesión del culpable o la reparación del daño como posibles atenuantes, siendo que ambas instituciones responden a los parámetros de la justicia restaurativa. Si nos cuestionamos desde el punto de vista criminal la conveniencia de la instauración de la mediación penal en episodios de violencia de género hemos de decir que hay que descartar una mediación general siempre y en todo caso. Existen situaciones sociológicamente patológicas y comportamientos tan arraigados que no son susceptibles de redención. Sin embargo, y es aquí donde debemos centrar los términos del debate, no en todas las situaciones en que se comete un delito prima la desigualdad fruto de la dominación del hombre sobre la mujer. Existen supuestos en los que el conflicto penal es ocasional y es aquí donde hacer uso de una mediación penal podría ser más beneficioso que recurrir al tradicional proceso penal. La mediación permite que la víctima recupere su posición de igualdad con respecto a su agresor, que reconoce el desvalor de su acción. No se busca una verdad procesal, es posible llegar a la verdad ontológica y esto en sí mismo deviene reparación para muchas víctimas. Además, se evitará la victimización secundaria que trae consigo el

20 RENEDO ARENAL, M.A.: "¿Mediación en violencia de género? No, gracias", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2014.

21 ORGA LARRÉS, J. C.: *Violencia de género. Mi experiencia como juez*, cit., pp. 94-95.

procedimiento donde muchas veces la perjudicada acaba culpabilizándose por el mal causado²² a su agresor fruto de la denuncia y ulterior condena²³.

Si un hombre llega a casa y porque su mujer le ha servido la sopa fría le lanza el plato a la cara, rompiéndole la nariz y varios dientes, delante de su hijo pequeño a quién parte el labio cuando se abraza a su madre pidiendo a su padre que deje de pegar a su madre, éste no es un conflicto de convivencia que pueda solucionarse con mediación. Él es un delincuente y debe ser neutralizado para que no haga más daño hasta que cumpla su condena y pueda, en su caso, reinsertarse en la sociedad. En cambio, si una pareja discute acaloradamente y, estando los dos alterados, ella le insulta y él la zarandeo y le dice que no vuelva a insultarlo es éste un conflicto de convivencia que puede solucionarse con mediación. La LO 1/2004 instaura un igualitarismo legislativo para supuestos heterogéneos que trae consigo la prohibición de mediación en todo caso. Y esta construcción normativa sirve para neutralizar a un hombre violento, agresivo y peligroso respecto del que su pareja o sus hijos necesitan una protección, pero no sirve para solucionar el problema de base en estadios tempranos porque la ley prohíbe sentarse a hablar para solucionarlo²⁴.

IV. UNA APUESTA POR LA MEDIACIÓN PENAL.

Si no se aborda con plenitud y dentro del proceso penal el conflicto existente, la simple imposición coactiva de la pena es incompatible con la relación de afectividad que muchas veces las partes quieren seguir manteniendo, con su perpetuación de roles de víctima y victimario, así como con la consecuente elevación del nivel de riesgo para la víctima. Y esta triste realidad se va a repetir impongamos o no la pena porque el conflicto real y la pretensión van por cauces dispares. Ante esta situación MARTÍNEZ propone 1) que en supuestos tasados y bajo condiciones se intente llegar a la raíz del conflicto con el reconocimiento del maltrato por parte del agresor y el compromiso de cambio su la conducta que traerá consigo la reparación de la víctima; 2) que se dé voz a la víctima y se respete, siempre y cuando sea compatible con el orden público, su decisión y 3) que la mediación se encuentre dentro del proceso penal para así mandar a la sociedad el mensaje de condena al maltrato y de posible reinserción del maltratador²⁵.

Con la mediación penal buscamos dar respuesta a un conflicto a tres bandas. En primer lugar, garantizar el interés del estado en reprimir, en su caso, la

22 No es raro escuchar que las víctimas, las cuales en muchos casos todavía quieren a su victimario, digan que solo quieren que deje de pegarles, pero no que vaya a la cárcel. En algunos casos llegan incluso a retirar la denuncia cuando son conscientes de las consecuencias que puede tener para el victimario.

23 VILAPLANA RUIZ, J.: "Mediación y violencia de género", *Diario La Ley*, 2014, núm. 8340, p. 3.

24 ORGA LARRÉS, J. C.: *Violencia de género. Mi experiencia como juez*, cit., p. 150.

25 MARTÍNEZ GARCÍA, E.: "Capítulo 14: posibilidades reales que ofrece la mediación penal en los procesos por violencia de género: violencia leve, primaria, perfiles de las partes y modelo procesal recomendable", cit., p. 419.

infracción cometida por el agresor. En segundo lugar, dar respuesta al conflicto concreto con el reconocimiento del hecho por parte del agresor y la garantía de resarcimiento moral y/o patrimonial a la víctima. En tercer lugar, la mediación permite ir a la génesis del problema y -en determinados casos y respetando siempre las limitaciones del objeto de la mediación- puede abrir una vía al diálogo para solucionar el conflicto psicológico o social subyacente que nuestros tribunales no son capaces de resolver²⁶.

La mediación penal no debe suponer en ningún caso una relajación del elemento público a favor del privado porque la manifestación de violencia física o psicológica es un atentado grave que debe ser condenado. Este tipo de violencia tiene una base afectiva y cultural que hace que el victimario tenga comportamientos asociales con respecto de los miembros del hogar. Con la mediación se intenta crear un marco para hablar y negociar, pero nunca minimizar el desvalor de los actos violentos. Cuestión diferente es que si con la mediación se atajan las causas de la violencia sea razonable una modulación del *ius puniendi* según el tipo de violencia siempre y cuando este diálogo se produzca en el marco de un proceso judicial con el restablecimiento del equilibrio entre las partes. Si ésta última premisa no se genera, ni jueces ni fiscales –responsables de velar por el orden público- deben permitir derivar a mediación el caso concreto. Solo puede ser mediable la violencia leve, nunca la habitual, y esto podría reducir mucho el campo de aplicación de una posible mediación, pero es el único margen donde dos personas en crisis de convivencia pueden sentarse a hablar para solucionar las cosas²⁷.

26 RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: "Mediación penal y violencia de género", cit., p. 2.

27 MARTÍNEZ GARCÍA, E.: "Capítulo 14: posibilidades reales que ofrece la mediación penal en los procesos por violencia de género: violencia leve, primaria, perfiles de las partes y modelo procesal recomendable", cit., pp. 420-421.

BIBLIOGRAFÍA

HÉRCULES DE SOLÁS CARDEÑA, M.: "La mediación como herramienta resolutoria en determinados casos de violencia de género", *Documentos de Trabajo Social*, 2013, núm. 52.

JIMENO BULNES, M.: "¿Mediación penal y/o justicia restaurativa? Una perspectiva europea y española", *Diario La Ley*, 2015, núm. 8624.

MARTÍNEZ GARCÍA, E.: "Mediación penal en los procesos por violencia de género. Entre la solución real del conflicto y el ius puniendi del estado", *Revista de Derecho Penal*, 2011, núm. 33.

MARTÍNEZ GARCÍA, E.: "¿Es suficiente la respuesta de la justicia ante la violencia de género? Propuesta de nuevas estrategias dentro y fuera del proceso penal", *Diario La Ley*, 2017, núm. 9055.

MARTÍNEZ GARCÍA, E.: "Capítulo 14: posibilidades reales que ofrece la mediación penal en los procesos por violencia de género: violencia leve, primaria, perfiles de las partes y modelo procesal recomendable", en BARONA VILAR, S. (Ed.): *Justicia civil y penal en la era global*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1ª ed., 2017.

ORGA LARRÉS, J.C.: *Violencia de género. Mi experiencia como juez*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 1ª ed., 2008.

RENEDO ARENAL, M. A.: "¿Mediación en violencia de género? No, gracias". *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2014.

RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: "Mediación penal y violencia de género", *Diario La Ley*, 2014, núm. 7557.

VILAPLANA RUIZ, J.: "Mediación y violencia de género", *Diario La Ley*, 2014, núm. 8340.



COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES



LA PRUEBA PRECONSTITUIDA EN CASOS DE VÍCTIMAS
ESPECIALMENTE VULNERABLES. COMENTARIO A LA STS NÚM.
848/2017, DE 22 DE DICIEMBRE (RJ 2017, 4595)

*PRECONSTITUTED EVIDENCE IN PARTICULARLY VULNERABLE
VICTIMS CASES. COMMENT ON STS NO. 848/2017, OF DECEMBER 22
(RJ 2017, 4595)*

Rev. Boliv. de Derecho N° 26, julio 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 502-513



Elisa
SIMÓ SOLER

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de marzo de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 10 de abril de 2018

RESUMEN: La sentencia aquí comentada permite analizar un instrumento legal de utilización excepcional que dota de valor probatorio a las diligencias de investigación practicadas fuera del acto del juicio oral. La posibilidad de hacer uso de la prueba preconstituida, cumpliendo con los parámetros de las garantías de los investigados, es ampliamente beneficioso para las víctimas especialmente vulnerables.

PALABRAS CLAVE: Prueba preconstituida; víctima; vulnerabilidad; garantías legales.

ABSTRACT: This paper is based on a ruling to analyze a legal instrument used under exceptional circumstances that provides the pretrial proceedings undertaken outside the trial with probative value. The possibility of using the preconstituted evidence, provided the parameters of the legal guarantees for the accused are guaranteed, could be widely beneficial for the particularly vulnerable victims.

KEY WORDS: Preconstituted evidence; victim; vulnerability; legal guarantees.

SUMARIO.- I. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS.- II. GARANTÍAS DEL INVESTIGADO.- III. CONCLUSIÓN.

SUPUESTO DE HECHO

Con fecha 15 de diciembre de 2016, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres dictó sentencia condenatoria contra Segismundo y Luis María por los delitos consumados de violencia psíquica y física habitual (artículo 173.1 y 2 del Código Penal), agresiones sexuales continuadas (artículo 179 en relación con el 180 del Código Penal) y prostitución (artículo 188.1, 2 y 4 c) del Código Penal) por parte de Segismundo contra su pareja Estrella, acusación particular en dicho procedimiento, y por el delito de prostitución y abuso sexual (artículo 181.1, 2 y 4 CP) contra Luis María, persona mayor de edad que conocía y tenía amistad con Segismundo.

Además, las penas privativas de libertad que ascienden, en Primera Instancia, a dieciséis años y seis meses para Segismundo y doce años para Luis María, llevan aparejadas las penas accesorias de privación de la tenencia y porte de armas, la prohibición de aproximación al domicilio, lugar de trabajo o lugares frecuentados por la víctima, la prohibición de comunicación con la misma, así como la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena. Se castiga también el delito de agresiones sexuales y abuso sexual con la medida de libertad vigilada posterior al cumplimiento de la condena prevista en el artículo 192 del Código Penal.

En lo que respecta al ámbito pecuniario, las costas del procedimiento se imponen a la parte condenada junto a una indemnización por daños morales de 60.000 € para Segismundo y de 50.000 € para Luis María.

Para la apreciación de los delitos se valoran los siguientes hechos probados. Estrella y Segismundo son dos personas declaradas incapaces judicialmente. La Sentencia núm. 635/2011 dictada por el Juzgado nº 3 de Cáceres, declaró la incapacidad total de Estrella para gobernarse por sí misma y para la administración

• **Elisa Simó Soler**

Graduada en Derecho (2016) y Ciencias Políticas y de la Administración Pública (2016) por la Universidad de Valencia, Máster en Derecho y Violencia de Género (Premio Extraordinario, 2017). Actualmente, estudiante del Máster Universitario en Abogacía en dicha Universidad y estudiante de Doctorado en el Programa Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional

de sus bienes dadas sus limitaciones volitivas y cognitivas que acreditaban un déficit intelectual de grado moderado, permanente e irreversible. Por su parte, Segismundo fue declarado incapacitado parcialmente por Sentencia núm. 105/2013 por el Juzgado nº 1 de Cáceres quedando la administración de los bienes limitada y sometida a curatela y, en concreto, de la vivienda arrendada en la que, desde junio de 2012, iniciaron la convivencia Estrella y Segismundo, quienes mantenían una relación de pareja desde hacía dos años. Estrella es, además, madre de dos hijos menores de edad cuya guarda y custodia recae en la abuela de los mismos pero los gastos de manutención son sufragados por Estrella con su pensión de incapacidad. De esta forma, Estrella es económicamente dependiente de Segismundo.

La dependencia no sólo se derivaba de la exclusiva aportación de ingresos por parte Segismundo sino también de la sumisión emocional a la que se vio sometida desde el inicio de la relación por actos de maltrato que son constitutivos de violencia de género tales como empujones, pellizcos, golpes, impedimento de salir a la calle (encerraba a Estrella en la habitación sin dejarle salir y le quitaba las zapatillas y la ropa) y amenazas de no ver a su familia y de futuras agresiones por parte de un sujeto que el acusado identificaba como Isaac -primo policía de Segismundo- pero de quien se desconoce su verdadera existencia.

La participación de Luis María en los hechos se produce a raíz de la amistad que mantenía con Segismundo desde 2009 al acudir a la misma Asociación de Discapacitados ADEX. Para remediar la situación de precariedad económica de Estrella y, prevaliéndose de la incapacidad conocida de ambos, le propuso a Segismundo la posibilidad de que Estrella ejerciera la prostitución con la finalidad de aportar dinero a la relación y así evitar el enfado de su pareja. Luis María y Segismundo, controlaban el ejercicio de la prostitución de Estrella, desde su preparación para la captación telefónica de clientes, el visionado de pornografía como medio de aprendizaje, hasta la apropiación y reparto de las ganancias de Estrella entre los condenados, entregando a Estrellas solamente tabaco.

Ambos condenados obligaban a Estrella a ejercer la prostitución bajo amenazas de muerte, imposibilidad de ver a sus hijos o de agresiones por parte del primo de Segismundo. (sexo anal, sexo sádico o sexo sin preservativos) cuando ella expresamente había manifestado su rechazo a tal actividad. Las relaciones sexuales no consentidas también se produjeron durante la relación con Segismundo, quien la forzaba a través del empleo de la fuerza y de las amenazas. Asimismo, también era sometida por Luis María, llegando a realizar “un trío” en un viaje a Portugal para acostumbrarse a dichas prácticas con los clientes.

El Tribunal Supremo resuelve dos recursos de casación interpuestos por las defensas de Segismundo y Luís María, partiendo de la denuncia de falta de imparcialidad del juez (artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo

5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 24.1 de la Constitución Española). Petición que acaba siendo desestimada. En segundo lugar, se alega el quebrantamiento de forma por denegación indebida de la utilización de diligencias de prueba (artículos 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 24.1 de la Constitución Española), motivo también desestimado por una interpretación extensa y sistemática de los presupuestos y requisitos materiales -necesidad, utilidad, pertinencia y posibilidad- para la aceptación por parte del Juez de la proposición de prueba. En tercer lugar, alegan, y es desestimada por el Alto Tribunal, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 24.2 de la Constitución Española).

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La vulneración del derecho a la presunción de inocencia constituye el elemento nuclear de este comentario, esto es, la utilización de la prueba preconstituida y la apreciación de déficits en su práctica por parte de la defensa que supondrían un ataque al principio de presunción de inocencia. Al respecto las partes recurrentes alegan la “inutilizabilidad” absoluta de la declaración de la víctima, pues no lo hizo en el acto del juicio oral, sino que se reprodujo una grabación de su declaración durante la Instrucción. La petición consiste en la denegación de la prueba y, por ende, que no sea valorada. Sin embargo, El Tribunal resuelve que la declaración de la víctima es prueba valorable por los siguientes tres motivos (F.D.7º): “Es prueba hecha a presencia judicial, y con intervención activa de las partes a través de las direcciones letradas”; “Es prueba que fue objeto de grabación y luego se reprodujo en el acto del juicio oral donde fue visionado por Tribunales y partes” y “El hecho de que los investigados no estuviesen presentes durante esa diligencia no lastra hasta el punto de hacerla inválida la prueba”.

En definitiva, argumenta el Tribunal Supremo que, pese a que la prueba no fuera formalmente practicada con el carácter de preconstituida ni tampoco en la fase de juicio oral, goza de suficiente claridad epistémica y garantista como para ser prueba homologable y ser valorarla por los magistrados.

COMENTARIO

I. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS.

La regla general es que la práctica de la prueba tenga lugar en el acto del juicio oral ante el Tribunal encargado de enjuiciar y dictar sentencia, por lo que la prueba preconstituida reviste el carácter de excepcional en el Ordenamiento Jurídico español. En concreto, está prevista en los artículos 448 y 449 de la LECrim para el procedimiento ordinario, en el caso del procedimiento abreviado en el artículo

777.2 de la LECrim y en el artículo 797.2 de la LECrim para el procedimiento rápido de determinados delitos.

En España ha tenido lugar una evolución jurisprudencial y de la técnica jurídica fruto de la promulgación de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos (DOUE L 315/57, 14 de noviembre de 2012) y de la entrada en vigor en octubre de 2015 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015).

El Estatuto de la Víctima del Delito (en adelante, EVD) aspira a ser una norma protectora y garantista de los derechos de las víctimas en el proceso penal, pero al mismo tiempo trata de favorecer una óptica distinta desde la victimología y la Justicia Restaurativa como nuevos marcos teóricos y doctrinales en el ámbito del Derecho penal y procesal. Esta nueva corriente aboga por impulsar la idea-fuerza de que una mayor protección de las víctimas, que no viene dada por la imposición de un mayor reproche penal al delincuente, sino por la introducción de la noción de reparación de las víctimas como objetivo privilegiado dentro de proceso penal a través de nuevas vías como la reparación del daño, la responsabilidad civil derivada del delito o la implementación de programas específicos de ayuda.

En este sentido, los artículos 20 a 26 del EVD contienen un listado de derechos para evitar el riesgo de que las víctimas que se ven inmersas en un procedimiento penal puedan sufrir victimización secundaria. El derecho a evitar contacto con agresor (art. 20), la protección de la víctima durante la agresión (art. 21), el derecho a la protección de la intimidad (art. 22), la evaluación individual de las necesidades de protección (arts. 23 y 24), las medidas de protección durante la fase de investigación y enjuiciamiento (art. 25) pero, en especial, las medidas de protección para menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección previstas en el artículo 26 del EVD están íntimamente relacionadas con la prueba preconstituida y con el caso objeto de estudio.

Dicho precepto establece en su apartado 1, en concreto, que “las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal” con la posibilidad de que la intervención de las partes para la toma de declaración se realice a través de expertos. Aclara la STS 96/2009, 10 marzo de 2009 (RJ 1804/2009) en su F.D.6º, que “ser instrumento emisor de las preguntas formuladas a un menor, cuando lo que se persigue es preservar su equilibrio emocional al relatar unos graves hechos de abuso sexual, constituye un modo de ejercer la función para la que se requiere su presencia. [...] Eso no significa que el interrogatorio lo dirija el experto, sino el Juez de Instrucción

con intervención de las partes presentes, bajo el control de aquél y por medio instrumental del experto”.

La particularidad que ofrecen los delitos castigados en el presente supuesto reside en la clandestinidad en su comisión, carácter que dota de especial relevancia y utilidad al recurso a la prueba preconstituida, así como la situación de especial vulnerabilidad de la víctima.

Por lo que respecta al primer elemento, la preconstitución de la prueba es efectiva en aquellos casos en los que la declaración de la víctima es la única prueba directa sobre los hechos, ya que las restantes suelen ser declaraciones de testigos de referencia a quienes la víctima les ha narrado los hechos, ya sean familiares o profesionales especializados que evalúan las condiciones y el grado de credibilidad del relato. Normalmente esta circunstancia tiene lugar cuando el delito se comete en el ámbito del hogar y en los delitos contra la indemnidad sexual como ocurre con Estrella. La STS 96/2009 fue pionera al considerar la idea de “imposibilidad” para testificar en juicio oral y ampliar su apreciación más allá de lo previsto legalmente cuando “exista riesgo cierto de producir con el testimonio en el Juicio Oral graves consecuencias para la incolumidad psíquica y moral de menores de edad víctimas de delitos de contenido sexual” (F.D. 4º.2).

En cuanto al segundo aspecto, es posible “considerar víctimas vulnerables a las personas que tienen un mayor riesgo de sufrir una victimización secundaria o re-victimización provocada por el sistema judicial, con una escasa capacidad para defender sus derechos sin ayuda, e incluso con el riesgo de ser excluidas por el sistema”. Del articulado del EVD se desprende que se consideran como tal a los menores y a las personas con diversidad funcional. En la sentencia del Tribunal Supremo consta expresamente que la testifical de Estrella “se hizo valer mediante la reproducción de la grabación en el juicio oral, sin su renovada práctica, por razones victimológicas: la discapacidad de la víctima desaconsejaba la reiteración de un nuevo interrogatorio cruzado”.

En efecto, en la exposición de los hechos queda constancia de que Estrella no sabe leer ni escribir y de que es “una persona altamente sugestionable, inmadura y con escasa capacidad de iniciativa y de resistencia ante presiones externas, con déficit de asertividad (esto es, posee escasa actitud de autoafirmación y defensa de sus derechos personales, incluyendo como parte de ellos la expresión de sus propios sentimientos, preferencias, opiniones y necesidades de una manera adecuada). A nivel cognitivo, cuenta con limitaciones en el razonamiento abstracto y dificultad para discernir las conductas adecuadas e inadecuadas”.

A esta circunstancia personal hay que añadir un segundo elemento, la condición de Estrella como víctima de violencia de género, tal y como queda conceptualizada

del artículo 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y del artículo 173.2 del CP. La condición de víctima de violencia de género podría ser de igual modo considerada, ya que la reiteración del número de ocasiones en las que la víctima es sometida a interrogatorio podría constituirse como un factor de victimización secundaria si existen razones fundadas y explícitas de producirle daños psicológicos acreditadas en un informe psicológico (STS 598/2015, 14 octubre 2015, RJ 4426/2015, F.D. 1º.3).

II. GARANTÍAS DEL INVESTIGADO.

El intento para que los derechos de las víctimas ocupen una mayor centralidad en el proceso penal no supone -ni debe suponer en ninguno de los casos- una disminución de las garantías de los investigados o acusados. Por este motivo, y en lo que respecta al ámbito de la prueba penal, el artículo 6.3 letra d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, reconoce el derecho de los testigos a “interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra”.

Sobre este aspecto la Sentencia aclara a partir de la reproducción de la STEDH, 19 febrero 2013 (Caso Gani contra España) que “la utilización como prueba de las declaraciones obtenidas en la fase de la investigación policial y de las diligencias judiciales, no entra, por sí misma, en contradicción con el artículo 6 §§ 1 y 3 (d), siempre y cuando, los derechos de la defensa hayan sido respetados”. Por tanto, la no presencia de los investigados durante la diligencia no invalida la prueba cuando ésta se realiza en presencia de sus letrados.

Dada su naturaleza de excepción a la regla general de la práctica de la prueba en el acto del juicio oral, es doctrina consolidada del Tribunal Supremo que para que la prueba preconstituida sea válida, se deben cumplir cuatro requisitos y presupuestos que recoge la STS 598/2015, 14 octubre 2015, (RJ 4426/2015) en su F.D.1º.3:

“a) Materiales: que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral;

b) Subjetivos: la necesaria intervención del Juez de Instrucción;

c) Objetivos: que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo; y

d) Formales: la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art.

730 LECrim, o a través de los interrogatorios, o si la disponibilidad de medios tecnológicos lo permite, mediante el visionado de la grabación de la diligencia, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron directamente en el juicio oral”.

De la sentencia se deriva que, *prima facie*, no se está propiamente ante una prueba preconstituida, sino ante una “prueba homologable”, ya que, si se analiza cada uno de los requisitos expuestos, todos ellos se cumplen en el presente caso.

La diversidad funcional de Estrella es causa legítima para evitar la reiteración de la declaración, por lo que la intervención del Juez de Instrucción en la práctica de la diligencia, se garantiza el principio de contradicción con la presencia e intervención de las respectivas direcciones letradas, pudiendo introducirse el contenido de la declaración en el sumario a través de su reproducción videográfica. En cuanto al principio de contradicción, cabe advertir que su vulneración supondría la nulidad de la prueba. No obstante, tal y como señala la sentencia, la ausencia de los imputados en la preconstitución probatoria como argumento para anular su valor no sólo no era exigible de la diligencia examinada al no tratarse formalmente de prueba preconstituida sino que siéndolo no es defecto invalidante de la misma.

III. CONCLUSIÓN.

La introducción de la prueba preconstituida en el proceso penal y su utilización con víctimas especialmente vulnerables supone una evolución positiva en la concepción de la Justicia. Frente a la tendencia histórica en la conceptualización del Derecho Penal como esfera dirigida a salvaguardar los derechos y las garantías de los acusados, la Justicia Restaurativa y la Victimología (re)evolucionan el Derecho Penal proponiendo una mayor atención por parte de los operadores jurídicos sobre el estado de la víctima en el ínterin del proceso.

La mayor presencia de la víctima en el proceso no supone una alteración del justo equilibrio entre derechos de las víctimas y garantías del acusado tal y como se ha podido observar del fallo de la sentencia analizada. Supone redirigir la mirada de la justicia hacia las víctimas especialmente vulnerables, favoreciendo que su participación en el proceso penal, tendente a su reparación, sea lo menos traumática posible, en el sentido de evitar que se vean expuestas a situaciones de victimización secundaria.

Es aquí donde la prueba preconstituida juega un papel fundamental, no sólo en favor de las víctimas sino en beneficio de las garantías del proceso puesto que asegura una reducción de relatos falsos (con la inmediatez del testimonio) y, por consiguiente, un alto grado de credibilidad de la narración de los hechos (con la evitación de la

contaminación por posibles manipulaciones). Se buscan las condiciones idóneas para que la víctima pueda expresar lo sucedido sin presiones ni malestares que puedan alterar su percepción o, incluso, causar un perjuicio psicológico por la mera exigencia de declarar en el acto del juicio oral. Además, otorga la ventaja de conocer hechos cometidos por sujetos que quizá quedarían absueltos si la víctima es la única prueba de cargo y se ve imposibilitada para declarar; ya que en este supuesto no se estarían poniendo todos los medios a disposición de la Administración de Justicia.

De la lectura de la sentencia se extrae que la prueba preconstituida evita, en definitiva, que la víctima tenga que (re)vivir en cada una de las declaraciones los hechos constitutivos de un delito contra su persona en modalidades delictuales tan graves como la violencia en el seno de la pareja o los abusos y las agresiones sexuales.

BIBLIOGRAFÍA

BLANCO GARCÍA, A. I.: "Estatuto de la Víctima del Delito. Trascendencia de una Ley", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, núm. 3, p. 774.

GONZÁLEZ, J. L., MUÑOZ, J. M., SOTOCÁ, A. y MANZANERO, A. L.: "Propuesta de Protocolo para la conducción de la prueba preconstituida en víctimas especialmente vulnerables", *Papeles del Psicólogo*, vol. 34(3), 2013, p. 227.

MARTÍNEZ GARCÍA, E.: *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 19-45.

MUERZA ESPARZA, J.: "Sobre el valor de la prueba preconstituida en el proceso penal", en JIMENO BULNES, M. y PÉREZ GIL, J.: *Nuevos horizontes del Derecho Procesal. Libro-Homenaje al Profesor Ernesto Pedraz Penalva*, Bosch, Barcelona, 2016, p. 775.



PANORAMA



EL DERECHO COMÚN: NOTAS SOBRE UNA REALIDAD
HISTÓRICO-JURÍDICA

COMMON LAW: NOTES ON HISTORICAL AND LEGAL REALITY

Rev. Boliv. de Derecho N° 26, julio 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 516-537



Sandra ADAMS

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de marzo de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 10 de abril de 2018

RESUMEN: El presente artículo intenta abordar algunas cuestiones referentes al origen y a la concepción técnica-jurídica que desarrollaron los glosadores a la hora de interpretar los textos jurídicos, lo que les permitió crear un método de exégesis del que, en buena parte, somos deudores. En suma, nuestro estudio se adentra dentro del ámbito del “ius commune”.

PALABRAS CLAVE: Derecho común; glosadores; metodología.

ABSTRACT: This article attempts to address some issues relating to the origin and the technical conception that the commentators when interpreting legal texts, developed which allowed them to create a method of exegesis of that, largely, we are debtors. In summary, our study goes deep within the scope of the “ius commune”.

KEY WORDS: Common law; commentators; methodology.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. CONSIDERACIONES SOBRE EL PRIMER FACTOR DETERMINANTE DEL IUS COMMUNE. LA RATIO NOMINIS DE LA TRIPARTICIÓN.- III. LA CUESTIÓN DEL MÉTODO.- IV. LA ACTITUD MENTAL ANTE LAS FUENTES Y EL MÉTODO CIENTÍFICO.

I. INTRODUCCIÓN.

Nos centramos en un período histórico en el que se reprodujo un fenómeno que suele acontecer en determinados momentos de la historia social de la humanidad, y que en este momento tuvo como denominador común el que fue homogéneo en los países de Europa Occidental y Central; nos referimos a que todos ellos tuvieron un derecho común, un *ius commune* así como una ciencia jurídica común.

El derecho común responde a un período histórico ya pasado, en el que se produjo un desarrollo de una vida económica, que es cada vez más activa, lo que tenía su lógica explicación porque se intensificaron las relaciones entre los pueblos así como se produjo una *commixtio* gradual entre grupos étnicos heterogéneos que viven asentados sobre un mismo suelo; son estos un conjunto de aspectos que llevarán al diseño y aparición del denominado *ius commune*, que, actualmente, es ya una mera reliquia histórica, por lo que se le considera un sistema normativo que actualmente carece de vigencia¹.

Como es conocido, la doctrina se refería a este derecho común, incluyendo en él el Derecho Romano-Canónico: dos habían sido los factores que fueron determinantes de esta nueva realidad, conocida como Derecho Romano-Canónico, por una parte, la existencia de un fenómeno de raíz cultural denominado Recepción, el redescubrimiento, recuperación y proyección en la Europa Central y occidental del “Corpus Iuris” justiniano, por otra, hay que hacer referencia al poder preponderante que tuvo la Iglesia de Roma a lo largo de la Edad Media, que dotará de entidad sustantiva y específica al Derecho Canónico, merced a la potestad judicial y legislativa que tuvieron los Pontífices.

I CALASSO, F.: *Introduzione al diritto comune*, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 42 ss.

• Sandra Adams

Licenciada en Filología, Universidad de Johannes Gutenberg, Maguncia (Mainz). Doctoranda en la Universidad Católica de Valencia. Título de la Tesis Doctoral: Ley versus Conciencia: Antígona. Correo electrónico: sadams@noatum.com

Nos encontramos ante la base histórica determinante que dará lugar a la aparición de la ciencia jurídica europea, cuando a esta base jurídica del “*Corpus Iuris*” justiniano se aplicaron las técnicas exegéticas y las formas de enseñanza propias de la enseñanza del “*Trivium*”².

Hablar de Derecho Común implica hablar de todo un proceso de elaboración y transformación, porque presupone la existencia de un derecho u otros derechos que están vigentes en el mismo territorio y que entran en contacto a raíz de concretas circunstancias históricas que se producen en el marco de las relaciones sociales. Es un derecho que se ha de entender como esencia de modelo universal, es decir, como un sistema *ad hoc*.

Ciertamente, se había considerado por parte de la doctrina que este dato cobraba su pleno sentido si se encuadraba como un epifenómeno dentro de una realidad social mucho más importante y significativa desde el punto de vista cultural, y que se caracterizaba como “renacimiento del siglo XII”, llamado así porque se había fraguado una nueva sensibilidad y una nueva conciencia cultural, que, proyectándose hacia el pasado, trataba de recuperar las grandes obras antiguas, y, por lo que a nosotros nos interesa, recuperar el derecho justiniano.

En este sentido, la doctrina ponía de relieve que en la medida en que esta tendencia enraizaba en la Escuela y en la enseñanza, la base cultural contenida en los textos antiguos se iba a convertir mediante el estudio crítico así como merced al hallazgo de ideas nuevas contenidas en los textos, que se tenían como fundamentales, en el motor de una nueva y decisiva etapa en la historia del saber.

Como indicábamos antes, en el campo de la ciencia jurídica, el “*studium civile*”, el estudiar desde el punto de vista científico el derecho, estará en íntima dependencia con la recuperación que se hizo por parte de la conciencia científica medieval de la doctrina clásica que aparecía recogida en el Digesto.

Como se pondrá de relieve, en esta gran época, observa la doctrina, la “*lex romana*” estaba llamada a imponerse, no sólo como la “*lex*” más expandida en todos los territorios indicados sino que era estrictamente la única “*lex*”, que contenía un sistema que era capaz de dar respuesta a todos los asuntos planteados en aquel complejo social y que consolidaba su prestigio por todos los territorios del imperio, tal como se recogía en el pensamiento antiguo que transmite este brocardo “*unum ius, cum unum sit imperium*”³.

2 COING, H.: *Derecho Privado Europeo. I. Derecho Común más antiguo 1500-1800*, Fundación General del Notariado, Madrid, 1996, pp. 31 ss; WIEACKER, F.: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967, pp. 22; 45 ss.

3 Seguimos a SAVIGNY, K. F.: *Storia del Diritto Romano nel Medio Evo*, Multigrafica editrice, Torino, 1854-1857 [Roma, 1972], pp. 669 ss; CALASSO, F.: *Introduzione*, cit. p. 43; COING, H.: *Derecho*, cit., pp. 33 ss.

II. CONSIDERACIONES SOBRE EL PRIMER FACTOR DETERMINANTE DEL IUS COMMUNE. LA RATIO NOMINIS DE LA TRIPARTICIÓN.

“Cum libri fuerunt portati (a Bolonia), fuerunt portati hi libri: Codex, Digestum vetus et novum et Institutiones; postea fuit inventum Infortiatum sine Tribus Partibus, postea fuerunt portati Tres libri, ultimo liber Authenticorum inventus est, et ista est ratio quare omnes libri antiqui habent separatum”.

Este es el testimonio de Odofredo, un testimonio que procede del siglo XIII con el que abrimos estas reflexiones. Según Odofredus en su comentario al *“Infortiatum”*, se pregunta por la razón de la estructura del Digesto y formula la pregunta:

“¿Quare ergo divisio ista facta fuit?” y responde a la pregunta, afirmando *“Maiores nostri ita referunt. Debetis scire, studium fuit primo Romae; postea propter bella quae fuerunt in Marchia destructum est studium, tunc in Italia secundum locum obtinebat Pentapolis quae dicta Ravenna postea ... postmodum fuit traslatum studium ad civitatem istam”.*

Comenzamos las siguientes consideraciones a partir del dato, que señala este testimonio, cuando la Escuela de derecho fue trasladada de Roma a Rávena y de allí a Bolonia, llamada y destinada a ser la sede *kat j ejxoch;n* en la enseñanza del derecho romano, cuyo punto a quo hay que situarlo a finales del siglo XI.

El traslado de los libros de derecho se verificó de modo paulatino y de acuerdo con un orden, según el cual, en primer lugar se trasladó el Codex, el *“Digestum vetus”*, el *“Digestum novum”* y las *“Instituta”*; posteriormente el *“Infortiatum”*, no dividido; a continuación los *“tres libri”* (los *“libri”* 10-12 del Codex) y finalmente el *“Authenticum”*.

El proceso consistió en ir explicando, palabra por palabra, todos los textos del *“Corpus Iuris”*, de modo muy particular todos los recogidos en el Digesto de Justiniano, que los glosadores dividieron en cinco partes:

- 1) *“Digestum vetus”* (D. 1. 1-24. 2 (*“de divortii”*)).
- 2) *“Infortiatum”* (D. 24. 3. (*“soluti matrimonii”*)-38. 17) i. e. *“ius augmentatum”*.
- 3) *“Digestum novum”* (D. 39. 1 (*“de operis novi nuntiatione”*) - 50. 17).
- 4) *“Codex”* (lib. 1-9).
- 5) *“Volumen parvum”* o *“Volumen”*:
 - 5.1. Tres *“libri Codicis”* (lib. 10-12 del *“Codex”*).
 - 5.2. *“Institutiones”*.
 - 5.3. *“Authenticum”* en nueve *“collationes”*.

Este plano se cerraría, según el “*proemium*” de la “*Summa Hostiensis*”, con la Lombarda y la Colección del Derecho feudal (“*ius feudale*”).

Fue un motivo de discusión la “*ratio nominis*” de esta tripartición, cuando se la hace depender de su progresivo descubrimiento, poniendo de relieve que esta suposición es, a todas luces, un error, puesto que ninguna parte se había perdido (Bártolo), o, como afirma Ugo da Porta, que esta tripartición fue “*inepte facta*”.

La doctrina puso de relieve que el descubrimiento del Digesto fue la pieza clave del renacimiento de la ciencia jurídica en la etapa que comprende los siglos medievales. Su descubrimiento fue progresivo, porque, a partir del siglo XI, fueron hallándose las distintas partes del mismo en una secuencia que dio origen a la terminología mencionada.

Será esta tripartición medieval del Digesto la que determinará los tres primeros volúmenes del posterior “*Corpus Iuris Civilis*”, formando el cuarto los nueve primeros libros del “*Codex*” y el quinto los denominados “*libri Tres*” del “*Codex*”, los cuatro libros de las “*Instituta*” y una versión de las Novelas.

Se ha de destacar que, sobre esta base, todas las “*collationes*” sucesivas que se realizaron con posterioridad diseñaron la fisonomía definitiva que tuvo el “*Corpus Iuris*” en los siglos XV y XVI⁴.

Fruto de su fecunda actividad prepararon los glosadores una edición muy cuidada que es conocida en el campo doctrinal como “*Littera Bononiensis*” o “*Vulgata*”.

La Recepción se originó a partir del redescubrimiento científico del Derecho Romano que fue llevada a cabo por los juristas italianos en los siglos XI y XII en Bolonia, dato histórico que la doctrina caracterizó técnicamente como Recepción, es decir, la asunción, a nivel científico, del Derecho Romano por parte de los juristas italianos en los siglos XI y XII en Bolonia, aspecto que cabe ver como representativo en el marco de una conciencia y una sensibilidad muy acentuada por dotar a la realidad social del momento de una base mucho más sólida a nivel conceptual y científico⁵.

4 WEIMAR, P.: *Die legistische Literatur der Glosatorenzeit, Handbuch und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Bd. I Mittelalter (1100-1500), C.H. Beck Verlag, München, 1973, p. 156 ss; SAVIGNY, K. F.: *Storia*, pp. 717 ss; CARPINTERO, F.: “*Mos Gallicus*” “*Mos Italicus*” y el humanismo racionalista, una contribución a la historia de la metodología jurídica”, *Ius Commune*, 1977, núm. 6º, pp. 108-117; CLAVERO, B.: *Temas de Historia del Derecho: Derecho Común*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1977, pp. 14 ss.

5 OBARRIO MORENO, J. A.: “La *cessio bonorum* en la tradición jurídica medieval”, *RGDR*, 2016, núm. 26º, pp. 1-40; OBARRIO MORENO, J. A.: “La rúbrica *De decreto ad alineanda Universitatis bona* en la tradición jurídica tardo-medieval”, *RGDR*, 2015, núm. 24º, pp. 1-50; OBARRIO MORENO, J. A.- PIQUER MARÍ, J. M.: *Repensar la Universidad. Reflexión histórica de un problema actual*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 77-117; OBARRIO MORENO, J. A.: *Iura et Humanitas. Diálogos entre el Derecho y la Literatura*, Dykinson, Madrid, 2017, Cap. II.

Bolonia tuvo un maestro, que fue muy relevante en el campo de las artes liberales, llamado Irnerio, cuyo itinerario cronológico en esta vida no planteó ningún problema a la investigación de la doctrina⁶, conocido como *lucerna iuris*, por haber afrontado a nivel científico el estudio de las partes más complejas y difíciles del derecho romano con una “*techne*” en la que se combinó a perfección el plano filológico y el jurídico (“*Dominus Irnerius, qui fuit apud nos lucerna iuris*”, i. e. “*primus qui docuit in civitate ista*”), comenzó el ejercicio de su magisterio en Derecho sobre los años 90, una vez se había concluido la recensión del “*Codex*” S, fue el que aplicó a pasajes que pertenecían al Digesto la “*techne*” comentadora o exegética, un hecho que dio lugar a toda una fecunda historia, de la que aquí únicamente nos vamos a remitir a su primera fase.

La noticia más antigua relativa a su actividad científica la aduce una glosa de Accursio a C. I. 2. 14. 9 v. “*Petitione*”, según la cual Irnerius habría realizado su actividad científica no más tarde que a comienzos del siglo XII.

El comienzo real de la enseñanza al final del siglo XI, hacia el 1090, momento en que se acabó la recensión del *códice S*, momento en que comenzó a estar en la base de la enseñanza.

En opinión de la doctrina, se consideraba que fue Bolonia la sede donde comenzó la recensión crítica del Digesto de Justiniano, la denominada “*littera bononiensis*”, o *Vulgata* del Digesto, que debería llegar a ser el texto que, a nivel de las escuelas, debería ser el fundamental para la construcción del “*ius civile*” europeo.

La iniciativa, que emprendió el maestro Irnerio, sería asumida y seguida por toda la Escuela de los Glosadores, que tuvo su sede en Bolonia, en los siglos XII y XIII, y este fenómeno estaba llamado a convertirse en una revitalización del Derecho Romano con la muy importante consecuencia para la historia posterior, como indicamos, de colocar los fundamentos sólidos y determinantes de la futura ciencia jurídica moderna, tal como se desprende del principio “*homines cuncti sub vinculo Romanae legis consistentes*”.

Debió ser un jurista famoso, cualidad que se predicaba de aquel que, en el plano científico, se enfrascaba con el Derecho romano.

En lo que concierne a los comienzos de su actividad científica, disponemos de un testimonio recogido en tres testimonios de Odofredus⁷:

6 Vid. KANTOROWICZ, H. U.: “Ueber die Entstehung der Digestenvulgata. Ergänzungen zu Mommsen”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 1910, núm. 31°, p. 14, n. 1.

7 Tomados estos testimonios de KANTOROWICZ, H. U.: “Ueber”, cit., p. 37.

1) Lectura de Digesto I. 16 (*"de iustitia et iure I. Ius civile"*): *"D. Yrnerius dum doceret in artibus in civitate ista cepit per se studere in libris nostris et studendo cepit docere in legibus"*.

2) Lectura de C. I. 2. 14. 9 (*"de sacrosanctis ecclesiis I. Iubemus § si quando v. petitione prestetur"*): *"D. Yrnerius erat magister in artibus et studuit per se sicut potuit, postea cepit docere in iure civili"*.

3) Lectura de C. II. 21. 9. (*"de in integrum restitutione I. Non videtur"*): *"D. Yrnerius, quia logicus fuit et magister fuit in civitate ista in artibus, antequam doceret in legibus, fecit unam glossam sophisticam que est obscurior quam sit textus"*.

Según nuestro autor, se desprende que Irnerio, *"vir subtilis"*, antes de comenzar su actividad como profesor en el campo del derecho, había ejercido su fecundo magisterio en el campo de la gramática y dialéctica (lógica), un testimonio sobre el que todavía no se ha dudado con propiedad. La referencia a la lógica y a la dialéctica, la glosa dialéctica, es un testimonio de los sólidos y profundos conocimientos que poseía en este campo.

Por todo lo indicado, señala Kantorowicz que no nos debe causar ninguna extrañeza que Irnerio, cuando tuvo en sus manos el *"Codex"* de las Pandectas, retocase el código de acuerdo con los dictados de sus amplios conocimientos filológicos.

En esta parte de la recensión de S disponemos del nexo de unión entre el tratamiento de las fuentes jurídicas desde el plano gramatical en la época longobarda y el tratamiento jurídico en la etapa de Bolonia. Sería, en su opinión, este el momento en el que Irnerio se proyectó a la interpretación jurídica desde la interpretación gramatical, que coincidiría en los ya indicados años 90 del siglo XI, evidenciando la recensión del código la altura y gran nivel de su talento jurídico y filológico⁸.

En efecto, los glosadores descubrieron en el derecho justiniano un sistema jurídico muy elaborado y completo, en cierta medida, como explicaremos después, estructurado científicamente, en el que encontraron la respuesta a la búsqueda de base racional.

III. LA CUESTIÓN DEL MÉTODO.

Como es conocido en el campo doctrinal, el método que empleó Irnerio fue la exégesis de los textos, tarea imprescindible si se quiere llegar a comprender lo que fue escrito en época precedente y que coincide con el que aplicaron los

8 KANTOROWICZ, H. U.: *"Ueber"*, cit., pp. 39 ss.

maestros bizantinos, en el que se seguía todo un orden preestablecido, si bien era posible que, en función de las circunstancias reales y coyunturales, se explicase únicamente sólo aquello que tenía utilidad práctica.

De modo más exacto podemos decir que cada título fue puesto en relación con los precedentes y su contenido contrastado con las instituciones aparentemente afines, utilizó en el campo de la exégesis la “*distinctio*” así como la “*partitio*” y las “*solutiones contrariorum*”, proceso que le sirvió para indagar la “*ratio legis*”, siendo esta técnica un recurso que utilizaron los maestros para facilitar la tarea de comprender por parte de los estudiantes la intelección de los lugares explicados.⁹

Visto desde el “*topos*” del sistema, el Derecho es norma, proposición lógica religada a otras normas, formando un todo orgánico, ligamen ideal, que vertebraba y es la razón fundamental del sistema mismo.

Destaca Wieacker que el jurista de este momento histórico, formado en esta escuela, tendrá una capacidad de dominio sobre la vida pública, que venía canalizado por esa sólida capacidad para discutir, a nivel de racionalidad, cualquier problemática de tipo jurídico, lo que diferenciaría en lo sucesivo la sociedad occidental de otras culturas conocidas, aportación que será determinante en la configuración social, política y económica de la sociedad europea moderna¹⁰.

Savigny, en relación a la estructura con que estaba dividido el Digesto (“*vetus-novum*”), ponía de relieve que estas dos partes contenían idéntico número de libros y que así llegaron a las manos de Imerio, el cual tenía conocimiento de todo el *Corpus Iuris*, y siguió en sus lecciones el mismo orden¹¹.

Se conjetura que esta división podría responder a una ampliación o añadidura, así como también a una reminiscencia de la división de la Biblia en Antiguo y Nuevo Testamento.

Si tuviéramos que referirnos, en términos generales, a las peculiaridades, que caracterizaron la actividad de los glosadores, tendríamos que señalar que prescindieron del *topos* de la historia, es decir, que no fue su preocupación determinar la datación cronológica de las fuentes así como tampoco establecer si el texto que les llegó responde fielmente a la época que parece reflejar (la conocida cuestión de las interpolaciones en los textos, bien las conocidas como *glosemas*, bien las interpolaciones que datan de la época justiniana).

9 BESTA, E.: *L'opera d'Imerio I*, Forni, Torino, 1896, p. 263.

10 WIEACKER, F.: *Privatrechtsgeschichte*, cit., p. 22.

11 Seguimos a SAVIGNY, K. F.: *Storia*, cit., p. 674.

El otro plano, complementario al indicado, fue el desinterés por la adecuación del texto a la realidad social del momento, es decir, la doctrina o enseñanza contenida en las fuentes no fue proyectada a la realidad histórica de su momento, puesto que la finalidad que perseguía el método de la exégesis fue desentrañar la riqueza de contenidos y significados ínsitos en el patrimonio conceptual de las fuentes y que hasta este momento histórico había estado totalmente preterido, por lo que se dedicaron a una interpretación literal, muy detallada y rígida de las fuentes justinianeas.

La “*Magna Glossa*” o “*Glossa glossarum*” del maestro Accursio (1185-1263) cuya datación cronológica hay que ubicar en el siglo XIII es el testimonio en el que se recogen los resultados propios de este método y en la misma línea metodológica hay que ubicar a los cuatro doctores representativos del siglo XII: Búlgaro, Martino, Hugo y Iacobo así como a Placentino, Azo y Godofredo.

Bolonia, junto con otras escuelas de derecho italianas y francesas, a partir del siglo XII, se convirtió en centros de investigación jurídica internacional y, en general, en centros muy cualificados y prestigiosos en el estudio del derecho.

La doctrina puso de relieve que los glosadores operaron, como los escolásticos, con los medios de la lógica aristotélica, que les llegaron vía Boecio, y que aprendieron, dentro del marco de la enseñanza general, en la enseñanza superior¹².

Si tratamos de establecer algunas precisiones sobre el método escolástico, tendríamos que indicar que el fundamento o base nuclear de la ciencia escolástica estuvo en las denominadas artes liberales, por lo que la ciencia escolástica estaba dividida en “*Trivium*” (que comprendía la gramática, la retórica y la dialéctica) y “*Quadrivium*” (que recogía la aritmética, la música y la astronomía).

De las materias que integraban el “*Trivium*” cabría destacar que la gramática tenía como objetivo la enseñanza de la lengua latina así como la de su literatura; la retórica, en coherencia con su cometido originario y clásico, tenía una función heurística, es decir, hallar los puntos de vista a sostener en un discurso (función que desempeñaba la tópica, conocida en el campo doctrinal como la función retórica de la tópica, parte del “*organon*” aristotélico, cuyo cometido era hallar puntos de vista útiles para atacar y defender en el discurso) y estructurar el discurso mediante las “*quaestiones*”, que se establecían “*ad hoc*” y que tenían que sostenerse en el marco del discurso, bien dentro o fuera del proceso; la dialéctica, finalmente, era

12 GENZMER, E.: “*Die justinianische Kodifikation und die Glossatoren*”, *Das römische Recht im Mittelalter*, E.J.H. Schrage, Darmstadt, 1987, p. 5ss.

la teoría de acuerdo con la cual se ordenaba el método científico que definía a la ciencia escolástica.

Tal como se puede inferir de los datos indicados, gramática y lógica son los dos sectores fundamentales dentro de los cuales se mueven los glosadores y que explican:

- a) la rigurosa decantación por la exacta explicación de los términos jurídicos.
- b) la utilización muy minuciosa del tópico de la “definitio”.
- c) la exacta y cuidadosa búsqueda de los contextos lógicos, cuando trabajan con pasajes paralelos.
- d) el estudio de las “contrariedades” y su armonización, mediante la aplicación conceptual de la “divisio”.

IV. LA ACTITUD MENTAL ANTE LAS FUENTES Y EL MÉTODO CIENTÍFICO.

La doctrina que seguimos es del parecer que una valoración exacta del hecho y de la significación de la Recepción presupone la justa valoración del cuadro de fuentes del derecho recibido así como del método mediante el cual los juristas hicieron un tratamiento de las fuentes, visto ello, naturalmente, desde la óptica del renacimiento de la ciencia jurídica¹³.

El “*Corpus Iuris*” de Justiniano, en cuanto obra compilatoria, reúne todo un cuerpo de materiales jurídicos en el que prima la discusión científica y la decisión de casos particulares. Cabría en este sentido recordar que, desde finales de la etapa republicana en Roma, se había abierto camino la denominada “*disputatio fori*”, la discusión entre los juristas de las “*rationes decidendi*”.

Este aspecto perdura a lo largo del período clásico y coadyuvó a que el derecho de época clásica fuese caracterizado como un “*ius controversum*”, un derecho de juristas, así como un derecho del caso, donde la disparidad de pareceres fuese la nota que contribuyó a una mayor riqueza en el campo de la ciencia jurídica.

Ante este bloque de la casuística jurisprudencial es mucho más reducido el cuerpo de normas legales de carácter general, recogido en el Código, así como en las “*Novellae Leges*”.

Nuestro autor opina lo mismo del “*Corpus Iuris Canonici*”, siendo en este sentido las Decretales un cuerpo de resoluciones dadas por los Papas ante los

13 COING, H.: *Derecho*, cit., p. 40 ss.

casos particulares. Ambos "*Corpora*" estarán mayoritariamente permeabilizados por ese tono casuístico que por las reglas generales¹⁴.

Todo ello es cierto, si bien la Historia del Derecho Comparado patentiza una dificultad cuando los sistemas jurídicos se construyen a partir de las soluciones que se dan a los casos concretos, porque tales sistemas, pensados sobre un contexto socio - cultural muy específico, no son transferibles a entornos culturales diferentes.

Ello se hizo, por ejemplo, evidente en la "*actio aquae pluviae arcendae*", puesta en circulación, según los testimonios, ya en la época de las XII Tablas, como remedio o defensa de la propiedad privada, ya claramente, en el período republicano y como esta institución jurídica cambió radicalmente en época justinianeana, siendo un remedio aplicable para sancionar los actos de emulación, porque el régimen social en materia de aguas, cuando existía precariedad en la parte oriental del Imperio, sancionó tal tipo de actividad.

Ciertamente, el cometido que asumieron estos juristas no fue nada fácil, puesto que debieron aplicar un casuismo, descontextualizado de las "*circumstantiae*" o "*perístasis*" de su momento histórico, a una cultura que estaba condicionada por factores diversos, y por una conciencia social muy diferente. En este proceso estaba llamado a jugar un aspecto muy importante el método científico que operará siempre sobre el texto literal de las fuentes.

La base epistemológica de la que parten tiene como principio esencial la "*auctoritas*" incuestionable que tienen todas las fuentes romanas, porque son la objetivación de la "*rationaturalis scripta*", a lo que cabe añadir que los glosadores otorgaron a ambos "*corpora*" la máxima autoridad, por lo que parten de una actitud reverencial y de respeto profundo ante el texto, que dio lugar en el campo doctrinal a la aparición de la "*argumentatio ex auctoritate*", técnica de argumentación que, partiendo del principio de que ambos "*corpora*" son y constituyen el compendio del derecho, tiene por plenamente válido todo lo que viene recogido en ambos; en ellos nada hay superficial o anacrónico, por lo cual no existe problema doctrinal que no pueda ser explicado mediante el exacto y adecuado empleo de las fuentes.

El método que aplicaron en la forma de enseñar estuvo caracterizado por un minucioso rigor en la exégesis o interpretación de las fuentes, por lo que su forma de proceder presuponía la lectura cuidada del texto; seguía la síntesis de lo leído y se establecía o delimitaba el caso planteado.

La fase siguiente, tras la delimitación, era explicar el "*casus*", estableciendo los puntos de vista dotados de relevancia (los denominados "*notabilia*") y que eran

14 COING, H.: *Derecho*, cit., p. 41.

atinentes para la solución del caso así como los puntos controvertidos con el texto así como su solución¹⁵.

Era más que evidente que la forma de proceder de los glosadores consistió en lo que la doctrina caracterizó como exégesis de la letra muerta, en ningún caso tuvo una proyección creadora, por lo que fue un repensar lo ya pensado¹⁶.

Esta técnica no procedía de forma aislada en cada pasaje, sino que, por el contrario, era puesto cada en conexión con otros, lo que sirvió a la doctrina, y para poner de relieve la incipiente aparición de la idea de sistema y, en concreto, a Genzmer, para ver en esta actitud mental el núcleo de la futura ciencia jurídica europea.

Es evidente que la remisión a otros lugares podía implicar que la referencia se hiciese porque fuesen concordantes (las denominadas "*concordantiae*") o porque pudiesen ser contrarios (contraria). En el caso de lugares paralelos concordantes la técnica apuntaba distintas posibilidades: a la eventual subsunción de uno en otro, a que uno fuese consecuencia doctrinal de otro o que fuese, más bien, su confirmación.

La técnica en el tratamiento de lugares, aparentemente contrarios, decimos aparentemente contrarios porque, en la mentalidad de los glosadores, no existe en los textos tal contradicción sino que es consecuencia de una intelección defectuosa o errónea del sujeto, por lo que hay que superar la eventual antinomia entre los textos por medio de los recursos ya conocidos en el mundo antiguo y a los que ya nos hemos referido en otro lugar (vid. "*lus, episteme y doxa*").

Esta actitud ante las fuentes se materializó en los aspectos siguientes:

1) Cada texto jurisprudencial romano (*locus*) es una manifestación de la *ratio scripta*, razón por la cual es verdad en sí mismo y ello, con independencia de su relación con la totalidad de los otros. Es por ello imprescindible asegurar el sentido genuino que tiene, para lo cual el método más efectivo es la explicación continua del texto conocida como glosa.

2) Los medios imprescindibles para lograr una explicación segura de los textos son los conocidos conceptos gramaticales y las figuras dialécticas del "*trivium*" que fueron aplicadas magistralmente por los glosadores. Las glosas de Ihering son un testimonio más que evidente de lo indicado, por lo que fue calificado como

15 WEIMAR, P.: *Die legistische*, cit., pp. 129 ss; COING, H.: *Derecho*, cit., pp. 69 ss.

16 Originariamente *glossa* fue un término utilizado por los gramáticos para dilucidar una expresión extraña, no inteligible (*conticescere est tacere*), posteriormente, partiendo de palabras, se aplicó a explicar materias (*glossa est dictorum ambiguum expositio*). Véase, de forma más detallada, GENZMER, E.: "*Die Justinianische*", cit., p. 10, núm. 23.

gramático y dialéctico, dotado de las cualidades propias del artista (*l'ogicus fuit et magister fuit in ista civitate artium*)).

Señala Coing que la Lógica jugó un papel muy importante en la formación intelectual de los eruditos y ello desde la Edad Media hasta el siglo XVIII¹⁷. En el dilatado período del *“lus commune”* se produjo una fecunda discusión relativa a la búsqueda de estructuras y métodos que fuesen válidos para todas las ciencias, sin distinción entre ciencias naturales y ciencias del espíritu. Las doctrinas de la Baja Edad Media, relativas a la teoría científica, fueron compendiadas en la Dialéctica, que será base para la comprensión científica de las materias especiales: *“Dialectica est ars ad omnium methodorum principia viam habens. Et ideo in acquisitione scientiarum dialectica debet esse prior”*.

La Dialéctica, ya desde los griegos, abarcaba dos partes fundamentales: la doctrina relativa a las conclusiones derivadas a partir de los primeros principios, que son “per se” inmutables y tienen la nota de apodícticos, por lo que conducen a proposiciones “verdaderas”, que no precisan ya de otra prueba ulterior y la doctrina relativa a los “*loci*”, sede de la formación de proposiciones tomadas a partir de problemas en los que es susceptible más de una solución.

3) La convicción de la época en la presencia y existencia de la “Ratio” se proyectó en el campo de la tradición textual, por lo que se proclamaba el sentido total y racional existente en todos los textos que se exponía en forma de silogismos concluyentes, de acuerdo con la máxima de que todo texto es un epifenómeno de esta verdad que es la “ratio”, por lo que goza de autoridad incondicional.

Estuvo tan arraigada la vivencia de este postulado que les llevó a proclamar la ausencia de contradicción interna entre ellos, afirmando, como decíamos anteriormente, que es únicamente una contradicción aparente y que se puede explicar mediante la utilización de los medios propios de la lógica, como fueron las “*distinctiones*” y las “*subdistinctiones*”, eficaces instrumentos pensados y utilizados para restablecer la armonía o concordancia entre ellos, según un aforismo muy utilizado, cuya paternidad se atribuye a Placentino: *“quanto magis res omnis distinguetur tanto melius operatur”*.

Es claro que la “*techne*” de las “*distinctiones*”, que está tan profundamente arraigada en los derechos de naturaleza casuística, cuando es utilizada dentro del marco de la ciencia jurídica de corte escolástico, se proyecta a las “*distinctiones*” de tipo conceptual, lo que evidenció nuestro autor en la armonización de los

17 COING, H.: *Derecho*, cit., pp. 44 ss.

textos en materia de “*dominium*”, al introducir los juristas distintas subclases de propiedad¹⁸.

Wieacker apuntaba justamente a este dato de la utilización de los medios propios de la dialéctica en el campo de la exégesis para armonizar los textos y formar las “*regulae*” como la base nuclear en la construcción doctrinal o dogmática, articulada según unos principios en los que no cabe una contradicción interna, como la primera manifestación en la historia de una dogmática jurídica incipiente, si bien observaba que no se llegó al sistema externo o a los conceptos jurídicos más generales mediante este procedimiento que consistía en superar las contradicciones por la vía del análisis exegético¹⁹.

A la luz de lo expuesto, la “*delineatio*” nos introduce en los siguientes sectores:

1) La lógica, la retórica y la dialéctica del ámbito griego fueron utilizadas y aplicadas por los maestros griegos, pensemos, por ejemplo, en la escuela alejandrina, a la exégesis de los textos, dando lugar al conocido método filológico que consiste en una glosa gramatical, exégesis o interpretación del sentido de un texto, “*concordantiae*” y “*distinctiones*”.

La corriente filosófica del neoplatonismo proyectó este método al campo de la Filosofía, así como los Santos Padres griegos lo hicieron con las fuentes bíblicas y los juristas del siglo V y VI, de corte bizantino, lo aplicaron, para mejor conservar y guardar el saber antiguo, al preciado legado de los juristas clásicos.

2) Idénticos medios fueron aplicados por los glosadores, porque las obras de Aristóteles, así como las de sus comentaristas (los conocidos “*commentaria in Aristotelem graeca*”), fueron traducidas y minuciosamente interpretadas por Boecio (524-526), representando el compendio más relevante de lógica del medioevo.

El hecho de que tanto glosadores como los maestros bizantinos utilizaran los mismos medios en la exégesis de los textos, hizo que un relevante bizantinista, Pringsheim, en un trabajo titulado “*Beryt und Bologna*”, plantease una cuestión que fue muy controvertida en el campo doctrinal, porque afirmó la existencia de un nexo genético y de dependencia entre el método de los maestros bizantinos y el método de los glosadores²⁰.

18 Vid. COING, H.: *Derecho*, cit., p. 42s s: “Zur Eigentumslehre des Bartolus”, *Zeitschrift für SavignyStiftung für Rechtsgeschichte*, 1953, núm. 70°, pp. 348-371.

19 WIEACKER, F.: *Privatrechtsgeschichte*, cit., p. 56.

20 PRINGSHEIM, F.: *Beryt und Bologna*, Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1921, p. 391.

La doctrina se pronunció en contra de tal planteamiento, negando tal tipo de dependencia, entre otros Genzmer y Wieacker²¹.

El que nos encontremos con determinadas semejanzas entre las formas de proceder de unos y otros se debe a que todos operaron con la misma fuente, el "*Corpus Iuris*", a la que aplicaron las mismas técnicas, propias del intelectualismo griego, pudiendo citar la dialéctica de patente greco - helenística. Es sabido que el "*Corpus Aristotelicum*" así como la obra de los comentadores de Aristóteles eran un material muy conocido en Bizancio, junto con la amplia y sólida tradición en el campo de la enseñanza del estudio de la lógica aristotélica por parte de aquellos que pretendían acceder al estudio en la universidad.

También es cierto que todo el cuerpo doctrinal antiguo, al que hemos hecho referencia, fue traducido al latín por Boecio (524-526) y explicado de acuerdo con los medios a que nos hemos referido, convirtiéndose en el compendio de lógica en el medioevo. Como botón de muestra de lo indicado, hemos seleccionado "*del liber de divisione*" de Boecio un fragmento que nos clarifica la "similitud" metodológica existente:

"Divisio namque multis modis dicitur. Est enim divisio generis in species. Et rursus divisio, cum totum in proprias dividitur partes. Est alia, cum vox multa significans in significationes proprias recepit sectionem.

Genus dividimus in species, cum dicimus animalium alia rationalia, alia irrationalia, rationalium alia mortalia, alia immortalia. Vel cum dicimus colorum alia alba, alia nigra, alia media. Oportet autem omnem divisionem generis in species aut in duas fieri partes aut in plures.

*Totum in partes dividitur, quotiens in ea, ex quibus est compositum unum quodque resolvimus, ut cum dico domus aliud esse tectum, aliud paries, aliud fundamentum*²²".

Esta técnica que fue conocida merced a la actividad de Boecio, la aplicaron los glosadores junto con otros medios que, a continuación, pasamos a indicar:

1) "*Distinctio*". Técnica que permite fraccionar un concepto supremo en sus conceptos subordinados ("*distinguere*" y eventualmente "*subdistinguere*"), cuando a un "*genus*" superior se le adiciona la diferencia específica (las denominadas especies subordinadas). La operatividad que aporta la "*distinctio*", que es una

21 GENZMER, E.: "*Die justinianische*", cit., pp. 55s; WIEACKER, F.: *Privatrechtsgeschichte*, cit., p. 50.

22 Boethii. *liber de divisione*, PL 64. 877B.

forma de “*divisio*”, es ser un medio instrumental muy adecuado para poder formar la sistematización²³.

2) “*Summulae*” y “*summae*”. Términos que son también exponente de un intento de sistematizar, porque las “*summulae*” recogen de forma unitaria materias cuya regulación se encuentra en sedes diferentes y la “*summa*”, por su parte, trata de ordenar de un modo sistemático los títulos que forman parte de un Código (“*Summa est quae textum continuat et exponit*”).

3) “*Qaestiones*”. Atención especial merecen las “*qaestiones*”, puesto que se aplican a casos que per se no son susceptibles de subsunción en un cuerpo de normas jurídicas recogidas en las fuentes, por lo que dichos casos, en cuanto exponentes de un problema, que es susceptible de distintas soluciones, han de ser tratados mediante la discusión dialéctica, la cual implica considerar el “*pro et contra*”.

Es sabido que la raíz última de las “*qaestiones*” se halla en la Tópica de Aristóteles, si bien en la antigua sofística ya se practicaba el “*disserere in utramque partem*”, técnica que se encuentra también en San Agustín y Boecio, quien atestigua:

“Fortasse difficile est de huiusmodi rebus confidenter declarare, nisi saepe pertractae sint, dubitasse autem de his singulis non erit inutile.

*Quod scilicet numquam diceret, nisi nos ad maiorem acuminis exercitationem considerationemque revocaret, quod quoniam ejus est adhortatio, nos quoque in aliis de his rebus dubitationes solutionesque ponere minime ravabimur”*²⁴.

El esquema que caracteriza a la “*qaestio*” presupone en esencia los pasos siguientes: “*pro*” o mantenimiento de una tesis o enunciado; “*contra*” o debilitamiento de la tesis enunciada; “*solutio*” o resolución definitiva.

Así, una vez establecido el planteamiento del problema (“*quaeritur*”), siguen las “*auctoritates*” y “*rationes*”, de acuerdo con las cuales se sostiene una tesis, la cual será puesta en tela de juicio, aduciendo “*auctoritates*” y “*rationes*” que tendrán que debilitar el enunciado anteriormente afirmado (recordaba Aristóteles la “*qaestio*” “si acaso el mundo es eterno”, formulándose la respuesta afirmativa sostenida mediante “*auctoritates et rationes*”, a la que se formulaba la tesis negativa, reforzada también con “*auctoritates*” y “*rationes*”. el momento final lo constituía la “*solutio*”

23 SECKEL, E.: *Distinctiones glossatorum*. Fs. Ferdinand von Martitz, Löwenklau Gesellschaft e.V., Berlin, 1911, pp. 281-

289; GENZMER, E.: “Die justinianische”, cit., p. 19.

24 GÓMEZ ROYO, E.: *Las sedes históricas de la cultura jurídica europea*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2010, p. 238.

que presuponía el haber refutado limpiamente las "*auctoritates et rationes*" de uno de los dos posicionamientos.

Si se realiza un análisis minucioso de la "*quaestio*" se descubre un método muy útil para la formación del derecho, porque esta técnica conecta claramente con los "*responsa*" y las "*quaestiones*" recogidas en el Digesto, que contiene el bloque denominado "*quaestio facti*", del que se forma el bloque de la "*quaestio iuris*" y que será la que dará lugar, mediante la "*disputatio in utramque partem*" a la formación dinámica del Derecho²⁵.

4) "*Quare*". Término que está completamente desligado del ámbito de lo casuístico o práctico, cuyo vocablo específico es "*quaestio*", y que fue utilizado para dilucidar la aparente contradicción que podían suscitar dos términos recogidos en las fuentes, demostrando que la mencionada contradicción era más aparente que real, de acuerdo con el espíritu propio de la época. Claramente se evidenciaba aquí la tendencia a la armonización de los textos.

En todo este proceso sucintamente indicado, afirmaba Wieacker²⁶, se capta cómo los glosadores pueden ser considerados como genuinos padres de la futura ciencia jurídica europea y destacaba el ilustre romanista, de recordada memoria, que llegaron a tener un dominio muy exacto de los textos jurídicos romanos, porque dieron un tratamiento a los problemas jurídicos de acuerdo con el canon lógico propio de los mismos, es decir, un planteamiento exacto del problema a resolver, la pertinente discusión del caso, la argumentación adecuada e interpretación junto con la "*solutio*".

Mediante esta técnica pusieron las bases sobre las que se articularía la futura ciencia jurídica europea, es decir, el procedimiento de la motivación y decisión de los casos o conflictos vitales de la convivencia humana no siguieron el cauce de la costumbre intemporal ni vinieron mediatizados por el poder dominante, sino que más bien fue la fructífera discusión intelectual y científica del problema real del que se formará una "*regula*" desde el caso concreto; el tratamiento jurídico del caso de un modo autónomo y con rigor científico fue el que otorgó esa base sobre la que se articularía posteriormente la ciencia jurídica europea, aunque otorgaron primacía a la "*auctoritas*" y al formalismo en perjuicio de la razón práctica y de la justicia in abstracto.

Estamos naturalmente ante una técnica específica en el tratamiento de los casos o problemas vitales de la convivencia en la que ya no se procede de acuerdo con postulados metarracionales o sometidos a la presión del poder, sino que esta

25 GENZMER, E.: "Die justinianische", cit., pp. 140 y 318.

26 WIEACKER, F.: *Privatrechtsgeschichte*, cit., p. 69.

técnica presupone un tratamiento muy fecundo del caso, mediante la discusión de tipo intelectual y científico del problema, de un modo totalmente autónomo y estrictamente jurídico (nos referimos a la regla formada a partir de este problema concreto).

Sobre esta técnica y este Derecho se fue construyendo la tradición romanística y el Derecho occidental. Un Derecho que intenta ser relegado de las Facultades jurídicas, pero que nosotros reivindicamos como parte de nuestro legado jurídico. Seguramente, nuestro mejor legado, por mucho que le pese a los recalcitrantes positivistas que se niegan a ver cómo las raíces de nuestra historia jurídica siguen el sendero de la Ciencia y de la Historia.

BIBLIOGRAFÍA

BESTA, E.: *L'opera d'Irnerio I*, Torino, 1896.

CALASSO, F.: *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1970

CARPINTERO, F.: "Mos Gallicus" "Mos Italicus" y el humanismo racionalista, una contribución a la historia de la metodología jurídica", *Ius Commune* 6, 1977.

CLAVERO, B.: *Temas de Historia del Derecho: Derecho Común*, Sevilla, 1977.

COING, H.:

- *Derecho Privado Europeo. I. Derecho Común más antiguo 1500-1800*, Madrid, 1996.

- "Zur Eigentumslehre des Bartolus", *Zeitschrift für Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 1953, núm. 70º.

GENZMER, E.: "Die justinianische Kodifikation und die Glossatoren", *Das römische Recht im Mittelalter*, Darmstadt, 1987.

GÓMEZ ROYO, E.: *Las sedes históricas de la cultura jurídica europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

KANTOROWICZ, H.U.: "Ueber die Entstehung der Digestenvulgata. Ergänzungen zu Mommsen", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 1910, núm. 31.

OBARRIO MORENO, J. A.:

- *Iura et Humanitas. Diálogos entre el Derecho y la Literatura*, Madrid, 2017.

- "La cessio bonorum en la tradición jurídica medieval", *RGDR*, 2016, núm. 26º.

- "La rúbrica De decreto ad alineanda Universitatis bona en la tradición jurídica tardo-medieval", *RGDR*, 2015, núm. 24º.

OBARRIO MORENO, J. A.- PIQUER MARÍ, J. M.: *Repensar la Universidad. Reflexión histórica de un problema actual*, Dykinson, Madrid, 2015.

PRINGSHEIM, F.: *Beryt und Bologna*, Bernhard Tauchnitz, 1921.

SAVIGNY, K. F.: *Storia del Diritto Romano nel Medio Evo*, Torino 1854-1857 [Roma, 1972].

SECKEL, E.: *Distinctiones glossatorum*. Fs. Ferdinand von Martitz, Berlin, 1911.

WEIMAR, P.: *Die legistische Literatur der Glosatorenzeit en Handbuch und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, I Mittelalter (1100-1500)*, München, 1973.

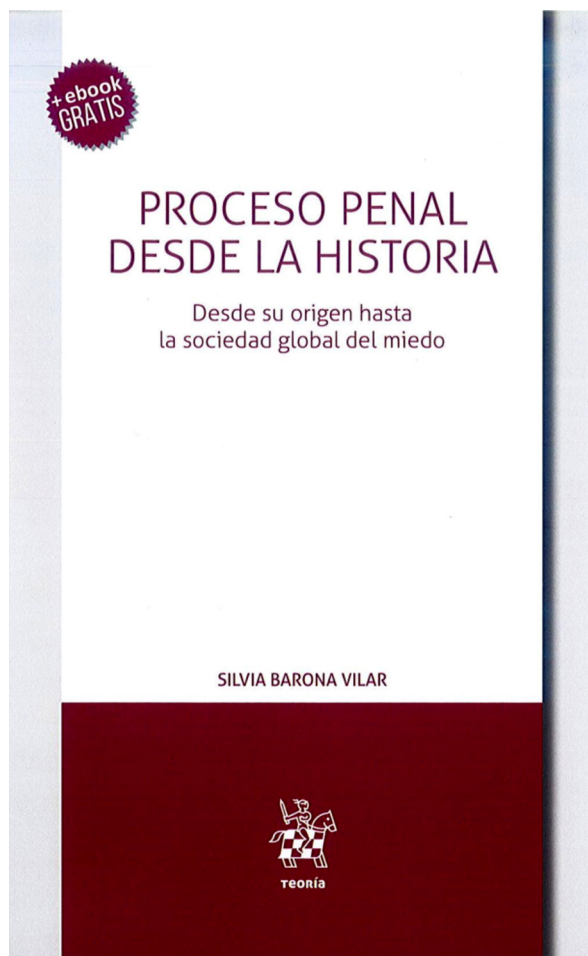
WIEACKER, F.: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967.



RECENSIÓN



Silvia Barona Vilar, *Proceso penal desde la historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Tirant lo Blanch: Valencia, 2017.



Por Elena de Luis García¹

El proceso penal está sufriendo una crisis sin precedentes, el modelo garantista que inspiró el constitucionalismo se tambalea y observamos cómo se suceden reformas constantes, que buscan la reducción de plazos y costes, en detrimento de derechos y garantías. Pero simultáneamente se produce una expansión del derecho penal, propiciada por la presencia del miedo, un miedo que inspira reformas a nivel sustantivo que no hacen sino ampliar el catálogo de delitos, muchos de

¹ Doctoranda en el Área de Derecho Procesal de la Universitat de València y miembro del grupo de investigación MEDARB. Correo electrónico: elena.deluis@uv.es.

ellos destinados a castigar el riesgo, consecuencia de ese miedo que impera en la sociedad global.

A partir de esta premisa, presentada en el Prólogo, se construye la obra presentada por la Dra. Silvia Barona, que podemos decir, sin arriesgarnos, que es uno de los estudios más ambiciosos sobre las bases y evolución del proceso penal a lo largo de la historia y, especialmente, la crisis que sufre en la actualidad. En este estudio la autora nos presenta el proceso penal desde las primeras respuestas sociales frente a las agresiones más reprochables, pasando por la conformación y evolución de un verdadero proceso penal, hasta llegar a la situación actual, cuyos rasgos sucintamente hemos introducido. Para lograr su objetivo, la obra se presenta estructurada en ocho capítulos, cada uno de los cuales se corresponde con un periodo en la historia del proceso penal, observados siempre desde una perspectiva comparada.

Como punto de partida, el primer capítulo de esta monografía nos acerca a la forma en que los pueblos primitivos reaccionaban frente a las conductas que hoy son consideradas delictivas, en respuestas con tintes divinos, pero también de venganza. La obra nos presenta cómo dichas respuestas evolucionaron hacia la Ley del Talión, que, si bien, no dejaba de ser una reacción desproporcionada, constituyó, como señala la autora, el antecedente del principio de proporcionalidad, pues, por vez primera se introduce un límite frente a las anteriores respuestas ilimitadas y vengativas. Este capítulo continúa con un repaso al Código de Hammurabi, la Ley Mosaica y la Ley de las XII Tablas, como muestras de una paulatina organización en la respuesta penal y de una primera manifestación de la idea de realización de justicia, siendo en esta cuestión donde reside el interés de esta primera parte de la obra. En definitiva, se trata del punto de partida necesario para avanzar en el conocimiento sobre la historia del proceso penal.

El segundo capítulo expone las concepciones del proceso en el derecho griego, romano y germano que, como señala la autora, constituyen las bases indudables de los sistemas jurídicos modernos. De un modo didáctico y perfectamente estructurado, nos adentramos en las distintas instituciones que conformaron el proceso penal en los tres sistemas de referencia. La importancia de este capítulo reside en observar la forma en que cada una de las figuras que existían en la Antigüedad van sembrando las bases de instituciones tales como la prueba o el jurado, que la autora va relacionando y exponiendo de un modo muy acertado.

El capítulo tercero nos lleva al proceso penal en la Alta Edad Media, un periodo, como señala la Dra. Barona, de civilización en construcción, caracterizado por su oscuridad y desorden político, en contraste con la civilización romana. Es en estos siglos cuando se produce la fusión entre el modelo germano y romano, aunando influencias de ambas culturas y sistemas, y adquiere poder y presencia en toda

Europa la religión cristiana. Mediante la exposición de la situación de poder en aquellos siglos, compartida entre Iglesia y monarquía, nos explica la autora cómo se fue configurando un sistema de justicia penal, inicialmente basado en el concepto de pecado y después en el delito, nacido a partir del primero, pero un sistema fundamentalmente gobernado por la Iglesia, dando paso a los tribunales inquisitoriales.

En el cuarto capítulo la obra nos acercamos a la Baja Edad Media, periodo comprendido entre los siglos XI a XV y caracterizado por la presencia de la Inquisición. Comienza esta parte exponiendo las causas que llevaron en el siglo XII a la separación entre el modelo de derecho continental, de base esencialmente romano-canónica y el modelo de *common law*, que fue paulatinamente surgiendo en Inglaterra, apartándose de la inspiración cristiana. La autora nos adentra así en el origen de la Inquisición, las causas que la motivaron y sus manifestaciones en España, Francia, Italia y, ligeramente más tarde, en Alemania. Junto a ello, también nos explica la evolución que siguió el recién aparecido *common law* en Inglaterra. En definitiva, de un modo plenamente acertado, nos presenta la situación vivida en Europa en aquellos siglos y cómo el contexto social y religioso de cada momento y territorio influyó sobre la conformación del proceso penal.

El quinto capítulo, que podríamos decir que constituye el cierre de los antecedentes del proceso penal actual, se centra en la Edad Moderna, lo que abarca el periodo comprendido entre los siglos XV y XVIII, que se caracterizó, como apunta la autora, por la aparición de la burguesía, los regímenes absolutistas y la dispersión religiosa. Una vez más, la Dra. Barona no se conforma con una exposición de la situación puramente jurídica, sino que nos explica el origen y causas que dieron lugar al nacimiento del Humanismo y la Ilustración como reacción frente al absolutismo. Es en este momento cuando surge el paradigma de justicia. Iglesia y Justicia se van separando progresivamente y se va consolidando un modelo de justicia a partir de la atención en una serie de elementos como la delimitación previa de la pena, la definición de los fines de la misma, el tiempo de duración de los procesos o la investigación de los delitos. A lo largo de este capítulo vamos conociendo la evolución desde el anterior sistema inquisitorial hasta la siguiente etapa que daría lugar al garantismo procesal y la configuración del proceso actual.

Sentadas las anteriores bases, el sexto capítulo nos adentra, de forma brillante, en la conformación del proceso penal tal y como hoy lo conocemos, un fenómeno que se extiende desde finales del siglo XVIII hasta finales del siglo XX, correspondiendo a la llamada Edad Contemporánea.

La autora, como hace a lo largo de toda la obra, no se limita a una exposición de la situación de la justicia en esta etapa, sino que realiza un auténtico análisis de las convulsiones sociales y políticas que se vivieron en aquellos siglos en Europa, caracterizados por guerras, dictaduras y golpes de Estado. Fue una etapa de cambios

constantes y basta con observar la historia de España, tal y como la autora nos la presenta, para darse cuenta de ello. Pero una vez más, tampoco se limita a la situación española, sino que expone de forma detallada los cambios que en dicha época se sucedieron también en Francia, Alemania, Italia e Inglaterra, cada uno con sus particularidades y situación política y social. A través de la exposición del contexto histórico, social y político, nos adentramos en el origen de las constituciones, la tutela judicial efectiva y el debido proceso, momento en el que se van conformando los derechos y garantías que surgieron como respuesta a los abusos del absolutismo y que siguen rigiendo en los sistemas actuales. Junto con los anteriores aspectos también dedica la Dra. Barona unas líneas al tratamiento del proceso penal en la universidad y arroja la eterna cuestión acerca de la influencia que el tratamiento académico otorgado a la disciplina, unificando el estudio del proceso penal y el proceso civil, ha tenido en el desarrollo legislativo de esta institución en España.

El último capítulo y, posiblemente, el más relevante, se centra en la neomodernidad. Es aquí donde encontramos una de las claves de la situación actual del proceso penal y es que, como indica la autora, se produce la paradoja de más derecho penal y menos proceso penal. Es en esta parte de la obra donde la misma alcanza su culminación, pues hasta el momento se nos ha expuesto la evolución que se produjo desde las respuestas primitivas, basadas exclusivamente en la venganza, al modelo absolutamente garantista que imperó desde finales del siglo XVIII y hasta la actualidad, pero ahora nos explica qué está ocurriendo en este siglo XXI que estamos viviendo.

Es a partir de tal exposición cuando puede comprenderse el retroceso que se está sufriendo en la actualidad, pues muchos de los logros que se alcanzaron como respuesta a los Estados absolutistas y que inspiraron las Constituciones modernas, parecen perder fuerza frente al miedo que impera en la sociedad, miedo al terrorismo y otras formas de criminalidad organizada que aparecen, en gran medida, como consecuencia de la revolución tecnológica. Con gran acierto nos presenta la Dra. Barona una fotografía del sistema de justicia penal actual, que no queda limitado a España, sino que se extiende a otros muchos países, basado en un modelo globalizado que busca reducir coste y tiempo, a costa de la restricción de derechos y garantías esenciales del proceso. La exposición que realiza la autora es inquietante y logra transmitir al lector el desasosiego que subyace y los problemas que acucian a la justicia penal actual. Pero esta situación, que la autora califica de "Justicia líquida", también nos invita a reflexionar acerca del origen de los fallos y cómo podría dárseles solución. Para finalizar, la obra concluye con una reflexión acerca del papel de la mediación penal en este nuevo escenario y cómo la implantación de la misma puede contribuir a un retorno al sistema de justicia penal desde los derechos humanos.

En definitiva, como ya se ha adelantado, estamos ante uno de los estudios más ambiciosos sobre el origen, base y evolución del proceso penal, una obra magnífica y de gran interés, tanto para juristas dedicados al estudio del proceso y del derecho penal, como de otras disciplinas, pues el contexto histórico, social, político y religioso de Europa, a lo largo de los siglos, que la autora expone e hila con maestría, ha influido sobre la configuración de todo el ordenamiento jurídico. De este modo, la Dra. Silvia Barona, una de las grandes procesalistas de nuestros tiempos, nos adentra de una forma dinámica y original, en una de las instituciones más olvidadas, pero, al mismo tiempo, más relevantes y limitativas de derechos que existen en el ordenamiento jurídico y nos lleva a plantearnos en qué hemos fallado, hacia dónde nos dirigimos y cómo podemos tratar de remediarlo.

TÉRMINOS Y CONDICIONES DE USO DE RBD

I. Generalidades.

Este sitio web (www.revistabolivianadederecho.com), es propiedad de la “Fundación Iuris Tantum”, entidad boliviana sin ánimo de lucro, con domicilio en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra.

El uso de este sitio web implica la aceptación y el cumplimiento, por parte del usuario del sitio web, de todas y cada una de las presentes Condiciones de Uso, especialmente, del compromiso de no realizar aquellas conductas que más abajo se detallan como prohibidas. El mero acceso y/o utilización del sitio web, de todos o parte de sus contenidos y/o servicios significa la plena aceptación de las presentes condiciones generales de uso.

La “Fundación Iuris Tantum” podrá establecer limitaciones y/o condiciones adicionales para el uso y/o acceso al sitio web y/o a los contenidos, las cuales deberán ser observadas por los usuarios en todo caso.

2. Usos permitidos.

La utilización permitida del presente sitio web atiende a fines exclusivos de investigación y documentación jurídica, sin que se permita la explotación privada o comercial de ninguna de las obras que forman parte de los distintos números de la Revista Boliviana de Derecho, ya sean ordinarios o extraordinarios. Queda prohibido el uso de cualquier sistema o software automatizado para extraer datos de esta página web para fines comerciales (adquisición de datos o “screen scraping”).

Ante el uso indebido y no autorizado de la presente página web, la Fundación Iuris Tantum se reserva el derecho a ejercitar las acciones que considere oportunas, incluso a instar procedimientos judiciales sin previa notificación.

3. Modificaciones de los términos y condiciones de uso.

La Fundación Iuris Tantum se reserva la facultad de modificar en cualquier momento, sin previo aviso, las condiciones generales de uso del sitio web.

4. Obligaciones del usuario.

El usuario deberá consultar y respetar en todo momento los términos y condiciones establecidos en las presentes condiciones generales de uso del sitio web. Asimismo, deberá cumplir las especiales advertencias o instrucciones contenidas en el sitio web y a obrar siempre conforme a la ley, a las buenas costumbres y a las exigencias de la buena fe, teniendo en cuenta la naturaleza gratuita del servicio del que disfruta.

5. Cláusula de limitación de responsabilidad.

La Fundación Iuris Tantum no asume responsabilidad alguna respecto a los posibles daños y perjuicios causados por el uso de este sitio web o de cualquier otro al cual se haya accedido a través de un enlace inserto en el presente sitio web.

6. Propiedad intelectual e industrial.

El presente sitio web se reserva todos los derechos sobre los contenidos, información, obras, textos, gráficos, diseños, logos, marcas, símbolos, signos distintivos, datos y servicios que ostente.

En ningún caso se entenderá que se concede licencia alguna o se efectúa renuncia, transmisión, cesión total o parcial de dichos derechos, ni se confiere ningún derecho de explotación sobre dichos elementos, sin la previa autorización expresa y por escrito de la Fundación Iuris Tantum o de los titulares de los derechos correspondientes.

7. Cláusula de legislación aplicable, jurisdicción competente y notificaciones.

Las presentes condiciones se rigen y se interpretan de acuerdo con la legislación boliviana.

Todas las controversias o diferencias con relación a la interpretación, aplicación, cumplimiento y ejecución del presente contrato, renunciando expresamente a cualquier otro fuero que pudiera corresponderles, se resolverán en el Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial (CCAC) de la Cámara de Industria, Comercio, Servicios y Turismo de Santa Cruz (CAINCO), conforme a los siguientes medios: Como primer medio de solución se establece la Conciliación, la cual se regirá de acuerdo al Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de CAINCO, vigente al momento de la presentación de la conciliación. Si la controversia no ha sido resuelta a través de la conciliación o persistiera parte de ella, como

segundo medio se aplicará el arbitraje institucional a efectuarse en el Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de CAINCO de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), al que se encomienda la administración del arbitraje conforme al Reglamento vigente a la fecha en que se presente la solicitud de arbitraje. El presente acuerdo implica la renuncia expresa a iniciar cualquier proceso judicial.

En materia penal se someten a los Juzgados y Tribunales de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia).

Todas las notificaciones, requerimientos, peticiones y otras comunicaciones que el usuario desee efectuar a la Fundación Iuris Tantum deberán realizarse por escrito y se entenderá que han sido correctamente realizadas cuando hayan sido recibidas en la siguiente **dirección.revistarbd@gmail.com**



INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

I. Invitación

La invitación para publicar en cualquiera de las secciones de la Revista Boliviana de Derecho está abierta a autores nacionales y extranjeros, siendo el requisito imprescindible, que el contenido de los artículos esté relacionado con las ramas del Derecho y sea de interés para la doctrina jurídica boliviana o iberoamericana.

II. Envío de artículos, fechas de recepción y aceptación

1. Los trabajos deberán enviarse mediante archivo electrónico en CD, al Director de Iuris Tantum – Revista Boliviana de Derecho (Calle Tumusla N° 77, Santa Cruz, Bolivia) ó a los correos electrónicos:
revistabolivianadederecho@hotmail.com, orlandoparada.vaca@gmail.com
2. Las fechas para la recepción de los trabajos a ser publicados en los números de julio y diciembre de cada año, serán hasta el 7 de enero y 15 de junio, respectivamente.
3. La fecha de aprobación de trabajos para su publicación en los números de julio y diciembre no excederá el 31 de marzo y 30 de septiembre, respectivamente.
4. La aceptación de un trabajo para su publicación, supone que los derechos de copyright (Derechos de Autor), en cualquier medio y por cualquier soporte, quedan transferidos a la Fundación Iuris Tantum, editora de la revista.

III. Sistema de arbitraje

Una vez recibido el artículo, el Consejo Editorial decidirá en un lapso no mayor a los cinco días, si el mismo cumple con los requisitos básicos para su publicación. En caso afirmativo, el artículo será enviado a evaluación de expertos temáticos.

Cada artículo será evaluado por expertos temáticos externos a la revista, quienes no conocerán el nombre del autor del texto (sistema de doble revisión “a ciegas”). El evaluador tendrá un período de dos semanas para comunicar su dictamen al Comité Editorial. El nombre del evaluador será reservado.

Los posibles dictámenes son:

1. Se aprueba la publicación del artículo.
2. Se aprueba la publicación del artículo, con observaciones a corregir.
3. Se rechaza la publicación del artículo.

Si el dictamen del revisor observa algunas correcciones, el autor tendrá un plazo de quince días para realizarlas.

El que un artículo sometido a evaluación sea aprobado, no implica su inmediata publicación. La decisión final para la publicación de un artículo corresponde al Consejo Editorial de la Revista.

Una vez que se decida respecto del dictamen de publicación o rechazo del artículo, el autor recibirá notificación directa y por escrito informándole de la decisión final.

IV. Normas editoriales

A) Respecto al autor

- Deberá incluirse una corta biografía del autor, de no más de 50 palabras (incluyendo sus grados académicos más relevantes, ocupaciones y cargos actuales, y publicaciones principales). Adjuntar el currículum académico detallado, no olvidando la inclusión del correo postal, correo electrónico, dirección, teléfono y fax.
- Será responsabilidad del autor adjuntar todos los datos en su reseña personal.

B) Respecto al artículo

- Todo artículo propuesto para ser publicado en Iuris Tantum – Revista Boliviana de Derecho debe ser original e inédito.
- Los artículos deben escribirse en idioma español.
- Debe especificar el conflicto de interés o, cuál la importancia de escribir sobre el tema elegido.
- Buena redacción, ortografía y organización.
- Se deberá anteponer un resumen del trabajo, de no menos de 50 y no más de 70 palabras.

- Cada artículo debe tener una traducción al inglés del resumen, así como del título.
- Las palabras claves de los artículos deben ser extraídas utilizando un Tesauro Normalizado. Éstas deben incluirse en español e inglés.
- El artículo deberá ir acompañado de un Sumario, que se incluirá al inicio del mismo (redactado en minúsculas, salvo la letra que encabece cada uno de los epígrafes) y de una bibliografía, que se incluirá al final del mismo, utilizando el sistema de citas propio de la revista.

V. Formato de Texto

- El artículo debe contener un máximo de mínimo de 30 páginas y un máximo de 50 páginas, salvo razones fundadas, que justifiquen una extensión superior::
- Papel blanco, tamaño carta o A4
- Utilizar una sola cara del papel
- Tipo de letra: Times New Roman
- Tamaño de letra: 12 puntos
- Tinta negra
- Interlineado doble espacio
- Alineación todo a la izquierda, excepto citas mayores a las 40 palabras.
- Sangría al inicio de cada párrafo, se deben dejar cinco espacios.
- Tres niveles de títulos:
 1. Uno principal escrito en negrillas, mayúsculas, y centrado (14 pts)
 2. Uno secundario escrito en negrillas Tipo oración (12 pts)
 3. Uno terciario en negrillas Tipo oración
- Incisos: Números: 1º)

VI. Notas a pie de página

- Se utilizarán para descargar el texto de notas bibliográficas, de referencias de jurisprudencia y de opiniones o comentarios incidentales, así como para ampliar las ideas expresadas en el texto, en cuya redacción de empleará un estilo ágil, claro y conciso.
- Deben ir numeradas correlativamente con números arábigos.

VII. Citas

Todas las citas de autores y resoluciones judiciales deberán realizarse en nota a pie de página, nunca en texto.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- **Material consultado en Internet.-** Debe respetar el siguiente orden:
Autores.- Los documentos de la World Wide Web que indican que son “mantenidos”, generalmente se refieren al autor con el apelativo de Maintainer (Maint), aunque también puede usarse más genéricamente Editor (De).
Fecha de visita al documento (año, mes , día).
Título que puede ser tomado de la barra superior del navegador.
Tipos de documento.- Indicar si son html, consultas en bases de datos, imágenes en formato .gif, .jpg u otro, archivos de sonido o de video, archivos FTP, etc.
Información acerca de la publicación, la que comienza con <http://www...>
- **Material consultado en Internet.-** La jurisprudencia se citará según sea habitual en el país de origen de cada escritor, con su respectiva referencia.

IX. OTRAS SECCIONES DE LA REVISTA.

- **Cuestiones jurídicas:** Se trata de una sección que incluye artículos breves, sin adscripción temática clara o con un impacto reducido a una determinada área geográfica.
Su estructura y requisitos formales son exactamente iguales que los de los artículos insertados en la Sección de Doctrina.
- **Crónicas jurisprudenciales:** Se trata de una exposición sistemática de la jurisprudencia existente sobre una determinada materia, cuya extensión debe oscilar entre 20 y 30 páginas (a doble espacio). En ellas se acompañará, al igual que respecto de los artículos, un sumario, el CV breve del autor, un resumen y palabras clave, en español e inglés. Deberá también adjuntarse, en su caso, una relación bibliográfica de las obras utilizadas.
- **Comentarios.-** Se trata de análisis de textos legales novedosos o de especial importancia, cuya extensión debe oscilar entre 20 y 30 páginas (a doble espacio). En ellos se acompañará, al igual que respecto de los artículos, el CV breve del autor, un resumen y palabras clave, en español e inglés. Deberá también adjuntarse, en su caso, una relación bibliográfica de las obras utilizadas.
- **Comentarios jurisprudenciales.-** Se trata de comentarios de sentencias especialmente relevantes, cuya estructura es la siguiente: Supuesto de hecho, Doctrina y Comentario.

- **Reseñas bibliográficas.-** Extensión máxima 3 páginas y el texto debe ir acompañado de la portada del libro en digital, ISBN y la editorial que lo publica.
- **La espada de Damocles.-** Extensión máxima de 5 páginas, excluyendo la fotocopia o el escáner de la resolución judicial o administrativa criticada. La Revista Boliviana de Derecho, otorgará el derecho a réplica.

