

Jornadas Internacionales sobre Actualización del Derecho de Obligaciones y Contratos, 31 de mayo y 1 de junio de 2018, Universidad de Murcia*

ISUÉ NATALIA VARGAS BRAND

Investigadora contratada predoctoral (FPI MINECO)
Universidad Autónoma de Madrid

ANTONIO ISMAEL RUIZ ARRANZ

Investigador contratado predoctoral (FPU MECED)
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

Las Jornadas Internacionales sobre Actualización del Derecho de Obligaciones y Contratos fueron celebradas en el claustro de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia los pasados 31 de mayo y 1 de junio de 2018. En su marco, se han discutido importantes cuestiones inherentes a la modernización del Derecho de obligaciones y contratos a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Propuesta de la Comisión General de Codificación, la Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil y el Derecho comparado. Este trabajo expone la síntesis de las ponencias presentadas en las Jornadas.

PALABRAS CLAVE

Derecho de contratos, modernización del Derecho de obligaciones y contratos, jurisprudencia del Tribunal Supremo, transparencia, cláusulas abusivas, seguridad jurídica, reforma del Derecho francés de obligaciones, promesa unilateral de contrato, vicios de la voluntad, determinación del precio, resolución, Nachfrist, rescisión, fraude de acreedores, desistimiento.

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación «Remedios no fundados en el incumplimiento contractual y fundados en el incumplimiento. Aproximación de dos sistemas» (DER2017-84947-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y cuyos investigadores principales son Nieves Fenoy Picón y Antonio Manuel Morales Moreno.

ABSTRACT

The International Conference on Modernization of the Law of Obligations and Contracts organized by the Faculty of Law of Universidad de Murcia (Spain) was held on 31 May and 1 June 2018. This conference tackled the main issues that confront the modernization of the law of contract and there was discussion on how these issues have been addressed by the Spanish Supreme Court («Tribunal Supremo») in its case law, in the General Codification Commission's Proposal on the Modernization of the Law of Obligations and Contracts, in the Association of Civil Law Professors on the same matter and in foreign legal systems. This paper summarizes the presentations and arguments raised at the conference.

KEY WORDS

Contract law, modernization of the law of obligations and contracts, case law of the Spanish Supreme Court, transparency, unfair contractual terms, French contract law reform, unilateral binding promise, absence of consent, determination of price, Nachfrist, rescission, termination, creditor fraud, right of withdrawal.

SUMARIO: I. *Introducción.*–II. *Una Mirada de las Jornadas a la reforma del Derecho de obligaciones y contratos francés: resabios clásicos en lo moderno.*–III. *Modernización del Derecho de obligaciones y contratos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: en diálogo con el TJUE y la sociedad.* 1. La transparencia como posible supraconcepto jurídico y social. 2. Diferentes construcciones jurisprudenciales de las nuevas instituciones del moderno Derecho de obligaciones y contratos.–IV. *Reflexiones en torno a la senda española de modernización del Derecho de obligaciones y contratos a propósito del análisis de algunas instituciones.* 1. La eficacia vinculante de la promesa gratuita de contrato. 2. El espacio para el «ventajismo» como un nuevo vicio de la voluntad (la supresión de la violencia). 3. La determinación del precio en la interpretación del contenido del contrato. 4. Nuevas orientaciones del remedio de la resolución de la relación contractual en diversos textos jurídicos. 5. La protección e integración del patrimonio del deudor mediante la acción pauliana. 6. El desistimiento como herramienta en el moderno Derecho de contratos.–V. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

[1] Los congresos son, para la ciencia jurídica, las plazas que permiten medir el pulso de una disciplina en un momento del tiempo. En ellos, el rumor silencioso –y en ocasiones huérfano de interlocutor– de los autores condensado en monografías, estudios y comentarios adquiere, de repente, dimensiones dialécticas. Algu-

nas de las mejores ideas de la dogmática jurídica, pasada y presente, han nacido al calor de un congreso; y, cuando no, allí han sido, por lo menos, perfiladas. Es nuestra convicción que el espacio que brinda un congreso constituye una de las mejores maneras con las que el jurista puede proceder a la obligada rendición de cuentas que el oficio investigador impone (aunque por supuesto no es la única). Y es que «nada como la discusión serena y objetiva sirve tanto para que la verdad científica resplandezca»; decían, setenta años atrás, los propósitos fundacionales de este Anuario¹.

En las líneas que siguen, se reseñan las *Jornadas sobre Actualización del Derecho de Obligaciones y Contratos*, celebradas en la Universidad de Murcia los días 31 de mayo y 1 de junio de 2018, bajo la dirección de Dr. D. Juan Roca Guillamón, Dr. D. Joaquín Ataz López y Dra. Dña. Carmen Leonor García Pérez.

Se pretende ofrecer una narración sucinta de lo acontecido en ellas, sin perjuicio de realizar, las menos de las veces, comentarios o tomas de posición que, sobre todo, animen al lector a adentrarse en cada uno de los temas de la mano de sus ponentes.

[2] La modernización y unificación del Derecho de obligaciones y contratos es una labor que ha orientado gran parte de la academia española en las últimas décadas.² Dicha labor académica ha tenido un impacto relevante y palpable en el plano normativo a través de los proyectos de modernización y actualización de Derecho de obligaciones y contratos, tales como la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos (en adelante, PMCC)³, el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (ALM)⁴ y, recientemente, la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (en adelante, PAPDC)⁵. Entre tales instrumentos también se cuenta la reforma del Libro Sexto del Código civil de Catalunya en materia de obligaciones y

¹ «Propósitos», *ADC*, 1948-I, p. 8.

² En relación con esta nueva orientación de la doctrina española, se podría destacar la relevancia e importancia de las obras de Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, 6, Thomson Civitas, Pamplona, 2008; MORALES MORENO, *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Madrid, 2006; *Claves de la modernización del derecho de contratos*, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2016; PANTALEÓN PRIETO, «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC*, 1991-III, pp. 1020-1092; «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993-IV, pp. 1719-1746.

³ Elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación y publicada en el año 2009 (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LXIII, enero de 2009, Suplemento).

⁴ Ministerio de Justicia, 30 de mayo de 2014.

⁵ ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018.

contratos (en adelante, CCC)⁶. A pesar de los grandes logros conseguidos al respecto, fruto del aporte recíproco entre la doctrina y la jurisprudencia, la sistematización de un «nuevo modelo» de Derecho de obligaciones y contratos en España sigue reclamando análisis jurídicos, debates académicos y, por supuesto, su divulgación entre los diferentes agentes jurídicos del país.

En este contexto, las *Jornadas* ofrecieron una perspectiva práctica y teórica de esta materia, para lo que se contó con la inestimable presencia de prestigiosos magistrados y académicos, como, por ejemplo, el Excmo. Magistrado y presidente de la Sala Civil del Tribunal Supremo, D. Francisco Marín Castán o el Catedrático de Derecho Civil D. Joaquín Ataz López de la Universidad de Murcia.

Es menester mencionar que varios de los conferenciantes e integrantes del Comité Científico de las *Jornadas* han sido participantes activos de la citada PAPDC⁷, lo que aportó una valiosísima perspectiva de primera mano de dicha propuesta.

[3] Las *Jornadas* se inauguraron con la intervención del Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán. A continuación, se estructuraron en tres mesas de discusión: la *primera mesa* se tituló «La eficacia vinculante del contrato en la modernización de obligaciones y contratos en Francia y España»; la *segunda mesa* «El actual derecho de contratos desde una perspectiva modernizadora»; y, la *tercera mesa* «Actualización y unificación del Derecho patrimonial».

[4] En el preámbulo de las *Jornadas* tuvo lugar la defensa y debate de las comunicaciones seleccionadas —espacio del que fuimos partícipes, por lo que, desde aquí, agradecemos al Comité Científico de las *Jornadas* la aceptación—. Como comunicantes intervinieron, por estricto orden de aparición, Andrea Salud Casanova Asencio (con «*La configuración de la mora y el retraso en el cumplimiento en el marco de la modernización del Derecho de obligaciones*»); Victoria A. González Álvarez-Silvosa (con «*El préstamo hipotecario multidivisa en la reciente doctrina del Tribunal Supremo*»); la profesora Dra. M. Pilar Morgado Freige (con «*La introducción de cláusulas de mediación en los contratos inmobiliarios*»); Antonio Ismael Ruiz Arranz (con «*Frutos en la restitución contractual y normas posesorias. Un debate a zanjar*»); Joaquina

⁶ Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código civil de Catalunya, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto.

⁷ Nos referimos a los profesores y las profesoras Dr. D. Joaquín Ataz López, Dra. Dña. Isabel González Pacanowska, Dra. Dña. María Belén Andréu Martínez, Dra. Dña. Carmen Leonor García Pérez, Dr. D. Gabriel Macanás Vicente y Dra. Dña. María del Carmen Plana Arnaldos. Vid. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código Civil*, cit., pp. 12-14.

García Hernández («*El control de contenido de las cláusulas no negociadas entre empresarios*»); Andrés Marín Salmerón («*El anatocismo en la reforma del derecho de obligaciones*») e Isué Natalia Vargas Brand («*El derecho a sustituir la pretensión de cumplimiento por la indemnización de daños: la operación de reemplazo*»).

[5] Las diferentes temáticas presentadas por los conferenciantes en las *Jornadas* se pueden dividir en tres grandes áreas: (i) la reforma francesa de Derecho de Obligaciones y Contratos; (ii) la modernización del Derecho de obligaciones y contratos en la jurisprudencia española y (iii) la modernización del Derecho de obligaciones y contratos en la doctrina española.

Conviene indicar que el orden expositivo que seguiremos no se corresponde con el orden seguido durante las *Jornadas*.

II. UNA MIRADA DE LAS JORNADAS A LA REFORMA DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS FRANCÉS: RESABIOS CLÁSICOS EN LO MODERNO

[6] Las *Jornadas* no perdieron la oportunidad de analizar la reciente reforma del Derecho de obligaciones y contratos francés. Lo hicieron de la mano del profesor Jean-Jacques Taisne (Universidad de Lille), con la ponencia titulada «*La force obligatoire du contrat dans le nouveau droit français des obligations*», la cual tuvo lugar en la *primera mesa* de las *Jornadas*⁸. Taisne ofreció una panorámica general de la eficacia vinculante del contrato en la reforma del Derecho de contratos y obligaciones francés, mediante la *Ordonnance* núm. 2016-131 de 10 de febrero de 2016, que entró en vigor el 1 de octubre de 2016.

[7] En *primer lugar*, Taisne expuso los principales rasgos de la citada reforma. El ponente destacó:

(i) su carácter realista y pragmático, ya que se han codificado muchas construcciones de origen jurisprudencial;

(ii) su visión solidaria y de justicia, mezclando tradición e innovación. Así, por ejemplo, en relación con la protección de la parte más débil del contrato se ha consagrado instituciones como la «violencia económica» o el deber precontractual de información; y

(iii) su perspectiva simplificadora, en cuanto que ya no se habla de objeto y causa del contrato, sino de contenido del contrato, y, en general, el ponente aludió que la reforma hace un homenaje a la libertad contractual, a la eficacia vinculante del contrato y al principio de la buena fe.

⁸ *Supra* [3].

[8] En *segundo lugar*, el ponente manifestó que, en la reforma, entre la libertad contractual y la buena fe, aparece el principio de eficacia vinculante del contrato [arts. 1124⁹ y 1193 (en la forma más clásica) del Código Civil francés (en lo sucesivo, *Code civil*)]. En este sentido, el ponente destacó la positivización de la *teoría del cambio de circunstancias imprevisibles* (art. 1195 *Code civil*). Figura que se aplica cuando el contrato se hace excesivamente oneroso para el cumplimiento de una de las partes, permitiendo que la parte afectada pueda solicitar a su cocontratante la *renegociación del contrato*. El segundo párrafo del artículo 1195 *Code civil* recoge las consecuencias derivadas de la actitud de las partes ante la renegociación¹⁰. Según sus redactores, el espíritu de esta norma es preventivo, pues coloca a las partes entre la renegociación de común acuerdo y el riesgo de que sea el juez quien, de acuerdo con unos parámetros ciertamente indeterminados, decida su terminación¹¹.

[9] En *tercer lugar*, Taisne se refirió al incumplimiento del contrato. El ponente señaló que el *Code civil* recoge todos los remedios del incumplimiento («*sanctions*») en su artículo 1217 I, los cuales no tienen un orden jerárquico y, por tanto, el acreedor puede pedir aquel que más le convenga, siendo algunos de estos acumulables entre sí¹².

[10] A continuación, el ponente señaló las principales novedades en el ejercicio de cada uno de los remedios. De las cuales, creemos conveniente destacar las siguientes.

(i) En cuanto a la *excepción de contrato no cumplido* («*L'exception d'inexécution*», art. 1219 *Code civil*), la novedad ha consistido en que, antes de la reforma, se exigía que el incumpli-

⁹ El párrafo segundo de este precepto dispone que la revocación de la *promesa unilateral de venta*, durante el tiempo concedido al beneficiario para optar, no impide la perfección del contrato. Taisne advirtió que este artículo contraría la anterior doctrina jurisprudencial que no obligaba al promitente a perfeccionar el contrato en caso de revocación, sino que le condenaba a indemnización de daños y perjuicios. Y, en este sentido, el conferenciante observó una posible contravención entre este precepto y el orden público (*vid.* arts. 1102 y 1162 *Code civil*).

¹⁰ Conforme al artículo 1195. II *Code civil*, las partes pueden convenir la resolución del contrato o instar al juez para que, de común acuerdo, proceda a su adaptación. A falta de acuerdo, transcurrido un plazo razonable, la misma disposición permite que, a instancia de una de una las partes, sea el juez quien decida revisar el contrato o ponerle fin, en la fecha y según las condiciones que él mismo fije.

¹¹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2017, p. 14.

¹² En este sentido, el artículo 1217 II *Code civil* establece que los remedios que no sean incompatibles pueden acumularse, pudiendo agregarse siempre a la indemnización de daños.

miento fuera proporcionado y ahora, conforme a la reforma, se exige que el incumplimiento tenga que ser suficientemente grave.

(ii) En relación con la *pretensión de cumplimiento* («*L'exécution forcée en nature*», art. 1221 *Code civil*), independientemente de que el incumplimiento sea grave o no, en la reforma, se han consagrado ciertos límites para su ejercicio, tales como: la imposibilidad del cumplimiento y la desproporción manifiesta entre coste del cumplimiento *in natura* para el deudor y el interés para el acreedor.

(iii) Respecto de la *reducción del precio* («*La réduction du Prix*», art. 1223 NCCfr), la ponencia destacó que la nueva redacción hace una distinción clara entre si el acreedor ha pagado o no ha pagado. Si el acreedor ya ha pagado, tiene pedir la reducción al Juez. Si no ha pagado en su totalidad, podría notificar al deudor su decisión de reducir el precio de manera proporcional a la entidad del incumplimiento.

La ley de ratificación de la reforma del *Code civil* francés¹³ ha clarificado algunos aspectos inherentes al remedio de la reducción del precio (art. 1223 *Code civil*). Entre estos, figura que la aceptación del deudor de la decisión del acreedor sobre la reducción del precio debe formularse ahora por escrito. Al respecto, Taisne manifestó su disconformidad, ya que la reducción de precio se configuraría como una decisión del acreedor.

(iv) Y, finalmente, en cuanto a la resolución («*La résolution*», arts. 1224-1230 *Code civil*), el ponente destacó que en este remedio se ha buscado luchar contra una forma de abuso, que consistía en exigir el cumplimiento *in natura* solo por el «placer de poner al acreedor en aprietos». Al respecto, Taisne señaló que, a veces, el deudor prefiriere ser condenado a indemnizar daños y perjuicios, antes que al cumplimiento *in natura*.

En este sentido, el ponente resaltó los diferentes modos de resolución de la reforma (que ahora son simples enunciados, y no condiciones), los cuales son: la cláusula resolutoria, la resolución unilateral del contrato (previamente creada por la jurisprudencia francesa) y la resolución judicial. A propósito de la cláusula resolutoria, Taisne expuso sus dudas sobre el grado de concreción que debe acompañar a esta, ¿deben las partes especificar las obligaciones concretas que facultan al acreedor a resolver o basta con que figure expresada en términos genéricos?

Por último, Taisne señaló el efecto de la resolución es el de poner fin al contrato, lo que supone abandonar las antiguas ficciones de la retroactividad del contrato (esto es, los efectos *ex tunc*).¹⁴

¹³ Loi n.º 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹⁴ Vid. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, cit.

III. LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: EN DIÁLOGO CON EL TJUE Y LA SOCIEDAD

[12] La STS (Sala 3.^a) de 10 de marzo de 2003¹⁵ contiene, pese a tratarse de un supuesto gobernado por el Derecho público, una reflexión transversal que merece la pena rescatar al comienzo de este apartado. La citada resolución advirtió que la interpretación de las normas jurídicas conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3.1 CC) encuentra una de sus más elevadas aplicaciones en el principio de interpretación conforme a la Constitución; ello frente a las consecuencias devastadoras de las antiguas reglas «*dura lex sed lex*» y «*fiat iustitia et pereat mundus*». A lo anterior le siguieron los siguientes párrafos que, por su indudable interés (y calidad literaria, dicho sea de paso), reproducimos:

«No se trata, pues de habilitar al intérprete, ni siquiera cuando éste es un juez, de una potestad anulatoria de la norma jurídica, sino de recordarle que *el derecho es para la vida* –precisamente porque es un medio, y no precisamente de escasa importancia, de hacer vividera la vida misma–, por lo que ha de transferir las normas jurídicas, en que ese derecho se manifiesta, desde ese plano abstracto en que las ha diseñado el legislador –que quiere dotar así de perdurabilidad a esa obra suya– al plano, quizá más prosaico, pero perfectamente concreto del vivir de cada día.

Todo esto no quiere decir, ni dice, que la aplicación de esa regla sea fácil; antes al contrario, debe ser manejada con exquisito tacto y prudencia suma. En lo cual tampoco hay que ver motivo de alarma sino mera constatación de algo que pertenece a la naturaleza de las cosas. Debiendo aceptarse, en todo caso, que el derecho está hecho de sutileza, y que no es mayor la delicadeza con que ha de proceder el médico, tanto si se ocupa de la salud física como si versa solo sobre la salud psíquica, que la que debe usar el operador jurídico en su cotidiano quehacer.

Y debemos decir también que entender el sentido último de ese sintagma que luce en el artículo 3.1 del Código civil, es aceptar que hay que rechazar, por falso, que haya conceptos quietos, inmóviles y que esa regla está *conminando al intérprete a aprender a pensar con nociones en marcha incesante en el tiempo*» (las cursivas son nuestras).

El extracto transcrito destaca, entre otras cosas, el papel de la aplicación del Derecho –y, en particular, la sentencia judicial– como instrumento inescindiblemente asociado a la realidad prácti-

¹⁵ Cendoj Roj: STS 1601/2003, MP: Excmo. Sr. González Navarro.

ca que (cada vez) resulta más dinámica¹⁶. La ponencia inaugural de las *Jornadas* pronunciada por el Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán –presidente de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo– bajo el título «*Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*», puso de manifiesto, ante todo, el peso que ostentan la prudencia y la reflexión responsable para nuestro Alto Tribunal. Veámoslo.

[13] En efecto, con una inicial referencia al Auto de 19 de octubre de 2017¹⁷, el ponente advirtió sobre la escrupulosa cautela que la Sala que preside mantiene a la hora de sentenciar, cuando están sobre el tapete elementos exegéticos propios del Derecho de la Unión Europea. Entre tales elementos (¡qué duda cabe ya a estas alturas!) se sitúa el *concepto de transparencia*, auténtica punta de lanza de la batalla judicial librada en España entre consumidores y entidades financieras a propósito de las denominadas «cláusulas suelo».

A juicio del conferenciante, el concepto de transparencia corre, sin embargo, el riesgo de banalizarse si termina equivaliendo a una transmisión de información al consumidor tan extensa que dé lugar a desinformación¹⁸. En este sentido, en el discurso inaugural de Marín Castán se dieron cita la *modernidad líquida* de Zygmunt Baumann, el *mundo sin ideas* de Franklin Foer y las aportaciones del filósofo surcoreano Byung-Chul Han. Aunque sin detenerse en exceso sobre los esquemas de estos pensadores, parece que el ponente habría tratado de advertir que, en un contexto caótico de «modernidad líquida», la inestabilidad conforma identidades volubles marcadas por una inasible y escurridiza pauta consumista que convierte a las personas en paquetes de datos dependientes, contro-

¹⁶ Con infinita mayor elegancia expresó esta misma idea Federico De Castro: «La sentencia está entre la ley y la vida en continuado suceder» (DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, Parte General, Tomo I, 3.^a ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, p. 552).

¹⁷ Cendoj: ATS 9713/2017; MP: Excmo. Sr. Sarazá Jimena.

Con este auto, la Sala 1.^a eleva cuestión prejudicial al TJUE acerca de la posible vulneración de la Denominación de Origen Protegida (DOP) «Queso Manchego» mediante el empleo de elementos alegóricos evocadores de la región manchega por parte de una sociedad que comercializaba quesos no amparados por la denominación de origen antedicha, pero bajo las etiquetas «Adarga de oro», «Rocinante» y «Super Rocinante» y con elementos paisajísticos colmados con molinos de viento y ovejas.

¹⁸ El ponente expuso reflexiones similares en su conferencia dictada en el Colegio Notarial de Madrid el 16 de abril de 2015. En concreto sostuvo que «si lo que la crisis económica y financiera ha provocado es una crisis de confianza, lo que urge es recuperar la confianza. Para lograrlo hay que poner el acento en la información al consumidor, clara y comprensible, de los riesgos que asume al contratar, pero sin abrumarlo, porque un exceso de información también es desinformación» (*vid.* MARÍN CASTÁN, «Crisis económica, protección de los consumidores y evolución de la jurisprudencia civil», *El notario del siglo XXI: revista del colegio notarial de Madrid*, 2015, núm. 62, p. 143).

lables y, por tanto, vulnerables frente al poder de las grandes corporaciones. Corporaciones estas a las que se habría confiado, por efecto de la cultura tecnológica, algo más que la sola ejecución de una prestación contractual, pero soslayando el control de la información y el flujo de conocimiento¹⁹. Señaló el conferenciante que ahora el reto de las grandes empresas radica en convertir a los ciudadanos en *transparentes*, al tiempo que advirtió que lo único verdaderamente transparente es el vacío.

[14] Con estos mimbres, Marín Castán centró el objeto de su ponencia. A su juicio, la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, al tiempo que ha venido aplicando la doctrina emanada desde el TJUE, ha tratado que algún punto de extremismo del consumidor litigante no terminase perjudicando al consumidor general. En su opinión, la protección radical del consumidor puede dar lugar a una perversión en el mercado hipotecario español; el mismo mercado que permitió acceder a la vivienda en propiedad a un gran número de ciudadanos²⁰.

¹⁹ Sobre los efectos que el paso de un «estado sólido» a otro «líquido» de modernidad (en terminología de BAUMANN) provoca sobre el Derecho y la codificación, *vid.* GARCÍA RUBIO, «Modernidad líquida y codificación», *ADC*, 2016-III, pp. 744-750. Esta autora reconoce que ya no se requieren soluciones definitivas, inmutables, no adaptables o transformables, en un mundo donde todo es provisional, pasajero y maleable. Sin embargo, se rehúsa a caer en el pesimismo de quienes piensan que la categoría del «código», en su más amplio significado, está irremediabilmente condenada a desaparecer (*Ibid.*, pp. 772-780).

Con todo, la crítica a la «estabilidad» del Derecho, como valor, ha estado presente en otras épocas indudablemente más «sólidas» que la presente. La literatura nos enseña, a veces, rescoldos de debates similares que, en épocas pasadas, trascendieron incluso lo jurídico. Ello se aprecia, por ejemplo, en el aleccionamiento de Mefistófeles a un estudiante en la primera parte del Fausto de Goethe: «*Las leyes y los derechos se suceden como una absurda enfermedad y se les ve pasar de generación en generación y arrastrarse sordamente de un punto a otro: la razón se convierte en locura y el beneficio en tormento. ¡Desdichado de ti, hijo de tus padres, por no tratarse nunca del derecho que nació con nosotros!*» Goethe, *Fausto*, Maxtor, Valladolid, 2007, p. 83). La reflexión que el autor coloca en boca de Mefistófeles parece insertarse en el contexto jurídico de finales del siglo XVIII como una alegación en contra del viejo Derecho y en defensa de la creación de uno nuevo adecuado al espíritu de la época. Es decir, afecta de lleno a la disputa sobre la codificación que existió entre Thibaut y Savigny, tomando el poeta partido aparentemente por las ideas del primero (*vid.* Nörr, «Savigny liest Goethe», *Studia in honorem Elemer Polay septuagenarii (Acta Universitatis Szegediensis. Acta Iuridica et Politica)*, Tomo 33, Fasc. 1-31, pp. 329-332). Sin embargo, Savigny, gran conocedor de la obra de Goethe y quizás en un ejercicio de contorsionismo, interpretó el precitado pasaje del Fausto en el sentido opuesto, esto es, como crítica a la legislación que maniat «la fuerza oculta que trabaja sin descanso en la formación del Derecho» (*vid.* *Sistema del Derecho Romano actual*, I-II, reedición de la traducción de Mesía y Poley, Analecta Editorial, Pamplona, 2004, p. 85, nota 2).

Sirva este ejemplo, a raíz de las iniciales valoraciones de Marín Castán, para poner de manifiesto la íntima conexión que guardan los grandes debates jurídicos con las principales cuestiones filosóficas y sociales de cada período; hasta el punto de que los primeros no se entienden sin las segundas.

²⁰ Sobre el desarrollo del mercado hipotecario español a partir de 1982 y especialmente tras la crisis económica de 2007-2008, *vid.* DÍAZ FRAILE, «Presente y futuro de la hipoteca como instrumento del fomento del crédito en el contexto del Derecho comunitario (un proceso de reformas inacabado)», *ADC*, 2016-II, pp. 506-512.

Desde una perspectiva muy crítica, destacó el valor de la seguridad jurídica, como constante del Tribunal Supremo a lo largo de su historia. Una seguridad jurídica que, según apuntó, no resulta fácil de conseguir cuando incluso normas nacionales cuyo nacimiento ha venido motivado por resoluciones del TJUE han sido reducidas posteriormente a la nada por este mismo tribunal²¹. En este contexto, la tarea de la Sala 1.^a ha sido especialmente ardua, en opinión del ponente, toda vez que «*no hay nada peor para un juez continental que encontrarse sin ley aplicable*». Y la crítica²² de Marín se extendió hasta el propio legislador español, pues la falta de trasposición de la Directiva 2014/17²³ continúa dejando en el limbo jurídico innumerables cuestiones capitales²⁴.

²¹ Se refiere fundamentalmente a la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; promulgada como consecuencia de la Sentencia TJUE de 14 de marzo de 2013 (Asunto C-415/11; *Aziz*). Entre otros aspectos, esta ley modificó la redacción del artículo 693.2 LEC que, hasta entonces, permitía reclamar la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro. Con la modificación, el artículo 693.2 LEC pasó a establecer lo siguiente: «Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de *falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales* sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución» (cursiva nuestra).

La Sentencia TJUE de 26 de enero de 2017 (Asunto C-421/14; *Banco Primus, S. A.*) ha supuesto un aldabonazo sobre algunas de las novedades introducidas por la Ley 1/2013. Entre ellas, se incluye la nueva redacción del artículo 693.2 LEC. Y es que, según la sentencia, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693.2 LEC, que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional. Ahora no nos corresponde analizar los efectos de esta resolución.

²² También del mismo ponente, *vid.* MARÍN CASTÁN, «La difícil tarea de la jurisprudencia cuando fracasa la ley», *ADC*, 2016-II, pp. 495-500.

²³ Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) núm. 1093/2010.

²⁴ Al momento de redactarse esta reseña, solo contamos con el Proyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario, de 17 de noviembre de 2017; proyecto que si bien parece introducir considerables avances en la regulación de materias controvertidas como la transparencia, el reembolso anticipado, el vencimiento anticipado o los préstamos en moneda extranjera, también adolece de cierta terquedad regulatoria en una materia tan sensible como los intereses moratorios que fija imperativamente *en* el triple del interés legal del dinero para todo el período en que aquel resulte exigible (art. 23). La cifra resultante (9% con un interés legal actual del dinero al 3%; Ley 3/2017, de 27 de junio) es especialmente elevada si se compara, por ejemplo, con el importe a que ascienden los intereses de demora en Derecho alemán.

En el ordenamiento alemán, el interés de demora para contratos de préstamo con consumidores se calcula de conformidad con el denominado «*Basiszinsatz*» o «interés básico» (§ 497.1 BGB). De este modo, y por remisión al «*Basiszinsatz*», el interés de demora en contratos de préstamo con consumidores asciende a 5 puntos porcentuales sobre el deno-

[15] A propósito de lo anterior, Marín Castán entró en materia, comenzando –como quizás no podía ser de otro modo– por la STS de Pleno núm. 241/2013, de 9 de mayo. Como es sabido, esta sentencia declaró abusivas, por falta de transparencia, las cláusulas suelo de las entidades BBVA, Cajamar y Caja de Ahorros de Galicia. En la apertura de su intervención el conferenciante crítico la «*posverdad*», ciertamente generalizada en algunos sectores de la opinión pública española, de que (i) las cláusulas suelo fueron declaradas nulas por el TJUE (y no por el TS); y (ii) la cláusula suelo sea nula *per se*. En relación con el segundo punto, citó el ponente la reciente STS de Pleno núm. 205/2018, de 11 de abril²⁵ que reputa como válida la transacción sobre una cláusula suelo plasmada en un documento contractual posterior al 9 de mayo de 2013. Esta sentencia ha contado con un voto particular, emitido por el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno. El magistrado disidente, tras calificar los documentos suscritos como novación modificativa, considera que dicha novación resulta improcedente, dada la nulidad de pleno derecho de la obligación objeto de la novación (art. 1208 CC). Tal y como indica el conferenciante, el

minado «*Basiszinsatz*» (según el § 288.1 BGB). El «*Basiszinsatz*» se regula en el § 247 BGB. A tenor de dicho párrafo, este tipo de interés se revisa cada semestre, es decir, el 1 de enero y 1 de julio de cada año. La modificación tiene lugar en tantos puntos porcentuales como haya variado el tipo de referencia, que viene constituido por la última operación principal de refinanciación realizada por el Banco Central Europeo antes del primer día natural del semestre de que se trate. Según estas prescripciones, es el Banco Federal Alemán el que da a conocer el «*Basiszinsatz*». Pues bien, el «*Basiszinsatz*» –para el período comprendido entre el 01/07/2018 y el 31/12/2018– se sitúa en el -0,88%; lleva situado en esa cifra desde julio de 2016 y en tipo negativo desde enero de 2013, cuando por primera vez se colocó en el -0,13%. Todo ello arroja un interés de demora para préstamos (personales) con consumidores del 4,12% (-0,88+5).

Y lo que es más; para préstamos inmobiliarios con consumidores (que se corresponden con aquellos préstamos con garantía real o vinculados a la adquisición de la propiedad de bienes inmuebles o derechos reales de carácter inmobiliario; § 491.3 BGB) el interés moratorio se sitúa en 2,5 puntos porcentuales sobre el interés básico (§ 497.4 BGB), lo que equivale hoy al 1,62% (-0,88+2,5). El motivo de haber instaurado este cálculo del interés sobre 2,5 veces el «*Basiszinsatz*» estriba en el coste de refinanciación y, por tanto, el daño que al acreedor le provoca el retraso dentro del crédito inmobiliario (*vid.* SCHÜRNBRAND, «§ 497 BGB», en SÄCKER/RIXECKER/OETKER/LIMPERG, *Münchener Kommentar zum BGB*, 7.ª ed., 2017, párr. 43). En efecto, según el diario de sesiones del Bundestag alemán relativo a la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, el establecimiento de un tipo de interés de demora inferior para los préstamos hipotecarios responde a que el coste promedio de refinanciación de estos es aproximadamente entre dos y tres veces más pequeño que en los préstamos personales (DEUTSCHER BUNDESTAG, *Drucksache* 14/6040, 14/05/2001, p. 256).

Para poner fin a este breve estudio comparativo con el interés de demora en el sistema alemán, resta por indicar que actualmente (y teniendo en cuenta las explicaciones precedentes) el interés moratorio para préstamos entre empresarios asciende a un 8,12%: nueve puntos porcentuales sobre el interés básico (§ 288.2 BGB).

²⁵ MP: Excmo. Sr. Sancho Gargallo.

Recientemente y sobre la misma cuestión, *vid.* VELA TORRES, «Validez de la transacción que rebaja en dos puntos la cláusula suelo a cambio de la renuncia a instar su nulidad», *La Ley*, núm. 9227, 27/06/2018.

voto particular parte de una concepción de las cláusulas suelo como ilícitas en sí mismas, cuando no lo son y la misma Sala 1.^a ya ha considerado transparentes las de una entidad²⁶. A este respecto, confirió el ponente importancia superlativa a las conclusiones del abogado general Nils Wahls presentadas el 14 de septiembre de 2017²⁷ que, en un supuesto de cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, calificó a las normas que permiten a los demandantes desistir o renunciar a todo o a parte del recurso como absolutamente cruciales para una buena administración de justicia, por ser la expresión del principio dispositivo.

[16] Por otra parte, comentó que no todas las resoluciones procedentes de Luxemburgo dan sistemáticamente la razón al consumidor demandante. En particular, se refirió a la STJUE de 7 de diciembre de 2017²⁸, que consideró inaplicable la Directiva 93/13/ CEE en un juicio real sobre derechos inscritos, frente al criterio del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Jerez de la Frontera que pretendía apreciar de oficio la abusividad de las cláusulas que habían motivado la ejecución, omitiendo que el juicio verbal en cuestión, procedente de una acción real (arts. 41 LH y 250.1.7.º LEC), no constituye una continuación del procedimiento extrajudicial inicial de ejecución de la hipoteca (art. 129 LH), sino más bien un procedimiento independiente consistente en garantizar la protección de los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, como lo es el derecho real de propiedad. Es por ello que no resultan de aplicación las disposiciones protectoras contenidas en los artículos 6.1 y 7.1 Directiva 93/13, al tratarse de una relación independiente de la que vincula a acreedor y consumidor.

[17] El ponente no rehusó mencionar la reciente STS de Pleno 147/2018, de 15 de marzo, que, tras considerar abusiva la condición general que atribuía al prestatario todos los impuestos derivados de la constitución del préstamo hipotecario (*cfr.* STS núm. 705/2015, de 23 de diciembre), recurrió a la jurisprudencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo interpretadora de los preceptos que regulan el impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados; ello para determinar los efectos restitutorios derivados de dicha nulidad, que no afectan al prestamista en tanto que no se considera sujeto pasivo del pago del impuesto respecto de la cuota variable ni, en general, respecto de la cuota fija.

[18] Ni tampoco eludió hacer alusión a la STS de Pleno núm. 669/2017, de 14 de diciembre, que ha considerado transparente la cláusula por la que se determina el tipo de interés variable con arre-

²⁶ STS núm. 171/2017, de 9 de marzo (MP: Excmo. Sr. Sancho Gargallo).

²⁷ *Vid.* Párrafo 32; Asunto C-627/15; *Gavrilescu*.

²⁸ Asunto C-598/15 (*Banco Santander*; S. A.).

glo al índice IRPH. El conferenciante, sin dejar de reconocer la polémica suscitada por la sentencia –polémica que, según dijo, también estuvo presente en la deliberación de la Sala 1.^a–, defendió el fallo de esta, indicando que su contenido ha sido deformado en gran medida por unas críticas que soslayan, por ejemplo, que el control de transparencia no puede realizarse sobre la base de un *sesgo retrospectivo*, sino que este control debe referirse al momento de celebración del contrato²⁹; o que la fórmula de cálculo del índice Euribor es incluso más compleja que la del IRPH. Todo ello además frente al sinsentido que supondría regresar al paradigma histórico del artículo 1755 CC.

[19] La cuestión del *préstamo multidivisa* estuvo igualmente presente en la ponencia inaugural. En su análisis, Marín Castán contrapuso los hechos que derivaron en la renombrada STS de Pleno núm. 705/2015, de 23 de diciembre, donde el cliente solicitó a la entidad la concesión de un préstamo de estas características, frente a los que inspiraron la STS 608/2017, de 15 de noviembre. Esta última recoge la doctrina europea del caso *Andriiciuc*³⁰ para sostener que, en el marco de cualquier préstamo, la noción básica del consumidor medio es que los pagos tienden a disminuir el capital o que, al menos, este no puede aumentar con el tiempo.

[20] El magistrado prosiguió con un repaso a las novedades en materia de *vencimiento anticipado* e *interés de demora*. En ambos supuestos ha sido la propia Sala 1.^a, reunida en Pleno, la que ha planteado sendas cuestiones prejudiciales ante el TJUE³¹.

[21] Respecto al *vencimiento anticipado*, recordó que la STS de Pleno núm. 705/2015, de 23 de diciembre, ya declaró abusiva aquella cláusula que permitía a la entidad financiera, no obstante, el plazo pactado, declarar vencido anticipadamente el préstamo «*por falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses*»; pero se reafirmó en la necesidad de evitar *interpretaciones maximalistas* que, bajo una apariencia de máxima protección, tengan como consecuencia paradójica la restricción del acceso al crédito inmobiliario y, derivadamente, a la adquisición de vivienda en propiedad. Ello porque no declarar vencido anticipadamente el préstamo, en aplicación de la cláusula, podría comportar consecuencias más perjudiciales para el deudor hipotecario. En particular, el conferenciante apuntó que la pérdida de los beneficios de la ejecución hipotecaria conduciría al consumidor a un

²⁹ Párrafos 53 y 54 STJUE de 20 de septiembre de 2017 (Asunto C-186/16; *Andriiciuc*).

³⁰ *Supra* nota 29.

³¹ En el caso de la cláusula de vencimiento anticipado, mediante el ATS de Pleno de 8 de febrero de 2017 (Cendoj Roj: ATS 271/2017; MP: Excmo. Sr. Vela Torres); y, en el caso de los intereses de demora, mediante el ATS de Pleno de 22 de febrero de 2017 (Roj: ATS 785/2017; MP: Excmo. Sr. Sarazá Jimena).

juicio declarativo ordinario no exento de problemas. Uno de los problemas consistiría en dilucidar si cabe resolver el contrato por incumplimiento del prestatario en el pago, cuando dogmáticamente se trata de un contrato unilateral y real (contrato de préstamo)³².

Junto a ello, Marín Castán declaró que el banco siempre va a poder dirigirse frente al deudor por las cantidades impagadas, subsistiendo además la garantía hipotecaria. Lo único que se perdería, a su juicio, es el procedimiento de ejecución, pero «*prolongar la agonía no es en sí mismo un beneficio*», añadió³³. El Presidente de la Sala 1.^a se mostró firme defensor del sistema hipotecario español, habida cuenta de la «estabilidad social» que, a su entender, ha generado. En este sentido, anunció su temor de que el TJUE desconozca esta circunstancia cuando resuelva finalmente la cuestión prejudicial planteada por el propio Tribunal Supremo español a propósito de la cláusula de vencimiento anticipado³⁴.

[22] En cuanto a los *intereses de demora* en préstamos, Marín Castán defendió, nuevamente, el sentido de la responsabilidad de la Sala que preside, a la hora de plantear la cuestión prejudicial, en cuanto al criterio jurisprudencial que considera abusivo el interés de demora superior en dos puntos porcentuales al interés remuneratorio; y, especialmente, en lo referido a que se continúe devengando interés remuneratorio hasta la devolución del préstamo, pese a la declaración de nulidad, por abusiva, de la cláusula de intereses moratorios³⁵. El conferenciante declaró compartir el criterio del abogado general, Sr. Nils Wahls, quien en sus conclusiones ha considerado que, consistiendo los intereses de demora en un incremento del tipo de los intereses ordinarios, solo procederá anular este incremento; sin que tal solución admita asimilarse, en ningún caso, a una integración del contrato, prohibida por la jurisprudencia³⁶.

³² La reciente STS de pleno núm. 432/2018, de 11 de julio, recoge la doctrina de la Sala 1.^a sobre la aplicación del artículo 1124 CC a los contratos de préstamo (FD 2.^o). Según esta resolución, cuando el prestatario que recibe el dinero asume otros compromisos, además del de devolverlo, el contrato se puede resolver por incumplimiento, resultando de aplicación el artículo 1124 CC.

³³ MARÍN CASTÁN, *La difícil tarea...*, cit., p. 499.

³⁴ Se trata del ATS de Pleno de 8 de febrero de 2017 (Cendoj Roj: ATS 271/2017; MP: Excmo. Sr. Vela Torres).

³⁵ Tal como han venido declarando las SSTS núm. 265/2015, de 22 de abril, núm. 470/2015, de 7 de septiembre, y núm. 469/2015, de 8 de septiembre, para préstamos personales; y núm. 705/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de febrero, y 364/2016, de 3 de junio, para préstamos hipotecarios.

³⁶ Cfr. Párrafo 90 de las Conclusiones presentadas el 22 de marzo de 2018 (Asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17). La STJUE de 8 de agosto de 2018 (Asuntos C-96/16 y C-94/17) avala el criterio de la Sala 1.^a, para determinar la abusividad de intereses moratorios, basada en si supera o no, en dos puntos porcentuales, el interés remuneratorio.

[23] Marín Castán aprovechó las reflexiones acerca de las dos cuestiones anteriores para reprochar el constante planteamiento de cuestiones prejudiciales que solo persiguen «enmendar la plana» al Tribunal Supremo, advirtiendo que se agradecería una cierta anticipación en el planteamiento de estas por parte de los juzgados y audiencias, si es que verdaderamente estiman necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo (*cf.* art. 267 TFUE).

[24] El presidente de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo concluyó aludiendo a la jurisprudencia como válvula canalizadora del principio de *seguridad jurídica* (art. 9.3 CE). Se sirvió, para ello, varios ejemplos. El primero, el consagrado en el ATS de Pleno de 4 de abril de 2017³⁷ que no autorizó a obtener la revisión de una sentencia firme, dictada en materia de restitución de cantidades percibidas por efecto de la cláusula suelo, por el hecho de que otra posterior –en concreto, la STJUE de 21 de diciembre de 2016³⁸– establezca una jurisprudencia incompatible con los argumentos que constituyen la *ratio decidendi* de la primera sentencia. Esta segunda sentencia no tiene la consideración de «documento» posterior a los efectos del artículo 510.1. 1.º LEC, mientras el ordenamiento jurídico español no permita que un cambio en la jurisprudencia abra la puerta a la revisión de sentencias firmes anteriores (principio de equivalencia). Acto seguido, hizo mención a la STS de 18 de mayo de 2018, según la cual, sin sentencia aún firme, cabe aplicar la doctrina emanada de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 en cuanto a los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad de la cláusula.

Como contrapartida a su alegato en favor del papel desempeñado por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo para preservar la seguridad jurídica³⁹, el ponente manifestó su decepción, en nombre de la sala que preside, por la escasa colaboración con el interés general prestada a veces por el resto de operadores jurídicos. Puso como ejem-

³⁷ Cendoj Roj: ATS 2684/2017; MP Sarazá Jimena.

³⁸ Sentencia TJUE (Gran Sala) 21 diciembre 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15; *Gutiérrez Naranjo*).

³⁹ Sin perjuicio de que, en ocasiones y quizás por encontrarse sin ley a la que asirse, no se haya cometido cierto exceso en emplear el Derecho civil como instrumento sancionador de conductas. Exceso que, a nuestro juicio, ha encontrado ciertamente su refrendo en resoluciones del propio TJUE, como la Sentencia de 21 de diciembre de 2016 (Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15; *Gutiérrez Naranjo*). En el párrafo 63 de dicha sentencia se dice: «Efectivamente, la exclusión de tal efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 7, apartado 1, de esa misma Directiva, pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores» (*cf.* CÁMARA LAPUENTE, «Doce tesis sobre la STJUE de 21 diciembre 2016», *InDret*, 1/2017, pp. 4-6 y 13-14).

plo la STS de Pleno núm. 294/2018, de 23 de mayo⁴⁰, que a su entender evidencia cómo, en ocasiones, una postergación de la seguridad jurídica, como valor superior, deja desamparada a la judicatura, en cuya cúspide está el Tribunal Supremo.

1. LA TRANSPARENCIA COMO POSIBLE SUPRACONCEPTO JURÍDICO Y SOCIAL

[25] El segundo día de las *Jornadas* dio comienzo con una ponencia impartida por el Excmo. Sr. D. Javier Orduña Moreno, magistrado de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo que fue también Catedrático de Derecho civil. Su ponencia se tituló «*La transparencia como valor y como norma jurídica*» y quedó inserta en la *segunda mesa*⁴¹. Ciertamente, y como ahora veremos, el enfoque de esta ponencia se sitúa prácticamente en las antípodas del planteamiento ecuaníme esgrimido por Marín Castán.

[26] La ponencia de Orduña Moreno principió, al igual que la de Marín Castán, con referencia al actual contexto de cambio social y económico; cambio que –parafraseando el ponente al profesor L. Díez-Picazo– el derecho, como experiencia antropológica, no debe negar, sino hallar *valores* que sean capaces de ahormar tales procesos de cambio.

⁴⁰ MP: Excmo. Sr. Sarazá Jimena. Se trataba de un supuesto sobre la declaración de nulidad de la cláusula suelo y consiguiente restitución de cantidades. Con anterioridad a la sentencia de primera instancia sobrevino la STJUE de 21 de diciembre de 2016, que obligaba a la restitución completa de las cantidades indebidamente percibidas en aplicación de la cláusula suelo, pero el suplico de la demanda –presentada el 21 de julio– limitaba la pretensión restitutoria a las cantidades indebidamente cobradas por la entidad, en aplicación de la hasta entonces vigente doctrina de la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo. Pues bien, dictada sentencia condenatoria por el juzgado aplicando dicha limitación restitutoria consignada en el *petitum*, confirmada en apelación, la Sala de lo Civil, admitido a trámite el recurso de casación, acordó plantear cuestión prejudicial ante el TJUE que versaría sobre la relación entre el principio de no vinculación al consumidor (art. 6.1 Directiva 93/13) y los principios procesales de justicia rogada, preclusión y congruencia. A raíz de ello, la entidad inicialmente demandada consignó las cantidades solicitadas por el demandante y presentó escrito de allanamiento al recurso de casación. Allanamiento que ha obligado a la Sala a dictar sentencia estimatoria del recurso de casación.

Particularmente desoladora es la conclusión que, en el FD. 2.º [3] de la precitada STS de Pleno núm. 294/2018, de 23 de mayo, arroja el Pleno de la Sala 1.ª: «*Este tribunal no puede dejar de resaltar los graves perjuicios que actuaciones como la adoptada por Liberbank en este proceso están causando al Tribunal Supremo, puesto que tras tramitarse el recurso de casación, deliberar el recurso el pleno de la sala y adoptar la decisión de dar audiencia a las partes sobre la pertinencia de plantear una cuestión prejudicial al TJUE para que resuelva las dudas sobre la interpretación de determinadas normas de Derecho de la Unión Europea con clara trascendencia en la litigiosidad existente sobre esta cuestión, Liberbank manifiesta que las cantidades que se le reclamaban eran «irrisorias» y que se allana al recurso*».

⁴¹ *Supra* [3].

[27] El ponente abordó el *desarrollo* de la contratación seriada como fenómeno jurídico⁴². Este tipo de contratación debe venir, para él, acompañada de la *transparencia*, que constituye una noción completamente alejada del contrato por negociación, históricamente construido sobre los valores de *libertad e igualdad* (citando, a este respecto, el art. 1 CE), y que, por principio, obliga a sustituir los instrumentos de análisis de esta nueva forma de contratar⁴³. El ponente declaró que su primera aproximación al fenómeno de la transparencia fue con la STS núm. 406/2012, de 18 de junio, a propósito de un supuesto de interés usurario⁴⁴.

[28] A juicio del ponente, el elemento que diferencia la contratación seriada de la negociada es la ausencia de la regla de voluntad en la segunda. En esta línea argumental, la eficacia de la contratación seriada dependería del cumplimiento de una serie de condiciones y contrapesos, que persiguen además el estímulo de la competencia entre vendedores y prestadores de servicios⁴⁵. Tales condiciones y contrapesos se concretan en el *control de transparencia*, como estándar desvinculado de los tradicionales vicios del consentimiento y, en particular, del error.

En efecto, dado que en la contratación seriada la voluntad del adherente no admite ser reconstruida, se hace necesario acudir a un plano objetivable que permita demostrar el efectivo cumplimiento de aquellos estándares que gobiernan el *iter* contractual seriado. Así, el control de transparencia se proyectaría sobre la comprensión real de la carga jurídica y económica asumida por el adherente, tomando en consideración todo el curso de la contratación seriada, es decir, desde la publicidad de la oferta del producto o servicio hasta la reglamentación predispuesta, propiamente dicha; todo ello como un fenómeno unitario sujeto a la valoración de este control⁴⁶.

⁴² Se refirió el conferenciante al trabajo de FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO («Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *ADC*, 1961-II, pp. 295-342), describiendo su contexto como uno donde la contratación seriada aún no estaba desarrollada suficientemente.

⁴³ A este respecto, ORDUÑA MORENO, «Tratamiento doctrinal de la figura», en ORDUÑA MORENO/SÁNCHEZ MARTÍN/GUILLÉN CATALÁN, *Control de transparencia y contratación bancaria. Régimen de aplicación y doctrina judicial aplicable*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 10-30, 122. Cita de la versión disponible en 'http://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788491193173' [Última consulta: 03/07/2018].

⁴⁴ Sentencia considerada por el propio ponente en otra ocasión como «verdadero germen delimitador de la figura y de los posteriores desarrollos» (ORDUÑA MORENO, «Tratamiento...», en ORDUÑA MORENO/SÁNCHEZ MARTÍN/GUILLÉN CATALÁN, *Control de transparencia...*, cit., p. 10).

⁴⁵ *Vid.* Considerandos 2 y 7 Directiva 93/13/CEE.

⁴⁶ ORDUÑA MORENO, «Tratamiento...», en ORDUÑA MORENO/SÁNCHEZ MARTÍN/GUILLÉN CATALÁN, *Control de transparencia...*, cit., p. 52.

En opinión del conferenciante, la transparencia guarda íntima conexión con las transformaciones sociales recientemente operadas en la sociedad española. El cambio social español requiere, a su entender, que la manifestación del artículo 1 CE no sea solo formal en cuanto a los valores proclamados, sino también material. Para él, la transparencia concierne, y mucho, al Estado social y democrático de Derecho, en un contexto donde se impulsa también la gestión transparente de la economía de mercado⁴⁷.

[29] Tras esta toma de postura, Orduña Moreno se apresuró a puntualizar que lo relevante no es el *control de transparencia* en sí mismo, sino la transparencia como valor superior del ordenamiento jurídico. La tesis que defiende considera, por tanto, que la transparencia, como valor superior, posee la virtualidad de afectar, transformar y aunar el orden público europeo, constituyendo algo más que un simple control de interpretación de los contratos.

En efecto, el ponente vinculó el fundamento del fallo de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 al orden público europeo y, en concreto, el efecto disuasorio que, según esta resolución, el artículo 6.1 Directiva 93/13 (en relación con el artículo 7.1) pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores⁴⁸.

[30] Por ello, Orduña Moreno abogó por una consagración de la transparencia como valor, sin que el hecho de su falta de positivización expresa obste a su reconocimiento jurisprudencial; ello a fin de evitar la constante injerencia del TJUE. Con todo, para una mejora de la calidad democrática y social, el magistrado entendió oportuno un desarrollo de la transparencia a nivel constitucional, incorporado en sentido inteligente y positivo, también como plusvalor para la empresa y los mercados. Con ello, concluyó su ponencia.

2. DIFERENTES CONSTRUCCIONES JURISPRUDENCIALES DE LAS NUEVAS INSTITUCIONES DEL MODERNO DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

[31] La ponencia del Excmo. Sr. D Antonio Salas Carceller fue la última intervención de un magistrado de la Sala 1.^a del Tribunal

⁴⁷ Citó, en este sentido, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

⁴⁸ Cfr. Párrafos 60-63 Sentencia TJUE (Gran Sala) 21 diciembre 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15; *Gutiérrez Naranjo*).

Supremo en las *Jornadas*. El objeto de la ponencia de Salas Carceller consistió en ofrecer un repaso a través de la reciente labor jurisprudencial en la modernización del Derecho de obligaciones y contratos⁴⁹. No en vano, su ponencia se tituló «*Aportación de la jurisprudencia a la modernización del Derecho de contratos*», dentro de la *segunda mesa* de la *Jornadas*⁵⁰. La exposición la dividió en dos partes: la *primera parte* estuvo dirigida a destacar la influencia de las construcciones jurisprudenciales sobre la PAPDC, con referencia a su exposición de motivos; mientras que en la *segunda parte* se detuvo en explicar con mayor detalle algunas instituciones recogidas en la PAPDC y cuyo desarrollo ha sido eminentemente jurisprudencial.

[32] En la *primera parte*, Salas Carceller aclaró que, «si bien es cierto que la jurisprudencia no nace espontáneamente, pues tiene un importante asidero en la doctrina, existe una diferencia fundamental entre la doctrina y la jurisprudencia, la cual consiste en que la doctrina es múltiple, pues a esta le subyacen diferentes opiniones, mientras que la jurisprudencia tiene una vocación de unificación, lo cual es importante en la aplicación del derecho». A continuación, el ponente resaltó varias de las construcciones de la doctrina jurisprudencial contenidas en la exposición de motivos de la PAPDC, tales como: (i) la definición de la figura del enriquecimiento injustificado; (ii) la división del Derecho de daños –en el que se acoge la doctrina según la cual hay dos ámbitos, uno gobernado por la culpa y otro por el simple riesgo creado (doctrina del riesgo)–; (iii) la doctrina de los actos propios; (iv) la posible revisión de los contratos de larga duración cuando se produce una notable e imprevista modificación de las circunstancias; (v) la unificación del plazo de prescripción a tres años, tanto para responsabilidad contractual como para la extracontractual (art. 612.1 PAPDC); entre muchas otros aspectos.

[33] En la *segunda parte* de la ponencia, el conferenciante señaló las principales –o, como expresó el ponente, las de su mayor interés– aportaciones de la jurisprudencia a la PAPDC. En *primer lugar*, se refirió al *enriquecimiento injustificado*, que, como bien señaló, no tiene una regulación general en el Código Civil (aunque existan ciertas manifestaciones de este, como el cobro de lo indebido). Salas Carceller fundamentó el importante papel de la

⁴⁹ Sobre el hecho incontestable de que, ante el silencio del legislador, la modernización del Derecho de obligaciones y contratos español ha sido liderada por la jurisprudencia, *vid.* VENDRELL CERVANTES, «El enriquecimiento injustificado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», en DEL OLMO GARCÍA/BASOZABAL ARRUE (dirs.), *El enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, Derecho comparado y propuestas de modernización*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 305-307.

⁵⁰ *Supra* [3].

jurisprudencia en la definición y fijación de los contornos del *enriquecimiento injustificado*⁵¹. También, destacó el papel de la jurisprudencia en la configuración del denominado «enriquecimiento impuesto»⁵²; tomando como base el artículo 66 *quáter* del TRLGDCU, que prohíbe el envío y el suministro al consumidor y usuario de bienes, de agua, gas o electricidad, de calefacción no solicitados por él, cuando dichos envíos y suministros incluyan una pretensión de pago de cualquier naturaleza.

[34] En *segundo lugar*, Salas Carceller se refirió a la confección jurisprudencial de la «opción de compra», tampoco definida por el Código civil. Si bien esta institución no se encuentra expresamente regulada por la PAPDC, sí se apreciarían –a juicio de Salas Carceller– sus contornos dentro de la regulación de las promesas de contrato, lo que en opinión del ponente resulta apropiado, toda vez que la opción de compra únicamente subsiste en los denominados contratos de *leasing*. Sobre este tema, el conferenciante abrió el interrogante de cuándo debía entenderse por concluido el contrato, es decir, en qué momento se entiende que el consentimiento del optante es válido. Al respecto, Salas Carceller manifestó que la jurisprudencia (STS núm. 743/2016, de 21 de diciembre⁵³) había optado por tomar partida por la teoría de la declaración de voluntad, en lugar de la de la recepción (cfr. art. 1262 CC).

[35] Y, en *tercer lugar*, el magistrado se refirió al aporte de la jurisprudencia en las interpretaciones fundamentadas en la equidad. Concretamente, se refirió a la *moderación de la cláusula penal*, analizando la evolución de la jurisprudencia. Al respecto, señaló que, si bien en los años 50 la Sala optaba por hacer prevalecer criterios de equidad en la moderación de cláusulas penales, a partir de los años 90 dicha postura fue reemplazada por otra que otorgaba prevalencia al principio del *pacta sunt servanda* (STS núm. 1033/1997 de 29 de noviembre⁵⁴). Orientación esta que ha

⁵¹ En particular aludió a la STS núm. 603/2007 de 25 de mayo (MP: Excmo. Sr. Villagomez Rodil), la cual sostiene que la justicia económica impide los enriquecimientos injustificados con evidente lesión patrimonial. STS núm. 603/2007, cit., p. 3 (FD 1.º).

Por nuestra parte, creemos que la jurisprudencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo no ha terminado de definir el contorno de la acción de enriquecimiento injustificado, lo que da lugar a algunas contradicciones por la existencia de atisbos de una concepción tipológica o diferenciadora, que conviven con resquicios de la concepción tradicional (es decir, con los requisitos materiales del enriquecimiento, el empobrecimiento, la relación de causalidad entre ambos y la falta de causa de la atribución) y unitaria (*vid.* VENDRELL CERVANTES, *El enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 307-326).

⁵² Recientemente sobre enriquecimiento impuesto o indirecto en la jurisprudencia, GARCÍA VICENTE, «Enriquecimiento sin causa: manca fineza», *Almacén del Derecho*, entrada de blog de 21 de febrero de 2018, «disponible en <http://almacenederecho.org/enriquecimiento-sin-causa-manca-finezza>». [Última consulta: 27/06/2018]; y VENDRELL CERVANTES, *El enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 294-305.

⁵³ MP: Excmo. Sr. Salas Carceller.

⁵⁴ MP: Excmo. Sr. Morales Morales.

sido mantenida durante muchos años. No obstante, Salas Carceller destacó que, recientemente, la jurisprudencia ha vuelto a la interpretación originaria, concretándolo en la STS núm. 530/2016 de 13 septiembre⁵⁵, en la que el Tribunal Supremo se aproxima a la prevalencia de los criterios de equidad, pero esta vez con unos nuevos mecanismos: la vulneración de la moral y el orden público y la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*. Conviene recordar, en este punto, el artículo 1150 PMCC que habilita al juez a modificar equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido⁵⁶.

Lo anterior, aduce Salas Carceller, en cuanto que la sentencia determina que, si la cláusula penal es excesivamente gravosa desde el momento en que se pacta, se tratará de pactos contrarios a la moral y al orden público. Mientras tanto, si la cláusula penal resulta excesivamente gravosa por circunstancias posteriores, se acude a la doctrina del *rebus sic stantibus*.

[36] El ponente también hizo mención de la aportación de la jurisprudencia en materias tan relevantes en la práctica, como son: la doctrina del *aliud pro alio*, en supuestos de vicios ocultos⁵⁷, y la concreción de los incumplimientos resolutorios⁵⁸.

⁵⁵ MP: Excmo. Sr. Pantaleón Prieto.

⁵⁶ A modo de aclaración, creemos que, en la STS núm. 1033/1997 de 29 de noviembre, el Tribunal Supremo parece, más que intentar regresar a las interpretaciones basadas en la «equidad» propias de la doctrina jurisprudencial más tradicional, simplemente, introduce –tal como lo expresa– dos consideraciones a la vigente jurisprudencia; la cual sostiene que la cláusula penal deviene del efecto vinculante de la *lex privata* (art. 1091 CC) y del *pacta sunt servanda* que rechaza la «moderación de la cláusula penal cuando la pena hubiera sido prevista, precisamente, para sancionar el incumplimiento –total o, incluso, parcial o deficiente de la prestación– que se hubiera producido» [entre otras, se citan las SSTS núm. 585/2006, de 14 de junio (MP: Excmo. Sra. Roca Trías), 170/2010, de 31 de marzo (MP: Excmo. Sr. García Varela), 470/2010, de 2 de julio (MP: Excmo. Sr. O’Callaghan Muñoz)]. Así, entonces, la jurisprudencia ha señalado que la cláusula penal se insertaría en el contrato por la autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255) y con una función punitiva y liquidatoria (conforme al art. 1152 CC) [entre otras citadas, la STS de Pleno 21 de abril de 2014, 1228/2012 (MP: Excmo. Sr. Seijas Quintana)]. *Vid.* STS núm. 1033/1997, cit., pp. 6-8 (FD 3.º).

Las «dos consideraciones complementarias» que introduce el Tribunal Supremo a la jurisprudencia, en esta sentencia, son: (i) la perspectiva *ex ante* propia del juicio de validez de las cláusulas penales y (ii) la perspectiva *ex post*; que se dirige al análisis entre las consecuencias dañosas causadas al acreedor por el incumplimiento contemplado en la cláusula penal y los daños que razonablemente se pudieron prevenir, en la celebración del contrato, por el incumplimiento contemplado en la cláusula penal. *Vid.* STS núm. 1033/1997, cit., p. 9 (FD 3.º).

⁵⁷ Un análisis de la jurisprudencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo respecto a la doctrina del *aliud pro alio* y el incumplimiento (arts. 1101 y 1124 CC) puede verse en FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (evolución del ordenamiento español)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996, pp. 189-197.

⁵⁸ Sobre la moderna caracterización del incumplimiento esencial, entendido como frustración del interés del acreedor, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, *vid.* RODRÍGUEZ ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 211-229.

[37] Como se observa, el papel axial de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el proceso modernizador, como elemento de retroalimentación, fue insistentemente destacado por el magistrado durante su conferencia. Ello en un contexto espinoso de permanente puesta en entredicho de sus resoluciones por parte de muchos sectores de la sociedad⁵⁹.

IV. REFLEXIONES EN TORNO A LA SENDA ESPAÑOLA DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS A TRAVÉS DEL ANÁLISIS DE ALGUNAS INSTITUCIONES

[38] A continuación, nos referiremos a las reflexiones sobre la modernización del Derecho de obligaciones y contratos español que, durante las *Jornadas*, el resto de los intervinientes expusieron en sus respectivas ponencias. Todas ellas compararon el estado actual de la cuestión con los instrumentos de modernización (en especial, con la PAPDC y, en menor medida, con la PMCC).

1. LA EFICACIA VINCULANTE DE LA PROMESA UNILATERAL GRATUITA DE CONTRATO

[39] La ponencia del profesor Ataz López (Universidad de Murcia) vino anunciada con el siguiente título: «*Condiciones generales para la obligatoriedad de la promesa gratuita*»⁶⁰. Ciertamente, el ponente ofreció al auditorio una serie de reflexiones muy sugerentes al hilo de una institución que acaso haya sido poco tratada.

[40] Ataz López partió de la fuerza obligatoria del contrato. A su juicio, las modernas orientaciones protolegislativas sobre derecho de obligaciones y contratos están cometiendo el mismo error en que incurrió el legislador decimonónico, aunque de modo inverso. Aquel no habría regulado el mundo de la contratación profesional; este soslayaría las relaciones entre particulares. Ni en uno, ni en el otro caso, la parte omitida dejó de existir. En particular, hoy, siguen existiendo importantes relaciones entre sujetos no profesionales. Por tanto, el ponente achacó a los nuevos textos una cierta miopía, al cambiar el foco, en lugar de ampliarlo.

⁵⁹ *Supra* [23].

⁶⁰ Esta conferencia se insertó dentro de la *primera mesa*; *supra* [3].

[41] A propósito de lo anterior, la ponencia de Ataz López pasó a centrarse en la eventual fuerza obligatoria de las promesas gratuitas, cuya regulación reputa inexistente en el Código civil, a excepción de lo dispuesto en el artículo 1289 CC que, como es sabido, se pronuncia en favor de la menor transmisión de derechos cuando el contrato es gratuito.

[42] Advirtió el conferenciante acerca de la tensión tradicional entre dos principios. Por un lado, el voluntarista –según el cual la sola voluntad bastaría para crear obligaciones– y, por otro lado, el de equidad que prefiere anteponer la prudencia a considerar obligado a quien promete algo a cambio de nada. Ataz López llamó la atención de que las modernas propuestas avanzan hacia el voluntarismo, pese a la conservada relevancia del principio de equidad.

[43] Ataz López aparcó la cuestión apuntada en el párrafo anterior para referirse a la herencia romana, cuyo derecho contractual se erigía –al menos hasta la época post clásica y dejando a un lado la *stipulatio*– sobre una lista taxativa de ocho contratos posibles, de los cuales cuatro eran gratuitos (el mandato, el comodato, el depósito y el mutuo). Y advirtió el ponente asimismo que, con la excepción del mandato, los contratos gratuitos romanos antedichos eran *reales*, esto es, requerían la entrega de la cosa para su perfección. No se admitía en Roma, por tanto, la obligatoriedad de la promesa puramente gratuita. Como tampoco se ha admitido, con carácter general, en el derecho angloamericano, donde tradicionalmente se ha exigido, bien la formulación de la promesa en escritura pública (*deed*), bien la concurrencia de «*consideration*» junto con esta –que actualmente se concibe a través de la reciprocidad⁶¹–.

[44] De vuelta al Código civil español, el ponente llamó la atención sobre la no regulación, en este, de la prestación gratuita de servicios (aunque sí de la donación). En el Código civil, comodato, depósito, préstamo y mutuo se consideran (aún) contratos reales, al igual que en Roma (arts. 1740 y 1758 CC). Así, quien promete prestar o depositar no quedaría, en principio, obligado a hacerlo. Igualmente, en la donación regulada en el Código civil, solo se producen obligaciones cuando esta se realiza de modo formal (arts. 619 y 622 CC).

[45] Hay que destacar la enorme honestidad del ponente, al reconocer que los argumentos pudieren no ser suficientes para sostener que las promesas gratuitas no poseen, por sí mismas, eficacia vinculante. Asimismo, el conferenciante no perdió de vista el prin-

⁶¹ Anteriormente, la *consideration* se consideraba como una ganancia de una parte en detrimento de la otra. Vid. CALAMARI/PERILLO, *Contracts*, 3rd, Hornbook Series, West, 1987, p. 186. Ahora se considera si hay un lucro recíproco entre ambas partes del contrato. FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, cit., vol. I, p. 77. Vid. § 71 del *Restatement (Second) of Contracts*.

cipio voluntarista, antes mencionado, pero invitó a los oyentes a hacer hincapié en la voluntad seriamente manifestada, pues una cosa es tener intención de obligarse y otra, bien distinta, tener intención de exigir al beneficiario de la promesa ir en contra de la voluntad de quien la presta.

[46] Por último, Ataz López insistió en que los textos de modernización son un paso más hacia el voluntarismo y, por tanto, hacia construir, acaso inconscientemente, una eficacia obligatoria de la promesa gratuita.

2. EL ESPACIO PARA EL «VENTAJISMO» COMO UN NUEVO VICIO DE LA VOLUNTAD (LA SUPRESIÓN DE LA «VIOLENCIA»)

[47] En la *segunda mesa* de la *Jornadas*⁶², intervino el profesor Gabriel Macanás Vicente (Universidad de Murcia), con la ponencia titulada «*Vida y muerte de los nuevos y viejos vicios de la voluntad*». El conferenciante elaboró un análisis crítico de la denominada «violencia» como vicio del consentimiento –contemplada en el art. 1299 PMCC⁶³– y, consecuentemente, fundamentó las razones por las que en la PAPDC se prescindió de la «violencia» y se incluyó el «ventajismo» (art. 527-9 PAPDC⁶⁴), como un nuevo vicio del consentimiento.

[48] Respecto de la supresión de «violencia», el conferenciante explicó que en la PAPDC no se contempló la violencia, como vicio de consentimiento, debido a que se entendió que, «si nos arrancan el consentimiento con una fuerza irresistible», no podría considerarse la existencia de una «voluntad viciada». Arguyó el ponente que lo que ocurre, simplemente, es que *no hay voluntad*. En efecto, Macanás Vicente sugiere que en todo caso sería mejor hablar de

⁶² *Supra* [3].

⁶³ Artículo 1299 PMCC: «1. Podrá ser anulado el contrato por aquel de los contratantes que hubiera prestado su consentimiento por violencia o intimidación. 2. Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible. 3. Hay intimidación cuando se inspira injustamente a uno de los contratantes el temor racional y fundado de un mal inminente y grave. 4. Para calificar la intimidación ha de atenderse a la edad y a la condición de la persona. 5. La violencia o intimidación harán anulable el contrato, aunque se hayan empleado por un tercero».

⁶⁴ Artículo 527-9 PAPDC: «Ventajismo. 1. Una de las partes puede anular el contrato que en el momento de su celebración otorga a la otra parte una ventaja excesiva, si, teniendo en cuenta la naturaleza y fin de aquél, resulta que, con conocimiento de causa, se ha aprovechado en contra de la buena fe de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, de su inexperiencia o falta de previsión. 2. También puede la parte perjudicada pretender el reequilibrio del contrato sobre la base del precio generalmente practicado en el mercado».

«intimidación» como vicio de la voluntad⁶⁵ [el cual, entre otras cosas, sí aparece regulado por el *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* y en los *Principles of European Contract Law (PECL)*].

[49] Respecto de la inclusión del «ventajismo» en la PAPDC, el ponente propuso el ejemplo del hijo que convence a su padre para que le done todos sus bienes, teniendo todas las escrituras hechas e indicándole que, si se niega a firmarlas, este considerará que el padre no le quiere. En este ejemplo, Macanás Vicente estima

⁶⁵ La intervención de Macanás Vicente –tal como lo anunció– supuso una crítica a la doctrina consolidada por Federico de Castro de considerar la violencia como vicio del consentimiento.

DE CASTRO Y BRAVO, indicó que la diferenciación establecida por el Código civil entre la «violencia» y la «intimidación», como vicios del consentimiento, venía de lo dispuesto en el Proyecto de 1851 [vid. arts. 988, 990 y 991 en GARCÍA GOYENA, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español (1852)*, Tomo III, Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852, pp. 18-24]. En cambio, el autor indicaba, que lo mismo no ocurría en el Código Civil francés, en el que se definía la violencia como intimidación. Ello llevó a DE CASTRO Y BRAVO a cuestionarse el significado que el Código civil atribuía a la violencia como vicio de la voluntad y a tratar de averiguar qué elementos diferenciaban a esta de la intimidación.

DE CASTRO Y BRAVO señaló –citando a García Goyena– que la diferencia entre la «violencia» y la «intimidación» se desprendía de los antecedentes Romanos, del Fuero Juzgo y de Las Partidas. Más adelante (§ 171, p. 134), el autor consideró que para aceptar la diferenciación entre ambos conceptos habría que admitir la violencia en *sentido estricto*, es decir, una violencia que no requiriera reunir los requisitos de la intimidación para considerar que el contrato está viciado por violencia. Lo que no obstaba para que uno u otro concepto pudiesen utilizarse también en sentido amplio (vid. § 172, p. 134).

En relación con la «violencia en sentido estricto» (§ 173, p. 135), a DE CASTRO Y BRAVO no le parecía injustificado que el Código hubiese considerado la «violencia» como vicio especial del consentimiento al analizar los antecedentes de esta (anotaba que de los textos romanos se había deducido –citando el Digesto– la diferencia entre fuerza o violencia física y miedo o violencia moral. También, que, en los viejos textos españoles, al tratar de la fuerza y el temor, se diferenciaba de la intimidación en el supuesto de estar en la cárcel–). En este sentido, DE CASTRO Y BRAVO consideraba que tal diferenciación tenía interés práctico, no cuando la violencia física originara una intimidación «jurídicamente relevante», sino en los supuestos de falta de libertad, en los que no se aprecien o prueben los requisitos de la intimidación. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1971, pp. 133-135.

Resulta pertinente también destacar la matización que DE CASTRO Y BRAVO realiza sobre el temor conducente a la anulación del contrato por intimidación. A su juicio, la venta apresurada por exigencias económicas de un contratante no vicia el contrato por intimidación, como tampoco provocarían tal efecto las situaciones de «terror ambiental» en ambientes revolucionarios. En este último supuesto –y es importante precisar esto– DE CASTRO Y BRAVO advierte que nos encontramos, más bien, ante una conducta dolosa (art. 1269 CC) de quien se propone aprovechar, para obtener *ventajas injustas*, el temor insuperable que racionalmente pensado había de producir en el contratante que lo sufre (vid. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., §§ 182-183, pp. 141-142).

Por su parte, PRATS ALBENTOSA estima que la violencia vicia el consentimiento cuando «lo irresistible de la fuerza» se refiere a que, quien declaró, se encontraba en una posición de debilidad frente a la que no cabría resistencia, es decir, donde no cabía oposición eficaz, y donde implicaba una privación de la libertad de decidir. Por tanto, no se trata de una *vis ablativa* (en el sentido de que quien declaró sea forzado a emitir o hacer signos propios de la declaración). PRATS ALBENTOSA, «Violencia e intimidación sufrida por el representante y eficacia del acto jurídico celebrado por él», en Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (ed.) *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, vol. II, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2014, p. 2605.

que es difícil encajar los supuestos de la violencia e intimidación (pues el padre está en todos sus cabales) y, por ello, en casos como este, se hablaría de «ventajismo». Los efectos del ventajismo, como indicó el conferenciante, serían los de anular la voluntad, en el supuesto que una de las partes contratantes tenga una ventaja excesiva y desproporcionada, aprovechándose de una serie de circunstancias –enunciadas de manera *ejemplificativa* en el art. 527-9 PAPDC⁶⁶–. Finalmente, Macanás Vicente señaló que el supuesto del «ventajismo» está contemplado en el *DCFR*, en los *PECL* y en el Código civil de Catalunya (art. 621- 45), pero no regulado como vicio del consentimiento⁶⁷.

3. LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO EN LA INTERPRETACIÓN DEL CONTENIDO DEL CONTRATO

[50] En la *tercera mesa*⁶⁸ de las *Jornadas*, intervino la profesora Carmen Leonor García Pérez (Universidad de Murcia), con la ponencia titulada «*Nuevas orientaciones en materia de determinación del precio*». Su ponencia, fundamentalmente, se dirigió hacia el planteamiento de los diferentes criterios de determinación del precio del contrato, conforme a los nuevos instrumentos del moderno Derecho de contratos y obligaciones. Lo anterior, debido a que, como sostuvo la conferenciante, en el régimen actual del Derecho español, la falta de dichos criterios ha llevado a entender, bien que el contrato no ha llegado a celebrarse, bien que es nulo por falta de estipulación del objeto (precio). Ello no sería adecuado, pues, como también expresó García Pérez, «la esencialidad del precio reside, precisamente, en su existencia, más no estriba en el *quantum* concreto». Partiendo de que, a pesar de la falta de determinación contractual del precio, el contrato se considere existente y válido, la ponente observó que la concreción del precio sería imprescindible para permitir el cumplimiento de la obligación.

⁶⁶ *Supra* nota 64.

⁶⁷ Podría cuestionarse, como así se hizo en el debate que siguió a la ponencia de Macanás Vicente, si el ventajismo, tal como figura regulado en el artículo 527-9 PAPDC no sería, en realidad, un supuesto de *lesión* que amparase la rescisión del contrato. En este sentido, el Código civil de Catalunya regula de manera conjunta, en la misma subsección, la «ventaja injusta» y la «lesión en más de la mitad» (*cf.*: arts. 612-45 y 621-46 CCC), estableciendo para ambas acciones el mismo plazo de prescripción (art. 621-48 CCC). En ambos supuestos, la legislación catalana trata de mantener el contrato; si bien en el caso de la ventaja injusta se precisa intervención judicial a petición de la parte interesada. La diferencia, eso sí, entre ambas instituciones es que la lesión en más de la mitad parte de un concepto objetivo de lesión, mientras que la ventaja injusta obliga, por definición, a atender a las circunstancias particulares.

⁶⁸ *Supra* [3].

[51] En la primera parte de su exposición, García Pérez señaló que no hace falta que las partes hayan establecido explícitamente un mecanismo de determinación del precio, ya que basta con este sea implícito y, a partir de la voluntad de las partes, se permita aplicar mecanismos sustitutorios que faciliten la ejecución de la prestación (por ejemplo, menciona, el precio generalmente practicado en el mercado).

[52] En la segunda parte de su presentación, la ponente, atendiendo a los criterios subjetivos expuestos en la primera parte de su exposición, señaló y explicó tres criterios de determinación del precio, como son (i) la determinación del precio por un tercero (recogida en el artículo 1277.2 PMCC y 525-4 de la PAPDC; (ii) la determinación del precio por las partes; y (iii) la integración judicial del precio⁶⁹.

4. NUEVAS ORIENTACIONES DEL REMEDIO DE LA RESOLUCIÓN DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL EN DIVERSOS TEXTOS JURÍDICOS

[53] Tampoco defraudó la conferencia impartida por la profesora Esther Arroyo Amayuelas, insertada dentro de la *tercera mesa*⁷⁰. La ponente partió de que la *resolución* constituye una alternativa a la pretensión de cumplimiento que se da en contratos bilaterales con obligaciones recíprocas. La conferenciante no recogió el testigo del Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán cuando, en su conferencia inaugural, aludió, a propósito de la cláusula de vencimiento anticipado, al problema de determinar si en un contrato de préstamo es posible la resolución por incumplimiento⁷¹.

[54] Como fuere, Arroyo Amayuelas subrayó la existencia de una pluralidad de soluciones en los ordenamientos jurídicos en lo relativo a la resolución; soluciones deudoras de otra decisión de política legislativa. Antes de indicar en qué divergen los ordenamientos a este respecto, Arroyo Amayuelas apuntó que todos convergen entre la necesidad de ponderar el interés del acreedor en poner fin al contrato y el interés del deudor en mantenerlo, si todavía puede cumplir. Esta obligada ponderación explica que, para la resolución, se exija un incumplimiento de cierta entidad.

⁶⁹ Vid. GARCÍA PÉREZ, «El contenido del contrato y la determinación del precio en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil», *ADC*, 2017-III, pp. 1073-1137.

⁷⁰ *Supra* [3].

⁷¹ *Supra* [21].

[55] Dicho esto, Arroyo Amayuelas se extendió sobre las distintas soluciones que ofrecen los ordenamientos, refiriéndose en particular a los derechos español civil común, francés y alemán.

[56] La ponente repasó que, en el ordenamiento español, rige aún el sistema de resolución judicial que permite al juez conceder al deudor un plazo, cuando concurren causas justificadas (art. 1124 III CC). Mientras tanto, en Alemania opera el reconocimiento de la resolución unilateral del acreedor, una vez transcurrido el plazo adicional de cumplimiento o *Nachfrist* (§ 323 BGB). El sistema francés, tras su reforma de 2016, permite la resolución extrajudicial, sin erradicar por completo la resolución judicial, que se declara compatible con cualquier otra. Valoró la ponente que, con este sistema, es de suponer que, al exigir la gravedad del incumplimiento, el deudor se oponga a la resolución y termine siendo el juez quien finalmente decida.

[57] No ocultó la ponente sus simpatías hacia un sistema de corte alemán, toda vez que no deja al acreedor a expensas de lo que el juez termine considerando sobre la esencialidad del incumplimiento, reforzándose así la seguridad jurídica y evitándose la siempre imprevisible decisión judicial. Para Arroyo Amayuelas, la solución alemana del *Nachfrist* cohonestaría tanto el interés del acreedor, conjurando costes de transacción, como el interés del deudor, que no queda absolutamente desamparado, gracias al plazo adicional. Criticó, por ello, la ponente la sugerida introducción de correctivos al sistema del plazo adicional de cumplimiento, basados en «dar voz» al juez. Con ello, entiende que se convierte en provisional la decisión del acreedor –que además queda privada de novedad– salvo en los supuestos donde el carácter esencial del incumplimiento resulta extremadamente evidente.

[58] También advirtió la conferenciante que en las directivas comunitarias se sigue el sistema del *Nachfrist*, con algunos matices, convirtiendo en incumplimiento esencial (y, por ende, resolutorio) aquel que inicialmente no lo era. Así, en el artículo 18.2 Directiva 2011/83⁷².

En este sentido, la ponente destacó la dificultad intrínseca de saber cuándo el incumplimiento es verdaderamente esencial, principalmente ante aquellos incumplimientos aparentemente de esca-

⁷² Art. 18.2: «Si el comerciante no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor o en el plazo fijado en el apartado 1, el consumidor lo emplazará a proceder a dicha entrega en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Si el comerciante no hace entrega de los bienes en dicho plazo adicional, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato».

Entre nosotros, se ha ocupado del análisis de este precepto, FENOY PICÓN, «La compraventa del Texto Refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores», *ADC*, 2013-II, pp. 767-768, 771-780 y 807.

sa relevancia en términos absolutos, pero que no lo son en términos relativos. Mencionó aquí el recurso, por alguna jurisprudencia alemana, de criterios como no considerar incumplimiento esencial la entrega de la cosa con desperfectos, cuando el coste de reparación no excede de un determinado porcentaje sobre el precio de venta inicial⁷³.

[59] Volviendo al panorama español⁷⁴, Arroyo Amayuelas manifestó que las soluciones modernas a las que se ha llegado, y a pesar de haberse relajado el carácter judicial de la resolución, siguen inspiradas en la idea de que, al final, es el juez quien debe valorar la *esencialidad* del incumplimiento⁷⁵. Es por ello por lo que la ponente consideró acertada la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, cuyo artículo 518-14.1 permite al acreedor resolver el contrato si el deudor, en el plazo razonable que le fije para ello, no cumple o subsana la falta de conformidad. Plazo adicional que será razonable siempre que permita al deudor cumplir.

[60] Arroyo Amayuelas se refirió también al modelo catalán⁷⁶ (art. 621-41.3 CCC al que critica haber seguido el modelo del CESL (arts. 115 y 135). A estos efectos, el modelo del CELS solo se refiere a un retraso en el cumplimiento no esencial en sí mismo,

⁷³ Estos criterios de corte cuantitativo, para determinar la esencialidad del incumplimiento, corren el riesgo de situarnos ante la denominada «paradoja sorites» (del griego, «montón»). El fundamento de la citada paradoja parte de la pregunta de en qué momento un montón de arena deja de serlo: sabemos que uno, dos o tres granos no forman un montón y, al mismo tiempo, que un millón de granos sí lo hacen. No está claro, sin embargo, el punto exacto donde el montón, bien comienza, bien se desvanece como concepto.

Es justo indicar aquí que esta paradoja ya ha sido empleada por un eminente autor del ámbito de las ciencias penales a propósito de la escurridiza distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente (*vid.* MOLINA FERNÁNDEZ, «La cuadratura del dolo, problemas irresolubles, sorites y derecho penal», *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson Civitas, Madrid, 2005, pp. 691-742).

⁷⁴ A juicio de Arroyo Amayuelas, un antecedente del *Nachfrist* en el Derecho español se aprecia en el artículo 1504 CC. A este respecto, *vid.* FENYO PICÓN, «La *Nachfrist*, el término esencial y la negativa del deudor a cumplir, y la resolución por incumplimiento en el Texto Refundido de Consumidores, en la Propuesta de Modernización del Código Civil, en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, y en el Proyecto de Ley del Libro Sexto del Código civil de Cataluña», *ADC*, 2015-III, pp. 831-839.

Ha criticado la norma del artículo 1504 CC, defendiendo su derogación, PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases...», *cit.*, p. 1733 y, sobre todo, nota 49.

⁷⁵ En relación con el *Nachfrist* en Derecho español y su reconocimiento; y a propósito de la conferencia dictada por el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller (*Supra* [31] a [37]), *vid.* STS núm. 348/2016, de 25 de mayo (MP: Excmo. Sr. Pantaleón Prieto).

Valiosos apuntes para una futura regulación del *Nachfrist* en Derecho español se contienen en SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, pp. 477-480. A juicio de esta autora, dos notificaciones serían idealmente pertinentes. Una concediendo un plazo adicional al deudor; otra declarando, en su caso, la resolución una vez transcurrido el plazo de forma infructuosa (*Ibid.*, p. 480).

⁷⁶ Sobre el pacto comisorio, analizado a la luz del *Nachfrist*, en el *Projecte de llei del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes*, FENYO PICÓN, «La *Nachfrist*...», *cit.*, pp. 830-831.

pero no se ocupa de los casos de falta de conformidad no subsanada, donde la no subsanación no constituiría, a su juicio, un incumplimiento esencial.

[61] Arroyo Amayuelas puso fin a su exposición con varias reflexiones, que podrían resumirse en lo que sigue. En primer lugar, recalcó que, aunque la «esencialidad» como requisito primordial del incumplimiento ha bebido tradicionalmente de la necesidad de mantener el contrato, como principio, el actual contexto económico y tecnológico reduce los costes de comunicaciones y de devolución de mercancías, con lo que podría ser adecuado repensar su papel. En segundo lugar, advirtió acerca de lo incongruente que, en su opinión, resulta el establecimiento de un sistema de resolución en función del tipo de incumplimiento. Por último, llamó la atención sobre lo inadecuado que, a su modo de ver, sería recoger el sistema del plazo adicional de cumplimiento en contratos con consumidores.

5. LA PROTECCIÓN E INTEGRACIÓN DEL PATRIMONIO DEL DEUDOR MEDIANTE LA ACCIÓN PAULIANA

[62] Cerró la última de las *mesas*⁷⁷ el profesor Juan Antonio Fernández Campos con una ponencia que llevó por título «*La regulación de la rescisión por fraude de acreedores en la PCC*». Su exposición se articuló en torno a la regulación de la rescisión en el Código civil vigente, cuyos antecedentes legislativos expuso con gran claridad. Así, informó que el Proyecto de Código civil español de 1851 decidió incluir la rescisión por fraude como supuesto de rescisión de los contratos; y de que el actual artículo 1111 CC tiene su origen en los artículos 1166 y 1167 *Code civil*. En esta línea, advirtió de lo entremezcladas que se encuentran, como consecuencia de la decisión del legislador decimonónico, la rescisión por lesión y la rescisión por fraude; al tiempo que destacó la labor de deslinde llevada a cabo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

[63] Acto seguido, Fernández Campos repasó los aportes de la PMCC. La PMCC contiene, a su entender, detalles importantes y que, según indicó, se han tenido en cuenta para la redacción de la PAPDC. Entre tales pormenores se encuentran, para él, (i) la enumeración de los actos (que no contratos) rescindibles que el artículo 1310 PMCC realiza; (ii) la incorporación de la presunción de fraude sobre aquellos actos gratuitos realizados con personas especialmente relacionadas con el deudor, tomada del Derecho concursal (arts. 71.3 y 93 LC); (iii) la posibilidad de que el deudor indem-

⁷⁷ *Supra* [3].

nice al acreedor defraudado, como forma de conjurar el perjuicio (art. 1311 PMCC); y (iv) el cómputo del *dies a quo* para el ejercicio de la acción (desde que hubiera resultado conocido o se hubiera debido conocer el acto fraudulento), en lo que supone una incorporación de la regla del artículo 37 LH (y del criterio del Proyecto de 1851). Con todo, el ponente criticó la asimilación que, a su juicio, la PMCC establece entre la acción pauliana y la nulidad, a propósito de lo dispuesto en el art. 1314 PMCC, en tanto que disciplina el regreso del bien enajenado al patrimonio del deudor. A su entender, lo razonable radica en que la rescisión por fraude no comporte la vuelta de los bienes enajenados al patrimonio del deudor.

[64] Con estos mimbres, Fernández Campos subrayó que la PAPDC comparte las mismas bases de la PMCC, pero incorporando un detalle que considera muy acertado: la separación de la rescisión por fraude de acreedores de la rescisión por lesión; en consonancia con la tesis de De Castro⁷⁸ y el Código civil italiano de 1942. No obstante, reputó erróneo, de la PAPDC, que en su artículo 519 no se incluya la posibilidad de reparar el perjuicio ocasionado al acreedor mediante la indemnización.

[65] No faltó en la última de las ponencias una luminosa relación del Derecho comparado sobre la materia. En concreto, Fernández Campos expuso la regulación francesa del *Code* tras su reforma de 2016, la italiana y la portuguesa (esta última, a su juicio, siempre injustamente defenestrada en España). Destacó el ponente lo decepcionante de la nueva normativa francesa, donde la rescisión no lleva aparejada la nulidad, sino que se reduce a una mera declaración de ineficacia. En contraposición, alabó la legislación italiana, más protectora del acreedor, incluso cuando la obligación se halla sometida a condición o término, o cuando el acto se realice con anterioridad al nacimiento del crédito. Elogios estos que mantuvo para la acción pauliana portuguesa, reproductora del Código civil italiano en este punto, pero titular de la interesante novedad de invertir la carga de la prueba de la insuficiencia de bienes en el patrimonio del deudor, la cual se hace descansar sobre el deudor o el tercero.

[66] Fernández Campos puso fin a su ponencia, y con ello a las *Jornadas*, alabando la regulación de nuestro Código civil en materia de rescisión por fraude de acreedores, que supera con creces, a su juicio, la del *Code*, sin perjuicio de las pertinentes necesidades de mejora que han aflorado tras más de un siglo de jurisprudencia y estudios doctrinales y que se recogen en sendas propuestas de reforma del Código civil de 2009 y 2016.

⁷⁸ DE CASTRO Y BRAVO, «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial», *RDP*, 1932, p. 196; *El negocio jurídico*, cit., §§ 586-587, pp. 518-520.

6. EL DESISTIMIENTO COMO HERRAMIENTA EN EL MODERNO DERECHO DE CONTRATOS

[67] La quiebra de los principios tradicionales de igualdad de las partes contratantes y autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) a propósito de la contratación en masa y el Derecho de consumo estuvo también presente⁷⁹ en la conferencia impartida por el Ilmo. Sr. Miguel Ángel Larrosa Amante, Presidente de la Audiencia Provincial de Murcia, en una conferencia titulada «*La facultad de desistimiento en el moderno derecho contractual*»⁸⁰. El magistrado inició su ponencia llamando la atención sobre las tres ideas básicas en torno a las que se ha articulado el derecho de desistimiento en el marco del actual Derecho de consumo, a saber, (i) la información precontractual; (ii) la existencia de normas imperativas que inciden directamente sobre el contenido del contrato; y (iii) la necesidad de proteger al consumidor mediante esquemas jurídicos sencillos (desistimiento como facultad).

[68] Como mecanismo de protección al consumidor, el ponente hizo hincapié en los esfuerzos comunitarios por la armonización, en contraste con el sistema español que regula un régimen general común del desistimiento que no responde a la trasposición de ninguna directiva comunitaria (arts. 68 y 69 TRLGDCU). Esta regulación general convive con otras regulaciones especiales, como es la presente en el propio TRLGDCU para contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil o a distancia.

[69] El magistrado dedicó especial atención a la idea de que, según el régimen general de desistimiento, este derecho solo se puede ejercer cuando se reconozca legal o contractualmente. Así, advirtió sobre la existencia de dos tipos de desistimiento, el legal y el contractual. Recogiéndose el primero allí donde el legislador lo ha previsto expresamente⁸¹. A juicio del conferenciante, el desistimiento legal estaría pensado para contratos más complejos celebrados normalmente a distancia, mientras que el contractual voluntariamente concedido como derecho por el empresario desplegaría sus efectos en el tráfico más cotidiano.

[70] En este sentido, llamó la atención sobre la incidencia que el régimen común del desistimiento del Derecho de consumo (arts. 68 y 69 TRLGDCU) presenta, para ambos tipos de desisti-

⁷⁹ *Supra* [27]; ponencia del Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.

⁸⁰ Su ponencia se encuadró dentro de la *segunda mesa*; *supra* [3].

⁸¹ Por ejemplo, en los artículos 102 y ss. TRLGDCU, en el artículo 10 LOCM, o en el artículo 12 de la Ley 4/2012, de 6 de julio, de 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.

miento, en cuestiones como la carga de la prueba, la obligación de comunicar, el plazo de ejercicio unificado, la restitución de prestaciones, o la extinción de los contratos complementarios o vinculados al principal.

V. CONCLUSIONES

[71] Las *Jornadas Internacionales sobre Actualización del Derecho de obligaciones y contratos* han significado una oportunidad inmejorable para abordar algunas cuestiones del proceso de modernización del Derecho de obligaciones y contratos español; proceso a día de hoy inconcluso.

[72] Es justo señalar el exquisito cuidado que los organizadores guardaron para congregar en las *Jornadas* hasta a cuatro magistrados como ponentes; tres de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo y uno de la Audiencia Provincial de Murcia. Y es que, como ya se ha apuntado, sería ingenuo negar el relevante papel desempeñado por la jurisprudencia en el proceso de modernización (y en la aplicación práctica del Derecho, en general). Este papel central tuvo su fiel reflejo en el cartel de las *Jornadas*.

[73] El rigor intelectual y la calidad técnica de las ponencias han dejado sobre la mesa valiosas ideas y reflexiones a beneficio de inventario de los asistentes. Los debates que se suscitaron durante el correspondiente turno de preguntas al final de cada exposición son prueba irrefutable de lo sugestivo y sustancioso de las intervenciones.

[74] Los resultados finales de las *Jornadas* se plasmarán en una obra colectiva coordinada por sus organizadores y que verá la luz a finales de este año.

[75] Solo resta concluir destacando el mérito del que las reseñadas *Jornadas* y sus organizadores son acreedores.