ACTUALIDAD JURIDICA IBEROAMERICANA

IDIBE
Instituto de Derecho Iberoamericano

tirant lo blanch

ACTUALIDAD JURÍDICA IBEROAMERICANA / EDICIÓN SEMESTRAL / FEBRERO 2022 / VALENCIA-ESPAÑA

Publicación de circulación Internacional
Actualidad Jurídica Iberoamericana
https://www.revista-aji.com

Editan:
Instituto de Derecho Iberoamericano.
C/ Luis García Berlanga, núm. 7, 1-15 Valencia, España. 46023.
Correo Electrónico: contacto@idibe.org
web: www.idibe.org

Tirant lo Blanch.
C/Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia (España).
Telf. +34 963 61 00 48.
Correo electrónico: tlb@tirant.com
web: www.tirant.com

ISSN 2386-4567
© Derechos Reservados de los Autores

Actualidad Jurídica Iberoamericana se encuentra indexada en los siguientes índices de calidad: REDIB, ANVUR, LATINDEX, CIRC, MIAR y SCOPUS.

Así mismo se encuentra incluida en los siguientes catálogos: Dialnet, RODERIC, Red de Bibliotecas Universitarias (REBIUN), Ulrich's, Dulcinea.

Impreso en España
Diagramación: Elias On - elias.on@live.com

SUMARIO

16

LOS NUEVOS RETOS DEL DERECHO CONTRACTUAL
Coordinadores: Araya Estancona Pérez, Almudena Gallardo Rodríguez, Giovanni Berti de Marinis.

PRÓLOGO. Eugenio Llamas Pombo. 13

DOCTRINA

A) AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.

01/ "Eficacia y validez de los contratos celebrados por personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica". Celia Prados García (España) 24

02/ "Autonomia privata e ordine pubblico familiare". Giovanni Liberati Buccianti (Italia) 46

03/ *"Killer adquisition theory of harm* y la autonomía de las partes: *illumina/ pacific biosciences* y *paypal/izettle"*. Eduardo Roberto Orozco Martínez (Italia) 80

04/ "La autonomía de la voluntad en la protección de datos y el olvido digital: pieza central, pero, ¿suficiente?". Alejandro Araque García (España) 100

05/ "Autonomía de la voluntad y contratación médica. El supuesto del *representante* sanitario". Leticia García Velasco (España) 124

06/ "La eficacia del contrato de cesión del derecho de paternidad sobre una obra". Alejandro Nieto Cruz (España) 152

07/ "Autonomía de la voluntad y derecho de autodeterminación de los menores de edad en el ámbito sanitario: últimas tendencias en España". Manuel Ortiz Fernández (España). 176

08/ "Atipicità del contratto e tipicità dei diritti reali: il nodo della meritevolezza dell'interesse". Antonio Vercellone (Italia) y Andrea Coucourde (Italia) 204

09/ "El contrato de mediación digital en el marco de la economía colaborativa". Facundo Martínez Mallada (Argentina) 228

10/ "El consumidor en la náutica de recreo". Irene Bruzón Cid (España) 254

11/ "Los contratos en materia de reproducción humana asistida: especial tratamiento de la autonomía de la voluntad en las donaciones de gametos y en el destino de los embriones crioconservados". Laura Fernández Echegaray (España) 262

12/ "La autonomía de la voluntad en el *ius delationis* y liquidación del impuesto de sucesiones y donaciones (ISD): análisis histórico y dialéctica

jurisprudencial, entre la teoría clásica y moderna". Armando José Santana Burgés (España)..... 288

13/ "I derivati over the counter tra diritto dei privati e la teoria ecologica del contratto. Premesse per uno studio". Rocco Alessio Albanese (Italia).....314

B) INCUMPLIMIENTO, RESPONSABILIDAD E INEFICACIA CONTRACTUAL.

14/ "La sostenibilità dei rimedi consumeristici nella Direttiva 771/2019/UE e oltre". Daniele Imbruglia (Italia)..... 354

15/ "Nuove tecnologie e beni di consumo: il problema dell'obsolescenza programmata". Gabriele Toscano (Italia)..... 372

16/ "Argomento storico e diritto civile. Con uno sguardo alla forma e ai rimedi". Alberto Mattia Serafin (Italia)..... 388

17/ "La nullità del contratto del diritto civile italiano tra frammentazione, recupero e nuove tecnologie". Giorgia Vulpiani (Italia).....412

18/ "La responsabilità del professionista intellettuale per le prestazioni eseguite a titolo gratuito e a titolo amichevole". Valeria Caputo (Italia) 452

19/ "Remedios frente al incumplimiento del contrato de alimentos". Marta Gómez López (España) 476

20/ "Invalidez del título desde el punto de vista de la prescripción adquisitiva". Agustín Andrades Navarro (España) 490

21/ "La nulidad por discriminación en el contrato". Roger Barat i Rubio (España).....510

22/ "Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice pelo inadimplemento contratual". Marcelo Chiavassa (Brasil) y Rafael Marinangelo (Brasil) 528

23/ "Nullità sopravvenuta (una breve riflessione propositiva)". Agnese Alamanni (Italia) 552

C) PROTECCIÓN DEL CONTRATANTE COMO CONSUMIDOR.

24/ "Consentimiento de los menores de edad en las redes sociales: especial referencia *Tiktok*". Jesús Daniel Ayllón García (España) 580

25/ "Problemas que plantean las reclamaciones frente a AESA: especial referencia a su naturaleza jurídica e impugnación". Jesús Del Águila Martínez (España).....610

26/ "El consumidor especialmente vulnerable: de la protección *class-based* a la protección *state-based*". Rosa Barceló Compte (España)..... 626

27/ "*Blockchain* e diritto dei contratti: criticità e prospettive". Chiara Iorio (Italia)... 654

28/ "Desde la protección de datos de los consumidores a las organizaciones como consumidores de datos personales". Raquel Pérez Díaz (España)..... 690

29/ "La protección del usuario en el juego online". Marta Viedma Ansa (España)714

30/ "Ritorno al futuro. La tutela del consumatore nei foreign currency loans". Federico Pistelli (Italia) 732

31/ "La protección contractual del consumidor: la delimitación del concepto de consumidor y sus efectos en el derecho contractual". Héctor Buenosvinos González (España)..... 748

32/ "Supuestos y efectos de la consideración del menor de edad como consumidor vulnerable. Especial referencia al derecho de participación de NNAS en la elaboración de las disposiciones generales". Anna Massons Ribas (España). 780

33/ "I diritti dei passeggeri aerei in tempi di pandemia tra cancellazioni straordinarie, rimborsi negati e voucher imposti". Luca Ettore Perriello (Italia). 808

34/ "L'evoluzione del formalismo negoziale nei contratti bancari e finanziari". Giovanni Berti de Marinis (Italia) 828

35/ "La transposición de la Directiva (UE) 2019/771 al ordenamiento jurídico español: falta de conformidad, remedios y plazos". Jesica Delgado Sáez (España) 854

36/ "Control de transparencia en la contratación a distancia y causas de su ineficacia". Javier Fernández-Regatillo Vega (España) 874

D) NUEVOS MODELOS CONTRACTUALES Y CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.

37/ "Nuevos desafíos contractuales: elementos y naturaleza (de servicios) de las relaciones de *compliance* y de *data monitoring*". Juan Carlos Velasco Perdigones (España). 890

38/ "Las medidas correctoras en el ámbito digital". Álvaro Bueno Biot (España) .918

39/ "Funzione e limiti dell'autonomia privata nei contratti transnazionali". Massimo Foglia (Italia) 938

40/ "Piattaforme digitali e tutele: dal *consumer* al *prosumer*". Chiara Sartoris (Italia) 962

41/ "Contratación de telefonía móvil por menores: validez y nulidad". Víctor Bastante Granell (España) 984

42/ "Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales: cuando el precio son tus datos personales". Laura Herrerías Castro (España) 1010

43/ "Condiciones generales de la contratación en las apuestas online". Nerea Díaz Ortíz (España) 1038

44/ "La financiación participativa en la economía de las plataformas Un cambio de paradigma en las relaciones de crédito". Jordi Marcé Calzada (España) 1066

45/ "La revolución *blockchain* y los *smart contracts* en el marco europeo". Carlos Domínguez Padilla (España) 1088

46/ "El alcance de las cláusulas contenidas en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales que prevén la interacción del usuario con el servicio mediante comandos de voz". Julia Ammerman Yebra (España).. 1110

47/ "Cláusulas de processamento de dados pessoais inseridas nos contratos de adesão: a falta de autonomia e liberdade na expressão da vontade e vias de proteção (efetiva) do titular de dados". Inês Camerinha Lopes (Portugal) 1124

48/ "Las cláusulas abusivas en las hojas de encargo de servicios jurídicos: en especial, la cláusula de exoneración y limitación de responsabilidad del profesional". Loreto Carmen Mate Sauté (España) 1148

E) CONTRATACIÓN Y COMERCIO ELECTRÓNICO

49/ "Dualidad normativa en la regulación de los contratos *gratuitos* de suministro de contenidos y servicios digitales: la necesaria armonización entre la Directiva (UE) 2019/770 y el Reglamento (UE) 2016/679". Javier Martínez Calvo (España) 1168

50/ "Aproximación al régimen jurídico del contrato de usuario con *Twitch*: Repercusiones en materia de protección de datos personales". Alejandro Platero Alcón (España) 1186

51/ "La adaptación del derecho de desistimiento en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales a las previsiones de la Directiva (UE) 2019/2161, de 27 de noviembre de 2019". Joan Andreu Ferrer Guardiola (España) 1210

52/ "La protección del consumidor en la contratación digital". Rut González Hernández (España) 1236

53/ "*Smart contracts*: o paradigma entre a imutabilidade e a necessidade de flexibilização contratual em tempos de crise". Fernanda De Araujo Meirelles Magalhaes (Portugal) 1254

54/ "Influencia algorítmica e inmutabilidad de los *Smart Contacts*: ¿cómo impactan estas tecnologías en la asimetría contractual?". Cecilia Celeste Danesi (Argentina)... 1270

55/ "Algunas cuestiones sobre la trasposición de la Directiva 2019/771, 20 mayo 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes". Gonzalo Muñoz Rodrigo (España)... 1288

56/ "Peculiaridades de la contratación electrónica". Carmen Iglesias Martín (España) 1314

57/ "La gestione dell'inadempimento contrattuale negli *smart contract*". Emanuela Maio (Italia) 1334

58/ "La compraventa de obras plásticas en Internet: especial referencia a las facultades patrimoniales de sus autores y titulares". Ana María Pereda Mirabal (Cuba) 1348

59/ "Los consumidores en línea frente a la publicidad dirigida. Breves consideraciones desde la inteligencia artificial y las tecnologías conexas". Madelín Cruz García (España) 1368

60/ "La identidad digital en la contratación electrónica: una mirada desde el derecho internacional privado". Antonio Merchán Murillo (España) 1386

61/ "Las personas con discapacidad como consumidores vulnerables en el comercio electrónico: el problema de la accesibilidad digital". Romina Santillán Santa Cruz (España) 1412

62/ "Ley aplicable a los contratos de computación en nube". Álvaro Martínez Marín (España) 1432

63/ "El derecho de desistimiento del consumidor en la precompra o suministro anticipado de contenidos digitales". Alejandro Zornoza Somolinos (España)... 1448

64/ "Plataformas digitales y contratación electrónica: conflictos derivados y métodos de resolución". Almudena Gallardo Rodríguez (España) 1466

F) CONSUMIDOR Y VIVIENDA.

65/ "La aproximación conductual a la transparencia contractual en los servicios financieros de crédito". Antoni Mut Piña (España) 1492

66/ "Nullità e sanatorie nei contratti per l'acquisto di immobili da costruire: fra tutela della parte debole e contrasto all'abuso del diritto". Marco Rizzuti (Italia) 1520

67/ "La responsabilidad por incumplimiento en los contratos de cesión de viviendas con fines turísticos. Especial mención a la contratación por medio de OTAS". Covadonga López Suárez (España) 1532

68/ "Mutuo fondiario e violazione del limite di finanziabilità nel dibattito giurisprudenziale italiano". Cristiana Boiti (Italia) 1554

69/ "Devengo de honorarios en el contrato de mediación o corretaje: abusividad y control de transparencia de las hojas de visita". Araya Alicia Estancona Pérez (España) 1574

70/ "Evolución del tratamiento jurisprudencial del control de transparencia en contratos de préstamo hipotecario". Raquel Nazabal Baranda (España) 1602

G) PERSPECTIVA INTERNACIONAL DEL DERECHO CONTRACTUAL.

71/ "L'assicurazione sulla vita a favore degli *eredi* e ripartizione dell'indennizzo". Riccardo Mazzariol (Italia) 1618

72/ "Il controllo giudiziale sulle clausole che alterano l'essenza del contratto". Letizia Coppo (Italia)... 1644

73/ "Operaciones comerciales de la Ley española de lucha contra la morosidad que configuran compraventas internacionales de mercaderías en la Convención de Viena: ¿quid iuris?". Víctor Herrada Bazán (Perú)..... 1670

74/ "*Il patto di familia* y su posibilidad en el ordenamiento civil castellano". Valentín Navarro Caro (España) 1694

75/ "Retos para el Derecho contractual cubano en correspondencia con los nuevos modelos contractuales emergentes". Rocío Urbón López (Cuba) .1716

76/ "El beneficiario en el contrato a favor de tercero". Freddy Andrés Hung Gil (Cuba) 1726

77/ "La Direttiva (UE) 2019/770: i dati personali quale corrispettivo nei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali e le inerenti ricadute sul diritto della privacy". Francesca Ferretti (Italia) 1740

78/ "ABF e consumatori: le recenti tendenze in materia di cessioni del quinto dello stipendio". Giuliano Mattace (Italia) 1778

79/ "La dimensione contrattuale nel codice del Terzo settore italiano". Mario Renna (Italia) 1800

80/ "El *aliud pro alio* en Italia entre el Código Civil y el Código del consumo. Nuevas tendencias en tema de causa en concreto". Lorenzo Pelli (Italia)....1818

81/ "Hacia un modelo multidimensional en la teoría del derecho de los contratos". Alexander Kirpichev (Rusia) 1842

82/ "La Ley del contrato y los árbitros de equidad en el arbitraje comercial internacional". Mª Victoria Demarchi Salinas (Chile) y Cristóbal Vergara González (Chile). 1854

DIRECTOR

Dr. Dr. José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SUBDIRECTOR

Dr. Juan Antonio Tamayo Carmona
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Dr. Pedro Chaparro Matamoros
Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

COMITÉ CIENTÍFICO

Dr. Salvatore Aceto di Capriglia
Professore Associato di Diritto Comparato, Universidad de Nápoles Parthenope, Italia

Dra. Esther Algarra Prats
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Marco Angelone
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad "G. di Annunzio" de Chieti-Pescara, Italia

Dr. Vicenzo Barba
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università de la Sapienza, Italia.

Dr. Javier Barceló Doménech
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Cesare Massimo Bianca
Professore Emerito di Diritto Privato, LUMSA, Roma, Italia

Dra. Mirzia Bianca
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università de la Sapienza, Italia.

Dr. Dr. Salvador Carrión Olmos
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Gabriele Carapezza Figlia
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dra. Giovanna Chiappetta
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Calabria, Italia

Dr. André Dias Pereira
Director del Centro Biomédico de la Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Andrea Federico
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dr. Giampaolo Frezza
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dra. Stefania Giova
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad del Molise, Italia

Dr. Pablo Girgado Perandones
Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Tarragona, España

Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo, Argentina

Dr. Cristián Lepin Molina
Profesor Asociado de Derecho Civil, Universidad de Chile

Dr. Andrea Lepore
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dr. Fabricio Mantilla Espinosa
Catedrático de Contratos Civiles y Mercantiles, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. Fabrizio Marinelli
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia

Dra. Graciela Medina
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Lorenzo Mezzasoma
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Perugia, Italia

Dra. Mariel F. Molina de Juan
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo, Argentina

Dr. Juan Antonio Moreno Martínez
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dra. Gisela María Pérez Fuentes
Catedrática de Derecho Civil, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México

Dr. Giovanni Perlingieri
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dra. Carolina Perlingieri
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad Federico II, Nápoles, Italia

Dra. María José Reyes López
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Raffaele Picaro
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dr. Nelson Rosenvald
Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho Damasio, Sao Paulo, Brasil

Dra. Adela Serra Rodríguez
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Antonella Tartaglia Polcini
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad del Sannio, Italia

Dr. Francisco Ternera Barrios
Catedrático de Derecho Civil, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. David Vargas Aravena
Profesor de Derecho Civil, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Asunción Colás Turégano
Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

Dra. Margarita Castilla Barea
Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Cádiz, España

Dr. Luis de las Heras Vives
Abogado. Vicepresidente del IDIBE.

Dr. Gorka Galicia Aizpurua
Profesor Titular de Derecho de Derecho Civil, Universidad del País Vasco, España

Dr. Emanuele Indracollo
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dra. Aurora López Azcona
Profesora Titular de Derecho de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

Dra. Pilar Montés Rodríguez
Profesora Titular (Escuela Universitaria) de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Pilar Estellés Peralta
Profesor Agregado de Derecho Civil, Universidad Católica de Valencia
"San Vicente Mártir", España

Dr. Pietro Virdagamo
Professore Ordinario Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia.

Dra. Sonia Rodríguez Llamas
Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente: Dr. Gonzalo Muñoz Rodrigo
Investigador Predoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Belén Andrés Segovia
Investigadora del Departamento de Derecho Administrativo, Universidad de Valencia, España

D. Francesco Angeli
Assegnista di ricerca, Università degli studi di Perugia, Italia

Dr. Adrián Arrebola Blanco
Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil, Universidad Complutense de Madrid, España

Dra. Ana Isabel Berrocal Lanzarot
Profesora Contratada Doctora, Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. Giovanni Berti de Marinis
Professore Associato di Diritto dell'Economia, Universidad de Perugia, Italia

D. Álvaro Bueno Biot
Investigador Predoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Borja del Campo Álvarez
Becario de Investigación del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Oviedo, España

Dra. Ana Isabel Blanco García
Profesora Ayudante Doctor de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

Dra. Maria Cristina Cervale
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia

Dra. Andrea Casanova Asencio
Investigadora Postdoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Murcia, España.

Dr. Jorge Enriquez Sordo
Abogado

Dra. Elena de Luis García
Profesora Ayudante Doctor de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

Doña Ana Elisabete Ferreira
Professora Investigadora na Facultade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Massimo Foglia
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Bergamo, Italia

Dr. Giuseppe Garofalo
Assegnista di ricerca, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dr. Manuel García Mayo
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Sevilla, España

Dr. Carlos Gómez Asensio
Profesor Contratado Doctor de Derecho Mercantil, Universidad de Valencia, España

Dr. Manuel Ángel Gómez Valenzuela
Profesor Sustituto Interino de Derecho Civil, Universidad de Cádiz, España

Dr. Fernando Hernández Guijarro
Profesor Contratado Doctor de Derecho Tributario, Universitat Politècnica de València, España

Dr. Francesco La Fata
Ricercatore di Diritto dell'Economia, Universidad de Florencia, Italia

D. Marco Li Pomi
Assegnista di Ricerca, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dr. Miguel Herrero Medina
Investigador Postdoctoral del Departamento de Derecho Romano e Historia del Derecho, Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. Andrés Marín Salmerón
Investigador Postdoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Murcia, España

Dr. Javier Martínez Calvo
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

Dr. Manuel Ortiz Fernández
Profesor Ayudante de Derecho Civil, Universidad Miguel Hernández de Elche, España

Dr. Alfonso Ortega Giménez
Profesor Titular de Derecho Internacional Privado, Universidad de Elche, España

D. Jesús Palomares Bravo
Investigador Predoctoral en Departamento de Derecho Civil, Universidad de Málaga, España

Dra. Carla Pernice
Ricercatore di Diritto dell'Economia, Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli", Universidad de Florencia, Italia

Dr. Rosario Petruso
Ricercatore di Diritto Comparato, Universidad de Palermo, Italia

Dra. Monica Pucci
Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Perugia, Italia

Dra. Isabel Rabanete Martínez
Profesora Asociada del Departamento de Derecho Mercantil, Universidad de Valencia, España

Dr. Marco Rizzuti
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Florencia, Italia.

D. Juan Carlos Rocha Valle
Notario y Defensor Público en el área del Derecho Civil, Nicaragua

Dr. Valerio Rotondo
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Molise, Italia

Dra. Romina Santillán Santa Cruz
Investigadora del Grupo de Investigación "Ius Familiae" de la Universidad de Zaragoza, España

Dr. Eduardo Taléns Visconti
Profesor Contrado Doctor de Derecho del Trabajo,Universidad de Valencia, España

Dra. Maria Inês Viana de Oliveira Martins
Professora Auxiliar na Facultade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

D. Daniel Vicente Martínez
Profesor Contratado en el Área de Ciencias Jurídicas, Universidad Internacional de Valencia, España

D. Calogero Valenza
Assegnista di Ricerca, Uiversidad Ca' Foscari, Venecia, Italia

Dra. Sara Zubero Quintanilla
Profesora Ayudante Doctora de Derecho civil, Universidad Complutense de Madrid, España

PRÓLOGO

Los estatutos fundacionales de nuestra Red Salmantina de Civilistas Latinoamericanos *Ivs Civile Salmanticense* prevén expresamente la facultad de constituir "Secciones" en el seno de la asociación. La primera de ellas ha sido la Sección de Jóvenes Civilistas, cuyos miembros fundadores fueron el Dr. Giovanni Berti di Marinis (Università degli Studi di Perugia), la Dra. Araya Estancona (Universidad de Cantabria) y la Dra. Almudena Gallardo (Universidad de Salamanca). El objetivo general de la Sección es crear sinergias y colaboraciones académicas entre jóvenes estudiosos del Derecho Civil de ámbito nacional e internacional, con el objetivo de analizar y debatir cuestiones que afectan a esta rama del Derecho a través de diversas actividades académicas (congresos, jornadas, conferencias o publicación de libros colectivos). Desde sus primeros pasos en 2019, la Sección de Jóvenes Civilistas ha concitado un elevado número de socios y viene desarrollando una intensa actividad científica. Celebró en Salamanca su I Congreso Internacional en febrero de 2020 (fue, para muchos de nosotros, el último encuentro académico previo al confinamiento derivado de la COVID-19); y para cumplir fielmente con su compromiso de celebrar un congreso internacional anual, lanzó su II Congreso Internacional sobre *Los nuevos retos del Derecho contractual*, que tuvo lugar en Santander bajo la dirección de la Profesora Estancona Pérez y la coordinación de los profesores Berti de Marinis y Gallardo Rodríguez, durante los días 7 y 8 de octubre de 2021 (seguramente, una de las primeras actividades presenciales post-pandemia).

Las cifras de este II Congreso hablan por sí solas: más de 130 ponencias y comunicaciones, fruto del trabajo científico de civilistas de 15 nacionalidades diferentes, que gracias a su juventud (todos ellos son menores de 40 años) han sabido seleccionar aquellos temas que constituyen los verdaderos "retos" para el Derecho de contratos del siglo XXI. Entre ellos existen contribuciones singularmente valiosas, agrupadas en siete grandes capítulos, cuya rúbrica da idea de su interés y relevancia doctrinal: Autonomía de la voluntad, tipicidad y atipicidad; incumplimiento, responsabilidad e ineficacia contractual; protección del contratante-consumidor; nuevos modelos contractuales y condiciones generales de la contratación; comercio electrónico; consumidor y vivienda; y, en fin, perspectiva internacional de la temática. El presente volumen es el resultado escrito de tan importante y concurrido esfuerzo colectivo.

Ciertamente, el Derecho de contratos es, probablemente, una de las disciplinas que afronta mayores retos en este primer cuarto del siglo XXI. Puede decirse, sin

exageración, que estamos asistiendo a la reformulación de aquellos principios que sustentan su teoría general y parecían inmutables desde hace más de doscientos años. Es el sino de nuestra disciplina, fruto de las demandas de la sociedad sobre la que se proyecta: la articulación entre lo contingente y lo inmanente.

Es importante recordar que la teoría general de las obligaciones y contratos procede de las últimas construcciones del Derecho Romano en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, y fue madurada en la Edad Media a través del llamado *Derecho Común*. Pero cuando verdaderamente cristaliza de manera definitiva es entre los siglos XVIII y XIX, con la Pandectística y la codificación civil, por lo que fue configurada sobre la base de un concreto modelo liberal-burgués de sociedad y de unas relaciones económicas que vinculaban a pequeños agricultores, comerciantes y artesanos. Relaciones de carácter interindividual, esencialmente basadas en el trato personal y directo, que se contraen entre sujetos (de hecho y de derecho) iguales y libres. Y que por ello son capaces de alcanzar la justicia contractual sobre la base de la libre negociación y el espontáneo equilibrio entre la oferta y la demanda.

Tal contexto determina que:

a) De una parte, no es precisa la intervención de terceros (menos aún si se trata del Estado) que faciliten o impongan tal equilibrio contractual, que surge por sí mismo a consecuencia de la libertad contractual y la autodefensa de los propios interesados, quienes, insisto, actúan en condiciones de igualdad.

b) De otro lado, el respeto de la voluntad contractual es absoluto, incondicionado e inexcusable, incluso por encima de cualesquiera circunstancias o exigencias de la justicia material. Así, sólo muy excepcionalmente se admite una atenuación de dicho principio de inalterabilidad del contrato en la mayor parte de los códigos civiles: son sólo los supuestos de moderación judicial de la cláusula penal, flexibilización de la responsabilidad del mandatario gratuito, moderación judicial de la responsabilidad contractual por incumplimiento no doloso o reducción judicial de la obligación de pago de lo perdido en juego o apuesta.

Estas ideas fraguan en algunos de los principios medulares de la teoría general del contrato que podemos encontrar formulados, casi como verdades metafísicas, en todos los códigos herederos del napoleónico. Me permito recordar los más relevantes, con su referencia en el Código civil español:

- Principio *pacta sunt servanda* del artículo 1091.

- Principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255.

- Prohibición de dejar la validez y el cumplimiento de los contratos al arbitrio de uno de los contratantes, del artículo 1256.

- Principio de eficacia relativa de los contratos, que traduce el viejo *res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest* del artículo 1257.

- Perfección del contrato por el mero consentmiento del artículo 1258.

- Principio de libertad de forma del artículo 1278.

- Principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911.

Pues bien, es sobradamente conocido que dicho marco socio-jurídico sufre el primer cataclismo con la situación de penuria y escasez que se generalizó en Europa tras la crisis económica de 1929 y se agudizó con la II Guerra Mundial y la postguerra. En seguida se constata que la contratación ya casi nunca se produce "entre iguales", lo que generó la aparición de una corriente intervencionista por parte de las autoridades dentro de la mecánica contractual, con figuras que entonces se denominaron "contratos dictados", "contratos impuestos", "contratos forzosos", e incluso (en los países del llamado socialismo real) "contratos planificados", que llegaron a cuestionar incluso el propio concepto de contrato.

Pero también llevó a una intervención menos intensa, a menudo procedente del poder judicial, proclive a la aplicación de algunos principios que, sin dar al traste con la vieja figura del contrato, sí mitigaban en gran medida su rigidez conceptual. Así sucedió con la cláusula *rebus sic stantibus*, con la llamada nulidad parcial del contrato cuando alguna de sus cláusulas no se ajusta a las prescripciones legales, y especialmente, con nuevas vías de integración del contenido contractual.

En este último aspecto, ciertamente todos los códigos civiles calcan el artículo 1135 del *Code* Napoleón, que ya prescribía que los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo estrictamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Pero lo que en un primer momento no era otra cosa que una suerte de interpretación legal de la voluntad de los contratantes, o una presunción de que éstos "querían" obligarse "no sólo a lo estrictamente pactado", pronto se convierte en una verdadera vía de integración del contenido del contrato, impuesta por la autoridad estatal y no necesariamente deseada voluntariamente por las partes, y dirigida fundamentalmente a lo que en aquellos años se llamaba "protección de los económicamente débiles".

Ello no es algo precisamente nuevo, por lo demás. Ya desde Ripert conocemos las claves de la crisis del principio de autonomía de la voluntad, especialmente por

razones y consideraciones que podríamos denominar "política económica", bien distintas de las que esgrimía Duguit en sus célebres *Transformaciones del Derecho Privado*, más cercanas a la negación del derecho subjetivo. De manera coherente con su negación del derecho subjetivo, Duguit propugnó una nueva noción de libertad, que deriva de la constatación realista de que "las leyes modernas están en contradicción formal" con los postulados del derecho individual a la libertad, que impedirían al Estado toda imposición de obligaciones al individuo. Y esas leyes restringen constantemente la actividad de éste, le imponen toda clase de obligaciones, entre las que menciona repetidamente las de trabajar, de recibir enseñanza y de previsión, etc. La libertad, nos dice, no es un derecho, sino la obligación de cada individuo de desempeñar su papel en la sociedad, de cumplir una determinada tarea, de desenvolver su individualidad.

Esos "nuevos vientos" ya encontraron un reflejo claro en los códigos civiles del siglo XX, como el CC italiano de 1942, el CC portugués de 1966, el CC holandés de 1991, o en las reformas del CC francés en la década de los sesenta y setenta del pasado siglo. Y de manera más evidente, pueden encontrarse en la reciente reforma de la materia dentro del BGB alemán o en el Código Civil y Comercial Argentino de 2015.

Pero hay que reconocer que fue en la década que media entre 1975 y 1985 cuando se produjo un nuevo y trascendente giro en la configuración del contrato, debido a varios fenómenos socioeconómicos que, por lo demás, se encuentran estrechamente unidos entre sí:

1º) Por una parte, el insólito auge de la libertad económica y el inicio de la que pronto se llamaría *"globalización",* que ha generado un florecimiento espectacular de la figura del contrato, como instrumento básico de intercambio económico, con una proliferación enorme de contratos atípicos tanto en el ámbito civil como en el mercantil.

2º) En segundo lugar, y a consecuencia de lo anterior, aparece la *contratación masiva,* derivada de los procesos de producción en masa de bienes y servicios, que hacen posible la aparición de la llamada "sociedad de consumo", con todos los efectos que ello produce: unilateralización del mercado, sometido a la ley de la oferta; empleo de publicidad y agresivas técnicas de marketing; diversificación artificial de productos; reducción de la vida útil de éstos; generalización de mecanismos de financiación; utilización de condiciones generales de los contratos, único instrumento que hace posible la contratación masiva; etc.

3º) Como reacción a lo antedicho, se produce la irrupción del *"principio de protección de los consumidores",* sujetos caracterizados por ocupar una situación de debilidad o inferioridad en las relaciones contractuales donde intervienen, muy

a menudo por su condición de profanos (meros *amateurs* o aficionados, dentro del mercado), frente a la de expertos ocupada por los empresarios (verdaderos profesionales del mercado). Por ese motivo, la justicia contractual conmutativa ya no se alcanza de manera espontánea como efecto del libre juego de la oferta y la demanda, sino que requiere de la intervención de los poderes públicos, y de mecanismos regulatorios.

La aplicación de tales principios a los contratos de consumo (y, como desde hace tiempo venimos defendiendo, a todos los contratos "asimétricos") ha introducido modificaciones trascendentales en el viejo modelo contractual, que han dado al traste con el viejo principio de autonomía de la voluntad, con el *pacta sunt servanda*: o lo dotamos de un sentido absolutamente nuevo o, sencillamente, habrá que certificar su defunción, y darle sepultura junto con el *res inter alios acta* y con la responsabilidad patrimonial universal.

En efecto, parece evidente que una concepción moderna del contrato no permite ya seguir hablando de *la* teoría general del contrato, sino que es imprescindible reconocer la existencia de una bifurcación en la misma, para separar:

(i) De un lado, aquellos principios medulares aplicables a la contratación entre particulares y, a menudo, entre empresarios (o sea, la contratación entre "iguales");

(ii) y de otro, la contratación asimétrica, en la que uno de los sujetos vinculados puede considerarse como "contratante débil", ya por tratarse de un consumidor o usuario, ya por ser una pequeña o mediana empresa.

Para el primer modelo, siguen vigentes los viejos principios, sometidos en todo caso a la actualización y adaptación a la realidad que siempre ha caracterizado a las normas civiles. Para el segundo, queda hoy muy poco de aquellos principios cardinales de la teoría general del contrato, que durante 200 años han parecido inamovibles. Baste citar algunos de tales cambios, de manera telegráfica, para comprobarlo:

1º) *Ocaso de la autonomía de la voluntad.* Es notable la aparición de una ingente cantidad de normas, comunitarias, estatales y autonómicas, que inciden de manera diversa pero directa en el contenido, forma, perfección, obligatoriedad, interpretación y cumplimiento de los contratos en los que intervienen consumidores. Disposiciones normativas que unas veces regulan determinados tipos contractuales, otras determinadas técnicas de contratación, y otras la responsabilidad por daños causados a los consumidores. Como efecto "colateral" o secundario de este fenómeno, se genera una dispersión normativa atroz, que a menudo se traduce en verdadera inseguridad jurídica respecto de la norma

aplicable a tal o cual contrato, dentro de la maraña o cascada de preceptos, directivas, leyes, decretos, etc., vigentes sobre la materia.

2º) *Renacimiento del formalismo contractual*, de manera que se rompe en gran medida el viejo principio de libertad de forma, siempre que se exigen legalmente determinados requisitos formales para la validez y eficacia jurídica de las declaraciones de voluntad contractual, en aras de la protección del comprador o adquirente de bienes y servicios: forma escrita, a veces incluso en formularios preestablecidos, con ciertas menciones obligatorias en su contenido (tanto respecto de los elementos esenciales del contrato como de la protección dispensada al consumidor), ejemplares por duplicado o triplicado. Ello redunda no sólo en una mayor garantía de los derechos del consumidor, incluso en el orden probatorio, sino que la solemnidad formal también produce un efecto psicológico que incentiva la debida reflexión de éste antes de obligarse contractualmente.

3º) *Mitigación (en ocasiones, abolición) del carácter vinculante del contrato y del principio pacta sunt servanda*, derivado del acuerdo de voluntades, cuando se concede al consumidor una facultad de arrepentimiento o desistimiento unilateral, que debe ejercitar dentro de un plazo perentorio. Se trata, con ello, de contrarrestar la agresividad de las técnicas comerciales de venta, que a menudo presionan al consumidor para que celebre un contrato y, a tal fin, emita una declaración de voluntad que, sin estar propiamente viciada, no puede admitirse como adecuadamente formada. Y también, como acusadamente hemos comprobado durante la pandemia COVID-19, de dar entrada a mecanismos de revisión contractual cuando, más allá de una (difícilmente defendible) tácita y subjetiva cláusula *rebus sic stantibus*, se certifica objetivamente la destrucción de la base del negocio.

4º) *Redescubrimiento de la buena fe*, que pasa a ocupar un papel protagonista dentro de la teoría general del contrato. Es omnipresente la apelación a la buena fe en todos los nuevos modelos de contratación, sean leyes tuitivas de los consumidores, Principios Europeos de Derecho de los Contratos, reformas en los códigos civiles, etc.

5º) *Control de incorporación:* Irrumpe la introducción de requisitos para la incorporación, integración e interpretación de condiciones generales, como contenido del contrato predispuesto por una de las partes.

6º) *Control de contenido.* La absoluta interdicción de las cláusulas abusivas supone una verdadera revolución. Hay un "redescubrimiento" de las exigencias de la llamada justicia contractual sustantiva, y del equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, de manera que se considera directamente abusiva, y por tanto nula, aquella cláusula que cause, en perjuicio del consumidor, un

desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

7º) *Quiebra del principio de la responsabilidad patrimonial universal.* El llamado mecanismo de la segunda oportunidad, o liberación del pasivo insatisfecho en el caso de la persona sobreendeudada, no necesariamente empresario ni consumidor. Ahí tenemos los artículos 486 a 501 del Texto Refundido de la Ley Concursal, que incorporan al Derecho español (como ha sucedido en otros ordenamientos europeos) la institución americana del *discharge*, dirigida a declarar la exoneración del pasivo insatisfecho en el seno de la liquidación concursal, a fin de permitir al deudor sobreendeudado acometer una "segunda oportunidad".

8º) La incorporación al contrato e integración en el mismo, como derechos del contratante-consumidor, de las prestaciones contenidas en la publicidad y en las actividades de promoción, que por otra parte están sometidas a las reglas de veracidad y completa información.

9º) La garantía obligatoria de que determinados productos satisfarán determinadas exigencias de calidad, utilidad u otros requerimientos, con responsabilidad del empresario que los suministra, que se traduce en la reparación o sustitución gratuita, como nuevas formas de saneamiento.

10º) Adicionalmente, y a consecuencia de los vertiginosos cambios tecnológicos de las dos últimas décadas, aparecen nuevas formas de contratación (especialmente, la llamada contratación electrónica), nuevos medios de pago, y nuevos bienes y servicios, a menudo intangibles.

A la vista de ese panorama sólo cabe concluir que no han cambiado sólo las reglas, sino que se ha producido un verdadero cambio de *principios*, que reclama en realidad un cambio de las reglas. Sólo queda esperar que este cambio se haga con altura de miras, con las luces largas, mediante preceptos de carácter "abierto", cuyo contenido sólo viene a llenarse cuando se pone en conexión el *caso* con el *principio*. Debemos invocar aquella jurisprudencia o metodología axiológica que tanto hemos echado de menos en los textos que hemorrágicamente ha venido promulgando el legislador español a lo largo de los últimos treinta años.

Ello debe hacerse bajo el prisma de la idea de sistema y unidad. Y también desde el denominado "diálogo de fuentes". Así, venimos propugnando:

a) Unificar la regulación del Derecho Civil y Mercantil, en la línea que marcara el Código suizo de las obligaciones y que, más allá de las mezquindades y estrechez de miras de algunos, constituye el *leit motiv* de la moderna codificación del Derecho privado.

b) Dar entrada en el Código civil a la contratación de consumo o, aún mejor, a la contratación asimétrica, que acoja en su articulado un sistema de protección mínima que desciende a la regulación de aspectos tan importantes como la formación del contrato de consumo, los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, cláusulas abusivas, etc.

c) Introducir normas que, hasta ahora, parecían coto exclusivo de la Constitución pero que configuran el carácter constitucional de una buena parte del ordenamiento jurídico privado.

d) Otorgar una perceptible importancia a determinadas normas procesales, en la medida en que las mismas constituyen la puesta en marcha de los derechos subjetivos.

e) Conectar en numerosas ocasiones las instituciones jurídico privadas con los Derechos Humanos.

Concluyo expresando mi sincera confianza y mis votos para que la generación de civilistas que representan magníficamente los autores del presente volumen sea capaz de acometer tan magna tarea. Y también mi felicitación y gratitud a todos ellos por el entusiasmo y el rigor de los trabajos que lo integran.

Salamanca, octubre 2021

Eugenio Llamas Pombo, Catedrático de Derecho Civil, Presidente de *Ivs Civile Salmanticense*

DOCTRINA

EFICACIA Y VALIDEZ DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA

ENFORCEABILITY AND VALIDITY OF CONTRACTS ENTERED INTO BY PERSONS WITH DISABILITIES IN THE EXERCISE OF THEIR LEGAL CAPACITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 24-45

Celia PRADOS GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Con este trabajo se pretende analizar la reforma llevada a cabo por la ley 8/2021, por la que se modifica la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, especialmente en lo relativo a la eficacia de los contratos cuando estos han sido celebrados prescindiendo de los apoyos que precisen. Para ello se llevará a cabo una reflexión crítica sobre la anulabilidad del contrato en el contexto del reconocimiento pleno de la capacidad legal de las personas con discapacidad y el cuestionado derecho a rechazar el apoyo.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad, capacidad legal, contratos, anulabilidad, apoyos.

ABSTRACT: *This paper analyses the changes introduced by Law 8/2021, which reforms civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity, particularly with regard to the enforceability of agreements entered into without the requisite support. This will be achieved by means of a critical contemplation of the invalidation of contracts in the context of the full recognition of the rights of persons with disability and the disputed right to refuse such support.*

KEY WORDS: *Disability, legal capacity, contracts, invalidation, support.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. LA REFORMA CIVIL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD EN EL DERECHO DE CONTRATOS. 1. Igual reconocimiento ante la ley. 2. Adaptación del ordenamiento jurídico español al art. 12 CDPD. III. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

España firmó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y su Protocolo Facultativo, el 30 de marzo de 2007, que fueron ratificados el 3 de diciembre de 2007[1]. De acuerdo con el artículo 96.1 de la Constitución, desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado (21 de abril de 2008), tanto el Convenio como su Protocolo, forman parte del ordenamiento jurídico interno. La Convención es resultado de un largo proceso de negociación en el que participaron Estados de todo el mundo, organizaciones no gubernamentales, representantes de la sociedad civil y de las personas con discapacidad. El tratado consagra entre sus postulados el de respeto a las decisiones personales, proponiendo un modelo que acompaña, pero no sustituye[2]. Así lo hace en el artículo tercero al establecer el principio de respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual y la libertad de tomar las propias decisiones. Precisamente, supone la superación del sistema de sustitución en la toma de decisiones, que se basaba en la idea del mejor interés de la persona con discapacidad, y que ahora debe ser reemplazado por un sistema de apoyos a la persona en la toma de sus propias decisiones[3]. El respeto por la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad se pone de relieve tanto por la prioridad de las medidas de apoyo voluntarias, como por la necesidad de que quien preste el apoyo respete la voluntad de la persona con discapacidad.

Desde la ratificación del tratado internacional se ha ido adaptando y modificando el ordenamiento jurídico interno. Sin embargo, pese a que durante estos años se han producido diversas reformas del Derecho español[4], quedaba pendiente la

1 Para el texto vigente en España. *Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.* BOE núm. 96, 21 de abril de 2008 (en adelante CDPD).

2 Legerén-Molina, A.: "La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos", en De Salas Murillo, S., Mayor de Hoyo, M.V. (dir.): *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.165-212, esp. 166.

3 Pau Padrón, A.: "De la incapacitación al apoyo. El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil", Revista de Derecho Civil, Vol. 5, nº 3 (julio-septiembre, 2018), pp.5-28.

4 Con el propósito de adaptar el derecho interno a la CDPD se han promulgado las siguientes leyes: Ley 6/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las

• Celia Prados García
Profesora Ayudante Doctora de la Universidad de Córdoba.
cprados@uco.es.

reforma del Código Civil[5]. En este contexto de implementación de la CDPD, debemos resaltar la ley 26/11, de 1 de agosto, que modificó abundantes leyes y dio un plazo de un año al Gobierno para que remitiera a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 CDPD, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad[6]. Finalmente, esta reforma se ha llevado a cabo diez años después, con la Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica[7]. Un retraso que el movimiento asociativo de la discapacidad y también algún sector de la doctrina considera escandaloso.

II. LA REFORMA CIVIL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD EN EL DERECHO DE CONTRATOS

1. Igual reconocimiento ante la ley

La Convención ha supuesto la consagración de un cambio de paradigma de la discapacidad, fundamentado en la consideración de las personas con discapacidad como sujetos de derechos, en lugar de como objetos de protección. Así, en el artículo 1 CDPD los Estados partes convienen promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad. Entre los principios recogidos en la Convención es preciso destacar el de respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las

personas con discapacidad. Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Ley Orgánica 1/2015 que modifica el Código Penal, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones. Ley 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen General Electoral para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente.

5 Desde la ratificación del tratado internacional España ha estado incumpliendo injustificadamente los deberes impuestos respecto al cambio de modelo de sustitución en la toma de decisiones. Situación que llevó al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a requerir al Estado español para que adaptase su ordenamiento al espíritu y dictados del texto internacional. Torres Costas, M.E., *La capacidad de obrar a la luz del art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Tesis doctoral, Santiago de Compostela, 2019.

6 Ley 6/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad. BOE núm. 184, de 02/08/2011.

7 Una reforma reclamada no solo desde el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sino también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Véase: Petit de Gabriel, E. W.: "Lo prometido es deuda: la ley 8/2021, o de cómo avanzar en la aplicación interna de las obligaciones internacionales de España conforme a la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad", en Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (dir.); García Mayo, M. (dir.), Gil Membrado, C. (coord.), Pretel Serrano, J.J. (coord.), *Un nuevo orden jurídico para la discapacidad*, Bosch, Madrid, 2021.

propias decisiones, y la independencia de las personas. También se recoge el principio de no discriminación, el de participación e inclusión plena, la igualdad de oportunidades o la accesibilidad. De este modo, los Estados partes reconocen, entre otros, el derecho a igual protección legal de todas las personas, el derecho a la vida, el acceso a la justicia, el derecho a la libertad y seguridad, y, el derecho a la vida independiente y a ser incluido en la comunidad. Sin embargo, es el derecho al igual reconocimiento ante la ley el que merece nuestra especial atención, por representar "el corazón que late y da vida" a la CDPD[8]. Este derecho, regulado en el art. 12 CDDP, es el máximo exponente del nuevo modelo social de la discapacidad y su tratamiento jurídico, que justifica la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico español a la Convención. En el párrafo primero los Estados partes reafirman el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad. Así, el texto normativo prescinde de la tradicional distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar y opta simplemente por el término "capacidad". Es decir, la expresión "capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás" incluye tanto la capacidad de ser titular de derechos, como la capacidad de ejercitarlos, tal y como se interpreta en la Observación General núm. 1 del Comité de Derechos sobre las Personas con Discapacidad:

> "La capacidad jurídica significa que todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, tienen la capacidad legal y la legitimación para actuar simplemente en virtud de su condición de ser humano. Por consiguiente, para que se cumpla el derecho a la capacidad jurídica deben reconocerse las dos facetas de esta; esas dos facetas no pueden separarse"[9].

En principio, se admite la distinción teórica entre la tradicional clasificación de la capacidad, distinguiéndose entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, pero no se permite tal diferenciación si conlleva la limitación del ejercicio de la capacidad legal[10]. Este planteamiento revoluciona, en cierta manera, el Derecho civil, y, conlleva necesariamente un cambio de mentalidad, no solo del legislador, sino de todos los operadores jurídicos, que nos aleje de antiguas visiones paternalistas y estereotipos que el propio Derecho ha perpetuado durante siglos. Justamente, el Comité insiste en que los Estados partes deben examinar holísticamente sus legislaciones para asegurarse que el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no se vea restringido, tal y como ha venido

8 García Rubio, M.P.: "Notas sobre el propósito y el significado del Anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", en Gete-Alonso y Calera, M.C. (coord.): *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp.39-61.

9 NACIONES UNIDAS, 2014. CRPD/C/GC/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General núm. 1 (2014). Artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley.

10 Es la capacidad de obrar la que se venía negando a las personas con discapacidad, al entender que las medidas de protección conllevaban la sustitución de su voluntad, mediante instituciones de representación.

ocurriendo históricamente[11]. En el párrafo segundo del art. 12 los Estados partes se comprometen a reconocer la capacidad para obligarse de todas las personas mayores de edad, sin distinción por razón de discapacidad alguna. Y en el apartado tercero, se ordena a los Estados que adopten las medidas de apoyo necesarias para garantizar el ejercicio efectivo de la capacidad jurídica. En el párrafo quinto se establece el derecho al reconocimiento como actor jurídico, en el que se expone la obligación de los Estados partes de tomar las medidas necesarias para garantizar el derecho de las personas con discapacidad a ser propietarias, heredar bienes, gestionar sus asuntos económicos, así como tener acceso a crédito financiero.

Tal y como sostiene el Comité de Bioética de España, la Convención supone un cambio sustancial de paradigma, pues supera el modelo de protección que excluía la voluntad en las decisiones de la persona, e instituye un modelo de protección basado en su autonomía[12]. Sin embargo, la principal novedad de la CDPD no está en el reconocimiento de nuevos derechos, sino en el mandato expreso a los Estados para que eliminen de sus regulaciones cualquier forma de discriminación basada en la discapacidad. En definitiva, el nuevo modelo de la discapacidad constituye un "auténtico tsunami" que impacta en todo el ordenamiento jurídico, pues conlleva la adaptación de todas las normas relativas al ejercicio de derechos por parte de sujetos privados[13]. El reconocimiento pleno de la capacidad jurídica implica la posibilidad de realizar actos de trascendencia jurídica, cuya celebración, validez y eficacia debe ser interpretada según la nueva perspectiva social de la discapacidad.

2. Adaptación del ordenamiento jurídico español al art. 12 CDPD

La reforma civil en materia de discapacidad, llevada a cabo a través de la ley 8/2021, es una reforma necesaria, esperada y debida. Tras un largo y complejo proceso parlamentario, en el que se presentaron casi novecientas enmiendas al Proyecto, la ley entró en vigor el pasado 3 de septiembre, con el propósito de dar cumplimiento al art. 12 CDPD. La reforma supone un cambio radical, transversal y complejo del concepto de capacidad jurídica[14]. Por supuesto, la ley adolece de errores, pues como ya dijera Renata Bregaglio, nadie dijo que fuera fácil aplicar el nuevo modelo social de la discapacidad[15]. La ley, acorde al espíritu de la

11 NACIONES UNIDAS, 2014. CRPD/C/GC/1.

12 Comité de Bioética de España, *Informe del Comité de Bioética de España sobre la necesidad de adaptar la legislación española a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,* Madrid, 2017.

13 García Rubio, M.P.: "Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil", Revista de Derecho Civil, Vol. 5, nº 3 (julio-septiembre, 2018), pp.173-197.

14 García Rubio, M.P.: "Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad", Editorial Jurídica SEPIN (junio 2021).

15 Bregaglio, R.: "Nadie dijo que sería fácil. Los problemas en la aplicación del modelo social de la discapacidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en VV.AA.: Tendencias jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Porto Alegre, 2020.

Convención, abandona un sistema sobreprotector que excluía del tráfico jurídico a las personas con discapacidad, poniendo en el epicentro a la persona, en lugar de la discapacidad, garantizando el respeto a su voluntad, deseos y preferencias. Y, en el caso de que exista cierto menoscabo de las facultades intelectuales y se requiera de representación, la persona que preste el apoyo con funciones representativas, tratará de buscar cuál hubiera sido la decisión que hubiese adoptado en caso de no requerir dicha representación.

La Ley modifica más de 150 artículos, siendo el Derecho de contratos uno de los sectores más afectados, en el que se aprecian algunos aspectos técnicos mal resueltos. De hecho, la adaptación del Derecho de contratos de los Estados partes a la Convención ha planteado importantes interrogantes, numerosas cuestiones y disparidad de criterios. Incluso alguna autora ha considerado preciso redefinir el concepto de capacidad contractual, de forma que responda no solo a intereses económicos (seguridad tráfico jurídico), sino también a intereses sociales (que incluya medidas de protección basadas en la dignidad de la persona)[16]. Entre las disposiciones más reformadoras de la ley 8/2021 encontramos las que se refieren a la capacidad contractual y a la validez y eficacia del contrato. La reforma pretende encontrar el equilibrio entre la plena capacidad de las personas adultas con discapacidad y la protección de sus derechos, así como los de terceros de buena fe con quienes lleguen a celebrar todo tipo de acuerdos[17].

Antes de proceder a analizar la regulación de la capacidad para contratar en la nueva ley, considero esencial una breve remisión histórica al art. 1263 CC. En la redacción inicial de 1889 el precepto establecía que no podían prestar consentimiento los menores no emancipados, los locos o dementes, los sordomudos que no supieran escribir y las mujeres casadas, en los casos expresados por la ley. El presunto carácter débil, frágil y menos digno de las mujeres y de las personas con discapacidad, ha sido representado en el Derecho histórico a través estatutos jurídicos propios: el de la mujer casada y el del "incapaz" [18]. En ambas regulaciones la tradición jurídica europea proyectó categorías estereotipadas, que correspondían a sujetos de derecho con una capacidad limitada. De ahí la necesidad de su sometimiento a tutela, como si de eternas menores se tratase.

16 Varney, E., "Redefining contractual capacity? The UN Convencion of the Rights of Persons with Disabilities and the incapacity defence in English contract law", Legal Studies, Vol. 37, nº 3 (2017), pp.493-519. DOI: 10.1111/lest.12166.

17 García Rubio, M.P.: "Algunas propuestas", cit., p.181.

18 Sorprende que en trabajos publicados recientemente se siga haciendo referencia al "estatuto jurídico de las personas discapacitadas", como si las personas "con discapacidad" constituyesen un colectivo homogéneo, cuyas relaciones jurídicas se regularan por un conjunto de normas específicas. El problema no radica en lo que el autor considera un "léxico despectivo", sino en la necesidad de interpretar la capacidad desde la nueva perspectiva social. Así, desde que el Estado español ratificara la Convención, la capacidad dejó de ser modificable y su reconocimiento pasó a ser una cuestión de derechos humanos. Véase: Del Campo Álvarez, J.: "Discapacitados, incapaces e incapacitados. Problemas en torno a la nulidad y anulabilidad de sus actos", Actualidad jurídica iberoamericana nº 12, febrero 2020, pp.60-83. Se modifica por el art. 2.29 de la Ley 26/2015, de 28 de julio.

En 1975 se consiguió el reconocimiento jurídico a la igualdad de las mujeres, lo que conllevó la supresión del párrafo 1º del artículo 1263 CC. Sin embargo, el párrafo segundo permaneció inalterado hasta el año 1996, cuando la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, incorporó el término "incapacitado". Pero aún quedaba una reforma más antes de llegar a la actual, que tuvo lugar en el año 2015 a través de la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. La ley sustituyó el término "incapacitados" por el de "los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial"[19]. En principio, la ley pretendía adaptar el precepto a la terminología de la Convención. Y no solo no lo consiguió, sino que contradijo expresamente el art. 12, pues es preciso recordar que el tratado no permite ni incapacitar ni limitar la capacidad. En la propuesta proyectada por la Comisión General de Codificación, el art. 1263 CC se redactó con el siguiente tenor: "las personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas"[20]. De lo que parecía deducirse como regla general que el consentimiento contractual debía ser prestado por la persona que pretendía celebrar el contrato, si bien esta podía necesitar de un apoyo para que la integridad del consentimiento quedase asegurada. De esta forma, cabía la interpretación de que las medidas de apoyo pudiesen implicar limitaciones a la capacidad de contratar[21]. Este párrafo era contrario al art. 12 CDPD, de ahí que la ley 8/2021 lo haya suprimido, pues tal y como sostiene Antonio Pau, la capacidad ya no se toca, ni se gradúa, ni puede privarse de ella a ninguna persona[22]. En consecuencia, el silencio de la ley debe interpretarse de acuerdo al art. 12 CDPD, es decir, que todas las personas adultas pueden celebrar contratos, y, en el caso de que puedan necesitar apoyos, el ordenamiento se los tiene que facilitar[23].

En su devenir histórico, el art. 1263 CC ha establecido un requisito del consentimiento, al hacer depender su validez de la madurez suficiente (menores) o, con anterioridad a la ley 8/2021, de las facultades mentales (discapacidad) de la persona. La desaparición de estos requisitos sigue generando cierta controversia en la doctrina, en lo relativo a la validez del consentimiento cuando la discapacidad es de tipo cognitivo o volitivo[24]. De interpretarse que el consentimiento no es

19 Se modifica por el art. 2.29 de la Ley 26/2015, de 28 de julio. Ref. BOE-A-2015-8470.

20 121/000027. Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Boletín Oficial de las Cortes Generales, num. 27-1, 17 de julio de 2020.

21 De Salas Murillo, S.: ¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año nº 96, nº 780 (2020), pp.2227-2268.

22 Pau Padrón, A.: "Prólogo", Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (dir.); García Mayo, M. (dir.), Gil Membrado, C. (coord.), Pretel Serrano, J.J. (coord.), *Un nuevo orden jurídico para la discapacidad*, Bosch, Madrid, 2021.

23 García Rubio, M.P.: "La capacidad para contratar de las personas con discapacidad", *130 aniversario del Código civil*, Boletín Oficial del Estado (en prensa).

24 De Salas Murillo, S.: "La reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad en materia de obligaciones y contratos", Diario La Ley, nº 9841 (2021).

válido, el contrato tampoco sería válido ni eficaz. No obstante, es preciso resaltar que, en dicho supuesto, la validez tendría que ver con la falta de consentimiento y no con la discapacidad[25].

La ley también incorpora cambios en las normas sobre anulabilidad. En lo que se refiere al artículo 1302 CC, el nuevo precepto distingue tres situaciones diversas: que la acción la ejercite la persona con discapacidad que ha prescindido del apoyo, que la ejerciten sus herederos o la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo, cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo o se hubiera aprovechado de la situación de la discapacidad. En el primer supuesto, es preciso que nos detengamos en la controversia doctrinal sobre si existe o no un derecho a renunciar a los apoyos. Es cierto que son numerosos los autores que reconocen este derecho, aunque ni el texto de la ley ni el de la propia Convención se pronuncia expresamente. Por el contrario, sí lo hace de forma implícita la Observación General Primera del Comité de Derechos Humanos, cuando afirma que: "la persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento"[26]. No obstante, el valor jurídico interno de la Observación ha suscitado importantes debates en España, tanto jurisprudenciales como doctrinales. Como sabemos, el Comité viene a ser el mecanismo de control y aplicación internacional de la Convención. Para ello, examina los informes presentados por los Estados partes, a los que puede hacer sugerencias y recomendaciones. Más allá de esta competencia de control, el Comité elabora y publica los Comentarios u Observaciones Generales (hasta la fecha ha publicado siete, incluida la referida anteriormente)[27]. El hecho de que la ley 8/2021 guarde silencio sobre el derecho a renunciar a los apoyos, hace que se mantenga vivo el debate. Así, un sector de la doctrina civilista cuestiona el carácter vinculante de las Observaciones Generales del Comité[28]. En palabras de Carlos Martínez de Aguirre, la Observación General Primera no expresa lo que dice el art. 12 CDPD, sino lo que los "miembros del Comité piensan que debería haber dicho, viniendo a reemplazar así el texto de la Convención por el de la Observación"[29]. La falta de precisión de la ley 8/2021 sobre esta cuestión de máxima importancia, sigue sin resolverse, quedando relegada a la interpretación

25 García Rubio, M.P.: "Contenido y significado", cit.

26 García Rubio, M.P.: "Contenido y significado", cit.

27 Petit de Gabriel, E. W.: "Lo prometido", cit.

28 De Salas Murillo, S.: "¿Existe un derecho", cit. Martínez de Aguirre y Aldaz, C.: "Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote", en AA.VV, *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo Blanch, 2019. Martínez de Aguirre y Aldaz, C.: "La Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?", en Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (dir.); García Mayo, M. (dir.), Gil Membrado, C. (coord.), Pretel Serrano, J.J. (coord.), *Un nuevo orden jurídico para la discapacidad*, Bosch, Madrid, 2021.

29 Martínez de Aguirre y Aldaz, C.: "La Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?", en Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (dir.); García Mayo, M. (dir.), Gil Membrado, C. (coord.), Pretel Serrano, J.J. (coord.), *Un nuevo orden jurídico para la discapacidad*, Bosch, Madrid, 2021.

sistemática del conjunto de la reforma. A juicio de la Profesora María Paz García Rubio, existen argumentos sólidos en el propio texto normativo para sostener que "es posible y legítimo que la persona con discapacidad rechace el apoyo que se le ofrece o al que tiene derecho"[30].

Si se admite el derecho a renunciar a los apoyos, cabría preguntarse si es acertado que la persona que ha celebrado un contrato, prescindiendo de los apoyos necesarios, pueda anularlo con posterioridad precisamente por dicha falta de apoyos. La profesora Sofía de Salas considera que la posibilidad de anular los actos realizados sin el apoyo correspondiente resulta convincente y necesaria, aunque si la persona con discapacidad era libre para prescindir del apoyo, "no parece muy justo que luego pueda echarse atrás, precisamente por este motivo (por ausencia del apoyo)"[31]. Sobre este punto, es preciso insistir en que los efectos de la falta de apoyos no pueden asimilarse a la del tradicional complemento de la capacidad de obrar, pues dicho planteamiento no tiene cabida en el modelo social de la discapacidad. De ahí que la falta de apoyos no pueda considerarse una sanción de ineficacia general y automática, sino que habría que aplicar las reglas generales sobre prestación de consentimiento válido.

El segundo supuesto que recoge el art. 1302 CC es el de anulabilidad por herederos. Únicamente están legitimados cuando la persona con discapacidad haya fallecido antes de que transcurra el plazo de caducidad de la acción y por el tiempo que falte para hacerlo.

También se ocupa la reforma del supuesto de anulabilidad por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo. En este caso, establece la norma que la:

> "anulación solo procederá cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta"[32].

Ello obedece a la necesidad de establecer salvaguardas que impidan el abuso o la influencia debida de terceros sobre las personas con discapacidad[33]. De esta forma se introduce en el Código una figura presente en el moderno Derecho de contratos, como es la de la ventaja excesiva o ventaja injusta como causa de anulación del contrato. Se trata de una institución que integra:

30 García Rubio, M.P.: "Contenido y significado", cit.

31 De Salas Murillo, S.: "La reforma", cit. p.5.

32 Artículo 1302 Código Civil.

33 García Rubio, M.P.: "Contenido y significado", cit.

> "criterios de justicia sustantiva (ventaja injusta o desequilibrio excesivo en favor de una parte) con otros de justicia procedimental (aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad del otro contratante)"[34].

Dicha institución ha tenido buena acogida en la reforma del Código civil de Cataluña[35] y el Código civil francés[36]. Aunque, lamentablemente, la reforma no se ha aprovechado para hacer una regulación general de la ventaja injusta, quedando reservada únicamente para los contratos celebrados por personas con discapacidad.

La nueva redacción del art. 1301 CC establece el plazo de caducidad de cuatro años para la acción de nulidad de los contratos celebrados por personas con discapacidad, que han prescindido de las medidas de apoyo previstas. Plazo que comienza a computarse desde la celebración del contrato[37].

Por último, en lo que se refiere a las limitaciones a la facultad de anular y a la restitución, la ley 8/2021 ha modificado los artículos 1304 y 1314 CC. El art. 1304 establecía que cuando la nulidad procediese de la incapacidad de uno de los contratantes, no estaba obligado el "incapaz" a restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera. Esta regla sigue siendo de aplicación tras la reforma cuando la nulidad proceda de haber prescindido de las medidas de apoyo establecidas cuando fueren precisas:

> "siempre que el contratante con derecho a la restitución fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta"[38].

En cuanto al art. 1314, la acción de nulidad se extinguirá cuando la cosa se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitarla. Si la causa de la acción se debiese a la ausencia de los apoyos:

34 García Rubio, M.P.: "La capacidad", cit.

35 Código civil de Cataluña (art. 621-45, introducido en la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del Libro Sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto)

36 Código civil francés (arts. 1143, tras la reforma operada en este por la Ordenanza nº 20116-131, de 10 de febrero de 2016, sobre la reforma del Derecho de contratos, del Régimen general y de la prueba de las obligaciones, y por la Ley de ratificación nº 2018-287, de 20 de abril de 2018.

37 Si hacemos el mismo recorrido que en el supuesto del art. 1263, encontramos que en la redacción primitiva del Código el art. 1301 establecía la duración de la acción de nulidad, distinguiendo según fuese un caso de intimidación o violencia, error, dolo o falsedad de la causa, o la acción se dirigiese a invalidar contratos realizados por una mujer casada, sin la licencia oportuna, o estos hubiesen sido celebrados pro menores o "incapacitados", desde que salieren de tutela. La reforma de 1975 suprimió la referencia a la anulabilidad del contrato celebrado por la mujer, permaneciendo intacta la regulación en el supuesto de menores o "incapacitados". Por el contrario, la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no suprimió la referencia a "incapacitados".

38 Artículo 1304 Código Civil.

> "la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, siempre que el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta"[39].

Suerte de una especie de privilegio histórico, establecido para menores y personas con discapacidad cuando se pierde la cosa. Sin embargo, dichos preceptos debieron ser suprimidos por la ley 8/2021, permaneciendo exclusivamente para menores de edad[40]. En primer lugar, porque la equiparación de las personas con discapacidad con los menores supone un tratamiento discriminatorio que incumple la Convención. Y, en segundo lugar, porque más que privilegio se trata de una barrera que dificulta la integración de las personas con discapacidad en el tráfico jurídico, al provocar ciertas reticencias en posibles contratantes. En palabras de María Paz García Rubio:

> "si el artículo 12.5 CDPD recoge el derecho de las personas con discapacidad a controlar sus propios asuntos económicos, los artículos 1304 y 1314 CC estructuran su beneficio partiendo precisamente de la idea de que estas personas no saben controlar sus asuntos económicos y van a perder la prestación debida"[41]

III. CONCLUSIONES

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad consagra el principio de respeto a las decisiones personales, proponiendo un modelo basado en apoyos, que acompaña pero no sustituye la voluntad de la persona. Así, tal y como sostiene el Comité, el concepto de capacidad jurídica significa que todas las personas, con independencia de su discapacidad, tienen capacidad legal y legitimación para actuar en el tráfico jurídico. En este sentido, la ley 8/2021 ha modificado el Código Civil en materia de capacidad contractual. Una reforma que ha planteado numerosas cuestiones, aunque no todas han sido debidamente resueltas. Precisamente, pese a que la nueva redacción del art. 1263 CC debe interpretarse de acuerdo al art. 12 CDPD, es decir, como que todas las personas adultas pueden celebrar contratos en igualdad de condiciones, la ley guarda silencio sobre una cuestión de máxima importancia como es la relativa al derecho a renunciar a los apoyos. No obstante, es preciso insistir en que la falta de apoyos no puede asimilarse a la del tradicional sistema de la capacidad de obrar, sistema a todas luces reemplazado por el de nuevo modelo social de la discapacidad.

39 Artículo 1314 Código Civil.

40 García Rubio, M.P.: "La capacidad", cit.

41 García Rubio, M.P.: "La capacidad", cit.

En lo que se refiere a las normas sobre anulabilidad, el nuevo art. 1302 CC distingue tres situaciones diversas: que la acción sea ejercitada por la persona con discapacidad que haya prescindido del apoyo, que la ejerciten sus herederos o la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo, incorporando en este caso la institución de la ventaja excesiva o ventaja injusta. Por último, a lo largo de este trabajo también se ha puesto de manifiesto que la reforma debió suprimir los "privilegios" históricos relativos a la facultad de anular y a la rescisión (art. 1304 y 1314 CC), por constituir un tratamiento discriminatorio al equiparar a las personas con discapacidad con los menores, a la vez que una barrera que dificulta la integración de las personas con discapacidad en el tráfico jurídico.

En definitiva, el reconocimiento pleno de la capacidad jurídica de las personas adultas con discapacidad implica la validez y eficacia de los actos de trascendencia jurídica por ellas celebrados.

BIBLIOGRAFÍA

Bregaglio, R.: "Nadie dijo que sería fácil. Los problemas en la aplicación del modelo social de la discapacidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en VV.AA.: Tendencias jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Porto Alegre, 2020.

Comité de Bioética de España: *Informe del Comité de Bioética de España sobre la necesidad de adaptar la legislación española a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,* Madrid, 2017.

De Salas Murillo, S.: ¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año nº 96, nº 780 (2020), pp.2227-2268.

- "La reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad en materia de obligaciones y contratos", Diario La Ley, nº 9841 (2021).

Del Campo Álvarez, J.: "Discapacitados, incapaces e incapacitados. Problemas en torno a la nulidad y anulabilidad de sus actos", Actualidad jurídica iberoamericana nº 12, febrero 2020, pp.60-83.

García Rubio, M.P.: "Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil", Revista de Derecho Civil, Vol. 5, nº 3 (julio-septiembre, 2018), pp.173-197.

- "Notas sobre el propósito y el significado del Anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", en Gete-Alonso y Calera, M.C. (coord.): *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp.39-61.

- "Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad", Editorial Jurídica SEPIN (junio 2021).

- "La capacidad para contratar de las personas con discapacidad", *130 aniversario del Código civil*, Boletín Oficial del Estado (en prensa).

Legerén-Molina, A.: "La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos", en De Salas Murillo, S., Mayor de Hoyo, M.V. (dir.): *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención*

de Naciones Unidas en materia de discapacidad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.165-212.

López Barba, E.: *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio*, Dykinson, Madrid, 2020.

Martínez de Aguirre y Aldaz, C.: "La Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?", en Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (dir.); García Mayo, M. (dir.), Gil Membrado, C. (coord.), Pretel Serrano, J.J. (coord.), *Un nuevo orden jurídico para la discapacidad*, Bosch, Madrid, 2021.

- "Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote", en AA.VV: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Pau Padrón, A.: "Prólogo", Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (dir.); García Mayo, M. (dir.), Gil Membrado, C. (coord.), Pretel Serrano, J.J. (coord.), *Un nuevo orden jurídico para la discapacidad*, Bosch, Madrid, 2021.

- "De la incapacitación al apoyo. El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil", Revista de Derecho Civil, Vol. 5 , nº 3 (julio-septiembre, 2018), pp.5-28.

Petit de Gabriel, E. W.: "Lo prometido es deuda: la ley 8/2021, o de cómo avanzar en la aplicación interna de las obligaciones internacionales de España conforme a la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad", en Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (dir.); García Mayo, M. (dir.), Gil Membrado, C. (coord.), Pretel Serrano, J.J. (coord.), *Un nuevo orden jurídico para la discapacidad*, Bosch, Madrid, 2021.

Ribot Igualada, J.: "La nueva curatela" en De Salas Murillo, S.; Mayor del Hoyo, M.V. (dir.): *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.215-252, esp. 220-221.

Torres Costas, M.E., *La capacidad de obrar a la luz del art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Tesis doctoral, Santiago de Compostela, 2019.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: "Artículo 1263. Incapacidad para consentir", VV. AA.: *Código civil comentado*, Vol. 3, 2011 (Libro IV. De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (artículos 1088 a 1444), pp.638-641.

VARNEY, E., "Redefining contractual capacity? The UN Convencion of the Rights of Persons with Disabilities and the incapacity defence in English contract law", Legal Studies, Vol. 37, nº 3 (2017), pp.493-519. DOI: 10.1111/lest.12166

ANEXO

Cuadro comparativo

Art. 1263	
Texto original publicado el 25/7/1889, en vigor a partir del 16/08/1889	No pueden prestar consentimiento: 1. Los menores no emancipados. 2. Los locos o dementes y los sordomudos que no sepan escribir. 3. Las mujeres casadas en los casos expresados en la ley.
Modificada el 05/05/1975, en vigor a partir del 25/05/1975	No pueden prestar consentimiento: 1. Los menores no emancipados. 2. Los locos o dementes y los sordomudos que no sepan escribir.
Modificada el 17/01/1996, en vigor a partir del 16/02/1996	No pueden prestar consentimiento: 1. Los menores no emancipados. 2. Los incapacitados
Modificación publicada el 29/07/2015, en vigor a partir del 18/08/2015.	No pueden prestar consentimiento: 1. Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente de los propios de su edad de conformidad con los usos sociales. 2. Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial.
Modificación publicada el 03/06/2021, en vigor a partir del 03/09/2021.	Los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente de su edad de conformidad con los usos sociales.

Art. 1301	
Texto original publicado el 25/7/1889, en vigor a partir del 16/08/1889.	La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Ese tiempo empezará a correr: En los casos de intimidación o violencia, desde el día en que éstas hubiesen cesado. En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato. Cuando la acción se dirija a invalidar contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente, desde el día de la disolución del matrimonio. Y cuando se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieren de tutela.
Modificada el 05/05/1975, en vigor a partir del 25/05/1975	La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Ese tiempo empezará a correr: En los casos de intimidación o violencia, desde el día en que éstas hubiesen cesado. En las de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato. Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por menores o incapacitados, desde que salieren de tutela. Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuese necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato.

Modificación publicada el 03/06/2021, en vigor a partir del 03/09/2021.	La acción de nulidad caducará a los cuatro años. Ese tiempo empezará a correr: 1. En los casos de intimidación o violencia desde el día en que estas hubiesen cesado. 2. En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato. 3. Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores, desde que salieren de la patria potestad o tutela. 4. Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por personas con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo previstas cuando estas fueran precisas, desde la celebración del contrato. 5. Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuere necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato.
Art. 1302	
Texto original publicado el 25/7/1889, en vigor a partir del 16/08/1889	Pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos. Las personas capaces no podrán, sin embargo, alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron; ni los que causaron la intimidación o violencia, o emplearon el dolo o produjeron el error, podrán fundar su acción en estos vicios del consentimiento.

Modificación publicada el 03/06/2021, en vigor a partir del 03/09/2021.	1. Pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos. 2. Los contratos celebrados por menores de edad podrán ser anulados por sus representantes legales o por ellos cuando alcancen la mayoría de edad. Se exceptúan aquellos que puedan celebrar válidamente por sí mismos. 3. Los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por ellas, con el apoyo que precisen. También podrán ser anulados por sus herederos durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción. Los contratos mencionados en el párrafo anterior también podrán ser anulados por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo. En este caso la anulación solo procederá cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta. 4. Los contratantes no podrán alegar la minoría de edad ni la falta de apoyo de aquel con el que contrataron; ni los que causaron la intimidación o violencia o emplearon el dolo o produjeron el error, podrán fundar su acción en estos vicios del contrato.
Art. 1304	
Texto original publicado el 25/7/1889, en vigor a partir del 16/08/1889	Cuando la nulidad proceda de la incapacidad de uno de los contratantes, no está obligado el incapaz a restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera.

Modificación publicada el 03/06/2021, en vigor a partir del 03/09/2021.	Cuando la nulidad proceda de la minoría de edad, el contratante menor no estará obligado a restituir sino en cuanto se enriqueció con la prestación recibida. Esta regla será aplicable cuando la nulidad proceda de haber prescindido de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas, siempre que el contratante con derecho a la restitución fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta.
Art. 1314	
Texto original publicado el 25/7/1889, en vigor a partir del 16/08/1889	También se extinguirá la acción de nulidad de los contratos cuando la cosa, objeto de éstos, se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitar aquélla. Si la causa de la acción fuese la incapacidad de alguno de los contratantes, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, a menos que hubiese ocurrido por dolo o culpa del reclamante después de haber adquirido la capacidad.
Modificación publicada el 03/06/2021, en vigor a partir del 03/09/2021.	También se extinguirá la acción de nulidad de los contratos cuando la cosa, objeto de estos, se hubiese perdido pro dolo o culpa del que pudiera ejercitar aquella. Si la causa de acción fuera la minoría de edad de alguno de los contratantes, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, a menos que hubiese ocurrido por dolo o culpa del reclamante después de haber alcanzado la mayoría de edad. Si la causa de la acción fuera haber prescindido el contratante con discapacidad de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, siempre que el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta.

AUTONOMIA PRIVATA E ORDINE PUBBLICO FAMILIARE

PRIVATE AUTONOMY AND FAMILY PUBLIC POLICY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 46-79

Giovanni
LIBERATI
BUCCIANTI

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: L'articolo indaga il ruolo che l'autonomia privata sta assumendo all'interno dei diversi modelli familiari. Il crescente ruolo dell'autonomia è governato attraverso la clausola generale dell'ordine pubblico che trova applicazione sia nei casi interamente domestici che in quelli connotati da internazionalità. Nei rapporti familiari sembra possibile distinguere tra un ordine pubblico della famiglia ed un ordine pubblico nella famiglia: è alla luce di queste categorie che si analizzano la maternità surrogata e i contratti prematrimoniali.

PALABRAS CLAVE: Autonomia privata; famiglia; ordine pubblico; maternità surrogata; contratti prematrimoniali.

ABSTRACT: *The article explores the role that private autonomy is assuming within the different family models. The growing role of autonomy is governed by the general clause of public policy, which applies both in purely domestic cases and in those marked by internationality. In family relationships it seems possible to distinguish between a public order of the family and a public order in the family. The article analyzes within these categories the surrogacy and the premarital contracts.*

KEY WORDS: *Private autonomy; family; public policy; surrogacy; prenuptial agreements.*

SUMARIO.- I. AUTONOMIA PRIVATA E ORDINE PUBBLICO FAMILIARE.- 1. L'ordine pubblico della famiglia e nella famiglia.- 2. L'ordine pubblico familiare e la Corte Costituzionale.- II. ORDINE PUBBLICO FAMILIARE: TRA STATO E COMUNITÀ.- 1. La preminenza dello Stato sulla comunità familiare.- 2. La preminenza della comunità familiare sullo Stato.- III. AUTONOMIA PRIVATA FAMILIARE E COMPARAZIONE.- 1. I contratti di convivenza.- 2. I contratti prematrimoniali e matrimoniali.- IV. L'AUTONOMIA PRIVATA FAMILIARE IN ITALIA.- 1. Il divorzio privato.- 2. Gli accordi patrimoniali in vista del divorzio.- 3. Il contratto di convivenza.- V. QUALE FUTURO?- 1. Le numerose proposte di legge.- 2. Il controllo sul contenuto ed il giudizio di doppia compatibilità.

I. AUTONOMIA PRIVATA E ORDINE PUBBLICO FAMILIARE.

Evocando il concetto di ordine pubblico familiare si indaga l'estensione entro la quale la famiglia (o i suoi membri) possono regolare i propri interessi. Il pieno riconoscimento dell'autonomia privata nel diritto di famiglia attribuirebbe ai membri di quest'ultima il potere di regolare le relazioni giuridiche nel modo che preferiscono, con la precisazione che l'autonomia privata non sarebbe limitata all'utilizzo dello strumento contrattuale. Nel sistema italiano sono tre le opzioni di vertice a cui l'interprete può riferirsi: l'adesione all'una piuttosto che all'altra determina un diverso modo di concepire l'autonomia privata[1]. La prima, tipica del passato, è quella della assoluta indisponibilità delle situazioni giuridiche che nascono dalla famiglia. La seconda è quella della inderogabilità della disciplina imperativa: non tutte le situazioni giuridiche sono indisponibili ma sono tali solo quelle nelle quali la disciplina è imperativa. La terza, infine, è quella della disponibilità degli interessi sottesi ad alcuni negozi familiari: l'apertura all'autonomia privata deve essere però bilanciata da stringenti controlli sul contenuto del contratto.

In molti ordinamenti l'ordine pubblico costituisce sia un limite all'autonomia privata (art. 1343 cod. civ.) sia un limite all'applicazione della legge straniera ovvero al riconoscimento di sentenze o provvedimenti esteri (prima: art. 31 Preleggi; oggi: artt. 16, 64 e 65, l. 218 del 1995): da qui la distinzione tra ordine pubblico interno ed internazionale[2]. L'ordine pubblico esprime i valori ordinanti di un sistema giuridico che non possono essere in alcun modo modificati né dal contratto che, in quanto illecito, è nullo, né da leggi, sentenze o provvedimenti stranieri che sono inefficaci. La concretizzazione della clausola generale "ordine

1 Zoppini, A.: "L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo", *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 213 ss.

2 Ferri, G.B.: *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Giuffrè, Milano, 1970, *passim*; Lonardo, L.: *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Esi, Napoli, 1993, *passim*.

• Giovanni Liberati Buccianti
Assegnista di Ricerca nell'Università di Siena.
giovanni.liberati@unisi.it.

pubblico" avviene attraverso i principi costituzionali nel prisma del sistema euro-unitario delle fonti del diritto[3]. L'interprete, in sede applicativa, è chiamato ad un bilanciamento tra interessi e valori per concretizzare la clausola. Si delinea, così, l'ordine pubblico del caso concreto, frutto di un costante bilanciamento, di intensità variabile secondo che la fattispecie sia puramente interna o no. Nel primo caso non è necessario operare un autocontrollo delle istanze protezionistiche del sistema giuridico interno, tenendo conto delle esigenze dell'ordinamento nella sua unitarietà; nel secondo caso occorre una maggiore ponderazione degli interessi in gioco, limitando gli istinti nazionalistici che non tengano conto dell'apertura a sistemi giuridici stranieri[4].

1. L'ordine pubblico della famiglia e nella famiglia.

L'ordine pubblico è concetto di per sé variabile nel tempo: la formula viene ulteriormente complicata dall'aggettivo "familiare"[5]. Sembrano delinearsi due accezioni di ordine pubblico familiare: quella di ordine pubblico della famiglia e quella di ordine pubblico nella famiglia.

L'ordine pubblico familiare, in una prima accezione, può tradursi come ordine pubblico della famiglia. In passato la famiglia era vista come una istituzione, riflesso dell'organizzazione statuale: in essa era insito l'interesse superiore della famiglia. In una prolusione del 1913 il giurista sardo Antonio Cicu sembrò spostare il diritto di famiglia dal diritto privato al diritto pubblico, riconoscendo nella famiglia, appunto, il ruolo di cellula generativa dello Stato[6]. Individuava, infatti, nella famiglia una struttura giuridica organica a carattere pubblicistico, fondata sul primato dell'interesse familiare rispetto a quello individuale, con evidenti suggestioni di matrice hegeliana. La famiglia, come configurata dallo Stato, doveva realizzare un interesse sovrastante quello individuale ascrivibile ai singoli, da cui erano desumibili i limiti conformanti l'autonomia della volontà. Era preminente l'idea del dovere, piuttosto che quella del potere. L'ordine pubblico familiare, per molto tempo, è stato considerato una clausola generale che tutelava la famiglia (e non i suoi membri), consentendo limitazioni ai diritti dei singoli individui in forza dell'interesse superiore della famiglia. La clausola generale avrebbe perseguito l'obiettivo di individuare le soluzioni più favorevoli al nucleo familiare ed i diritti soggettivi dei componenti il nucleo familiare si sarebbero affievoliti nel momento in cui essi fossero entrati in contrasto con l'interesse del nucleo familiare. Gli spazi riservati all'autonomia privata erano assai limitati e non era accettato l'accordo quale mezzo per la composizione delle pretese dei membri la famiglia e per la

3 Hesselink, M.H.: *Justifying Contract in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2021, *passim*.

4 Perlingieri, G. e Zarra, G.: *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Esi, Napoli, 2019, p. 86 ss.

5 Ferri, G.B.: *Ordine pubblico, buon costume*, cit., p. 70 ritiene che l'ordine pubblico non si applichi nella famiglia.

6 Cicu, A.: *Lo spirito del diritto famigliare*, Stab. Tipografico Bianchini, Macerata, 1914, *passim*.

realizzazione dei rispettivi interessi. Si trattava dell'ordine pubblico della famiglia legittima (cioè fondata sul matrimonio, che per molto tempo è stata l'unica famiglia riconosciuta dal diritto) e rappresentava una misura di protezione della famiglia legittima stessa. Pur nella vigenza della concezione istituzionale della famiglia, una dottrina configurava il cd. negozio giuridico familiare, riconoscendo uno limitato spazio all'autonomia privata nel diritto di famiglia precisando che lo spazio fosse nettamente più ridotto rispetto al diritto patrimoniale: in particolare, i negozi giuridici familiari sarebbero stati personalissimi, formali, nominati e legittimi[7]. La concezione istituzionale della famiglia legittima è penetrata nel testo costituzionale: il primo comma dell'art. 29 Cost. configura la famiglia "una società naturale fondata sul matrimonio" e, dunque, un "organismo in qualche modo titolare di interessi distinti da quelli dei singoli membri che di essa fanno parte"[8].

Numerose sono state le trasformazioni del diritto di famiglia negli ultimi cinquanta anni: a) la famiglia non si identifica esclusivamente nella famiglia legittima poiché altre relazioni familiari hanno pari dignità e riconoscimento costituzionale[9]. parlandosi di "arcipelago familiare"[10]; b) la famiglia non si fonda più sull'atto di matrimonio quanto sul rapporto di filiazione; c) la famiglia è stata oggetto di un processo di democratizzazione, con una più effettiva applicazione del principio di eguaglianza e di autodeterminazione, con un costante processo di eliminazione degli aspetti dispotici che caratterizzavano la famiglia quale organizzazione autoritaria e gerarchica e con la rilevanza dell'accordo per regolamentare i rapporti personali e patrimoniali[11].

L'ordine pubblico della famiglia ha così mutato la sua fisionomia: da un lato, le plurime costellazioni familiari hanno chiesto un riconoscimento ed una tutela allo Stato in forza dell'assetto di interessi ambito e/o raggiunto dalla coppia. Le famiglie vantano, cioè, un interesse a vedere riconosciuta ed accettata dall'ordinamento la regolamentazione degli aspetti personali e patrimoniali; dall'altro lato, poi, a partire dalla riforma del diritto di famiglia anche all'interno del gruppo familiare una maggiore tutela viene offerta alla persona umana in quanto tale[12]. L'ordine pubblico familiare si declina, allora, come ordine pubblico nella famiglia, nel senso che vi sono oggi valori fondamentali dell'individuo (proclamati dapprima nella Costituzione e poi nelle fonti sovranazionali, nel sistema euro-integrato delle fonti del diritto)

7 Santoro-Passarelli, F.: "L'autonomia privata nel diritto di famiglia", *Dir.* e *Giur.*, 1945, p. 3 ss.

8 Sesta, M.: "Ultima lezione di diritto della famiglia", *Ius Civile*, 2020, núm. 3, p. 812 ss. (in part. p. 814).

9 Perlingieri, P.: "Sulla famiglia come formazione sociale", en AA. VV.: *Rapporti personali nella famiglia* (a cura di P. Perlingieri), Esi, Napoli, 1982, p. 39; Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, Napoli, 1991, pp. 197-198; Bianca, C.M.: *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 27.

10 Busnelli, F.D.: "La famiglia e l'arcipelago familiare", *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 509 ss.

11 Rodotà, S.: "La riforma del diritto di famiglia alla prova. Principî ispiratori e ipotesi sistematiche", en AA. VV.: *Il nuovo diritto di famiglia. Atti del Convegno organizzato dal sindacato avvocati e procuratori di Milano e Lombardia* (a cura di C. Delitala e G. Minoli), Giuffrè, Milano, 1976, p. 7.

12 Alpini, A.: Diritto italo-europeo e princípi identificativi, Esi, Napoli, 2018, p. 206.

come singolo componente la famiglia, che trovano applicazione nelle famiglie fondate o non fondate sul matrimonio, in quelle eterosessuali ed omosessuali tramite la clausola dell'art. 2 Cost. per il quale esse costituiscono formazioni sociali nelle quali si esplica la personalità dell'individuo. Si vuole evidenziare che gli interessi superindividuali non possono, in nessun caso, ledere i diritti fondamentali dell'individuo come tale e che sono tutelati appunto attraverso la clausola generale dell'ordine pubblico. Maggiore spazio è riconosciuto alla programmazione dei rapporti familiari ma l'assetto di interessi prefigurato dallo Stato (o dalle famiglie) non può, in nessun caso, andare a ledere la cornice assiologica di riferimento che si riferisce al singolo individuo componente la coppia.

2. L'ordine pubblico familiare e la Corte Costituzionale.

Con riferimento alla famiglia legittima l'art. 29, comma 2, Cost. sembra richiamare entrambe le concezioni di ordine pubblico familiare: da un lato l'ordine pubblico nella famiglia quando stabilisce che il matrimonio è ordinato secondo l'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi; dall'altro l'ordine pubblico della famiglia, nel momento in cui si consente alla legge (ma non all'autonomia privata) di derogare all'eguaglianza morale e giuridica in nome dell'interesse superiore della famiglia. È proprio in virtù di questo inciso che sono state giustificate, anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione, una serie di norme volte a garantire l'unità della famiglia.

L'unica sentenza della Corte Costituzionale che parla di ordine pubblico familiare è del 2002[13]. Il presupposto implicito del ragionamento della Corte è proprio la distinzione tra queste due concezioni di ordine pubblico e la sentenza sembra porre un freno all'ordine pubblico della famiglia. Tre passaggi motivazionali sembrano di particolare interesse. Il primo: "la difesa della famiglia come istituzione si arresta per fare posto alle posizioni individuali (…)". Il secondo: "La Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti (…)". Il terzo: "E proprio [dall'art. 2 della Costituzione], conformemente a quello che è stato definito il principio personalistico che [esso] proclama, risulta che il valore delle «formazioni sociali», tra le quali eminentemente la famiglia, è nel fine a esse assegnato, di permettere e anzi promuovere lo svolgimento della personalità degli esseri umani".

Sembra, cioè, che l'ordine pubblico della famiglia debba necessariamente cedere il passo all'ordine pubblico nella famiglia. Il giudizio di legittimità costituzionale riguardava l'art. 278 cod. civ. e la sentenza lo ritenne incostituzionale nella parte in cui escludeva la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali e le relative indagini per le ipotesi in cui, a norma dell'art. 251 cod. civ., era vietato

13 Corte Cost., 28 novembre 2002, n. 494, *Foro it.*, 2004, I, c. 1053. Cfr. Landini, S.: "Incostituzionalità dei limiti alle indagini sulla maternità e paternità ex art. 278 c.c. e posizione giuridica del figlio incestuoso", *Familia*, 2003, p. 841 ss.

il riconoscimento dei figli incestuosi. In passato, prima della riforma dello status di figlio (2012), i figli cd. incestuosi, cioè quelli nati nell'ambito della medesima cerchia familiare, non erano né riconoscibili né dichiarabili poiché per essi non valevano le regole di parziale apertura dettate per i figli adulterini, cioè i figli di chi, al momento del concepimento, era unito in matrimonio con altra persona. Gli incestuosi potevano essere riconosciuti solo entro gli angusti limiti previsti dall'art. 251 cod. civ. (ignoranza incolpevole del rapporto di parentela ovvero dichiarazione di nullità del matrimonio dal quale derivava l'affinità). Essi potevano, semmai, agire per ottenere il mantenimento, l'istruzione e l'educazione (art. 279 cod. civ.).

Una forma di tutela per i figli incestuosi si ebbe proprio con la sentenza della Corte Costituzionale che accolse la nozione di ordine pubblico nella famiglia: da allora i figli incestuosi poterono agire per chiedere la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità[14]. La Corte Costituzionale ricordò che l'ordine pubblico familiare – l'ordine pubblico della famiglia – costituiva un solido argomento dottrinale che giustificava la discriminazione tra figli (legittimi e naturali) e figli incestuosi. Sarebbe stato, in altri termini, proprio l'ordine pubblico della famiglia a consentire una sub-distinzione all'interno della categoria dei figli nati fuori dal matrimonio. Secondo questa ricostruzione, che si ricollegava alla concezione gerarchica ed istituzionale della famiglia legittima e della filiazione quale naturale conseguenza del matrimonio, l'ordine familiare sarebbe stato sovvertito laddove fosse stata ammessa la dichiarazione giudiziale per il riconoscimento dei figli incestuosi. La discriminazione dei figli incestuosi, operata per il tramite dell'ordine pubblico familiare, sarebbe valsa a tutelare la concezione "costituzionale" della famiglia, esigente che fatti tanto gravi come quelli di endogamia, considerati attentati all'ordine naturale dei rapporti interpersonali, non ricevessero protezione. Solo una concezione totalitaria della famiglia, incompatibile con gli artt. 2 e 3 Cost., avrebbe permesso una tale soluzione. Così, la Corte Costituzionale operò una svolta rispetto all'interpretazione tradizionale poiché si affermò che l'ordine pubblico della famiglia trovava un limite insuperabile nelle posizioni soggettive dei singoli componenti la famiglia che sono cristallizzabili dalla formula di ordine pubblico nella famiglia. Precludendo al figlio (incestuoso) di agire per ottenere la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità ex art. 278 cod. civ., il figlio avrebbe subito "una capitis deminutio perpetua e irrimediabile, come conseguenza oggettiva di comportamenti di terzi soggetti; una discriminazione compendiata, anche nel lessico del legislatore, nell'espressione "figli incestuosi". Un argomento utilizzato dalla sentenza per dichiarare l'illegittimità costituzionale – e che è stato successivamente speso anche nella vicenda della maternità surrogata – fu quello per il quale le condotte deplorevoli tenute dai genitori non potevano riverberarsi

14 Il novellato art. 251 cod. civ. (introdotto dall'art. 1, comma 3, l. 10 dicembre 2012, n. 219) consente il riconoscimento del figlio nato da genitori facenti parti di una medesima cerchia familiare dietro autorizzazione del giudice ed avuto riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio.

sulla posizione dei figli. La sentenza offrì altresì spunti per riflettere sul rapporto tra ordine pubblico discrezionale e costituzionale: il primo non può, in alcun modo, derogare al secondo. Così il divieto di dichiarazione giudiziale per i figli incestuosi espresso dall'art. 278 cod. civ. (ordine pubblico discrezionale) violava il diritto ad uno status filiationis, riconducibile all'art. 2 Cost. ed il principio costituzionale di uguaglianza, come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali (ordine pubblico costituzionale): "Nessuna discrezionalità delle scelte legislative, con riferimento al quarto comma dell'art. 30 della Costituzione, che abilita la legge a dettare norme e limiti per la ricerca della paternità, può essere invocata in contrario: non è il principio di uguaglianza a dover cedere di fronte alla discrezionalità del legislatore, ma l'opposto". La sentenza propose, dunque, un modello diverso di ordine pubblico familiare basato sull'equilibrio tra la protezione della famiglia (come formazione sociale) e protezione dei singoli che svolgono la loro personalità all'interno della famiglia. L'ordine pubblico è una tecnica attraverso la quale lo Stato penetra nei rapporti privati non attraverso divieti ma attraverso principi che il giudice bilancia secondo ragionevolezza. L'ordine pubblico familiare cambia: lo stato costituzionale di diritto assume una connotazione pluralistica basata sulla centralità della persona, senza una automatica prevalenza della comunità.

II. ORDINE PUBBLICO FAMILIARE: TRA STATO E COMUNITÀ.

Nelle fattispecie caratterizzate da elementi di estraneità trova applicazione l'ordine pubblico cd. internazionale[15]. Applicata alla famiglia, questa clausola generale costituisce una tecnica di gestione del conflitto tra autorità e libertà, tra Stato e Comunità. L'ordine pubblico consente l'applicazione nel caso di specie di principi generali che vengono bilanciati dall'interprete in sede applicativa. Una tecnica che non può prescindere dal caso concreto perché l'ordine pubblico è necessariamente ordine pubblico del caso concreto che tiene conto dei valori ordinamentali. Nell'applicazione alle vicende familiari, vi è una relazione triadica: Stato – Famiglia – Individuo. Sono due i modelli di riferimento: da un lato, l'ordine pubblico, quale espressione delle esigenze statali, blocca il potere privato tutelando istanze pubblicistiche, sì che lo Stato conforma il potere privato; dall'altro lato, l'ordine pubblico tutela l'assetto della comunità familiare che diviene preminente

15 Si consideri che l'ordine pubblico internazionale è concetto di diritto interno, con vocazione identitaria e che l'influenza delle fonti internazionali ha senso solo se "l'ordinamento statale, in un certo momento storico, ne abbia recepito il contenuto al punto da considerare tali disposizioni di origine sovranazionale quali propri principi fondanti ed identificativi". Così, Perlingieri, G.- Zarra, G.: *Ordine pubblico*, cit., p. 68 ss. Non sono, tuttavia, mancante letture "globalizzate" dell'ordine pubblico. Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, *Foro it.*, 2016, I, c. 3329 ss. ha ritenuto l'ordine pubblico il "complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria. Il legame (…) con l'ordinamento nazionale, è da intendersi limitato ai principi fondamentali desumibili (…) dalla Costituzione (…) dai Trattati fondativi e dalla CDFUE, nonché dalla CEDU".

rispetto all'istituzione statuale. In entrambe le concezioni, l'ordine pubblico familiare ha costituito, e costituisce, una tecnica per ampliare o limitare l'intervento dello Stato nelle relazioni familiari.

1. La preminenza dello Stato sulla comunità familiare.

Alcune volte l'ordine pubblico (internazionale) rappresenta il tramite per affermare l'interesse pubblico sulla famiglia: si pensi alla vicenda della maternità surrogata nella famiglia omosessuale maschile e alla funzione stabilizzante della convivenza triennale.

A) La vicenda della filiazione nella famiglia omosessuale maschile dimostra come la clausola generale dell'ordine pubblico tuteli i valori dell'ordinamento, per come attuati attraverso la legislazione ordinaria (ordine pubblico discrezionale), nonostante la diversa aspirazione e pretesa dei membri la comunità familiare ad essere padri. Volendo coronare l'aspirazione alla genitorialità, essi cercano di aggirare la stringente normativa italiana che sanziona penalmente la maternità surrogata (art. 12, comma 6, l. 40 del 2004). Le coppie abbienti omosessuali si recano in Paesi esteri che ammettono la maternità surrogata. Dopo aver stipulato surrogacy contracts ed instaurato il legame di filiazione con il nato acquisendo lo status di padri, chiedono il riconoscimento in Italia della situazione formatasi all'estero. Interviene, però, l'ordine pubblico (internazionale) quale manifestazione dello Stato, inibendo all'autonomia familiare transfrontaliera di stabilizzare il risultato voluto e realizzato all'estero. A dispetto dell'aggettivo, l'ordine pubblico internazionale è concetto di diritto interno ed una sentenza a sezioni unite ha incluso la legislazione ordinaria nella concretizzazione della clausola generale dell'ordine pubblico ritenendo che il divieto di maternità surrogata previsto dal legislatore ordinario costituisca un principio di ordine pubblico volto a tutelare valori fondamentali dell'ordinamento come la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione[16]. La sentenza relega ad una tutela minore il riconoscimento del legame tra padre intenzionale e nato, potendo il primo adottare il secondo solo attraverso l'adozione in casi particolari ex art. 44, comma 1, lett. d), l. 184 del 1983 che presenta alcune criticità e non eleva il rapporto tra padre intenzionale e figlio ad autentico rapporto di filiazione come fa, invece, l'adozione piena[17]. A distanza di poco meno di un anno, un'ordinanza della Suprema Corte ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, l. 40 del 2004 (non della legge in sé, ma della legge per come interpretata

16 Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, *Foro it.*, 2019, I, c. 1951. Cfr. Barba, V.: "Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019", *GenIUS*, 2020, núm. 2, p. 34 ss.; Perlingieri, G.: "Ordine pubblico e identità culturale. Le sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata", *DSF*, 2019, p. 337 ss.

17 Sull'ammissibilità dell'adozione in casi particolari nella coppia omosessuale, cfr. Perlingieri, G.: "Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi", *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 101 ss.

dalle sezioni unite che costituiscono diritto vivente)[18]. Si riprende una distinzione, nota nelle corti, tra ordine pubblico costituzionale e discrezionale ritenendo che l'ordine pubblico discrezionale, comprensivo delle norme imperative del foro, dovrebbe cedere il passo all'ordine pubblico costituzionale, che costituisce un ordine pubblico gerarchicamente superiore. L'ordinanza riprende la definizione di ordine pubblico internazionale già proposta da autorevole dottrina per il quale esso "costituisce (…) il criterio di ragionevolezza sulla base del quale s'istituisce la gerarchia assiologica tra norme, postulando che l'applicazione di una legge straniera o il riconoscimento di efficacia di un atto straniero può spingersi sino al punto di creare, nel caso concreto, una frattura, rispetto all'ordinamento interno, derivante dall'applicazione della legge straniera o dal riconoscimento dell'atto straniero, ma non oltre il punto in cui il contrasto concerna i principi fondamentali e irrinunziabili del nostro sistema ordinamentale, ossia, in particolare, i principi ispirati alla tutela dei diritti fondamentali della persona umana e della sua dignità"[19]. Il riconoscimento della legge, del provvedimento o della sentenza straniera può creare pertanto una frattura rispetto al diritto interno (sono in molti a ritenere che il contenuto dell'ordine pubblico internazionale sia più ristretto rispetto a quello interno) ma questa frattura, questa diversità tra legge, sentenza o provvedimento straniero ed ordinamento interno trova un limite nei principi fondamentali ispirati alla tutela dei diritti fondamentali della persona. Per questa ordinanza, dinanzi a valori fondamentali dell'individuo, l'interesse pubblico (anche se assistito da una sanzione penale) deve passare necessariamente in secondo piano, secondo il principio ermeneutico del bilanciamento tra principi di ordine pubblico di rango costituzionale e principi di ordine pubblico derivanti da discrezionalità legislativa, con la conseguenza che, in questo caso, la nozione di ordine pubblico va circoscritta ai soli valori supremi e vincolanti contenuti nella Costituzione e nelle Carte dei diritti fondamentali sovranazionali. La conclusione alla quale giunge l'ordinanza è quella per cui la nozione di ordine pubblico internazionale, anche se intesa come comprensiva della rilevanza di norme interne inderogabili, e di rilevanza penale, nella tradizione giuridica domestica (cd. ordine pubblico discrezionale) non può mai comportare la lesione di diritti fondamentali dell'individuo, espressione di valori supremi e vincolanti della cultura giuridica italiana (trasfusi nella Costituzione, nella Convenzione Europea del 1950 e nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea), poiché rappresentano un ordine pubblico gerarchicamente superiore (cd. ordine pubblico costituzionale). L'ordinanza non vede una contrapposizione tra la tutela dell'interesse superiore del minore (a vedere riconosciuto il suo

18 Cass., ord., 29 aprile 2020, n. 8325, *Corr. giur.*, 2020, p. 902 ss. con commento di Salanitro, U.: "L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima Sezione si smarca... e apre alla maternità surrogata". Si vedano, altresì, Ferrando, G.: "I diritti del bambino con due papà. la questione va alla Corte Costituzionale", *Fam. e dir.,* 2020, p. 675 ss.; Recinto, G.: "Un inatteso revirement della Suprema Corte in tema di maternità surrogata", *Fam. e dir.,* 2020, p. 675 ss.; Calderai, V.: "La tela strappata di Ercole. A proposito dello stato dei nati da maternità surrogata", *Nuova giur. civ. comm*,, 2020, p. 1109 ss.

19 Barba, V.: "L'ordine pubblico «internazionale»", *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 403 ss.

rapporto con il padre intenzionale) ed il principio di ordine pubblico: "solo apparentemente possono apparire due entità contrapposte perché, invece, è proprio il preminente interesse del minore, in quanto espressione della inviolabilità dei diritti della persona umana, a concorrere alla formazione del principio di ordine pubblico, ed a costituire un valore che è parte integrante e costitutiva dell'ordine giuridico italiano". La Corte Costituzionale ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale ed ha affermato che l'adeguamento del diritto vigente – nozione diversa da quella di diritto vivente – spetta al legislatore quale interprete della volontà della collettività[20]. La legge 40 del 2004 è una "legge costituzionalmente necessaria ma non a rime obbligate" nel senso che il legislatore ben potrebbe regolare diversamente la materia in futuro, così configurando un diverso contenuto all'ordine pubblico discrezionale; dall'altro che una eventuale modifica della legge spetta appunto al legislatore e non al giudice[21].

B) L'operatività dell'ordine pubblico quale strumento che limita il potere della volontà della famiglia (o dei suoi membri) tutelando l'interesse dello Stato si rintraccia nella delibazione delle sentenze di nullità canoniche. In questi casi è un fatto naturale, come il decorso del tempo, ad essere elevato a principio di ordine pubblico con la funzione di stabilizzare l'assetto familiare ed impedire il riconoscimento della sentenza di nullità emessa dal giudice ecclesiastico disgregativa dell'unione, come dimostra una recente sentenza della Suprema Corte[22]. Un marito ha chiesto al giudice italiano la delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio per incapacità dello stesso ad assumere gli oneri matrimoniali per causa psichica. Dopo la celebrazione del matrimonio le parti avevano convissuto senza interruzione fino alla proposizione della domanda di separazione, instaurando una consuetudine di vita matrimoniale, contraddistinta anche dal perseguimento del progetto di avere figli, tanto da essere ritenuti da tutti come marito e moglie. Per la Corte si è realizzato un vero consorzio familiare, sostenuto dall'adempimento dei doveri di assistenza e solidarietà che ne costituiscono il fondamento costituzionale. La convivenza triennale come coniugi ha integrato una situazione giuridica di ordine pubblico italiano ostativa alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità per qualsiasi vizio genetico del matrimonio-atto. In questi termini, l'incapacità psichica del marito, preesistente al matrimonio e protrattasi continuativamente per tutta la durata del rapporto è inidonea a viziare il matrimonio-atto: il vizio genetico, realmente esistente in quanto accertato dal giudice ecclesiastico, è irrilevante per l'ordinamento italiano. La configurabilità del fatto ostativo al riconoscimento (la convivenza triennale) può essere vista sia in positivo che in negativo. La sua presenza, in positivo, osta alla

20 Corte Cost., 9 marzo 2021 n. 33, *Foro it.*, 2021, c. 1923 ss.

21 Questa sentenza deve essere letta unitamente ad un'altra sentenza – gemella – della Corte Costituzionale: la n. 32 del 2021 (Corte Cost. 9 marzo 2021, n. 32, *Foro it.*, 2021, c. 1923 ss.) che evidenzia i limiti – il caso riguardava la doppia maternità – dell'istituto dell'adozione in casi particolari.

22 Cass., 7 luglio 2021, n. 19271, *Diritto & Giustizia*, 2021, p. 5 ss.

delibazione; la sua assenza, in negativo, invece, consente la delibazione. La Corte precisa che la mancanza dell'affectio coniugalis, unilaterale o bilaterale, può venire in considerazione ai fini dell'esclusione della configurabilità della convivenza, solo se entrambi i coniugi la riconoscano al momento della proposizione della domanda di delibazione oppure se essi abbiano inequivocabilmente manifestato all'esterno la volontà di non considerare la convivenza come un elemento fondamentale integrativo della relazione coniugale, ma come semplice coabitazione, nella piena consapevolezza delle conseguenze giuridiche di tale esteriorizzazione, non assumendo alcun rilievo, in assenza di tale presupposto, l'accertamento del carattere più o meno felice della stessa o del difetto di adesione affettiva di uno o di entrambi i coniugi. L'incapacità psichica originaria di uno dei coniugi non si sottrae, dunque, all'applicazione dei principi di ordine pubblico che governano il matrimonio-rapporto. I principi di ordine pubblico attribuiscono carattere costitutivo al dato fattuale della convivenza coniugale triennale. Essa è limite ostativo alla delibazione della sentenza straniera: il decorso del tempo, che si traduce nella "convivenza triennale come coniugi", cristallizza la situazione familiare impedendo il riconoscimento in Italia della sentenza emessa dal giudice ecclesiastico, che ha accertato la nullità del matrimonio-atto. È del tutto evidente che il matrimonio-atto è recessivo rispetto al matrimonio rapporto. L'autonomia privata sullo scioglimento del rapporto viene dunque imbrigliata attraverso la valorizzazione del matrimonio-rapporto, inteso come convivenza triennale che costituisce principio di ordine pubblico.

2. La preminenza della comunità familiare sullo Stato.

Altre volte, invece, è l'interesse della famiglia che prevale sull'interesse pubblico: si veda l'evoluzione che si è avuta sull'adozione legittimante nella coppia omosessuale maschile e sulla filiazione nella coppia omosessuale femminile che fa ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita eterologa nonché sui patti prematrimoniali conclusi all'estero. In questi casi l'interesse della comunità familiare è preminente rispetto alla concezione istituzionale.

A) La vicenda dell'adozione legittimante nella famiglia omosessuale sembra introdurre un ordine pubblico dall'evidente significato compensativo rispetto alla totale chiusura registrata sulla maternità surrogata. Con riferimento alla relazione omosessuale maschile, la giurisprudenza di legittimità ha di recente ritenuto trascrivibile in Italia, il provvedimento con il quale una coppia di uomini aveva adottato all'estero un bambino perché da un lato era accertato il consenso da parte dei genitori biologici all'adozione e, dall'altro, era certa l'assenza del ricorso alla maternità surrogata quale tecnica per la nascita del bambino, successivamente

adottato[23]. Un ordine pubblico "compensativo", dunque, perché da un lato si realizza l'aspirazione alla genitorialità delle famiglie omosessuali ma, dall'altro, non si abdica al valore ormai acquisito nella giurisprudenza costituzionale e di legittimità di totale chiusura verso la maternità surrogata. Attraverso questa declinazione dell'ordine pubblico si consente, dunque, all'autonomia privata nella coppia omosessuale di realizzare una forma di genitorialità piena, non chiusa negli angusti spazi dell'adozione in casi particolari non rinunciando, tuttavia, alla impostazione sul divieto di maternità surrogata. Per giungere a questo esito non muta la prospettiva nel senso che per la concretizzazione dell'ordine pubblico si utilizza anche la legislazione che si ispira al sistema assiologico proveniente dalla Costituzione (ad es., principi fondanti l'autodeterminazione e le scelte relazionali del minore e degli aspiranti genitori; principio del preminente interesse del minore; principio di non discriminazione; principio solidaristico sulla genitorialità sociale). Ricorrendo all'analisi della normativa ordinaria, la sentenza ha ritenuto che le condizioni di accesso alla genitorialità adottiva legittimante (art. 1, comma 20, l. 76 del 2016 e art. 6, l. 184 del 1983) non possono essere incluse nella clausola generale di ordine pubblico internazionale, a differenza del divieto di maternità surrogata.

B) Altra vicenda che ha riguardato l'autonomia privata nel diritto di famiglia e che ha avuto esiti differenti è quella della doppia maternità avvenuta tramite il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita, tecnica che è diversa dalla maternità surrogata non essendovi una terza donna che porta a termine la gravidanza. Dopo una serie di giudizi contrastanti, la Suprema Corte è tornata di recente ad occuparsi della vicenda attraverso due sentenze gemelle: la prima ha riguardato un nato, cittadino straniero; la seconda un nato, cittadino italiano[24]. La Cassazione ha ritenuto che il riconoscimento del rapporto di filiazione tra il figlio nato da procreazione medicalmente assistita eterologa non cittadino italiano e la madre intenzionale italiana non contrasti con l'ordine pubblico. La sentenza ritiene, infatti, che al di fuori delle ipotesi in cui opera il divieto di maternità surrogata l'insussistenza di un legame biologico o genetico con il minore nato all'estero non impedisce il riconoscimento del rapporto di filiazione tra il nato (non italiano) e la cittadina italiana che ha prestato il proprio consenso all'utilizzo da parte dell'altra donna delle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Infatti, per la Corte, le limitazioni fissate dalla l. 40 del 2004 all'utilizzo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita costituiscono espressione non già di principi di ordine pubblico internazionale, ma del margine di apprezzamento di cui il legislatore dispone nella definizione dei requisiti di accesso alle predette pratiche,

23 Cass., 31 marzo 2021, n. 9006, *Foro it.*, 2021, I, c. 2054 ss. Cfr. Tormen, L.: "Via libera alla trascrizione dell'adozione per le coppie omoaffettive", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 797 ss.; Lenti, L.: "L'adozione e il paradigma matrimoniale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 911 ss.

24 Cass., 23 agosto 2021, n. 23319 e Cass., 23 agosto 2021, n. 23320, consultabili nella banca data *DeJure*.

la cui individuazione, avente portata vincolante nell'ordinamento interno, non è di ostacolo alla produzione di effetti da parte di atti o provvedimenti validamente formati nell'ambito di ordinamenti stranieri e disciplinati dalle relative disposizioni. In questi termini, si distingue a seconda della cittadinanza del nato, perché laddove il minore fosse stato concepito all'estero ma fosse nato in Italia da cittadina italiana, la fattispecie sarebbe stata regolata dalla legge italiana (art. 33, l. 218 del 1995). Il caso non avrebbe presentato alcun elemento di estraneità rispetto all'ordinamento e non avrebbe trovato applicazione l'ordine pubblico internazionale ma l'art. 4, comma 3, l. 40 del 2004 che preclude l'accesso alla procreazione medicalmente assistita a coppie omosessuali. Da queste sentenze sembra dunque emergere che l'autonomia privata familiare si connota diversamente a seconda che la fattispecie presenti (o meno) elementi di estraneità rispetto all'ordinamento. Se effettivamente presenta elementi di estraneità, il contenuto dell'ordine pubblico (internazionale) è più ridotto, consentendo la realizzazione dell'effetto voluto dalla famiglia omosessuale. Sembra così riaffermarsi una distinzione tra ordine pubblico interno ed internazionale sulla base della cittadinanza delle parti diffusa negli anni '80: laddove il nato da procreazione medicalmente assistita eterologa in coppia omosessuale femminile abbia la cittadinanza italiana, allora troverà applicazione l'ordine pubblico interno, precludendo lui di essere considerato figlio della madre intenzionale; laddove, invece, egli non abbia la cittadinanza italiana troverà applicazione l'ordine pubblico internazionale, consentendo al nato di essere considerato figlio della madre intenzionale. Sempreché, precisa la Cassazione, non si ricada nella ipotesi di maternità surrogata il cui divieto è stato qualificato come principio di ordine pubblico, "in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore".

C) Ulteriore vicenda è quella degli accordi matrimoniali in vista del divorzio conclusi da cittadini stranieri residenti in Italia. Essi sono stati ritenuti pienamente efficace in Italia[25]. Si legge in una sentenza che: "L'accordo, rivolto a regolamentare, in previsione di futuro divorzio, i rapporti patrimoniali fra coniugi, che sia stato stipulato fra cittadini stranieri (nella specie, statunitensi) sposati all'estero e residenti in Italia, e che risulti valido secondo la legge nazionale dei medesimi (…), è operante in Italia, senza necessità di omologazione o recepimento delle sue clausole in un provvedimento giurisdizionale, tenuto conto che l'ordine pubblico, posto dall'art. 31 delle citate disposizioni come limite all'efficacia delle convenzioni fra stranieri, riguarda l'ordine pubblico cd. internazionale, e che in tale nozione non può essere incluso il principio dell'ordinamento italiano, circa l'invalidità di un accordo di tipo preventivo fra i coniugi sui rapporti patrimoniali successivi al divorzio, il quale

25 Cass., 3 maggio 1984, n. 2682, *Riv. dir. int. priv.*, 1985, p. 579 ss.

attiene all'ordine pubblico interno e trova conseguente applicazione solo per il matrimonio celebrato secondo l'ordinamento italiano e fra cittadini italiani".

III. AUTONOMIA PRIVATA FAMILIARE E COMPARAZIONE.

Il ruolo della autonomia contrattuale nel diritto di famiglia è conosciuto in altri ordinamenti[26]. Negli Stati Uniti è acquisita la coercibilità dei contratti di convivenza e dei contratti prematrimoniali (e matrimoniali). Il matrimonio, a lungo, è stato ritenuto fondamento della civilizzazione[27]. Imperante la concezione della famiglia fondata sul matrimonio le convivenze sono state viste con sospetto ed i contratti di convivenza sono stati ritenuti non coercibili, al pari dei contratti prematrimoniali e matrimoniali: pressoché nullo era, dunque, il ruolo dell'autonomia privata ma la riluttanza delle corti nel rendere coercibili tali contratti non ha avuto l'effetto deterrente di prevenirne la conclusione[28]. I cambiamenti nella società hanno determinato una maggiore volontà di riconoscere alle parti la libertà, giuridicamente tutelata, di concludere contratti familiari nel rispetto della correttezza secondo le circostanze del caso concreto. La progressiva coercibilità è stata rimessa all'opera della giurisprudenza: a presidiare i valori della famiglia rimane l'applicazione giudiziale della public policy, sì che le corti ritengono non coercibile un contratto familiare che comporti un detrimento eccessivo ed irragionevole della relazione familiare. Nel sistema americano è infatti considerato un principio di ordine pubblico di derivazione giudiziale quello che tutela le relazioni familiari e che dunque ritiene non coercibili gli accordi che danneggiano le relazioni familiari (policy against impairment of family relations).

1. I contratti di convivenza.

Allargando l'angolo visuale ad altri Paesi si può dire che negli Stati Uniti, i cohabitants contracts sono stati riconosciuti dalla giurisprudenza dopo molto tempo: essi erano visti con sfavore, ritenuti immorali e contrari all'ordine pubblico, minacciando l'istituzione del matrimonio quale fondamento della società civile. A partire dal leading case Marvin c. Marvin (1976) vi fu un cambio di paradigma[29]. La Corte Suprema della California ritenne che un partner potesse intentare una causa per breach of contract considerando valida la clausola con cui i conviventi si erano impegnati a dividere equamente tutte le proprietà accumulate durante i periodi di convivenza che dipendessero dal lavoro individuale o svolto insieme.

26 Fusaro, A.: "Marital Conctracts, Ehevertraege, Convenzioni e accordi prematrimoniali. Linee di una ricerca comparatistica", *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, p. 475 ss.

27 Low v. Peers, 97 Eng. Rep. 138, 141 (Ex. Ch. 1770).

28 Farnsworth, E.A.: *On Contracts*, (updated by Wolfe, Z.), 4a ed., vol. 2, Wolters Kluwer, New York, 2020, p. 5-82 ss. (2020-2 supplement).

29 Marvin c. Marvin, 557 P.2d 106 (Cal. 1976). Cfr. Kay, H.H. e Amyx, C.: "Marvin v. Marvin. Preserving the options", *California Law Review*, 1977, vol. 65, p. 937 ss.

Nel caso Watts c. Watts (1987) fu ritenuto che un accordo tra conviventi non potesse essere considerato contrario all'ordine pubblico solo perché vi era una relazione "immorale" tra i due partner: non fu, dunque, considerato contrario all'ordine pubblico il contratto il cui contenuto era indipendente dalla relazione illecita nel senso che la relazione illecita non costituiva causa o condizione dell'accordo. L'eventuale rifiuto di far rispettare il contratto perché la relazione implicava un'attività sessuale immorale o illegale, sarebbe stato iniquo e arbitrario, lasciando ad una delle parti, non meno colpevole dell'altra quanto ad immoralità, una quota maggiore di ricchezza[30]. Un contratto di coabitazione non è, dunque, coercibile solo se espressamente basato su una causa immorale e illecita mentre se concerne i beni, i guadagni e le spese non può essere considerato invalido solo perché l'uomo e la donna vivono insieme senza essere sposati, e dove l'attività sessuale costituisce un aspetto incidentale della relazione. Requisito di validità è la non centralità nel contratto delle prestazioni sessuali[31]. I contratti di convivenza sono stati utilizzati anche nelle relazioni omosessuali[32]. La disciplina è soggetta a rapide modifiche: nelle giurisdizioni che ancora non ritengono validi tali contratti le probabilità che li ritenga tali sono maggiori se lo Stato ha decriminalizzato le attività sessuali (consenzienti) tra adulti[33].

In Spagna, i contratti di convivenza non trovano una disciplina organica ma i conviventi possono, nell'esercizio dell'autonomia privata, regolamentare gli aspetti patrimoniali sia per la fase fisiologica che per quella patologica del rapporto[34]. È appurato che anche alla famiglia non fondata sul matrimonio si applichi il principio di non discriminazione sì da costituire un modello per attuare il libero sviluppo della personalità. La validità di tali patti non pone alcun dubbio alla luce dei principi costituzionali: ogni persona, nell'esercizio del libero sviluppo della personalità (art. 10, comma 1, Constitución española) può scegliere di formare una famiglia basata sul matrimonio ovvero sulla semplice convivenza e ai conviventi è riconosciuta la possibilità di concludere, ai sensi dell'art. 1255 cód. civ., gli accordi che ritengano più adeguati al fine di disciplinare i loro rapporti economici dopo la rottura della convivenza[35]. Il Tribunal Constitucional ha stabilito che i limiti all'autonomia contrattuale nella convivenza sono rappresentati dal buon costume e dall'ordine pubblico costituzionale e, dunque, l'esercizio della libertà deve essere garantita dall'ordinamento giuridico "a meno che il suo esercizio si ponga concretamente in conflitto con valori costituzionali superiori, ipotesi, questa, che ne giustifica la

30 Watts c. Watts, 137 Wis. 2d 506 (1987).

31 Townsend Davis, E.: "The Enforcement of Cohabitation Agreements: Theories of Recovery for the Meretricious Spouse", *Nebraska Law Review*, 1982, vol. 61, p. 138 ss.

32 Whorton v. Dillingham, 202 Cal. App. 3d 447 (1988).

33 Farnsworth, E.A.: *On Contracts*, cit., p. 5-105 ss.

34 Cantero, G.G.: "Parejas de hecho: historia, régimen y perspectivas de future", *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2021, núm. 14, p. 322 ss.

35 De Verda y Beamonte, J.R.: *Persona umana e comunità familiare*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 241 ss.

limitazione"[36]. Poiché gli accordi patrimoniali di convivenza non vengono sempre conclusi in maniera espressa, si è posto il problema dell'eventuale validità degli accordi taciti[37].

2. I contratti prematrimoniali e matrimoniali.

Tornando agli Stati Uniti, si distingue, tradizionalmente, tra ante-nuptial e post-nuptial agreements: gli accordi possono essere stipulati sia prima che dopo la celebrazione del matrimonio[38]. Nel tentativo di uniformare la disciplina, sono stati approvati l'Uniform Premarital Agreements Act (1983) e l'Uniform Premarital and Marital Agreements Act (2012)[39]. Il primo, recepito da circa metà degli stati federati, stabilisce quando e come gli accordi prematrimoniali possono essere coercibili. È consentito alle parti di un accordo prematrimoniale di modificare o eliminare il dovere di supporto dovuto nei confronti dell'altra parte, così come ogni altro aspetto, inclusi i diritti personali e patrimoniali. Vi sono alcuni limiti: oltre al rispetto di garanzie formali, gli accordi non devono ledere i diritti dei figli. L'accordo è stato rivisto e sostituito dal secondo, che consente la stipula (anche) di accordi matrimoniali. In questi termini, è consentito alle parti di un accordo prematrimoniale (o matrimoniale) di affermare, modificare, dispensare il dovere di supporto e molti altri diritti (si pensi ai diritti sulla proprietà, sulla responsabilità per danni, ecc.). L'accordo, per essere coercibile, deve essere firmato da entrambe le parti, il consenso deve essere libero, non deve essere unconscionable vuoi al tempo della stipula vuoi al tempo dell'esecuzione.

Si pensi agli accordi che restringono l'altrui libertà matrimoniale: una parte, dietro compenso, promette all'altra di non sposarsi. La common law considera la libertà matrimoniale inerente tanto alla società quanto agli individui. Tali accordi sono dunque subordinati ad una rule of reason: la coercibilità è assicurata se la restrizione è ragionevole, nel senso che essa deve servire ad uno scopo legittimo. Una restrizione il cui unico scopo è quello di scoraggiare il matrimonio non è coercibile. Vi è anche un orientamento più restrittivo, con un maggiore favor per la libertà matrimoniale nel senso che la restrizione alla libertà matrimoniale non deve essere illimitata e la ragionevolezza della stessa va collegata alla estensione e alla durata della limitazione. Le corti statali sono generalmente più tolleranti nei confronti delle restrizioni sui secondi matrimoni[40].

36 Trib. Const. (Pleno), 23 abril 2013, n. 93, *BOE*, 23 mayo 2013, pp. 46 ss.

37 De Verda y Beamonte, J.R.: *Persona umana*, cit., p. 249 ss.

38 Al Mureden, E.: "I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano", *Fam. dir.*, 2005, p. 552.

39 Cfr. section 3, lett. a) e lett. b), section 2, section 5; section 6, UPAA; sections 6, section 9, UPMAA.

40 Cfr. Barnes v. Hobson, 250 S.W. 238 (Tex. Civ. App. 1923); McCoy v. Flynn, 151 N.W. 465 (Iowa 1915); Lowe v. Doremus, 87 A. 459 (N.J. 1913); Nunn v. Justice, 129 S.W.2d 564 (Ky. 1939); Cowan v. Cowan, 75 N.W.2d 920 (Iowa 1956).

Si pensi, poi, agli accordi tra persone già sposate (o in procinto di farlo) che non sono sempre invalidi laddove cambino i requisiti della relazione di matrimonio[41]. Gli sposi (o i futuri sposi) possono, ad esempio, contrattare affinché uno di essi presti servizi ulteriori oltre a quelli dovuti o dividere le proprietà che essi hanno acquisito o che acquisiranno in futuro. Il principio di diritto è quello per cui gli accordi prematrimoniali inerenti diritti patrimoniali non sono contrari all'ordine pubblico. Tuttavia, se una corte considera un determinato aspetto come essenziale della relazione matrimoniale e la sua modifica come offensiva di un principio di ordine pubblico, riterrà non coercibile l'accordo. Una frequente applicazione di tale principio concerne gli accordi che limitano il duty of support. In passato le corti ritenevano tali accordi non coercibili in quanto irragionevolmente incidenti su un elemento essenziale della relazione matrimoniale. A partire dal caso Posner c. Posner (1972) vi è stato un cambio di paradigma, passando dall'orientamento tradizionale che non riteneva coercibili tali accordi ad un orientamento più moderno che ritiene pienamente validi e coercibili gli accordi che limitano il dovere di supporto in seguito alla separazione o al divorzio anche laddove gli accordi siano stati conclusi prima del matrimonio[42]. L'unico requisito è la correttezza: necessita una full disclosure nel senso che la parte, onde poter validamente stipulare, deve rendere edotta l'altra sulla propria situazione economica e finanziaria[43]. Inoltre, al momento dello scioglimento del matrimonio le circostanze non devono essere al di là di ciò che era stato contemplato al momento della stipula dell'accordo prematrimoniale perché altrimenti la coercibilità sarebbe fonte di ingiustizia[44]. È, questo, il problema delle sopravvenienze negli accordi prematrimoniali che consente l'applicazione della dottrina dell'unconscionability. Da ultimo, è preferibile che le parti siano rappresentante da un avvocato. Peraltro, alcune corti hanno abbandonato il requisito della correttezza evidenziando il passaggio da un approccio paternalistico di protezione della donna ad uno di eguale trattamento sì che gli accordi prematrimoniali devono essere valutati con gli stessi criteri degli altri tipi di contratti[45]. Il limite insuperabile per la coercibilità degli accordi prematrimoniali è rappresentato dal divieto di accordi prematrimoniali che tendono ad incoraggiare la separazione o il divorzio (agreements encouraging dissolution)[46]. Se è vero che le persone sposate sono libere di terminare le proprie relazioni matrimoniali attraverso la separazione o il divorzio, le corti non ritengono coercibile un accordo che tende irragionevolmente alla dissoluzione matrimonio. Si pensi, ad esempio, all'accordo di un uomo sposato di dare alcune

41 Farnsworth, E.A.: *On Contracts*, cit., p. 5-88 ss. Cfr. Marriage of Dawley, 551 R2d 323 (Cal. 1976).

42 Posner v. Posner, 257 So. 2d 530 (Fla. 1972). Cfr. Farnsworth, E.A.: *On Contracts*, cit., p. 5-90.

43 Ryken v. Ryken, 461 N.W.2d 122 (S.D. 1990).

44 Crews v. Crews, 989A.2d 1060 (Conn. 2010).

45 Simeone v. Simeone, 581 A.2d 162, 165 (Pa. 1990); Porreco v. Porreco, 811 A.2d 566 (Pa. 2002); Crews v. Crews, 989 A.2d 1060 (Conn. 2010); In Re Marriage of Spiegel, 553 N.W.2d 309 (Iowa 1996).

46 Farnsworth, E.A.: *On Contracts*, cit., p. 5-97.

azioni di una società ad una donna in cambio della sua promessa di sposarlo[47]. Sono sorte difficoltà per individuare un test coerente per determinare quando, nei casi meno ovvi, una particolare promessa tenda irragionevolmente ad incoraggiare il divorzio: in tal caso molto dipende dalle circostanze del caso concreto, incluso lo stato del matrimonio quando la promessa è stata fatta. Una corte può negare la coercibilità laddove essa elimini o riduca drasticamente il tradizionale dovere di supporto anche se, come detto, generalmente le corti non ritengono tale accordo tendente irragionevolmente alla dissoluzione del matrimonio solo perché l'accordo predetermina i diritti proprietari.

Continuando una rapida panoramica, non si può non notare come, ad esempio, nel Regno Unito si sia recentemente valorizzata la autonomia privata nella famiglia. Se per lungo tempo gli accordi prematrimoniali erano visti accordi tendenti a favorire il divorzio e dunque against public policy and void, più di recente l'ordinamento sembra aver aperto agli accordi prematrimoniali con il caso Radmacher c. Granatino stabilendo che la corte deve dare effetto ad un accordo matrimoniale "freely entered by each party with a full appreciation of its implications unless in the circumstances prevailing it would not be fair to hold the parties to their agreement"[48].

Interessante l'ordinamento tedesco che conosce i cd. Ehevertrage. Peraltro, gli accordi patrimoniali in vista del divorzio sono sottoposti ad un penetrante controllo per garantire il rispetto dei principi ex art. 2, comma 1 e art. 6, comma 4 Grundgesetz. Celebre il caso di un matrimonio che era stato condizionato alla firma di un contratto prematrimoniale in vista del divorzio con cui la futura moglie – già madre di un bambino da una precedente relazione ed in attesa di altro bambino dal nuovo matrimonio – rinunciava a ogni diritto in caso di divorzio. Il Bundesverfassungsgericht stabilì che i tribunali rispettano l'autonomia quando l'accordo è frutto di negoziazione tra soggetti in condizione di parità e possono incidere sul regolamento quando sono lesi i diritti fondamentali di una delle parti o dei figli, impiegando il diritto costituzionale per proteggere l'autonomia privata da se stessa[49].

IV. L'AUTONOMIA PRIVATA FAMILIARE IN ITALIA.

L'emersione della autonomia privata nelle famiglie si registra, in Italia, sia nelle famiglie fondate sul matrimonio che su quelle non fondate su esso. In passato il

47 Reynolds v. Estate of Reynolds, 230 S.E.2d 842 (Ga. 1976).

48 Radmacher (formerly Granatino) v. Granatino [2010] UKSC 42. L'accordo deve soddisfare tre requisiti: a) la stipula deve essere preceduta da una full disclosure; b) i coniugi devono avere avuto una assistenza legale indipendente; c) il patto deve essere stato stipulato in una lingua conosciuta da entrambi. Cfr. Fusaro, A.: "La circolazione dei modelli giuridici nell'ambito dei patti in vista della crisi del matrimonio", en AA. VV.: *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari* (a cura di S. Landini e M. Palazzo), Giuffrè, Milano, 2018, p. 15 ss.

49 BVerfG, 6 Februar 2001, *FamRZ*, 2001, p. 343, con nota di Schwab, D.

potere dei privati di regolare le proprie relazioni non avrebbe trovato applicazione all'interno della famiglia legittima, caratterizzata da schemi predeterminati e non disponibili, da doveri più che da poteri, sicché in considerazione degli interessi coinvolti, non sarebbe stato possibile utilizzare il contratto, strumento tipico dello scambio economico. La Suprema Corte ha tracciato l'evoluzione che si è avuta in materia di autonomia privata nel diritto di famiglia con il progressivo superamento della concezione di ordine pubblico familiare quale interesse trascendente i membri della famiglia ed il crescente ruolo dell'autonomia privata[50]. Si apre dunque ad una autonomia negoziale limitata nel senso che questa non può contrastare con interessi superiori che si cristallizzano non più nell'interesse della famiglia come istituzione (ordine pubblico della famiglia) ma nella protezione di categorie di soggetti deboli (ordine pubblico nella famiglia). C'è di più. Di recente, attraverso l'autonomia privata si può incidere sullo status di coniuge, come dimostra l'introduzione del cd. divorzio privato. Ancora, dopo un lungo periodo è stato disciplinato il contratto di convivenza.

1. Il divorzio privato.

Con riferimento alle famiglie fondate sul matrimonio, si pensi alla convenzione di negoziazione assistita sulle soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio (art. 6, d.l. 132 del 2014, conv. in l. 162 del 2014)[51]. In assenza di categorie "protette" (tra cui figli minori e figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap), l'accordo è trasmesso al pubblico ministero del tribunale competente che svolge un controllo di mera regolarità formale dell'accordo. In presenza di categorie "protette" il pubblico ministero autorizza l'accordo se lo ritiene rispondente all'interesse dei figli. Oltre alla convenzione di negoziazione assistita, la legge italiana ha introdotto la possibilità di chiedere la separazione consensuale, lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio e la modifica delle condizioni di separazione o di divorzio dinnanzi all'ufficiale dello stato civile (art. 12, d.l. 132 del 2014, conv. in l. 162 del 2014). La convenzione di negoziazione assistita può essere utilizzata anche per lo scioglimento dell'unione civile tra due persone dello stesso sesso ai sensi dell'art. 1, comma 25, l. 76 del 2016.

2. Gli accordi patrimoniali in vista del divorzio.

L'ampliamento degli spazi riservati all'autonomia privata, con la sua funzione creativa volta alla composizione ed alla valorizzazione delle istanze soggettive mediate dall'accordo, emerge nei cd. contratti della fisiologia e della patologia

50 Cass., 20 agosto 2014, n. 18066, *Foro it.*, 2015, I, c. 567 ss.

51 Bargelli, E.: "Divorzio «privato» e «autonomia preventiva»", *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 250 ss.

familiare: i primi intesi ad amministrare la fase aggregativa ed i secondi quella disgregativa. In dottrina ed in giurisprudenza si distingue tra una corrente "aperturista" ed una "chiusurista": per lungo tempo ha prevalso quest'ultima, definita di "irragionevole ritrosia"[52].

L'accordo sugli aspetti patrimoniali del divorzio favorirebbe l'abbandono della relazione coniugale e, a partire da una sentenza del 1981, la Suprema Corte ritiene invalido l'accordo concluso dai coniugi separati per stabilire il regime economico del divorzio[53]. L'orientamento "chiusurista" si basa su due argomenti: l'indisponibilità dell'assegno di divorzio ed il mercimonio dello status di coniuge con violazione del diritto di difesa.

Il primo muove dall'art. 160 cod. civ.: i diritti ed i doveri nascenti dal matrimonio sono indisponibili e, dunque, sono indisponibili sia l'assegno di mantenimento che quello di divorzio. Negli anni '70 l'assegno di divorzio fu scisso in tre diverse componenti (assistenziale, risarcitoria e compensativa) e si erano ritenute disponibili – e dunque negoziabili – le componenti compensative e risarcitorie. La sentenza del 1981 stabilì, invece, che l'assegno di divorzio fosse indisponibile tanto nella componente assistenziale quanto in quella risarcitoria e compensativa. Questo nonostante la tesi che riteneva valida la rinunzia (successiva) ai diritti patrimoniali derivanti dallo scioglimento del vincolo matrimoniale. Si affermò nella giurisprudenza che l'assegno di divorzio avesse natura essenzialmente alimentare in quanto rivolto a tutela del soggetto economicamente più debole. Anche di recente (e nonostante un intervento delle sezioni unite che ha ritenuto l'assegno di divorzio tendenzialmente disponibile[54]) l'argomento dell'indisponibilità dei diritti nascenti dal matrimonio viene utilizzato per considerare illeciti gli accordi patrimoniali conclusi in vista del divorzio anche laddove, attraverso l'autonomia, si prevedesse, a titolo di assegno, una somma superiore rispetto a quanto necessario per soddisfare l'esigenza assistenziale[55]. Tali accordi sono, dunque, nulli non solo quando il loro contenuto limiti o escluda il diritto del coniuge economicamente più debole, ma anche quando soddisfino tali esigenze poiché la preventiva pattuizione (se allettante e condizionata alla non opposizione al divorzio) può determinare il consenso alla dichiarazione della cessazione degli effetti civili. Inoltre, l'art. 5, comma 8, l. 898 del 1970 che prevede la possibilità di corrispondere una somma una tantum quale liquidazione tombale delle pretese divorzili è applicabile solo nel

52 Così Busnelli, F.D.: "Prefazione", en AA. VV.: La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea (a cura di D. Amran e A. D'Angelo), Padova, 2011, p. 13. Cfr. Oberto, G.: *I contratti della crisi coniugale. Ammissibilità e fattispecie. Contenuti e disciplina*, Giuffrè, Milano, 1999; Oberto, G.: "«Prenuptial Agreements in Contemplation of Divorce» e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale", *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 171 ss.

53 Cass. 11 giugno 1981, n. 3777, *Foro it.*, 1982, I, c. 184 ss.

54 Cass., sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287, *Foro it.*, 2018, I, c. 2671 ss. con commento di Bianca, M.: "Le sezioni unite e i corsi e ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?".

55 Cass., 30 gennaio 2017, n. 2224, *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 955 ss.

giudizio di divorzio: da un lato, non è l'accordo, ma il giudice a disporre l'assegno e, dall'altro, separazione e divorzio sono visti momenti separati e, dunque, i coniugi separati non si possono accordare per l'importo dell'assegno di divorzio. Argomentazioni, queste, criticate dalla dottrina "aperturista" per la quale l'avente diritto all'assegno divorzile ha un onere di proporre la domanda e potrebbe accontentarsi di una somma minore[56]. Inoltre, il dovere di contribuzione può variare proprio in considerazione del divorzio, essendo inimmaginabile – una volta abbandonata la concezione statualistica della famiglia – che esso rimanga inalterato durante il matrimonio e per il tempo successivo. L'art. 160 cod. civ., infine, concerne la fase fisiologica e non quella patologica del matrimonio: l'inderogabilità riguarda i soli diritti ed i doveri previsti dalla legge "per effetto del matrimonio" e non anche per il suo scioglimento. Anche un'ordinanza del Tribunale di Torino del 2012 ha ritenuto che l'accordo sui profili patrimoniali concluso tra coniugi in sede di separazione legale ed in vista del divorzio non contrasti né con l'ordine pubblico, né con l'art. 160 cod. civ.[57].

Il secondo argomento che viene utilizzato per sostenere l'illiceità degli accordi patrimoniali in vista del divorzio è quello della loro incidenza sulla libertà della condotta processuale e sulla mercificazione dello status di coniuge richiamando la violazione dell'art. 24 Cost.: le timide aperture giurisprudenziali (sulla negoziabilità di alcune componenti dell'assegno o dell'importo migliorativo dello stesso raggiunto dall'autonomia privata) hanno trovato un ostacolo nell'argomento per cui tali accordi incidono sulla libertà della condotta processuale dei coniugi. Gli accordi sul regime patrimoniale del divorzio sarebbero nulli per illiceità della causa determinando il mercimonio dello status di coniuge identificando nel corrispettivo previsto dall'accordo in vista del divorzio il prezzo per il consenso allo scioglimento del legame matrimoniale. Si condizionerebbe, dunque, la volontà dei coniugi su scelte di carattere personale riguardanti diritti indisponibili correlati al proprio status e la libertà dei comportamenti difensivi dei coniugi nei processi di divorzio sia per gli effetti economici che per la dichiarazione di divorzio. In giurisprudenza si afferma che gli accordi preventivi tra i coniugi sul regime economico del divorzio sono affetti da radicale nullità, per illiceità della causa, "avendo sempre l'effetto, se non anche lo scopo, di condizionare il comportamento delle parti nel giudizio concernente uno «status», in un campo, cioè, in cui la libertà di scelta ed il diritto di difesa esigono invece di essere indeclinabilmente garantiti"[58]. La dottrina "aperturista" ritiene che gli accordi in questione non condizionino in modo alcuno la condotta processuale del coniuge interessato ad opporsi alla domanda di divorzio. Un accordo sul contegno processuale sarebbe illecito solo se violasse

56 Carbone, V.: "L'assegno di divorzio tra disponibilità ed indisponibilità", *Corr. giur.*, 1992, p. 856 ss.; Oberto, G.: "Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale", *Fam. e dir.*, 2012, p. 85 ss.

57 Trib. Torino, 20 aprile 2012. Cfr. Oberto, G.: "Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino", *Fam. e dir.*, 2012, p. 804 ss.

58 Cass., 11 agosto 1992, n. 9494, *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Matrimonio*, n. 180.

i diritti di difesa ex art. 24 Cost. o se tendesse ad un risultato in frode alla legge: se alla persona coniugata è consentito di disciplinare gli aspetti patrimoniali del matrimonio attraverso le convenzioni matrimoniali, stipulabili in ogni tempo e modificabili anteriormente o successivamente al matrimonio, non si capisce come mai i nubendi o gli sposi non potrebbero stipulare accordi patrimoniali sul divorzio. In questi termini, sarebbe certamente nullo, per contrarietà all'ordine pubblico, il contratto che prevedesse quale oggetto del sinallagma l'impegno a tenere un certo comportamento (ad es., sposarsi o meno, divorziarsi, ecc.) mentre sarebbe pienamente valido un accordo che prevedesse le conseguenze patrimoniali di una scelta del genere (ad es., le conseguenze patrimoniali del divorzio)[59].

La giurisprudenza italiana non vuole superare l'insegnamento tradizionale che reputa nulli gli accordi patrimoniali in vista del divorzio. A volte, tuttavia, pur formalmente riaffermando il principio di diritto, la giurisprudenza ritiene validi gli accordi raggiunti in sede di separazione aventi una chiara valenza divorzile e post-divorzile, utilizzando strade argomentative diverse (ad es., ritenendo la rendita costituita in occasione della crisi familiare estranea alla disciplina inderogabile dei rapporti tra coniugi; reputando validi gli accordi la cui causa sia transattiva; configurando una nullità a legittimazione relativa azionabile solo dal coniuge avente diritto all'assegno e non dall'altro; ecc.).

In primo luogo, è stato affermato che laddove in sede di separazione i coniugi abbiano previsto l'attribuzione ad uno di essi di un assegno "vita natural durante" il giudice del divorzio, chiamato a decidere sull'an del richiesto assegno divorzile, dovrà preliminarmente provvedere alla qualificazione della natura dell'accordo intervenuto tra le parti, precisando se la rendita costituita (e la sua causa aleatoria sottostante) in occasione della crisi familiare sia estranea alla disciplina inderogabile dei rapporti patrimoniali tra coniugi in materia familiare, perché giustificata da altra causa, e quindi verificare se debba essere riconosciuto il diverso diritto all'assegno divorzile, che può trovare fondamento soltanto in ragione della crisi familiare[60]. Questa ordinanza richiama una precedente sentenza che, pur riaffermando il tradizionale principio, aveva stabilito la validità di un accordo transattivo – si trattava della previsione di una somma mensile vitalizia trasfusa nei patti di separazione consensuale – tra i coniugi la cui funzione era quella di porre fine ad alcune controversie insorte tra i coniugi senza un riferimento implicito o esplicito al futuro assetto dei rapporti economici tra i coniugi conseguente all'eventuale pronuncia di divorzio[61].

59 Comporti, M.: "Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio", *Foro it.*, 1995, V, c. 105 ss.

60 Cass., 24 aprile 2021, n. 11012, *Fam. e dir.*, 2021, p. 885 ss. con commento di Rimini, C.: "I patti in vista del divorzio: la Cassazione rimane ancorata alla nullità".

61 Cass., 16 aprile 2000, n. 8109, *Foro it.*, 2001, I, c. 1318 ss.

In secondo luogo, è stato ritenuto valido un accordo prematrimoniale pur non qualificandolo come tale[62]. Il giorno prima del matrimonio i nubendi avevano sottoscritto un accordo con il quale la moglie si impegnava a trasferire al marito un immobile di sua proprietà in caso di separazione o divorzio quale indennizzo delle spese sostenute dal marito per la ristrutturazione di altro immobile (sempre di proprietà della moglie e che a lei sarebbe rimasto) adibito a casa coniugale. Inoltre, a saldo, il marito avrebbe trasferito alla moglie un titolo di stato dal valore di diecimila euro circa. La donna impugnò l'accordo ritenendo che lo stesso fosse un accordo prematrimoniale e come tale nullo per le ragioni sopra menzionate. La Suprema Corte ha invece ritenuto pienamente valido l'accordo escludendo, però, che lo stesso potesse essere qualificato come accordo prematrimoniale: l'accordo avrebbe configurato un contratto atipico e legittimo, con prestazioni e controprestazioni proporzionali, volto a regolare aspetti ben definiti. Tale accordo sarebbe stato espressione dell'autonomia negoziale dei coniugi e diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela ex art. 1322 cod. civ.: la ex moglie, invece di restituire l'importo delle spese di ristrutturazione al marito, adempié attraverso il trasferimento della proprietà di un bene immobile di sua proprietà, così integrando una ipotesi di datio in solutum. Il divorzio non è stato reputato causa genetica dell'accordo ma condizione sospensiva per l'efficacia di esso.

In terzo luogo, è stato ritenuto che la nullità per illiceità dell'accordo prematrimoniale costituisca una nullità a legittimazione relativa nel senso che la nullità dell'accordo prematrimoniale non può essere fatta valere dal coniuge obbligato a corrispondere l'assegno ma solo dal coniuge al quale l'assegno compete[63]. In questi termini è stata trasformata la nullità per contrarietà all'ordine pubblico, in una nullità relativa che può essere fatta valere solo dal coniuge "debole" nonostante l'art. 1421 cod. civ. non configurasse una nullità di protezione[64]. È stato poi affermato che la nullità a legittimazione relativa potrebbe essere fatta valere solo nella procedura di divorzio (e pertanto non successivamente alla relativa pronunzia), così introducendo una forma di prescrizione per questa strana nullità relativa[65].

3. Il contratto di convivenza.

Il contratto di convivenza regola gli aspetti patrimoniali dei conviventi more uxorio: i conviventi di fatto (sia eterosessuali che omosessuali) possono disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune tramite la sottoscrizione di un

62 Cass., 26 aprile 2012, n. 23713, *Foro it.*, 2013, I, c. 864 ss.

63 Cass., 16 aprile 2000, n. 8109, cit.

64 Oberto, G.: "Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella Haarspaltemaschine", *Fam. e dir.*, 2013, p. 323 ss. (in part. p. 325).

65 Cass., 1 dicembre 2000, n. 15349, *Giust. civ.*, 2001, I, p. 592 ss.

contratto di convivenza[66]. Il contratto può contenere le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo, nonché il regime patrimoniale della comunione dei beni previsto dal codice civile per il matrimonio: il regime può essere modificato in qualunque momento[67]. Il contratto – così come la sua modifica o risoluzione – deve farsi in forma scritta sotto pena di nullità con atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizione autenticata da un notaio o da un avvocato "che ne attestano la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico" e, dunque, vi è un controllo preventivo di ordine pubblico[68].

V. QUALE FUTURO?

Se la giurisprudenza ribadisce costantemente il principio di diritto sulla nullità degli accordi patrimoniali conclusi in vista del divorzio, vi è una volontà di introdurli per via legislativa. C'è da dire che per una parte della dottrina la negozialità e la contrattualità sono dati da cui muovere già oggi ed è compito del giurista comprendere a quali condizioni e in che limiti sia possibile ricostruire una disciplina del contratto incidente sugli interessi familiari coerente con il coinvolgimento di valori personalistici ed esistenziali delle parti[69]. In questi termini, occorrere sempre verificare il rapporto tra la tutela del soggetto ed il ruolo dell'autonomia privata.

1. Le numerose proposte di legge.

Oltre alle timide se non ondivaghe aperture giurisprudenziali sono state presentate alcune proposte di legge ma, ad oggi, nessuna di queste è stata approvata. Il disegno di legge n. 2629 del 18 marzo 2011 prevedeva l'introduzione dell'art. 162-bis cod. civ. I futuri coniugi avrebbero potuto stipulare patti prematrimoniali in forma scritta per disciplinare i rapporti patrimoniali in caso di separazione personale, di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio. Il patto avrebbe potuto escludere il coniuge dalla successione necessaria nonché l'applicazione delle disposizioni in materia patrimoniale previste dalla legge 898 del 1970. Anche il disegno di legge n. 178 del 15 marzo 2013 prevedeva l'introduzione dell'art. 162-bis. I futuri coniugi, prima di contrarre matrimonio, avrebbero potuto stipulare convenzioni volte a disciplinare i rapporti dipendenti dall'eventuale separazione personale e dall'eventuale scioglimento o cessazione degli effetti civili

66 Cfr. art. 1, commi 36 e 50, l. 76 del 2016. Cfr. Sirena, P.: "L'invalidità del contratto di convivenza", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 1071 ss.

67 Cfr. art. 1, commi 51, 53, lett. b) e c), 54, l. 76 del 2016.

68 Musolino, G.: "Il contratto di convivenza. Aspetti formali e relative nullità", *Notariato*, 2018, p. 725 ss. Costituirebbe un principio di ordine pubblico attuativo del principio di eguaglianza il criterio di contribuzione da parte di ciascun convivente alle esigenze della convivenza secondo le proprie sostanze e capacità.

69 Zoppini, A.: "L'autonomia privata", cit., p. 226.

del matrimonio. Il coniuge avrebbe potuto attribuire all'altro una somma di denaro periodica o una somma di denaro una tantum ovvero un diritto reale su uno o più immobili con il vincolo di destinare ai sensi dell'art. 2645-ter cod. civ. i proventi al mantenimento dell'altro coniuge o al mantenimento dei figli fino al raggiungimento dell'autosufficienza economica degli stessi. Si introduceva altresì un limite in quanto ciascun coniuge non avrebbe potuto attribuire all'altro più di metà del proprio patrimonio. Ancora, il coniuge avrebbe potuto trasferire all'altro coniuge o ad un terzo, beni o diritti destinati al mantenimento, alla cura o al sostegno di figli portatori di handicap per la durata della loro vita o fino al termine dello stato di bisogno, di menomazione o di disabilità a causa dell'handicap. Si prevedeva, infine, la possibilità di creare un meccanismo di adeguamento automatico del valore delle attribuzioni patrimoniali: un implicito riferimento alla dottrina dell'hardship, presente nel diritto contrattuale europeo, che impone di adeguare il contenuto del contratto se la prestazione sia diventata particolarmente dura per la parte che deve eseguirla. Successivamente, la proposta di legge n. 2669 del 15 ottobre 2014 prevedeva sempre l'introduzione dell'art. 162-bis. Rispetto alla precedente proposta si prevedeva che tale contratto potesse essere stipulato non solo attraverso la forma dell'atto pubblico ma anche con la convenzione di negoziazione assistita. Se nelle vecchie proposte la stipula degli accordi era limitata solo ai "futuri coniugi" si prevedeva adesso la possibilità che gli accordi fossero stipulati o modificati anche in corso di matrimonio: in sostanza accordi prematrimoniali e matrimoniali. Ulteriore novità riguardava gli accordi riguardanti i figli minori. Questi dovevano essere autorizzati dal Procuratore della Repubblica il quale, laddove non li avesse ritenuti rispondenti all'interesse dei figli invitava ad una riformulazione e, se avesse ritenuto anche la versione riformulata non rispondente all'interesse dei figli, avrebbe potuto negare definitivamente l'autorizzazione. Anche in questa proposta si lasciava invariata la possibilità di prevedere la liquidazione di una somma periodica, il limite rappresentato dalla metà del patrimonio nonché la possibilità di adeguamento automatico. Una novità era la espressa derogabilità del mantenimento e la inderogabilità degli alimenti. Ancora: la proposta di legge n. 244 del 23 marzo 2018 replicava l'articolato della proposta n. 2669. Da ultimo, l'art. 1, comma 1, lett. b), della proposta di legge del 12 dicembre 2018 delegava il Governo ad intervenire per "consentire la stipulazione tra i nubendi, tra i coniugi, tra le parti di una programmata o costituita unione civile, di accordi intesi a regolare tra loro, nel rispetto delle norme imperative, dei diritti fondamentali della persona umana, dell'ordine pubblico e del buon costume, i rapporti personali e quelli patrimoniali, anche in previsione dell'eventuale crisi del rapporto, nonché a stabilire i criteri per l'indirizzo della vita familiare e l'educazione dei figli". Dunque: accordi prematrimoniali, matrimoniali nonché accordi tra le parti di una unione civile (programmata o costituita); aspetti personali e patrimoniali; fase fisiologica e patologica. Se le precedenti proposte non facevano riferimento all'ordine pubblico che costituisce, appunto, clausola generale del sistema, adesso si prevedeva che gli

accordi dovessero rispettare non solo norme imperative, ordine pubblico e buon costume ma anche i diritti fondamentali della persona umana. Si distingueva, cioè, tra ordine pubblico (che si comporrebbe di principi ricavabili dal sistema) e diritti fondamentali della persona (che sarebbero previsti dalla legge). Tuttavia, per parte della dottrina, l'ordine pubblico costituisce una clausola con la quale si tutelano e si promuovono i diritti fondamentali rappresentando un dispositivo attraverso il quale il giudice fa intervenire nella soluzione del caso concreto i principi generali anche quando mancano i presupposti per l'*analogia iuris* consentendo un controllo diffuso di costituzionalità.

2. Il controllo sul contenuto ed il giudizio di doppia compatibilità.

Ammesso lo strumento del contratto per la regolamentazione dei rapporti nel diritto di famiglia, occorre un controllo sull'autonomia privata: il diritto dei contratti conosce ipotesi di protezione di soggetti deboli. L'ordine pubblico nel diritto di famiglia costituisce un ordine pubblico di protezione, che difende il più debole dal più forte, afferma la libertà degli individui singolarmente considerati o all'interno dei gruppi sociali (come la famiglia) nel quadro delle libertà garantite dalla Costituzione. L'ordine pubblico è il confine dell'autonomia privata e si compone di principi impliciti al sistema: basti pensare a quelli che sono espressione dei valori di parità, dignità, libertà e solidarietà fissati (artt. 2, 3 e 29 Cost.). La libertà di programmazione degli aspetti patrimoniali e personali dei rapporti coniugali e di convivenza è soggetta a questi limiti: riconoscere l'autonomia negoziale nella famiglia non equivale a prendere atto della eguaglianza tra i coniugi poiché nel matrimonio l'uguaglianza sostanziale non è ancora oggi la regola[70].

Nella proposta di legge n. 244 del 2018 si legge che sarebbero contrari all'ordine pubblico – e dunque nulli – gli accordi concernenti gli status (ad es. la clausola con la quale un nubendo si impegna a non divorziarsi) o quelli che violano il diritto di difesa costituzionalmente garantito (ad es., la clausola con cui un nubendo rinuncia preventivamente ad agire o a costituirsi in giudizio a difesa di propri diritti o mediante altre obbligazioni a tenere comportamenti processuali diretti a influire sullo status coniugale). Tali accordi, invece, non confliggerebbero con i principi dell'ordinamento laddove si limitassero a regolamentare diritti disponibili come modalità, termini ed entità del mantenimento, il trasferimento in proprietà o in uso della casa familiare, il regolamento di altri beni mobili o immobili, a tutela della libertà e della purezza della volontà che non verrebbero compromesse. In particolare, si afferma che con riferimento ai patti che prevedono l'effettuazione di prestazioni patrimoniali in seguito alla cessazione del matrimonio occorre "evitare la coartazione della volontà di cessare il rapporto" (il "famoso" prezzo per il consenso allo scioglimento del matrimonio). Negli accordi deve restare

70 Basini, G.F.: "I c.d. "patti prematrimoniali". Note de iure condendo", *Fam. e dir.*, 2019, p. 1153 ss.

evidenziata "la funzione di solidarietà del patto verso il partner in difficoltà". In questi termini sarebbe valido il patto che preveda la permanenza nella casa di proprietà di uno a beneficio dell'ex coniuge per il tempo necessario a trovare una nuova sistemazione. Si possono immaginare alcune clausole attinenti vuoi agli aspetti patrimoniali vuoi a quelli non patrimoniali che possono essere inserite all'interno dei contratti prematrimoniali e matrimoniali.

Con riferimento alle clausole patrimoniali, l'accordo preventivo debba essere sottoposto a due limiti insuperabili: a) irrinunciabilità del diritto agli alimenti; b) vigenza della clausola rebus sic stantibus, al fine di gestire le sopravvenienze. La dottrina, già negli anni '90, riteneva che l'autonomia privata nella famiglia dovesse essere potenziata riconoscendo in linea di principio – e pur in assenza di una norma di legge –, la validità degli accordi relativi ai rapporti patrimoniali dei coniugi in vista della separazione, del divorzio e dell'annullamento (o nullità) del matrimonio, ove detti accordi avessero riguardato diritti disponibili, come il mantenimento, il trasferimento in proprietà o in uso della casa familiare, il regolamento di altri beni immobili o mobili, ecc., salvo sempre il limite della clausola rebus sic stantibus. Viceversa, si ritenevano nulli gli accordi relativi a rapporti patrimoniali se avessero avuto ad oggetto diritti indisponibili, come il diritto agli alimenti[71].

Con riferimento alle clausole non patrimoniali si pensi a quelle che disciplinano le relazioni dell'una o dell'altra parte con terzi, le relazioni tra le parti, l'uso del cognome maritale da parte della moglie separata o divorziata[72]. Due clausole emblematiche: la rinuncia da parte di uno dei futuri coniugi alla propria identità religiosa o al proprio diritto alla genitorialità. La clausola generale dell'ordine pubblico salvaguarda la libertà personale e l'interprete è chiamato a svolgere un giudizio di compatibilità tra la disciplina pattizia (si pensi, appunto, alle limitazioni circa le manifestazioni di socialità e di affettività) e la libertà personale. Sembrano contrarie all'ordine pubblico le clausole che comprimono irragionevolmente la libertà della persona nelle manifestazioni della propria socialità (es. amicizie, sessualità, condivisione di una casa, ecc.), così come quelle che impediscono ad una delle parti di recarsi o di soggiornare in una determinata città (ad es., dove vive l'altro) o che prevedono l'impegno a non iniziare una convivenza, a mantenersi in uno stato di fedeltà post-coniugale e quelle che dovessero tendere ad imporre il rispetto di tali obblighi tramite penali. Possono, invece, essere valide clausole che tendono ad evitare spiacevoli successivi contatti tra le parti o quelle che contengono una condizione risolutiva con cui cessa l'erogazione di un assegno o l'effettuazione di una prestazione patrimoniale per il caso di inizio di un rapporto di convivenza more uxorio da parte del beneficiario.

71 Comporti, M.: "Autonomia privata e convenzioni preventive", cit., c. 118 ss.

72 Bivona, E.: "Libertà e responsabilità dei coniugi negli accordi personali", *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 848 ss. Sulla poligamia, cfr. Perlingieri, G.: "In tema di rapporti familiari poligamici", *DSF*, 2018, p. 821 ss.; Rizzuti, M.: *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, Esi, Napoli, 2016, *passim*.

In definitiva, ai fini del giudizio di validità delle pattuizioni, sembra possibile recuperare la distinzione tra ordine pubblico della famiglia ed ordine pubblico nella famiglia. La validità della singola clausola dipende dal giudizio di compatibilità della stessa alla luce dell'ordine pubblico del caso concreto, essendo chiamato l'interprete a svolgere un bilanciamento tra interessi e valori rispetto al singolo caso. In particolare, si ritiene che la clausola sia soggetta ad un duplice giudizio di compatibilità: da un lato, essa deve essere compatibile con l'ordine pubblico nella famiglia, cioè non deve ledere i diritti fondamentali della persona umana; dall'altro, poi, deve essere compatibile con l'ordine pubblico della famiglia, depurato dagli aspetti discriminatori, nel senso che la clausola non deve andare a snaturare l'essenza stessa del matrimonio, per come delineato dal testo costituzionale. Una maggiore libertà di contrattazione – almeno con riferimento al profilo dell'ordine pubblico della famiglia – deve essere riconosciuta alle clausole inserite nei contratti di convivenza o nelle unioni civili.

BIBLIOGRAFIA

Al Mureden, E.: "I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano", *Fam. dir.*, 2005, p. 552.

Alpini, A.: Diritto italo-europeo e princípi identificativi, Esi, Napoli, 2018.

Barba, V.: "L'ordine pubblico «internazionale»", *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 403 ss.

Barba, V.: "Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019", *GenIUS*, 2020, núm. 2, p. 34 ss.

Bargelli, E.: "Divorzio «privato» e «autonomia preventiva»", *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 250 ss.

Basini, G.F.: "I c.d. "patti prematrimoniali". Note de iure condendo", *Fam. e dir.*, 2019, p. 1153 ss.

Bianca, C.M.: *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2005.

Bianca, M.: "Le sezioni unite e i corsi e ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?", *Foro it.*, 2018, I, c. 2671 ss.

Bivona, E.: "Libertà e responsabilità dei coniugi negli accordi personali", *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 848 ss.

Busnelli, F.D.: "La famiglia e l'arcipelago familiare", *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 509 ss.

Busnelli, F.D.: "Prefazione", en AA. VV.: La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea (a cura di D. Amran e A. D'Angelo), Padova, 2011, p. 13.

Calderai, V.: "La tela strappata di Ercole. A proposito dello stato dei nati da maternità surrogata", *Nuova giur. civ. comm,*, 2020, p. 1109 ss.

Cantero, G.G.: "Parejas de hecho: historia, régimen y perspectivas de future", *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2021, núm. 14, p. 322 ss.

Carbone, V.: "L'assegno di divorzio tra disponibilità ed indisponibilità", *Corr. giur.*, 1992, p. 856 ss.

Cicu, A.: *Lo spirito del diritto famigliar*e, Stab. Tipografico Bianchini, Macerata, 1914.

Comporti, M.: "Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio", *Foro it.*, 1995, V, c. 105 ss.

De Verda y Beamonte, J.R.: *Persona umana e comunità familiare*, Giuffrè, Milano, 2020.

Farnsworth, E.A.: *On Contracts*, (updated by Wolfe, Z.), 4a ed., vol. 2, Wolters Kluwer, New York, 2020.

Ferrando, G.: "I diritti del bambino con due papà. la questione va alla Corte Costituzionale", *Fam. e dir.,* 2020, p. 675 ss.

Ferri, G.B.: *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Giuffrè, Milano, 1970.

Fusaro, A.: "Marital Conctracts, Ehevertraege, Convenzioni e accordi prematrimoniali. Linee di una ricerca comparatistica", *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, p. 475 ss.

Fusaro, A.: "La circolazione dei modelli giuridici nell'ambito dei patti in vista della crisi del matrimonio", en AA. VV.: *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari* (a cura di S. Landini e M. Palazzo), Giuffrè, Milano, 2018, p. 15 ss.

Hesselink, M.H.: *Justifying Contract in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2021.

Kay, H.H. e Amyx, C.: "Marvin v. Marvin. Preserving the options", *California Law Review*, 1977, vol. 65, p. 937 ss.

Landini, S.: "Incostituzionalità dei limiti alle indagini sulla maternità e paternità ex art. 278 c.c. e posizione giuridica del figlio incestuoso", *Familia*, 2003, p. 841 ss.

Lenti, L.: "L'adozione e il paradigma matrimoniale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 911 ss.

Lonardo, L.: *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Esi, Napoli, 1993.

Musolino, G.: "Il contratto di convivenza. Aspetti formali e relative nullità", *Notariato*, 2018, p. 725 ss.

Oberto, G.: *I contratti della crisi coniugale. Ammissibilità e fattispecie. Contenuti e disciplina*, Giuffrè, Milano, 1999; Oberto, G.: "«Prenuptial Agreements in Contemplation of Divorce» e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale", *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 171 ss.

Oberto, G.: "Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale", *Fam. e dir.*, 2012, p. 85 ss.

Oberto, G.: "Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino", *Fam. e dir.*, 2012, p. 804 ss.

Oberto, G.: "Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella Haarspaltemaschine", *Fam. e dir.*, 2013, p. 323 ss.

Perlingieri, G.: "In tema di rapporti familiari poligamici", *DSF*, 2018, p. 821 ss.

Perlingieri, G.: "Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi", *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 101 ss.

Perlingieri, G.: "Ordine pubblico e identità culturale. Le sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata", *DSF*, 2019, p. 337 ss.

Perlingieri, G. e Zarra, G.: *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Esi, Napoli, 2019.

Perlingieri, P.: "Sulla famiglia come formazione sociale", en AA. VV.: *Rapporti personali nella famiglia* (a cura di P. Perlingieri), Esi, Napoli, 1982, p. 39 ss.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, Napoli, 1991.

Recinto, G.: "Un inatteso revirement della Suprema Corte in tema di maternità surrogata", *Fam. e dir.,* 2020, p. 675 ss.

Rimini, C.: "I patti in vista del divorzio: la Cassazione rimane ancorata alla nullità", *Fam. e dir.*, 2021, p. 885 ss.

Rizzuti, M.: *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, Esi, Napoli, 2016.

Rodotà, S.: "La riforma del diritto di famiglia alla prova. Principî ispiratori e ipotesi sistematiche", en AA. VV.: *Il nuovo diritto di famiglia. Atti del Convegno organizzato dal sindacato avvocati e procuratori di Milano e Lombardia* (a cura di C. Delitala e G. Minoli), Giuffrè, Milano, 1976, p. 7 ss.

Salanitro, U.: "L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima Sezione si smarca... e apre alla maternità surrogata", *Corr. giur.*, 2020, p. 902 ss.

Santoro-Passarelli, F.: "L'autonomia privata nel diritto di famiglia", *Dir. e Giur.*, 1945, p. 3 ss.

Sesta, M.: "Ultima lezione di diritto della famiglia", *Ius Civile*, 2020, núm. 3, p. 812 ss.

Sirena, P.: "L'invalidità del contratto di convivenza", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 1071 ss.

Townsend Davis, E.: "The Enforcement of Cohabitation Agreements: Theories of Recovery for the Meretricious Spouse", *Nebraska Law Review*, 1982, vol. 61, p. 138 ss.

Tormen, L.: "Via libera alla trascrizione dell'adozione per le coppie omoaffettive", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 797 ss.

Zoppini, A.: "L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo", *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 213 ss.

KILLER ACQUISITION THEORY OF HARM Y LA AUTONOMÍA DE LAS PARTES: ILLUMINA /PACIFIC BIOSCIENCES Y PAYPAL/IZETTLE

KILLER ACQUISITION THEORY OF HARM AND THE AUTONOMY OF THE PARTIES: ILLUMINA /PACIFIC BIOSCIENCES AND PAYPAL/IZETTLE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 80-99

Eduardo
Roberto
OROZCO
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Partiendo del trabajo expuesto por Cunningham, Ederer y Ma titulado: "Killer Acquisition" publicado en el "Journal of Political Economy" en marzo 2021, se analizará la fusión de Illumnia, Inc/Pacific Biosciences of California, Inc (dos empresas del sector biotecnológico) y la de Paypal Holdings/iZettle con el fin de dar respuesta a las siguientes interrogantes:

¿La US Federal Trade Commission contaba con suficiente evidencia jurídica y económica para limitar la autonomía de las partes Illumnia, Inc/Pacific Biosciences of California, en pro de la innovación y competencia o se trató de una coartación a la libertad contractual cuyo único objetivo era la maximización de los rendimientos económicos?"

PALABRAS CLAVE: Killer Acquisition, Autonomía Contractual, Illumnia /Pacific Biosciences, Paypal/iZettle.

ABSTRACT: *Starting from the work presented by Cunningham, Ederer, and Ma entitled: "Killer Acquisition" published in the "Journal of Political Economy" in March 2021, we will analyze the merger of Illumnia, Inc/Pacific Biosciences of California, Inc (two companies from the biotechnology sector) and Paypal Holdings/iZettle to answer the following questions:*

Did the US Federal Trade Commission have sufficient legal and economic evidence to limit the autonomy of the Illumnia, Inc/Pacific Biosciences of California parties, in favor of innovation and competition, or was it a limitation of contractual freedom whose sole objective was maximizing economic returns?

KEY WORDS: *Killer Acquisition, Contractual Autonomy, Illumnia /Pacific Biosciences, Paypal/iZettle.*"

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. KILLER ACQUISITION THEORY OF HARM.- III. CASO ILLUMNINA/PACIFIC BIOSCIENCES.- 1. Antecedentes- 2. Administrative Complaint de la US Federal Trade Commission- IV. CASO PAYPAL HOLDINGS, INC /iZETTLE AB.- 1. Antecedentes- 2. Final Report Completed acquisition by PayPal Holdings,Inc. of iZettle AB- V. CONCLUSIONES.-

I. INTRODUCCIÓN

Las "Start-up" juegan un rol vital en el mercado. En efecto, son consideradas una fuente de nuevas ideas, productos y modelos de negocio. Además de ser una vía eficaz hacia la innovación, son también indispensables para obligar a los "incumbents"[1] a mejorar constantemente para no perder el favor del mercado que poseen. Sin embargo, en el mercado existen algunas distorsiones que inciden directamente en las Start-up y que benefician el predomino de los "incumbents" (Subsidios o rescates a las grandes empresas, la lenta actualización de las leyes de competencia, sin hablar de lo complejo que ha resultado regular la economía digital) Durante años, las agencias reguladoras de la competencia en Occidente, han tratado de crear un "suelo parejo" disminuyendo al mínimo posible las distorsiones de mercado que favorecen a los "incumbents" y se han concentrado en evitar el efecto "salami" (una gradual adquisición del mercado por parte de las grandes empresas y eventualmente, agregar una adquisición a gran escala)

Sin embargo, en 2015, se identificó una fracción cada vez mayor de empresas en los Estados Unidos que obtenían rendimientos anuales de 10%, 20% y hasta un 30%[2]. La primera explicación de estos elevados rendimientos, fue la idea que se hubiera adoptado un enfoque excesivamente permisivo en la regulación de los procesos de fusiones y adquisidores con el fin de salir plenamente de la depresión provocada por la crisis de los mercados financieros de 2007-2008. Dicha crisis provocó entre otras situaciones, un elevado escepticismo sobre la eficiencia del mercado, sobre todo después del anuncio de los millonarios rescates discrecionales hacia las grandes instituciones financieras.

Desde entonces, los organismos reguladores de la competencia en los Estados Unidos y en las Naciones Europeas han empezado a orientarse hacia un examen más detenido de las "Nascent Acquisitions". En particular, han sido objeto de

1 Una antigua empresa monopolista que sigue ocupando una posición dominante en el mercado liberalizado, spec. los medios de comunicación y las telecomunicaciones.

2 Furman, J. y Orszag P.: "Toward just Society" Columbia University Press, 2018, pp. 19-47.

• Eduardo Roberto Orozco Martínez
Doctorando Universidad de Messina.
eorozcomartinez@unime.it.

análisis las siguientes cuestiones: a) Definir con mayor precisión los parámetros que rigen la llamada: "Teoría del Daño" al mercado, b) Evaluación si las "Nascent Acquisitions" potencialmente anticompetitivas son adecuadamente captadas por los sistemas de notificación y por los umbrales de volumen de negocios previstos, y finalmente, c) si existe suficiente flexibilidad regulatoria para un re-examen de las fusiones y adquisiciones en caso de que no hayan sido correctamente evaluadas (Aún cuando hayan obtenido una autorización o una negación por parte del Ente regulador competente).

De esta evaluación parten las reflexiones que serán expuestas en estás páginas: ¿Hasta que punto la regulación de las fusiones y adquisiciones esta yendo al paso con el mercado que regulan? ¿Nos encontramos ante el desafío de actualizar dicha regulación para poder hacer frente a las necesidades y abusos de le mercado, teniendo en cuenta el rol las características de la nueva economía que ahora corre también por los rieles digitales? Nosotros consideramos que la regulación actual en fusiones y adquisidores requiere una actualización urgente ya que una regulación competencial "desenfocada" podría implicar:

A) Un gran despilfarro de recursos económicos y humanos, lo que provoca una pérdida importante de costes y oportunidades para la autoridad de la competencia. Pensemos, por ejemplo, en la primera gran "Cruzada" de la autoridad estadounidense contra el gigante tecnológico de hace cuarenta años: IBM. Teniendo en cuenta los cientos de miles de documentos examinados, los miles de horas de interrogatorios de testigos y expertos, y los millones de dólares invertidos en el caso, nadie duda de "que fue una de las mayores tonterías en la historia de los casos antimonopolio[3]" de ese país.

B) Los continuos errores en la aplicación de la prohibición de abuso de posición dominante ponen en tela de juicio una restricción, por sí misma impopular. Las imprecisiones pueden crear precedentes que dificultan su aplicación en el futuro, favoreciendo la inseguridad jurídica y la imprevisibilidad económica;

C) Como sabemos, la regulación de las fusiones y adquisiciones tienden a limitar la libertad de contratación de las partes. Si bien dicha limitante es en pro de la competencia y la innovación, lo cierto es que los instrumentos antitrust deben estar bien calibrados a los tiempos modernos para evitar un abuso a la coartación de la libertad contractual en menoscabo del interés económico del privado.

En conclusión, una imprecisa regulación afecta al particular no sólo disminuyendo su libertad contractual y aumentando la incerteza jurídica, sino también provoca

3 Boudin, M. "Book Review: Forensic Economics", HeinOnline 1984, núm 835, p. 838.

un empleo estéril de los impuestos que fueron recogidos en forma coactiva por parte del Estado.

Con el fin de llevar acabo una reflexión ordenada, procederemos de la siguiente manera: Después de esta breve introducción, se reportará el trabajo de Cunningham, Colleen, Florian Ederer y Song Ma titulado: "Killer acquisitions", publicado en el Journal of Political Economy en 2020 haciendo particular énfasis en delimitar las características principales de la Killer Acquisition Theory of Harm y cómo éste se diferencia categóricamente a una "Nascent Acquisitions". Sucesivamente, se desarrollará el caso de Illumnia, Inc[4] y Pacific Biosciences of California, Inc[5] dos empresas del sector biotecnológico que decidieron iniciar su proceso de fusión equivalente a 1.2 mil millones de dólares y desistiendo de su propósito en enero de 2020 debido al largo proceso de aprobación y a la continua oposición de la US Federal Trade Commission[6] En particular, el Ente regulador afirmó que: [Illumna] "Mantendría ilegalmente su monopolio en el mercado de EE.UU. en los sistemas de secuenciación de ADN de próxima generación (NGS) extinguiendo PacBio, considerada una amenaza competitiva naciente.[7]" La US FTC basó su decisión en el artículo 7 del Clayton Act que prohíbe acuerdos que eliminen la competencia presente y futura y en la sección 2 del Sherman Act el cual prohíbe intentar obtener o mantener un monopolio.

Del otro lado del Atlántico, se expondrá la fusión entre Paypal Holdings[8] y iZettle AB[9]. El 20 de septiembre de 2018, PayPal adquirió iZettle. Ambas firmas estaban en el mercado para el suministro de puntos de venta móviles (mPOS). La Competition and Markets Authority del Reino Unido[10] decidió no oponerse a la fusión ya que pudo evaluar que la empresa fusionada estaría limitada por otros competidores significativos. La UK CMA analizó cómo habría evolucionado la competencia en el mercado entre PayPal e iZettle y las estrategias comerciales probables de las partes si no se hubiera producido la fusión. Consideró la motivación de PayPal para la adquisición, así como la percepción de los clientes de dispositivos mPOS. Concluyó, además, que: [iZettle] "sólo habría podido desarrollar su oferta lentamente y habría seguido siendo un actor marginal en el futuro previsible[11]".

4 En adelante, Illumnina.

5 En adelante, PacBio.

6 En adelante, US FTC.

7 Federal Trade Commission. (2019). FTC challenges Illumina's proposed acquisition of PacBio. Recuperado el 5/10, 2021, from https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/12/ftc-challenges-illuminas-proposed-acquisition-pacbio "[Illumna] unlawfully maintain its monopoly in the U.S. market for next-generation DNA sequencing (NGS) systems by extinguishing PacBio as a nascent competitive threat". Traducción al castellano a cura del autor.

8 En adelante, PayPal.

9 En adelante iZettle.

10 En adelante, UK CMA

11 CMA, Press Release: CMA clears PayPal / iZettle deal. Recuperado 14/11/ 2021, https://www.gov.uk/government/news/cma-clears-paypal-izettle-deal "iZettle would only have been able to develop its offering

A manera de conclusión se responderán a las siguientes cuestiones que inciden directamente en la autonomía contractual:

¿La US FTC contaba con suficiente evidencia jurídica y económica para limitar la autonomía de las partes: Illumnia/PacBio en pro de la innovación y competencia o se trató de una coartación a la libertad contractual cuyo objetivo era la maximización de los rendimientos económicos?

La UK CMA condicionó la autonomía contractual de las entidades PayPal e iZettle no sólo al parecer de agentes ajenos (la percepción de los clientes mPOS o a la existencia de competidores significativos), sino también basó su decisión en mediciones de competencia que podría o no verificarse en el futuro ¿Hasta qué punto es posible coartar la autonomía contractual, basados en proyecciones a priori que, por definición, cuentan con un considerable porcentaje de incerteza?

II. KILLER ACQUISITION THEORY OF HARM

Cunningham, Ederer y Ma definen el "Killer Adquisition Theory of Harm" como un evento en el que la empresa adquiriente tiene como objetivo principal el: "interrumpir el desarrollo de los proyectos de innovación de la empresa adquirida y así evitar la competencia futura".[12] Por la definición, es claro que se trata de una teoría del daño al mercado y no tanto de una categoría de adquisiciones. Dicho daño se materializa cuando el "incumbent" neutraliza el desarrollo de un producto/servicio a través de la adquisición de la empresa competidora.

Los autores hipotizan que existen dos supuestos en los que es muy conveniente para un "incumbent" fusionarse o adquirir un potencial competidor:

A) Cuando éste no desea sufrir la pérdida de ingresos causados por la normal maduración de su producto o servicio en el mercado y;

B) Cuando es más rentable adquirir una "Nascent Acquisition" que invertir en su propia innovación.

Por lo tanto, podemos concluir que la "Killer Acquisition Theory of Harm", tiene como principales características que: a) son fusiones de naturaleza horizontal, y b) buscan incidir sobre en la proyección o no de un producto/servicio terminado.

slowly and would have remained a marginal player for the foreseeable future".

12 Cunningham, C.; Edered, F.; Ma, S. Killer acquisitions. Journal of Political Economy, 2021, núm. 129.3: pp.649-702: "Firms may acquire innovative targets to discontinue the development of the targets' innovation projects in order to preempt future competition. We call such acquisitions "killer acquisitions." Traducción al castellano a cura del autor.

Evidentemente, cuando se menciona el "Killer Acquisition Theory of Harm", no sólo engloba a aquellos incumbents que disminuyen la competencia adquiriendo y eliminado un producto o servicio terminado, sino también y, es un fenómeno más común, a aquellos que adquieren un producto/servicio para controlar su desarrollo (sin matarlo) y así evitar la futura rivalidad. Cuando Facebook, Inc adquirió Instagram, Inc en 2012, se pensó que dicha adquisición por casi mil millones de dólares se trataría de una estrategia del gigante del "social network" para controlar el desarrollo y la competencia de la start up que había innovado de forma radical el photosharing gracias a sus numerosos filtros y efectos artísticos. A más de 8 años de distancia de la adquisición, podemos confirmar que no existe una disminución considerable de la competencia entre ambas plataformas digitales que actualmente son dirigidas a mercados diferentes segmentados por estratos generacionales. Sin embargo, podemos constatar que la adquisición de Instagram permitió a Facebook mejorar la gestión de fotos de sus usuarios y su experiencia de photosharing gracias a la eliminación del obstáculo legal y económico que representan las patentes. El pasado 28 de octubre, Facebook, Instagram junto con Whatsapp, Oculus VR entraron en una nueva fase: serán parte del "Metavers" de Zuckerberg, el cual se propone como una realidad virtual alterna en la que será posible desarrollar la propia vida personal y laboral en un sólo ambiente a través de un "avatar" personalísimo. Esta iniciativa del todo innovadora es considerada por los expertos como el primer intento de "colonización" de la realidad virtual; realidad que aún escapa a la regulación antimonopólica.

En este punto, es de suma importancia realizar una neta diferenciación entre una "Killer Adquisition" y una "Nascent Acquisition". La primera representa per sé una teoría de daño y está dirigida a controlar el destino de un producto o servicio que ya está terminado y que ha sido lanzado al mercado. Naturalmente, el "Killer acquisition theory of harm" no limita la existencia contemporánea de otras teorías de daño como: las teorías verticales del daño, las teorías de conglomerado de daño etc. En cambio, las "Nascent Acquisitions" constituyen toda una categoría de adquisiciones de empresas jóvenes con productos o servicios cuya importancia competitiva sigue siendo muy incierta. Por ejemplo, el objetivo de la joven empresa puede no haber llegado aún al mercado, o puede que lo hayan hecho recientemente, pero aún no han madurado. En cualquier caso, un análisis estático del mercado puede ofrecer un indicador poco fiable del futuro. Existe un alto nivel de incertidumbre si dicha fusión o adquisición dañará el mercado.

III. CASO ILLUMNINA/PACIFIC BIOSCIENCES

1. Antecedentes

Illumina es una empresa estadounidense constituida el 1° de abril de 1998 que desarrolla, fabrica y comercializa sistemas integrados para el análisis de la

variación genética y función biológica. La compañía proporciona una línea de productos y servicios que sirve a los mercados de secuenciación, genotipado y expresión génica. Su sede se encuentra en San Diego, California. La clientela target incluye: centros de investigación genómica, empresas farmacéuticas, instituciones académicas, organizaciones de investigación clínica y empresas de biotecnología.

Illumina define su objetivo en su página oficial: "As a startup, Illumina aspired to transform human health. Our initial products enabled researchers to explore DNA at an entirely new scale, helping them create the first map of gene variations associated with health, disease, and drug response. Every breakthrough opened up a new world, and showed us how much further there is to go"[13].

En 2014, la compañía anunció un producto multimillonario, el "HiSeq X Ten" preveía la obtención de secuenciación de genoma completo a gran escala por sólo $1,000 por genoma (Muy por debajo del millón de dólares que se requería en 2007). La empresa afirmó que 40 máquinas "HiSeq X Ten" serían capaces de secuenciar más genomas en un año que los producidos por todos los demás secuenciadores hasta ese momento. En enero de 2014, Illumina ya poseía el 70% del mercado de máquinas de secuenciación del genoma que representaban más del 90% de todos los datos de ADN producidos. De hecho, la cantidad de datos producidos por las "HiSeq X Ten" era tal que Illumina tuvo que invertir en la adquisición de la empresa "Precomercial Enancio" en 2020 la cual desarrolló un algoritmo de compresión de datos de ADN específicamente dirigido a las maquinas de Illumina, capaces de reducir la huella de almacenamiento en un 80%.

PacBio En cambio, es una empresa estadounidense de biotecnología fundada en 2004 que desarrolla y fabrica sistemas para la secuenciación de genes y otras nuevas observaciones biológicas en tiempo real.

En su página institucional describen su producto estrella de la siguiente manera: "In an effort to push the boundaries of molecular biology, our founders invented a new way to study the synthesis and regulation of DNA, RNA, and proteins. Harnessing advances in biochemistry, optics, nanofabrication, and more, we developed Single Molecule, Real-Time (SMRT) Sequencing technology. This powerful technology transforms the understanding of biological systems by enabling real-time analysis of biomolecules with single-molecule resolution.

PacBio sequencing offers the most comprehensive view of genomes, transcriptomes, and epigenomes, including the full spectrum of genetic variation, by providing the longest average read lengths, highest consensus accuracy, and

13 Illumnina Official Web Page. (2021). About us. Recuperada 11/13, 2021, de https://emea.illumina.com/company/about-us.html

most uniform coverage of any sequencing technology on the market today. Ideal for de novo genome assembly and genetic variation characterization of humans, animals, plants, and microbes, this system features high-performance optics, automated liquid handling, and an intuitive, intelligent operating system"[14].

El 1° de noviembre de 2018, Illumina concordó comprar PacBio por US$1.200 millones en efectivo (US$8.00 por acción). Se esperaba que dicho acuerdo se cerrara en el cuarto trimestre de 2019. Sin embargo, En diciembre de 2019, la US FTC bloqueó la adquisición haciendo uso de sus facultades. Los esfuerzos de fusión fueron abandonados definitivamente el 2 de enero de 2020. Illumina pagó a PacBio una indemnización previamente pactada de US $98 millones por rescisión de contrato.

2. Administrative Complaint de la US Federal Trade Commission

La US FTC autorizó la acción para bloquear la propuesta de adquisición de PacBio por parte de Illumina por $1.2 mil millones. La Comisión alegaba que Illumina estaba tratando de mantener ilegalmente su monopolio en el mercado de EE.UU. para los sistemas de secuenciación de ADN de próxima generación[15] extinguiendo PacBio como una amenaza competitiva[16].

La Administrative Complaint[17] también alegaba que la adquisición propuesta era ilegal, pues reduciría sustancialmente la competencia en el mercado de NGS de EE.UU. al eliminar la competencia actual e impedir la futura competencia entre Illumina y PacBio. La US FTC también autorizó a su personal a solicitar a un juez federal una orden de alejamiento temporal de los consejos de administración de ambas empresas con el fin de mantener el status quo a la espera del procedimiento administrativo.

Según la Complaint, la NGS es una tecnología de rápida expansión utilizada en la investigación genética y pruebas clínicas. Illumina es el proveedor líder mundial de estos productos. Sus sistemas emplean tecnología de secuenciación de lectura corta, que ha sido la tecnología NGS predominante en los Estados Unidos durante la última década. PacBio en cambio, es una de las otras tres empresas que fabrica y vende sistemas NGS en el mercado de EE.UU. Las plataformas de PacBio emplean

14 Pacific Biosciences of California, Inc. (2021). About US. Recuperado 11/13, 2021, de https://www.pacb.com/company/about-us/

15 En adelante. NGS por sus siglas en inglés.

16 Según la US FTC, la adquisición, si consumada, violaría: La sección 2 del Sherman Act, 15 U.S.C. § 2, la Sección 7 del Clayton Act, 15 U.S.C. § 18, la Sección 5 del FTC Act, 15 U.S.C. § 45, y que, al considerar la Comisión que un procedimiento al respecto sería de interés público, presenta su denuncia de conformidad con la Sección 5(b) of the FTC Act, 15 U.S.C. § 45(b), la Sección 11(b) del Clayton Act, 15 U.S.C. § 21(b),

17 La Comisión emite una "Administrative Complaint" En adelante, Complaint, cuando tiene razones para creer que la ley ha sido o está siendo violada, y la Comisión considera que un procedimiento es de interés público. La presentación de la denuncia administrativa marca el comienzo de un proceso en el que las denuncias serán juzgadas en audiencia formal ante un juez de derecho administrativo.

tecnología de secuenciación de lectura larga, una herramienta importante en la que PacBio fue pionera y que ha mejorado significativamente con el tiempo.

"Cuando un monopolista compra a un rival potencial, puede dañar la competencia", dijo Gail Levine, directora adjunta de la US FTC. "Estos acuerdos ayudan a los monopolistas a mantener el poder. Por eso estamos desafiando esta adquisición.[18]"

La Complaint afirma que PacBio ha realizado importantes avances tecnológicos en los últimos años que han aumentado la precisión y el rendimiento general de sus sistemas, al tiempo que han reducido el coste. Como resultado, PacBio es una alternativa más innovadora que la de Illumina. Los clientes ya han empezado a cambiar algunos volúmenes de secuenciación de Illumina a PacBio para ciertos casos de uso y aplicaciones y PacBio se está preparado para tomar volúmenes más amplios de secuenciación.

La Complaint también declaraba que la adquisición perjudicaría a la competencia al reducir el incentivo de la empresa combinada para innovar y desarrollar nuevos productos: La competencia entre Illumina y PacBio impulsa la innovación mutua, y la adquisición eliminaría ese incentivo. La votación de los miembros de la US FTC para emitir la Complaint. y autorizar al personal a solicitar una orden de restricción temporal fue de 5-0. El inicio del juicio administrativo estaba previsto para empezar el 20 de agosto de 2020. Sin embargo, el 2 de enero de 2020 Illumina y PacBio anunaciaron el desistimiento a la fusión alegando la excesiva inversión de tiempo y recursos en el largo proceso de aprobación y a la continua oposición de la US FTC: "Considering the lengthy regulatory approval process the transaction has already been subject to and continued uncertainty of the ultimate outcome, the parties decided that terminating the agreement is in the best interest of their respective shareholders and employees. In accordance with the merger agreement, Illumina will pay Pacific Biosciences a termination fee of $98 million.[19]"

IV. CASO PAYPAL HOLDINGS, INC /IZETTLE AB

1. Antecedentes

PayPal es una empresa estadounidense de comercio electrónico creada en marzo de 2000 que se especializa en transferencias de dinero por Internet. Fue

18 Federal Trade Commission. (2019). FTC challenges Illumina's proposed acquisition of PacBio. Recuperado el 5/10, 2021, from https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/12/ftc-challenges-illuminas-proposed-acquisition-pacbio "When a monopolist buys a potential rival, it can harm competition," said FTC Bureau of Competition Deputy Director Gail Levine. "These deals help monopolists maintain power. That's why we're challenging this acquisition." Traducción al castellano a cura del autor.

19 PacBio Web Page. (2020). Illumina and pacific biosciences announce termination of merger agreement. Recuperada 11/15, 2021, from https://www.pacb.com/press_releases/illumina-and-pacific-biosciences-announce-termination-of-merger-agreement/

el producto de una fusión entre "X.com, Inc" y "Confinity, Inc", y permitió a sus usuarios realizar pagos o transferir dinero entre cuentas en una transacción segura en línea.

Después de que PayPal se convirtió en la principal opción de los compradores de subastas de Internet, el gigante del mercado online, eBay, adquirió PayPal por $ 1.5 mil millones en octubre de 2002. La mejora que Paypal ofrecía a los usuarios en aquella época y que revolucionó el mercado de las transacciones en la red, fue la posibilidad de vincular la cuenta de internet con sus propias cuentas bancarias, haciendo transferencias y pagos más eficientes y ágiles que los giros postales o cheques. EBay cobraba costos extras por ciertas transacciones y eran determinados basándose en cantidad y la naturaleza de la transacción o bien en el tipo de moneda empleado. En 2015 PayPal se convirtió en una entidad independiente, pero continuó siendo utilizada mayormente por eBay.

Una sofisticada serie de avances de seguridad ayudó a PayPal a seguir siendo una empresa respetada en términos de prevención del robo de identidad. La compañía implementó medidas anti-phishing y anti-hacking efectivos, y desarrolló un dispositivo clave portátil que requería activación manual antes de procesar cualquier transferencia desde una cuenta PayPal. Además, permitía a los usuarios impugnar y solicitar reembolso en las transacciones que eran declaradas fraudulentas. Finalmente, ofrecía un tipo de protección limitada para los vendedores e incluía un sistema que desactivaba las cuentas cuando se observaba actividad sospechosa o excesiva.

Zettle by PayPal[20] En cambio, es una compañía sueca de tecnología financiera fundada por Jacob de Geer y Magnus Nilsson en abril de 2010. Lanzó su primera aplicación en 2011. La compañía ofrece una gama de productos financieros que incluyen pagos on line, puntos de venta, financiación y solicitudes de socios. iZettle fue la primera en desarrollar un lector de tarjetas chip y una aplicación para el comercio móvil basado en teléfonos inteligentes que cumple con los estándares internacionales de seguridad.

El producto estrella de iZettle es el llamado POS Zettle POS que consiste en un lector de tarjetas y una aplicación punto de venta que ha sido considerada intuitiva y estable por los usuarios. Alguno de los beneficios de este POS son los siguientes: a) Compra segura para todos los métodos de pago b) Informes inmediatos sobre los productos y las ventas c) Sin costos vinculantes o comisiones.

La adquisición de iZettle por parte de PayPal se concluyó en el tercer trimestre de 2018 con un valor de $ 2,2 mil millones de dólares.

20 Anteriormente conocida como iZettle

2. Final Report Completed acquisition by PayPal Holdings,Inc. of iZettle AB

El 12 de junio de 2019 la UK CMA publicó su "Final Report acquisition by PayPal Holdings,Inc. of iZettle AB" en el cual afirma que: "As a result of our assessment, we have concluded that the Merger has not resulted, and is not expected to result, in a substantial lessening of competition in the UK"[21].

Hemos tomado dos conclusiones del Final Report de la UK CMA que son interesantes para nuestras reflexiones:

"Our evaluation of this Merger takes into account that the payment services industry is a fast-moving and dynamic market. Such markets are distinguished by rapid growth in a relatively short period of time and notable technological and commercial developments that often result in disruption to the current state of competition and how consumers interact in the marketplace. In this context, we do not consider it sufficient to assess the impact of the Merger with reference solely to the current state of competition; we instead need to consider the likely impact on competition as it is expected to develop in relation to the markets it will affect. For this reason, we have taken account of a range of forward-looking evidence and, in particular, evidence that allows us to form expectations about future competition, both with and without the effects of the Merger. This has required us to investigate thoroughly evidence available from internal documents, of the Parties and third parties, that are relevant to possible future developments[22]".

Con esta primera conclusión. la UK CMA afirma lo que se ha discutido por más de 20 años en lo concerniente a la regulación de la economía digital: Es una economía dinámica y cuya legislación debe ser continuamente actualizada. Hoy en día, y, como no podía ser de otra manera en un sector cuyo modelo de negocio es innovador, dinámico y en cierto modo "disruptivo", existen una serie de atributos añadidos que afectan fuertemente al mercado y que han reconfigurado el panorama digital: el hecho de que las start-ups operen en más de una plataforma (multi sided markets); el uso de la popularidad y éxito de las redes sociales para promoverse; la recopilación, organización y tránsito de Big Data en el centro de su modelo de negocio y, finalmente, una fuerte migración del modelo empresarial de un web-based economy a un app-based economy[23].

La segunda conclusión a la que llegó la UK CMA y que es de sumo interés para nuestras reflexiones es la siguiente:

21 Competition and Markets Authority. (2019). Completed acquisition by PayPal holdings,inc. of iZettle AB Final Report) p.126

22 Ibid pp. 6-7.

23 Actualmente, Internet no solo es utilizado por una PC, sino a través de aplicaciones de dispositivos móviles como: tabletas, teléfonos inteligentes, etc.

"We also considered whether the acquisition might have been motivated by an intention to prevent future competition from an emerging rival. We examined whether the consideration paid by PayPal for iZettle (which was much higher than the expected IPO valuation) suggested that it had taken account of a potential reduction in competition. However, after careful review we have found no evidence to suggest that this was the case. We also found that the consideration appeared justified by commercial valuation and calculations of synergies including increased sales volumes and cost savings[24]".

Para llegar a la conclusión que la adquisición de iZettle por parte de PayPay no dañaría sustancialmente la competencia y la innovación en el mercado del Reino Unido se utilizó el método del "Contrafactual Situation". En nuestro caso: ¿Qué pasaría si no se llevara a cabo dicha fusión? y a partir de esta hipótesis proyectar el desarrollo de ambas empresas buscando si en un futuro existiría un menoscabo a la competencia y a la innovación.

La UK CMA se basó no sólo en sus instrumentos de medición antitrust, sino también en los alegatos que ambas empresas aportaron.

La justificación de PayPay fue que la fusión trataría de reunir empresas en gran medida complementarias para crear una oferta omnicanal más fuerte para los comerciantes más pequeños ya que los consumidores finales exigían cada vez más la capacidad de comprar y vender a través de esos canales. Por este motivo, se encontró con la necesidad de ponerse al día con los proveedores que ya ofrecieran un servicio omnicanal que cumpliera con los estándares internacionales de seguridad. IZettle, a su vez, afirmó que estaría lejos de ser capaz de competir fuertemente en el mercado omnicanal si la fusón no se hubiera suscitado.

Por otra parte, la UK CMA consideró que, en ausencia de la fusión, iZettle se habría expandido en la prestación de servicios de pago en línea, pero: "Sólo habría podido desarrollar su oferta lentamente y habría seguido siendo un actor marginal en el futuro previsible[25]". En sus alegatos, iZettle declaró que se centraba más en las capacidades de gestión empresarial que en los pagos en línea, y que, de no haberse producido la fusión, no habría estado en condiciones de expandirse rápidamente en este segmento.

24 Competition and Markets Authority. (2019). Completed acquisition by PayPal holdings,inc. of iZettle AB No. Final Report) p. 6.

25 CMA, Press Release: CMA clears PayPal / iZettle deal. Recuperado 14/11/ 2021, https://www.gov.uk/government/news/cma-clears-paypal-izettle-deal "iZettle would only have been able to develop its offering slowly and would have remained a marginal player for the foreseeable future".

V. CONCLUSIONES

Analizando de manera detenida la complaint de la US FTC, podemos afirmar que el ente regulador contaba con bases suficientes para limitar la libertad de contratación de Illumina y PacBio en pro de la innovación. La justificación de dicha limitación, la encontramos en la misma complaint. Nos permitimos traducir al castellano los puntos fundamentales que nos ayudan a fundamentar la respuesta a nuestra posición:

27. "Los sistemas de lectura larga de PacBio tienen características y usos similares a los de Illumina. A medida que PacBio siga mejorando el coste, la precisión y el rendimiento de sus sistemas de lectura larga, sus características y usos se volverán aún más similares a los de los sistemas de lectura corta de Illumina"[26].

28. "En algunos casos, los clientes han cambiado el volumen de secuenciación de Illumina a PacBio como resultado de mejoras en el costo, precisión y rendimiento de los sistemas de PacBio. PacBio espera seguir mejorando el costo, la precisión y rendimiento en el futuro, y los clientes esperan cambiar el volumen adicional de Illumina a PacBio como resultado de esas mejoras"[27].

37. "Evidencia directa sustancial demuestra el poder de monopolio duradero de Illumina. Para muchos proyectos y casos de uso, los clientes tienen pocas o ninguna alternativa comercialmente razonable a Illumina"[28].

38. "Los clientes reconocen que tienen pocas alternativas comercialmente razonables y carecen de negociación para obtener precios más bajos o mejores contratos de Illumina. Cuando Illumina ha implementado aumentos de precios, esos aumentos han sido ventajosos y no han impulsado las ventas hacia otros sistemas de secuenciación de ADN"[29].

26 Federal Trade Commission. (2019). Administrative Complaint on the matter of Ilumina, incorporated a corporation, and pacific biosciences of california, incorporated (PacBio) P. 5 PacBio's long-read systems have characteristics and uses similar to those of Illumina's short-read systems for certain projects and use cases. As PacBio continues to improve the cost, accuracy, and throughput of its long-read systems, their characteristics and uses will become even more similar to those of Illumina's short-read systems. Traducción al castellano a cura del autor.

27 Ibid. p. 6: In some instances, customers have switched sequencing volume from Illumina to PacBio as a result of past improvements in the cost, accuracy, and throughput of PacBio's systems. PacBio expects to continue improving its system's cost, accuracy, and throughput in the future, and customers expect to switch additional volume from Illumina to PacBio as a result of those improvements. Traducción al castellano a cura del autor.

28 Ibid p. 6: Substantial direct evidence demonstrates Illumina's durable monopoly power. For many projects and use cases, customers have few, if any, commercially reasonable alternatives to Illumina.

29 Ibid p. 6: Customers recognize that they have few commercially reasonable alternatives and lack bargaining leverage to obtain lower prices or better contract tenns from Illumina. When Illumina has implemented price increases, those increases have been profitable and have not driven sales toward other DNA sequencing systems. Traducción al castellano a cura del autor.

61. "Los documentos internos de los encuestados demuestran la intensificación de la competencia cara a cara y el reconocimiento mutuo de la amenaza que un PacBio independiente representaba para Illumina. Como el CEO de PacBio dijo a los inversores en agosto de 2018: "Queda demostrado que un análisis PacBio de alta calidad del genoma humano se puede realizar a un costo competitivo. Esto es un éxito que anticipa ver mayores usuarios de muestras de secuenciación de población pasar a PacBio"[30].

73. "La fusión reduce los incentivos de la empresa combinada para innovar y desarrollar nuevos productos en relación con los incentivos que PacBio e Illumina enfrentan como competidores independientes. Después de la adquisición, Illumina habría reducido los incentivos para desarrollar nuevos sistemas de lectura larga que podrían canibalizar su negocio de lectura corta existente, e Illumina tendría poco o ningún incentivo para continuar sus esfuerzos para lanzar nuevos productos de lectura larga después de la adquisición de PacBio. Como resultado, los consumidores tendrían menos productos innovadores para elegir, y perderían los beneficios de precio y calidad que la competencia entre los nuevos productos de Illumina y PacBio habría creado sin la fusión"[31].

81. "La adquisición, si se consuma, eliminaría la amenaza competitiva naciente que un PacBio de propiedad independiente plantea al poder monopolístico de Illumina. La Adquisición es una conducta anticompetitiva porque elimina la competencia entre Illumina y PacBio. La Adquisición es una conducta anticompetitiva razonablemente capaz de contribuir significativamente al mantenimiento del poder monopolístico de Illumina"[32].

Siguiendo con las conclusiones propuestas al inicio de estas páginas, cuanto respecta al caso PayPal e iZettle, hemos confirmado que la UK CMA de Reino Unido tuvo que condicionar la fusión de las entidades PayPal e iZettle a mediciones

30 Ibid. p. 9: Respondents' internal documents demonstrate intensifying head-to-head competition and a mutual recognition ofthe threat that an independent PacBio posed to Illumina going fo1wa1·d. As PacBio's CEO told investors in August 2018, PacBio was getting close to "demonstrat[ing] that a high-quality PacBio analysis of the human genome can be performed at a compai·able cost [to shoti-read technologies]," a "tnilestone" where it "anticipate[s] seeing larger cohorts of population sequencing samples shift over [from sho1t read] to PacBio."

31 Ibid P.11: The merger reduces the combined firm's incentives to innovate and develop new products relative to the incentives PacBio and Illumina faced as independent competitors. Post-acquisition, Illumina will have reduced incentives to develop new long-read systems that would cannibalize its existing short-read business, and Illumina will have little or no incentive to continue its efforts to launch new long-read products after acquiring PacBio's long-read business. As a result, consumers will have fewer innovative products to choose from, and they will lose the price and quality benefits that competition between Illumina's and PacBio's new products would have created absent the merger. Traducción al castellano a cura del autor.

32 Ibid. P.12: The Acquisition, if consummated, would eliminate the nascent competitive threat that an independently owned PacBio poses to Illumina's monopoly power. The Acquisition is anticompetitive conduct because it eliminates competition between Illumina and PacBio. The Acquisition is anticompetitive conduct reasonably capable of contributing significantly to Illumina's maintenance of monopoly power. Traducción al castellano a cura del autor.

de competencia que podría o no verificarse en el futuro y a la existencia de competidores, pues como lo hemos afirmado anteriormente, los mercados digitales son talmente activos, innovadores y, sobre todo cambiantes y por ende, es casi imposible realizar una proyección completamente acertada sobre el comportamiento del mercado y de las empresas que ahí transitan.

Con el fin de fundamentar la tesis sobre el constante cambio que sufre el ecosistema digital, nos permitimos citar las características fundamentales de los mercados digitales contenidas en el Final Report de la Comisión Europea titulado: "Competition Policy For he Digital Era" de 2019:

"*Extreme returns to scale*. The cost of production of digital services is much less than proportional to the number of customers served. While this aspect is not novel as such (bigger factories or retailers are often more efficient than smaller ones), the digital world pushes it to the extreme and this can result in a significant competitive advantage for incumbents.

Network externalities. The convenience of using a technology or a service increases with the number of users that adopt it. Consequently, it is not enough for a new entrant to offer better quality and/or a lower price than the incumbent does; it also has to convince users of the incumbent to coordinate their migration to its own services. Network effects could thus prevent a superior platform from displacing an established incumbent. The size of this "incumbency advantage" depends on a number of factors, including the possibility of multi-homing, data portability, and data interoperability.

The role of data. The evolution of technology has made it possible for companies to collect, store, and use large amounts of data. Data is not only one of the key ingredients of Artificial Intelligence but also a crucial input to many online services, production processes, and logistics. Therefore, the ability to use data to develop new, innovative services and products is a competitive parameter whose relevance will continue to increase[33]".

Para una ulterior fundamentación de nuestra tesis, hemos citado también a los expertos[34] en materia que han declinado las características del ecosistema digital contenidas en la "Competition Policy For he Digital Era" en siete:

A) Empresas de plataformas multilaterales: si bien este no es necesariamente el caso para todas, muchos de estos mercados de alta tecnología a menudo se

33 European Commission. (2020). Competition policy for the digital era Final Report PP. 2-3

34 Díez Estrella F. "La aplicación del Derecho de Competencia en la Era Digital" (Casos Google, Facebook, Apple/Shazaam, y el Informe de la Comisión Europa de Abril 2019)." Anuario de derecho de la competencia 2019. Thomson Reuters-Civitas, 2019 pp. 5-6.

estructuran en torno a plataformas que conectan dos o más mercados distintos. Se diferencian en esto de la configuración clásica en la que un mercado cambia únicamente a través de precios y transacciones entre licitadores y solicitantes de un bien o servicio. En este sentido, la "Competition Policy for the Digital Era" dedica todo el capítulo 4, subrayando la importancia de promover la competencia por el mercado evitando estrategias Empresas dominantes que impiden la entrada de nuevas plataformas, tanto de competencia en el mercado, es decir, dentro de la propia plataforma.

B) Configuración especial de barreras de entrada: a diferencia de cualquier otro mercado o sector, el ecosistema digital es un entorno empresarial fluido y cambiante, en el que la inversión es mínima y cualquiera puede entrar y amenazar la posición dominante de la firma líder. Es cierto que la existencia de una empresa consolidada dificulta la aparición de nuevos competidores, pero esto es inherente a cualquier mercado, y ciertamente no constituye una barrera de entrada en el sentido que le da la ley de competencia.

C) Costos marginales cercanos a cero: los bienes y servicios ofrecidos en el entorno digital y en la economía basada en aplicaciones tienen un costo marginal cercano a cero. Es cierto que las inversiones iniciales son considerables, pero una vez desarrollado el producto o aplicación en cuestión, el costo de "fabricar" una unidad adicional es insignificante. Es por eso que la "Competition Policy for the Digital Era" (Capítulo 3) habla de retornos "extremos" y cómo el costo de producir servicios y productos digitales es mucho menos proporcional al número de clientes atendidos.

D) Oferta de servicios gratuitos. en el caso seguido por la Comisión contra Google Inc se percibe claramente, ya que se aplica un precio asimétrico por el uso del buscador, haciéndolo gratuito para los usuarios y cobrando sumas elevadas a las empresas que anuncian en su sitio web. Lo mismo ocurre con una infinidad de productos y servicios propios de mercados altamente sofisticados y que operan con TIC: redes sociales (Facebook, Instagram, Twitter); mensajería instantánea (Whatsapp, Line, Messenger); correo electrónico (Gmail, Yahoo, Hotmail); voz sobre IP (Skype, Viber); etc.

E) Multihoming: dado que los costos de cambio son mínimos en el ecosistema digital, el usuario insatisfecho con un producto o servicio puede arriesgarse a probar más opciones en el mercado sin que esto signifique una disminución significativa de su poder adquisitivo. A diferencia, por ejemplo, de lo que sucedió con Microsoft durante los años 80 y 90: una vez adquirido e instalado Windows en la PC, el costo de cambiar el sistema operativo era alto (no tanto por el precio, sino por las molestias de desinstalarlo, instalar el nuevo, agregar aplicaciones, el riesgo de perder información relevante, etc.). Hoy en día, los estudios de mercado

muestran que los usuarios a veces trabajan con múltiples buscadores (Google, Bing, Safari, FireFox etc.) abiertos al mismo tiempo, de la misma forma que muchos otros suelen administrar múltiples cuentas de correo electrónico (Gmail, Yahoo, Hotmail, Outlook, etc.) o tener un perfil en diferentes redes sociales (Facebook, Linkedin, Instagram, etc.).

F) Presencia de efectos de red: Esta característica se deriva de la estructura multiplataforma mencionada anteriormente: con un mayor número de usuarios, una plataforma atrae a un mayor número de empresas tecnológicas especializadas, haciéndola más innovadora y provocando la llegada de nuevos usuarios. Este efecto cíclico no dura para siempre; la misma naturaleza evolutiva y dinámica de los mercados y las demás características del entorno digital hacen que la empresa o plataforma que domina el mercado sea reemplazada por otra.

G) El papel de Big Data: por último, y no menos importante, el papel de los datos en la nueva economía digital. Hoy podemos decir que "digital" es equivalente a impulsado por datos, por lo que la importancia competitiva atribuida a este factor será decisiva para la aplicación de las leyes antimonopolio en estos mercados. El impacto de los datos en el poder de mercado de una empresa digital ya ha sido estudiado por la doctrina. Esto tampoco es nada nuevo en la práctica de toma de decisiones de la Comisión Europea, que durante más de una década ha prestado mucha atención al Big Data en el proceso competitivo.

BIBLIOGRAFÍA

Beckert, J., & Dewey, M. The architecture of illegal markets: Towards an economic sociology of illegality in the economy Oxford University Press. 2017.

Boudin, M. Book review: Forensic economics. Heinonline, 1983.

Competition and Markets Authority. PayPal holdings, inc / iZettle AB merger inquiry. Recuperada 5/10, 2020, de https://www.gov.uk/cma-cases/paypal-holdings-inc-izettle-ab-merger-inquiry#history 2018.

Competition and Markets Authority. Completed acquisition by PayPal holdings, inc. of iZettle AB Final Report. 2019.

Cucinotta, A., Pardolesi, R., & Van den Bergh, R. Post-chicago developments in antitrust law Edward Elgar Publishing. 2002

Cunningham, C., Ederer, F., & Ma, S. Killer acquisitions. Journal of Political Economy, 2021.

Diez Estrella F. La Aplicación de Derecho de Competencia en la Era Digital (casos google, facebook, Apple/Shazaam, y el informe de la Comisión Europea de abril 2019). Anuario De Derecho De La Competencia. 2019

European Commission. Competition Policy for the Digital Era Final Report. 2020

Federal Trade Commission. Administrative Complaint on the matter of Ilumina, incorporated a corporation, and pacific biosciences of California, incorporated (PacBio). 2019

Federal Trade Commission. (FTC challenges Illumina's proposed acquisition of PacBio. Recuperada el 5/10, 2021, de https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/12/ftc-challenges-illuminas-proposed-acquisition-pacbio 2019.

Furman, J., & Orszag, P. x. A firm-level perspective on the role of rents in the rise in inequality. presentation at "A just society" centennial event in honor of joseph stiglitz columbia university. 2015.

Illumnina Official Web Page. About us. Recuperada: 11/13, 2021, de https://emea.illumina.com/company/about-us.html 2021

Pac.Bio, I. Illumina and pacific biosciences announce termination of merger agreement. Recuperada: 5/10, 2021, de https://www.pacb.com/press_releases/

illumina-and-pacific-biosciences-announce-termination-of-merger-agreement/ 2020.

PacBio Web Page. Illumina and pacific biosciences announce termination of merger agreement. Recuperada: 11/15, 2021, de https://www.pacb.com/press_releases/illumina-and-pacific-biosciences-announce-termination-of-merger-agreement/ 2020.

Pacific Biosciences of California, Inc. About US. Recuperada: 11/13, 2021, de https://www.pacb.com/company/about-us/ 2021.

Temple, J. Illumina's CEO on the promise of the $1,000 genome -- and the work that remains. Recuperada: 4/10, 2021, de https://www.vox.com/2014/3/25/11624902/illuminas-ceo-on-the-promise-of-the-1000-genome-and-the-work-that 2014.

US Federal Trade Commission. FTC challenges Illumina's proposed acquisition of PacBio. Recuperada: 11/13, 2021, de https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/12/ftc-challenges-illuminas-proposed-acquisition-pacbio 2019

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA PROTECCIÓN DE DATOS Y EL OLVIDO DIGITAL: PIEZA CENTRAL, PERO, ¿SUFICIENTE?

THE AUTONOMY OF THE WILL IN DATA PROTECTION AND DIGITAL FORGETFULNESS: CENTRAL PIECE, BUT ENOUGH?

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 100-123

Alejandro
ARAQUE
GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Cuando hablamos de Internet, surgen miles de posibilidades, pero también otras tantas amenazas. ¿Cuáles son las herramientas para protegernos? La ley, la jurisprudencia y la doctrina han configurado el derecho a la protección de datos personales como una autodeterminación informativa, pretendiendo culminarla con el llamado olvido digital, una figura cualitativamente muy restringida, que nos hace plantearnos hasta qué punto es factible hablar estrictamente de ese olvido y no de otros derechos.

PALABRAS CLAVE: Protección de datos, RGPD, olvido digital, derechos ARSLOP, autonomía de derechos.

ABSTRACT: *when we talk about the Internet not only are there thousands of opportunities, but also thousands of threats. Which tools will give us protection against them? The Law, the jurisprudence and the scientific doctrine have managed to shape the data protection's right as a self-determination of our personal information. It is claimed that the so-called 'oblivion's right', which is qualitatively very restricted, is its peak but, to what extent is it feasible to claim such strict oblivion rather than others?*

KEY WORDS: *Data protection's right, RGPD, digital oblivion, ARSLOP rights, rights' autonomy.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EUROPA. 1. La protección de datos como derecho autónomo. A) Unión Europea. B) España. 2. Reglamento General de protección de datos personales 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo. A) Objeto. B) Habeas data: derechos ARSLOP. C) El consentimiento, pieza clave de la protección de datos. III. EL LLAMADO DERECHO AL OLVIDO. 1. Olvido como derecho a la inaccesibilidad o barrera a los datos personales.- A) Caso TJUE Costeja vs. Google. B) Caso TC y TS Ediciones el País S.L.- C) Legislación comunitaria y nacional: arts. 17 RGPD y arts. 93 y 94 LOPD.- 2. Olvido como derecho al borrado de datos, un paso más. IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La materia que nos ocupa encaja perfectamente en el aforismo latino "ubi societas, ibi ius", ya que ha sido el desarrollo de la tecnología el que ha generado la necesidad de una protección efectiva de los datos personales mediante distintos instrumentos. Nos referimos al derecho a la protección de datos personales y al olvido digital.

Por un lado, analizaremos la protección de datos europea, desde el nivel regional de la UE hasta el nacional, con especial referencia al RGPD (2016) que permitió sentar unas bases comunes a todos los países de la Unión y aumentar la protección efectiva de los datos mediante los derechos "ARSLOP", adoptando implícitamente la visión germanista de esta materia, conocida como autodeterminación informativa ("informationelle Selbstbestimmung").

Por otro, profundizaremos en la novedosa figura del derecho al olvido digital, que, a priori podría parecer una consecuencia de la protección de datos pero que en su configuración parece erigirse como derecho autónomo, relacionado, aunque independiente, hasta constituir el último paso para completar los derechos, ya mencionados e incluidos en el RGPD, que permiten proteger nuestra información personal. El estudio de las aportaciones doctrinales permitirá cuestionarnos si existe efectivamente ese derecho al olvido "stricto sensu" o estamos ante su desarrollo progresivo. Hasta qué punto llegará su alcance es algo todavía en discusión porque, ¿puede obligarse a la sociedad a olvidar aquello sobre lo que dimos nuestro consentimiento o información que se refiere a nosotros? ¿Y sobre qué se fundamenta ese olvido, exclusivamente sobre nuestra voluntad personal o deben ponderarse otros derechos e intereses?

• Alejandro Araque García
Estudiante Predoctoral de la Universidad de Málaga.
aaraque@uma.es.

II. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EUROPA

1. La protección de datos como derecho autónomo

En este apartado analizaremos esta materia desde un punto de vista nacional y supranacional, por la relevancia progresiva que han ido teniendo y tendrán en nuestro ordenamiento las decisiones, entendidas en su sentido más amplio, de las distintas OOII a las que pertenece España, en particular la Unión Europea, por la influencia más directa de la jurisprudencia del TJUE y de la regulación comunitaria en la nacional.

A) Unión Europea

Uno de los problemas iniciales que se encontró el TJUE/ TJCE fue la falta de base material para entrar a juzgar derechos fundamentales ya que los Tratados, si bien versaban sobre materias económicas y de movimiento de los factores productivos e incidían claramente en algunos de ellos, omitían un capítulo relativo a los mismos[1]. No obstante, ello no impidió la acción del TJUE en aras de la tutela de los mismos, pudiendo distinguir dos fases en su jurisprudencia. La primera, de inhibición completa de la protección de los derechos fundamentales, remitiendo a los ordenamientos nacionales. La segunda, de protección de los mismos, especialmente desde las STJUE 17 diciembre 1970[2] o "Internationale Handelsgessellschaft", y STJUE 12 noviembre 1969[3], conocida como caso "Stauder". En esta, el Tribunal pasa indirectamente por la cuestión, mientras que, en aquella, alude a la primacía del derecho comunitario sobre los nacionales y fundamenta el respeto a los derechos fundamentales en los Principios Generales del Derecho. Por tanto, vemos ese cambio de tendencia con el inicio de la protección de los DDFF desde una instancia supranacional, algo que mucho más tarde se confirmaría con la inclusión de la CDFUE[4] en el derecho primario de la Unión[5], en la que ya está plasmada explícitamente la autonomía de este derecho, concretamente en su art. 8.

1 Se entiende claramente esta idiosincrasia de los Tratados por el momento de posguerra e inicio de la Guerra Fría, cuando los países habían comenzado un tímido acercamiento.

2 STJUE 17 diciembre 1970 (ECLI:EU:C: 1970:114).

3 STJUE 12 noviembre 1969 (ECLI:EU:C: 1969:57).

4 Aunque se aprobó en Niza el 7 de diciembre de 2000, realmente hubo incertidumbre sobre el valor jurídico que tenía, dado que no formaba parte del derecho primario de la UE, si bien con la firma del Tratado de Lisboa, se le reconoció dicho valor en el art.6.1 TUE.

5 Con la salvedad de Gran Bretaña y Polonia (aunque la primera ya no es relevante dado su abandono de la UE a principios de 2021), quienes se opusieron, dando lugar al Protocolo 30, con un régimen especial para ambos, que incluye, entre otros, la no aplicación interna ni en los tribunales de la UE las disposiciones de la CDF.

No obstante, debemos señalar la problemática indicada por Ruiz Miguel[6] sobre dicho reconocimiento inicial del TJUE ya que, al justificarlo con el establecimiento del mercado interior peca de usar argumentos muy laxos y abiertos, en tanto en cuanto, siguiendo esa línea, casi cualquier derecho podría ser reconocido y desarrollado positivamente en la entonces Comunidad Europea, sin necesidad de modificar el derecho originario. Además, señala que el mismo tribunal reconoció posteriormente la falta de competencia para modular y desarrollar dichos derechos, además de la problemática más formal, relativa al recurso del principio de subsidiariedad, como base de competencias en esta materia.

Por otro lado, encontramos los desarrollos más positivos, instrumentalizados fundamentalmente a través de directivas, hasta el novedoso RGPD[7]. En todos ellos, si bien se han conservado algunas características, comprobaremos la evolución de ciertos aspectos, especialmente del llamado derecho al olvido.

B) España

Nuestra Constitución, al menos en esta materia, podríamos calificarla como novedosa y anticipada, ya que en su art.18.4º recoge que "la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos". Ahí reside la novedad, en la previsión tan anticipada que tendría la "informática" (la "tecnología" podríamos decir más ampliamente) y la necesidad de limitarla en caso de conflicto con otros derechos fundamentales. Esta previsión, en el Capítulo II, ni más ni menos, del Título I, permitirá la construcción jurisprudencial, primero, por la timidez de la legislación, pasando al plano más positivo-legal, después, del derecho a la "autodeterminación informativa"[8].

Hasta llegar a esa concepción de la protección de datos, el Tribunal ha pasado por varias fases[9], de las que nos limitaremos a comentarlas en sus aspectos

6 Ruiz Miguel, C.: "El derecho de los datos personales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: análisis crítico". *Revista de Derecho Comunitario*, 2003, núm. 14º, pp.15 y ss.

7 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 y por el que se deroga la directiva 95/46/CE.

8 El origen de esta expresión, la encontramos en la Sentencia del "Bundesverfassunsgericht" 65,1 de 1983, relativa a la Ley de Censos del mismo año. Algunas ideas interesantes las encontramos en Schwabe, J.: *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*. Konrad Adenauer Stiftung e. V., Berlín, 2009, pp. 95-102. Aquí se señala que el Alto Tribunal enlaza este nuevo derecho con el derecho general de la personalidad (art. 2. 1º en relación al art. 1. 1º de la Ley Fundamental de Bonn), como medio de protegerlo frente a las amenazas del desarrollo tecnológico, en el que la inmediatez de disposición de datos es una nota fundamental y, por tanto, una potencial amenaza para los individuos. Así, se reconoce la capacidad de decidir la transmisión de todos los datos que puedan ser objeto de ello, pero no ilimitadamente, sino que el legislador deberá medir su restricción en consonancia al principio de proporcionalidad en aras del interés público.

9 Para un estudio más exhaustivo "vid." Murillo de la Cueva, P. L.: "La construcción del derecho a la autodeterminación informativa". *Revista de Estudios Políticos*, 1999, núm. 104º, pp. 35-60, y Polo Roca, A.:

más relevantes, constituyendo el punto de inflexión[10] las SSTC 290/2000 (RTC 2000,290) y 292/2000 (RTC 290,2000), de 30 de noviembre, cuando el Tribunal reconoce la autonomía del derecho, con todas sus implicaciones.

En aquella, se reconoce que el art. 18.4 CE "contiene un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos que es, además, en sí mismo, "un derecho fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento automatizado de datos"[11] y que dicho derecho fundamental "garantiza a la persona un poder de control y disposición sobre sus datos personales". En la segunda sentencia citada, también el Tribunal se apoya en que, mientras "el derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE) no aport[a] por sí sólo una protección suficiente frente a esta nueva realidad derivada del progreso tecnológico[12]", el recogido en el apartado cuarto del mismo artículo "atribuye a su titular un haz de facultades […] cuya concreta regulación debe establecer la Ley, aquella que, conforme al art. 18.4 CE, debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art. 81.1 CE), bien regulando su ejercicio (art. 53.1 CE)".

Es por tanto reseñable, cómo nuestro TC distingue ambos derechos contenidos en el mismo artículo, basando dicha peculiaridad "en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran[13]", acogiendo, por tanto, la visión germanista[14], como derecho fundamental autónomo de la persona[15], concretamente como "autodeterminación informativa", si bien la regulación positiva lleva consigo unas limitaciones materiales que expondremos

"El derecho a la protección de datos personales y su reflejo en el consentimiento del interesado". *Revista de Derecho Político*, 2020, núm. 108°, pp. 165-193.

10 Desde la novedosa STC 254/1993, de 20 de julio (RTC 1993/254), muy citada por el mismo TC en sus sentencias relativas a esta materia, siguiendo a Murillo de la Cueva, P. L.: "La construcción", cit., pp. 8 y ss. se empieza por reconocer un "derecho a la privacidad" que difiere materialmente del concepto de "protección de datos personales" gracias a la LORTAD y al convenio 108 del Consejo de Europa, basándose en el art. 10.2 CE relativo a la interpretación de derechos fundamentales y libertades a la luz de la DUDDHH y demás tratados ratificados. No obstante, destaca el autor la disparidad de argumentos en la misma sentencia, ya que, aunque se basa en instancias supranacionales de que forma parte España para reconocer el derecho, también llega a reconocer la autonomía del derecho en su FJ 6°, si bien luego lo enlaza con la intimidad.

11 STC 290/2000, de 30 de noviembre (RTC 2000,290), FJ 7°.

12 STC 292/2000, de 30 de noviembre (RTC 2000,292), FJ 4°.

13 "Ibid.", FJ 5°.

14 Ya hemos visto "supra", cómo y cuándo el TC alemán reconoce la protección de datos, pero aquí debemos resaltar que Alemania fue pionera en la regulación de esta materia, al aprobarse en 1970 en el Estado de Hesse la "Datenschutzgesetz", y, como norma federal para todo el territorio, la "Bundesdatenschutzgesetz" en 1977.

15 A modo de ejemplo, en la reciente STC 67/2020, de 29 de junio (RTC 2020/67), al igual que en otras muchas, el TC señala en FJ 4° "lo primero que debe precisarse es que el art. 18.4 CE, que garantiza el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal…". No tan importante es el contenido del caso en sí para el estudio de esta materia, sino la argumentación del Tribunal, al ya tener plenamente incorporado el derecho que venimos analizando.

seguidamente y que impiden la eficacia completa de ese hipotético control absoluto sobre nuestra información.

2. Reglamento General de protección de datos personales 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo

A) Objeto

Aprobado en 2016, supone un cambio cualitativo en la regulación de esta materia, quizás motivado por las regulaciones nacionales, bastante avanzadas en cuanto al reconocimiento del mismo como derecho, influidas por las respectivas jurisprudencias de sus Altos Tribunales, del TJUE y, paralelamente, del TEDH, permitiendo la actualización de una materia en constante cambio, y no solo armonizar las distintas legislaciones nacionales con unos mínimos indispensables. Además, al hacer uso del reglamento[16], se refleja la relevancia que la materia tiene, siendo plenamente aplicable desde su aprobación.

Ya el primer artículo fija su objeto: la protección del tratamiento y libre circulación de los datos personales, en particular, pero, también, el resto de derechos y libertades fundamentales de las personas físicas, vedando la restricción o prohibición de la libre circulación de los datos personales en la UE por motivos de tratamiento de los mismos. Además, como medios coactivos, se prevén sanciones penales y administrativas (Capítulo VII), endurecidas de manera muy notoria. Además, también se debe tener en cuenta el marco en el que el tratamiento que pretende ser válido y seguro se encuadra, delimitado por los principios del art. 5 RGPD: licitud, lealtad, transparencia, limitación de la finalidad, minimización de datos, exactitud, limitación del plazo de conservación, integridad y confidencialidad, así como la responsabilidad proactiva del responsable del mismo.

En cuanto a los considerandos, ya en el primero se reconoce la protección de las personas físicas[17] en relación con el tratamiento de datos personales como derecho fundamental[18], con dos notas importantes: "al servicio de la humanidad" y sin carácter absoluto. Con el desarrollo de las nuevas tecnologías[19], entendidas con un significado expansivo, muchos derechos van a entrar en conflicto, por lo

16 En el considerando 13 se dice que este instrumento permitirá proporcionar "seguridad jurídica y transparencia a los operadores económicos".

17 Mientras que es aplicable a cualquier persona física, independientemente de su nacionalidad o residencia, las personas jurídicas están expresamente excluidas (considerando 14). También es de remarcar la expresa omisión de las personas fallecidas respecto al objeto del RGPD (considerando 27). Sin embargo, en línea con lo expuesto por Plaza Penadés, J.: "El nuevo marco normativo de la protección de datos". *Actualidad civil*, 2018, núm. 5º, p. 5, se debería extender los derechos que a continuación comentaremos, aunque limitados a acceso, rectificación y cancelación, a las personas jurídicas ya que "el daño derivado del tratamiento erróneo de los datos es el mismo".

18 Se basa en las fuentes de derecho comunitario: arts. 8.1 CDF y 16.1 TFUE.

19 En el texto se mencionan eventualidades como la integración económica y social resultante del mercado interior, dando como resultado el incremento de los flujos transfronterizos de datos personales

que es esencial el principio de proporcionalidad para ver cuál prevalece en el caso concreto.

Otro punto destacable, paralelo a su inmediata efectividad, es el recogido en los considerandos 8 y 10, que reconocen la posibilidad de adaptación e incorporación a las legislaciones nacionales por motivos de coherencia y comprensibilidad de sus destinatarios, sin perder de vista el fin principal de garantizar "un nivel uniforme y elevado de protección […] y eliminar los obstáculos a la circulación de datos personales", algo que vemos reflejado, en el caso particular de España[20], en la LOPD. Sin embargo, el límite es preciso en el caso de firmar otros acuerdos internacionales de la misma materia, y es la garantía de un nivel adecuado de protección de los derechos fundamentales sin afectar al RGPD[21].

B) Habeas data: derechos ARSLOP

Antes de proceder a desarrollar todos los derechos reconocidos, debemos remitirnos al concepto "habeas data" para aproximarnos nuevamente a esa autodeterminación informativa, ya que existe una gran relación entre esa "disposición de datos" y el catálogo de derechos que posibilita ese control total, pero progresivo, y que se ha visto aumentado[22] por el RGPD, dando lugar a los siguientes derechos, que comentaremos brevemente, salvo el de supresión, por su expresa vinculación con la segunda parte de este trabajo, y a la que nos remitimos.

- Acceso[23]: permite al afectado solicitar acceso al responsable del tratamiento para conocer no solo los datos[24], sino información relativa a los fines del tratamiento, las categorías de datos, los destinatarios que los conocerán, etc., si bien especificando los que desea consultar, en caso de que sean numerosos. No obstante, encontramos un límite "ad extra": no puede conculcar el derecho de los demás, concretamente "derechos y libertades

(considerando 5), la rápida evolución tecnológica y la globalización (considerando 6) que hacen necesario un reforzamiento del marco jurídico de la protección de datos.

20 En España, se aprobó la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE 6 de diciembre de 2018). Aunque sería interesante un análisis y comparación más completos, por exceder del objeto del trabajo, nos limitaremos a comentar alguna coincidencia o divergencia. En caso de conflicto, prevalece el RGPD por la primacía del derecho comunitario reconocido por el TJUE en sentencias como STJUE 15 julio 1964, Costa vs. Enel, (ECLI:EU:C: 1964:66).

21 Considerando 102.

22 Así, se pasa de los derechos "ARCO" a los derechos "ARSLOP", con un incremento claro y una actualización/sustitución de la "C" de "cancelación".

23 Arts. 13 y 15; considerandos 63 y 64.

24 Se especifica que se debe facilitar una copia de los mismos, pudiendo percibir por las demás solicitadas un canon razonable según los costes administrativos. En principio, establece el art.12 RGPD que la información de los arts. 13 y 14, así como las actuaciones en el marco de los arts. 15 a 22 y 34 será gratuitas, aunque cuando las solicitudes sean manifiestamente infundadas o excesivas, sobre todo por su carácter repetitivo, el responsable podrá cobrar un canon razonable según los costes ya mencionados o negarse a actuar respecto a la solicitud, aunque deberá demostrar dicho carácter. El hecho de solicitarse por medios electrónicos dicha petición, vincula al responsable respecto al formato de la copia.

ajenos, incluidos los secretos comerciales o la propiedad intelectual y, en particular, los derechos de propiedad intelectual que protegen programas informáticos", pero tampoco puede impedir el derecho al acceso[25]. Y otro límite "ad intra": se especifica que el responsable no conservará datos personales con el solo propósito de responder a solicitudes.

- Rectificación[26]: enlazado con los principios de exactitud y actualización de los datos tratados, permite al interesado, sin dilación indebida, obtener la rectificación de los datos que le conciernan y completar los que estuvieran incompletos, debiendo el responsable informar a cada destinatario de los mismos del cambio, salvo que fuera desproporcionado el esfuerzo requerido, pudiendo el interesado pedir información sobre dichos destinatarios.

- Limitación[27]: además de las últimas consideraciones del derecho anterior, comunes a los derechos de rectificación y supresión, la limitación viene condicionada por una serie de actuaciones por parte del interesado: la impugnación de la exactitud de los datos durante el plazo de verificación; ilicitud del tratamiento y oposición a la supresión, prefiriendo su limitación de uso; necesidad para reclamaciones; y la oposición al tratamiento, mientras se verifican las razones para la misma. Esta limitación[28] hace que el consentimiento del interesado, excepto para su conservación, sea esencial para su tratamiento, aunque también lo será para reclamaciones o por razones de interés público de la UE o un Estado miembro, o para la protección de derechos ajenos.

- Oposición[29]: el interesado podrá oponerse al tratamiento de ciertos datos personales[30] por razones particulares, debiendo el responsable dejar de tratarlos salvo por motivos legítimos imperiosos que hagan prevalecer sobre los intereses, derechos y libertades de aquel, o para reclamaciones[31]. Es importante la excepción contemplada en el art. 89 RGPD para este derecho y los anteriores, en el caso del tratamiento de datos personales

25 Vemos, por tanto, la razonable ponderación de intereses y el principio de proporcionalidad.

26 Arts. 5,12,16 y 19.

27 Arts. 18 y 19; considerando 67.

28 Entre los métodos se incluyen: el traslado temporal a otro sistema, impedir el acceso de usuarios a determinados datos seleccionados o su retirada temporal de un sitio de Internet. Además, este hecho debe indicarse con claridad en caso de sistemas automatizados.

29 Arts. 6, 12, 21 y 89; considerandos 69 y 70.

30 Concretamente, los recogidos en el art. 6.1. e) o f) RGPD, es decir, para el cumplimiento de una misión en interés público o en ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable o intereses legítimos, siempre que no prevalezcan derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, especialmente cuando sea menor.

31 En el caso concreto del marketing directo, el interesado podrá oponerse en cualquier momento al tratamiento de datos que le conciernan, incluido la elaboración de perfiles relacionados con él.

sea para una finalidad de investigación científica o histórica o estadística, con las garantías del apartado primero[32], o en aras del archivo en interés público, permitiéndose al derecho de la UE o los Estados miembros regular dichas excepciones.

- Portabilidad[33]: permite la transmisión directa de un responsable del tratamiento de datos a otro, siempre que el tratamiento se base en el consentimiento para uno o más fines específicos (art. 6.1.a) RGPD y, paralelamente, el 9.2.a) RGPD como excepción a la prohibición por razón de la materia del tratamiento de datos personales, por ejemplo los de origen étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, etc.) o se trate de un contrato del que el interesado es parte para la aplicación de medidas precontractuales. (art 6.1. b) RGPD). También este derecho está acotado por el derecho de supresión, el cumplimiento de una misión en interés público o ejercicio de poderes públicos otorgados al responsable y, al ser lo que más puede afectar y, por tanto, conculcar, los derechos y libertades ajenos.

C) El consentimiento, pieza clave de la protección de datos

El consentimiento, como afirma Berrocal Lanzarot[34], además de ser "una de las seis bases jurídicas para el tratamiento de datos […] que determina [su] licitud, posibilita a los interesados el control sobre sus datos personales y, en consecuencia, una capacidad de decisión y elección". Ya la Directiva 95/46[35] reconocía ampliamente el eje sobre el que giraba esta materia: el consentimiento, constituyéndose como mecanismo que pretende proteger y garantizar esa autodeterminación informativa que buscamos, como manera de protegernos de accesos ajenos no deseados[36].

Frente a esa concepción de consentimiento, veamos la del RGPD. En el considerando 32, se repite la idea de la directiva, con las notas de libre, específico, e informado, añadiendo la de inequívoco, es decir, se marca ya la distancia con la regulación anterior, impidiendo un consentimiento tácito[37], como se señala "in fine": "no deben constituir consentimiento el silencio, las casillas ya marcadas o la

32 Por ejemplo, la "pseudonimización".

33 Arts. 13 y 20; considerando 68.

34 Berrocal Lanzarot, A. I.: *Estudio jurídico-crítico sobre la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Reus, Madrid, 2019.

35 En el considerando 30 se basaba la licitud del tratamiento en el consentimiento (entre otros), para más adelante erigirlo como un permiso para tratar datos que puedan afectar por su naturaleza a las libertades fundamentales o la intimidad.

36 El art. 2 h) daba las claves para entender ese consentimiento: manifestación de voluntad, libre, específica e informada, mediante la que el interesado consiente el tratamiento de datos personales que le conciernan.

37 Explícitamente, valga la redundancia, no se reconocía la posibilidad de un consentimiento tácito en la directiva de 1995, pero se entendía, siguiendo el aforismo latino, "permittiur quod non prohibetur".

inacción", algo que refuerza el art.4, al añadir que se dará "ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa".

Las condiciones que debe reunir el consentimiento[38] las recoge el art.7: debe poder demostrarse por el responsable del tratamiento para la realización de su labor[39]; en solicitudes escritas debe distinguirse cada asunto con un lenguaje sencillo y claro; debe poder retirar su consentimiento en cualquier momento, siendo igual de fácil que darlo; y, en cuanto a la libre prestación del mismo, se analizará si la ejecución del contrato se condiciona al consentimiento del tratamiento de datos innecesarios para la misma.

Finalmente, respecto al régimen inherente al consentimiento, siguiendo a Polo Roca[40], debemos remitirnos a la regulación civil de manera supletoria (art.4.3 CC), ya que el RGPD no entra a regular el régimen del consentimiento, solo a marcar las pautas que deben seguirse para que el mismo sea la clave para el tratamiento de los datos.

III. EL *LLAMADO* DERECHO AL OLVIDO

Debemos entender el derecho al olvido como una respuesta importante a este mundo tecnológico y globalizado en el que vivimos y que se ha convertido, en palabras del profesor Cobacho López[41], en una "suerte de monstruo al que diariamente alimentamos de datos personales […] y cuyos estragos, a juzgar por la inconsciencia de la que muchos usuarios hacen gala, […] prefiere[n] no prever". En dicho mundo, existen, además, multitud de RRSS que utilizamos y accedemos, junto al contenido que visualizamos, compartimos y subimos, dando lugar a la visión de Pérez Giménez[42] de un "derecho al olvido" como aspiración romántica más que una realidad positivada.

Sin embargo, parece haber distintas maneras de concebir este derecho de nueva generación, fruto de la aportación doctrinal y jurisprudencial internacional, especialmente la europea, si bien ya contamos con un embrionario desarrollo positivo. Como primera aproximación, basten unas palabras del ya mencionado profesor Cobacho López[43] para hacer referencia a las personas que, con su uso de

38 En el caso de los menores, será lícito a partir de los dieciséis años, si bien los Estados podrán rebajar la edad hasta un mínimo de trece años (art.8 RGPD). En el caso de España, la LOPD en su art. 7 rebaja la edad mínima a los catorce para poder otorgar el consentimiento válido.

39 Se refiere a la carga de la prueba del consentimiento.

40 Polo Roca, A.: "El derecho", cit., p.187.

41 Cobacho López, Á.: "Reflexiones en torno a la última actualización del derecho al olvido digital". *Revista de Derecho Político*, 2019, núm. 104º, p. 203.

42 Pérez Giménez, M. T.: *Libertad de información y derechos fundamentales: un equilibrio inestable.* Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 187.

43 Cobacho López, Á.: "Reflexiones en", cit., pp. 222-223.

Internet, "asumen el daño cuya reparación exigen […] entroniza[ndo] las causas a la vez que condena[n] la consecuencia". Parece un derecho que busca reparar algo que se escapa de nuestro control pero que, según hemos visto en el anterior capítulo, es nuestro y debemos tenerlo. Por ello, ¿hasta qué punto controlamos de manera efectiva nuestros datos personales y podemos exigir un control sobre ellos? ¿Y, hasta qué punto es posible obtener dicho control?

1. Olvido como derecho a la inaccesibilidad o barrera a los datos personales

A través del análisis de dos sentencias y de los artículos que "intentan" positivar el derecho en ellas reconocido o que, al menos, empieza a formarse, veremos cómo la primera configuración del derecho al olvido "de lege lata" ha seguido la tendencia de considerarlo como una variante, parcialmente autónoma, del derecho a oponerse o a suprimir ciertos datos, constituyendo una barrera que evita o dificulta el conocimiento de datos pasados sin ninguna relevancia en la actualidad, si bien nada se dice sobre la veracidad de la información, que deberá preservarse tal cual está, en pro de la libertad de prensa e información, evitando manipulaciones de hechos pasados demostrados y/o juzgados.

A) Caso TJUE Costeja vs. Google[44]

Esta sentencia de 2014 es conocida por la persona que lo promovió, Mario Costeja, un abogado y perito español, que se vio afectado por la información pasada relativa a un embargo por deudas con la Seguridad Social. Es, sin duda ninguna, pionera[45] en el ámbito europeo y permitió sentar las bases jurisprudenciales del derecho al olvido digital, especialmente por la instancia en que se acabó resolviendo, ya que sus efectos se extendieron a toda la UE.

En primer lugar, se reconoce como "tratamiento de datos" la conducta de Google de hacer referencia en una página web a datos personales, "ex" art. 2b) de la Directiva 95/46 ya que "recoge tales datos que extrae, registra y organiza posteriormente en el marco de su programa de indexación, conserva sus servidores y, en su caso, comunica y facilita el acceso a sus usuarios en forma de lista de resultados de su búsqueda"[46]. Por tanto, el tribunal encuadra como tratamiento, en contra del criterio del Abogado General, parte de la actividad que realiza el motor de búsqueda, siendo de aplicación la normativa de protección de datos

44 STJUE 13 mayo 2014 (ECLI:EU:C: 2014:317).

45 No obstante, debemos remarcar algo poco frecuente que se dio en el caso: el TJUE se separó del criterio del Abogado General, quien presenta sus conclusiones siempre que el caso no pueda ser resuelto mediante una aplicación automática de la jurisprudencia, como era el caso, al presentarse una cuestión jurídica novedosa. Es cierto que dichas conclusiones no vinculan al Tribunal, pero es poco significativo el porcentaje de casos en los que este se separa de los argumentos de aquel, y más extraño el que en un caso de esta relevancia, lo hiciera.

46 Párr. 28, STJUE 13 mayo 2014 (ECLI:EU:C:2014:317).

personales, "sin que sea relevante que el gestor del motor de búsqueda también realice las mismas operaciones con otros tipos de información y no distinga entre éstos y los datos personales".

En segundo lugar, considera "responsable" al motor de búsqueda Google por su papel decisivo en la difusión global de los datos, al facilitar su acceso usando el nombre de la persona cuyos datos se quieren conocer. Por ello, considera que debe ajustarse al marco de las exigencias de la Directiva 95/46, protegiendo eficaz y completamente la vida privada de los interesados, remarcando que hay que tener en cuenta el efecto incrementado que puede tener sobre los derechos fundamentales de alguien si la búsqueda se hace a partir del nombre, al provocar "una visión estructurada de la información relativa a esta persona […], que, sin dicho motor, no se habría interconectado o solo podría haberlo sido muy difícilmente y que le permite de este modo establecer un perfil más o menos detallado"[47].

Por ello, tanto la actividad del motor de búsqueda como el gestor del motor de búsqueda, Google Inc. y Google Spain[48] en este caso, se encuadraría en la responsabilidad del tratamiento, estando sujetos a la normativa de protección de datos europea y nacional. En esto difiere con el Abogado General, quien opina que el principal servicio que lleva a cabo este motor de búsqueda es el de localizar, no el de controlar los datos personales alojados en páginas webs de terceros, añadiendo que, si en alguna de esas páginas existiera una "categoría especial de datos", encuadrada en el art. 8 de la directiva, la actividad del motor de búsqueda sería automáticamente ilegal de no cumplirse los requisitos previstos en la misma. Como expone Berrocal Lanzarot[49], la cuestión se resume en que el hecho de que los editores de sitios web tengan "la facultad de indicar a los gestores de los motores de búsqueda, con […] protocolos de exclusión como "robot.txt" o, de códigos", permitiendo su exclusión total o parcial de los índices automáticos de los motores, no implica que su "falta de indicación […] libere al gestor de un motor de búsqueda de su responsabilidad por el tratamiento de datos personales". No obstante, siguiendo el argumento del Abogado General, en el que la citada autora coincide, esto es, "de facto" y "de iure" imposible para el

47 "Ibid.", párr. 80.

48 La STS 14 marzo 2016 (ECLI:ES:TS: 2016:964), como afirma Mate Satué, L. C.: "¿Qué es realmente el derecho al olvido?". *Revista de Derecho Civil*, 2016, núm. 2º, pp. 211 y ss., ha modificado la jurisprudencia sentada por la SAN de Sala de lo Contencioso Administrativo 29 diciembre 2014 (ECLI:ES:AN:2014:5207). En ella, el TS se plantea la corresponsabilidad de Google Spain, S.L. en el tratamiento de datos cuando la gestión la hace Google Inc. a través de su motor de búsqueda, rechazándose finalmente ya que el tratamiento debe hacerse "en el marco de actividades" del establecimiento en cuestión que, en este caso, es la promoción de espacios publicitarios. Además, esta actividad difiere de la determinación de fines y medios del tratamiento, que determinaría la corresponsabilidad pero que, al no intervenir de forma alguna, se asume que Google Spain no interviene como responsable. Todo ello tiene, al menos, una consecuencia fundamental que remarca la autora: los usuarios que pretendan ejercitar sus derechos deben dirigirse contra la sede central, algo que, sin lugar a dudas, "limitará las posibilidades de los internautas".

49 Berrocal Lanzarot, A. I.: "Estudio jurídico-crítico", cit., p.300.

motor, debido al crecimiento exponencial del uso de páginas webs por usuarios de todo el mundo, con el crecimiento paralelo del tratamiento de datos personales alojados en servidores de terceros, imposibilitando aún más, si cabe, al motor de búsqueda la labor que se le exige por el TJUE.

En tercer lugar, se reconoce a la autoridad de control o el órgano jurisdiccional nacional el poder ordenar al gestor eliminar de la lista de resultados de una búsqueda nominativa el acceso a páginas web con información sobre la misma sin que se presuponga la eliminación previa o simultánea de la página web en la que estaba publicada, por la facilidad con que la información puede ser copiada y trasladada a otros sitios web, impidiendo una protección efectiva, y que "podría constituir una injerencia mayor en el derecho fundamental al respeto de la vida privada del interesado que la publicación por el editor". Es importante la distinción que realiza entre el gestor de búsqueda y el editor de una web: este puede publicar la información de una persona física quizás con fines exclusivamente periodísticos, beneficiándose, según el art.9 de la Directiva 95/46, de las excepciones a los requisitos que establece[50], mientras que esto no cabrá en modo alguno respecto al gestor del motor de búsqueda, abriéndose la posibilidad de ejercer los derechos del interesado solo frente al gestor. Por tanto, la ponderación de intereses dependerá no solo del elemento subjetivo, sino de su finalidad también, estando intrínsecamente unidas a ella las consecuencias que para el sujeto se deriven.

Además, sirviéndose de la entonces vigente Directiva 95/46, establece que un tratamiento a priori lícito puede devenir incompatible con la regulación cuando no sea necesario para el fin que se hizo, esto es, cuando los datos no son "adecuados, pertinentes o excesivos en relación a ese fin y al tiempo transcurrido", todo ello en virtud de la "licitud" que debe presidir todo tratamiento. Por tanto, en dicho caso, derivada del examen de la solicitud del interesado, deberá procederse a suprimir los vínculos a la misma, debido a que dicho interés prevalece sobre el económico del gestor del motor y el del público en encontrar la mencionada información con el nombre de esa persona, excluyéndose esto en caso de relevancia pública de la persona en cuestión.

Finalmente, sintetizamos la configuración "primaria" de este derecho al olvido, que dista de ser el recogido en el art. 17 RGPD, y, más aún, de un olvido "stricto sensu", ya que lo que se reconoce es la facultad de exigir a un motor de búsqueda la no inclusión o supresión en la lista de resultados de una búsqueda nominativa de los enlaces y referencias a páginas webs que incluyan esa información que se quiere que sea olvidada. Es, por tanto, dificultar el acceso a cierta información

50 Es interesante esta excepción teleológica, conocida como excepción periodística. Reconocida en la Directiva 95/46, permite establecerla a los Estados para conciliar la intimidad con la libertad de expresión, respecto al tratamiento de datos con fines exclusivamente "periodísticos o de expresión artística o literaria".

no pertinente en la actualidad, de manera que el motor no los indexe, aunque el contenido siga presente en la web de un tercero, ya que, recordemos, un motor de búsqueda ejerce una labor de localización, no de contenido. Sería, en la línea de Berrocal Lanzarot[51], una consecuencia del derecho de oposición del RGPD, no del de supresión, distando bastante del carácter autónomo del que se le quiere dotar a este derecho, indefinido en sentido estricto, pero lleno de contenido de otros.

B) Caso TC y TS Ediciones el País S.L

Este caso permitió tanto al TS como al TC pronunciarse sobre el derecho al olvido, si bien de manera parcialmente distinta. Similar al caso Costeja, tiene su origen en una demanda contra una noticia controvertida relativa al hecho de que los demandantes fueran traficantes de drogas en 1985, oponiéndose la actualidad, pertinencia y relevancia de dicha información.

En la STS 15 octubre 2015[52], se reconoce la responsabilidad de Ediciones El País S.L en calidad de editor de la página web, al deber "respetar el principio de calidad de datos y atender el ejercicio de los derechos que la normativa […] otorga a los afectados"[53]. No se objeta nada en cuanto a la veracidad de la información, sino que el foco recae en la licitud del tratamiento de los datos personales por la digitalización de la hemeroteca del periódico, respecto a la cual se señala, con referencia en la jurisprudencia del TEDH, que "el ámbito de protección es menos intenso que la publicación de noticias de actualidad", aunque incide en el derecho a la intimidad personal y familiar, así como al del honor, al afectarse negativamente la reputación del afectado.

Ponderándose este elemento con el "interés público"[54] de la información, resulta que los demandantes carecen de relevancia pública alguna y los hechos objeto de la información, de interés histórico, es decir, la finalidad para la que fueron recogidos puede no ser adecuada, basándose en el principio de calidad del tratamiento, que no solo debe darse al principio del tratamiento sino también durante el mismo.

El TS afirma no poder exigir al editor de la web que "motu proprio" elimine dichos datos, al suponer un sacrificio "desproporcionado" para la libertad de información, si bien puede responder a las demandas de los afectados para hacer efectivos sus derechos de cancelación y oposición, especialmente pasado un cierto tiempo que haga devenir el tratamiento inadecuado. No supone construir "un

51 Berrocal Lanzarot, A. I.: "Estudio jurídico-crítico", cit., p.305.

52 STS 15 octubre 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4132).

53 "Ibid.", FJ 5º.

54 "Ibid.", FJ 6º.

pasado a su medida" ni se justifica que se exija construir "un currículo a su gusto, […], eliminando de Internet las informaciones negativas, posicionando a su antojo los resultados de las búsquedas […], de modo que los más favorables ocupen las primeras posiciones", al suponer, entre otras consecuencias, la alteración de la libre elección de toma de decisiones "en la vida democrática". En definitiva, no puede suponer una "censura retrospectiva". De esta manera, sigue la línea del TJUE al considerar el olvido como un derecho a oponerse a un tratamiento devenido ilícito y así, de esta manera, en palabras de Mate Satué[55], "se pretende", y se consigue, "limitar el efecto divulgativo multiplicador" de los motores.

No obstante, frente a esta sentencia se interpuso recurso de amparo ante el TC, que revocó parcialmente la sentencia. En primer lugar, el TC recuerda el carácter del derecho al olvido como "facultad" del derecho a la protección de datos personales, no ilimitado, sino enfrentado a otros derechos fundamentales, debiendo ponderar ambos según el caso. Aquí, es la libertad de información la que podría acotar este derecho a la autodeterminación de los datos personales[56], al referirse el caso a una información de 1985. No obstante, el TC concreta aún más: al haber reconocido el TS el derecho de los afectados a que el motor de búsqueda no indexe la información perjudicial para ellos, el conflicto recae en el uso de sus nombres para su localización en una hemeroteca digitalizada, circunscribiéndolo más al derecho a la supresión de ciertos datos, no al de oposición. Por tanto, opina que se debe ponderar usando los siguientes caracteres: veracidad, relevancia[57] y actualidad, de la que se desprenderá una menor protección cuanto más alejada en el tiempo esté, especialmente por el carácter secundario de las hemerotecas, en tanto suponen la construcción de archivos útiles para la investigación a partir de informaciones previas. Además, se reconoce que, si bien la digitalización implica un incremento exponencial en la capacidad de garantizar la formación de una opinión pública libre, también implica un aumento paralelo en el impacto para los derechos fundamentales de los protagonistas de dichas noticias.

La clave del asunto parece estar en la segunda nota característica, ya que el TC alega que, a pesar del interés objetivo de la noticia por la naturaleza de la información contenida, un delito, la incidencia en el presente es nula, eliminando toda relevancia que pudiera tener, pero que sigue dañando el derecho al honor, intimidad y protección de datos de los recurrentes por el descrédito que originan dichos datos. Por tanto, es necesario un sacrificio proporcionado de la libertad de información para "asegurar el disfrute adecuado del derecho a la intimidad de las personas recurrentes en conexión con el derecho a la autodeterminación informativa", concretándose en la prohibición de indexación de los nombres

55 Mate Satué, L. C.: "¿Qué es?", cit., p. 189.

56 Vemos cómo ya está interiorizada esta visión germanista, como vimos en el capítulo anterior.

57 Relacionada con la condición de los afectados y su relevancia pública.

y apellidos de los recurrentes por parte del motor de búsqueda interno de la hemeroteca digital. La consecuencia es importante: el TC no está impidiendo el acceso a dicha noticia concreta ni está obligando a que se modifique o elimine, sino que está dificultando el acceso mediante la supresión de una opción de búsqueda basada en el nombre y apellidos de personas, considerándolo suficiente para preservar los derechos de los recurrentes, denegando la alternativa propuesta de anonimizar la noticia con las siglas de los mismos, al suponer una injerencia mayor en la libertad de prensa.

C) Legislación comunitaria y nacional: arts. 17 RGPD y arts. 93 y 94 LOPD

En este extenso artículo del RGPD, si bien se aleja de la jurisprudencia ya analizada, el legislador parece no atreverse a llamarlo "derecho al olvido"[58], por eso es remarcable que lo añada entre paréntesis, algo que podría explicarse por las divergencias doctrinales y jurisprudenciales. No obstante, su idiosincrasia se explica por la inexistencia de un elemento fundamental en el mundo digital: el contexto[59]. Cuando leemos noticias de cualquier web las trasladamos al presente y la damos por válida, sin contrastarla muchas veces, y desconociendo los demás pormenores, muy importantes de cara al afectado ya que encuadran la noticia o suceso que han podido ocurrir en una época y circunstancias concretas que nada o poco tienen que ver con las actuales.

En su apartado primero recoge la obligación del responsable del tratamiento de eliminar los datos personales del interesado siempre que concurra alguna de las seis circunstancias que se mencionan, es decir, recoge el derecho de supresión para los casos de que los datos no sean necesarios para los fines para los que inicialmente fueron tratados o recogidos; si se retira el consentimiento, siempre que el tratamiento solo se base en este; si el interesado se opone al tratamiento o si este ha sido ilícito; y si la supresión debe hacerse como cumplimiento de una obligación legal o, en caso de datos obtenidos de un menor de dieciséis años, en la línea del art. 8 RGPD.

Lo que quizás resulte más interesante de este artículo es "a sensu contrario", las excepciones al mismo del apartado tercero: si se ejerce la libertad de expresión e información; si se cumple una obligación legal o de una misión en interés público; para el caso de la salud pública "ex" art. 9 RGPD o de reclamaciones o con fines de archivo o investigación del art. 89.1 RGPD, en la medida en que pudiera

58 Se reconoce un "tímido" derecho al olvido, que no llama como tal, y que no es absoluto, pues debe cumplir una serie de requisitos y se excluye en hasta cinco casos mencionados en el último apartado. Parece más un incumplimiento contractual de una obligación a plazo que un derecho autónomo.

59 Como afirma Mate Satué, L. C.: "¿Qué es?", cit., p.188, la gran causa de todos estos casos analizados es el llamado "egosurfing", es decir, la práctica de buscar nominativamente a alguien y ver toda la información asociada a su nombre, algo que no sólo hacen los departamentos de recursos humanos, sino también por el mero hecho de curiosidad.

obstaculizarse o imposibilitar el logro de los objetivos del tratamiento por la aplicación del apartado primero.

Sin perjuicio del análisis que podría realizarse de cada una de las excepciones contempladas, nos detendremos en la primera, conocida como "excepción periodística", por su vinculación con los casos judiciales que más han aportado a la construcción del derecho al olvido. Debemos remarcar que se sigue conservando la citada excepción, si bien mucho más ampliada objetivamente, ya que, "a priori" parece no estar limitada subjetivamente, en línea con la tendencia de la proliferación de multitud de webs donde aparece la misma noticia, muchas veces literalmente. El art.85 RGPD faculta a los Estados a aprobar excepciones o exenciones para la conciliación de la protección de datos con la libertad de información y expresión académica, artística o literaria. A ello se añade la previsión del Considerando 153 que las concreta para el tratamiento "con fines exclusivamente periodísticos". La problemática está servida porque, por una parte, esta regulación puede dar lugar a veintisiete tipos de excepciones o exenciones distintas, con el agravio que supondría para la seguridad jurídica de la UE en general y de los individuos en particular[60]; y, por otra, ¿se debe entender restrictivamente el término "periodismo" para entender incluida una limitación subjetiva?[61]

Respecto a la primera, Pérez Giménez[62] confirma la variedad y disparidad de regulaciones internas en la UE, pero señala algo importante, la diferencia cualitativa entre la regulación material previa y la actual, por otro lado ya comentada anteriormente. Actualmente la materia está regulada en la UE por un reglamento, de instantánea aplicación y efectividad, frente a la anterior directiva, cuyo fin es tener unos principios mínimos y que los Estados tienen que trasponer. Por tanto, el reglamento da uniformidad a la legislación comunitaria, frente a la "adecuación" que da la legislación nacional[63], de lo que se puede deducir "la posición preferente de la libertad de información frente a la protección de datos, si bien con las cautelas necesarias".

Respecto a la segunda, es cierto la facilidad que nos ha dado Internet para poder asemejarnos a un periodista, aunque sin la nota de profesionalidad. Por ello, frente a expresiones como "periodismo 3.0 o democrático", preferimos el

60 No obstante, dicho considerando establece "in fine" que, en caso de diferir el Derecho de un Estado miembro y otro, regirá el aplicable al responsable del tratamiento.

61 El mismo también sugiere que "a fin de tener presente la importancia del derecho a la libertad de expresión en toda sociedad democrática, es necesario que las nociones relativas a dicha libertad, como el periodismo, se interpreten en sentido amplio".

62 Pérez Giménez, M. T.: "Libertad de", cit., pp. 143 y ss.

63 En el caso español la autora considera que nuestro ordenamiento tiene la base jurídica para ponderar de manera adecuada la libertad de información, expresión y prensa con la protección de datos, remarcando que no debe hacerse de manera "abstracta", sino casuísticamente, a pesar de no estar expresamente prevista la citada excepción, pero apoyándose en la "especial relevancia que en nuestro Estado democrático y de Derecho tienen las normas constitucionales relativas a dichas libertades".

término citado por Pérez Giménez [64] de "colaboración ciudadana", esto es, la labor que permite a cualquier persona subir a la red información, siendo, en ocasiones, indispensable para "informar" al mundo. Es importante esta distinción, ya que, al referirse a una colaboración, no debería encuadrarse en la libertad de prensa, sino en la libertad de expresión[65], de lo que se deduce que no se aplicaría la excepción periodística, al no realizar dicha actividad profesionales de la comunicación. Estos, en concreto, por la relevancia que para la opinión pública puede tener la información que publican, deben verse amparados por la excepción, permitiendo una mejor protección de los derechos de protección de datos, libertad de prensa y privacidad o intimidad, de manera que la delimitación de la excepción puede ayudar a resolver la ponderación de los conflictos que puedan darse entre los mismos, especialmente con los datos personales publicados en RRSS por particulares[66].

Por tanto, la legislación europea no sigue la línea jurisprudencial de olvido como una serie de acciones que eviten la indexación de noticias, manteniéndose esta opción como subsidiaria a la prevista, sino que "pretende reconocerse"[67] un verdadero y estricto derecho al olvido mediante el borrado en origen de la información que se desee.

En cuanto a la legislación española, recurrimos a los arts. 93 y 94 de la LOPD, distinguiéndose según si se encuadra en búsquedas de Internet o en RRSS o equivalentes. En el primero de los casos, se reconoce el derecho paralelo al reconocido por el TJUE en el caso Costeja y nuestro TS y TC, una suerte de "derecho a la desindexación", en caso de concurrir las circunstancias de "inadecuación, inexactitud, desactualización, no pertinencia" o que, por el transcurso del tiempo, hubieran devenido de esa manera, de acuerdo a los fines para los que se recogieron y la naturaleza e interés público de la información[68]. De la misma manera, se reconoce si por la ponderación de los derechos en conflicto resultan prevalentes los derechos del afectado sobre el mantenimiento de los enlaces de búsqueda, sin perjuicio de la licitud de la conservación de la

64 Pérez Giménez, M. T.: "Libertad de", cit., p.148. Es preferible la opción por la que se decanta porque al equipararse la información que puedan dar usuarios anónimos con la de profesionales acreditados, podría abrirse la puerta a despreciar su trabajo en pro de lo que afirme la mayoría de usuarios de la red, cuando la experiencia nos dicta que este es el mejor medio de la desinformación.

65 No obstante, debemos señalar que este no es el único criterio en la doctrina, sino que algunos se inclinan por encuadrarlo en la libertad de prensa también, equiparando ambos.

66 Es necesario mencionar la "exención doméstica", a raíz de la protección de datos en las RRSS, ya que en el mismo RGPD, en el considerando 18, se establece la no aplicación del tratamiento de datos personales en el curso de una actividad "exclusivamente personal o doméstica", previsión idéntica a la del art. 2.2. No obstante, como afirma Pérez Giménez, M. T.: "Libertad de", cit., p.192, ello no impedirá la eficacia de la normativa nacional civil o penal, según el caso y circunstancias. De igual modo se pronuncia la LOPD en su art. 2.2 a). Sin embargo, esta exención decaerá en el momento que el contenido personal salga de la esfera personal, siendo compartido por terceros sin su consentimiento, por ejemplo.

67 Afirmamos "pretende" porque aún queda mucho por definir de este derecho, siendo más numerosas las excepciones, que son los verdaderos puntos de conflicto con este derecho al olvido, que lo que verdaderamente se reconoce como facultad de olvidar.

68 De nuevo vemos reflejado el "principio de calidad" del tratamiento de los datos.

información publicada y sin que se proceda a su borrado previo o simultáneo, detalle este último que no es baladí sino que implica la delimitación de este derecho con respecto al de borrado, oposición y supresión de datos, ciertamente relacionados al ser causas y consecuencias del derecho al olvido, si bien distintos en la delimitación positiva. El apartado 3 recoge ese equilibrio, ya analizado, con la información publicada, relacionándose con la libertad de información y prensa, al afirmar que no se impedirá el acceso a la información publicada en el sitio web "a través de la utilización de otros criterios de búsqueda distinta del nombre de quien ejerciera el derecho". Recoge, por tanto, la reciente jurisprudencia del TC, que exigía exclusivamente el sacrificio de la búsqueda por nombres y apellidos[69].

En el art. 94 LOPD se reconoce el derecho a supresión de los datos personales publicados en RRSS o servicios de la sociedad de la información por el mero consentimiento, es decir, reconoce la revocación del consentimiento[70] por la "mera solicitud". Además, también lo reconoce respecto a datos proporcionados por terceros, de no mediar las notas vistas anteriormente respecto a dicha información. No obstante, esto no será aplicable respecto a los datos facilitados por personas físicas en el ejercicio de actividades personales o domésticas[71]. Importante también es la previsión del último apartado, referida al caso de que los datos hubieran sido facilitados durante la minoría de edad del interesado, en cuyo caso se deberá proceder "sin dilación" a su supresión por su simple solicitud, sin necesidad de la concurrencia de las circunstancias del apartado anterior[72].

2. Olvido como derecho al borrado de datos, un paso más

En este segundo apartado comentaremos las propuestas "de lege ferenda" aportadas por la doctrina y que muestran las distintas caras de este derecho en formación, delimitado poco a poco desde una exigua regulación, pero gracias a la labor jurisprudencial y doctrinal. Una conclusión anticipada es clara: no hay unanimidad sobre su contenido y, sobre su carácter autónomo, si bien hay cierto consenso, también veremos voces contrarias.

Antes de comentar las distintas posibilidades que se abren, recapitulemos lo que hasta ahora se ha entendido por derecho al olvido. El mismo supondría la facultad de exigir la desindexación de información vinculada a cierto nombre y apellidos, acercándose más al derecho de oposición que al pretendido olvido. Ni

69 "Vid. supra".

70 En el mismo sentido, art. 7.3 RGPD, que reconoce explícitamente la licitud del consentimiento "ex tunc", permitiendo el "olvido"-supresión "ex nunc".

71 De igual modo que en regulaciones europeas anteriores, se recoge la "exención doméstica", "vid. supra".

72 Parece aquí recogerse un intento de enmienda al consentimiento prestado durante el período legal de minoría de edad, en línea de lo comentado en la introducción del presente capítulo: se desea borrar aquello de lo que hacemos gala, fomentando el uso de RRSS desde edades tempranas, pero permitiendo el borrado de las consecuencias una vez llegada la mayoría de edad.

siquiera estaría cerca del derecho de supresión, dentro del cual se halla, ya que solo se suprime el enlace de acceso a la noticia, no el contenido de la misma, ni tampoco de la actualización o alteración de la redacción original o la sustitución por las siglas de los interesados. Por tanto, vemos un conato de derecho al olvido, pero entendido y limitado a cegar la búsqueda, por lo que parece que estaríamos ante una especie de solipsismo, forzando al olvido algo que no es posible hallar, al menos fácil e inmediatamente[73], siendo el único excluido de este "olvido" el interesado.

La regulación del RGPD pretende dotar de autonomía el derecho, reconociendo la facultad individual de solicitar la supresión de la fuente originaria, pero con numerosas excepciones que son verdaderamente los problemas que originan las solicitudes, por lo que carece de mucho sentido. Afirma Berrocal Lanzarot[74], acertadamente, que lo que se pretendía era ampliar el control de los individuos sobre sus datos personales con vistas a reforzar la confianza en la red, pero, ¿hasta qué punto puede exigirse a los editores de webs que supriman lo publicado? Hay un salto cualitativo importante entre borrar el rastro que permite acceder a la información y borrar dicha información. Se pretende "crear" nuevos derechos, cuando en realidad chocan frontalmente con otros ya delimitados y con extensa jurisprudencia, como el caso de la libertad de prensa e información, o, incluso, de expresión, de menor protección que aquellas. Parece haber más "forma" que contenido, ya que se reconoce algo que nace con muchas exclusiones de partida, además de las exenciones y excepciones nacionales que puedan incorporarse.

La duda doctrinal podríamos verla reflejada en lo afirmado por la AP de Barcelona al dictar la sentencia de primera instancia[75] de la ya analizada STS 15 octubre 2015[76], dando forma a la jurisprudencia que se mantuvo hasta la revisión por el TC en 2018: "la primera faceta del derecho al olvido está relacionada con el pasado judicial o penal de un individuo".

Delimita así la base común de la gran mayoría de quejas ante las autoridades de control o ante motores de búsqueda, además de ante tribunales y jueces de distintas instancias: el deseo de que la sociedad olvide ciertos hechos constitutivos de delito[77]. Apoyándose en la jurisprudencia comparada, concuerda con el reconocimiento de esta faceta, basándose en "la privacidad, […] justificad[a] por la fe en la capacidad del ser humano de cambiar y mejorar, así como en la convicción

73 En este sentido, el TJUE, nuestro TS y TC, según hemos podido comprobar.

74 Berrocal Lanzarot, A. I.: "Estudio jurídico-crítico", cit., p.309.

75 SAP Barcelona 11 octubre 2013 (ES:APB:2013:10613).

76 STS 15 octubre 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4132), "vid. supra".

77 Frente a este razonamiento se opone la jurisprudencia del TC, ya comentada, que considera los hechos delictivos como especialmente relevantes y de interés, por lo que la ponderación debe referirse a las notas de veracidad, relevancia y actualidad de dicha información pasada, aunque teniendo en cuenta su causa delictiva, ya que de ello no se duda.

de que el ser humano no debe reducirse a su pasado". Concluye con una frase lapidaria: "una vez pagado lo debido, la sociedad debe ofrecerle la posibilidad de rehabilitarse e iniciar una nueva vida sin tener que soportar el peso de sus errores del pasado".

Surgen varios interrogantes: ¿es una faceta del derecho al olvido, es decir, una posibilidad que se abre, en caso de reconocerse este derecho, para poder "borrar" nuestro pasado? ¿Debe basarse este deseo justificado por la "posibilidad de rehabilitarse e iniciar una nueva vida" en la exclusiva voluntad del individuo? ¿Qué impediría que acabáramos por configurar una biografía o currículum a la carta según intentaba prever el TS en 2015 y, desde antes, el TJUE? Y, desde el punto de vista de la ponderación de derechos, fundamental en esta materia, ¿quién y cómo garantiza la libertad de prensa e información si los hechos pasados pueden modificarse libremente transcurridos unos ciertos años?[78]. Además, ¿no queda esa justificación compensada con la previsión del art. 25 CE al prever la reeducación y reinserción social? Parece pretenderse, paralelamente a esto, más referido al fuero interno de la persona, esa oportunidad de reinserción se haga "ad extra", de cara a una sociedad que "pierde la capacidad de perdonar"[79], y más si las noticias están multiplicadas y siempre recientes con motivo de la omnipresente web descontextualizada.

Es ese el motivo por el que una parte de la doctrina conciba este derecho como una especie de actualización de datos personales, abarcando desde la modificación de datos que se hayan visto alterados hasta la supresión de aquellos que no se quieren seguir exponiendo al público. Desde esta concepción se encuentran aquellos que siguen los argumentos expuestos en el apartado anterior, por un lado, y, derivada de la perspectiva anterior, aquellos que reconocen esa prerrogativa a la representación que suple la voluntad del interesado, con la problemática que se abre en cuanto al tema de la sustitución de dicha voluntad: extensión, prueba, etc.

Otra parte de la doctrina concibe este derecho como paralelo al de la cancelación de antecedentes o medidas como la "anonimización" de sentencias y otras resoluciones, construyendo una suerte de "amnistía digital", que quizás se oponga a esa teleología de la publicidad de los antecedentes, ya que forman parte de la historia del sujeto en cuestión y no es algo que pueda eliminarse sin más, sin perjuicio de los motivos que pueden acompañar las mencionadas medidas. Por tanto, para estos investigadores el derecho al olvido se configura como una figura

78 Estos años, aunque a priori pudieran parecernos muchos, como los casos analizados, cuarenta, por ejemplo, con el desarrollo de Internet vemos que las modas o tendencias son cuestión de días u horas, por lo que una noticia puede ser viral y estar en todas las portadas, pero ser olvidada en cuestión de semanas.

79 Cobacho López, Á.: "Reflexiones en", cit., p. 201. El autor afirma también que "donde no se olvida, poco lugar queda para el perdón, y, sin perdón, el alcance de la ofensa termina por exceder incluso la misma intención del agresor bajo la forma del rencor".

paralela al olvido legal de los antecedentes penales, pudiendo ser un primer paso por el que reconocer el derecho, para luego extenderlo a otros ámbitos de la vida. El principal problema de esta concepción es delimitar la frontera de lo que es permisible olvidar ya que, aunque vemos que los tribunales han establecido requisitos para que un derecho prevalezca sobre otro, especialmente los de información y prensa, podríamos incurrir en aquello de lo que previene el TS: la construcción de un pasado a nuestra medida, obligando a editores de páginas web o a gestores de motores de búsqueda a "eliminar el tratamiento de sus datos personales cuando se asocian a hechos que no se consideran positivos"[80].

La visión predominante, tanto doctrinal como jurisprudencial, no obstante, es la que considera el olvido como una rama del derecho de oposición y cancelación, ya que hasta ahora lo único que permite es oscurecer y dificultar el acceso a una noticia, sin haber más olvido que lo que no se ve o accede, al menos fácilmente, por búsqueda nominativa. Por ello, frente a una parte de la doctrina que lo califica como derecho autónomo, parece prevalecer otra que defiende su carácter híbrido[81], debido a su estrecha relación con los principios que todo tratamiento tiene que tener[82] y, en particular, a algunos derechos previos como mencionábamos arriba. Además, su base seguiría siendo el origen de todo tratamiento: el consentimiento.

Para ambas posturas comentadas, no obstante, sería una consecuencia, más o menos desarrollada del "habeas data", que permite un control efectivo sobre nuestros datos personales. Sin embargo, cabría plantearse si no estamos ante un vago ideal de control total sobre algo que es materialmente imposible controlar[83], especialmente por la multiplicación de información no solo desde los medios de comunicación, sino de los sujetos particulares en ejercicio de su libertad de expresión. ¿Puede controlarse absolutamente toda la información que hay sobre nosotros? Distinta será la información que, como consecuencia de términos y condiciones generales que continuamente nos hacen firmar y firmamos sin conocimiento efectivo[84], queramos hacer desaparecer. Parece ser, por tanto, más

80 STS 15 octubre 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4132), FJ 5º.

81 En este sentido, entre otros, Mate Satué, L. C.: "¿Qué es?", cit., p. 190, al igual que la jurisprudencia analizada.

82 Calidad, finalidad, proporcionalidad y exactitud, "ex" art. 5 RGPD.

83 Como exponía el Abogado General en el caso Costeja, si para los gestores de los motores de búsqueda es de facto imposible o casi controlar la gran cantidad de información cuyo acceso permiten, para los individuos lo es más porque no sabemos quién trata nuestros datos por la multitud de veces que hemos dado nuestro consentimiento: en aplicaciones móviles, en sitios web, al hacer alguna solicitud y un largo etcétera.

84 El considerando 42 del RGPD, entre otros, configura el modelo de declaración de consentimiento redactado previamente por el responsable del tratamiento con lenguaje claro y sencillo y sin cláusula abusivas. Además, para considerarse informado, el interesado debe conocer al menos la identidad del responsable y los fines del tratamiento, no considerándose libremente prestado si no se disfruta de una verdadera y libre elección o no se puede denegar o retirar el consentimiento sin sufrir perjuicio alguno. En el caso de los menores, se incrementa esta obligación de facilitar la comprensión de la prestación de consentimiento.

plausible exigir el olvido de la información derivada de nuestro consentimiento sin conocimiento[85] que de nuestro conocimiento sin consentimiento[86], al menos en los términos vistos hasta ahora.

IV. CONCLUSIÓN

La materia de protección de datos, como hemos visto, tiene ya cierto recorrido en el ámbito europeo hasta haber alcanzado la autonomía como derecho individual, entendido como un control pleno del individuo sobre sus datos personales. Al igual que con el consenso europeo sobre la materia de la protección de datos, debería imitarse por parte de otros países esto, llegando incluso a aceptarse unos principios mínimos a nivel global, pero sin dejar que esta normativa se anquilose con largos períodos de entrada en vigor, debido a la versatilidad de la materia.

Con respecto a la regulación europea, debería extenderse a las personas jurídicas, ya que el potencial perjuicio derivado de un mal tratamiento de datos se ve incrementado exponencialmente al englobar a numerosas personas físicas como los trabajadores, proveedores, clientes, etc.; y debe haber, además, una continua vigilancia del desarrollo de la tecnología para garantizarse que la tutela legal de esta materia sea paralela a las posibilidades que se abren con la ampliación y desarrollo del mundo digital.

Respecto al RGPD, se observa un refuerzo de la autodeterminación informativa, con la ampliación de los derechos que conforman el "habeas data", subrayándose el carácter expreso del consentimiento, frente al tácito, algo que debería trasladarse a la multitud de sitios web que accedemos y que sobreinforman o saturan a los usuarios hasta el punto de aceptar las condiciones con tal de seguir navegando, cuando debería facilitarse la prestación de un consentimiento libre e inequívoco. Uno de esos refuerzos es el que introduce un estricto y equívoco derecho al olvido, distanciándose de la jurisprudencia anterior, y que nace con muchas exclusiones de partida ya que, aunque contiene un "numerus clausus" de casos en los que la supresión-olvido debe ser automática, las excepciones son, más que cuantitativa, cualitativamente sustanciales como para poder hablar de un verdadero derecho al olvido. Por tanto, este derecho parece un intento de reconocer una figura autónoma, asimilándose más a la oposición que a lo que pretende definir. ¿Hasta qué punto puede exigirse y beneficiar ese olvido digital de la información ya publicada y contrastada, frente a la "mera" eliminación de su rastro digital? Ya que, si olvidamos quienes hemos sido, dejaremos de ser quienes somos.

85 Los "términos generales o de uso" que continuamente aceptamos para seguir navegando y acceder a información.

86 Esta información podría encuadrarse en los derechos a la intimidad o al honor o en el olvido, entendido como dificultar el acceso, pero no en su sentido estricto.

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y CONTRATACIÓN MÉDICA. EL SUPUESTO DEL "REPRESENTANTE" SANITARIO

AUTONOMY OF WILL AND MEDICAL CONTRACTING. THE ASSUMPTION OF THE SANITARY "REPRESENTATIVE"

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 124-151

Leticia GARCÍA VELASCO

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: En el presente trabajo se realiza un estudio de las figuras de representación en el ámbito sanitario cuando al paciente no se le había establecido previamente una figura de apoyo. Se establecen las diferencias entre la representación que la Ley 41/2002, básica de autonomía del paciente ofrece en función de si existe o no esta figura de apoyo en adultos y otras figuras de carácter representativo en el ordenamiento jurídico actual. Asimismo, se estudian las posibles modificaciones en la redacción vigente de la ley, observando la adecuación a la Convención sobre los Derechos de personas con discapacidad del año 2006.

PALABRAS CLAVE: Autonomía de la voluntad; representante sanitario; discapacidad sobrevenida; representación y mandato; consentimiento informado.

ABSTRACT: *In the present work, a study of the figures of representation in the health field is made when the patient had not previously established a support figure. It is also seen the differences between the representation that Law 41/2002, basic for the patient autonomy offers depending on whether or not this figure of support exists in adults and other figures of a representative nature in the current legal system. Likewise, the possible modifications in the current version of the law are considered, observing the adequacy to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities of 2006.*

KEY WORDS: *Autonomy of the will; health representative; supervening disability; representation and mandate; informed consent.*

SUMARIO.- I. LA ACTIVIDAD MÉDICA COMO UNA ACTIVIDAD CONTRACTUAL. - LAS NOTAS DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS.- 1. Las partes del contrato.- 2. Las características del contrato.- III. LA POSIBILIDAD DE REPRESENTACIÓN O LA NECESIDAD DE UNA FIGURA DE APOYO.- 1. La menor edad del sujeto paciente.- 2. La mayor edad del paciente que precise una figura de apoyo para el completo ejercicio de su capacidad jurídica.- 3. La mayor edad y situación de compromiso de la capacidad de entender por cuestión de hecho.- IV. DEFINICIÓN DE FIGURAS, ¿MANDATO O REPRESENTACIÓN? - 1. Características del mandato.- 2. Características de la representación.- 3. Análisis conjunto de las figuras.- V. LAS FUNCIONES DEL SUSTITUTO SANITARIO.- 1. Deber de guardar la intimidad y la confidencialidad.- 2. Deber de tomar una decisión que beneficie la salud o la vida de la persona afectada.- 3. Deber de informar de la decisión tomada.- VI. POSIBLE RESPONSABILIDAD EN CASO DE NO CUMPLIR CON LA VOLUNTAD DEL PACIENTE.- VII. ADAPTACIÓN DE LA LBAP AL NUEVO SISTEMA DE APOYOS DEL CÓDIGO CIVIL

I. LA ACTIVIDAD MÉDICA COMO UNA ACTIVIDAD CONTRACTUAL.

Cuando un sujeto precisa determinados cuidados sanitarios por parte de un tercero, se está sometiendo a la práctica de uno o varios profesionales que proporcionarán tales cuidados en su contexto laboral, de manera independiente a que sea éste un ámbito autónomo o dependiente, público o privado.

Si esta hipótesis aparece nos vamos a encontrar con un presupuesto en el que dos o más sujetos convienen en que dicha atención finalmente se dé, como una forma de obligación que contempla el ordenamiento jurídico español.

Según el art. 1088 CC, toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa. Esta obligación es el vínculo jurídico que une a dos o más personas, dándole a cada cual una posición determinada de acreedor o deudor frente al otro. En virtud de este vínculo, cada uno de ellos tendrá una serie de derechos, deberes y responsabilidades que les incumbe a ellos mismos y que tienen que cumplir con su contraparte.

Entrando a evaluar la actividad desarrollada por los profesionales sanitarios podemos decir que el modo de obligación que surge en esta actividad es la contractual (vid. Art. 1254 CC)[1], apareciendo por tanto un contrato que se

1 Bien es cierto que en el momento de la prestación del servicio médico no siempre aparece un contrato físico. Véase por ejemplo la atención sanitaria pública, en la que una persona es ingresada en un centro voluntariamente para ser tratada por una dolencia concreta, pero dicho ingreso y voluntad para ingresar solamente constan en un documento de orden de ingreso, de carácter administrativo, que se anexa a los documentos de historia clínica del paciente y donde no consta la declaración de voluntad del paciente, pero se presume. Así, los contratos de servicios sanitarios obtienen esa nota específica de los contratos de

• Leticia García Velasco
Investigadora Predoctoral. Programa de Doctorado en Derecho civil. Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid. Correo electrónico: leticiagarciavelasco@gmail.com

suscribe en cierto modo entre el sanitario y el paciente, pudiendo encuadrar ésta dentro de las prestaciones de servicios, que se encuentra regulado en el art. 1544 CC (como subtipo de las prestaciones de una actividad. Además, la obligación que de este contrato se deriva tiene fuerza de ley entre quienes contratan, de modo que deben cumplirse a tenor del mismo (vid. Art. 1091 CC).

Pero además aparece una especialidad en la obligación, y es que no existe una exigencia de resultados de manera general. La doctrina del Tribunal Supremo estima que la obligación de medios impera en aquellas relaciones contractuales en las que se opera sobre la necesidad de un tratamiento médico. E incluso en aquellas intervenciones que pueden considerarse optativas, voluntarias o satisfactivas (v.gr. medicina estética)[2], no comportan por sí mismas la garantía del resultado perseguido, a no ser existiera una certeza de garantía asegurada por el médico responsable al paciente o un pacto expreso entre médico y paciente, si es que así resulta probado de la narración fáctica del caso (SSTS 25 de abril de 1994 y su evolución doctrinal, 11 de febrero 1997, 7 de abril de 2004, 21 de octubre de 2005, 4 de octubre de 2006, 23 de mayo de 2007, 27 de septiembre de 2010, 13 de abril de 2016 y otras).

La posibilidad y la capacidad de obligarse mediante un contrato están claramente estipuladas en la legislación civil de nuestro Estado, existiendo una amplia regulación contenida tanto en el Código civil como en las leyes desarrolladoras de cada una de las parcelas del Derecho privado. En nuestro caso, además, tratándose en la mayoría de situaciones de una prestación de servicios necesaria para la atención a la salud, habremos de ir más allá en lo que afecte a aquellos sujetos que no puedan decidir por sí mismos[3].

Así, tendremos que definir no solo cuáles son los requisitos que se exigen para poder obligarse en este aspecto de manera general, sino las particularidades

prestación de servicios, que es la libertad de forma, con las particularidades y obligaciones relativas a hacer constar otras manifestaciones de la voluntad del paciente que puedan surgir durante la prestación de dicho servicio.

2 STS 2572/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2572. FJ 5°.2. Dice la sentencia de 20 de noviembre de 2009 del Tribunal Supremo, y reiteran las de 3 de marzo de 2010, 19 de julio 2013 y 7 de mayo de 2014, que "La responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. […] (SSTS 12 de marzo 2008; 30 de junio 2009)".

3 La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica establece unos criterios básicos para diferenciar entre usuarios con capacidad para decidir y usuarios sin capacidad para decidir (sea ésta de hecho o legal).

que surgen en el caso de los menores de edad, las personas que, súbitamente, no pueden tomar una decisión por un motivo de hecho o las personas con algún tipo de discapacidad que precisen de una figura de apoyo[4].

II. LAS NOTAS DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS.

Para comenzar, hemos de establecer quiénes son las personas que pueden ser parte en un proceso donde aparece la contratación en general. Posteriormente, observaremos cuáles son las peculiaridades propias de la actividad contractual, aplicándolas a nuestro supuesto de hecho, entendido este como un contrato de servicios.

1. Las partes del contrato.

Precisándose para que exista el contrato que el consentimiento entre los contratantes concurra junto con el objeto cierto del contrato y la causa de la obligación que se establezca, debemos comprender quiénes son las personas que pueden obligarse, tanto por parte de quien resultará acreedor del contrato de servicios como de aquél que será deudor del servicio que se contrata, valorando en el siguiente epígrafe cuál es el objeto y la causa del mismo[5].

A) El acreedor del contrato de servicios.

Será acreedor quien solicite que se realice un servicio en su favor, tratándose dicho servicio en nuestro caso de atención en el ámbito sanitario, pudiéndola dividir en atención o actuación preventiva, curativa, rehabilitadora, paliativa o voluntaria/satisfactiva.

B) El deudor del contrato de servicios.

Será deudor quien se obligue a realizar la actividad de que se trata, pudiendo resultar un solo profesional sanitario o un centro en el que exista una diversa oferta de profesionales que puedan llevar a cabo dicho servicio.

C) Notas comunes del consentimiento entre las partes.

De manera general, en virtud de la nueva redacción del art. 249 y siguientes del CC, las personas que precisen apoyo para ejercer su capacidad jurídica contarán con unas medidas concretas que les permita el desarrollo pleno de

4 Guilarte Martín-Calero C: "Comentario", en Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 787-815.

5 Para un estudio pormenorizado del tema: Vaquero Pinto M.J.: El arrendamiento de servicios. Propuesta de modelo general para la contratación de servicios, Editorial Comares, Granada, 2005, pp. 13-57 y 187-256.

su personalidad en condiciones de igualdad, pudiendo ser estas (además de las de naturaleza voluntaria) la guarda de hecho, la curatela o el defensor judicial. Además, según el art. 1.263 del CC "los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con apoyo de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales".

Así las cosas, debemos acudir a las normas especiales en las que se evalúa la capacidad para la toma de decisiones como presupuesto fundamental del cumplimiento del válido consentimiento. Comenzando por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (desde ahora, LBAP) que establece en su artículo 9 los "límites del consentimiento informado y consentimiento por representación" y otorga un límite general en los 16 años como la edad suficiente para que el consentimiento por representación no sea válido (vid. Art. 9.4) con las excepciones establecidas para la interrupción voluntaria del embarazo (vid. Art. 9.5) o para las actuaciones consideradas como "de grave riesgo para la vida o salud del menor" (vid. Art. 9.4 in fine), con la necesidad de que se oiga y tenga en cuenta la opinión del menor de edad.

No existiendo otra norma en la que se hubiera establecido un límite de edad menor, en España se introdujo mediante la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia los criterios interpretativos del principio "interés superior del menor", considerándolo como carácter "prioritario y principio fundamental en la materia", y enumeró los tres significados que ya había señalado el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas en el año 2013, que establecía que "el interés superior del menor" debía ser entendido como un concepto de triple sentido: por un lado, un derecho sustantivo; de otro, un principio interpretativo; y finalmente, una norma de procedimiento[6].

Así, el profesional sanitario encargado del tratamiento será también responsable de evaluar la capacidad de discernimiento del menor para conocer si es capaz de comprender el alcance de la intervención de que se trate, y así saber si podrá otorgar el consentimiento por sí mismo o precisará de una figura de apoyo, en virtud de lo establecido en el artículo 9.3.c) de la LBAP, y siguiendo lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

6 CRC/C/GC/14. Convención sobre los Derechos del Niño. Organización de las Naciones Unidas. Observación general N°14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).

2. Las características del contrato.

Nuestro Código civil establece unas notas definitorias básicas de la actividad contractual en general (vid. Art. 1254 y ss. CC), pudiéndose especificar para nuestro ámbito en las siguientes, debido a las características especiales del arrendamiento de servicios[7]:

A) Inicio del contrato.

El contrato se inicia cuando una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra, a prestar algún servicio.

Esta obligación de prestación de un servicio se relacionará con la voluntariedad de someterse a un tratamiento concreto que busque la curación, la rehabilitación o la paliación de una patología determinada[8]. Así, el deudor de la prestación consentirá en obligarse con el acreedor de dicha prestación sanitaria.

B) Pactos y cláusulas.

Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

Las condiciones que se establecen en el arrendamiento de servicios sanitarios no pueden tener el mismo valor que las de otra clase de contratos, dependiendo de múltiples factores, dado que la realización de la obligación por parte del arrendatario no se ve sometida a la voluntad de cierto resultado del cliente/paciente, sino a la lex artis ad hoc[9] propia de la profesión sanitaria, a la obligación de medios a la que ya nos hemos referido o a la posibilidad de realización de un determinado procedimiento en función de la cartera de servicios específica del centro[10].

7 Trigo García M.B.: Contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual, Editorial Comares, Granada, 1999, pp. 65-85 y 201-334.

8 Habida cuenta de la existencia de otras clases de atención en el ámbito sanitario, como la relativa a las actividades preventivas, nos centraremos en las vertientes curativa y rehabilitadora para denominar en lo subsiguiente a la atención sanitaria.

9 Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 11 de marzo de 1991, que define la lex artis ad hoc como "aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina - ciencia o arte médico que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados, y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado)".

10 En el ámbito de la atención sanitaria pública en España, Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, así como sus subsiguientes modificaciones, incluido el Real Decreto-ley 16/2012, de

La necesidad de que se alcanzara un cierto resultado con el paciente puede observarse si así se hubiera pactado en el propio contrato de servicios médicos, lo que supondría por una parte una aceptación desorbitada de la responsabilidad sobrevenida en caso de no poder alcanzar dicho resultado por parte del proveedor del tratamiento, y de otra, una situación de muy difícil prueba en el caso de ser alegada en un procedimiento posterior de reclamación de la responsabilidad contractual[11].

C) Validez.

La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

Precisamente como parte de la lex artis ad hoc, el cumplimiento del contrato debe adecuarse a la actualidad del conocimiento científico y las exigencias técnicas que el profesional sanitario debe conocer y practicar.

D) Perfección.

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

Siendo cierto que el mero consentimiento también perfecciona el arrendamiento de servicios sanitarios, es imperativo que este consentimiento cumpla con los requisitos específicos que se derivan tanto de la Ley General de Sanidad como de la LBAP. De manera que, en determinados casos, deberá existir por escrito una manifestación de la voluntad denominada consentimiento informado, que habrá de cumplir con las exigencias que indique la Ley (vid. Art. 8 LBAP), apareciendo pues un requisito necesario para su validez (vid. Art. 1279 CC).

E) Representación.

Nadie puede contratar en nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal, siendo nulo el contrato de no existir

20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, y la diversa regulación autonómica que se desarrolla a partir de estas normas.
En el ámbito de la atención sanitaria privada en España, se estará a las condiciones de aseguramiento o actuación que cada uno de los contratos para la atención individual o de seguro establezcan.

11 Sánchez Gómez A: Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 106-159 y 219-288.

autorización, representación o ratificación posterior de la persona a cuyo nombre se otorgó el contrato.

Aquellas personas sometidas a la patria potestad o a una figura de apoyo para poder ejercer su capacidad jurídica (figuras voluntarias, guardador de hecho, curatela o defensor judicial) ven modificada la posibilidad de formar parte en esta situación de contratación sanitaria al amparo del Código Civil y la LBAP. Siendo estos sujetos considerados como necesitados de una figura de apoyo concreta por motivo de edad o madurez, o que precisen esa ayuda para ejercer su capacidad jurídica respectivamente, serán sus representantes o asistentes quienes, de facto, se conviertan en las figuras contratantes en primer lugar y/o quienes apoyarán en el otorgamiento de los consentimientos que de la atención sanitaria se deriven (con las particularidades que las normas establezcan).

Así, un menor de edad que no haya cumplido 16 años (vid. Art. 9.4 LBAP) o una persona que precise una figura de apoyo por declaración judicial (vid. Art. 9.3.b LBAP), serán los acreedores de la atención sanitaria, pero no formarán parte de la contratación del negocio en sí, dado que aquellas manifestaciones de la voluntad que sean necesarias para la realización de los concretos procedimientos que las exijan serán otorgadas por sus representantes[12].

Sin embargo, en aquellas situaciones en las que, considerándose el paciente receptor de cuidados como persona que, súbitamente, no puede tomar una decisión por un motivo de hecho[13] para la toma de decisiones se exija que la manifestación de voluntad conste por los medios legales establecidos, ocurrirá en muchas ocasiones que no contemos con un representante legal, puede que tampoco con otra clase de autorizaciones y puede que aquel paciente no ratifique nunca su voluntad en el supuesto en que recupere su capacidad natural, si es que la incapacidad resulta abruptamente sobrevenida.

III. LA POSIBILIDAD DE REPRESENTACIÓN O LA NECESIDAD DE UNA FIGURA DE APOYO.

El artículo 9.3 de la LBAP establece de manera general los supuestos de otorgamiento de consentimiento por representación, siendo ésta una posibilidad

12 Con obligatoria sujeción a lo establecido en los artículos 9.6 y 9.7 de la LBAP y habida cuenta de lo que, en el caso de personas que precisen asistencia para la toma de decisiones, se estipule en la sentencia judicial que declare dicho estado civil, dado que no se ha visto modificada la redacción de este artículo tras las últimas novedades introducidas en el Código civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

13 Nos referimos a aquellas situaciones en las que las capacidades de entender y querer se pueden ver nubladas por la falta de juicio que una concreta patología pueda desentrañar, así como la inconsciencia derivada de cualquier motivo.

que aparece ante la imposibilidad de toma de decisiones por una cuestión de hecho o por existir una discapacidad en el paciente que haga que precise de una figura de apoyo y así se haya establecido judicialmente, ofreciéndose las siguientes posibilidades[14]:

1. Paciente menor de 16 años o con capacidad judicialmente modificada y así conste en la sentencia: el consentimiento lo prestarán las personas que ostenten la patria potestad o la tutela, según el caso[15].

2. Paciente menor de edad, mayor de 16 años o emancipado: el consentimiento lo prestará el menor de edad siempre que sea capaz intelectual y emocionalmente para comprender el alcance de la intervención. En caso contrario, el consentimiento lo dará su representante legal con atención a lo establecido en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor[16].

3. Paciente mayor de edad, que no se encuentra en condiciones de tomar decisiones por cuestiones de hecho[17]: prestarán el consentimiento sus familiares o las personas vinculadas de hecho a él, atendiendo al mayor beneficio para la vida o la salud del paciente, y respetando su dignidad personal.

De manera que contamos con tres situaciones en las que se ha de determinar quién es el encargado de la toma de decisiones en materia sanitaria dependiendo de determinadas circunstancias:

1. La menor edad del sujeto paciente.

En esta situación aparece definida la necesidad de que sean quienes ostenten la patria potestad o quienes consten como tutores legales los que otorguen consentimiento en nombre del menor en aquellas situaciones en las que no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención.

14 Téngase en cuenta que se trata de una cita literal del precepto, que no se ha modificado desde el año 2015.

15 Con la necesidad de que participen en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario y respetando su dignidad.

16 Se exceptúa la actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, en la que, a criterio del médico responsable, el consentimiento se prestará por el representante legal del menor, una vez oído y tenida en cuenta su opinión, así como la práctica de técnicas de reproducción humana asistida, que se rigen por las disposiciones especiales de aplicación (Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo).

17 No habiéndose visto modificada la LBAP por la última modificación del CC, estableceremos la definición de lo que se consideraba "incapaz de hecho" por unos términos más acordes a la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

Se permite la prestación del consentimiento al mayor de dieciséis años, concediendo la ley un margen de autonomía que se ve limitado por la misma cláusula que para los adultos: cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, situación en la que será el representante quien consentirá.

Con respecto a la interrupción voluntaria del embarazo, en el año 2015, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo estableció la exigencia de la mayoría de edad para el otorgamiento de consentimiento informado en los casos en los que se precisa dicha prestación. Asimismo, la práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida, que se rigen por sus disposiciones especiales de aplicación, también exigen la mayoría de edad, con la salvedad de determinadas disposiciones relativas a la donación de tejidos regenerables o residuos quirúrgicos (vid. Art. 7 Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos)[18].

2. La mayor edad del paciente que precise una figura de apoyo para el completo ejercicio de su capacidad jurídica.

Hasta que la redacción de la LBAP se adecúe a la de las medidas de apoyo establecidas por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, habremos de entender que el paciente mayor de edad al que se le asigna de facto una figura de apoyo con carácter representativo por verse en una situación sobrevenida en la que no puede tomar una decisión, no cumple literalmente con las funciones de representante, a no ser que se trate de un caso excepcional en el que, a pesar de la ayuda para el razonamiento y la comprensión de su situación actual no sea posible determinar sus deseos y voluntad.

Para el resto de situaciones, este "representante" no será tal, sino que ostentará una posición de guardador de hecho o curador, acudiendo al apoyo de la persona con discapacidad que lo precisa por su estado (vid. Art. 249 y ss. CC) de manera que se vea protegida la integridad personal en igualdad de condiciones

18 Guilarte Martín-Calero C.: El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad (El derecho español a la luz del artículo 23 de la Convención de Nueva York), Editorial Reus, Madrid, 2019, pp. 70-92.

que las demás personas, tal como establece el art. 17 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

3. La mayor edad y situación de compromiso de la capacidad de entender por cuestión de hecho.

Ya hemos observado cómo la regulación proporcionada por la LBAP establece en su artículo 9 la posibilidad de representación para personas menores de edad o con "capacidad judicialmente modificada", estos últimos precisados de una modificación próxima en su redacción para que se adecúe a las últimas modificaciones en materia civil.

Sin embargo, en los casos en que no contemos con una representación legal y exista la necesidad de formalizar el requisito imprescindible del consentimiento informado por escrito para una de las intervenciones tasadas, la solución ofrecida es cuestionable si se quiere considerar como un supuesto de representación. Así, en virtud de lo establecido en el art. 9.3.a in fine, por aquellos pacientes que deban prestar su consentimiento y, debido a motivos de hecho, no puedan, otorgarán la autorización sus familiares o las personas vinculadas de hecho a él, convirtiendo a un posiblemente amplio grupo de personas en los encargados de la valoración de la posible voluntad del paciente.

IV. DEFINICIÓN DE FIGURAS, ¿MANDATO O REPRESENTACIÓN?

Como ya avanzábamos en el epígrafe anterior, según el art. 9.3 LBAP, texto donde se encuentra definido el consentimiento por representación en el ámbito sanitario (así como sus límites), una de las situaciones en las que se debe otorgar el consentimiento por representación es la siguiente: "Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho".

Esta clase de prestación del consentimiento se define como un otorgamiento por representación, pero resulta relevante entender conceptos semejantes a la hora de comprender cómo opera esta figura en la contratación de servicios sanitarios. Más aún cuando en la propia tramitación de la Ley se trató de uno de los preceptos más polémicos, al no llegar a un acuerdo inicial sobre el modo de definirlo[19].

19 Para un estudio pormenorizado, Domínguez Luelmo, A.: Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica, 2ª edición, Edit. Lex Nova, Madrid. 2007, pp. 233-258 y 331-378.

Definimos el mandato como un contrato que crea la obligación para el mandatario de cumplir con la prestación de un servicio o con un encargo determinado recibido del mandante (vid. Art. 1709 CC); y la representación como un poder que legitima al apoderado para actuar frente a terceros en nombre del poderdante.

1. Características del mandato.

Si la relación que la persona que, súbitamente, no puede tomar una decisión por un motivo de hecho tiene con quien toma la decisión de someterse a un determinado tratamiento fuera de mandato[20], las características podrían resumirse en las siguientes:

Primero. Sabiendo que el mandato puede ser expreso o tácito, de no existir ningún documento previo (instrucciones previas o voluntades anticipadas) o manifestación verbal de la voluntad de la que fuera testigo el personal sanitario responsable del tratamiento, este mandato habría de ser considerado tácito.

Segundo. La aceptación del encargo, de no existir el documento previo o la manifestación verbal observada, se entendería tácita al realizar el mandatario aquellas disposiciones negociales necesarias para continuar con el tratamiento del paciente.

Tercero. Al ser específico para un negocio determinado, como es la declaración de voluntad expresada mediante la firma de un consentimiento informado, lo consideraríamos como especial.

Cuarto. No conociendo el límite del mandato por no haberse expresado los mismos con anterioridad, no solo debe ocurrir que el mandatario actúe de la manera más ventajosa para el mandante, sino que además existe un mandato legal específico que requiere que así sea[21].

Quinto. El mandatario, si contrata en su nombre, eximirá de acción entre mandatario y terceros con quienes haya contratado, excepto en el caso en que se trate de cosas propias del mandante. Sin embargo, al tratarse de actuaciones que exigen el consentimiento informado, queda constancia en dichos documentos que la persona que otorga dicho consentimiento no es el mandante, si no aquél que actúa en su nombre.

20 Fayor Gardó A.: Derecho civil: Manual de Derecho de Obligaciones y Contratos, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 115-117.

21 Siendo de aplicación el art. 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, relativo a la protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento; así como normativa relacionada.

Sexto. El mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa. De modo que de aquellas actuaciones que pudieran resultar en perjuicio para la integridad física del mandante sería responsable el mandatario. Este extremo resulta, sin embargo, exagerado en la aplicación concreta, dado que el fundamento de la responsabilidad en el ámbito sanitario opera esencialmente amparado en el cumplimiento de la lex artis ad hoc y la evidencia científica actual aplicada por el profesional con el que se contrata. Sin embargo, podría estudiarse la aplicación de una conducta negligente al propio acto de perfeccionamiento del contrato, cuando ni mandatario ni profesional sanitario observen la forma que se exija para el mismo[22]. A pesar de ello, la responsabilidad ante el incumplimiento de otorgamiento del consentimiento informado recae sobre el profesional sanitario o el centro de que se trate, de modo que la responsabilidad sobrevenida del mandatario resultaría cuestionable[23].

Séptimo. Para encontrar cabida a la definición de los actos que puede comprender el mandato dado, ya que de manera general se hace referencia a los actos de administración (vid. art 1713 CC), debemos llevar a cabo un ejercicio de interpretación. Siendo una característica esencial de los actos de administración que hagan referencia a la conservación, gestión, goce o uso de un patrimonio o de un bien, hemos de valorar la posibilidad de que, en este caso en particular, la propia vida humana o su integridad física se consideren un bien a administrar. Al fin y al cabo, se trata de un bien merecedor de protección jurídica (frente a terceros, mediante la tutela de la integridad física y la vida) y del que se puede disponer (según la normativa vigente y al amparo de la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal).

2. Características de la representación.

Pasando a hablar sobre las características que tendría la representación en la atención sanitaria para las personas que, súbitamente, no pueden tomar una decisión por un motivo de hecho, éstas se resumirían[24] en las siguientes:

Primero. Debe existir un poder de representación, que asimismo tiene libertad de forma. Si se da el caso que el negocio jurídico debe revestir una cierta forma, se impondrá el documento público (vid. Art. 1280.5º CC). Si acudimos de

22 La presencia de consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de lex artis y como tal forma parte de toda la actuación asistencial y su omisión constituye negligencia idéntica al empleo de una técnica defectuosa o inadecuada (vid. STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 5º y otras).

23 Martínez Gallego E.M.: "Contenido y requisitos del consentimiento informado. Responsabilidades civiles por su incumplimiento", en Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales, 1ª ed., Editorial Comares, Granada, 2012, pp. 25-43.

24 Dejando a un lado las disposiciones específicas de la representación legal y de apoyos a las personas con discapacidad (patria potestad, curatela, guarda de hecho, acuerdos de apoyo…) en los casos en los que así se hayan constituido las figuras de apoyo/representación, o el menor de edad no pueda hacerse cargo de la toma de decisiones en el ámbito sanitario, en función de la normativa que las regule.

nuevo a la LBAP, es preciso que para las intervenciones que supongan un riesgo conocido para el paciente exista un consentimiento informado por escrito en el que conste la comprensión de la información otorgada y la voluntad de someterse al tratamiento concreto. Al requerirse esta forma concreta, cuya ausencia supone una vulneración de un derecho fundamental[25], habrá de existir este poder de representación por escrito. Ante la regulación actual, este poder podría tener la forma de un documento notarial o de un documento de instrucciones previas[26].

Segundo. Es unilateral, en cuanto la concesión de poder nace por la declaración de voluntad del poderdante, pero es recepticio, ya que dicha declaración de voluntad ha de ser conocida por el apoderado para que produzca efectos.

Tercero. A la luz del art. 1279 CC, exigiendo la ley el otorgamiento de una forma especial para hacer efectivas las obligaciones de un contrato, se compelen los contratantes a llenar la forma que se exija para dicho contrato y los demás requisitos necesarios para su validez[27].

Cuarto. En el caso de la representación en el ámbito sanitario, la actuación del representante revestiría la forma de agere nomine alieno, al ser el apoderado quien actúa en nombre de su poderdante, teniéndose que identificar como tal y aceptando tal situación el tercero con quien se lleve a cabo el negocio (en este caso, el profesional sanitario responsable del tratamiento).

3. Análisis conjunto de las figuras.

Tras este somero estudio de figuras afines podemos atrevernos a interpretar que ninguna de las dos figuras analizadas coincide con lo que habitualmente ocurre en los centros sanitarios cuando nos enfrentamos a una situación en la que un paciente mayor de edad, capaz para todos sus actos, se ve privado temporalmente de capacidad suficiente para tomar sus propias decisiones en el ámbito sanitario.

Para que pudiera considerarse como un acto fruto de la representación debería concurrir la existencia del documento público preciso para poder ser el paciente representado adecuadamente por motivo de la atención sanitaria, siendo este documento de origen notarial o mediante una declaración de instrucciones previas en la que se estipulara qué sujeto habría de decidir por aquél. De la misma manera, el encargo debería ser asimismo aceptado por el representante pudiendo

25 Díaz Martínez A.: "El consentimiento informado como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral: Comentario a la STC 37/2011, de 28 de marzo", Revista: Aranzadi Civil-Mercantil, nº5, 2011, pp. 25-35.

26 Vid. Art. 11 LBAP y Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas.

27 Nos adherimos de nuevo a las nociones de consentimiento informado escrito de la LBAP.

tener esta aceptación una forma tácita simplemente al firmar el documento de consentimiento informado para el que se requiriera su representación.

Para que pudiera considerarse como un acto fruto del mandato, de no existir una prueba escrita, el mandante debería confirmar que tal poder fue otorgado o al menos no actuar en contra de la decisión finalmente tomada si es que no existía una forma física. Otra cuestión sería otorgar como posibilidad suficiente para justificar el mandato la aceptación tácita posterior de las determinaciones por parte del paciente quien, no estableciendo una denuncia frente a dichas disposiciones, debería permanecer en silencio o suscribir de manera verbal o por escrito todas aquellas decisiones tomadas por aquel que actuó como mandatario.

Así, podemos establecer que la posibilidad realmente existente en la actualidad, de no contarse con dichas declaraciones previas o posteriores en las que expresamente se estableciera el sujeto encargado de tomar las decisiones en lugar de la persona receptora de los tratamientos sanitarios o se aceptaran las decisiones por aquél tomadas, es la de la sustitución de la voluntad mediante, precisamente, un verdadero sustituto sanitario.

V. LAS FUNCIONES DEL SUSTITUTO SANITARIO.

Con todo lo anterior, no podemos más que entrar a definir cuáles podrían ser, de hecho y en comparación con lo legalmente establecido, las funciones que podríamos aplicar como propias al sujeto encargado de la toma de decisiones en una situación tan específica teniendo en cuenta las particularidades que asimismo caracterizan a la atención sanitaria.

1. Deber de guardar la intimidad y la confidencialidad.

El derecho a la intimidad es un derecho fundamental garantizado en el artículo dieciocho de la Constitución española, asegurándose asimismo la protección civil de cualquier tipo de intromisión de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

La LBAP nos da unas pautas concernientes al reconocimiento de la intimidad y la confidencialidad en el más estricto de los ámbitos sanitarios, independientemente de la relación que se mantenga con el paciente, sea ésta familiar o profesional. El Capítulo III, dedicado en particular al derecho a la intimidad enuncia (art. 7.1 y 7.2) que:

"Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley.

Los centros sanitarios adoptarán las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior, y elaborarán, cuando proceda, las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes".

Según esta definición, la cautela específica del reconocimiento de la intimidad no se aplica exclusivamente "hacia los pacientes", sino hacia todas las personas en general, debiéndose mantener la debida discreción hacia los datos personales de cualquiera en cada situación.

Además, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (desde ahora, LGS), ya establecía como uno de los principios generales que habían de regular el sistema de salud en España (en relación con los pacientes) "el respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por su origen racial o étnico, por razón de género y orientación sexual, de discapacidad o de cualquier otra circunstancia personal o social" (art. 10.1), así como el derecho "a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público" (art. 10.3).

La importancia suma que debe imperar en el tratamiento de estos datos se asegura igualmente en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, aprobada de conformidad con 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. Estas normas establecen que los datos sanitarios se encuentran especialmente protegidos al ser considerados especialmente sensibles en virtud del considerando 51 del Reglamento citado.

Así, el tratamiento o la publicidad de los datos personales relativos a la salud se debe ver constreñido a lo que legalmente se vea permitido por la regulación del momento, no existiendo una libertad de aquel que sea poseedor de los datos para hacerlos públicos sin el consentimiento del afectado.

2. Deber de tomar una decisión que beneficie la salud o la vida de la persona afectada.

Durante años, tres han sido los criterios en base a los cuales el representante/sustituto ha tenido que decidir en el ámbito sanitario, siendo estos: las valoraciones subjetivas del sustituto; la ponderación de la decisión que el paciente habría

adoptado; y finalmente, el denominado mejor interés del paciente a partir de consideraciones objetivables[28].

Los dos primeros criterios presentan sus respectivos dilemas a la hora de ser aplicados. El primero de ellos porque implicaría la imposición por terceros de una serie de criterios particulares que incluso podrían divergir de la opinión del médico responsable, más si consideramos que quienes han de decidir son, en la mayoría de las ocasiones, legitimarios del paciente, y podría verse viciada la decisión por un motivo espurio.

En cuanto al segundo de ellos, podemos diferenciar entre el testimonio de voluntad anticipada, que difícilmente podría verse comprobado al no existir un documento de instrucciones previas o voluntades anticipadas, y lo que se denomina como voluntad hipotética, basada en la reconstrucción de la voluntad en función de los valores, religión o supuestos similares ocurridos con anterioridad. En ambos casos podemos encontrar para empezar, una ausencia de prueba que asegure cuál era esa voluntad que se está representando, y, en segundo lugar, la posibilidad de que el propio paciente, a pesar de ser partícipe de una serie de creencias o religión determinada, pudiera modificar de manera sobrevenida su propia ideología en base a sus circunstancias personales.

De este modo, es el tercero de los criterios, el mejor interés del paciente a partir de consideraciones objetivables donde se pondera prioritariamente el mayor bienestar y la salud y vida del paciente, el criterio menos subjetivo, al basarse en criterios científicos médicos y socialmente consensuados[29].

A nivel legal, en virtud del artículo 6 del Convenio de Oviedo[30] se establece la obligación de efectuar intervenciones que exclusivamente redunden en beneficio directo de aquellas personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento. Esta disposición se ve reforzada en los artículos 7 y 8, el primero de ellos para designar la protección concreta para la persona que "sufra un trastorno mental grave" y el segundo de ellos para los casos en que el paciente precise de una intervención indispensable en favor de su salud en una situación de urgencia.

Encuentran así acomodo varios elementos en los que se anuncia la limitación del consentimiento informado de manera general. Por una parte, gracias a las

28 Civera Murillo E: "Consentimiento por representación: cuestiones problemáticas en Medicina Crítica", en Consentimiento por representación, Fundación Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2010, pp. 12-33.

29 Auto 0060/2021 del Juzgado de Primera Instancia de Santiago de Compostela. FJ Segundo. Roj: AJPI 1/2021 - ECLI:ES:JPI:2021:1ª.

30 BOE núm. 251, de 20/10/2019. Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997.

notas de "inmediatez y gravedad" que se presupone a las actuaciones de urgencia, podemos justificar que pueda llegar a no obtenerse ningún tipo de consentimiento informado, teniendo en cuenta asimismo la previsión de tomar en consideración los deseos expresados anteriormente por un paciente que "no se encuentre en situación de expresar su voluntad" (vid. Art. 9. Convenio de Oviedo)[31].

La LBAP también acoge el criterio del mayor beneficio de la persona que no puede tomar una decisión sobre su salud en el epígrafe 6 de su artículo 9, obligando a aquellos que tomen la decisión a atender al mayor beneficio para la salud o la vida del paciente, habiéndose de poner en conocimiento de la autoridad judicial aquellas decisiones que fueran contrarias a los intereses descritos[32]. Así, no puede acudirse a una hipotética voluntad que contravenga el principio del mayor beneficio para el paciente, al no existir una prueba documentada de la verdadera voluntad.

3. Deber de informar de la decisión tomada.

A pesar de que sea un tercero el que acceda a que se lleve a cabo la intervención sanitaria sobre otra persona, no podríamos obligar a dicho tercero a que se hiciera responsable de tan sensible y compleja información como es la que relativa a los datos asistenciales y sanitarios que se manejan en los centros que procuran cuidados en salud.

De manera que no podemos dudar que será el profesional sanitario encargado del tratamiento de nuestro paciente que, súbitamente, no puede tomar una decisión por un motivo de hecho, quien haya de otorgar la información acerca de su estado, de los tratamientos y actuaciones llevadas a cabo y del pronóstico que sobre él pesa[33]. Ahora bien, sobre aquellas decisiones que se hayan tomado sin el consentimiento anterior y válido habrá de informarse asimismo al paciente de quién fue el encargado de consentir por él, en virtud de las normas autonómicas en las que se especifica cuál es el orden de prelación en el caso del consentimiento dado por terceros en caso de incapacidad de hecho.

31 Así se declara también por el Tribunal Constitucional, que declaró (FJ 7º) en su STC 37/2011 de 28 de marzo de 2011 que "no basta con que exista una situación de riesgo para omitir el consentimiento informado, sino que aquél ha de encontrarse cualificado por las notas de inmediatez y gravedad".

32 Siempre que la demora que supusiera la puesta en conocimiento de la autoridad judicial no hiciera correr peligro a la vida o a la salud del paciente dado que, en dicho caso, el profesional sanitario habría de actuar salvaguardando la salud de aquél, amparado en las causas de justificación de cumplimiento de un deber y estado de necesidad vid. Art. 9.6 in fine LBAP.

33 Sánchez Gómez A: "Contrato de servicios médicos…", cit., p. 11.

VI. POSIBLE RESPONSABILIDAD EN CASO DE NO CUMPLIR CON LA VOLUNTAD DEL PACIENTE.

La Jurisprudencia española ya ha establecido en multitud de ocasiones que la vulneración del deber de obtener un consentimiento informado constituye una infracción de la lex artis ad hoc[34], dado que solamente después de haber recibido la información completa, acorde a los conocimientos y capacidad de comprensión del receptor de la misma, se puede tomar una decisión válida que respete la autonomía de la voluntad. Solamente de esta manera el paciente conoce y sopesa las características del tratamiento al que va a verse sometido y cómo puede afectarle personal y profesionalmente tanto en el presente como en el futuro.

Observándolo desde un prisma holístico en el ámbito de nuestro sujeto-paciente, en el que se tenga en cuenta el argumento de Ortega y Gasset "yo soy yo y mis circunstancias", no tiene por qué existir otro individuo que pueda tomar la decisión de un modo más adecuado que aquél que se verá involucrado directa y personalmente por dicha actuación sanitaria.

Por tanto, tampoco podemos afirmar categóricamente que en los supuestos de "consentimiento por representación" establecidos por la LBAP en su artículo 9 vayamos a obtener la respuesta ideal en todos los escenarios en los que la toma de decisiones se efectúe por parte de un familiar o un sujeto vinculado al paciente por motivos de hecho, sea por motivos diversos a lo que el paciente hubiera deseado, motivos personales de quien toma la decisión, desconocimiento por no haber sido testigo de una manifestación de voluntad oral o por aparición de valores morales contrarios[35].

Pero en los casos en los que, derivado de una decisión no compartida con el paciente que se encontraba imposibilitado de manera física o psíquica para tomar una decisión por motivo de hecho, se produjera un daño acorde con la posibilidad de responder por daños y perjuicios, ¿en qué posición estaría nuestro "representante"?

Si de lo que se trata es de un representante o un mandatario en el más puro de los sentidos, esta responsabilidad debería aplicarse también a dichos sujetos, dado que este representante ha de responder de los daños y perjuicios que, de no ejecutar el mandato según las indicaciones del mandante, pudieran suponerse (vid. Art. 1.718 y art. 1.719 CC).

34 Op. Cit., pp. 6 y 11.

35 Dopico Gómez-Aller J.: "Problemas del consentimiento informado "por representación"", en Consentimiento por representación, Cuadernos de la Fundación Víctor Grifols i Lucas, Barcelona, 2010, pp. 36-94.

Y además sabemos que en la atención sanitaria se dará la responsabilidad civil, tanto contractual, cuando "el hecho causante del daño sea al mismo tiempo, incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro" (SSTS de 9 de marzo de 1983 entre muchas); como extracontractual, pudiendo resumir los presupuestos en los que se da dicha responsabilidad en que exista un daño efectivo, que el daño sea desproporcionado y que además no tuviera que ser asumido por el paciente (STS 24 de noviembre de 2005, 10 de junio de 2008, 23 de mayo, 29 de junio, 8 de noviembre y 28 de noviembre de 2007, 23 de octubre de 2008 y más).

Así pues, ¿en qué posición legal podría llegar a encontrarse un representante que no ha sido instruido en la correcta decisión a tomar?

Podríamos valorar que nuestro representante tendría la responsabilidad de un gestor de negocios ajenos, por haberse encargado este tercero de la administración de un asunto en interés de la persona que, súbitamente, no puede tomar una decisión por un motivo de hecho (vid. Art. 1888 y ss. CC). Al fin y al cabo, se le pide que realice una gestión de índole estrictamente jurídica por otro; su gestión es lícita, dado que se acoge a una regulación establecida en una ley de ámbito nacional; el asunto jurídico del que se encarga es ajeno, ya que es de pertenencia y beneficio exclusivo del paciente; no encuentra oposición del afectado, dado que se encuentra en un estado de incapacidad de hecho; no se encuentra obligado ni tiene un poder para ello, dado que a pesar de la declaración de consentimiento se ha de prestar por personas vinculadas al paciente por razón familiar o de hecho puede negarse, dejando la decisión a la atención al bienestar, la salud y la vida del paciente en términos más objetivos supeditando, eso sí, la toma de decisión al criterio del médico (o médicos) responsables del tratamiento.

Para los gestores no nombrados, la responsabilidad aparecería en caso de culpa o negligencia, de manera que pueden verse incluso moderados en función de las circunstancias del caso (vid. Art. 1889 CC). Así, cumpliendo exclusivamente con el otorgamiento de un consentimiento informado en el que en puridad no se permite otra actuación médica o sanitaria que no beneficie en la vida o la salud del paciente, no se le podría aplicar responsabilidad alguna ante una circunstancia que pudiera llegar a ser perjudicial, una vez terminado el periodo de incapacidad de hecho del paciente.

Con estos datos, ¿cómo podríamos acaso valorar la responsabilidad de la toma de decisiones no conforme con la voluntad del paciente para poderla aplicar al supuesto representante? Tenemos clara la responsabilidad que se extrae del médico o de la entidad sanitaria cuando no se cumplen los presupuestos requerido por la Ley, pero no parece de recibo aplicar una responsabilidad concreta a aquel sujeto que tomó la decisión motivado por el mayor beneficio para un ser querido.

Y eso porque para el caso de aquellos que no tomaran la decisión buscando el beneficio del paciente que, súbitamente, no puede tomar una decisión por un motivo de hecho, la normativa nacional e internacional ya se encarga de justificar el incumplimiento de dicha decisión por parte de los profesionales sanitarios responsables en beneficio del paciente, dado que este criterio de decisión es conforme a la lex artis médica.

Concretamente, según el artículo seis del Convenio de Oviedo, solo podrán efectuarse intervenciones que redunden en el beneficio directo de aquellas personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento, con las excepciones establecidas en materia de investigación experimental y de otorgamiento de consentimiento para la extracción de órganos y tejidos regenerables. Del mismo modo, según la LBAP, si la persona que otorga el consentimiento en nombre del paciente no atiende al criterio del mayor beneficio para la vida o salud del paciente, el profesional responsable del tratamiento "habrá de ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial, bien directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente", pudiéndose en su caso no recabar la autorización judicial si, por razones de urgencia, hubiera de adoptar una medida de salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparándose en tal caso en "la causa de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad".

VII. ADAPTACIÓN DE LA LBAP AL NUEVO SISTEMA DE APOYOS DEL CÓDIGO CIVIL.

Los términos "representante" y "consentimiento por representación" en materia de derechos de la personalidad se han tornado obsoletos a la luz de la nueva concepción de apoyo para la toma de decisiones de personas que lo precisen por su situación. Más aún si lo comparamos con el uso que se otorga a dichos conceptos en materia mercantil y que poco tiene que ver con la toma de decisiones mediante consentimiento informado en materia de integridad física o psíquica, y que se ve directamente relacionada con una manifestación de la autonomía y de la dignidad personal.

Mantener la redacción actual lleva a la comprensión por parte de profesionales sanitarios y personas encargadas de la toma de decisiones según la LBAP a que la responsabilidad final tras la realización de determinados procedimientos e intervenciones ha de recaer en quien ha firmado dicho consentimiento por representación, no correspondiéndose con lo afirmado por la jurisprudencia relativa a la responsabilidad por incumplimiento de la lex artis ad hoc.

La toma de decisiones en materia sanitaria cuando la persona involucrada en la atención no se encuentra en condiciones físicas o psíquicas para otorgar

válidamente su voluntad va a tener que atender en todo caso, y sea quien sea quien se encuentre tras la firma de un consentimiento informado, al principio de mayor beneficio para el paciente en su vertiente de protección a la vida y/o la salud cuando no se conoce su propia voluntad previamente a la circunstancia acaecida que lo viera condicionado a la necesidad de un apoyo para poder decidir.

El paciente adulto a quien no se le conozca una medida voluntaria de apoyo ni un documento en el que haya expresado previamente su voluntad respecto a un tratamiento o intervención sanitaria no va a poder ser eficazmente representado según las disposiciones del CC, y aquellos que tomen la decisión por él no van a tener por qué ser quienes mejor intuyan la verdadera voluntad. Y por supuesto, no van a poder ser considerados causantes de la responsabilidad que se pudiera desprender de las actuaciones frente a las que consentían por otro, por ser siempre en beneficio de éste y por recaer dicho gravamen en los autores responsables de las intervenciones.

De modo que, como conclusión a todo lo visto, podemos optar por tres posibilidades en el marco actual, partiendo de la eliminación del término "consentimiento por representación", y considerando que no se hayan establecido de manera previa un sistema de apoyos designado por la propia persona mediante acuerdos de apoyo, documento notarial o instrucciones previas (voluntades anticipadas), ni tampoco exista una resolución judicial en el que se establezca el sistema de apoyos necesario que debe existir en la toma de decisiones en materia sanitaria:

Primero. Designarlo como "consentimiento por sustitución" llevado a cabo por un "sustituto de hecho no responsable" que ha de verse obligado a la toma de decisiones "adecuadas a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal" vid. art. 9.5 LBAP y que habrá de respetar las disposiciones específicas para la protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento, establecido en el Capítulo II del Convenio de Oviedo.

Segundo. Optar porque sea la entidad pública encomendada en cada territorio la que apoye en el ejercicio de su capacidad jurídica de modo provisional a nuestro paciente que, súbitamente, no puede tomar una decisión por un motivo de hecho, en virtud de lo establecido en el art. 253 CC tras la última modificación del CC en materia de figuras de apoyo a las personas con discapacidad, dando conocimiento de la situación al Ministerio Fiscal en el plazo de veinticuatro horas.

Tercero. Considerar que aquella persona nombrada por la LBAP es realmente un guardador de hecho al que no se le exige una autorización judicial por realizar actos de representación con trascendencia personal en materia de consentimiento

informado en el ámbito de la salud (vid. Art. 287.1º CC) y que habrá de atenerse a las mismas obligaciones en la toma de decisiones que las apuntadas en el epígrafe 1. Así, el guardador de hecho mantiene una serie de funciones representativas cuando así se precisa, manteniendo la redacción y el espíritu estrictamente acorde a lo establecido en el CC.

La primera de las posibilidades se aleja totalmente de lo que la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad del año 2006 ha pretendido desde su inicio. A pesar de que durante los últimos casi veinte años se ha establecido un sistema de toma de decisiones que rozaba la sustitución, se ha demostrado que la protección de la autonomía de las personas, se encuentren en la situación en la que se encuentren, es un Derecho fundamental inalienable y que debe ser apoyado, y no sustituido.

La segunda de las posibilidades desatiende la toma de decisiones informada por un proyecto vital o una comunicación previa de las personas pertenecientes al círculo más cercano del paciente que se encuentra en esta situación sobrevenida. Siendo conscientes de que la prueba de dicho proyecto vital es casi imposible si no ha existido una declaración con suficiente entidad, en la mayoría de los casos será posible una posterior confirmación y, de no existir suficiente información, habrá de ser aplicado el principio de mayor beneficio para la salud y la vida del paciente.

La tercera de las posibilidades coincide de una manera más adecuada a la visión de figuras de apoyo establecidas por las últimas modificaciones del CC. Resulta menos agresiva ante la eliminación del carácter de sustitución que se le otorga innecesariamente al considerado "consentimiento por representación" y respeta la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y las modificaciones que llevó a cabo en multitud cuerpos legales de nuestro propio Derecho.

BIBLIOGRAFÍA.

Corcoy M. (coord.), Gallego J.I. (rel.): *Consentimiento por representación*, Fundación Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2010, pp. 12-33.

Díaz Martínez A.: *El consentimiento informado como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral,* Aranzadi Civil-Mercantil, España, 2011, pp. 25-35.

Domínguez Luelmo A.: *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, Lex Nova, Madrid, 2007, pp. 233-258 y 331-378.

Fayor Gardó A.: *Derecho civil: Manual de Derecho de Obligaciones y Contratos*. Editorial Dykinson, Madrid, 2018, pp. 115-117.

Guilarte Martín-Calero C: "Comentario", en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 787-815.

Guilarte Martín-Calero C.: *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad (El derecho español a la luz del artículo 23 de la Convención de Nueva York)*, Reus, Madrid, 2019, pp. 70-92.

Martínez Gallego E.M.: "Contenido y requisitos del consentimiento informado. Responsabilidades civiles por su incumplimiento", en *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales*, Comares, Granada, 2012, pp. 25-43.

Sánchez Gómez A.: *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 106-159 y 219 – 288.

Trigo García M.B.: *Contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual*, Comares, Granada, 1999, pp. 65-85 y 201-334.

Vaquero Pinto M.J.: *El arrendamiento de servicios. Propuesta de modelo general para la contratación de servicios,* Editorial Comares, Granada, 2005, pp. 13-57 y 187-256.

España. Boletín Oficial de las Cortes Generales. BOCG, núm. B-134-4, 27/09/2001, p. 45.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Constitución española (BOE núm.311, de 29 de diciembre de 1978).

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997.

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

Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas.

Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, y la diversa regulación autonómica que se desarrolla a partir de estas normas.

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo.

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

STS 1400/1991, de 11 de marzo de 1991 (Roj: STS 1400/2021 – ECLI:ES:TS:1991:1400).

STC 37/2011, de 28 de marzo de 2011 (BOE-a-2011-7626).

STS 2572/2015, de 17 de junio de 2015 (Roj: STS 2572/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2572).

STS núm. 250/2016, de 13 de abril. ECLI:ES:TS:2016:1639.

AJPI 21/2021, de 19 de enero de 2021 (Roj: AJPI 21/2021 – ECLI:ES:JPI:2021:21A).

EFICACIA DEL CONTRATO DE CESIÓN DEL DERECHO DE PATERNIDAD SOBRE UNA OBRA

EFFECTIVENESS OF TRANSFER AGREEMENT OF THE RIGHT TO CLAIM AUTHORSHIP

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 152-175

Alejandro
NIETO CRUZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: La autoría fantasma constituye un fenómeno en virtud del cual el verdadero creador de una obra trasmite a otro sujeto los derechos morales (en especial, el derecho de paternidad) y los derechos de explotación que tiene sobre la misma, comprometiéndose además a no revelar su identidad como auténtico autor de la obra. En este trabajo se analizará la figura del autor fantasma, las obligaciones que se generarán como consecuencia del acuerdo suscrito entre ambas partes y la posible eficacia de dicho contrato.

PALABRAS CLAVE: Autor fantasma; derechos morales; derecho de paternidad.

ABSTRACT: *The ghost authorship could be described as the case in which the authentic author transfers to another person their authorship moral rights (it included the right to claim authorship) and copyrights ones. Also, he or she agrees not to reveal their identity as the authentic author. In this work, I analyze the ghost author figure, those obligations that could be claimed as result of the agreement and the effectiveness of an agreement of this sort.*

KEY WORDS: *Ghost author; moral rights; right to claim authorship.*

SUMARIO.- I. ¿QUÉ ES LA AUTORÍA FANTASMA?. II. EL CONTRATO DE CESIÓN DEL DERECHO DE PATERNIDAD. III. COLISIÓN DEL CONTRATO CON LA NORMATIVA EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL.

I. ¿QUÉ ES LA AUTORÍA FANTASMA?

Como resulta lógico, la regulación española de la propiedad intelectual parte de la existencia de una premisa obvia: una persona –a la que vamos a denominar autora– crea una obra original y, como consecuencia de ello, es natural que dicho sujeto desee ostentar una serie de potestades de dominio sobre su propia creación.

De este modo, la normativa en materia de propiedad intelectual no hace más que proteger esta realidad ya existente, previa a su reconocimiento por el ordenamiento jurídico, y otorga al autor un conjunto de facultades sobre la obra que ha creado, que conforman lo que entendemos por propiedad intelectual. En última instancia, el objetivo de esta regulación radica en proporcionar a los autores de determinadas obras un sólido marco de protección jurídica, puesto que, de no existir éste, probablemente estos sujetos se verían desincentivados para llevar a cabo sus creaciones artísticas, literarias o científicas, con el consiguiente perjuicio que supondría ello para la sociedad en su conjunto[1].

En este sentido, lo que hace el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (en adelante, Ley de Propiedad Intelectual o LPI), como ya lo hacía la legislación decimonónica anterior y posterior al Código Civil, es traducir todo este razonamiento previo en una norma jurídica con un marcado carácter tuitivo. En primer lugar, el artículo 1 de la Ley de Propiedad Intelectual vincula el nacimiento

1 Pese a todo, cabe matizar esta idea. Los derechos de propiedad intelectual (al menos, en su vertiente patrimonial) no empezaron a ser reconocidos, aunque de manera limitada, hasta la generalización de la imprenta durante el siglo XV. Resulta evidente que existieron creaciones artísticas, literarias y científicas de forma previa a la imprenta –constituyendo algunas de ellas un patrimonio para la humanidad de valor incalculable–, puesto que la vocación creativa del ser humano no va dirigida exclusivamente a la explotación de la obra en el mercado. Sin embargo, también es cierto que el modelo productivo que existía de forma previa al siglo XV era diferente al actual, puesto que los artistas estaban subvencionados por las instituciones públicas o a través del mecenazgo. Curiosamente, las primeras normas que aisladamente pudieron proteger, de algún modo, lo que hoy entenderíamos por propiedad intelectual iban dirigidas a la persecución del plagio, lo que entronca con el reconocimiento de los derechos morales (que, sin embargo, no fueron positivizados de forma sistemática hasta mucho después que las facultades patrimoniales derivadas de la propiedad intelectual). En este sentido, vid. Lacruz Berdejo, J.L. y Lacruz Mantecón, M. L.: "Comentario al artículo 2 de la Ley de Propiedad Intelectual", en AA.VV.: Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (coord.. por Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Tecnos, Madrid, 2017, p. 28

• Alejandro Nieto Cruz
Profesor de Derecho Civil Universidad de Cádiz.
alejandro.nieto@uca.es.

de la propiedad intelectual al mero hecho de la creación, atribuyéndole al autor la titularidad originaria de este derecho[2]. De igual forma, el artículo 5 del texto legal en cuestión insistirá en esta misma idea al reconocer como autor a "la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica". Como consecuencia de ello, tal y como establece el artículo 2 de la Ley de Propiedad Intelectual, dicho sujeto ostentará una serie de facultades de carácter personal (los derechos morales) y otras de tipo patrimonial (los derechos de explotación y los derechos remuneratorios), que serán reguladas y desarrolladas en profundidad en el resto del articulado.

Todo lo dicho hasta ahora, que será sabido sobradamente por cualquiera que conozca mínimamente el concepto de propiedad intelectual, nos sirve para asentar una idea de enorme importancia para este trabajo. La regulación española de la propiedad intelectual gravita en torno al necesario concepto de la autoría. Éste (el autor) es el sujeto clave, puesto que su aparición en escena es la que provoca el nacimiento del derecho y su posible transmisión a terceros, que no olvidemos son meros titulares derivados del mismo. Nuestro ordenamiento jurídico se incardina en esta materia dentro de los denominados sistemas continentales o sistemas de droit d'auteur –resulta aquí obvio el protagonismo que toma Francia a la hora de marcar la concepción de los derechos de autor– porque entiende la propiedad intelectual como una creación emanada de la personalidad del autor y no como un mero producto más del mercado –una concepción más propia de países como Estados Unidos–[3].

La autoría constituye la piedra base sobre la que edificar toda la protección jurídica de la propiedad intelectual y ello responde a una determinada conceptuación del hecho creativo que se filtra en nuestras normas. En este sentido, no es descabellado afirmar que la inmensa mayoría de personas consideramos que existe

2 Cabe mencionar la ruptura que ello supuso con el régimen normativo anterior. Si bien es cierto que la Ley de Propiedad Intelectual de 1879 sí vinculaba el nacimiento de la propiedad intelectual a la creación de la obra, en la práctica la norma exigía la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad Intelectual para gozar de todos los derechos reconocidos en la legislación (art. 36). Para un mayor análisis, vid. Rodríguez Tapia, J.M.: "Comentario al artículo 1 de la Ley de Propiedad Intelectual", en AA.VV.: Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (dir. por Rodríguez Tapia, J.M.), Civitas, Madrid, 2009, pp. 59 – 61. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Comentario al artículo 1 de la Ley de Propiedad Intelectual", en AA.VV.: Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (coord. por Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 24 – 26.

3 Como bien señala Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Introducción a la propiedad intelectual» en AA. VV.: Manual de Propiedad Intelectual (coord. por Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 28, una de las principales diferencias tradicionales entre el sistema del copyright (propio de países como Reino Unido o Estados Unidos) y el sistema continental es el reconocimiento de los derechos morales. Igualmente, Rodríguez Tapia, J.M.: "Comentario al art. 1", cit., p. 63 – 64, al ubicar a España en la órbita del derecho de autor continental, recuerda que el nuestro no es un sistema de concesión de monopolio por parte de una oficina pública que controla el cumplimiento de todos los requisitos para el surgimiento de los derechos. Pese a lo recién comentado, hay que destacar que paulatinamente se ha producido un progresivo acercamiento entre ambos modelos de regulación de la propiedad intelectual. Sobre el sistema del copyright, vid. Martín Villarejo, A.: "Interpretación y Propiedad Intelectual en el Derecho Internacional" en AA. VV. (coord. por Rogel Videl, C.): Interpretación y autoría, Editorial Reus, Madrid, 2004, pp. 161 - 163.

un cierto vínculo espiritual entre la obra y su creador. Creemos –erróneamente o no– que a través de la obra podemos acceder al alma o a la personalidad de su autor y que, a su vez, dicha creación es fruto ineludible del genio creativo de esa persona. Dicho en otras palabras, una obra artística, literaria o científica tiene unas determinadas características, que la hacen original y única, porque la ha creado una persona en concreto y no otra[4]. Esa genialidad creativa de la que estábamos hablando, unida al innegable esfuerzo que supone el hecho creador, despierta la admiración del resto de personas, lo que, al final, construye la buena imagen y la reputación del autor dentro de su sociedad. Nuestras normas jurídicas están inspiradas por esta misma filosofía, motivo por el cual los ya mencionados artículos 1 y 5 de la Ley de Propiedad Intelectual le otorgan de forma originaria el susodicho conjunto de facultades al autor y no, por ejemplo, al comitente (por más grande que sea el desembolso económico que haya realizado o, independientemente, de que pueda ser en ocasiones la palanca extrínseca que motiva la puesta en marcha de todos los mecanismos referentes a la creación).

Todo lo dicho hasta ahora no debe servir para negar la evidente vertiente patrimonial de las obras objeto de protección por la propiedad intelectual. Éstas pueden ser explotadas en el mercado y llegar a generar cuantiosos beneficios económicos, sobre todo en sociedades como la nuestra cada vez más orientadas hacia el entretenimiento. Precisamente, desde el mismo momento en el que concurren intereses patrimoniales, es de esperar que haya quien pretenda maximizar sus rendimientos económicos, incluso, aunque sea a través de prácticas que conculquen o resulten antagónicas al propio espíritu de la ley. He aquí donde surge la figura del autor fantasma.

Antes de proseguir, es necesario perfilar adecuadamente el concepto al que nos estamos refiriendo. El fenómeno de la autoría fantasma requiere, necesariamente, de la existencia de, al menos, dos sujetos: por un lado, un individuo que crea una obra literaria, artística, científica o de cualquier otro tipo, desconociendo el público que este es el auténtico autor de la misma (el autor verdadero o autor fantasma); y, por otro, quien se presentará ante los demás como el autor real de dicha obra, aunque ésta, en realidad, haya sido creada por un tercero (el autor aparente). Entre ambos sujetos media un pacto secreto por el que el autor aparente remunera al autor fantasma por la creación de la obra y por la cesión de sus derechos morales y patrimoniales, estando, a cambio, éste obligado a mantener la confidencialidad sobre la verdadera autoría de la obra.

Habiendo establecido ya el concepto de autoría fantasma, podemos pasar a analizar la causa de la existencia de un fenómeno de estas características. Como

4 Lacruz Berdejo, J.L y Lacruz Mantecón, M. L...: "Comentario al art. 2", cit., p. 28 también menciona "la impronta de la personalidad" del autor como el origen de ese vínculo insoluble entre la obra y su creador.

deducirá el lector avezado, en ocasiones la persona que reúne la condición del autor verdadero no es capaz de garantizar el volumen de ventas deseado en el marco de un competitivo mercado cultural si la obra se comercializa bajo su nombre. Igualmente, el razonamiento se puede realizar al contrario: existe cierta seguridad de que el autor aparente (ya sea por su fama, su imagen o su posición) sería capaz de conseguir el número de ventas adecuado para un determinado producto, pero no tiene el talento, la pericia o la disciplina como para crearlo. De esta forma, se pretende conjugar la existencia de una obra que reúna unos mínimos de calidad como para que el público desee adquirirla, con el prestigio de una persona que atraerá fácilmente a los potenciales consumidores de la misma. Como vemos, la autoría fantasma nace, en definitiva, como consecuencia del deseo de explotar económicamente la obra y conseguir así un determinado nivel de beneficios[5].

Cui bono? Es cierto que el autor aparente, en tanto que pieza clave de este plan de marketing de la obra, adquiere el prestigio social al que antes nos hemos referido y, posiblemente, un porcentaje de las ventas. Igualmente, el autor fantasma obtiene una remuneración por el trabajo que ha realizado e, incluso en determinados casos, quizás la satisfacción de que su obra está siendo divulgada y conocida por el público en general, aunque no sea bajo su nombre. No obstante, sería ingenuo no percatarse de que las grandes interesadas en la construcción de todo este entramado son las empresas intermediarias dedicadas al mercado cultural: editoriales, discográficas, productoras de obras audiovisuales, etc. En puridad, a diferencia de lo que ocurre con el autor verdadero y el autor aparente, su presencia no es imprescindible para que se dé el fenómeno de la autoría fantasma; pero tendremos que reconocer que su concurrencia será, como poco, frecuente en la mayoría de los casos. De nuevo, ante las dificultades de sobresalir en el convulso mercado de la cultura y el entretenimiento, los sujetos que, en la actualidad, reúnen las mejores condiciones para editar, divulgar y distribuir las obras son estas grandes empresas, que, además, cuentan con una mayor capacidad para analizar el mercado, planificar el lanzamiento del producto y dotarlo de la necesaria campaña de publicidad[6]. Se hace necesario insistir en la concurrencia de este tercer sujeto en el fenómeno de la autoría fantasma, tanto porque permite

5 Similar razonamiento sobre el surgimiento de la autoría fantasma lo realiza Ragel Sánchez, L. F.: El contrato de representación teatral, Editorial Reus, Madrid, 2003, p. 56.

6 Naturalmente, no se desconoce que la labor de difusión o de comunicación pública de una obra no tiene por qué ser realizada necesariamente por una persona jurídica y que, incluso tratándose de un sujeto de estas características, no es imprescindible que se trate de un gran multinacional, como parecemos apuntar. Pese a ello, decidimos señalar a estas grandes empresas dedicadas al mercado cultural, en la medida en que la actualidad de nuestro tráfico jurídico está marcada por el protagonismo de las mismas, puestos que son capaces de atraer la titularidad de los derechos patrimoniales de una gran cantidad de autores y de realizar una explotación económica masiva de los mismos.

una mejor compresión de la problemática como porque evidencia el carácter triangular que se produce, a menudo, en este tipo de relaciones obligatorias[7].

Cabe destacar que los ejemplos de autoría fantasma no son precisamente pocos, si bien es cierto que desconocemos el número real de casos en los que se ha producido este tipo de acuerdos en la medida en que los mismos vienen caracterizados por su secretismo y confidencialidad. Con frecuencia, suele mencionarse la relación de los escritores Alejandro Dumas y Auguste Maquet como un ejemplo paradigmático del fenómeno de la autoría fantasma. Dumas tenía a su disposición a un elevado número de escritores con los que se reunía para planear la confección de sus afamadas obras literarias. Alejandro Dumas establecía la premisa y el esquema general de la historia, pero eran los miembros de su taller literario quienes se encargaban de redactar las páginas de sus novelas. Finalmente, Alejandro Dumas le daba su "toque especial" a un producto que ya había sido redactado previamente por otras personas y que solamente él firmaba con su nombre. Auguste Maquet sería el colaborador directo más importante que tendría Dumas de entre todos los que trabajaron para él, participando en algunas de sus obras más memorables. Dicha relación de colaboración directa acabaría quebrándose después de que Maquet demandara a Dumas ante los tribunales franceses pidiendo el reconocimiento de la coautoría de dichas obras[8].

La historia de Dumas y Maquet refleja a la perfección el esquema de la relación prototípica entre el autor fantasma y el autor aparente. No obstante, no debe llegarse a la conclusión ni de que el fenómeno se limita al ámbito literario –piénsese en cómo la dinámica de un maestro que aporta su toque magistral al final del proceso recuerda indudablemente a los clásicos talleres de pintura–, ni a la de que constituye un viejo recuerdo de un lejano pasado. Para muestra de ello, baste recordar cómo hace unos años el famoso pintor Damien Hirst declaró: "Uno vive en una casa hecha por un arquitecto que no necesariamente ha colocado los ladrillos de las paredes, pero nadie tiene dudas sobre su autoría intelectual. En mis obras no importa quién haga los puntos coloreados: yo soy quien decide si están bien hechos o no"[9], reconociendo abiertamente que él no pinta personalmente sus cuadros, aunque los firme. No es el único artista plástico que ha realizado declaraciones de este tipo. Sus palabras son un ejemplo palmario de la crisis del concepto de autoría que se está produciendo en el mercado del

7 Evangelio Llorca, R.: El encargo de obra intelectual, Dykinson, Madrid, 2006, p. 225 también apunta a la existencia de una relación triangular explotador de la obra-autor verdadero-autor aparente en estos supuestos.

8 Con escaso éxito para Maquet, puesto que los tribunales franceses de aquel momento reconocieron la licitud de los pactos de estas características. Así mismo, tras la ruptura con Dumas, Auguste Maquet no sería capaz de hacer despegar su carrera literaria en solitario. En relación con el litigio entre Dumas y Maquet, vid. Ragel Sánchez, L. F.: El contrato de representación teatral, cit., pp. 55 – 56.

9 Vid. Rodríguez, C., "Damien Hirst: "No importa quién pinte mis cuadros; yo decido si están bien hechos o no", El Mundo, Cultura, 10 de abril de 2018 (https://www.elmundo.es/papel/cultura/2018/04/10/5ac3537de2704edc298b45f5.html, última consulta 10 de noviembre de 2021).

arte en el momento en el que vivimos. Si decidiéramos ahondar más aún en el asunto, podríamos igualmente plantear dudas razonables en relación con la autoría de algunas de las obras literarias que copan la lista de los bestsellers del año y que, aparentemente, han sido escritas por conocidos personajes de la prensa rosa, deportistas, youtubers e influencers, etc.[10].

Como podemos observar, no se trata de un fenómeno aislado y que atañe a otros tiempos, donde los principios y las costumbres eran otras. Muy al contrario: se trata de una realidad que a día de hoy tiene una indudable incidencia e impacto en el tráfico jurídico y en el mercado cultural. Pese a ello, las normas jurídicas guardan completo silencio en relación con la existencia de estos autores fantasmas, la validez de los pactos que suscriben y, sobre todo, las consecuencias que se devengarían de la posible ineficacia de los mismos. Por ello, ante el silencio de la ley, se hace necesario un estudio que aborde de forma global las numerosas problemáticas que se pueden originar en torno a esta figura. En la medida en que el examen de la totalidad de las cuestiones concernientes a este fenómeno sobrepasaría en exceso los fines de este trabajo, nos centraremos en analizar únicamente la posible eficacia o ineficacia de la cesión de derechos a la que nos hemos estado refiriendo.

II. EL CONTRATO DE CESIÓN DEL DERECHO DE PATERNIDAD

Al hilo de lo que veníamos apuntando, se hace evidente que el examen de la infinidad de supuestos que pueden producirse en relación con el autor fantasma desbordaría por mucho el objeto y la finalidad de este trabajo. Prueba de ello es que basta con pensar en la enorme cantidad de variables que se pueden dar en la relación entre los sujetos implicados.

Podríamos considerar que en la celebración del contrato intervienen los tres sujetos anteriormente mencionados: el autor fantasma, el autor aparente y la empresa que se va a encargar de la distribución o comunicación pública de la obra. Sin embargo, podría ocurrir que el contrato se celebrara entre el autor aparente y el autor fantasma sin que la empresa distribuidora de la obra intervenga en el mismo, pudiéndose dar el caso de que nunca llegara a conocer la existencia de dicho pacto, lo que le convertiría en un tercero de buena fe. Así mismo, sería

10 En algunas ocasiones, se ha llegado a reconocer abiertamente que el libro no está escrito directamente por quien aparece como autor del mismo en la portada. Sería el caso de "Manual de resistencia", biografía del presidente Pedro Sánchez Castejón, que fue fruto de unas conversaciones con Irene Lozano, quien se encargaría de darle forma efectiva, vid. "Irene Lozano aclara que Sánchez es el autor de su libro: "Yo sólo le he dado forma literaria"", Público, 19 de febrero de 2019 (https://www.publico.es/politica/libro-pedro-sanchez-irene-lozano-aclara-sanchez-autor-libro-le-he-dado-forma-literaria.html, última consulta 10 de noviembre de 2021). Con las actuales normas de propiedad intelectual en la mano, las propias declaraciones de Irene Lozano implicarían que, a nivel jurídico, ella es la única autora del libro. En casos como estos, la identidad del autor fantasma sería pública, pero éste no tendría intención alguna de ejercitar los derechos que le confiere el ordenamiento y de alterar el status quo.

posible que el autor verdadero cediera la totalidad de sus facultades directamente a la empresa distribuidora, que se reservaría la facultad de elegir quién es la persona que va a ostentar la condición de autor aparente, con quien celebraría un segundo contrato.

Además, no sólo se trata de una cuestión relativa a cuántos sujetos intervienen en la celebración del contrato, sino a cuál es el grado de participación de los mismos en la creación de la obra cuyos derechos se está cediendo. Podemos considerar la hipótesis de que el autor fantasma creara la obra en solitario y que, por tanto, el autor aparente fuera totalmente ajeno a dicho acto creativo. No obstante, es posible igualmente que, si bien el autor fantasma realiza una parte fundamental de la creación, el autor aparente participe en la creación de la misma –de hecho, casos como el de Alejandro Dumas representan ese supuesto en el que el autor aparente contribuye a la concepción de la obra e, incluso, a su materialización mediante el aporte de su "toque maestro"–, lo que le convertiría también en autor[11].

De hecho, cabe destacar que los tribunales españoles sí han tenido la oportunidad de conocer estos segundos supuestos. Ello guarda cierta lógica. Cuando dos sujetos acuerdan que uno de ellos va a crear la obra y que el otro se va a apropiar de la autoría de la misma, ambos son conscientes de la potencial ilicitud de lo que están pactando. Partiendo de este punto, quizás el autor fantasma haya convertido la realización de este tipo de encargos para otros en su medio de vida, o quizás el individuo que llega a formar parte de este entramado no se ve con la capacidad o con el valor de destapar la farsa que se ha llevado a cabo y en la que ha participado de forma directa (probablemente, porque existe un cierto miedo comprensible a las consecuencias, siendo éstas de especial relevancia cuando el ciudadano se enfrenta a una empresa del mercado cultural de cierta envergadura). Sea cual sea la razón, es un hecho patente que los involucrados no están interesados –o incentivados– a desvelar el secreto. Sin embargo, la mentalidad en los supuestos de coautoría es otra bien distinta. En muchos casos, cuando los sujetos afectados empezaron a trabajar juntos no tenían la conciencia de estar usurpando ninguna posición o de estar acordando nada ilícito. Se estableció una cierta relación de colaboración entre las partes –bien a través de un contrato laboral, bien a través de un contrato de arrendamiento–, en la que se pudo llegar a considerar que una de ellas aportaba al resultado una labor menor, instrumental o puramente auxiliar (motivo por el que ambos o alguna de ellos entendieron que no se le podía considerar autor como tal). Cuando, posteriormente, uno de ellos divulga la obra bajo su nombre y alcanza cierto prestigio u obtiene un determinado nivel de

11 Dicha hipótesis generaría todas las problemáticas propias de las situaciones de condominio entre varias personas sobre un mismo bien, que estarían reguladas tanto por el articulado del Código Civil referente a la comunidad de bienes como por los preceptos específicos que pudieran ser de aplicación de la Ley de Propiedad Intelectual.

beneficios, es común que el otro individuo se canse de permanecer en la sombra sin estar obteniendo su trozo del pastel. Es en esas situaciones en las que con más frecuencia el sujeto cuya identidad no es públicamente conocida decide dar un paso adelante y pedir que los tribunales reconozcan la situación de coautoría[12].

Sin negar el obvio interés que suscita el supuesto que estamos planteando, entendemos que puede desviarse hasta cierto punto del prototipo de autor fantasma que tenemos, de forma general, en nuestra mente. Por ello, en el presente trabajo nos limitaremos a señalar cuáles son los derechos y las obligaciones principales de las partes del contrato en un supuesto determinado y que podría constituir la modalidad más básica de la relación entre estos sujetos. En este sentido, nos centraremos en la hipótesis del autor verdadero que concierta sus servicios con un autor aparente sin la intervención de ningún tercero y para la cesión del conjunto de facultades que integran la propiedad intelectual de una obra, en la que el segundo de ellos no ha participado de ningún modo en su creación. Partimos de la premisa de que estamos hablando de un contrato que ni se menciona ni se regula en ningún punto de nuestro ordenamiento jurídico. Por lo tanto, siendo la atipicidad una de las características propias de este pacto, trataremos de establecer cierta analogía entre éste y otra serie de contratos que se celebran en este ámbito, de cara a poder dibujar un régimen normativo que le pueda ser de aplicación al acuerdo entre el autor fantasma y el autor aparente, así como para indicar cuáles serían las obligaciones de las partes y para, en definitiva, señalar algunas conclusiones en torno a la eficacia de dicho contrato.

En este punto, resulta necesario atender a una cuestión ciertamente relevante. El hecho de que la obra ya exista o no en el momento de perfeccionamiento del contrato va a determinar la naturaleza de dicho acuerdo y el alcance de las obligaciones de los sujetos contractuales. En el caso en el que la obra ya existiera, nos encontraríamos ante un acuerdo cuyo objeto fundamental es la cesión de derechos sobre una obra ya creada –con la particularidad de que dicha transmisión abarcaría tanto derechos morales como derechos de explotación–. La Ley de

12 Casas Vallès, R.: "La condición de autor: los casos Barceló y Boadella", Pe. i.: Revista de propiedad intelectual, 2008, núm. 28, pp. 127-142 expone dos sentencias en las que se negó la condición de autor a determinados sujetos por no considerarse que sus aportaciones fuesen lo suficientemente decisivas o tuviesen el grado de creatividad y originalidad necesarias como para reconocerles dicha posición. En el litigo entre Miquel Barceló y Jeroni Ginard, se entendió que éste último era un mero ejecutor de trabajos manuales, que realizó una intervención técnica bajo las instrucciones del famoso artista. El segundo litigo versó sobre el enfrentamiento entre Albert Boadella y algunos de sus actores en relación con el proceso de creación colectiva de la obra, "La Torna". El tribunal consideró de poca entidad las aportaciones concretas de los actores durante la creación de la obra en comparación con la decisiva labor que desempeñaba Boadella a la hora de tomar decisiones, seleccionar dichas aportaciones y modificarlas según fuera necesario; motivo por el que se les negó la condición de coautores. Por su parte, la reciente SAP Madrid 21 mayo 2021 (JUR\2021\209687) reconoció como coautora a la actora, quien mantenía una relación laboral con el demandado durante la cual le llegó a ayudar a concluir, al menos, doscientos veintiún cuadros. Si bien la labor de concepción del cuadro le correspondía al demandado, la Audiencia entendió que la actora también debía ser considerada autora en la medida en que ella se encargaba de ejecutar manualmente la labor de pintarlos, función que desempeñaba, a menudo, en solitario, para la que era necesaria su alta cualificación profesional y que implicaba la toma de decisiones creativas propias.

Propiedad Intelectual establece un régimen genérico de aplicación obligatoria en los artículos 42 y siguientes para todas las cesiones que no queden sometidas a la regulación específica de los contratos típicos contemplados en dicha norma. Por tanto, el pacto entre el autor verdadero y el autor aparente estaría sometido, al menos parcialmente, a lo establecido en dicho conjunto normativo. Por otra parte, en el caso de que la obra no exista, una de las prestaciones que debe llevar a cabo el autor fantasma es, precisamente, la creación de la misma. En este segundo supuesto, tendríamos ante nosotros un contrato que va más allá de la mera cesión de derechos y que posee un innegable paralelismo con el contrato de encargo de obra intelectual, que carece de una regulación específica y al que le resulta de aplicación, de nuevo, el régimen general de cesión de derechos establecido en la Ley de Propiedad Intelectual[13].

De este modo, tal y como podemos percatarnos, si el contrato entre el autor fantasma y el autor verdadero tuviera cabida en nuestro ordenamiento, estaría sometido al mismo conjunto normativo (los artículos 42 y sucesivos de la Ley de Propiedad Intelectual), independientemente de si lo consideramos un mero contrato de cesión de derechos de propiedad intelectual o un contrato de encargo de obra intelectual. En este sentido, lo primero que hay que destacar de dicho régimen jurídico es que el mismo sólo se refiere a la cesión de los derechos de explotación y, en ningún caso, a la de derechos morales –lo cual resulta coherente con el propio espíritu de la norma, tal y como veremos a continuación–. Por tanto, en todo aquello que ataña a la transmisión de las facultades patrimoniales derivadas de la propiedad intelectual, el contrato suscrito entre el autor fantasma y el autor aparente no sería muy distinto a cualquier otro contrato que implique la cesión de estas mismas potestades de explotación. Así mismo, tal y como acabamos de indicar, en lo relativo a la transmisión de los derechos morales, no encontraremos previsiones normativas en la Ley de Propiedad Intelectual que contemplen dicha posibilidad. Precisamente, ésta es la cuestión que suscita la polémica en torno al contrato suscrito entre el autor fantasma y el autor aparente, y que da lugar al presente trabajo.

Partiendo de esta premisa, será imprescindible, por tanto, examinar más atentamente cuáles son las obligaciones y derechos de las partes del contrato si queremos determinar cuáles son las particularidades del pacto celebrado entre el autor verdadero y el autor aparente.

13 No es pacífica la determinación de la naturaleza jurídica del contrato de encargo de obra intelectual. Si se tratara de la mera transmisión de la propiedad material de un objeto cuya elaboración se ha encargado –lo que se ha llegado a denominar encargo de obra en sentido estricto–, podríamos afirmar, como defiende gran parte de la doctrina, que nos encontramos ante un contrato de obra (piénsese en la pintura de un cuadro). En cambio, si el contrato implica la realización de dos prestaciones (creación de la obra y cesión de los derechos patrimoniales), tal y como ocurre en el caso que nos ocupa, la doctrina discute sobre el carácter mixto, completo o coligado del contrato, lo que a su vez podría tener consecuencias de cara a la declaración de ineficacia de una parte del mismo. Para un mayor análisis de esta cuestión, vid. Evangelio Llorca, R.: El encargo de obra intelectual, cit., pp. 42 – 71.

Así pues, parece lógico que el autor aparente tendrá como principal obligación la de remunerar al autor fantasma, ya sea únicamente por la transmisión de los derechos de propiedad intelectual como si lo es también por la creación de una obra original que antes no existía. Si bien entendemos que es improbable, no puede descartarse del todo la hipótesis de que el autor verdadero decidiera transmitir este conjunto de facultades de forma absolutamente gratuita. Podríamos pensar en una persona que hubiera creado la obra con el objetivo de que un ser querido pudiera disfrutar de esa condición de autor y pudiera beneficiarse a través de la misma de un modo que vaya más allá de la simple explotación económica de la obra[14]. O, incluso, podríamos imaginarnos a un autor que considera que la única forma en la que su obra pueda triunfar y llegar al público general es a través del nombre de otra persona, siéndole indiferente los beneficios económicos y estando interesado exclusivamente en la fama de la obra en sí misma.

La Ley de Propiedad Intelectual no veta de forma general la posibilidad de cesiones gratuitas de estas potestades, salvo que nos encontremos ante algunos de los contratos típicos recogidos en el propio texto normativo (contrato de edición, contrato de representación teatral o contrato de ejecución musical)[15]. Por tanto, tendríamos que concluir que el pago de la remuneración no sería, en principio, una obligación esencial de este tipo de contratos. Pese a todo, seguimos entendiendo que el supuesto debe constituir, cuando menos, una rareza dentro de la inmensidad de supuestos en los que hay implicado un autor fantasma.

En cualquier caso, además del pago, podría existir una segunda obligación para el autor aparente y que derivaría de la aplicación del artículo 48 de la Ley de Propiedad Intelectual, que se integra dentro del régimen general de cesión de derechos de propiedad intelectual. El precepto hace referencia a la posibilidad de transmitir las facultades patrimoniales de forma exclusiva y a las consecuencias de dicha modalidad de cesión. Entre ellas, se encuentra la obligación del cesionario de explotar la obra que se le ha cedido en exclusiva[16]. Como podremos percatarnos,

14 A lo que quiero apuntar es a que no es lo mismo ser la persona que ostenta la titularidad de los derechos de explotación que ser considerado el autor de la obra. En el primer caso, tenemos a un sujeto que va a encargarse de la explotación económica de la obra y puede llegar a obtener beneficios a través de ello. En el segundo caso, no sólo se está obteniendo unas ventajas puramente patrimoniales, sino que se obtiene todo el beneficio derivado de la posición social que puede ocupar un autor exitoso (reconocimiento social, posibilidad de realizar nuevos contactos, oferta de nuevos proyectos, etc.).

15 La propia Ley de Propiedad Intelectual establece el carácter oneroso de estos contratos (arts. 58, 60.5º, 64.5º, 74 o 78.4º LPI). Todo ello con la obvia finalidad de proteger al autor de dichas obras, que debe ser recompensado económicamente por el trabajo que ha realizado. Sin embargo, la doctrina discute sobre la posibilidad de celebrar, por ejemplo, un "contrato de edición gratuito", que podría considerarse como un contrato atípico regulado por el régimen general de los arts. 42 y ss. Para profundizar más en esta cuestión, vid. Lacruz Mantecón, M.L.: Las obligaciones del editor en el contrato de edición literaria, Editorial Reus, Madrid, 2000, pp. 134 – 138.

16 Así lo entiende igualmente Rodríguez Tapia, J.M.: "Comentario a los artículos 48 y 49 de la Ley de Propiedad Intelectual", en AA.VV.: Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (dir. por Rodríguez Tapia, J.M.), Civitas, Madrid, 2009, pp. 419 – 426, quien afirma que el incumplimiento de la obligación de explotar la obra generaría el derecho a resolver la cesión en exclusiva.

de esta forma la Ley de Propiedad Intelectual, como consecuencia de ese marcado carácter tuitivo, pretende establecer un contrapeso a favor del creador de la obra que ha transmitido sus facultades patrimoniales a un único sujeto y que, en la mayoría de casos, va a obtener una remuneración que va a ser proporcional a los ingresos de explotación, tal y como dispone el artículo 46 de dicho texto legal.

En el supuesto que nos ocupa, parece lógico concluir que el acuerdo suscrito entre el autor fantasma y el autor aparente va a constituir una cesión en exclusiva de los derechos de propiedad intelectual. La otra alternativa (esto es, la cesión no exclusiva) resultaría contraria a las pretensiones de las partes. Si el objetivo es investir al autor aparente con el disfraz de verdadero creador de la obra, no sería apropiado que pudieran existir otros sujetos que ostentaran simultáneamente las facultades derivadas de la propiedad intelectual. Será necesario, en principio, que el autor aparente sea el único que pueda ejercitar las potestades propias del auténtico creador de la obra para que dicha apariencia pueda mantenerse frente a terceros. Por ello, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley de Propiedad Intelectual, también va a ser preciso que el autor fantasma consienta en que el autor aparente pueda volver a transmitir en exclusiva los derechos de explotación derivados de la creación de la obra. Precisamente, ello será imprescindible, puesto que constituirá la única forma en la que el autor aparente pueda proceder a cumplir con su obligación de explotar económicamente la obra, salvo que contara con los medios para encargarse de hacerlo personalmente. Pese a todo, no negamos que si, tal y como hemos apuntado previamente, interviniese en el contrato una empresa encargada de la distribución o comunicación pública de la obra –y que, por tanto, vaya a ser quien finalmente ostente la titularidad de dichas facultades patrimoniales, en lugar del autor aparente– no podría afirmarse de forma tan tajante todo lo que acabamos de exponer. No obstante, tal y como hemos anunciado previamente, hemos decidido excluir del presente trabajo por su complejidad la problemática que originaría la relación triangular a la que nos hemos referido en varias ocasiones a lo largo de este estudio.

En definitiva, si bien guarda cierta complejidad concebir todo el entramado al que estamos apuntando, sobre todo por la intervención de varios sujetos para la explotación de la obra de forma simultánea o sucesiva, hasta ahora el régimen jurídico del contrato que hemos descrito no se aparta demasiado del de cualquier otro contrato de cesión de derechos de explotación. Ello se debe, precisamente, a que, desde la óptica del autor aparente, éste opera como cualquier otro cesionario que tiene como únicas obligaciones, en su caso, el pago de la remuneración, y la explotación de la obra. No obstante, es a la hora de analizar cuáles son las prestaciones que debe llevar a cabo el autor fantasma donde vamos a encontrar las auténticas particularidades de este tipo de contrato.

De esta forma, en el caso de que la obra todavía no exista, la primera de las obligaciones del autor fantasma va a ser la creación de la misma. Dicha prestación, característica del contrato de encargo, operaría como una obligación de resultado, de tal modo que el autor fantasma sólo cumpliría mediante la entrega o puesta a disposición de un resultado concreto, de una obra que reúna las condiciones necesarias para su posterior explotación económica en el mercado. En este sentido, la doctrina considera que resultan de aplicación –bien directamente, bien analógicamente– al contrato de encargo de obra intelectual las previsiones contenidas en el Código Civil con respecto al contrato de arrendamiento de obra (si bien cabría destacar que dicho regulación va dirigida, fundamentalmente, a las construcciones de edificios, por lo que sus disposiciones no siempre van a poder ser aplicadas directamente al encargo de una obra intelectual)[17].

Una vez exista una obra original –ya fuera porque había sido previamente creada a la celebración del contrato o ya haya sido creada como consecuencia del mismo-, se va a producir el nacimiento del conjunto de facultades personales y patrimoniales que integran la propiedad intelectual. Efectivamente, el contrato al que nos estamos refiriendo tiene como principal finalidad la cesión de todas estas potestades. Es en esta transmisión de derechos de explotación, pero, sobre todo, de derechos morales donde radica la auténtica esencia de este acuerdo.

Para que el pacto entre ambos sujetos tenga virtualidad, es preciso que el autor fantasma se comprometa a no reivindicar la paternidad de la obra que ha creado y que, a su vez, consienta que el autor aparente pueda ejercitar la protección y la defensa que le correspondería como presunto creador de la misma. Todo ello entronca no sólo con la titularidad de facultades patrimoniales, que va a poder ejercitar por sí mismo o va a poder transmitir a terceros para garantizar una adecuada explotación, sino fundamentalmente con el ejercicio de un conjunto de derechos morales que le van a permitir al autor aparente proteger el vínculo espiritual con la obra de la que pretende adueñarse. En este sentido, dentro de estas facultades personales, parece que la clave de la funcionalidad de todo este entramado jurídico va a girar en torno al derecho de paternidad sobre la obra, reconocido en el artículo 14. 3º de la Ley de Propiedad Intelectual y concebida como una potestad para exigir el reconocimiento de la condición de autor. La importancia de dicha facultad para el pacto al que nos estamos refiriendo es tanta que entendemos que bien podríamos denominar al acuerdo entre el autor fantasma y el autor aparente como contrato de cesión del derecho de paternidad.

17 Sobre la obligación de crear la obra, vid. Evangelio Llorca, R.: El encargo, cit., pp. 74 – 95. Cabe destacar que la autora se hace constantemente eco de la polémica doctrinal en relación de la calificación de la obligación de crear la obra como una obligación de medios o como una de resultados, inclinándose mayormente por esta segunda postura.

Efectivamente, la gran particularidad del mencionado acuerdo radica en la posibilidad del ejercicio de derechos morales por parte de alguien que no ha creado la obra y para la defensa de un interés propio, no de uno ajeno[18]. Ello se podría articular a través de una de las dos fórmulas que vamos a exponer a continuación, aunque ya adelantamos que ambas están abocadas a colisionar con preceptos imperativos de nuestro ordenamiento jurídico.

La primera posibilidad consistiría en que el contrato estipulara una transmisión de los derechos morales en favor del autor aparente. El razonamiento sería similar al que se realiza con la enajenación de las facultades patrimoniales: el autor fantasma, como titular originario de toda la gama de potestades que integra la propiedad intelectual, cede a un tercero las mismas, constituyendo a éste en el titular derivado de dichas prerrogativas[19]. En este caso, la particularidad radica en que, tal y como hemos insistido en diversas ocasiones, se transmite al autor aparente la totalidad de dichas facultades, entre ellas los derechos morales. Se trata, en definitiva, de convertir a la persona que no ha creado la obra en el nuevo titular de todos estos derechos. Igualmente, quizás esta misma finalidad también se podría llegar a alcanzar incluso a través de otra vía. De este modo, pudiera ocurrir que el contrato pretendiera constituir directamente al autor aparente como titular originario del derecho de propiedad intelectual, aun no siendo la persona que ha realizado materialmente la obra, sin que, por tanto, fuera necesario llevar a cabo una cesión de las facultades personales. Se trataría de una posibilidad análoga a las contempladas en el artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual en relación con la obra colectiva y el artículo 97.2 de la Ley de Propiedad Intelectual relativo a los programas de ordenador. En cualquier caso, ya fuera a través de un razonamiento o de otro, el autor aparente acabaría ostentando la titularidad de las facultades necesarias para presentarse ante los demás como el auténtico creador de la obra en cuestión.

De igual forma, el mismo objetivo podría tratar de obtenerse a través de otra fórmula. En este segundo caso, el autor verdadero, aunque transmita los derechos de explotación, no cede como tal los derechos morales. Pese a ello, va a consentir

18 El ejercicio de un derecho moral puede ser llevado a cabo por alguien que no es su titular. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto del progenitor que pretende perseguir el plagio de una obra que ha sido creada por su hijo menor de edad, vid. Martínez Espín, P.: "Comentario al artículo 14 de la Ley de Propiedad Intelectual", en AA.VV.: Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (coord. por Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Tecnos, Madrid, 2017, p. 228. Pese a todo, en este caso el ejercicio de esta facultad se sigue realizando en favor de la persona que es la autora de la creación. La particularidad en la autoría fantasma consistiría en que el autor aparente ejercitaría esa misma potestad, pero para defender sus propios intereses, no los del autor fantasma.

19 Al leer los razonamientos que aquí se desarrollan en relación con la transmisión de la titularidad del derecho de propiedad intelectual, es inevitable pensar en el debate que existe en la doctrina en torno a si la cesión de este tipo de derechos tiene naturaleza real u obligacional. Para un estudio de esta cuestión, vid. Gete-Alonso Calera, M. C.: "Comentario al artículo 43 de la Ley de Propiedad Intelectual", en AA.VV.: Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (coord. por Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Tecnos, Madrid, 2017, pp.866 – 871.

que el autor aparente ejercite dichas facultades que no le pertenecen y, a su vez, va a suscribir una cláusula en virtud de la cual renuncia al ejercicio de sus derechos morales, de los que sigue siendo el titular. El autor aparente no tendrá problemas para ejercitar los derechos morales en caso de que fuera necesario, puesto que contará a su favor con la presunción contenida en el artículo 6.1 de la Ley de Propiedad Intelectual. Dicho precepto establece lo siguiente: "Se presumirá autor, salvo prueba en contrario, a quien aparezca como tal en la obra, mediante su nombre, firma o signo que lo identifique". Precisamente, como ambos sujetos han colaborado para hacer aparecer a uno de ellos como el auténtico creador ante los demás, será obvio que el autor aparente habrá hecho constar su nombre o firma en la obra en la forma que sea usual según el tipo de producto del que se trata. No sólo eso, sino que, incluso, el autor aparente habrá podido acudir al Registro de la Propiedad Intelectual para inscribir la obra como propia, por lo que contaría con una segunda presunción –en este caso, registral–, contenida en el artículo 145.3 de la Ley de Propiedad Intelectual, que le proporcionaría la legitimación para actuar como autor de la obra frente a los demás[20].

Sea de una manera u otra, se habría conseguido el objetivo propuesto por las partes: el autor aparente ejercitaría la totalidad de las facultades propias del creador de la obra y el autor verdadero no reivindicaría su paternidad sobre la misma. Este es el auténtico corazón del contrato de cesión del derecho de paternidad (o de renuncia al ejercicio del mismo). No obstante, para que el acuerdo satisficiera los intereses de todos los involucrados sería necesario establecer una tercera obligación. Precisamente, si consideramos que la transmisión de las facultades personales o la renuncia a su ejercicio constituye el núcleo del contrato, para que éste cumpla su finalidad (la usurpación consentida de la autoría de una obra) será preciso ocultar al resto de personas que dicho acuerdo se ha celebrado. De este modo, el contrato contendría una cláusula de confidencialidad que comprometería a los sujetos contractuales a no revelar la celebración de dicho pacto. Para garantizar la operatividad del acuerdo, se establecería una cláusula penal que fijaría la indemnización pertinente en caso de que se desvelara el secreto. Y teniendo en cuenta lo tremendamente irreversible de las consecuencias de semejante acto (la farsa habría quedado al descubierto y todo el mundo sabría quién es el auténtico autor), no cabe duda de que dicha indemnización ascendería a una suculenta cantidad.

20 Tal y como recuerda, Moralejo Imbernón, N.: "Eficacia y publicidad del registro", en AA. VV.: Manual de Propiedad Intelectual (coord. por Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 383, el Registro de la Propiedad Intelectual cumple la función de servir como un medio de prueba privilegiado (principio iuris tantum de exactitud de lo que figura en el Registral). Por tanto, existe la posibilidad de presentar prueba que destruya dicha presunción. De lo recién expuesto, podemos concluir que el legislador apuesta por proteger a la persona que efectivamente ha creado la obra por encima del sujeto que aparece como tal en el Registro.

A través de esta exposición se han podido esbozar las principales obligaciones de los sujetos involucrados en el contrato al que nos hemos estado refiriendo. No obstante, de nuevo el lector avezado habrá podido sentir cierta inquietud al leer algunas de las cuestiones que aquí se han apuntado. Es natural, su "instinto jurídico" le está indicando un potencial choque de las cláusulas esenciales del contrato de cesión o renuncia del derecho de paternidad con la normativa en materia de propiedad intelectual. Por ello, se hace imprescindible proceder de inmediato al examen de esta cuestión para poder establecer ciertas conclusiones sobre la posible eficacia o ineficacia del contrato.

III. COLISIÓN DEL CONTRATO CON LA NORMATIVA EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Tal y como hemos ido indicando, el núcleo del contrato al que nos referimos lo constituye una cláusula que supone la transmisión o la renuncia al ejercicio del derecho moral de paternidad sobre la obra. La ineficacia de dicha cláusula resulta inevitable desde el momento en que la misma va a colisionar de lleno con diversas normas imperativas de nuestro ordenamiento jurídico.

El punto de partida, de nuevo, lo encontramos en el artículo 1 de la Ley de Propiedad Intelectual, que dispone: "La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación". La ley comienza su texto normativo estableciendo cuál es, en principio, la única forma de atribución originaria de la gama completa de facultades personales y patrimoniales que integran la propiedad intelectual. De este modo, vincula inexorablemente el nacimiento de dichas potestades con el hecho creativo realizado y ejecutado por el autor de la obra[21].

En este sentido, previamente apuntábamos a la posibilidad de que las partes decidieran estipular en el contrato que el autor aparente se constituyera como el titular originario de los derechos que nacerían como consecuencia de la creación realizada por el autor fantasma. Dicho de otro modo, ello supondría atribuir de forma originaria el conjunto de potestades que existen sobre una obra concreta a una persona que no ha sido la creadora de la misma. No obstante, si atendemos a lo establecido en el artículo 1 de la Ley de Propiedad Intelectual, nos percataremos de que dicha opción no es posible.

En esta primera disposición el legislador no quiso ni pretendió definir qué era exactamente la creación o a quién se le podía considerar autor, en la medida en que ambos conceptos constituyen realidades previas a su reconocimiento por la

21 Así lo opina Rodríguez Tapia, J.M.: "Comentario al art. 1", cit., p. 64.

ley y con un significado natural y propio. En cambio, sí era una decisión que estaba al alcance del legislador determinar de qué forma concreta se iba a producir el nacimiento de la propiedad intelectual. En este sentido, se optó por lo que, sin lugar a dudas, suponía la opción más lógica: vincular el surgimiento de este derecho al hecho creativo. A partir de esta primera premisa como piedra base sobre la que apoyarse, la Ley de Propiedad Intelectual seguiría construyendo el resto del edificio normativo. El artículo 1 se configura, de este modo, como una norma de orden público, que excluye cualquier otra posibilidad de atribución originaria de las facultades que integra la propiedad intelectual distinta a la reconocida en la legislación sobre la materia. Si el legislador hubiera querido que fuera otro sujeto el que disfrutara de esta titularidad, así lo hubiera dispuesto expresamente en la Ley de Propiedad Intelectual. Es más, de hecho, el legislador establece en dos ocasiones una forma distinta de atribución de los derechos de propiedad intelectual (pudiéndola concebir bien como una atribución originaria o bien como una atribución derivada ex lege).

De esta manera, el artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual al regular las obras colectivas establece lo siguiente: "Salvo pacto en contrario, los derechos sobre la obra colectiva corresponderán a la persona que la edite y divulgue bajo su nombre". Tal y como vemos, en este primer caso, si bien el legislador no niega su consideración como autores a las personas que han realizado las aportaciones que componen la obra, se atribuye directamente la titularidad de los derechos a la persona que edita y divulga la misma bajo su nombre[22]. Posteriormente, en materia de programas de ordenador (que suponen una modalidad específica de obra colectiva) el artículo 97.2 –precepto muy criticado por la doctrina– dispone: "Cuando se trate de una obra colectiva tendrá la consideración de autor, salvo pacto en contrario, la persona natural o jurídica que la edite y divulgue bajo su nombre". En este segundo caso, se da un paso más allá y se pasa a considerar legalmente como autora a una persona que, en realidad, no lo es. En tanto que dicho sujeto es reconocido como autor, ostentará de forma originaria todas las potestades personales y patrimoniales recogidas en la ley. Desbordaría por mucho el objeto de este trabajo tratar la agitada polémica que se ha suscitado en la doctrina la posibilidad de considerar a las personas jurídicas como autoras de una obra[23]; sin embargo, sin entrar en la idoneidad de dicha regulación, nos

22 Rodríguez Tapia, J.M.: "Comentario al artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual", en AA.VV.: Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (coord. por Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 149 – 154 critica el precepto, al considerar que atenta contra el principio de autoría. Igualmente, señala que la norma supone la atribución tanto de derechos morales como de derechos de explotación a la persona física que edita y divulga bajo su nombre. Apunta que mayores problemas se pueden presentar en relación con la atribución de derechos morales cuando dicho sujeto sea una persona jurídica.

23 Para un análisis de esta cuestión, vid. Aparicio Vaquero, J.P.: "Comentario al artículo 97 de la Ley de Propiedad Intelectual", en AA.VV.: Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (coord. por Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 1420 – 1428. La doctrina ha criticado la regulación que llevó a cabo el legislador como consecuencia de la trasposición de la Directiva 91/250 CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991. Una trasposición deficiente que dio lugar a una modificación legislativa no exigida por

resulta oportuno señalar la misma con el fin de mostrar que si el legislador hubiera querido, hubiera abierto otras vías para atribuir de forma originaria las facultades que integran la propiedad intelectual. Por tanto, no parece tener cabida en nuestro ordenamiento una vía de atribución originaria de estas prerrogativas que no esté reconocida expresamente en la Ley de Propiedad Intelectual.

Insistimos: sólo el autor, en principio, podrá ser el titular originario de estas potestades. Ello podría llevar a preguntarnos si la normativa permite que exista cierta flexibilidad de cara interpretar este concepto, lo que permitiría considerar al autor aparente como el autor, desde un punto de vista jurídico, de la obra. La respuesta negativa se ha de imponer necesariamente. De este modo, el artículo 5 de la Ley de Propiedad Intelectual establece: "Se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica". El precepto no resulta muy elocuente, pero como ya hemos indicado previamente, el legislador no podía llevar a cabo una definición libre o arbitraria de un concepto con un significado propio[24]. Si pretendiéramos perfilar aún más la figura del autor, podríamos remitirnos al artículo 2 del Real Decreto de 3 de septiembre de 1880 por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley de 10 de enero de 1879 sobre propiedad intelectual –aún parcialmente vigente-, que dispone: "Se considerará autor, para los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual, al que concibe y realiza alguna obra científica ó literaria, ó crea y ejecuta alguna artística, siempre que cumpla las prescripciones legales". El precepto trata de definir al autor en relación con los verbos que lo caracterizan: concebir y realizar, y crear y ejecutar. Todos ellos con un fuerte contenido manual que evocan a la idea de un sujeto que interviene directamente en la materialización externa de la obra en un corpus concreto. Autor es la persona que aprehende una idea y la transforma en una realidad material y determinada.

La lectura conjunta de ambos preceptos nos obliga a llegar a dos conclusiones. La primera, ya apuntada, es que para considerar a autor a un sujeto es necesario que éste intervenga de forma decisiva en la exteriorización de la obra original. Por ejemplo, el escritor debe decidir las palabras concretas que van a conformar el texto literario, incluso aunque sea otro el que lo mecanografíe mientras él lo dicta. No bastará para ser considerado autor en este caso concebir la idea o el esquema general sobre lo que se va a escribir, puesto que lo verdaderamente decisivo es materializar la idea abstracta en una obra exteriorizada, concreta y a la que, en definitiva, pueda acceder el público. La segunda conclusión se conecta

el propio tenor literal de la Directiva y que originó el presente panorama, en el que se reconoce que una persona jurídica pueda ser autora de una obra y, por tanto, titular de derechos morales.

24 Así lo opinan Carrasco Perera, A. y Del Estal Sastre, R.: "Comentario al artículo 5 de la Ley de Propiedad Intelectual", en AA.VV.: Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (coord. por Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Tecnos, Madrid, 2017, p. 106.

con lo que podemos entender como la verdadera finalidad del artículo 5: negar la condición de autor a la persona que no ha creado la obra. De esta forma, no lo será la persona que otorga la inspiración para el hecho artístico, la persona cuya vida o experiencias se está empleando como base para crear la obra, ni (más importante aún) el comitente de la misma[25]. Por tanto, a tenor de lo que estamos exponiendo, el autor aparente no podrá ser considerado nunca el autor de la obra, exceptuando los supuestos de coautoría y colaboración efectiva entre autor verdadero y autor aparente a los que ya nos hemos referido previamente.

Descartada por tanto la posibilidad de atribuir originariamente las facultades que integran la propiedad intelectual a otra persona que no sea el autor y sólo pudiendo reconocerle esta condición al autor fantasma, es preciso examinar la posibilidad de transmitir el derecho de paternidad sobre la obra o de renunciar al ejercicio del mismo. En este sentido, la norma clave la encontramos el artículo 14 de la Ley de Propiedad Intelectual, que recoge la gama completa de derechos morales reconocidos en nuestro ordenamiento, entre ellos el derecho de paternidad sobre la obra (artículo 14. 3º). El precepto comienza de forma clarividente para lo que aquí nos interesa: "Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables". Por tanto, el autor de la obra, titular originario de todas las potestades que se derivan de la propiedad intelectual, va a ostentar una serie de facultades personales que no va a poder transmitir a ningún otro sujeto y a las que, además, no va a poder renunciar.

Esta caracterización de los derechos morales como facultades inalienables resulta lógica en clara contraposición con la libre transmisión de los derechos explotación. No podría ser de otra manera. Las facultades patrimoniales van dirigidas al aprovechamiento económico de la obra en el mercado, por lo que la cesión de las mismas a un tercero mejor capacitado para dedicarse a la explotación profesionalizada de la creación del autor le va a beneficiar indudablemente en la medida en que va a obtener mayores rendimientos. Dichas cesiones se tendrán que producir, por supuesto, dentro del marco legal dibujado por la Ley de Propiedad Intelectual, que, como decimos, posee un acentuado carácter tuitivo. En cambio, los derechos morales se configuran como herramientas para proteger el vínculo espiritual que existe entre el autor y su creación. Como apuntábamos al principio, la obra es fruto de su personalidad única, de su individualidad como ser humano. Lo que hace original a la obra intelectual es la perspectiva de su creador, su sensibilidad artística y personal, la aportación que el autor hace a temas que, probablemente, sean eternos y limitados (el amor, la muerte, la fortuna, etc.). En la medida en que esa obra existe gracias al autor, se va a crear entre estos un vínculo indisoluble que es el que justifica que el creador pueda decidir cómo se va a dar

25 En el mismo sentido, vid. Carrasco Perera, A. y Del Estal Sastre, R.: "Comentario al art. 5", cit., pp. 106 – 1009.

a conocer su obra al público, si tolera o no que se produzca alguna modificación de la misma, si quiere que se divulgue bajo su nombre o bajo pseudónimo, etc. El lugar donde mejor reposan estos derechos morales es en manos del autor, quien debe tener el monopolio completo a la hora de tomar estas decisiones.

La Ley de Propiedad Intelectual arma a los autores y creadores de obras intelectuales con estas facultades personales para que puedan protegerse precisamente frente a esas intromisiones ilícitas en la unión espiritual que mantienen con su obra. Intromisiones que podrán venir de absolutos desconocidos o incluso de aquellos sujetos con los que contratan (comitentes, editores, distribuidores, productores, etc.). Permitir la transmisión o la renuncia de estos derechos supondría, precisamente, desarmar a los sujetos a los que la ley pretende proteger frente a terceros. Los cesionarios de los derechos de explotación exigirían, a su vez, la titularidad de los derechos morales sobre las obras en cuestión con el fin de obtener un mayor control sobre la explotación de las mismas en el mercado. El autor que quisiera ver cómo su creación llega al público tendría que pasar necesariamente por el aro de aquellos sujetos encargados de la distribución o comunicación pública de la obra, teniendo que soportar la mutilación de su creación, la difusión bajo un nombre que no fuera el suyo o la puesta a disposición de la misma en condiciones que claramente dificultan la comprensión o contravienen el espíritu de la obra. Consciente de las consecuencias que ello entrañaría, el legislador veta esta posibilidad y, por todo lo expuesto, configura a los derechos morales como facultades intransmisibles, inalienables e irrenunciables.

Por tanto, estas prerrogativas personales no pueden ser objeto de ningún contrato, ya que, al tratarse de una facultad inalienable, se considerarían una res extracommercium (artículo 1271 del Código Civil). Del mismo modo, el Código Civil veta la posibilidad de renunciar a determinados derechos cuando dicho acto contraríe el orden público (artículo 6.2 del Código Civil), como ocurre en el presente caso. Así mismo, podríamos hablar incluso de que concurre una causa torpe (engañar al público general o a terceros sobre la verdadera autoría de una obra intelectual), que, al oponerse a las normas de orden público en la materia, supone que el contrato no pueda generar efectos (artículo 1275 del Código Civil). En definitiva, si los derechos morales se caracterizan por las notas anteriormente mencionadas (y, por tanto, constituyen también rasgos propios del derecho de paternidad), la cláusula esencial de este contrato adolecerá de nulidad absoluta como consecuencia de su colisión con una norma imperativa de nuestro ordenamiento (artículo 6.3 del Código Civil). De nuevo, la consecuencia a la que se llega es lógica si atendemos al carácter tuitivo de la norma[26].

26 Para el razonamiento aquí apuntado hemos seguido la exposición que realiza Martínez Espín, P.: "Comentario al art. 14", pp. 228 – 230 en relación con las características básicas de los derechos morales y las consecuencias de las mismas..

Establecida la ineficacia de la principal cláusula del contrato, será difícil sostener la pervivencia del resto del contrato, puesto que el acuerdo ya no será capaz de satisfacer los intereses que tenían las partes a la hora de suscribirlo. Sin la transmisión de los derechos morales, poco interés tendrá la cesión de las facultades patrimoniales, en la medida en que la principal pretensión del autor aparente era usurpar ante los demás la posición del auténtico creador. En la mayoría de supuestos el autor aparente no aspirara ni siquiera a gestionar directamente la explotación económica de la obra y transmitirá estas facultades a un tercero que se encargue de dicha labor. De nuevo, la concurrencia de actores adicionales a esta cuestión supondría plantear nuevos matices a lo aquí apuntado; sin embargo, sí creemos que resulta oportuno establecer como principio general que la nulidad de la cláusula de cesión o renuncia al ejercicio del derecho de paternidad arrastrará consigo la eficacia del resto del contrato.

Llegados a este punto, pocas dudas pueden existir sobre la ineficacia de este contrato[27]. Sin embargo, esta conclusión debe constituir el punto de arranque y no el punto de llegada en relación con la autoría fantasma. La ineficacia de dicho pacto genera una serie de interrogantes tanto en relación con el ejercicio de la acción de nulidad como con respecto a la existencia o no de una obligación de restitución de las prestaciones realizadas entre las partes como consecuencia de la nulidad del acuerdo. Indudablemente, ello hará necesario que se realicen nuevos estudios e investigaciones con el fin de obtener respuestas concluyentes que permitan proporcionar soluciones satisfactorias a las controversias que se producen en este ámbito. Soluciones que, por supuesto, deberán valorar todos los intereses en juego y tener en cuenta el espíritu que inspira a nuestra norma en materia de propiedad intelectual: la protección de los verdaderos creadores de las obras artísticas, científicas o literarias, tal y como hemos defendido en el presente trabajo.

27 No obstante, en sentido contrario, Ragel Sánchez, L. F.: El contrato de representación teatral, cit., pp. 58 – 63 defiende la licitud de los pactos de este tipo. En cambio, Evangelio Llorca, R.: El encargo, cit., p. 228 aboga por la nulidad del acuerdo, posición que hemos defendido en el presente trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por Rodríguez Tapia, J.M.), Civitas, Madrid, 2009.

Rodríguez Tapia, J.M.: "Comentario al artículo 1 de la Ley de Propiedad Intelectual".

Rodríguez Tapia, J.M.: "Comentario a los artículos 48 y 49 de la Ley de Propiedad Intelectual".

AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Tecnos, Madrid, 2017.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Comentario al artículo 1 de la Ley de Propiedad Intelectual".

Lacruz Berdejo, J.L. (actualizado por Lacruz Mantecón, M. L.): "Comentario al artículo 2 de la Ley de Propiedad Intelectual".

Carrasco Perera, A. y Del Estal Sastre, R.: "Comentario al artículo 5 de la Ley de Propiedad Intelectual".

Rodríguez Tapia, J.M.: "Comentario al artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual".

Martínez Espín, P.: "Comentario al artículo 14 de la Ley de Propiedad Intelectual".

Gete-Alonso Calera, M. C.: "Comentario al artículo 43 de la Ley de Propiedad Intelectual".

Aparicio Vaquero, J.P.: "Comentario al artículo 97 de la Ley de Propiedad Intelectual".

AA. VV.: *Manual de Propiedad Intelectual* (coord. por Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Introducción a la propiedad intelectual".

Moralejo Imbernón, N.: "Eficacia y publicidad del registro".

Casas Vallès, R.: "La condición de autor: los casos Barceló y Boadella", *Pe. i.: Revista de propiedad intelectual*, 2008, núm. 28, pp. 127-142

Evangelio Llorca, R.: *El encargo de obra intelectual*, Dykinson, Madrid, 2006.

LACRUZ MANTECÓN, M.L.: *Las obligaciones del editor en el contrato de edición literaria*, Editorial Reus, Madrid, 2000.

MARTÍN VILLAREJO, A.: "Interpretación y Propiedad Intelectual en el Derecho Internacional" en AA. VV. (coord. por ROGEL VIDEL, C.): Interpretación y autoría, Editorial Reus, Madrid, 2004.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *El contrato de representación teatral*, Editorial Reus, Madrid, 2003.

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN DE LOS MENORES DE EDAD EN EL ÁMBITO SANITARIO: ÚLTIMAS TENDENCIAS EN ESPAÑA

AUTONOMY OF THE WILL AND RIGHT OF SELF-DETERMINATION OF MINORS IN THE HEALTH FIELD: LATEST TRENDS IN SPAIN

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 176-203

Manuel ORTIZ FERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: El principio de autonomía de la voluntad implica que las personas pueden establecer y regular sus intereses con plena libertad. En este marco, aparece el derecho de autodeterminación que se concreta en la facultad de decidir, en todos los aspectos de la vida, lo que se estime más conveniente. Este derecho supone que, en el ámbito sanitario, se reconozca y se ampare el consentimiento informado. No obstante, en la mayoría de los sistemas jurídicos es tradicional la diferencia entre personalidad y capacidad de obrar, de tal suerte que únicamente atribuye esta última a los mayores de dieciocho años. Así las cosas, es necesario determinar si los menores de edad pueden ejercitar el consentimiento informado o si, por el contrario, precisan de la intervención de un tercero para llevarlo a cabo. En este sentido, en ocasiones pueden producirse limitaciones a su ejercicio motivadas bien por la ausencia de capacidad real, bien por el principio de interés superior. En definitiva, se trata de alcanzar el mayor beneficio para los menores de edad en el campo de la salud, evitando que se produzcan perjuicios para su vida o integridad.

PALABRAS CLAVE: Autodeterminación, consentimiento informado, interés superior, menores de edad, sanidad.

ABSTRACT: *The principle of autonomy of the will implies people can establish and regulate their interests freely. In this framework, the right of self-determination appears, which is specified in faculty to decide what is considered most convenient in all aspects of life. Furthermore, this right implies that, in the health field, informed consent is recognized and protected. However, in most legal systems, the difference between personality and capacity to act is traditional, in such a way that it only attributes the latter to those over eighteen years of age. Thus, it is necessary to determine if minors can exercise informed consent or if, on the contrary, they require the intervention of a third party to carry it out. In this sense, sometimes, there may be limitations to its exercise motivated either by the absence of real capacity or the principle of superior interest. Ultimately, it is about achieving the greatest benefit for minors in the field of health, avoiding damage to their life or integrity.*

KEY WORDS: *Self-determination, informed consent, superior interest, minors, health.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. II. EL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN EN EL ÁMBITO SANITARIO: EL RECONOCIMIENTO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO. III. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LOS MENORES DE EDAD: REGÍMENES GENERAL Y ESPECIALES. 1. Breves reflexiones sobre el consentimiento informado en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre: el régimen general. 2. Práctica de ensayos clínicos con medicamentos. 3. Investigación biomédica. 4. Extracción y trasplante de órganos. 5. Técnicas de reproducción humana asistida. 6. Donación de células y tejidos humanos. 7. Hemodonación. 8. Interrupción voluntaria del embarazo. IV. ÚLTIMAS TENDENCIAS EN ESPAÑA. V. PRINCIPALES CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El principio de autonomía de la voluntad implica que las personas pueden establecer y regular sus intereses con plena libertad. En este marco, aparece el derecho de autodeterminación que se concreta en la facultad de decidir, en todos los aspectos de la vida, lo que se estime más conveniente. Desde esta perspectiva, un tratamiento acorde con los derechos fundamentales proclamados en la Constitución Española y, en particular, con la dignidad, exige que se respeten las anteriores premisas y que se permita que los sujetos se desarrollen de forma libre.

No obstante, al margen de estas consideraciones, en la mayoría de los sistemas jurídicos es tradicional la diferencia entre personalidad y capacidad de obrar, con la que se está aludiendo a que, si bien todos los individuos son potencialmente aptos para ser titulares de derechos y obligaciones, no puede concluirse en igual sentido con respecto a la posibilidad de celebrar negocios jurídicos de forma válida.

A este respecto, en nuestro país comúnmente se ha negado esta última a dos colectivos: a las personas con discapacidad y a los menores de edad. En el primer caso, el escenario se ha modificado de forma radical con la aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica[1]. Esta

1 Entre las medidas más relevantes, conviene destacar la separación entre mayores y menores de edad o el reforzamiento de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo. Asimismo, debido a la eliminación de la figura de la tutela para los mayores de edad, la curatela pasa a tener un campo de actuación más amplio y permite realizar un "traje a medida" para cada persona con discapacidad. Además, en la línea de lo señalado en la Convención, se persigue que las personas con discapacidad puedan decidir en todos los ámbitos de su vida, por lo que la representación se prevé como medida excepcional y subsidiaria. De esta forma, el tradicional "modelo de sustitución" ha sido superado y se ha establecido un "modelo de apoyo o asistencia". Desde esta perspectiva, se entiende que las consecuencias de estas medidas se imponen a las personas capaces y no a las personas con discapacidad, que deberán respetar su voluntad y promover su formación cuando la misma no exista. De hecho, incluso en los casos de representación han de tenerse en cuenta las preferencias, la personalidad, las creencias y la voluntad de las personas con discapacidad.

• Manuel Ortiz Fernández
Profesor ayudante del Área de Derecho Civil
Universidad Miguel Hernández de Elche.
m.ortizf@umh.es.

última, tiene como finalidad incorporar un marco respetuoso con las exigencias internacionales y, en particular, con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

Por lo que respecta a los menores de edad, lo cierto es que el ordenamiento jurídico, con carácter general, limita su capacidad de obrar. Sin embargo, no se trata de una regla aplicable en todos los escenarios. Muy al contrario, se contemplan determinadas excepciones que bien pueden establecer un régimen menos exigente (que son, quizás, las más numerosas) o bien más restrictivo (como, por ejemplo, para llevar a cabo una adopción que se requiere tener veinticinco años). De esta forma, determina un sistema que varía en función de la edad que tenga el sujeto[2]. Así, a modo de ejemplo, a partir de los catorce años podrán obtener la Autorización Especial para Menores (art. 109 Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas), que les permite, cumpliendo unos requisitos, utilizar ciertos tipos de armas.

En el ámbito sanitario, el precitado derecho de autodeterminación se concreta en el reconocimiento del consentimiento informado. Así, tal y como proclama la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, todos los pacientes disponen de la facultad de escoger la opción que entiendan más adecuada para su salud. En el caso de los menores de edad, la norma atribuye el mismo, como regla general, a los mayores de dieciséis años.

Sin embargo, existen ciertas materias que se encuentran excluidas y que se rigen por su normativa especial (*vid.* art. 9.5 Ley 41/2002 sobre práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida). Para analizar el consentimiento de los menores en estos sectores, hemos de atender, entre otras, a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en la versión ofrecida por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil) y al Real Decreto 1090/2015,

Para más información, *vid.* López Sánchez, C.: "La nueva formulación del límite de accesibilidad para personas con discapacidad en la Ley de Propiedad Intelectual", *Pe. i. Revista de propiedad intelectual,* núm. 63, 2019, pp. 13-64; Rosenvald, N.: "A tomada de decisão apoiada", *Cadernos da Lex Medicinae (Saúde, novas tecnologias e responsabilidades)*, vol. II, núm. 4, 2019, pp. 381-394; Martínez-Pujalte, A. L.: *Derechos fundamentales y discapacidad,* Ediciones Cinca, Madrid, 2015.

2 Por ejemplo, en el ámbito de la práctica de tatuajes, micropigmentaciones, perforaciones y técnicas similares, al tratarse de una materia atribuida a las comunidades autónomas, encontramos diversos criterios y tratamientos diferentes. Como se concluye en Ortiz Fernández. M.: "Una visión panorámica de las legislaciones autonómicas sobre las prácticas de tatuaje, micropigmentación, piercing y similares: la protección de los menores y su interés superior", *AJI,* núm. 13, 2020, p. 137, "nueve legislaciones sectoriales (entre las que se incluye la valenciana) optaron por la referencia genérica a la minoría de edad para prohibir el consentimiento. Por su parte, en tres territorios se aplica la regla de la emancipación y en otras tres por los dieciséis años. Asimismo, Castilla y León no incorpora esta problemática en su ordenamiento y el País Vasco aparece como la autonomía más particular. En este sentido, en esta última se prevé la posibilidad de que cualquier menor pueda decidir en este sentido siempre que firme el documento en presencia del aplicador y presente una fotocopia del DNI de su representante legal".

de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos.

En atención a todo lo señalado, en el presente estudio llevaremos a cabo un análisis del tratamiento ofrecido por el legislador español al derecho de autodeterminación de los menores de edad en el campo sanitario. Para ello, partiremos del estudio de la legislación vigente para tratar de examinar cómo se articula el consentimiento de los menores de edad. Sobre el particular, cabe reseñar que llevaremos a cabo tanto un análisis del régimen general establecido en la Ley 41/2002, como de cada uno de los sectores que poseen una regulación específica.

En estos supuestos, opera, *ex lege,* la máxima *lex specialis derogat generalis.* En suma, conlleva que cuando nos enfrentemos a uno de los casos comprendidos en el ámbito de aplicación de estas normas hemos de acudir a su articulado para ofrecer una respuesta. No obstante, la Ley 41/2002, como norma básica, se aplica con carácter subsidiario y supletorio para cubrir las posibles lagunas.

Asimismo, resulta de vital importancia que nos detengamos en las últimas tendencias seguidas en España en este campo. A este respecto, cobran especial relevancia la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, así como la Proposición de Ley Orgánica de igualdad social de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, de protección de la realidad trans y de no discriminación por razón de orientación sexual, identidad o expresión de género o características sexuales (122/000104), cuyo anteproyecto ha sido aprobado por el Gobierno.

Sea como fuere, interesa destacar que, a diferencia de lo que ocurre con las personas con discapacidad (en atención a lo dispuesto en la mencionada Ley 8/2021), cuando nos referimos a los menores de edad hemos de tener en consideración el principio de interés superior –*favor filii*–. Así se deduce del art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (modificado por la Disposición final octava de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia).

II. EL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN EN EL ÁMBITO SANITARIO: EL RECONOCIMIENTO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Como se ha señalado, el desarrollo de la persona requiere del reconocimiento y respeto de una serie de derechos que se presentan como fundamentales en la práctica. En este sentido, el legislador constitucional, consciente de este extremo,

plasmó muchos de estos derechos en la Constitución Española (arts. 15 a 29), ofreciendo un régimen especial de tutela. De alguna forma, entendió que el adecuado progreso de la existencia humana precisa de ciertas premisas sin las cuales no puede afirmarse que estamos, *strictu sensu,* ante una vida plena. A este respecto, parte de la doctrina[3] destaca que "los derechos fundamentales operan, en el contexto de los Derechos de los Estados democráticos, como criterios para identificar el Derecho válido y son, en cierto modo, los criterios últimos de validez del Derecho".

No obstante, el "catálogo" de derechos previsto en la Carta Magna no representa la totalidad de facultades dignas de amparo y que merecen una consideración similar[4]. Muy al contrario, se han ido incorporando, *de facto,* los denominados derechos de nueva generación, que aluden a nuevas realidades en las que es posible apreciar un espacio que precisa de cobertura constitucional[5].

Así, destaca la doctrina científica que "La mutación histórica de los derechos humanos ha determinado la aparición de sucesivas «generaciones» de derechos. Los derechos humanos como categorías históricas, que tan sólo pueden predicarse con sentido en contextos temporalmente determinados, nacen con la modernidad en el seno de la atmósfera iluminista que inspiró las revoluciones burguesas del siglo XVIII. Este contexto genético confiere a los derechos humanos unos perfiles ideológicos definidos. Los derechos humanos nacen, como es notorio, con marcada impronta individualista, como libertades individuales que configuran la primera fase o generación de los derechos humanos[6]".

Algunos de ellos se han formulado a partir del propio articulado constitucional (*vid.* la protección de datos que se deduce del tenor del art. 18.4 CE) y, por el contrario, otros se han ido incorporando *ex novo* (como los llamados derechos de cuarta generación[7]). Para fundamentar su creación, en ocasiones se ha recurrido

3 Atienza Rodríguez, M.: *El sentido del Derecho,* Ariel, Barcelona, 2001.

4 En realidad, esta problemática se encuentra directamente ligada con la acepción misma del término derecho fundamental. Como apunta Cruz Villalón, P.: "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989, pp. 36-39, de la propia doctrina constitucional pueden deducirse dos "conceptos" de los mismos: uno más restringido (referido únicamente a los derechos incluidos en la sección primera), otro más amplio (en el que se anudan otras facultades que no se ubican en tales preceptos).

5 Por todos, *vid.* Masferrer, A.: "Derechos de nueva generación", en AA.VV.: *Derechos humanos: un análisis multidisciplinar de su teoría y praxis* (coord. por J. M. Enríquez Sánchez, A. Masferrer, R. E. Aguilera Portales), Universidad Nacional de Educación a Distancia – UNED, Madrid, 2017, pp. 331-358; Rodríguez Palop, M. E.: *La nueva generación de derechos humanos: origen y justificación*, Dykinson, Madrid, 2002; "El surgimiento de una nueva generación de derechos humanos como fruto de una crisis democrática y social", en AA.VV.: *Historia de los derechos fundamentales* (coord. por F. J. Ansuátegui Roig, J. M. Rodríguez Uribes, G. Peces-Barbar Martínez, E. Fernández García), Dykinson, Madrid, 1998, pp. 225-276.

6 En este sentido, Pérez Luño, A. E.: "Las generaciones de derechos humanos", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* núm. 10, 1991, p. 205.

7 A este respecto, a las tres generaciones a las que aludió Vasak K.: "Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights", *UNESCO Courier*, 1977, se ha incluido una cuarta generación (la mayoría relacionados con el ámbito digital). Sobre

al derecho a la dignidad previsto en el art. 10 CE, como fundamento del orden político y de la paz social. La misma aparece como la razón última, es decir, como el *substratum* de los derechos fundamentales, de tal forma que estos últimos han de ser entendidos como partes de un todo común[8].

Sin ánimo de determinar un orden jerárquico o de preferencia entre los derechos constitucionales (ya que, en ningún punto lo lleva a cabo la Constitución) ni reabrir debates tradicionales, es cierto que la mencionada dignidad y, en su seno, el libre desarrollo de la personalidad representa la esencia de la vida plena y verdadera. De algún modo, se encuentra "impreso" en la naturaleza misma del ser humano, en su orden natural, por lo que podemos afirmar que, su ausencia o conculcación afecta a la existencia de las personas.

Dicho en otras palabras, la vida sin dignidad no es una existencia completa, sino que, en realidad, es un ejercicio de mal-vivir. Hemos de señalar que este derecho es un requisito indispensable para que se pueda formar una sociedad y que supone un criterio de justicia, esto es, una pauta para enjuiciar el Derecho positivo. Al margen de las normas jurídicas y del contenido de las mismas, la dignidad permite que valoremos, críticamente, el ordenamiento jurídico y que concluyamos si es justo o injusto[9].

Pues bien, todo este entramado provoca que podamos hablar de un derecho de autodeterminación, esto es, de una facultad de decidir libre y voluntariamente acerca de las opciones vitales que se presentan. En suma, se trata del poder otorgado a un sujeto para autogobernarse y desarrollar libremente su personalidad. Este derecho supone, pues, una manifestación y una expresión de la autonomía de la voluntad en la medida que permite que las personas se autogestionen.

En el ámbito sanitario, ello se traduce en la existencia del derecho al consentimiento informado. A este respecto, hemos de destacar que su reconocimiento en España se produjo de forma paulatina y progresiva a lo largo del tiempo[10]. En este sentido,

el particular, señala Fraguas Madurga, L.: "El concepto de derechos fundamentales y las generaciones de derechos", *Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Calatayud*, núm. 21, 2015, p. 135 que "un riesgo de la teoría de las generaciones de derechos es convertir la prioridad cronológica, que la hizo surgir, en prioridad axiológica, de manera que los derechos de primera generación se contemplen no sólo como «primeros» en el tiempo, sino también como «principales», considerando que hay derechos de primera, de segunda y de tercera".

8 De todo lo anterior no se puede concluir, sin embargo, que el resto de los derechos no disponga de un ámbito concreto de protección. Muy al contrario, cada uno de ellos tutela un sector específico de la realidad (sin que se produzcan solapamientos) y otorga, en consecuencia, instrumentos y herramientas a las potenciales víctimas para reclamar su observancia.

9 Como se puede deducir, la plasmación en la Constitución de los referidos derechos, a pesar de ser muy relevante por atribuir seguridad jurídica, no es el origen de los mismos. Si se quiere, no representa la "fuente" de los derechos, sino que se limita a reconocer los derechos que ya se encuentran contemplados en la naturaleza del ser humano.

10 A este respecto, señala muy acertadamente Barceló Doménech, J.: "Consentimiento informado y responsabilidad médica", AJI, núm. 8, 2018, p. 280 que "El derecho a ser informado que tiene el paciente,

inicialmente se encontraba instaurado el denominado modelo paternalista clásico, cuyos presupuestos se pueden resumir en la máxima "todo por el paciente pero sin el paciente", esto es, que correspondía a los profesionales de decidir acerca de las cuestiones relativas a la salud de los usuarios. Además, se entendía que no cabía atribuir responsabilidad a los sanitarios por los posibles perjuicios que se produjeran en la práctica curativa por cuanto la medicina era una ciencia no exacta.

Sin embargo, por exigencias internacionales, se fue introduciendo la necesidad de respetar el derecho de autodeterminación de los pacientes, es decir, el derecho al consentimiento informado[11]. Así, "la propia consideración de la persona humana como portadora de derechos humanos inherentes provocó un cambio de paradigma. En este sentido, se fue forjando en el ámbito internacional –y europeo– el compromiso en la protección y tutela de los derechos humanos[12]".

Todo ello, provocó que se tutelara este derecho de forma expresa en el ordenamiento jurídico español a través de la aprobación de la antes citada Ley 41/2002. Esta norma representó una actualización de la legislación anterior (en concreto, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad) con el objetivo, tal y como reconoce en su Exposición de Motivos, de "ofrecer en el terreno de la información y la documentación clínicas las mismas garantías a todos los ciudadanos del Estado, fortaleciendo con ello el derecho a la protección de la salud que reconoce la Constitución".

Desde esta perspectiva, la Ley 41/2002 configura el consentimiento informado como un derecho formado por dos facultades que, no obstante, se encuentran íntimamente ligadas, a saber, la información previa y el posterior consentimiento. A este respecto, el artículo 2.2 de la mencionada disposición recoge estas premisas, exigiendo que todas las actuaciones en el ámbito de la sanidad cuenten, con carácter general, con la autorización de los usuarios y que, además, dicha voluntad se manifieste después de haber recibido una adecuada información. No se puede obviar que, de otro modo, estaríamos ante una decisión que no puede reputarse como libre, válida y voluntaria; si se quiere, se trataría de un "consentimiento desinformado".

De este modo, el posterior articulado de la ley se encarga de establecer las condiciones en las que se ha de prestar el consentimiento informado, los sujetos

como paso previo a la emisión de su consentimiento al tratamiento médico, constituye uno de los grandes logros del Derecho médico de las últimas décadas".

11 Para más información, *vid.* Dias Pereira, A. G.: *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015.

12 Ortiz Fernández, M.: "La responsabilidad civil en el ámbito sanitario derivada del consentimiento informado", *AJI*, núm. 10 bis, 2019, pp. 548-565. Para más información, *vid.* Ortiz Fernández, M.: *El consentimiento informado en el ámbito sanitario: responsabilidad civil y derechos constitucionales,* Dykinson, Madrid, 2021.

obligados, así como determinadas situaciones en las que nos podemos encontrar ante límites o excepciones al derecho. Entre estas últimas, de una forma resumida, podemos destacar que lleva a cabo una separación entre dos tipos de escenarios. De un lado, aquellos en los que un tercero (familiar o allegado) tiene que sustituir la decisión del paciente (art. 9.3 Ley 41/2002), que podemos referir como supuestos de "consentimiento por representación". De otro lado, los casos en los que es el propio profesional quien, a la vista de las circunstancias, debe dirimir la intervención que se presenta como más favorable para el usuario (art. 9.2 Ley 41/2002).

En realidad, si se depara con detenimiento, en ambos se produce una suerte de "representación" y la única diferencia reside en el sujeto que, finalmente, es el encargado de determinar la actuación que ha de ejecutarse. Además, en los dos contextos el paciente se encuentra en una posición en la que no puede manifestar su voluntad o, si puede realizarlo, no será tenida en cuenta con todas las implicaciones que conlleva. Así, se trata de supuestos en los que el paciente no posee la plena capacidad de obrar, ya sea por tenerla limitada previamente (por edad o por haber sido sometido a un proceso judicial de modificación de capacidad), ya sea porque las condiciones concurrentes han provocado que se halle en tal situación.

III. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LOS MENORES DE EDAD: REGÍMENES GENERAL Y ESPECIALES

En este momento, corresponde que nos centremos en el derecho al consentimiento informado en los menores de edad, es decir, en determinar si son los titulares de las facultades que se derivan y si se les atribuye capacidad para ejercitarlas. Para ello, partiremos, como se ha dicho, de un breve estudio del régimen general previsto en la Ley 41/2002. Una vez realizado lo anterior, nos detendremos en distintos regímenes especiales que disponen de una legislación propia.

En todo caso, interesa destacar que cuando nos referimos a los menores de edad hemos de tener en consideración el principio de interés superior –*favor filii*–, tal y como se deduce del mencionado art. 2 Ley Orgánica 1/1996. Sobre este principio, cabe señalar que recientemente se ha aprobado la también citada Ley Orgánica 8/2021 que tiene por objeto, como proclama su art. 1.1, garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida.

Además de otras disposiciones[13], ha modificado determinados preceptos de la citada Ley Orgánica 1/1996 (*vid.* Disposición final octava Ley Orgánica 8/2021), con el propósito de "completar la revisión del sistema de protección de la infancia y adolescencia llevada a cabo en el año 2015 con la descripción de los indicadores de riesgo para la valoración de la situación de riesgo", entre otras cuestiones.

1. Breves reflexiones sobre el consentimiento informado en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre: el régimen general

Para comenzar, conviene destacar que el consentimiento informado, al igual que el resto de los derechos subjetivos, no es absoluto. Muy al contrario, la Ley 41/2002 recoge diferentes situaciones en las que, o bien por los sujetos activos o bien por las características concurrentes, es preciso acudir a alguna excepción.

Si tratamos de llevar a cabo una suerte de clasificación, podemos aludir a dos clases de límites en función de la facultad a la que afecten: a la información, o al consentimiento. En el primer escenario, indica el art. 4.1 Ley 41/2002 que "Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley".

En consonancia con lo anterior, señala el art. 5.1 de la misma norma que el titular de esta facultad es el paciente y únicamente se permitirá facilitar estos datos a las personas vinculadas a él cuando el primero lo permita (expresa o tácitamente). Son, pues, las dos manifestaciones del derecho a la información: por un lado, conocer las cuestiones más relevantes sobre su salud y, por otro, impedir que terceros tengan acceso a este contenido.

De una lectura de el citado precepto, podemos comprobar que no se realiza una referencia expresa a los menores de edad. Ante tal ausencia, puede dudarse de si son o no los titulares de tal derecho y, a su vez, si son sujetos activos de la misma[14].

13 En este sentido, la Disposición final decimotercera Ley Orgánica 8/2021 ha introducido, entre otras, una modificación de la ley 41/2002, al añadir un nuevo apartado 5 al artículo 15, en los siguientes términos: "Cuando la atención sanitaria prestada lo sea a consecuencia de violencia ejercida contra personas menores de edad, la historia clínica especificará esta circunstancia, además de la información a la que hace referencia este apartado".

14 Resulta de gran interés la Declaración de la Comisión Central de Deontología sobre la asistencia médica al menor maduro en situaciones sobre rechazo al tratamiento, aprobada por la Asamblea General (extraordinaria) los días 13 y 14 de mayo de 2016 (actualizada por la Comisión Permanente del CGCOM). Para visualizarla, visitar:
https://www.cgcom.es/sites/default/files/u183/declaracion_ccd_asistencia_al_menor_maduro_situaciones_rechazo.pdf (fecha de última consulta 10.10.2021).
Asimismo, los anexos de la misma describen de una forma muy gráfica el procedimiento a seguir en determinados casos. Ambos se encuentran disponibles en:
https://www.cgcom.es/sites/default/files/u183/anexo_i_asistencia_medica_a_menores_de_matrimonios_separados.pdf
https://www.cgcom.es/sites/default/files/u183/anexo_ii_asistencia_medica_a_menores_cirugia_plastica_y_estetica.pdf

Lo primero que puede plantearse es si podrían encuadrarse en el apartado 2 del artículo 5 dedicado a las personas con la capacidad judicialmente modificada. Sin embargo, no resulta ser la solución más adecuada. Además, si tenemos en cuenta que para ser declarados en tal situación debe haberse establecido por sentencia judicial, no parece que se deban incluir en este punto (salvo que el menor haya sido sometido a un procedimiento modificación de capacidad[15] y en los términos que la sentencia determine). En este último caso, al igual que en los mayores de edad, deberá informarse tanto al menor como al representante o familiar.

Igualmente, tampoco entendemos que deba interpretarse que son personas con ausencia de "capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico" por defecto. En este sentido, señala el art. 5.1 Ley Orgánica 1/1996[16] que "Los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo".

Por lo tanto, los menores serán los titulares del derecho a la información y sujetos activos de la misma (máxime en caso de emancipados). En el supuesto de que se encuentren en una situación como la prevista en el apartado 3 del art. 5 Ley 41/2002, esto es, que el menor carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico –en suma, que sea incapaz–, deberá informarse también a su representante legal. Así, se evita el criterio de la edad, tan relativo, sustituyéndolo por el de la capacidad real del menor. De este modo, no habría diferencia entre mayores y menores de edad, ya que únicamente podría ampliarse el campo de sujetos a los que informar si carecen de capacidad para entender la misma.

No obstante, "como en todos los ámbitos del Derecho, debe imponerse la lógica. Al igual que en el caso de que un paciente, por ejemplo, se encuentre en estado de inconsciencia no se le podrá informar, tampoco se podrá llevar a cabo ante ciertos menores. Parece obvio que ni a un recién nacido, ni a un menor de edad de hasta unos doce años se le podrá informar, ya que simplemente, no entenderá ni el contenido ni el alcance de la intervención[17]".

(fecha de última consulta 10.10.2021)

15 Es posible que se modifique judicialmente la capacidad de menores de edad cuando se prevea que la enfermedad o deficiencia que le impida gobernarse por sí mismo va a persistir después de la mayoría de edad. En este caso sólo pueden pedirla quienes ejerzan la patria potestad o tutela y se procederá a su prórroga. Sin embargo, es difícil imaginar un supuesto de este tipo en menores, pues supone declarar la falta de capacidad a alguien que nunca la tuvo –salvo que estemos ante un menor emancipado, que ya ha adquirido la capacidad de obrar casi plena–. Pero, si se tiene en cuenta que el menor es un sujeto potencialmente apto para obtener la capacidad posteriormente y que, al modificarse su capacidad, deja de serlo, se observa cómo, en realidad, se está cambiando el *substratum* del mismo.

16 Hay que tener en cuenta que este precepto fue modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

17 Ortiz Fernández, M.: "El consentimiento informado de los menores de edad en el ámbito sanitario", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, 2021, p. 103.

En segundo lugar, en el ámbito del consentimiento debemos diferenciar entre dos tipos de limitaciones. De un lado, aquellas en las que no se precisa, en principio, de la intervención del paciente ni de sus familiares (art. 9.2 Ley 41/2002). En estas últimas, se habla de exención del derecho, ya que, en definitiva, es el sanitario el encargado de decidir lo más adecuado para la salud de los usuarios. De otro lado, los supuestos de consentimiento por representación (arts. 9.3 y 9.4 Ley 41/2002), en los que la facultad es ejercitada por los padres, representantes legales o familiares del menor de edad.

En este sentido, prevé el art. 9.3 letra c) Ley 41/2002 que estaremos ante uno de estos supuestos cuando "el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención". En todo caso, el art. 9.4 párrafo primero Ley 41/2002 incluye un régimen más restrictivo para los menores de edad que superen los dieciséis años.

A este respecto, parece excluir la aplicación de la excepción prevista en el art. 9.3 letra a) Ley 41/2002 referida a la posibilidad de que el profesional recurra a un consentimiento por representación cuando entienda que no es capaz de tomar decisiones "o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación".

Al margen de la incoherencia al plasmar un régimen en el que los menores poseen más capacidad de actuación que los mayores de edad, lo cierto es que el párrafo segundo del mencionado art. 9.4 Ley 41/2002 excluye este extremo cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor. De esta suerte, como regla general, podemos señalar que la edad sanitaria se fija por el legislador en los dieciséis años.

Para finalizar, hemos de anudar dos últimas reflexiones. De un lado, que el precepto comentado alude al derecho a ser oído y tenido en cuenta de los menores de edad (art. 9 Ley Orgánica 1/1996), cuyo alcance no queda claro en la práctica. No se puede comprender cabalmente cómo se puede "tener en cuenta" una opinión si, a la postre, se opta por una intervención diferente.

De otro lado, de los apartados 6 y 7 del art. 9 Ley 41/2002 podemos deducir dos principios aplicables a este ámbito que, no obstante, pueden plantear conflictos entre ellos. En primer lugar, el "principio del mayor beneficio" (art. 9.6 Ley 41/2002), que pretende que, cuando los representantes presten su consentimiento en nombre del paciente, se realice escogiendo la opción más favorable para el mismo. En segundo lugar, el "principio de participación" (art. 9.7 Ley 41/2002), cuya finalidad es que los usuarios intervengan, en la medida de lo posible, en la toma de decisiones con tal de respetar su dignidad personal.

Sin duda, la pugna entre ambos y la determinación en la práctica de cuál debe prevalecer es complejo. En el caso de los menores de edad, parece que ha de primarse el primero de ellos, por cuanto, como se ha tenido ocasión de comprobar, se encuentra vigente el principio de interés superior.

2. Práctica de ensayos clínicos con medicamentos

En cuanto a los ensayos clínicos con menores de edad, tenemos que partir del art. 9.5 Ley 41/2002 que, a pesar de que remite a las disposiciones especiales de aplicación, señala que se rige por "lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad". Una vez señalado lo anterior, hemos de examinar el art. 2.2 letra h) Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos. El mismo incluye una definición de "menor" a los efectos de la aplicación de esta disposición, a saber:

"Sujeto de ensayo, que según la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, no ha alcanzado la edad legal para dar su consentimiento informado".

Repárese en que la norma remite a la legislación general a la que anteriormente aludíamos para determinar cuando estamos ante un menor de edad en el ámbito sanitario y, en particular, en los ensayos clínicos. Pues bien, como hemos tenido ocasión de comprobar, como regla general podemos afirmar que se adquiere la capacidad para decidir en el campo de la salud a los dieciséis años, con ciertas excepciones. Así las cosas, para concluir si estamos a no ante un menor para el Real Decreto 1090/2015, debemos atender al caso concreto para dirimir si, en dicho supuesto, se aplica la *regulam in casibus non exceptis* o, por el contrario, alguna *exceptio.*

Por otra parte, nos tenemos que centrar en el art. 5 Real Decreto 1090/2015. Según el apartado primero de este precepto, para proceder a su realización se han de cumplir tanto los requisitos que se prevén para los mayores de edad (que se encuentran previstos en los arts. 3 y 4 del mismo Real Decreto), como con las condiciones enumeradas en el art. 32 Reglamento (UE) n.º 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014.

Entre los primeros, podemos mencionar que ha de tratarse de un ensayo que sea ética y metodológicamente correcto y diseñado para que se obtengan datos fiables y sólidos y se deben respetar los derechos a la integridad física y mental, a la intimidad y a la protección de datos del sujeto.

Igualmente, prevé el apartado segundo del precitado art. 5 Real Decreto 1090/2015 que, si estamos ante un estudio clínico con medicamentos o en una investigación clínica con productos sanitarios, uno de los miembros del Comité de Ética de la Investigación con medicamentos (CEIm) deberá ser un experto en pediatría o "haber recabado asesoramiento sobre las cuestiones clínicas, éticas y psicosociales en el ámbito de la pediatría".

Muy relevantes son las previsiones del apartado tercero del mencionado art. 5 Real Decreto 1090/2015. Así, destaca que los padres que no estuvieran privados de la patria potestad o del representante legal del menor deberán prestar su consentimiento informado. Por su parte, la intervención del menor de edad dependerá de su edad y de su capacidad (en palabras del Real Decreto, de su juicio). En este sentido, establece en los doce años el momento a partir del cual ha de contarse, además, con la autorización del mismo. Si tiene una edad inferior, se tiene que valorar su juicio para concluir acerca de su derecho a ser oído.

Asimismo, indica el art. 4.3 Real Decreto 1090/2015 la decisión de los padres debe ratificarse por el menor de edad cuando alcance la capacidad para consentir (que se entiende, según hemos señalado y como regla general, a los dieciséis años).

Al margen de las problemáticas que puede generarse en cuanto a la posible disparidad de criterios que, en su caso, tengan los progenitores y la firma del documento de consentimiento informado, podemos señalar, de forma gráfica que:

- No podrán llevarse a cabo ensayos clínicos en menores de edad sin el previo consentimiento informado de los progenitores.

- Cuando se trata de menores de más de doce años, este deberá, también, autorizar dicha práctica.

- Cuando nos encontremos ante menores de menos de doce años, hemos de atender a su juicio (su madurez) para determinar si tiene derecho a ser oído o no.

Este régimen coincide, a grandes rasgos, con lo previsto en el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios[18]. En este sentido, el párrafo segundo de su art. 60.4 prevé que, en el caso de "personas que no puedan emitir libremente su consentimiento", será otorgado por su representante legal "previa instrucción y exposición ante el mismo del alcance y riesgos del ensayo". En todo caso, "Será necesario, además, la conformidad del representado si sus

18 Hay que tener en cuenta que la anterior Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios se encuentra derogada en la actualidad.

condiciones le permiten comprender la naturaleza, importancia, alcance y riesgos del ensayo".

Igualmente, en consonancia con lo anterior, el art. 111 letra c) 7ª y 9ª califica de infracciones muy graves la realización de ensayos y de investigaciones sin contar con el consentimiento de la persona.

Surge la duda, sin embargo, acerca del colectivo al que se está refiriendo cuando alude a las "personas que no puedan emitir libremente su consentimiento". Desde nuestra perspectiva y aplicando una interpretación de conjunto (sistemática) del ordenamiento jurídico, entendemos que se trata de menores de edad. De esta suerte, como vimos, el razonamiento es muy similar al que lleva a cabo la Ley 41/2002.

En otro orden de cosas, interesa que nos detengamos en el ya citado art. art. 32 Reglamento (UE) n.º 536/2014 y en las particularidades que recoge para los menores de edad. En concreto, a lo ya señalado cabe añadir dos grupos de cuestiones.

Por un lado, aquellas que se refieren al sujeto menor de edad y al consentimiento informado. A este respecto, la norma indica que la información que se proporcione al menor ha de ser adaptada a su edad y a su madurez mental. Así, el procedimiento de consentimiento informado ha de producirse de un modo adaptado a sus circunstancias. Se tienen que respetar los deseos del menor con capacidad, sin que quepa ofrecer incentivo alguno (al margen de la compensación por los gastos y la pérdida de ingresos directamente relacionados con la participación en el ensayo clínico).

Por otro lado, otra serie de exigencias están dedicadas a la finalidad del ensayo clínico y a la propia participación del menor de edad. Sobre el particular, prevé el art. 32 Reglamento (UE) n.º 536/2014 que ha de estar relacionado con un problema de salud del menor o ser de tal naturaleza que solo pueda efectuarse con menores y tener como propósito "investigar tratamientos para un problema de salud que solo padecen menores o el ensayo clínico es esencial para validar, por lo que respecta a los menores, datos obtenidos en ensayos clínicos con personas capaces de dar su consentimiento informado, o por otros métodos de investigación".

Por último, deben existir motivos para esperar que la participación del menor de edad genera mayores beneficios directos para el mismo que riesgos o cargas y tiene que deducirse "algún beneficio para la población representada por el menor afectado y dicho ensayo clínico entrañe solo un riesgo y una carga mínimos para el menor afectado en comparación con el tratamiento estándar del problema de salud que padece".

3. Investigación biomédica

Por lo que respecta a la investigación biomédica, conviene tener en cuenta la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica. Según el art. 1 de la misma, su objeto es regular: las investigaciones relacionadas con la salud humana que impliquen procedimientos invasivos; la donación y utilización de ovocitos, espermatozoides, preembriones, embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos con fines de investigación biomédica y sus posibles aplicaciones clínicas; el tratamiento de muestras biológicas; el almacenamiento y movimiento de muestras biológicas; a los biobancos; el Comité de Bioética de España y los demás órganos con competencias en materia de investigación biomédica; así como los mecanismos de fomento y promoción, planificación, evaluación y coordinación de la investigación biomédica.

En relación con estas cuestiones, conviene matizar[19], tal y como realizan tanto el Preámbulo como el art. 1.3 Ley 14/2007, que la "la investigación biomédica a la que se refiere la norma abarca la investigación básica y la clínica con exclusión de los ensayos clínicos con medicamentos y el implante de órganos, tejidos y células, que se regirán por normativa específica". Así, "Esta regulación completa el marco normativo de nuestro ordenamiento jurídico sobre investigaciones en las que los seres humanos son sujetos participantes directos, que ya cuenta con la regulación específica de los ensayos clínicos con medicamentos y productos sanitarios".

En el sector que nos ocupa, el art. 4.2 Ley 14/2007 recoge el consentimiento por representación para los menores de edad (se entiende, a pesar de que no indique nada al respecto, que por parte de los representantes legales o los progenitores). En todo caso, dicho consentimiento deberá ser, como indica el párrafo segundo del citado precepto, proporcionado a la investigación a desarrollar, con respeto a la dignidad de la persona y en beneficio de su salud.

Igualmente, la norma pretende que tanto los menores de edad como las personas con discapacidad participen, en la medida de lo posible, en la toma de decisiones a lo largo del proceso. La mayor o menor intervención dependerá, como no puede ser de otro modo, de la edad y de la propia capacidad (madurez) que presente.

Además de lo anterior, el art. 20.1 Ley 14/2007 añade que únicamente podrá llevarse a cabo la investigación sobre una persona menor de edad cuando concurran una serie de condiciones[20]: que los resultados de la investigación puedan producir beneficios reales o directos para su salud; que no se pueda realizar una investigación

19 Asimismo, tal y como indica el art. 43 Ley 14/2007, "La utilización de líneas celulares o de muestras biológicas que se deriven de las investigaciones a las que se refiere este título se regirá por lo establecido en esta Ley y, en su caso, en la normativa sobre ensayos clínicos y sobre utilización clínica de células y tejidos".

20 En todo caso, podrá ser autorizada la investigación, de forma excepcional, cuando sin producir resultados en beneficio directo para la salud de los menores de edad, concurren, además de los requisitos contenidos comentados, las siguientes condiciones:

de eficacia comparable en individuos capaces de otorgar su consentimiento; que la persona que vaya a participar en la investigación haya sido informada por escrito de sus derechos y de los límites prescritos en esta Ley y la normativa que la desarrolle para su protección, a menos que esa persona no esté en situación de recibir la información; y que los representantes legales de la persona que vaya a participar en la investigación hayan prestado su consentimiento por escrito, después de haber recibido la información.

Siendo este el régimen general previsto en la norma, lo cierto es que establece ciertas reglas específicas para determinados ámbitos concretos. Así, en la donación de embriones y fetos humanos, el art. 29.1 Ley 14/2007 permite que los menores emancipados sean donantes de embriones o fetos, sin necesidad de contar con la autorización de los representantes. En caso contrario, será necesario, además, el consentimiento de estos últimos.

Para el caso de fallecimiento del menor de edad, el art. 29.2 Ley 14/2007 permite que tenga lugar la donación salvo que conste oposición expresa de quienes ejercieran, en vida de aquellos, su representación legal.

Por su parte, para la utilización de muestras biológicas humanas con fines de investigación biomédica, el art. 58.4 Ley 14/2007 determina una serie de requisitos si se trata de menores de edad, entre los que cabe destacar la necesidad de que los representantes legales autoricen esta práctica (o que, en su caso, existan garantías sobre el correcto consentimiento de los sujetos fuente).

4. Extracción y trasplante de órganos

En otro orden de cosas, en el sector de la extracción y trasplante de órganos encontramos la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos y su reglamento de desarrollo (el Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad[21]).

A este respecto, en cuanto a la extracción, la legislación vigente lleva a cabo una división radical en este ámbito: por un lado, la donación de órganos por parte de un sujeto con vida y, por otro lado, la que se efectúa una vez ha fallecido la persona.

"a) Que la investigación tenga el objeto de contribuir, a través de mejoras significativas en la comprensión de la enfermedad o condición del individuo, a un resultado beneficioso para otras personas de la misma edad o con la misma enfermedad o condición, en un plazo razonable.
b) Que la investigación entrañe un riesgo y una carga mínimos para el individuo participante.
c) Que la autorización de la investigación se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal".

21 Interesa resaltar que este Real Decreto derogó el anterior Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos.

En el primer supuesto, la conclusión que podemos destacar es que el legislador no permite que los menores de edad participen en este tipo de actividades. Así lo indica el art. 4 Ley 30/1979 letra a) al exigir que el donante sea mayor de edad. En iguales términos se manifiesta el art. 8.1 letra a) Real Decreto 1723/2012.

Esta posición viene, además, reforzada por la letra d) del anterior art. 8.1 letra a) Real Decreto 1723/2012 que impide que se obtengan órganos de menores de edad, "aun con el consentimiento de los padres o tutores".

En el segundo escenario, parece que no existe problema para que se proceda a realizar las citadas prácticas siempre que se cumpla con el resto de los requisitos, a saber, que se lleve a cabo con fines terapéuticos o científicos, que no conste oposición del fallecido o, en su caso, de sus representantes legales (principio de solidaridad) y que se acredite el fallecimiento (muerte cardiorrespiratoria o encefálica). Asimismo, si se trata de un fallecimiento por accidente o cuando medie investigación penal, será necesario contar con una autorización judicial.

De hecho, esta posibilidad puede deducirse interpretando, *a sensu contrario,* el art. 9.1 letra a) párrafo segundo Real Decreto 1723/2012. En este sentido, al prever que, en el caso de menores de edad, la oposición pueda hacerse constar por quienes hubieran ostentado en vida de aquellos su representación legal, está permitiendo, *de facto,* que sus órganos sean donados.

Por su parte, para el trasplante de órganos el art. 6 letra c) Ley 30/1979[22] requiere que el receptor preste su consentimiento. Sin embargo, si se trata de menores de edad, indica que dicha autorización la deben realizar los representantes legales, padres o tutores. Además, no se hace distinción alguna en función de la propia edad del mismo, sino que, simplemente, niega dicha facultad a este colectivo.

5. Técnicas de reproducción humana asistida

En cuanto a las técnicas de reproducción humana asistida, como señalamos anteriormente, el art. 9.5 Ley 41/2002 remite a las disposiciones especiales de aplicación, pero prevé que estas prácticas se rigen por "lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad".

22 Igualmente, las letras a) y b) del mismo precepto exigen que "el receptor sea plenamente consciente del tipo de intervención que va a efectuarse, conociendo los posibles riesgos y las previsibles ventajas que, tanto física como psíquicamente, puedan derivarse del trasplante" y que "sea informado de que se han efectuado en los casos precisos los necesarios estudios inmunológicos de histocompatibilidad u otros que sean procedentes, entre donante y futuro receptor, efectuados por un laboratorio acreditado por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. La información deberá efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad".

Asimismo, debemos acudir a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en la versión ofrecida por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil).

Sobre el particular, tenemos que indicar que el fin de estas actividades es facilitar la procreación humana, la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético y la utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados. Se refiere a la donación de gametos y preembriones.

En este punto, hemos de diferenciar entre la persona del donante y la receptora o usuaria de las técnicas. Por lo que respecta a la primera[23], el art. 5.6 Ley 14/2006 requiere que los donantes tengan más de dieciocho años (además de un buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar).

Por otro lado, como destaca el art. 6 Ley 14/2006, la usuaria ha de ser una mujer mayor de dieciocho años y con plena capacidad de obrar, de tal suerte que se suprime, igualmente, la posibilidad de que participen menores de edad (con independencia de su madurez o capacidad).

6. Donación de células y tejidos humanos

La primera cuestión que debemos determinar es el objeto al que nos estamos refiriendo. Para ello, debemos acudir al Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos[24].

Sobre el particular, el Preámbulo de la citada norma indica que resulta de aplicación a todos los tejidos y células humanas, incluyendo las células progenitoras hematopoyéticas de sangre periférica, cordón umbilical o médula ósea, a las células reproductoras, las células y tejidos fetales, y las células troncales adultas y embrionarias cuando su finalidad sea el uso terapéutico o la aplicación clínica. En todo caso, aclara que hay que excluir todos los aspectos que vengan contemplados en la Ley 14/2006

23 De una forma gráfica, los requisitos que han de cumplirse para la donación son los siguientes:
- Ha de ser gratuita.
- Debe formalizase por escrito entre el donante y el centro.
- Es necesario que se garantice el anonimato del donante (que como se ha dicho tiene que ser mayor de 18 años y con plena capacidad), salvo que sea de la pareja.
- En todo caso, el art. 5.7 Ley 14/2006 prevé que, como máximo, el número de hijos nacidos en España con gametos del mismo donante será seis.

24 A este respecto, hay que tener en cuenta que el Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueben las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos) se encuentra derogado.

(que tiene preferencia), así como los procedimientos de investigación con células y tejidos que no incluyan una aplicación en el cuerpo humano.

Además, como añade el art. 1.3 letra b), también queda fuera de su ámbito la sangre, los componentes y los derivados sanguíneos, pues en tal caso resulta de aplicación el Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión (que será posteriormente analizado).

En este caso, al igual que vimos con la extracción de órganos (regulada en la Ley 30/1979 y el Real Decreto 1723/2012), hemos de diferenciar entre donantes vivos y fallecidos. En el primer escenario, debemos, además, distinguir entre uso al que se vayan a destinar las células y tejidos (a pesar de que, como veremos, no hay consecuencias prácticas relevantes).

Si se lleva a cabo para su ulterior aplicación alogénica en seres humanos, el art. 7.1 párrafo cuarto Real Decreto-ley 9/2014 declara que no podrán obtenerse células y tejidos de personas menores de edad, "salvo cuando se trate de residuos quirúrgicos o de progenitores hematopoyéticos u otros tejidos o grupos celulares reproducibles cuya indicación terapéutica sea o pueda ser vital para el receptor". En este último supuesto, nos encontramos, de nuevo, ante un consentimiento por representación.

Por otro lado, si se realiza para su procesamiento y posterior uso autólogo o para su uso autólogo eventual, la solución legal es la misma que anteriormente, esto es, que la autorización corresponde a quien ostente la representación legal.

Por lo que respecta a la obtención de tejidos y células de personas fallecidas, siguiendo con el mencionado principio de solidaridad, es preciso que conste oposición expresa a través del documento de instrucciones previas (art. 11 Ley 41/2002). Sin embargo, como dicho precepto restringe esta posibilidad a los mayores de edad, en el caso de menores se llevará a cabo a través de sus representantes (art. 8.1 párrafo segundo Real Decreto-ley 9/2014)

7. Hemodonación

Como hemos tenido ocasión de señalar, las transfusiones sanguíneas (hemodonación) dispone de una normativa propia: el Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión.

Para analizar la posible intervención de los menores de edad hemos de acudir al Anexo II de la citada norma dedicado a establecer los criterios de selección de donantes de sangre total y componentes sanguíneos. Sobre el particular, destaca

que cada centro de transfusión ha de establecer los criterios que estime oportunos, tanto para la donación homóloga (se realiza una transfusión de la sangre de un tercero), como autóloga (se reinfunde a un paciente su misma sangre o alguno de sus componentes).

En todo caso, el mencionado Anexo incorpora una serie de reglas que son aplicables, únicamente, a las donaciones homólogas, entre las que se incluye un límite (inferior y superior) de edad: dieciocho y sesenta y cinco años. Por tanto, parece que se excluye, *ex lege,* a los menores de edad.

Sea como fuere, de forma excepcional, se permite que el médico responsable autorice estas prácticas con donantes que no cumplen los criterios legales (debiendo ser documentadas y registradas). Cabría plantear si sería posible que procediera en este sentido con un menor de edad.

8. Interrupción voluntaria del embarazo

En otro orden de cosas, hemos de aludir a la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo por parte de menores de edad, cuya regulación la encontramos en la ya comentada Ley 41/2002. A este respecto, cabe reseñar que en un primer momento la Ley 41/2002, por remisión del art. 13.3 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, establecía un régimen distinto que atribuía mayores facultades a las menores de edad que querían interrumpir el embarazo (en función de si eran mayores o menores de dieciséis años).

Sin embargo, el art. 9.5 Ley 41/2002 fue modificado por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo que, además, suprimió el apartado cuarto del art. 13 de la citada Ley Orgánica 2/2010.

En la actualidad, el art. 9.5 párrafo segundo Ley 41/2002 requiere del consentimiento del menor de edad como de los representantes legales. De esta forma, a pesar de que permite que los menores de edad intervengan en el proceso, la autorización de los representantes aparece como un requisito *sine qua non.*

IV. ÚLTIMAS TENDENCIAS EN ESPAÑA

Para finalizar con el presente análisis, conviene que nos centremos en dos últimas disposiciones: la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia y la Proposición de Ley Orgánica de igualdad social de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, de protección de la realidad

trans y de no discriminación por razón de orientación sexual, identidad o expresión de género o características sexuales (122/000104).

Por un lado, la Ley Orgánica 3/2021, a diferencia de las distintas normas aprobadas por las comunidades autónomas, se ocupa de la "eutanasia activa directa", es decir, del "acto deliberado de dar fin a la vida de una persona". Así las cosas, "supone, por tanto, la legalización de la eutanasia y su incorporación al ordenamiento jurídico español. De esta suerte, contempla las mencionadas prácticas como como una verdadera prestación-derecho, incluyéndola en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud (con financiación pública)[25]".

De hecho, como indica la Disposición adicional primera de la Ley Orgánica 3/2021, la muerte como consecuencia de la prestación de ayuda para morir "tendrá la consideración legal de muerte natural a todos los efectos, independientemente de la codificación realizada en la misma".

Al margen de otro tipo de consideraciones (como la propia naturaleza jurídica de este derecho), debemos preguntarnos si se atribuye esta facultad a los menores de edad. Sin embargo, la respuesta es relativamente sencilla de obtener si atendemos al art. 5.1 letra a) Ley Orgánica 3/2021, pues entre los requisitos exige, entre otras cuestiones, que se trate de un paciente mayor de edad. Como se observa, nos encontramos ante otra situación en la que el legislador ha decidido excluir a los menores de edad, sin mayores observaciones o especificaciones.

Por otro lado, por lo que respecta a la Proposición de Ley Orgánica de igualdad social de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, de protección de la realidad trans y de no discriminación por razón de orientación sexual, identidad o expresión de género o características sexuales, en concreto, nos vamos a centrar en las personas transexuales.

Como es de sobra conocido, inicialmente este colectivo no recibía amparo legal ni, por tanto, podía disfrutar de sus derechos en la práctica. Por ejemplo, tenían negado el acceso al cambio de sexo y nombre o el matrimonio. Así, a pesar del gran avance que se logró con la aprobación de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, quedaban muchas cuestiones por resolver de una forma adecuada.

En este marco, la citada Proposición de Ley ha venido a ofrecer una solución a dichas controversias. Especial mención merece la eliminación de la transexualidad como una patología, un trastorno o una disforia, así como de toda suerte de

25 Ortiz Fernández, M.: "La legalización de la eutanasia activa directa en España: la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia", *Diario La Ley*, núm. 9830, 2021, pp. 3-4.

requisitos para proceder a la rectificación registral de la mención de sexo y del nombre propio.

A nuestros efectos, debemos de centrarnos en uno de los debates que precisaban de una regulación óptima, a saber, el referido a la legitimación a las personas menores de edad para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo y del nombre[26]. Sobre el particular, la STC 99/2019, de 18 de julio (*EDJ 2019, 663065*) avaló que aquellos menores de edad con suficiente madurez y que se encontraran "en una situación estable de transexualidad" debían poder acceder a tal extremo.

Pues bien, finalmente parece que el legislador ha acogido esta interpretación y en la Proposición de Ley se incorpora una modificación del art. 1 Ley 3/2007. De esta forma, el art. 9 de la Proposición de Ley permite que las personas "mayores de dieciséis años y con capacidad suficiente" puedan realizar la solicitud. Si tienen entre doce y dieciséis años podrán efectuar la citada solicitud por sí mismas o con sus representantes legales, debiendo en el primer supuesto contar con el asentimiento de sus progenitores o del tutor, si ostenta la representación del menor y de acuerdo con los términos de la resolución de nombramiento de dicho cargo. Por su parte, si se trata de personas menores de doce años, la solicitud la podrán llevar a cabo sus padres o tutor, debiendo el menor ser oído mediante una comunicación comprensible por el mismo y adaptada a su edad y grado de madurez.

V. PRINCIPALES CONCLUSIONES

Como se ha tenido ocasión de comprobar a lo largo del presente análisis, el derecho de autodeterminación se concreta en la facultad de decidir, en todos los aspectos de la vida, lo que se estime más conveniente. En este marco, aparece el consentimiento informado como una manifestación del mismo en el ámbito de la salud. Sea como fuere, no queda claro si el ejercicio de este derecho corresponde, en todos los contextos, a los menores de edad.

De todo lo examinado, podemos concluir que el régimen previsto en la Ley 41/2002 no coincide, en gran medida, con las distintas normativas específicas. En este sentido, si como vimos la citada norma permite que, con ciertos matices, los

26 En este sentido, destaca Belsué Guillorme, K.: "Sexo, género y transexualidad: de los desafíos teóricos a las debilidades de la legislación española", *Acciones e investigaciones sociales*, núm. 29, 2011, p. 23 que "en España se aprueba en 2007 la Ley 3/2007, de 15 de marzo, de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. En su proceso de elaboración se perdió la oportunidad de realizar una verdadera ley de género que lo abordase de forma global. La Ley omite la situación de las personas menores de edad y de las extranjeras, a las que deja, por ello, desprotegidas. Respecto de los requisitos exigidos para la modificación legal del sexo y del nombre esta ley supone un avance pero también presenta numerosas deficiencias y contradicciones. El mayor progreso lo constituye la eliminación de la necesidad de someterse a la cirugía de reasignación sexual como requisito inexcusable para la modificación registral".

menores de dieciséis años participen en este campo, lo cierto es que en el resto de disposiciones exigen, con carácter general, la intervención de los representantes legales.

Así se deduce de las regulaciones sobre ensayos clínicos, investigación biomédica, donación de células y tejidos o la interrupción voluntaria del embarazo. Sea como fuere, este sistema tiene excepciones, unas más restrictivas y otras menos. En cuanto a las primeras, cabe destacar la donación de embriones y fetos, en la que se permite que los menores emancipados consientan por sí mismos.

Por su parte, por lo que se refiere a las segundas, podemos mencionar la imposibilidad de que los menores de edad accedan a la extracción de órganos, a las técnicas de reproducción asistida o a la hemodonación. Se trata de un sistema cuya finalidad es, en suma, proteger a los menores de edad, esto es, promover y tutelar su interés superior.

Si atendemos a las últimas tendencias, nos encontramos ante dos situaciones opuestas: de un lado, la imposibilidad de que un menor de edad acceda a la prestación de ayuda para morir y, de otro, la posibilidad de recurrir, en determinados casos, al cambio de nombre y sexo.

Encontramos, pues, más que notables incoherencias en el ordenamiento jurídico español, en el que, en ocasiones, se impiden ciertas prácticas a los menores de edad (quizás sin fundamento) y, sin embargo, se permiten otras con un marcado peligro. Además, también puede vislumbrarse un contraste entre el sector sanitario analizado y la evolución de otros campos en los que se pone de relieve una mayor atribución de facultades a este colectivo, así como el reconocimiento de nuevos campos y posibilidades de actuación (no siempre acompañados de la atribución de responsabilidad que correspondería).

Por supuesto, la solución más acertada se presenta como una tarea compleja. Desde el punto de vista de la seguridad jurídica, lo más adecuado es diferenciar y clasificar las actividades por edades. No obstante, esta posición olvida gran cantidad de supuestos a los que no se ofrece una respuesta justa. Por ello, desde nuestra perspectiva, ha de partirse de un criterio mixto que aúne, al menos, tres extremos: la edad, la capacidad (madurez) y el interés superior del menor.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Algarra Prats, E./Barceló Doménech, J.: "Custodia compartida y mediación familiar en el derecho civil valenciano: criterios para la determinación del interés del menor", *AJI*, núm. 2, 2015, p. 789-796.

Atienza Rodríguez, M.: *El sentido del Derecho,* Ariel, Barcelona, 2001.

Barceló Doménech, J.: "Consentimiento informado y responsabilidad médica", AJI, núm. 8, 2018, pp. 279-296.

Belsué Guillorme, K.: "Sexo, género y transexualidad: de los desafíos teóricos a las debilidades de la legislación española", *Acciones e investigaciones sociales,* núm. 29, 2011, pp. 7-32.

Cadenas Osuna, D.: "El consentimiento informado y el rechazo a la intervención o tratamiento médico por el menor de edad tras la reforma de 2015: estudio comparado con el common law", *ADC*, tomo LXXI, 2018, fasc. III, pp. 789-853.

Carapezza Figlia, G.: "Responsabilita' civile e tutela ragionevole ed effettiva degli interessi", en AA.VV.: *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporáneo* (edit. por G. Perlingieri/A. Fachechi), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, pp. 161-200.

Cruz Villalón, P.: "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989, pp. 35-62.

De Verda y Beamonte, J.R.: "El consentimiento de los menores e incapacitados a las intromisiones de los derechos de la personalidad", *AJI*, núm. 1, 2014, pp. 35-42.

Dias Pereira, A. G.: *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015.

Fraguas Madurga, L.: "El concepto de derechos fundamentales y las generaciones de derechos", *Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Calatayud*, núm. 21, 2015, pp. 117-136.

López Sánchez, C.: "Daños causados por los padres a la salud o integridad física de los hijos menores", en AA.VV.: *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (coord. por J.A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 247-294.

- "La nueva formulación del límite de accesibilidad para personas con discapacidad en la Ley de Propiedad Intelectual", *Pe. i. Revista de propiedad intelectual,* núm. 63, 2019, pp. 13-64.

Martínez-Pujalte, A. L.: *Derechos fundamentales y discapacidad,* Ediciones Cinca, Madrid, 2015.

Masferrer, A.: "Derechos de nueva generación", en AA.VV.: *Derechos humanos: un análisis multidisciplinar de su teoría y praxis* (coord. por J. M. Enríquez Sánchez, A. Masferrer, R. E. Aguilera Portales), Universidad Nacional de Educación a Distancia – UNED, Madrid, 2017, pp. 331-358.

Oliva Blázquez, F.: "El menor maduro ante el Derecho", *Eidon: revista de la fundación de ciencias de la salud*, núm. 41, 2014, pp. 28-52.

Ortiz Fernández. M.: "La responsabilidad civil en el ámbito sanitario derivada del consentimiento informado", *AJI*, núm. 10 bis, 2019, pp. 548-565.

- "Una visión panorámica de las legislaciones autonómicas sobre las prácticas de tatuaje, micropigmentación, piercing y similares: la protección de los menores y su interés superior", *AJI,* núm. 13, 2020, pp. 122-141.

- "La legalización de la eutanasia activa directa en España: la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia", *Diario La Ley*, núm. 9830, 2021, pp. 1-16.

- "El consentimiento informado de los menores de edad en el ámbito sanitario", *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 32, 2021, pp. 96-123.

- *El consentimiento informado en el ámbito sanitario: responsabilidad civil y derechos constitucionales,* Dykinson, Madrid, 2021.

Pérez Luño, A. E.: "Las generaciones de derechos humanos", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* núm. 10, 1991, pp. 203-217.

Quinzá Alegre, A.: "Ley valenciana de custodia compartida: hitos e impacto social", *Revista valenciana d'estudis autonòmics*, fasc. 1, núm. 60, 2015.

Rodríguez Palop, M. E.: "El surgimiento de una nueva generación de derechos humanos como fruto de una crisis democrática y social", en AA.VV.: *Historia de los derechos fundamentales* (coord. por F. J. Ansuátegui Roig, J. M. Rodríguez Uribes, G. Peces-Barbar Martínez, E. Fernández García), Dykinson, Madrid, 1998, pp. 225-276.

- *La nueva generación de derechos humanos: origen y justificación*, Dykinson, Madrid, 2002.

ROSENVALD, N.: "A tomada de decisão apoiada", *Cadernos da Lex Medicinae (Saúde, novas tecnologias e responsabilidades)*, vol. II, núm. 4, 2019, pp. 381-394.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: "Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad", en A.A.V.V.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (coord. por A. CABANILLAS SÁNCHEZ *et al.*), tomo I, Civitas, Madrid, 2003, pp. 951-974.

VASAK K.: "Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights", *UNESCO Courier*, 1977.

ATIPICITÀ DEL CONTRATTO E TIPICITÀ DEI DIRITTI REALI: IL NODO DELLA MERITEVOLEZZA DELL'INTERESSE

ATYPICAL CONTRACTS AND NUMERUS CLAUSUS OF PROPERTY RIGHTS: THE ISSUE OF THE "INTEREST WORTHY OF PROTECTION"

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 204-227

Andrea
COUCOURDE
y Antonio
VERCELLONE

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Il requisito della meritevolezza degli interessi è stato di recente riproposto dal legislatore quale filtro per l'ammissibilità dei vincoli di destinazione di cui al nuovo art. 2645-ter c.c.: in questa sede la meritevolezza non può che coincidere con il perseguimento di interessi superindividuali, dal momento che legittima vere e proprie operazioni di conformazione negoziale della proprietà privata. Prima di questa novella, il requisito della meritevolezza era contemplato dal solo art. 1322, comma secondo, c.c., ai fini del vaglio di ammissibilità dei contratti atipici. In questa sede è stato tradizionalmente interpretato come mera "non illiceità". Il presente contributo si propone di riprendere il tradizionale dibattito dottrinale e giurisprudenziale su oggetto e contenuto del vaglio di meritevolezza per aggiornarlo in considerazione dei recenti sviluppi normativi: in particolare, si vuole tentare una ricostruzione sistematica unitaria della clausola della meritevolezza alla luce del principio ecologico, proponendo una reductio ad unum capace di tenere insieme le pur differenti declinazioni che tale clausola assume nella conformazione della proprietà (art. 2645-ter c.c.) e nel vaglio di ammissibilità dei contratti atipici (1322, secondo comma, c.c).

PALABRAS CLAVE: Meritevolezza; contratti atipici; vincoli di destinazione; autonomia privata; principio ecologico.

ABSTRACT: *The clause according to which the interest pursued by the parties needs to be worthy of protection by the legal system has recently been re-proposed by the legislator as a filter for the admissibility of the proprietary lien stipulated under the new art. 2645-ter of the Italian Civil Code. Here, the notion of "interest worthy of protection" necessarily implies a collective interest, since it allows the parties to shape property rights. Before the enactment of this disposition, this requirement was provided for only by art. 1322, second paragraph, of the Italian Civil Code, related to the admissibility of atypical contracts. Here, the clause has traditionally been interpreted as requiring the "lawfulness" of the contract. This paper aims at resuming the traditional debate of both scholars and the case-law on the topic and to update it to its recent developments. In particular, it attempts at finding a unitary reconstruction of the clause, in the light of the ecological principle, without denying its different declinations within articles 1322, second paragraph, and 2645-ter of the Italian Civil Code, given the very different scope of the operations governed by these two articles (admissibility of atypical contracts and conformation of property rights).*

KEY WORDS: *Interest worthy of protection; atypical contracts; conformation of property; parties' autonomy; ecological principle.*

SUMARIO.- I. INTRODUZIONE.- II. LA MERITEVOLEZZA DELL'INTERESSE NEI VINCOLI DI DESTINAZIONE EX ART. 2645-TER C.C.- III. IL VAGLIO DI MERITEVOLEZZA DEI CONTRATTI EX ART. 1322, SECONDO COMMA, C.C.- IV. CONCLUSIONI.

I. INTRODUZIONE[1].

Il dibattito intorno alla meritevolezza dell'interesse di cui al secondo comma dell'art. 1322 c.c. rappresenta forse uno dei più ricchi della dottrina italiana.

La disposizione prevede che le parti possano concludere contratti anche al di fuori dei tipi previsti dal legislatore, purché essi "siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico". Essa dunque declina e fonda, nel sistema privatistico italiano, una delle principali categorie ordinanti del diritto civile continentale: l'autonomia contrattuale. Proprio per questo, la meritevolezza dell'interesse ha rappresentato il terreno di scontro tra le differenti sensibilità culturali che hanno animato e tutt'ora animano la discussione tra i formanti (e all'interno di essi). Al contempo, la sua interpretazione ha riflettuto ed è destinata a riflettere le mutevoli esigenze promananti dal contesto storico-sociale nel quale essa opera.

Con un certo grado di approssimazione si può affermare che, come ampiamente noto, l'impostazione oggi maggioritaria ha infine accolto l'opzione avallata dall'ala liberale della dottrina, che tende a far coincidere il requisito della meritevolezza con quello della liceità.

Su questa interpretazione parrebbe oggi essersi assestata non solo la dottrina, ma – soprattutto, al netto di alcuni recenti ripensamenti – la giurisprudenza, secondo un modulo che ha di fatto depotenziato la portata operazionale della clausola, la cui funzione finisce per sovrapporsi al vaglio sulla liceità degli elementi del contratto, in primo luogo della causa.

Occorre tuttavia chiedersi se questa impostazione non meriti di essere nuovamente sottoposta a scrutinio critico, alla luce di recenti elementi nel

1 Il contributo costituisce il risultato della comune riflessione degli autori. Si attribuiscono, tuttavia, ad Antonio Vercellone i paragrafi 1, 2 e 4 e ad Andrea Coucourde il paragrafo 3.

• Andrea Coucourde
Dottorando di Ricerca in Diritti e Istituzioni - Università di Torino. andrea.coucourde@unito.it.

• Antonio Vercellone
Ricercatore in Diritto Privato – Università di Torino. antonio.vercellone@unito.it.

frattempo emersi nel sistema. Questi riflettono e cristallizzano, nel dato positivo, esigenze di tutela nuove, le quali invitano a riconsiderare l'interpretazione maggioritaria dell'art. 1322, secondo comma, c.c., anche con riferimento alla sua tenuta più propriamente dogmatica.

Il riferimento, in particolar modo, è all'art. 2645-ter c.c., introdotto dal legislatore nel 2005, norma che consente ai privati di trascrivere atti pubblici costitutivi di vincoli di destinazione su beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri, con l'effetto di rendere il vincolo opponibile ai terzi, purché questo sia sorretto da un interesse meritevole di tutela "ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, c.c.".

In particolare, la norma prevede che: "Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo".

Il rinvio espresso all'art. 1322 c.c. operato dall'art. 2645-ter c.c. pone non indifferenti problemi interpretativi. Ben diverso è, invero, il ruolo che tale criterio è chiamato a svolgere in seno alle due norme. Se, nella prima, esso sovrintende a un'operazione negoziale destinata a produrre i suoi effetti esclusivamente inter partes (il contratto), nella seconda, la meritevolezza è chiamata governare un atto in grado di produrre effetti erga omnes, atto che, in ultima analisi, configura a una vera e propria forma di conformazione negoziale della proprietà.

Proprio per questo, la dottrina maggioritaria, sebbene con differenti accenti, solitamente ritiene che la meritevolezza di cui discorre l'art. 2645-ter c.c. rechi in realtà un quid pluris rispetto alla mera liceità. L'interesse alla base del vincolo deve infatti essere sufficientemente forte da poter giustificare la pregnanza degli effetti che l'atto è destinato a produrre.

Dall'impossibilità di trasporre l'interpretazione dominante della meritevolezza ex art. 1322 c.c. nell'alveo di operatività dell'art. 2645-ter c.c. si è così tratta la conclusione della sostanziale coesistenza di due diverse meritevolezze, l'una "contrattuale" e l'altra "conformativa", finendo in tal modo per obliterare il rinvio espresso contenuto nell'art. 2645-ter c.c., oggi implicitamente derubricato a mero errore del legislatore.

Occorre tuttavia chiedersi se una differente opzione sia tuttavia percorribile e cioè se, al netto della differente funzione che il requisito della meritevolezza è chiamato a svolgere nelle due norme, esso non possa ricondursi a una matrice unitaria, capace di specificarsi, a seconda dei casi, in due diverse regole operazionali, secondo il modulo proprio delle clausole generali.

A una prima elaborazione di questa ipotesi sono dedicate le riflessioni che seguono.

II. LA MERITEVOLEZZA DELL'INTERESSE NEI VINCOLI DI DESTINAZIONE EX ART. 2645-TER C.C.

La ricerca di una matrice comune tra "meritevolezza contrattuale" e "meritevolezza conformativa" impone, in primo luogo, di impostare qualche breve cenno sul contenuto della meritevolezza ex art. 2645-ter c.c., e ciò al fine di vagliarne adeguatamente i contorni.

Su ciò si registrano, in dottrina, posizioni differenti.

Una prima tesi, oggi minoritaria, ritiene che il rinvio operato dalla norma imponga di interpretare la meritevolezza ex art. 2645-ter c.c. alla stregua di mera clausola di liceità, secondo l'esegesi maggiormente invalsa dell'art. 1322 c.c., posto che, nonostante la differenza di effetti tra contratto e atto di destinazione, una diversa impostazione condurrebbe a una interpretatio abrogans del rinvio operato dal legislatore[2].

Questa interpretazione non è tuttavia condivisibile, e questo non solo poiché, come si vedrà a breve, per "salvare" il rinvio si spazzerebbe via la differenza tra conformazione negoziale della proprietà e privity of contract, con la conseguenza che si finirebbe paradossalmente per abrogare (sempre per via ermeneutica) tutte le norme che, di tale distinzione, costituiscono specificazione e corollario. Soprattutto, tale interpretazione si fonda su un presupposto logico viziato. In particolare, quando una norma successiva richiama una nozione contenuta in una norma precedente, ma l'interpretazione che di tale nozione si è storicamente data appare con essa incompatibile, ciò che va fatto è sottoporre a revisione critica l'interpretazione storica, non forzarne il "trasloco" dall'una all'altra norma.

In modo più condivisibile, la dottrina maggioritaria, come si è avuto modo di accennare, ritiene che la meritevolezza di cui discorre l'art. 2645-ter c.c. non possa corrispondere a quella mera "liceità" che solitamente si legge dietro all'art. 1322,

2 *Vid.* Russo, E.: "L'art. 2645-ter c.c.: il negozio di destinazione di beni immobili o mobili registrati", in AA.VV., *Le nuove forme di organizzazione del patrimonio* (a cura di G. Doria), Giappichelli, Torino, 2010; *vid.* anche Bianca, M.: "Vincoli di destinazione del patrimonio" (voce), *Enciclopedia giuridica italiana*, XXII, p. 13.

secondo comma, c.c., ma che essa, alla luce degli effetti dell'atto di destinazione e dei sacrifici che questi determinano rispetto ad altri rilevanti interessi tutelati dal sistema, debba sovrintendere a un vaglio ben più pregnante[3].

In primo luogo, va infatti detto che il vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c. determina un sacrificio degli interessi del ceto creditizio[4], posto che, come si è visto, la norma prescrive che i beni vincolati e i relativi frutti possano costituire oggetto di esecuzione solo per i debiti contratti per lo scopo di destinazione.

Inoltre, esso comporta una compressione del principio di libera circolazione dei beni, e ciò sia sotto il profilo della necessità che i beni circolino liberi da pesi che possano limitare le facoltà d'uso dei successivi titolari, sia sotto quello, non meno importante, della loro libera alienabilità. Invero, giusto il disposto della norma, il vincolo di destinazione è opponibile ai terzi. Esso segue il bene presso tutti i successivi titolari, i quali saranno tenuti a rispettare l'uso a cui questo viene destinato attraverso la costituzione del vincolo. Allo stesso modo, è ben possibile che al vincolo di destinazione acceda in modo consustanziale un limite e/o un divieto all'alienazione. Si tratta di quei casi in cui la destinazione non potrebbe essere perseguita se non ponendo dei limiti ai poteri dispositivi del titolare del diritto, secondo uno schema per cui la violazione dei limiti dispositivi si tradurrebbe necessariamente nella violazione dello scopo impresso sul bene. In questi casi, come si è avuto modo di argomentare più compiutamente altrove, il divieto (assoluto o relativo) di alienazione viene sottratto alla disciplina dell'art. 1379 c.c., ed è opponibile al terzo che abbia acquistato in sua violazione, secondo le forme rimediali tipiche della property rule[5].

Proprio alla luce della portata derogatoria che l'art. 2645-ter c.c. assume rispetto a principi e regole centrali nel sistema, è necessario che l'interesse meritevole che lo sorregge sia sufficientemente pregnante da contro-bilanciare il sacrificio che esso impone agli interessi (generali e individuali) che i principi e le regole che vengono derogate sono preordinate a proteggere e realizzare.

La meritevolezza, nell'art. 2645-ter c.c., gioca quindi il ruolo di criterio selettore di quegli atti che, poiché preordinati a perseguire interessi particolarmente pregnanti, possono produrre gli effetti previsti dalla norma, differenziadoli da

3 Per una ricostruzione del dibattito intorno a questa posizione si veda Morace Pinelli, A.: "Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche. Art. 2645 ter", in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, Zanichelli, Milano, 2017, pp. 113 ss., e bibliografia ivi indicata.

4 *Vid.* Benatti, F.: *Le forme della proprietà*, Giuffrè, Milano, 2010; sull'intreccio tra l'art. 2645-ter c.c. e la posizione dei creditori del disponente occorre vedere, in ottica rimediale, Gambaro, A.: *La proprietà*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 422 ss.

5 Sul punto sia consentito il rinvio a Vercellone, A.: "Sulla derogabilità dell'art. 1379 c.c. Pactum de non alienando e vincoli di destinazione immobiliare", *Notariato*, 2020, n. 2, pp. 155 ss.

quelli che, per quanto portatori di interessi senz'altro leciti, non soddisfano bisogni sufficientemente forti da giustificare la fuoriuscita dalla privity of contract.

Questa interpretazione si desume non solo dal raffronto con i principi generali dell'ordinamento, ricavabili, tra le altre, dalle disposizioni di cui agli artt. 1372, 1379, e 2740, secondo comma, c.c., ma è altresì confortata dal dato testuale della stessa norma di cui all'art. 2645-ter c.c.

Soprattutto, viene in rilievo il riferimento, operato dalla disposizione, alle persone con disabilità e alle pubbliche amministrazioni. Si tratta di un riferimento che, privo di effettivo potere discretivo rispetto all'individuazione dei potenziali soggetti beneficiari del vincolo (che possono essere qualsiasi persona fisica o giuridica), assume un significato solo ove lo consideri alla stregua di indice ermeneutico[6], il quale, a livello interpretativo, segnala la necessità che gli interessi meritevoli di tutela che sorreggono il vincolo debbano essere connotati, come nei casi individuati a titolo esemplificativo dalla disposizione, dal requisito della utilità sociale[7].

È questa, peraltro, un'impostazione che colloca il nostro ordinamento in una posizione di coerenza rispetto agli altri sistemi della western legal tradition e, in particolar modo, con quelli in cui l'esperienza in materia di destinazioni patrimoniali e trust appare più avanzata. Il bilanciamento tra interessi che il requisito della meritevolezza è chiamato a svolgere nel nostro ordinamento, finisce per costituire l'omologo funzionale di quel "test" di ragionevolezza e proporzionalità che, nel common law americano, viene attuato attraverso l'applicazione, ai vincoli di destinazione, della rule against perpetuities e della rule against unreasonable restraints on alienation. Queste regole richiedono infatti che gli interessi sottesi al vincolo siano prevalenti rispetto ai sacrifici che essi impongono alla libera circolazione dei beni e agli interessi dei creditori del disponente[8].

Si giunge così a una prima conclusione. Il vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c. deve essere sorretto da un interesse non solamente lecito, esso deve altresì rispondere a un requisito di utilità sociale ed essere dotato di una copertura costituzionale tale da controbilanciare i sacrifici giuridicamente rilevanti che gli effetti dell'atto sono destinati a produrre.

6 Valorizza il valore ermeneutico di questo richiamo Morace Pinelli, A.: "Trascrizione di atti di destinazione", cit., pp. 127 ss.

7 Secondo quello stesso metro che, non a caso, parte della dottrina, convincentemente ritiene applicabile anche alla fondazione: *vid*. De Giorgi, M.V.: *Le persone giuridiche in generale. Le associazioni riconosciute e le fondazioni*, in *Trattato di diritto privato* (diretto da P. Rescigno), UTET, Milano, 1999, pp. 453 ss.

8 Sul punto sia consentito il rinvio a Vercellone, A.: *Il Community Land Trust. Autonomia privata, conformazione della proprietà, distribuzione della rendita urbana*, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 129 ss.

Questa conclusione si proietta, come ovvio, anche sul profilo soggettivo dell'interesse che sorregge il vincolo. Poiché le ordinarie regole sull'autonomia contrattuale sono state costruite assumendo che le parti siano mosse da un interesse non solo lecito ma pure idiosincratico, un vincolo di destinazione che risponda a un interesse che, per quanto apprezzabile, sia esclusivamente riferibile ad una delle parti (secondo una dizione, non a caso, fatta propria dall'art. 1379 c.c.) non può ritenersi opponibile ai terzi. A tal fine il vincolo dovrà, pertanto, farsi carico anche di interessi ulteriori e, cioè, di bisogni superindividuali. Questa conclusione trova conferma nel fatto che l'art. 2645-ter c.c. estende a "qualsiasi interessato" la legittimazione ad agire per la realizzazione degli interessi sottesi al vincolo, ciò che, coerentemente a quanto avviene in altri luoghi dell'ordinamento (si pensi alla nullità del contratto), acquista un senso solo ove si assume che gli interessi azionabili abbiano carattere generale o, comunque, superindividuale.

D'altra parte, l'altruità dell'interesse è un dato strutturale della norma, la quale, come autorevolmente sostenuto in dottrina, configura una particolare ipotesi di proprietà nell'interesse altrui[9].

Tracciando una prima conclusione, occorre allora rilevare come l'interesse meritevole di tutela di cui discorre l'art. 2645-ter c.c. si configuri come un interesse superindividuale, costituzionalmente forte, di volta in volta in grado, secondo un giudizio di bilanciamento, di prevalere sugli interessi che, nel caso concreto, il vincolo, alla luce dei suoi effetti, sacrifica.

Ciò è peraltro coerente col fatto che, in ultima analisi, l'art. 2645-ter c.c. configura uno strumento di conformazione della proprietà e, in particolare, il principale meccanismo attraverso cui l'ordinamento attribuisce all'autonomia privata un potere conformativo delle situazioni di appartenenza[10]. Esso va dunque correttamente letto quale norma di attuazione dell'art. 42, secondo comma, Cost., consentendo ai privati di attuare quegli "altri modi di possedere"[11] che costituiscono diretta specificazione della funzione sociale della proprietà[12].

9 *Vid*. Gambaro, A.: "Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui", *Trusts e attività fiduciarie*, 2007, n. 2, pp. 170 ss.

10 In generale, sulla conformazione negoziale della proprietà occorre vedere Mezzanotte, F.: *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza:* numerus clausus*, autonomia privata* e *diritti sui beni*, Jovene, Napoli, 2015.

11 Il riferimento è, chiaramente, a Grossi, P.: *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Giuffrè, Milano, 1977.

12 Sulla funzione sociale della proprietà, nella prospettiva ermeneutica qui implicitamente adottata, *vid*. Mattei, U.: *La proprietà,* in *Trattato di diritto civile* (diretto da R. Sacco), UTET, Milano, 2015, pp. 109 ss., nonché, secondo un'ottica particolarmente rilevante ai nostri fini, Patti, S.: "La funzione sociale nella 'civilistica italiana' dell'ultimo secolo", *Rivista critica del diritto privato*, 2016, n. 2, pp. 177 ss. Valorizza il nesso tra funzione sociale della proprietà e art. 2645-ter c.c. Morace Pinelli, A.: "Trascrizione di atti di destinazione", cit., pp. 202 ss.

In altre parole, poiché l'art. 2645-ter c.c. rappresenta il presupposto normativo di un'operazione conformativa, gli atti da questo previsti in tanto possono ritenersi legittimi in quanto si possa dimostrare che, nel caso concreto, essi permettono di perseguire interessi costituzionalmente forti meglio di quanto possa fare l'autonoma interazione delle sfere proprietarie (i.e. il mercato). La norma è così preposta a consentire all'autonomia privata di costruire nuove forme di appartenenza, in grado indirizzare le utilità prodotte dai beni (non nella sola direzione dell'accumulazione nelle mani del proprietario) ma verso la soddisfazione di bisogni costituzionalmente tutelati, secondo le forme proprie della c.d. "proprietà generativa"[13].

È questo il vaglio di legittimità che il sistema affida a quella che possiamo definire "meritevolezza conformativa", vaglio che reca pertanto una portata ben differente rispetto a quello richiesto per i contratti atipici.

L'introduzione nel nostro sistema dell'art. 2645-ter c.c. conferma così l'esistenza di due circuiti di conformazione della proprietà: uno pubblicistico, l'altro privatistico. Entrambi sono agganciati ai medesimi presupposti di legittimità, cristallizzati nella formula della funzione sociale. Ciò che li distingue sono i circuiti a cui l'accertamento di tali presupposti è affidato. Se, per gli atti adottati dal potere pubblico, il parametro di legittimità è direttamente l'art. 42, secondo comma, della Costituzione e il soggetto a cui è affidato l'accertamento è il giudice costituzionale, l'accertamento della legittimità degli atti conformativi di matrice privatistica passa dal requisito della meritevolezza di cui all'art. 2645-ter c.c. (che dell'art. 42 Cost. rappresenta diretta attuazione), ed è affidato ex ante al notaio e, ex post, al giudice ordinario[14]. Questi, verificando la meritevolezza dell'interesse nelle forme che si sono vedute, sono chiamati a dichiarare l'efficacia reale dell'atto di autonomia (e ad avallarne pertanto la portata conformativa) ovvero, in caso di accertamento negativo, a circoscriverne gli effetti esclusivamente inter partes, negando che esso abbia natura proprietaria.

III. IL VAGLIO DI MERITEVOLEZZA DEI CONTRATTI EX ART. 1322, SECONDO COMMA, C.C.

Così individuati contorni e portata della meritevolezza di cui all'art. 2645-ter c.c., occorre ora passare al vaglio il contenuto che tale requisito assume quando declinato nella norma che ne rappresenta l'architrave, norma che, peraltro,

13 Secondo la celebre nozione elaborata da Kelly, M.: *Owning Our Future, The Emerging Ownership Revolution*, Berrett-Koehler, San Francisco, 2012; per un'introduzione *vid*. Angiolini, C.: "Alcune riflessioni sul pensiero di Marjorie Kelly: la proprietà estrattiva e generativa", *Politica del diritto*, 2014, n. 2, pp. 319 ss.

14 In prospettiva critica rispetto a questa impostazione, in particolare con riferimento al ruolo esercitato dal notaio, si vedano tuttavia le riflessioni condotte da De Martinis, P.: "Gli interessi meritevoli di tutela e l'art. 2645-ter cod. civ.", *Juscivile*, 2021, n. 4.

ha costituito il perno intorno al quale il dibattito sula meritevolezza si è quasi integralmente svolto: l'art. 1322, secondo comma, c.c.

Come anticipato, tale dibattito è sterminato e ha visto (e tutt'ora vede) dialogare tra loro sia le Corti[15] sia alcuni tra i più autorevoli Maestri della civilistica italiana[16]. Proprio per questo, in questa sede, senza pretesa di esaustività, ci si limiterà a indicarne alcuni degli esiti più noti, e ciò al fine di porre tali esiti in dialogo con la proposta ricostruttiva che si è avanzata in merito all'interpretazione dell'art. 2645-ter c.c.

Le posizioni avanzate sul significato della meritevolezza possono essere raggruppate in tre macro categorie. Da un lato vi sono coloro che negano apertamente l'autonomia concettuale della clausola, riconducendola ad altri elementi presenti nel sistema. Dall'altro vi è chi, tentando di individuarne un significato autonomo, è stato comunque accusato di proporre soluzioni interpretative che finiscono per determinare una sovrapposizione tra meritevolezza e altre categorie. Una terza posizione accomuna, infine, coloro che finiscono per attribuire alla meritevolezza un significato autenticamente autonomo.

Nell'alveo della prima categoria è particolarmente rilevante la (già richiamata) tesi che riconduce il concetto di meritevolezza a quello di liceità, facendo così confluire il vaglio sulla meritevolezza degli interessi nei contratti atipici in quello sulla liceità del contratto in generale (artt. 1343-1346 e 1418 c.c.). Si tratta di una tesi che ha riscosso ampio consenso e che, come si è avuto già modo di rilevare, risulta oggi ampiamente prevalente in dottrina[17] e in giurisprudenza [18].

15 Si pensi, emblematicamente, alle recenti pronunce della Suprema Corte riconducibili alla saga delle clausole "claims made" nei contratti assicurativi: da Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, alle sentenze "gemelle" 28 aprile 2017, n. 10506, e 28 aprile 2017, n. 10509, sino a Cass., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437.

16 Sono numerose le opere ricostruttive del dibattito in questione: per un riepilogo delle posizioni particolarmente dettagliato ed in ordine cronologico *vid*. Guarneri, A: "Meritevolezza dell'interesse (I. agg.)", *Digesto*, 2018, pp. 341 ss.; per una rassegna invece più sintetica *vid*. Clarizia, R.: "Contratti innominati" (voce), *Enciclopedia giuridica Treccani*, pp. 6-7.

17 Senza pretesa di completezza si citano alcuni degli autori, spesso invero autorevoli, attestati su questa posizione: Cicala, R: "Produttività, solidarietà e autonomia privata", *Rivista di diritto civile*, 1972, n. 2; Ferri, G.B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966; Ferri, L.: *L'autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1959; Gorla, G.: *Il contratto: problemi generali trattati con il metodo comparativo e casistico. Volume 1: lineamenti generali*, Giuffrè, Milano, 1954; Guarneri, A: "Meritevolezza dell'interesse", cit.; Mengoni, L.: "Forma giuridica e materia economica", in *Studi in onore di Alberto Asquini* (coord. di A. Petitti), n. 3, CEDAM, Padova, 1965; Minervini, G.: "Contro la "funzionalizzazione" dell'impresa privata", *Rivista di diritto civile*, 1958, n. 1; Pietrobon, V.: *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, CEDAM, Padova, 1963; Roppo, V: *Il contratto*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, Milano, 2011 (2° ed.); Stolfi, G: "Luci ed ombre nell'interpretazione della legge", *Jus*, 1975, p. 145, ha persino prospettato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 1322, c. 2 c.c.- ritenuta tuttavia manifestamente infondata da Cass., 3 luglio 1975, n. 2578 – per il caso di sua interpretazione nel senso di un'autonomia concettuale della meritevolezza rispetto alla liceità: in tal modo, sostiene l'Autore, il contratto stipulato con controparte nazionale riceverebbe un trattamento ingiustamente deteriore rispetto a quello stipulato con controparte straniera, dal momento che per i rapporti privatistici transfrontalieri vige il solo limite della liceità *ex* art. 31 prel. (la norma è stata abrogata dalla l. 31 maggio 1995, n. 218, la quale ha come noto consacrato a canone di ammissibilità l'ordine pubblico internazionale).

18 Si fa riferimento al periodo che va dall'entrata in vigore del codice civile sino al primo decennio circa del nuovo millennio: *vid*. ex multis Cass., 20 aprile 1943, n. 937; Cass., 6 giugno 1967, n. 1248; Cass., 13

Tale tesi è stata nondimeno sottoposta a diverse critiche.

Una prima obiezione è di natura metodologica. Dal momento che il vaglio di liceità è previsto per il contratto in generale – e dunque per tutti i contratti, tipici o atipici che siano – sarebbe del tutto inutile un'apposita richiesta di liceità (riformulata in meritevolezza) per i soli contratti atipici: l'interpretatio che si propone sarebbe dunque abrogans[19].

Ora, è noto che l'esito abrogante di un percorso interpretativo non sia normalmente ammesso. Vi è tuttavia un caso in cui un'interpretazione apparentemente abrogans in realtà non lo è ed anzi risulta ammissibile. È quello in cui la disposizione sia dettata dal legislatore ad abundantiam, cioè per ribadire o declinare – anche se non in modo indispensabile – l'applicabilità, al contesto dato, di principi o regole generali. In effetti, una simile argomentazione è stata talora spesa per giustificare la tesi della riconduzione della meritevolezza alla liceità: il legislatore avrebbe cioè voluto chiarire preliminarmente che anche i contratti atipici devono rispettare norme imperative[20], ordine pubblico e buon costume, secondo quanto già prescritto per il contratto in generale.

Al netto di una certa dissonanza tra questa interpretazione e l'intenzione del legislatore storico[21], una prima critica avanzata a questa impostazione si fonda già sul dato letterale, specialmente ove si raffronta l'art. 1322 c.c. con la disciplina in tema di illiceità. Quest'ultima è declinata in termini di "contrarietà" a norme imperative, ordine pubblico e buon costume, mentre la prima in termini di "direzione a realizzare" interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico: si tratta, in altre parole, rispettivamente di un limite negativo e di un

maggio 1980, n. 3142; Cass., 6 febbraio 2004, n. 2288. Vanno comunque fatte salve alcune eccezioni: la giurisprudenza ha talora tentato di dotare la meritevolezza di un significato concettuale autonomo, con esiti raramente effettivi (v. ad es. nella giurisprudenza di merito App. Napoli, 24 gennaio 1945 ed in quella di legittimità Cass. 5 luglio 1971, n. 2091) e molto più spesso no. Il complessivo atteggiamento dei giudici nei confronti della meritevolezza viene spiegato da Guarneri con la breve durata del regime dopo l'introduzione del nuovo codice, che avrebbe impedito l'applicazione dell'art. 1322, c. 2 secondo le direttive politiche da cui era scaturito: *vid*. Guarneri, A: "Meritevolezza dell'interesse", cit., p. 349.

19 Ammette che si tratta di una lettura abrogativa, nell'abbracciarla, Guarneri, A: "Meritevolezza dell'interesse", cit., p. 353.

20 Secondo Sacco l'utilità della norma si esprime soprattutto in relazione alle norme imperative, che il più delle volte sono confezionate come divieti per specifici contratti tipici. L'Autore ammette che il medesimo compito può essere svolto dall'art. 1344 c.c. sul contratto in frode alla legge, ma sostiene che il sistema ne guadagna comunque in termini di chiarezza: *vid*. Sacco, R., De Nova, G.: *Il contratto,* UTET, Milano, 2016 (4° ed.), pp. 874-875.

21 Espressa nella Relazione del Guardasigilli al codice civile in termini di conformazione assai marcata (almeno sul piano declamatorio) dell'autonomia privata nella direzione dell'interesse collettivo. Simili affermazioni, come noto, riecheggiano nell'opera di Betti, E: *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato Vassalli*, UTET, Torino, 1943.

limite positivo[22], logicamente non sovrapponibili[23]. Come efficacemente osservato in dottrina, il vaglio di meritevolezza operato dall'interprete espone il contratto a risultati analoghi a quelli che, in relazione ad una norma di legge, può determinare una sentenza di accoglimento o di rigetto della Corte costituzionale[24]. Lo stesso può dirsi, a ben vedere, per il vaglio di liceità. La differenza tra le due ipotesi può individuarsi – proseguendo nel parallelismo – nella natura delle norme-parametro, che nel secondo caso si limitano a fissare divieti, mentre nel primo individuano veri e propri obiettivi che il legislatore è tenuto a perseguire (secondo lo schema proprio della riserva di legge rinforzate nel contenuto).

Tali considerazioni disvelano l'elemento centrale e divisivo che ha alimentato e alimenta il dibattito sulla meritevolezza: la volontà, o meno, di attribuire all'art. 1322 c.c. la funzione di perno per un penetrante controllo giurisdizionale sull'esercizio dell'autonomia contrattuale.

I sostenitori della tesi della liceità hanno in effetti denunciato, in modo anche deciso[25], i pericoli insiti a un simile controllo (specie se fondato su interpretazioni "politiche" della meritevolezza)[26]. Più spesso hanno sostenuto la sua radicale incompatibilità con l'odierno assetto dei valori costituzionali e sovranazionali, specie con la loro declinazione economica nella libertà di mercato concorrenziale[27].

Va detto, tuttavia, che questa preoccupazione può essere almeno in parte fugata dalla constatazione per cui l'applicazione giurisdizionale delle clausole generali, tra le quali, come si ribadirà meglio in seguito, figura senz'altro anche la clausola di meritevolezza, deve essere pur sempre ancorata ai principi dell'ordinamento, primi tra tutti i principi costituzionali. Occorre altresì ricordare che l'autonomia contrattuale – secondo un'impostazione fatta propria dalla

22 In tal senso *vid*. Cataudella, A: *I contratti. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2014 (4° ed.), p. 234, ma già anche Bianca, M: "Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi", *Rivista di diritto civile*, 2011, n. 6, p. 792.

23 Né sposta il ragionamento il fatto che entrambi i giudizi hanno lo stesso parametro di riferimento, che è quello costituzionale e sovranazionale, come sottolinea Pennasilico, M: "Dal "controllo" alla "conformazione" dei contratti: itinerari della meritevolezza", *Contratto e Impresa*, 2020, n. 2, p. 844.

24 Il paragone è formulato da Cipriani, N: "Buona fede e interpretazione", in AA.VV.: *Princìpi, clausole generali, argomentazione* e *fonti del diritto* (coord. di F. Ricci), Giuffrè, Milano, 2018, pp. 413-414. L'A. non si preoccupa di sviluppare oltre il ragionamento, ai fini della distinzione tra meritevolezza e liceità, poiché ha già raggiunto lo scopo prefissatosi di differenziare la prima dalla buona fede interpretativa: l'operare di quest'ultima è paragonabile agli effetti delle sentenze interpretative o di quelle additive.

25 Di "norma con significati ripugnanti al sistema", se interpretata in modo diverso dalla mera riconduzione alla liceità, parla Roppo, V: *Il contratto*, cit., p. 403.

26 In tal senso *vid*. Carusi, D: "La disciplina della causa", in AA. VV.: *I contratti in generale. Tomo primo* (coord. di E. Gabrielli), in *Trattato dei contratti Rescigno-Gabrielli*, UTET, Milano, 2006 (2° ed.), pp. 599-600.

27 In tal senso *vid*. ancora Carusi, D: "La disciplina della causa", cit., p. 601. Oltre all'art. 41 Cost., Cataudella richiama anche l'art. 118, c. 4, che nell'enunciare il principio di sussidiarietà orizzontale escluderebbe la possibilità di funzionalizzare l'autonomia privata: *vid*. Cataudella, A: *I contratti*, cit., pp. 11-14. Sottolinea, invece, come i limiti all'autonomia privata posti dalla Costituzione nell'interesse generale abbiano sempre natura negativa Di Marzio, F: *La nullità del contratto*, CEDAM, Padova, 2008 (2° ed.), p. 581. Parla più in generale di contrarietà al nostro sistema giuridico, che non è né dirigista né moralista, Roppo, V: *Il contratto*, cit., pp. 345-346.

stessa Corte Costituzionale[28] - non gode di copertura costituzionale autonoma, risultando solo indirettamente protetta di riflesso della tutela di altri interessi costituzionalmente rilevanti[29].

Anche sulla base di questi argomenti, parte della dottrina ha quindi tracciato il percorso per una lettura autonoma del requisito di meritevolezza, anche valorizzando la clausola quale medio di attuazione dei principi costituzionali nei rapporti interprivati, in un'ottica di drittwirkung.

In questo senso milita la tesi di Cesare Massimo Bianca, come noto antesignana di una rilettura del requisito della meritevolezza alla luce dell'art. 41, c. 2 Cost. Secondo l'Autore, la norma di cui all'art. 1322, secondo comma, c.c., imporrebbe all'autonomia negoziale di non porsi in contrasto con l'utilità sociale, cioè di non arrecare "danni sociali"[30].

In un'ottica in qualche modo simile si collocano anche quelle più recenti posizioni dottrinali intente a garantire un esercizio "sostenibile" o "ecologico" dell'autonomia privata, le quali traducono il requisito della meritevolezza nel divieto di stipulare contratti irrispettosi per l'ambiente, gli ecosistemi o le generazioni future[31].

Queste impostazioni sono state, tuttavia, accusate di fornire una nozione di meritevolezza solo apparentemente autonoma posto che, nel solco di una critica già sviluppata nei primi commenti alla Relazione al Re e ad alcune più recenti pronunce della Cassazione, esse finirebbero in realtà comunque per mascherare, dietro al requisito della meritevolezza, quello della liceità.

In tal senso, sembra ancora una volta cruciale la distinzione logica tra liceità/meritevolezza in termini di formulazione rispettivamente negativa/positiva del vaglio: ogniqualvolta si prospetta un giudizio in termini di "contrasto o meno" del contratto con un qualche valore, si sta inevitabilmente parlando di liceità (al più si potrà dibattere se quel valore assurga o meno a limite esterno dell'autonomia negoziale).

28 *Vid.* ex multis C. cost., 21 marzo 1969, n. 37, ma anche, nella giurisprudenza di legittimità, Cass., 19 giugno 2009, n. 14343.

29 Quali ad esempio la libertà d'iniziativa economica (art. 41 Cost.) e il diritto di proprietà (art. 42 Cost.), abitualmente citati, ma anche il diritto alla salute (art. 32 Cost.). In tal senso *vid.* Macario, F: "Autonomia privata (profili costituzionali)" (voce), *Enciclopedia del diritto. Annali VIII*, 2015, pp. 61 ss. A ben vedere tale argomento si presta ad essere usato tanto a sostegno di una tesi quanto dell'altra: i fautori della riconduzione alla liceità sosterranno che essendoci una tutela costituzionale, seppur indiretta, dell'autonomia privata, essa non può essere soggetta ad alcun controllo di carattere positivo; i sostenitori della sua autonomia concettuale, invece, sosterranno che simile controllo è possibile proprio perché non c'è diretta costituzionalizzazione dell'autonomia privata.

30 *Vid.* Bianca, C.M.: *Diritto civile. III. Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2019 (3° ed.), pp. 412-414.

31 *Vid.* Pennasilico, M: "Dal "controllo" alla "conformazione", cit., pp. 853 ss.

In termini di politica del diritto, occorre peraltro osservare come sembrerebbe strategicamente più promettente sussumere i valori ecologici nell'ambito del generale vaglio di liceità, posto che in tal modo si consentirebbe a tali valori di informare l'intera disciplina del contratto e non solo quella dei contratti atipici[32].

A critiche analoghe porgono il fianco quelle recenti proposte dottrinali secondo le quali andrebbero considerati immeritevoli i contratti stipulati in danno del terzo, ovvero con lesione della sua posizione di creditore, dei poteri dispositivi del credito o della libertà di decidere consapevolmente se concludere o meno un contratto[33].

Altra tesi identifica la meritevolezza nell'idoneità dello schema atipico elaborato dai privati ad assurgere – in caso di tipizzazione – a modello giuridico per la regolamentazione di interessi: sarebbero così immeritevoli i contratti inutili, espressivi della mancanza di una seria volontà giuridica delle parti[34]. Anche in questo caso pare che il vaglio di meritevolezza sia privato di autonomia concettuale rispetto ad altri controlli già previsti dall'ordinamento: il riferimento va soprattutto a quello sull'esistenza degli elementi essenziali del contratto (a partire dall'accordo stesso, fino a giungere alla causa) ovvero sull'esistenza del contratto stesso[35].

Proprio al controllo sulla sussistenza della causa sembrano invero riconducibili anche le restanti posizioni espresse in dottrina. Si fa complessivo riferimento a quelle impostazioni che, al di là delle differenze terminologiche, intendono fondare sull'art. 1322 secondo comma c.c. un controllo di giustizia contrattuale[36]. L'accento posto sulla "proporzione" o "ragione" delle prestazioni finisce infatti per ricondurre – come peraltro riconosciuto da un autorevole sostenitore di questa tesi[37] – il giudizio di (non) meritevolezza a quello d'insussistenza della causa, sempre intesa in concreto e come funzione economico-individuale del singolo scambio. Anche in questo caso, peraltro, occorre osservare come ciò limiterebbe il condivisibile vaglio di giustizia contrattuale ai soli contratti atipici.

32 Viene così meno l'esigenza di ottenere il medesimo risultato attraverso la diversa via dell'estensione dell'oggetto del vaglio di meritevolezza.

33 *Vid.* Di Marzio, F: *La nullità del contratto*, cit., pp. 588-589.

34 *Vid.* Gazzoni, F: "Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi", *Rivista di diritto civile*, 1978, n. 1, p. 99.

35 In tal senso la critica di Lener, G: "La meritevolezza degli interessi nella recente elaborazione giurisprudenziale", *Rivista di diritto civile*, 2020, n. 3., p. 621.

36 A titolo esemplificativo e, anche qui, senza pretesa di completezza, si riportano alcuni dei principali fautori di tale impostazione: Criscuolo, F: "Autonomia negoziale e autonomia contrattuale", in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato* (coord. di P. Perlingieri). *Sezione quarta: autonomia negoziale*, ESI, Napoli, 2008; Galgano, F: *Trattato di diritto civile. Volume secondo. Le obbligazioni in generale, il contratto in generale, i singoli contratti*, CEDAM, Padova, 2015 (3° ed.); Lanzillo, R.: "Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale", *Contratto e Impresa*, 1985; Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, ESI, Napoli, 1984.

37 *Vid.* Galgano, F: *Trattato di diritto civile*, cit., pp. 242 ss.

È infine il caso di considerare l'orientamento recentemente sviluppatosi nella giurisprudenza di legittimità, intento a derivare l'immeritevolezza, in linea generale, "dalla contrarietà (non del patto, ma) del risultato che il patto atipico intende perseguire con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati"[38]. Più specificamente, secondo questa impostazione, sarebbero individuabili tre separati effetti che, in alternativa tra loro, rivelerebbero l'invalidità per immeritevolezza del contratto che li produce.

Uno è quello di "attribuire ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato", un altro è quello di "porre una delle parti in indeterminata soggezione rispetto all'altra", il terzo è quello di "costringere una delle parti a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti" [39]. Come osservato in dottrina[40], tutte queste ipotesi sono a ben vedere riconducibili – specie se considerate nella declinazione concreta all'esame della Corte – a casi di assenza di causa[41] oppure di illiceità per contrasto con norme imperative[42] o con l'ordine pubblico[43]. Di nuovo, peraltro, viene in rilievo l'opportunità di estendere i suddetti controlli a tutti i contratti. Opportunità, quest'ultima, evidentemente sentita anche dalla Suprema Corte, come dimostra il complessivo sviluppo della giurisprudenza di legittimità sulle clausole c.d. claims made: il controllo sull'equilibrio dei relativi contratti assicurativi, in un primo momento fondato sul canone della meritevolezza[44], è poi proseguito sostanzialmente immutato anche dopo l'avvenuta tipizzazione, attraverso il richiamo al requisito della causa in concreto[45].

38 *Vid.* Cass., 28 aprile 2017, n. 10509.

39 ibid.

40 *Vid.* Lener, G: "La meritevolezza degli interessi", cit., p. 641. L'Autore offre anche una spiegazione per il recente recupero giurisprudenziale della meritevolezza: non è dovuto tanto all'impossibilità di reperire altri strumenti utili al controllo dell'autonomia privata (lo sono appunto causa e liceità), quanto piuttosto alla predilezione per l'uso di una categoria concettuale più elastica e duttile. *Vid.* anche Guarneri, A: "Meritevolezza dell'interesse", cit., pp. 350-351.

41 È ad esempio il noto caso dell'operazione negoziale complessa "4You" (v. Cass., 10 novembre 2015, n. 22950 e Cass., 30 settembre 2015, n. 19559): si tratta di un mutuo di scopo bancario rivolto all'acquisto, ad opera della stessa banca quale mandataria del cliente, di un prodotto finanziario riconducibile sempre alla medesima (peraltro assistito da garanzia pignoratizia). L'assenza di causa sta nell'evidente difetto di giustificazione oggettiva dello scambio di utilità, che è invero solo apparente.

42 Si riporta quale esempio un'altra operazione plurinegoziale, sottoposta all'esame di Cass., sez. un., 19 luglio 2012, n. 12454: il caso è quello di una compravendita finanziata da un mutuo di scopo, all'interno del quale è inserita una clausola che impone il pagamento delle rate anche in caso di mancata consegna del bene. Il contrasto è con l'art. 1375 c.c., dal momento che la clausola impone un'esecuzione in mala fede del contratto di mutuo.

43 Si pensi esemplificativamente al noto caso deciso da Cass., 19 giugno 2009, n. 14343: all'interno di un contratto di locazione si pattuisce il divieto per il conduttore di ospitare, in maniera non temporanea, persone estranee al suo nucleo familiare anagrafico. L'illiceità qui risiede nella violazione dei principi fondamentali desumibili dagli artt. 2, 3, 29 e 30 Cost.

44 *Vid.* le sentenze "gemelle" del 28 aprile 2017, nn. 10506 e 10509, nonché l'ordinanza di rimessione alle sez. un. del 19 gennaio 2018, n. 1465.

45 *Vid.* Cass., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437.

Una serie di ulteriori posizioni si sono così occupate di individuare nella meritevolezza un criterio autenticamente autonomo, non sovrapponibile ad altri elementi di vaglio già presenti nell'ordinamento.

In questa direzione si colloca quell'impostazione che identifica la meritevolezza con la c.d. "tipicità sociale" dello schema contrattuale atipico, ossia con il suo diffuso utilizzo da parte degli operatori privati. In dottrina la paternità della tesi è tradizionalmente attribuita a Emilio Betti[46]. Si tratta poi di una tesi più volte richiamata dalla giurisprudenza sebbene, come correttamente osservato, solo ad colorandum[47], per confermare la validità di contratti socialmente tipici.

La proposta in esame non è tuttavia andata esente dalle critiche di coloro che hanno sottolineato come, in realtà, la tipicità sociale non sia requisito né necessario né sufficiente ai fini dell'ammissibilità di un contratto atipico. Possono invero esservi contratti atipici predisposti una sola (o per la prima) volta eppure pienamente meritevoli, così come contratti estremamente diffusi nella prassi e nondimeno immeritevoli[48]. Peraltro, tale ragionamento vale non solo per i contratti socialmente tipici a livello interno, ma anche per quelli ampiamente diffusi nel panorama internazionale e magari disciplinati da ordinamenti stranieri: se è pur vero, sul piano empirico, che il giudice sarà portato a ritenerli validi[49], nulla esclude che tali schemi si rivelino invece difformi dai principi costituzionali e da quelli propri diritto europeo, e dunque invalidi[50].

Nella direzione dell'autonomia si colloca pure la posizione dottrinale volta a derivare la meritevolezza dalla "utilità sociale" del contratto atipico. Tale concetto è stato declinato in svariate maniere, tutte nondimeno accomunate dall'idea di fondo secondo la quale con l'esercizio dell'autonomia privata debbano essere perseguiti interessi collettivi (e non meramente individuali). Sono due le principali chiavi di lettura del concetto di utilità sociale, scandite a livello storico e distinte soprattutto per i parametri di riferimento.

La prima interpreta il concetto in esame in un'ottica economica produttivistica[51], per cui sarebbero meritevoli, a seconda delle diciture utilizzate, i contratti utili

46 *Vid*. Betti, E: *Teoria generale*, cit., p. 247, ove si sottolinea l'importanza del controllo della "coscienza sociale" sui contratti atipici, in relazione alla loro rispondenza ad un'esigenza pratica durevole.

47 Da Lener, G: "La meritevolezza degli interessi", cit., pp. 622-623. L'Autore intende dire che tale giurisprudenza non utilizza la meritevolezza per impostare un vero e rigoroso vaglio di ammissibilità dei contratti atipici.

48 *Vid*. Ferri, G.B.: *Causa* e *tipo,* cit., p. 224.

49 In tal senso l'osservazione di Galgano, F: *Trattato di diritto civile*, cit., pp. 245-246, che pure ricorda come l'art. 1322, c. 2 c.c. prescriva di valutare la meritevolezza degli interessi sulla base dell'ordinamento giuridico interno.

50 *Vid*. Pennasilico, M: "Dal "controllo" alla "conformazione", cit., p. 846.

51 È questa la posizione espressa – almeno a livello declamatorio, come si è già avuto modo di osservare – nella Relazione al codice civile. In dottrina possono citarsi, a titolo esemplificativo e senza pretesa di

all'economia nazionale, all'economia di piano, alla programmazione economica. Si è tuttavia rilevato come la potenzialità dirigistica della norma non è mai stata sfruttata ai fini della pianificazione economica[52] e che ormai anche quest'ultima strada (ammesso che sia mai stata davvero percorsa in precedenza) sia stata nei fatti abbandonata, con la netta prevalenza dell'ideale della libertà di mercato[53].

La seconda, invece, individua gli interessi superindividuali meritevoli di perseguimento all'interno del novero offerto dalla Costituzione[54]: sarebbero dunque meritevoli i contratti atipici volti, ad esempio, a perseguire la cura e lo sviluppo della persona umana, a proteggere l'ambiente, a svolgere funzioni pubbliche in chiave di sussidiarietà orizzontale.

Il principale difetto di tale impostazione, a parere di chi scrive, va oggi riscontrato sul piano sistematico complessivo, grazie alla lettura congiunta dell'art. 1322 c.c. con l'art. 2645-ter c.c. Anche alla luce di quanto già esposto nel corso presente contributo, occorre infatti rilevare come la tesi in esame pecchi "per eccesso" nel voler conformare indistintamente ogni ambito di esercizio dell'autonomia privata in chiave superindividuale. Così facendo, infatti, si finisce per equiparare indebitamente[55] la disciplina delle assai diverse operazioni negoziali sottese agli 1322 e 2645-ter c.c.[56]. Sarebbe infatti del tutto irragionevole sottoporre l'attività contrattuale in genere – la quale di regola dispiega effetti solamente relativi– al medesimo stringente requisito di validità di una fattispecie negoziale atipica dagli effetti particolarmente dirompenti: i vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c., i quali, come si è avuto modo di osservare, sono caratterizzati da efficacia erga omnes.

completezza, i seguenti nomi: Barcellona, P.: *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti giuridico-economici*, Giuffrè, Milano, 1969; Betti, E: *Teoria generale*, cit.; Cotturri, G.: "Intervento", in *Aspetti privatistici della programmazione economica: atti della tavola rotonda tenuta a Macerata nei giorni 22-24 maggio 1970*, Giuffrè, Milano, 1971; Lazzara, C.: "Intervento", in *Aspetti privatistici della programmazione economica: atti della tavola rotonda tenuta a Macerata nei giorni 22-24 maggio 1970*, Giuffrè, Milano, 1971; Lucarelli, F.: *Solidarietà e autonomia privata*, Jovene, Napoli, 1970.

52 Nonostante la "sponda" fornita con l'introduzione della Costituzione dal c. 3 dell'art. 41, che per l'appunto apre alla programmazione economica ed al controllo dell'attività economica anche privata per la realizzazione di fini sociali.

53 *Vid.* Cataudella, A: *I contratti*, cit., p. 236.

54 Si citano, ancora una volta a titolo esemplificativo e senza pretesa di completezza, i seguenti autori: Costanza, M: "Meritevolezza degli interessi", cit.; Laghi, P.: *L'incidenza dei diritti fondamentali sull'autonomia negoziale*, CEDAM, Assago, 2012; Lener, A.: "Ecologia, persone, solidarietà: un nuovo ruolo del diritto civile", in AA.VV.: *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona* (coord. di N. Lipari), Laterza, Bari, 1974; Nuzzo, M: *Utilità sociale e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1975; Pennasilico, M: "Dal "controllo" alla "conformazione"", cit.; Spagnuolo Vigorita, V.: *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico,* Jovene, Napoli, 1959; Urciuoli, M.A.: "Liceità della causa e meritevolezza dell'interesse nella prassi giurisprudenziale", *Rassegna di diritto civile*, 1985. Guarneri, A: "Meritevolezza dell'interesse", cit., pp. 344-345, individua l'origine di questo filone in quel momento di riscoperta delle clausole generali, in chiave di funzionalizzazione solidaristica dei rapporti interprivati, sviluppatosi in Italia tra gli anni '60 e '70 del secolo scorso.

55 *Rectius* irragionevolmente, anche ai fini dell'art. 3 Cost.: si tratterebbe infatti di un ingiustificato trattamento eguale di situazioni diseguali.

56 Già si è detto della preferibile interpretazione dell'art. 2645-ter c.c. nel senso della pretesa di una meritevolezza "qualificata" dalla natura superindividuale degli interessi perseguiti dal destinante.

Coglie, peraltro, nel segno la critica di chi ha osservato che funzionalizzare in chiave superindividuale l'intero mercato – e non solo una sua parte, il che sarebbe del tutto ammissibile – significherebbe, in sostanza negarlo[57].

IV. CONCLUSIONI.

Nel corso del presente contributo si è mostrato come la dottrina e giurisprudenza si siano attestate nell'individuare due differenti nozioni di meritevolezza, l'una in seno all'art. 1322 c.c., l'altra nell'ambito dell'art. 2645-ter c.c., e ciò nonostante il rinvio espresso operato da quest'ultima norma.

Con riferimento all'art. 1322, secondo comma, c.c., disposizione intorno alla quale il dibattito sulla meritevolezza si è tradizionalmente sviluppato, tale requisito viene tradizionalmente fatto coincidere con la liceità. Questa impostazione, come si è visto, è solitamente percepita come l'unica idonea da un lato a sgomberare il campo da un controllo giudiziale sull'autonomia privata ritenuto illiberale, dall'altro a fugare le antinomie proprie delle interpretazioni "autonomistiche" della meritevolezza che si sono passate in rassegna. Queste sono infatti accusate di finire, in ultima analisi, per impostare un vaglio che si risolve comunque in un controllo sulla liceità del contratto ovvero, nelle loro formulazioni più recenti, di giungere ad obliterare la distinzione tra contratto e conformazione della proprietà, secondo una linea argomentativa simmetrica a quella ripercorsa in sede di analisi dell'art. 2645-ter c.c.

Con riferimento a questa disposizione, si è infatti osservato come la meritevolezza, nei vincoli di destinazione, non possa invero essere intesa quale mera liceità, posta la pregnanza degli effetti che il relativo atto è in grado di produrre. La meritevolezza di cui all'art. 2645-ter c.c. è infatti "meritevolezza conformativa": in quanto tale essa reca un quid pluris rispetto alla liceità, richiedendo che l'interesse alla base del vincolo persegua un'utilità sociale di matrice superindividuale.

È tuttavia nostra opinione, al netto della differenza tra le operazioni che la meritevolezza è chiamata a governare nei contesti in esame, che un'interpretazione che tenti una reductio ad unum delle "due meritevolezze" sia non solo possibile, ma anche necessaria, posto che l'art. 2645-ter c.c. espressamente richiama l'art. 1322 c.c.

A nostro avviso, a tal fine occorre valorizzare gli approdi teorici sul meccanismo di funzionamento delle clausole generali, categoria alla quale va senz'altro

57 *Vid.* Barcellona, P.: *Diritto privato e società moderna,* Jovene, Napoli, 1996, p. 292.

ricondotta anche la clausola di meritevolezza[58]. Come ampiamente noto, le clausole generali si comportano quali elementi elastici del sistema, dotati di un nucleo duro di significato autonomo che si estrinseca nella forma del principio, ma che poi, nell'ordinamento, è in grado di specificarsi in regole operazionali anche tra loro differenti, a seconda del ruolo che la singola clausola è chiamata a svolgere nei differenti contesti in cui viene richiamata.

È nostra opinione che il nostro ordinamento conosca un'unica meritevolezza, clausola generale che si fa portavoce di un principio unitario, che si specifica in regole e test diversi a seconda che essa sia chiamata a presidiare la conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza ovvero funga da architrave all'esercizio autonomia contrattuale.

La ricerca del contenuto di tale principio deve necessariamente prendere le mosse, e può essere utilmente illuminata, dagli approdi maturati in seno all'esegesi dell'art. 2645-ter c.c., i quali tracciano la direzione per una ricerca in grado di rimettere in discussione, alla luce dei nuovi valori emergenti nel sistema, l'asserita corrispondenza tra meritevolezza e liceità nell'art. 1322 c.c.

In particolare, nel contesto dell'art. 2645-ter c.c., la meritevolezza si fa portavoce della necessità di costruire modelli di appartenenza generativi, modelli, cioè, in cui le utilità prodotte dai beni non vengono irragionevolmente accumulate quanto, piuttosto, redistribuite in funzioni di bisogni superindividuali. In questo senso, si può scorgere dietro la meritevolezza un principio che funge da argine all'accumulazione privatistica delle rendite ove questa si collochi nel solco di un eccessivo sfruttamento dei beni al solo scopo dell'accumulo estrattivo delle utilità, secondo una curvatura marcatamente ecologica. Si tratta di un'istanza che può essere generalizzata, e calata anche nell'ambito della teoria del contratto. In questo contesto la regola operazionale che la meritevolezza imposta è tuttavia differente.

Se, nella conformazione della proprietà, la meritevolezza richiede un accertamento forte, che si declina in quel giudizio di bilanciamento tra interessi a più riprese richiamato, nell'ambito del contratto atipico essa imposterà un vaglio differente, e meno pregnante. Proprio alla luce dei diversi effetti che l'autonomia contrattuale è destinata a produrre e alla funzione che essa svolge nell'ordinamento, è senz'altro meritevole un contratto che persegua interessi meramente idiosincratici e non superindividuali.

58 La letteratura sulle clausole generali è sterminata. Sul punto, un importante recente studio monografico è stato condotto da Velluzzi, V.: *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010. Nella dottrina civilistica, gli studi più celebri restano quelli di Mengoni, L.: "Spunti per una teoria delle clausole generali", *Rivista critica del diritto privato*, 1986, pp. 5 ss. e Rodotà, S.: "Il tempo delle clausole generali", *Rivista critica del diritto privato*, 1987, pp. 709 ss.

Anche in questo caso, tuttavia, la meritevolezza richiede che l'accordo non produca quale effetto la mera allocazione estrattiva delle utilità nascenti dallo scambio, vietando accordi meramente speculativi. Si tratta di un itinerario interpretativo tutto da costruire, soprattutto per ciò che concerne i contorni operazionali precisi della regola che esso propone con riferimento all'art. 1322 c.c.

Ci pare questo, però, un itinerario che indica la strada per una proposta che vale la pena di essere vagliata seriamente dalla dottrina, e che consentirebbe di coniugare le esigenze di coerenza dogmatica posti dalle due norme con i rilevanti interessi che l'evoluzione sociale, con particolare riferimento ai bisogni ecologici, pone sul tavolo del giurista, interessi i quali, come noto, godono di precisi referenti nella nostra Costituzione.

BIBLIOGRAFIA.

ANGIOLINI, C.: "Alcune riflessioni sul pensiero di Marjorie Kelly: la proprietà estrattiva e generativa", *Politica del diritto*, 2014, n. 2, pp. 319 ss.

BARCELLONA, P.: *Diritto privato e società moderna,* Jovene, Napoli, 1996.

BARCELLONA, P.: *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti giuridico-economici*, Giuffrè, Milano, 1969.

BENATTI, F.: *Le forme della proprietà*, Giuffrè, Milano, 2010.

BETTI, E: *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato Vassalli*, UTET, Torino, 1943.

BIANCA, C.M.: *Diritto civile. III. Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2019 (3° ed.).

BIANCA, M.: "Vincoli di destinazione del patrimonio" (voce), in *Enciclopedia giuridica italiana*, XXII, pp. 13 ss.

BIANCA, M: "Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi", *Rivista di diritto civile*, 2011, n. 6.

CARUSI, D: "La disciplina della causa", in AA. VV., *I contratti in generale. Tomo primo* (coord. di E. GABRIELLI), in *Trattato dei contratti Rescigno-Gabrielli*, UTET, Milano, 2006 (2° ed.).

CATAUDELLA, A: *I contratti. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2014 (4° ed.).

CICALA, R: "Produttività, solidarietà e autonomia privata", *Rivista di diritto civile*, 1972, n. 2.

CIPRIANI, N: "Buona fede e interpretazione", in AA.VV., *Princìpi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto* (coord. di F. RICCI), Giuffrè, Milano, 2018.

CLARIZIA, R.: "Contratti innominati" (voce), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, pp. 6-7.

COTTURRI, G.: "Intervento", in *Aspetti privatistici della programmazione economica: atti della tavola rotonda tenuta a Macerata nei giorni 22-24 maggio 1970*, Giuffrè, Milano, 1971.

Criscuolo, F: "Autonomia negoziale e autonomia contrattuale", in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato* (coord. da P. Perlingieri). *Sezione quarta: autonomia negoziale*, ESI, Napoli, 2008.

De Giorgi, M.V.: *Le persone giuridiche in generale. Le associazioni riconosciute e le fondazioni*, in *Trattato di diritto privato* (diretto da P. Rescigno), UTET, Milano, 1999.

De Martinis, P.: "Gli interessi meritevoli di tutela e l'art. 2645-ter cod. civ.", *Juscivile*, 2021, n. 4.

Di Marzio, F: *La nullità del contratto*, CEDAM, Padova, 2008 (2° ed.).

Ferri, G.B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966.

Ferri, L.: *L'autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1959.

Galgano, F: *Trattato di diritto civile. Volume secondo. Le obbligazioni in generale, il contratto in generale, i singoli contratti*, CEDAM, Padova, 2015 (3° ed.).

Gambaro, A.: *La proprietà*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, Milano, 2017.

Gambaro, A.: "Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui", *Trusts e attività fiduciarie*, 2007, n. 2, pp. 170 ss.

Gazzoni, F: "Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi", *Rivista di diritto civile*, 1978, n. 1.

Gorla, G.: *Il contratto: problemi generali trattati con il metodo comparativo e casistico. Volume 1: lineamenti generali*, Giuffrè, Milano, 1954.

Grossi, P.: *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Giuffrè, Milano, 1977.

Guarneri, A: "Meritevolezza dell'interesse (I. agg.)", *Digesto*, 2018, pp. 341 ss.

Kelly, M.: *Owning Our Future, The Emerging Ownership Revolution*, Berrett-Koehler, San Francisco, 2012.

Laghi, P.: *L'incidenza dei diritti fondamentali sull'autonomia negoziale*, CEDAM, Assago, 2012.

Lanzillo, R.: "Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale", *Contratto e Impresa*, 1985.

LAZZARA, C.: "Intervento", in *Aspetti privatistici della programmazione economica: atti della tavola rotonda tenuta a Macerata nei giorni 22-24 maggio 1970*, Giuffrè, Milano, 1971.

LENER, A.: "Ecologia, persone, solidarietà: un nuovo ruolo del diritto civile", in AA.VV.: *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona* (coord. di N. LIPARI), Laterza, Bari, 1974.

LENER, G: "La meritevolezza degli interessi nella recente elaborazione giurisprudenziale", *Rivista di diritto civile*, 2020, n. 3.

LUCARELLI, F.: *Solidarietà e autonomia privata,* Jovene, Napoli, 1970.

MACARIO, F: "Autonomia privata (profili costituzionali)" (voce), *Enciclopedia del diritto. Annali VIII*, 2015, pp. 61 ss.

MATTEI, U.: *La proprietà,* in *Trattato di diritto civile* (diretto da R. SACCO), UTET, Milano, 2015.

MENGONI, L.: "Spunti per una teoria delle clausole generali", *Rivista critica del diritto privato*, 1986, pp. 5 ss.

MENGONI, L.: "Forma giuridica e materia economica", in *Studi in onore di Alberto Asquini* (coord. di A. PETITTI), n. 3, CEDAM, Padova, 1965.

MEZZANOTTE, F.: *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza:* numerus clausus*, autonomia privata e diritti sui beni*, Jovene, Napoli, 2015.

MINERVINI, G.: "Contro la "funzionalizzazione" dell'impresa privata", *Rivista di diritto civile*, 1958, n. 1.

MORACE PINELLI, A.: "Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche. Art. 2645 ter", in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, Zanichelli, Milano, 2017, pp. 113 ss.

NUZZO, M: *Utilità sociale e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1975.

PATTI, S.: "La funzione sociale nella 'civilistica italiana' dell'ultimo secolo", *Rivista critica del diritto privato*, 2016, n. 2, pp. 177 ss.

PENNASILICO, M: "Dal "controllo" alla "conformazione" dei contratti: itinerari della meritevolezza", *Contratto e Impresa*, 2020, n. 2.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, ESI, Napoli, 1984.

Pietrobon, V.: *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, CEDAM, Padova, 1963.

Rodotà, S.: "Il tempo delle clausole generali", *Rivista critica del diritto privato*, 1987, pp. 709 ss.

Roppo, V: *Il contratto*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, Milano, 2011 (2° ed.).

Russo, E.: "L'art. 2645-ter c.c.: il negozio di destinazione di beni immobili o mobili registrati", in AA.VV., *Le nuove forme di organizzazione del patrimonio* (a cura di G. Doria), Giappichelli, Torino, 2010.

Sacco, R., De Nova, G: *Il contratto,* UTET, Milano, 2016 (4° ed.).

Spagnuolo Vigorita, V.: *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico,* Jovene, Napoli, 1959.

Stolfi, G: "Luci ed ombre nell'interpretazione della legge", *Jus*, 1975.

Urciuoli, M.A.: "Liceità della causa e meritevolezza dell'interesse nella prassi giurisprudenziale", *Rassegna di diritto civile*, 1985.

Velluzzi, V.: *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010.

Vercellone, A.: *Il Community Land Trust. Autonomia privata, conformazione della proprietà, distribuzione della rendita urbana*, Giuffrè, Milano, 2020.

Vercellone, A.: "Sulla derogabilità dell'art. 1379 c.c. Pactum de non alienando e vincoli di destinazione immobiliare", *Notariato*, 2020, n. 2, pp. 155 ss.

EL CONTRATO DE MEDIACIÓN DIGITAL EN EL MARCO DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA

THE DIGITAL MEDIATION CONTRACT IN THE FRAMEWORK OF THE COLLABORATIVE ECONOMY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 228-253

Facundo
MARTÍNEZ
MALLADA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Las plataformas intermediarias que actúan en el marco de la economía colaborativa despliegan una actividad esencial para la contratación de un servicio subyacente entre dos sujetos. Presentan interesantes aristas que hacen que se hayan surgido diversas posturas en cuanto a la naturaleza jurídica del servicio que prestan y al contrato que celebran con sus usuarios. En este trabajo presentamos estas corrientes de un modo sistemático y crítico, aportando nuestra punto de vista. A la vez, abordaremos algunas de las obligaciones típicas que asumen estos intermediarios, efectuando un tratamiento de ciertos asuntos que pueden presentarse como polémicos o conflictivos.

PALABRAS CLAVE: Economía colaborativa, plataforma, agencia, mediación o corretaje.

ABSTRACT: *Online intermediary platforms that act in the context of the collaborative economy display an essential activity for the contracting of an underlying service between two parties. It presents interesting characteristics that made different positions have been held regarding the legal nature of the service they provide and the kind of contract in question. In this paper we present these matters in a systematic way, contributing with our position. At the same time, we address some of the typical obligations assumed by these intermediaries, dealing with certain issues that may be presented as controversial or conflictive.*

KEY WORDS: *Collaborative economy, platform, agency, brokerage.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. NATURALEZA JURÍDICA DEL SERVICIO QUE PRESTAN LAS PLATAFORMAS COLABORATIVAS. 1. Devenir histórico de las plataformas digitales. 2. La actividad característica de intermediación. 3. Posturas doctrinarias. A) Contrato de agencia. B) Contrato de corretaje o mediación. C) Contrato de intermediación digital. III. ALGUNAS NOTAS CARACTERÍSTICAS. 1. La obligación principal ¿es de medios o de resultado? 2. La obligación de información. 3. Cláusulas abusivas que desnaturalizan el contrato. 4. ¿Puede exigirse a la plataforma la contratación de un seguro? IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

De modo preliminar, debemos poner de manifiesto que el sistema en el cual se inserta la figura que será materia de nuestro humilde análisis no sólo que carece de una denominación única, sino que también es objeto de una múltiple conceptualización, lo cual dificulta enormemente su abordaje. Dejando de lado estos debates, que constituyen una interesante trama para llenar las páginas de trabajos de una mayor envergadura, nos limitaremos a expresar que la economía colaborativa –que es el vocablo que mayor consolidación ha logrado a nivel doctrinario– se muestra como un fenómeno novedoso y cambiante, aún en proceso de estudio y regulación, por lo que no existe como categoría a nivel legal, sino que depende de la noción que cada autor o institución tenga para sí.

Como puede verse, existen distintas definiciones, las cuales se construyen a partir de la valoración en cuanto a los elementos esenciales y accidentales del sistema, siendo probablemente la más característica aquella que emana de la Comisión Europea en su Comunicación de 2016[1]. Por nuestra parte, concebimos a la economía colaborativa como un modelo abierto de producción y consumo que se despliega en un entorno de mercado multilateral, el cual diseña un esquema tripartito donde una plataforma en línea conecta, intermedia y facilita una relación subyacente entre sus usuarios, la cual consiste que la concesión del acceso temporal a un bien de uso privado infrautilizado o la prestación de un servicio por parte de un prestador no profesional y en favor del destinatario, pudiendo realizarse

1 Comisión Europea: Una Agenda Europea para la economía colaborativa, COM(2016) 356 final, de 2/6/16, p. 3: afirma que son "… modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares. La economía colaborativa implica a tres categorías de agentes i) prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias –pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional («pares») o prestadores de servicios que actúen a título profesional («prestadores de servicios profesionales»); ii) usuarios de dichos servicios; y iii) intermediarios que –a través de una plataforma en línea conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos («plataformas colaborativas»). Por lo general, las transacciones de la economía colaborativa no implican un cambio de propiedad y pueden realizarse con o sin ánimo de lucro".

• Facundo Martínez Mallada
Doctorando Universidad de Salamanca.
fmartinezmallada@usal.es.

a cambio de una remuneración, en un esquema de compartición de gastos o gratuitamente. Entre los elementos de la definición precedente, destaca la trilogía de sujetos que componen el modelo, la labor de intermediación de la plataforma –epicentro del presente trabajo–, el carácter de consumidor del prestador y el objeto de la vinculación yacente, que se integra exclusivamente del uso temporal de un bien o de la prestación de un servicio.

Por último, resulta menester referir que la economía colaborativa se encuentra inserta dentro de la economía digital, con la cual comparte una relación de género-especie. Más concretamente, y a los fines puramente didácticos, dividimos la economía digital en dos tipos: el inmediato y el intermediado y, a su vez, este último en economía digital intermediada y en economía colaborativa. Así, el modelo inmediato se compone de los prestadores directos de bienes y servicios que operan a través de medios telemáticos, como es el caso de tiendas en línea; la economía digital intermediada postula una trilogía subjetiva caracterizada por la intermediación de una plataforma digital; y la economía colaborativa se muestra como una subespecie de esta última cuyas peculiares características –referidas en el párrafo anterior– la hacen digna de un tratamiento diferenciado y favorecedor.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL SERVICIO QUE PRESTAN LAS PLATAFORMAS COLABORATIVAS

Las plataformas colaborativas, también llamadas digitales o electrónicas, representan el centro neurálgico de este novel modelo económico y el agente clave que permite el surgimiento de la relación yacente entre prestador y destinatario. Por tanto, resulta de gran importancia desentrañar la naturaleza jurídica del servicio que prestan, para luego esbozar algunas cuestiones puntuales relativas a su función. No es esta una faena sencilla, no sólo por la heterogeneidad de modelos de plataformas que existen, sino también debido a los cambios que estas han ido experimentando en su desarrollo. Estamos ante un contexto singular, en un estadio que podríamos denominar "germinal" en la materia, que precisa justamente de un minucioso análisis y desarrollo doctrinal que contribuyan al esclarecimiento de su esencia contractual[2].

1. Devenir histórico de las plataformas digitales

A fin de lograr una mejor comprensión, y siguiendo a destacados autores[3], expondremos una especie de devenir histórico de las plataformas, del sistema

2 Rodríguez Martínez, I.: "El servicio de mediación electrónica y las obligaciones de las plataformas de economía colaborativa", en *Revista de Derecho Mercantil*, 305, 2017, disponible en https://aranzadi.aranzadidigital.es, punto V.2.1.

3 Montero Pascual, J. J.: "El régimen jurídico de las plataformas colaborativas", en AA. VV.: *La regulación de la economía colaborativa: Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas*, (Dir. Montero Pascual, J. J.), Tirant

más simple al más complejo. En una primera instancia, estructuraron su negocio como un sitio de oferta y demanda, funcionando a partir de la creación de un perfil de usuario permitiendo, por un lado, la publicación del servicio ofrecido, con la posibilidad de añadir fotografías, descripciones y el precio; y, por el otro, la búsqueda y elección de la oferta más apropiada. Así funcionan plataformas como Idealista o Fotocasa –para el ámbito de bienes raíces– que constituyen versiones en línea de auténticas secciones de publicidad de la prensa en papel o tablones de anuncio. En rigor de verdad, no podemos calificar a este tipo de plataformas como colaborativas, en la medida en que su labor no es la de intermediación, pues la actividad exclusiva de la plataforma es la publicación de la información, sin intervenir en la fase de contratación[4].

En una segunda instancia del desarrollo, encontramos a los denominados "mercados electrónicos": plataformas que, además de exhibir ofertas, crean un entorno amigable para que ocurra la transacción. Así, categorizan las prestaciones ofrecidas, permiten la selección conforme a criterios de búsqueda, el pago electrónico, organizan sistemas de reputación y de resolución de conflictos, verifican la identidad de los usuarios, etc. Estas empresas tienen mayor participación en la transacción, brindando seguridad y generando confianza entre las partes. Podemos poner de ejemplo a la plataforma neerlandesa Peerby, dedicada a la mediación en el préstamo y alquiler de artículos entre particulares. Entendemos que aquí ya nos hallamos ante una plataforma colaborativa, por cuanto actúa efectivamente como intermediaria, sirviendo de nexo entre prestadores y destinatarios, pero sin exceder de ese marco imparcial e independiente, como veremos que suele ocurrir en el siguiente grupo.

Finalmente, los autores marcan como el último hito en el desarrollo de las plataformas aquellas que, además de las funciones descriptas en el párrafo anterior, se encargan de la casación de la oferta y la demanda, incluso en tiempo real. La hacen a través de la utilización de aplicaciones para dispositivos móviles que cuentan con GPS y que procesan algoritmos a tales fines, de modo que, ante un usuario con una necesidad determinada, lo contactan con un prestador que puede cumplirla, el cual tiene la particularidad de ser el mejor –o uno de los mejores– en esa circunstancia para hacerlo, al menos de acuerdo con el criterio de la empresa. Semejante emparejamiento se genera a partir del análisis de una enorme cantidad de datos obtenidos del perfil de usuario, de las preferencias y registros obtenidos del equipo desde el cual se accede y de los macrodatos ("big data"). Son los algoritmos matemáticos los que permiten combinar toda

lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 94-98; Rodríguez Martínez, I.: "El servicio..., cit., pp. 9-10; en cierto punto también Wiewiórowska-Domagalska, A.: "Online Platforms: How to Adapt Regulatory Framework to the Digital Age?", en European Parliament Briefing, Internal Market and Consumer Protection, 2017, p. 6.

4 Rodríguez Martínez, I.: "El servicio", cit., p. 9. En el mismo sentido, Montero Pascual, J. J.: "El régimen", cit., p. 95.

esta información y propiciar una eficiente intermediación entre prestador y destinatario que comienza con su puesta en contacto y que finaliza con la gestión del pago y la calificación cruzada. Encontramos aquí plataformas como BlaBlaCar o Airbnb, siendo aquellas que, por sus especiales características, se encuentran en una delgada línea entre la economía colaborativa y la economía digital directa, pues todo dependerá del grado de injerencia que tengan respecto de la relación subyacente, ya sea en el control de la prestación por parte del sujeto activo, como así también en la posibilidad de decisión por parte del destinatario[5].

2. La actividad característica de intermediación

Más allá del nivel de desarrollo en el que se encuentren, las plataformas colaborativas hacen de la prestación de un servicio de intermediación a través de medios digitales su actividad primordial y característica. De este modo, la obligación nuclear asumida por la plataforma consiste en encontrar una contraparte para las ofertas y demandas recibidas y, para ello, realiza todas aquellas actividades habituales de los mercados en línea que hemos referido más arriba tendientes a generar confianza entre los potenciales contratantes y que facilitan e impulsan la perfección de los contratos mediados[6]. Vale aclarar que el trabajo que despliega la plataforma consiste en la puesta en contacto de dos partes que tienen interés en la celebración de un contrato, pero no la de asumir en nombre propio las obligaciones que surgen de este.

Tal como adelantamos, el objeto de este trabajo consiste en analizar el contrato que vincula a la plataforma con ambos tipos de usuarios y, de modo general, puede decirse que se trata de uno de servicios a cambio de una remuneración, que tiene como finalidad la intermediación en la contratación del servicio subyacente, permitiendo así a los usuarios acceder a la plataforma y alojar sus ofertas y/o demandas[7]. Esta tarea característica de las plataformas ha sido puesta de resalto en la propia definición de economía colaborativa de la Comisión Europea[8], a la vez que ha conseguido destacarse a nivel jurisprudencial tanto en España[9] como a nivel europeo[10].

5 Comisión Europea: Una Agenda, cit., pp. 6-7: ofrece y expone como criterios clave para la diferenciación cuestiones vinculadas a quién fija el precio, los términos y condiciones y aporta los medios clave, todo en relación con el servicio que es objeto del servicio subyacente.

6 Grimaldos García, M. I.: "El contrato de intermediación entre las plataformas colaborativas y sus usuarios", en AA. VV., *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (Dirs. Alfonso Sánchez, Rosalía y Valero Torrijos, Julián), Aranzadi, 2017, disponible en https://aranzadi.aranzadidigital.es, p. 5.

7 Rodríguez Martínez, I.: "El servicio de mediación electrónica y las obligaciones de las plataformas de economía colaborativa", en AA. VV., *La regulación*, cit., p. 132.

8 V. nota al pie 1.

9 SJM N°2 Madrid 2 febrero 2017 (ECLI:ES:JMM:2017:6), fundamentos de derecho cuarto y quinto.

10 SSTJUE 20 diciembre 2017 (ECLI:EU:C:2017:981) y 19 diciembre 2019 (ECLI:EU:C:2019:1112).

Antes de ingresar en el análisis que nos convoca, vale dejar aclarado, como lo sostienen calificados autores, que estas plataformas cuando actúan dentro del exclusivo marco de la intermediación prestan un servicio de la sociedad de la información[11], por cuanto encaja dentro de "todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios"[12]. En esa dirección se ha pronunciado el TJUE en el asunto "Airbnb Ireland"[13]. Si bien se trata de una temática más que controvertida e interesante, lo dejaremos así planteado, y pasaremos al estudio de algunas de las posiciones autorales que se han esbozado a la hora de abordar este contrato.

3. Posturas doctrinarias

La novedad que envuelve a la materia, la heterogénea y variada gama de servicios complementarios que prestan las plataformas colaborativas, y las prestaciones que en claro exceso brindan aquellas otras que no son colaborativas o que no son más que prestadores directos de los servicios principales, han generado un desconcierto entre los autores a la hora de definir la naturaleza jurídica del servicio prestado y su correspondiente ubicación dentro de alguna de las figuras contractuales existentes.

Con carácter previo a ingresar al análisis de las posturas principales, resulta apropiado mencionar algunas minoritarias, que no han logrado mayor consenso. En primer lugar, se ha afirmado que cuando la plataforma se limita meramente a permitir el anuncio de un servicio a través de internet, se trataría de un contrato atípico de publicidad[14]. No sólo que nos pronunciamos en contra de esa tesitura por la carencia de una trilogía de sujetos en donde una plataforma asume el rol de intermediario, sino que en realidad se trata de una actividad propia de los tablones de anuncio que, como hemos dicho más arriba, no participan del sistema colaborativo. En segunda instancia, también se ha dicho que, para el caso en que el prestador no lucre de modo alguno con la actividad, sino que el único objeto sea social, se estaría ante un comodato no retribuido[15]. Tampoco nos parece atinado, pues se corre indebidamente el foco de la relación plataforma-usuario por la

11 Montero Pascual, J. J.: "El régimen", cit., p. 104; Rodríguez Martínez, I.: "El servicio", cit., punto IV.2.2.C; Doménech Pascual, G.: "La regulación de la economía colaborativa en el sector del taxi y los VTC", en AA. VV., La regulación, cit., p. 395; Leiñena Mendizábal, E.: "Los desafíos jurídicos de la economía colaborativa: el caso BlaBlaCar en relación con UberPop", en Revista de Derecho Mercantil, Nº310, 2018, disponible en https://aranzadi.aranzadidigital.es, p. 8.

12 Directiva 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015 por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información (versión codificada), DOUE L 249/1 de 17/09/15, art. 1, traspuesta por la ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002, art. 1.1.

13 STJUE 19 diciembre 2019 (ECLI:EU:C:2019:1112), apartado 49.

14 Lucas Durán, M.: "Problemática jurídica de la economía colaborativa: especial referencia a la fiscalidad de las plataformas", en *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, Nº10, 2017, p. 139.

15 Ibid., p. 140.

subyacente, a la vez que, por definición, la figura de un intermediario entre otros dos sujetos descarta absolutamente la existencia de un contrato de comodato. Por último, desde la doctrina italiana se sostiene que el contrato de la economía colaborativa debe entenderse como uno de tipo abierto, donde se establecen sólo los aspectos esenciales de la relación, pero que se permite un espacio para una sucesiva revisión, es decir, un acuerdo donde no quedan claros todos los términos y obligaciones que asumen las partes[16]. Si bien no puede negarse que se trata de una postura coherente y ajustada a la realidad, intentaremos en las líneas que siguen aportar un poco de claridad sobre el asunto.

A) Contrato de agencia

El art. 1 de la ley 12/1992 de Agencia, de 27 de mayo (LCA)[17], establece que "por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones". Se trata, como vemos, de un contrato típico.

Sin ingresar en un análisis pormenorizado de esta figura contractual, cabe referir que los agentes son comerciantes establecidos habitual y permanentemente, que desempeñan la actividad con independencia, que son titulares de una delegación estable de facultades conferidas por un único o por varios principales, que intervienen en la preparación o conclusión de contratos y que son remunerados por una comisión; en otras palabras, estos agentes actúan por cuenta ajena[18]. Como puede observarse, el agente adquiere la cualidad de auxiliar del empresario principal, lo cual sitúa al contrato de agencia en el ámbito de los contratos de colaboración entre empresarios, junto con los de comisión mercantil, mediación, concesión y franquicia[19].

Existe un importante sector de la doctrina que entiende que la figura en la que se basa la economía colaborativa es el contrato de agencia, el cual parte de una estructura trilateral y contempla en la figura del agente ese sujeto que reviste la calidad de intermediario y que facilita la contratación entre otras dos partes. Entre ellos encontramos a Ramón Estalella, para quien el modelo de las plataformas colaborativas como Airbnb se ajusta a este esquema: "Desde el momento en

16 Smorto, G.: "I contratti della sharing economy", en *Il Foro Italiano,* N°4, 2015, disponible en https://iris.unipa.it/handle/10447/127476#.XqcKZmhKjIU, p. 6.

17 BOE núm. 129, de 29 de mayo de 1992.

18 Mercadal Vidal, F.: El contrato de agencia mercantil, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998, p. 99.

19 Galgano, F.: *Diritto civile* e *commerciale. Le obbligazioni* e *i contratti,* 2° edición, CEDAM, Padova, 1993, t. II, p. 109; Mercadal Vidal, F.: El contrato, cit., p. 436.

que entra un intermediario que cobra una comisión, podemos hablar de una agencia online en toda regla, que vende alquileres en vivienda privada. No es un modelo peer to peer desde el momento que hay una empresa que cobra una comisión del 15% y tiene un portal que ordena por precios"[20]. Acompañan esta tesitura Jarne Muñoz y Senéchal, última para quien se trataría de una figura híbrida que oscila entre la distribución por cuenta propia y la intermediación con ciertas características de la agencia comercial, mientras se diferencia radicalmente en que la plataforma online no tiene la dependencia económica de un agente comercial[21].

Por nuestra parte, advertimos que existe un nivel considerable de compatibilidad entre el contrato de agencia y el que propone el esquema colaborativo, principalmente observable en paralelo entre las figuras del agente y de la plataforma, respectivamente. De este modo, y al igual que destacamos al demarcar la actividad principal de la plataforma, la labor primordial del agente consiste en la promoción de actos y operaciones por cuenta del principal y desarrollar todas aquellas actividades cuya finalidad común es conseguir clientes que contraten con este, es decir, influir en el proceso racional de toma de decisiones de mercado en su favor[22]. Por supuesto que de esta obligación deriva otra, que es general a cualquier intermediario en la gestión ajena, que es la de actuar lealmente y de buena fe velando por los intereses del principal[23].

Como vemos, se trata de un contrato de colaboración en el cual el principal interesado en la distribución busca un agente que conozca el mercado al que se dirige[24], al igual que lo hace un prestador que busca una plataforma para dar exposición a la prestación que ofrece. Así, se trata de una relación que se apoya más en la confianza que transmite la organización ("intuitu instrumenti") que en las cualidades personales del agente ("intuitu personae")[25]; en el caso de la economía colaborativa, esa confianza recae en la empresa que gestiona la plataforma digital.

20 Estalella, R.: "Consumo colaborativo: ¿qué supone para el sector?: El rápido crecimiento de plataformas P2P y su influencia en el turismo", en Tecnohotel, 2014, p. 36.

21 Jarne Muñoz, P.: "El consumo colaborativo en España: experiencias relevantes y retos de futuro", en Revista CESCO de Derecho de Consumo, N°17, 2016, p. 72; Senechal, J.: "Diveristy of the Services Provided by Online Platforms and the Specificity of the Counter-Performance of These Services - A Double Challenege for European and National Contract Law, The", en *Journal of European Consumer and Market Law,* 5, N°1, 2016, p. 41.

22 Vidal Calvo, L. J. y Sánchez Cuéllar, M.: "El contrato de agencia", en AA. VV., *Contratos* - Tomo IV. Contratos de prestación de servicios y realización de obras (I) [(Civiles, Mercantiles, Públicos, Laborales e internacionales, con sus implicancias tributarias)] (Dirs. Yzquierdo Tolsada, M., Almudí Cid, J. M., y Martínez Lago, M. A.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, disponible en https://aranzadi.aranzadidigital.es, punto. IV.1.1.

23 Leiñena Mendizábal, E.:, "El contrato de agencia y la comisión mercantil", en *Cuadernos de Derecho y Comercio,* N°56, 2011, p. 175.

24 Ibid., pp. 143-144.

25 Ibid., p. 145.

Otro punto de contacto pasa por la característica de independencia del agente, es decir, que no debe mediar relación de dependencia laboral con el principal[26]. Lo mismo ocurre en el ámbito de la economía colaborativa, en donde estas relaciones de empleador-empleado no tienen lugar, aunque, cabe recordar, que en el ámbito de la economía digital suelen darse en el sentido contrario: la plataforma suele ser el sujeto que puede adoptar en algunos casos el rol de empleador, quedando para el prestador el papel de dependiente (economía digital directa).

Sin embargo, sobre la misma figura del agente, respecto de aquella idea de la ausencia de la dependencia económica respecto del principal –característica típica del contrato de agencia–, se basan las principales construcciones que buscan desarticular esta tesitura. Reconocidos autores a nivel europeo, luego de considerar que podría ser de aplicación analógica la legislación vinculada con la agencia, postulan que este tipo de normativa contiene instrumentos que buscan proteger al agente respecto del principal, lo cual no encaja en el modelo bajo análisis, pues resulta difícil de imaginar que las plataformas necesiten semejante tutela, sino que la situación es la contraria, en tanto son los prestadores aquellos que deben ser protegidos de la plataforma. En contraste, alegan que los destinatarios que contratan a través del intermediario sí podrían verse expuestos a los mismos peligros que aquellos que contratan por vía de una agencia[27]. En una posición similar, Lucas Durán entiende que la vinculación colaborativa podría catalogarse como una agencia "sui generis", aunque lo ve como poco factible si se tiene en cuenta la posición más independiente de la plataforma intermediaria que vela por los intereses tanto de prestador como de destinatario[28]. En esa dirección, Sorensen es más tajante al negar rotundamente que una plataforma pueda ser considerada como un agente comercial, sino que entiende que las relaciones que surgen de la estructura triangular no se encuentran reguladas por más legislación específica que la Directiva de Comercio Electrónico[29].

Por nuestra parte, suscribimos a esta tesitura y nos sumamos a los fundamentos expuestos en el párrafo anterior. De este modo, y más allá de ciertas similitudes que puedan ponerse de manifiesto, pensamos que la teoría que postula la aplicación de la normativa de agencia al contrato colaborativo es inviable. A los motivos antes expuestos, debe agregarse uno fundamental: para que la labor del agente pueda ser calificada como tal, tiene que ser el que se encargue de manera permanente de negociar por cuenta del principal, es decir, que se caracteriza por su continuidad

26 Ibid., p. 161.

27 Busch, C., Schulte-Nölke, H., *Wiewiórowska-Domagalska*, A. y Zoll, F.: "The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?", en Journal of European Consumer and Market Law, 5, N°1, 2016, p. 5.

28 Lucas Durán, M.: "Problemática jurídica", cit., pp. 139-140.

29 Sorensen, M. J.: "Intermediary Platforms – The Contractual Legal Framework", en *Nordic Journal of Commercial Law*, N°1, 2018, p. 79.

y estabilidad, siendo un eslabón más de la cadena de distribución[30]. Así, en tanto que en la relación prestador-plataforma se realiza un encargo específico –la intermediación en la contratación del uso temporal de recursos infrautilizados–, aunque puede que ocurra repetidas veces en el tiempo, no se trata de un pedido genérico, estable o permanente, pues el prestador puede ofrecerlo y dejarlo de ofrecer a su antojo. La doctrina aporta un ejemplo ilustrativo: no puede ser calificado como agencia la venta de todos los pisos de un edificio, sino que se trata de una auténtica tarea de mediación[31]. Sumado a ello, el art. 9.1 de la ley de agencia contempla una posibilidad que vemos ajena a la figura de la plataforma colaborativa: que el contrato sea celebrado por el agente en nombre del principal y a través de un poder de representación. Como se dijo, la plataforma se limita a intermediar y a prestar algunos servicios adicionales accesorios, pero no concluye contrato alguno en representación de los usuarios.

Otro punto de manifiesta incompatibilidad pasa por el elemento subjetivo que propone el contrato de agencia, pues conforme el ya citado art. 9.1 LCA queda determinado como un contrato entre empresarios, es decir, agente y principal revisten la calidad de profesionales[32]. Así, siendo que el sujeto que haría las veces de principal es el prestador, el formato propuesto por la agencia no cuadra en el esquema colaborativo, pues constituye un elemento esencial del modelo objeto de nuestro estudio que el prestador revista la calidad de consumidor (prosumidor), negándose rotundamente la posibilidad de que sea un empresario[33].

En tercer lugar, hallamos otra cuestión que separa ambos esquemas: la doctrina señala que "el principio de la lealtad y la buena fe de la actuación del agente se manifiestan en la obligación de defensa de los intereses del principal y en el deber de comunicarle los intereses personales que tenga en la gestión (art. 9 LCA). Este deber implica la imposición al agente de la obligación de no competir con el

30 Paniza Fullana, A.: "Contrato de agencia y/o contrato de mediación: perfección y derecho al cobro de la comisión pactada", en *Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil,* 2, Nº5, 2012, disponible en https://aranzadi.aranzadidigital.es, p. 6; *Leiñena Mendizábal,* E.: "El contrato", cit., pp. 156/163. En ese sentido, v. STS 10 enero 2011 (ECLI:ES:TS:2011:62), fundamento de derecho segundo: "No puede confundirse la 'estabilidad' de una determinada relación con la duración de la actividad desarrollada a finde ejecutar lo pactado, singularmente cuando a pesar de efectuarse un encargo aislado su ejecución requiere una actividad dorada de cierta continuidad debido a la existencia de plurales actos de mediación o ejecución del contrato único, que es lo que aconteció en este caso...".

31 Rodríguez Ruiz de Villa, D.: "Notas sobre la nueva Ley del contrato de Agencia", en Anuario de Derecho Civil, 1993, pp. 776-777.

32 LCA, art. 9.1: "En el ejercicio de su actividad profesional, el agente deberá actuar lealmente y de buena fe, velando por los intereses del empresario o empresarios por cuya cuenta actúe". Sobre el tema, v. Palau Ramírez, F., en AA. VV., *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia* (Dir. Martínez Sanz, Fernando, Monteagudo, M., y Palau Ramírez, Felipe), Civitas, Madrid, 2000, p. 43; Leiñena Mendizábal, E.: "El contrato", cit., p. 161; Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, 16º edición, Tecnos, Madrid, 2009, t. II, p. 124.

33 Se trata de una discusión y una fundamentación que, dada su extensión, quedan fuera del marco del presente trabajo. Vale decir que la doctrina se encuentra dividida, y que la definición que da la Comisión Europea del modelo colaborativo permite también a los profesionales participar como prestadores (v. nota al pie 1).

principal mientras dure el contrato"[34]. Por su parte, no existe impedimento alguno para que las plataformas presten también servicios del mismo tenor que aquellos que integran la relación subyacente, dejando de lado la calidad de intermediario y convirtiéndose con respecto a esa actividad puntual en un prestador directo; es decir, si compite con los prestadores, deja de ser intermediario, pero ello no implica necesariamente que se trate de una posibilidad que se encuentre vedada. Además, resulta esencial para la actividad de la plataforma el promover la contratación de numerosos usuarios, los cuales generalmente ofrecen el mismo servicio y, por lo tanto, compiten entre sí. Claramente, el contrato de agencia se encuentra previsto para otro tipo de vinculación, en la cual un agente ejerce su comercio en torno al ofrecimiento y promoción de un empresario principal, desnudando en este punto también un distanciamiento insalvable con la estructura contractual que propone la economía colaborativa.

En adición a estas importantes diferencias, encontramos también otras menores, tales como el deber del agente de informar al principal, el cual resulta demasiado intenso para la plataforma colaborativa[35]; o la obligación de "recibir en nombre del empresario cualquier clase de reclamaciones de terceros sobre defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos y de los servicios prestados como consecuencia de las operaciones promovidas, aunque no las hubiera concluido" (art. 9.2.d)[36], cuestión que se opone a la relación contractual trilateral propuesta. A la vez, existen otras cuestiones que justamente se derivan de la no aplicación de la normativa de agencia y que lucen como ilógicas en el marco del contrato entre usuario y plataforma, como es el caso de las indemnizaciones por clientela o por denuncia unilateral que prevén los arts. 28 y LCA, respectivamente.

En suma, más allá de que existe cierta afinidad entre estas figuras, principalmente generada por los caracteres de intermediación y colaboración que informan ambos sistemas, encontramos diferencias capitales que tornan absolutamente imposible la aplicación de la normativa del contrato de agencia a la economía colaborativa.

B) Contrato de corretaje o mediación

La amplia mayoría de la academia ubica a la relación contractual que vincula a la plataforma con sus usuarios dentro del espectro de la mediación o corretaje,

34 Leiñena Mendizábal, E.: "El contrato", cit., p. 177. También Quintáns Eiras, M. R.: *Las obligaciones fundamentales del agente,* Civitas, Madrid, 2001, p. 306.

35 LCA, art. 9.2.b: "En particular, el agente deberá: [...] Comunicar al empresario toda la información de que disponga, cuando sea necesaria para la buena gestión de los actos u operaciones cuya promoción y, en su caso, conclusión, se le hubiere encomendado, así como, en particular, la relativa a la solvencia de los terceros con los que existan operaciones pendientes de conclusión o ejecución".

36 Vidal Calvo, L. J. y Sánchez Cuéllar, M.: "El contrato", cit., punto IV.1.4 aclaran: "No se trata, en consecuencia, de que el agente responda de los defectos de los productos o servicios prestados, sino que la norma pretende facilitar el ejercicio de los derechos de reclamación por la clientela y que nada anticipa en relación con la imputación de la responsabilidad por productos o servicios defectuosos".

principalmente con atención a la modalidad que despliegan las plataformas más evolucionadas que, sobrepasando la función de meros tablones de anuncios, participan activamente en la exposición de ofertas, en el acercamiento de las partes, la estandarización de los contratos, la gestión del pago e incluso en la etapa poscontractual a través de la gestión de la reputación y la resolución de conflictos.

Uno de los principales promotores de esta teoría es Montero Pascual, quien afirma, luego de realizar una detallada exposición de la actividad que despliegan las plataformas colaborativas, que el servicio brindado por estas encaja perfectamente en la figura del contrato de corretaje, el cual advierte que se trata de uno atípico en España, y al cual ha caracterizado la jurisprudencia como "contrato innominado, 'facio ut des', principal, consensual y bilateral, por el que una de las partes (el corredor o mediador) se compromete a indicar a la otra (el comitente) la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o de servirle para ello de intermediario, a cambio de una retribución llamada también comisión o premio; negocio jurídico que tiene su origen el principio de libertad de la contratación, consagrado en los artículos 1091 y 1255 del Código Civil, siéndole de aplicación la normativa general de las obligaciones y contratos, contenida en los Título I y II del libro IV del Código Civil, pues aunque guarde cierta similitud con el mandato, los arrendamientos de obras y de servicio, la comisión mercantil y el contrato de trabajo, goza de características propias que le dotan de autonomía alejándolo de esas otras figuras jurídicas"[37]. La profesora Leiñena Mendizábal participa sin reparos a esta posición[38], al igual que lo hacen otros autores calificados como, Rodríguez Marín, Hatzopoulos, Díaz Gómez, Boix-Palop, González Cabrera y Grimaldos García[39].

Adhiere explícitamente a esta línea de pensamiento el Working Group on the Collaborative Economy, que por encargo de la Comisión Europea redactó un documento que, para el caso concreto del sector de alojamiento, se pronuncia de siguiente modo: "El Grupo de Trabajo considera que bajo la ley española la relación entre la plataforma y el anfitrión puede ser un contrato de mediación o corretaje si el servicio que presta la plataforma consiste en proveer una plataforma de internet para conectar al prestador y al buscador de alojamiento y si el pago es

37 Montero Pascual, J. J.: "El régimen", cit., p. 97. Cita de SAP Madrid 9 de marzo 2005 (ECLI:ES:APM:2005:2557), fundamento de derecho tercero, que cita, a su vez, a la SAP Madrid 13 noviembre 2001 (ECLI:ES:APM:2001:15850), fundamento de derecho segundo.

38 Leiñena Mendizábal, E.: "Los desafíos", cit., p. 8.

39 Rodríguez Marín, S.: Los modelos colaborativos y bajo demanda en plataformas digitales, Madrid, 2017, disponible en https://www.fidefundacion.es/attachment/810605/, pp. 6-7; Hatzopoulos, V. y Roma, S.: "Caring for sharing? The collaborative economy under EU law", en Common Market Law Review, 54, Nº1, 2017, p. 13; Díaz Gómez, M. A.: "Reflexiones en torno a la responsabilidad de las plataformas electrónicas de economía colaborativa", en Revista de Estudios Europeos, Nº70, 2017, p. 34; Boix-Palop, A.: Competitive Risks in the Sharing Economy and European Union Market Regulation, 2016, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2863032, p. 3; González Cabrera, I.: "La economía colaborativa del intercambio entre pares a una nueva economía de mercado", en Revista de Derecho Mercantil, Nº309, 2018, p. 20; Grimaldos García, M. I.: "El contrato", cit., punto III.1.

realizado a través de la modalidad i) [la plataforma deduce el pago de los servicios de la suma que el buscador de hospedaje transfiere al anfitrión (Airbnb)]. Una plataforma como Airbnb será vista como un agente (intermediario), facilitando la conclusión de un contrato en nombre del anfitrión. El agente no representa al anfitrión ni al huésped'"[40].

También se muestra favorable a la incardinación del contrato que aquí abordamos en el modelo de corretaje o mediación Rodríguez Martínez, quien adapta una definición de la doctrina especializada para graficarlo: "La plataforma se obliga únicamente a intermediar permitiendo tanto el acceso de los usuarios al sistema o canal de contratación, como la casación (celebración) del contrato subyacente, bien directamente por el propio sistema, bien mediante el accionamiento de los propios usuarios, no asumiendo ni interviniendo en la ejecución del servicio objeto del contrato subyacente nacido de la operación de case del sistema, entre los usuarios'"[41]. En realidad, esta autora entiende que entre las figuras contractuales existentes en la actualidad del Derecho español, la mediación o corretaje es aquella que guarda mayor vinculación con el esquema de contratación con la economía colaborativa, aquella que mejor lo recepta, aunque sostiene que, dadas sus peculiares características, se trata de una subespecie de ese contrato atípico[42]. Analizaremos esta posición en el epígrafe siguiente.

Por nuestra parte, coincidimos con esta postura y consideramos que el contrato que une a los usuarios con la plataforma es uno de corretaje o mediación con la particularidad de que es celebrado a través de medios digitales. En cuanto a los caracteres generales, como se ha dicho, se trata de un contrato principal, consensual, bilateral, oneroso, aleatorio, de ejecución instantánea y que puede asumir la naturaleza civil o mercantil. En nuestro caso será mercantil, por el carácter de comerciante que asume la plataforma, y uno que se celebra por adhesión a cláusulas generales de la contratación, excluyendo categóricamente toda posibilidad de que el usuario pueda negociar su contenido. Merece la pena detenerse sobre algunas de estas notas.

Con relación a la primera, debemos referir que, si bien una parte de la doctrina lo ha calificado de accesorio –argumentando que depende del contrato

40 Koolhoven, R., Neppelenbroek, E. D. C., Santamaría Echeverría, L. M. y Verdi, P. L.: Impulse paper on specific liability issues raised by the collaborative economy in the accommodation sector: Paris - Amsterdam - Barcelona Prepared by the Working Group on the Collaborative Economy, 2016, pp. 94-95. Vale aclarar que luego refiere a que entre el huésped y la plataforma existe también un contrato de corretaje (p. 97). A ello agrega, a modo de aclaración, que cuando utiliza el término "agente" no lo utiliza en el sentido que lo hace el Código de Comercio español al hablar de "agente comercial", y que eligen traducir "intermediario" como "agente" de conformidad con el Marco Común de Referencia (DCFR) 133 y para evitar que se confunda con el intermediario que regula la Directiva de Comercio Electrónico.

41 Rodríguez Martínez, I.: "El servicio", cit., punto IV.2.1, con cita de Gázquez Serrano, L.: El contrato de mediación o corretaje, La Ley, Madrid, 2007, p. 65.

42 Rodríguez Martínez, I.: "El servicio", cit., p. 134.

principal pretendido, sin el cual no se genera retribución para el mediador[43]–, es absolutamente mayoritaria la posición que lo cataloga como principal y autónomo, que cumple una finalidad contractual propia que es facilitar la realización de un contrato futuro. Argudo Périz destaca que, más allá de que existan quienes consideran que el hecho que el mediador no pueda exigir su retribución hasta que no se perfeccione el contrato gestionado impide que sea considerado un contrato preliminar o precontrato, sino un supuesto de prestación sometida a condición suspensiva, la realidad es que son los efectos del contrato los que se suspenden hasta que se cumpla la condición, pero no la propia existencia del contrato de corretaje[44].

En lo que hace a la estructura subjetiva, si bien existe una disputa entre los autores, siendo varios los que defienden la unilateralidad[45] e incluso la plurilateralidad, el criterio dominante afirma la bilateralidad, pues se trata de un contrato que existe desde que oferente y mediador acuerdan el corretaje, independientemente de la participación del otro contrayente (mediatario), y "es cierto que el concurso de un segundo contratante es necesario para que la intervención del mediador consiga su fin pero es evidente también que ya existe una relación jurídica entre el primer contratante y el mediador, y es esta precisamente la que concreta el contrato de mediación'"[46]. Se agrega que ese tercer sujeto es un elemento complementario relevante, pero no necesario para configurar la relación contractual[47]. Ahora bien, en este punto es necesario efectuar una precisión: dadas las peculiares características del modelo colaborativo, principalmente aquellas que surgen de su estructura subjetiva tripartita, lo usual será que se realice un doble encargo para el mediador, es decir, que ambas partes del negocio subyacente contratan con la plataforma, lo cual hace que se asuman obligaciones equivalentes para con los dos extremos contratantes, distinguiéndose de la generalidad de los casos de mediación convencional; se trata de dos contratos de mediación diferentes, con

43 Bonet Correa, J.: "El contrato de corretaje o mediación. Comentario a la STS de 3 de junio de 1950", en Anuario de Derecho Civil, IV, N°Octubre-diciembre, 1951, p. 1622.

44 Argudo Périz, J. L. y Sesma Sánchez, B.: "El contrato de mediación o corretaje", en AA. VV., Contratos - Tomo IV. Contratos de prestación de servicios y realización de obras (I) [(Civiles, Mercantiles, Públicos, Laborales e internacionales, con sus implicancias tributarias)] (Dirs. Yzquierdo Tolsada, M., Almudí Cid, J. M., y Martínez Lago, M. A.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, disponible en https://aranzadi.aranzadidigital.es, punto II.1.2.1. En ese sentido, v. Blanco Carrasco, M.: "El contrato de corretaje", en *Revista de Derecho Privado,* 89, N°2, 2005; entre la jurisprudencia, STS 5 febrero 1996 (ECLI:ES:TS:1996:665).

45 Argudo Périz, J. L. y Sesma Sánchez, B.: "El contrato", cit., punto II.1.1: nombra a Galgano, Stolfi, Larenz, Bonet Correa, quienes lo fundan en que sólo surgen obligaciones del contrato para el oferente o mediado, siendo la principal la de pagar la retribución del mediador en el caso de perfeccionarse el contrato pretendido con una tercera parte. A ello se le suma la no exigibilidad de puesta en contacto de las partes o actuación alguna por parte del mediador, justificada por la falta de responsabilidad del mediador en el caso de inactividad parcial o total.

46 Gázquez Serrano, L.:, El contrato, cit., p. 69. En este sentido, v. SSTS 6 octubre 1990 (ECLI:ES:TS:1990:10985), 4 julio 1994 (ECLI:ES:TS:1994:5110) y 30 marzo 2007 (ECLI:ES:TS:2007:2263). Un panorama general del asunto en Argudo Périz, J. L. y Sesma Sánchez, B.: "El contrato", cit., punto II.1.1.

47 Millán Garrido, A.: "Introducción al estudio del corretaje", en *Revista General de Derecho,* N°510, 1987, p. 702.

su propio contenido, aunque confluyendo en el mismo objeto[48]. Esto hace que una de las notas características fundamentales a la hora de ejercer su obligación medular sea la imparcialidad. Sin ingresar en mayores precisiones al respecto, nos centraremos en decir que podemos encontrar aquí una particular fuente de responsabilidad por parte de la plataforma, pues la práctica indica que resulta frecuente la exposición de los distintos prestadores no es igualitaria, así como tampoco se muestran al destinatario siguiendo un orden que refleje fielmente su conveniencia o sus preferencias, sino más bien se encuentran formuladas en base a parámetros establecidos de acuerdo con el interés económico de la plataforma, generalmente materializado en el pago de un precio a cambio de mayor exposición.

Respecto a la aleatoriedad, vale aclarar que no debe confundirse con la condicionalidad, ya que en ambos casos interviene el azar. La más calificada doctrina afirma que es un contrato aleatorio, "puesto que no se trata de que la eficacia del contrato quede sometida al cumplimiento de una condición, en todo caso será la efectividad del pago lo que estará sometido a esa condición"[49], ya que "el mediador no sabe si va a encontrar a un tercero con quien contratar o si este tercero se convertirá en parte contractual por concluir el contrato pretendido con el oferente. La existencia del contrato no depende de que se concluya el contrato perseguido, sino que existe al margen de este evento, aunque la retribución del mediador dependerá de que se produzca el hecho aleatorio de la celebración del contrato pretendido. Esta incertidumbre es el factor aleatorio del contrato"[50].

Finalmente, en lo atinente a su ejecución encontramos un argumento más que vincula a la economía colaborativa con este régimen contractual. Así, negamos que pueda serle de aplicación la figura de la agencia justamente por tratarse un contrato que se caracteriza por la estabilidad o permanencia, es decir, por ser de tracto sucesivo, entendiendo por tal aquel cuyos efectos se prolonguen en el tiempo. En cambio, el contrato de mediación es uno de ejecución instantánea motivado por un encargo singular y concreto. Esta distinción pareciera hacer tambalear toda la exposición hasta aquí hecha, puesto que lo habitual es que ambos usuarios se registren en el portal web de la plataforma y que contraten con ella para luego celebrar numerosos contratos –piénsese en el caso de un prestador de alojamiento colaborativo, que usualmente intentará rentar varias veces su propiedad o parte de ella, lo mismo que ocurre con un viajero frecuente–. Sin embargo, la doctrina nos ilustra al respecto, dejando en claro que para el caso que la actividad de mediación fuese continua, cabría entender que encontramos

48 Argudo Périz, J. L. y Sesma Sánchez, B.: "El contrato", cit., punto III.

49 Blanco Carrasco, M.: "El contrato", cit., p. 86.

50 Argudo Périz, J. L. y Sesma Sánchez, B.: "El contrato", cit., punto II.1.2.3. En el mismo sentido, y para el caso particular del contrato de mediación en la economía colaborativa, v. Estancona Pérez, A. A.: "Carpooling: C2C en el transporte de personas", en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías,* N°37, 2015, disponible en https://aranzadi.aranzadidigital.es, pp. 8-9

una sucesión de contratos de corretaje, y no otra figura contractual[51]. Es también esclarecedora la jurisprudencia del máximo tribunal español, por cuanto en la STS 9 noviembre 2011, y para el caso de un contrato titulado como "de agencia" para la venta exclusiva de 320 apartamentos a construirse, se concluyó que se trataba en realidad de uno de corretaje atinente a la intermediación en la enajenación a terceros de esos inmuebles de forma individual, pues, como a modo de mantra se repite en doctrina: "los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son"[52]. Así, el mencionado decisorio, con cita a la STS 10 enero 2011, distingue el contrato de agencia del de mediación por la razón de la estabilidad del primero y, en función de ello, niega que dos contratos muy similares sean calificables como contrato de agencia porque "no puede confundirse la 'estabilidad' de una determinada relación con la duración de la actividad desarrollada a fin de ejecutar lo pactado, singularmente cuando a pesar de efectuarse un encargo aislado su ejecución requiere una actividad dotada de cierta continuidad debido a la existencia de plurales actos de mediación o ejecución del contrato único, que es lo acontecido en este caso en el que la sentencia recurrida confunde el encargo de mediar en la colocación de dos promociones inmobiliarias, con una inexistente estabilidad de la relación, ya que la relación entre el 'empresario' y el 'agente' estaba abocada estructuralmente desde el mismo momento de su inicio a finalizar una vez concluida la venta de los distintos apartamentos que componían los complejos inmobiliarios"[53]. En idéntico sentido se ha resuelto en la STS 21 mayo 2015 para un caso de mediación para la venta de más de 200 viviendas[54].

A mayor abundamiento, cabe decir que, también separándose en este punto del agente –cuya actividad es parcial, pues, como dijimos, debe actuar con buena fe y lealtad con su principal– la tarea del mediador debe ser independiente e imparcial, actuando siempre en interés de los dos futuros contratantes. Ello se condice con la cuestión que señaláramos antes de la mediación doble y la obligación de la plataforma de favorecer en la casación a ambos contratantes.

En definitiva, a pesar de la existencia de ciertas particularidades, la figura contractual que vincula a la plataforma con sus usuarios encaja sin problemas en el contrato de mediación o corretaje. La atipicidad de este modelo y la autonomía de la voluntad imperante en el plano de los contratos operan como versátiles adaptadores que permiten que cualquier situación propia del novel esquema de la

51 Argudo Périz, J. L. y Sesma Sánchez, B.: "El contrato", cit., punto II.2.2. En el mismo sentido, v. Lara González, R.: "¿Contrato de mediación o contrato de agencia? El carácter estable y continuado de la relación. Notas al hilo de la STS de 21 de mayo de 2015", en *Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil,* Nº11, 2015, disponible en https://aranzadi.aranzadidigital.es, pp. 6-7.

52 Paniza Fullana, A.: "Contrato de", cit., p. 4. Importante panorama, doctrina y jurisprudencia sobre el asunto.

53 STS 9 de noviembre 2011 (ECLI:ES:TS:2011:7356), fundamento de derecho tercero; STS 10 enero 2011 (ECLI:ES:TS:2011:62).

54 STS 21 mayo 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2222).

economía colaborativa que no cuadre armónicamente ni que haya sido abordado por la doctrina o la jurisprudencia pueda ser debidamente integrada.

C) Contrato de intermediación digital

Tal como adelantamos en el punto anterior, existe una corriente doctrinaria que no se conforma con la incardinación del contrato entre la plataforma y sus usuarios dentro del marco del corretaje, sino que proponen la adaptación, cuando no la creación, de un modelo especial que contemple sus particularidades y que intente prever, al menos en parte, las cuestiones conflictivas que se plantean.

En primer término, Rodríguez Martínez sostiene que "existen elementos característicos suficientes que aconsejan una mejor y más adecuada identificación de la naturaleza jurídica del contrato de intermediación en la contratación electrónica entre las plataformas y sus usuarios, habida cuenta de la complejidad del marco y del propio servicio prestado. Dicha relación contractual se encuentra carente de tipificación y regulación, tanto en el Derecho comparado como en el Derecho español...". Llega entonces a la conclusión de que "el contrato de intermediación electrónica constituye una subespecie del contrato de mediación o corretaje, cuya causa y elementos esenciales son comunes a la mediación, pero el medio electrónico a través del cual se presta este servicio, así como determinadas características derivadas de aquel medio, lo convierten en un tipo específico al que, por un lado, no siempre el régimen previsto para el tradicional contrato de mediación permitirá dar respuesta a la compleja problemática jurídica derivada de su esquema, y al que por otro, precisamente por ser su actividad desplegada a través de medios electrónicos y a distancia, le serán de aplicación también específicos y concretos parámetros de exigencia"[55].

La profesora Estancona Pérez, quien también participa de esta idea, parte de reconocer que, de las figuras "clásicas" de la contratación española, el contrato de corretaje o mediación es aquella que más se asemeja. Sin embargo, entiende que existen notables particularidades que hacen necesario un trato jurídico específico, a saber: los riesgos relativos al sector en el que se desarrolla (transporte por carretera, alojamiento turístico), la vinculación contractual de los usuarios con la empresa –que cataloga como B2C ("business to consumer")– y la mediación exclusivamente en línea. De este modo, concluye en que resulta menester "dotar de una regulación legal específica a esta figura contractual que, bajo el nombre de 'contrato de intermediación', quede diferenciada del contrato de mediación tradicional y englobe todas las características mencionadas..."[56].

55 Rodríguez Martínez, I.: "El servicio", cit., pp. 130/134-135.

56 Estancona Pérez, A. A.: "Carpooling: C2C", cit., p. 9.

Desde nuestra perspectiva, se trata de una tesis muy interesante, pues destacamos la conveniencia –no así la necesidad– de regular la actividad de la economía colaborativa en general, y la vinculación contractual entre la plataforma y sus usuarios en particular. En otras palabras, no podemos pronunciarnos en contra de quienes bregan por regular fenómenos novedosos en aras de lograr una mayor seguridad jurídica, pero tampoco creemos que sea un paso fundamental para el estado en el que se encuentra la cuestión actualmente; es que, con la normativa existente a la fecha (legislación general de consumo, de la competencia y de comercio electrónico, y legislación específica de cada segmento relativo al servicio subyacente), la autonomía de la voluntad, el desarrollo doctrinario y jurisprudencial en torno al contrato de corretaje, la costumbre, los principios fundamentales, y las demás fuentes del Derecho, creemos que es más que suficiente para comprender el alcance de los derechos subjetivos de cada una de las partes comprometidas, de las obligaciones y responsabilidades que implica la actividad y, eventualmente, resolver cualquier conflicto o disputa jurídica que pudiera suscitarse.

Humildemente, pensamos que se trata de una posición que no cuenta con suficientes argumentos de peso. Si analizamos los que hemos intentado resumir más arriba, veremos que se dan cuatro principales: a) respecto a la contratación a través de medios telemáticos, aportado por ambas autoras citadas, no vemos que sea una cuestión de singular importancia en la actualidad, cuando sabido es que una gran parte de los contratos se celebran por esos medios (piénsese en los contratos bancarios o todos aquellos realizados a distancia a través de portales web como Amazon o eBay); b) en cuanto a esas "determinadas características derivadas de aquel medio" y "la compleja problemática jurídica derivada de su esquema" de la que habla Rodríguez Martínez, no logramos advertir a qué se refiere específicamente, aunque observamos que el esquema subjetivo trilateral no es novedoso, sino que se da en la gran mayoría de los contratos en los mercados multilaterales de la actualidad; c) en lo atinente a los riesgos propios de cada sector en el que se desarrolla –que refiere puntualmente a la relación subyacente–, entendemos que se encuentran debidamente tratados por la normativa específica de cada uno de ellos: por ejemplo la ley de ordenación del transporte terrestre y su reglamento[57], y la legislación emanada de las Comunidades Autónomas sobre transporte terrestre por carretera, la Directiva de viajes combinados, la normativa de Derecho interno y europea sobre consumidor y contratos a distancia, etc.; y d) en lo que hace a la contratación B2C, tampoco vemos una particularidad que escape a lo ordinario, existiendo ingente cantidad de normativa que lo regula específicamente.

57 Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, BOE núm. 182, de 31/07/1987. Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, BOE núm. 241, de 08/10/1990.

Por último, no resulta ocioso decir que, al igual que sucede con la economía digital intermediada y con la economía colaborativa, donde la primera (género) no se encuentra regulada puntualmente, y la segunda (especie) tampoco, en el caso que analizamos ahora, no se muestra como esencial una regulación del contrato de mediación digital (especie), cuando ni siquiera se encuentra normado en el Derecho español el contrato de mediación o corretaje (género). Sin embargo, no por ello hemos de desechar esta postura, menos aun cuando semejante estructura normativa puede surgir del seno de la UE a través de un reglamento o una directiva.

III. ALGUNAS NOTAS CARACTERÍSICAS

1. La obligación principal ¿es de medios o de resultado?

La obligación primordial a la que se compromete la plataforma colaborativa consiste en el desarrollo de la actividad mediadora, es decir, realizar las gestiones necesarias para acercar a prestador y destinatario a fin de la celebración del negocio jurídico que de origen a la relación subyacente: la contratación del uso temporal o la prestación de un servicio a cambio –por lo general– de un precio en dinero. Se trata de una auténtica obligación de hacer, que comprende una pluralidad y diversidad de actos que se regirán por lo pactado entre las partes (términos y condiciones predispuestos por la plataforma) y los usos negociales[58].

Advertimos la existencia de una controversia que en la materia en cuanto a considerar si se trata una obligación de medios o de resultados. A fin de abordarla, resulta necesario recordar esta clasificación de las obligaciones efectuada por la doctrina francesa[59] que distingue entre aquellas en las que el deudor debe desplegar la diligencia normalmente suficiente para satisfacer al acreedor (de medios), y aquellas otras que exigen a aquel no solo el despliegue de una actividad diligente, sino el logro de un fin preciso y determinado (de resultado)[60].

Un importante sector de la doctrina sostiene que, como el pago del precio al corredor depende de la celebración del contrato objeto de la mediación, se trata de una obligación de resultado positivo y no de medios, en el sentido de que no se tiene en cuenta la mera actividad del corredor sino sólo en cuanto esta va a

58 Argudo Périz, J. L. y Sesma Sánchez, B.: "El contrato", cit., punto VI.1.1.

59 Demogue, R.: Traité des obligations en général, I. Sources des obligations (Suite et fin), Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1925, pp. 536-545.

60 Jordano Fraga, F.: "Obligaciones de medio y de resultado", *Anuario de Derecho Civil,* vol. 44, 1, p. 7; De Vereda y Beamonte, J. R.: "La responsabilidad derivada de la cirugía estética en la jurisprudencia actual (de obligación de resultado a obligación de medios): consideraciones críticas", en *Revista de Derecho Patrimonial,* N°36, 2015, p. 2.

conducir a un resultado positivo: la contratación[61]. Una significativa jurisprudencia se inclina por esta postura[62].

En las antípodas, hallamos otro sector de la academia que afirma que se trata de una auténtica obligación de medios, pues si bien busca la obtención de un resultado, no comprende el deber de alcanzarlo, sino que se limita al ejercicio de una actividad en esa dirección[63]. En este sentido se expidió el más alto tribunal español, al decir que "... difícilmente, salvo pacto expreso de las partes o aplicación de los usos y costumbres, que de la caracterización básica de la figura la obligación del mediador pueda calificarse de una propia obligación de resultado..., pues si bien la perfección del encargo actúa como condición del derecho de retribución (onerosidad), sin embargo, no crea ningún deber jurídico o prestacional propiamente dicho que opere un fenómeno de reciprocidad obligacional, más allá de la mera bilateralidad del contrato"[64].

Compartimos la segunda de las posiciones, por cuanto entendemos que es aquella que aplica correctamente el criterio de la clasificación ilustrado por Demogue. Semejante conclusión resulta palmaria cuando se analiza la responsabilidad del corredor, la cual surgirá sólo en el caso de que se demuestre que no ha ejercido actividad alguna tendiente a la promoción, al acercamiento de las partes, a la búsqueda de posibles contratantes, pero no para el supuesto de que el contrato que es objeto de la obligación principal no llegue a celebrarse[65].

2. La obligación de información

Además de la obligación principal, existen otras de carácter accesorio, entre ellas, la de información, que consiste en comunicar al oferente todas las circunstancias que conozca el corredor que puedan influir en la celebración del contrato y mantenerlo informado de la marcha de las gestiones, siendo de aplicación analógica lo establecido al respecto para el mandatario (arts. 230 CCom y 1720 CC)[66].

61 En este sentido, v. Gázquez Serrano, L.: El contrato, cit., p. 17; Blanco Carrasco, M.: "El contrato", cit., p. 165; Leiñena Mendizábal, E.: "El contrato", cit., p. 205.

62 SSAP Valencia 24 marzo 2006 (ECLI:ES:APV:2006:754), 30 junio 2010 (ECLI:ES:APV:2010:3952); SAP Barcelona 19 septiembre 2007 (ECLI:ES:APB:2007:9693); SSAP Madrid 22 octubre 2007 (ECLI:ES:APM:2007:15452), 13 octubre 2010 (ECLI:ES:APM:2010:14480), 18 octubre 2010 (ECLI:ES:APM:2010:16871). Citadas en Paniza Fullana, A.: "Contrato de", cit., pp. 9-10.

63 En esa dirección, v. Argudo Périz, J. L. y Sesma Sánchez, B.: "El contrato", cit., punto VI.1.1; Cuadrado Pérez, C.: "Consideraciones sobre el contrato de corretaje", en RDCI, Nº704, 2007, p. 2537; Rebolledo Varela, Á. L.: "Compraventa a través de agente inmobiliario.", en *Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil*, Nº20, 2016, disponible en https://aranzadi.aranzadidigital.es, p. 10.

64 STS 8 marzo 2013 (ECLI:ES:TS:2013:3846), fundamento de derecho segundo.

65 En esa tónica, v. Argudo Périz, J. L. y Sesma Sánchez, B.: "El contrato", cit., punto III.3.c; Villa Vega, E.: "Contrato de corretaje o mediación", en AA. VV., Contratos mercantiles - Tomo I (Dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, A.), Thomson Reuters Aranzadi, 2016, disponible en https://aranzadi.aranzadidigital.es, p. 3.

66 Argudo Périz, J. L. y Sesma Sánchez, B.: "El contrato", cit., punto VI.1.2.3; Villa Vega, E.: "Contrato de", cit., p. 5. En ese sentido, STS 2 octubre 1999 (ECLI:ES:TS:1999:6044).

Tal como lo explica Grimaldos García para el caso de una plataforma colaborativa, y teniendo en cuenta su carácter de profesional y prestadora de un servicio de la sociedad de la información, debe cumplimentar tanto con las previsiones del TRLGDCU[67] como de la LSSI. Así, en la fase precontractual debe delimitar los términos del negocio proyectado, informando a los usuarios las condiciones contractuales que asumen entre sí y para con la plataforma como, por ejemplo, comisiones, seguros, cancelaciones, medios de pago, precio, etc.; a la vez, si el negocio subyacente se concreta, debe informar sus concretas características; por último, durante la ejecución del contrato, deberá seguir informando a las partes aquellas eventualidades o hechos relevantes que varíen o se concreten respecto al objeto o las circunstancias de la mediación y sus consecuencias jurídico-económicas[68].

Nuestra intención en este punto pasa por remarcar que resulta una derivación de la obligación de información que tiene el mediador para con el mediado el dejar en claro que su rol es el de mero intermediario, y no de auténtica parte en el contrato que se va a celebrar a partir de su intervención. Así surge palmario de la jurisprudencia del TJUE en el asunto Wathelet, para el caso en donde quien adquirió un coche de segunda mano podía perfectamente pensar que lo hacía directamente del intermediario y no de otro consumidor[69]. La doctrina destaca este punto, afirmando que se trata de un recaudo fundamental cuya omisión hace inaplicable la exención de responsabilidad prevista por la Directiva de Comercio Electrónico en sus arts. 12 a 14[70]. En este sentido, se afirma que "en el Derecho de los contratos se presume que un sujeto es parte del contrato en el que interviene, salvo que quede muy en claro que no lo es. Mientras no exista una regulación específica que regule el rol contractual de las plataformas en la estructura triangular, debe ser una precondición para que la plataforma evite ser catalogada como la contratante principal que se presente a sí misma como un mero intermediario cuando el prestador y el cliente celebren un contrato a través de ella"[71]. De igual forma lo prevén los proyectos de instrumentos regulatorios con mayor relevancia a nivel europeo, en especial el borrador del Research Group on

67 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, BOE núm. 287, de 30/11/2007.

68 Grimaldos García, M. I.: "El contrato", cit., punto III.3.A.

69 STJUE 9 noviembre 2016 (ECLI:EU:C:2016:840).

70 Busch, C., Schulte-Nölke, H., Wiewiórowska-Domagalska, A. y Zoll, F.: "The Rise", cit., p. 6; De Miguel Asensio, P. A.: "Servicios y mercados digitales: modernización del régimen de responsabilidad y nuevas obligaciones de los intermediarios", en *La Ley Unión Europea,* N°88, 2021, disponible en http://eprints.ucm.es, p. 8; Jiménez Horwitz, M.: "La situación jurídica de la plataforma Airbnb en el marco de la economía colaborativa", en *Revista Aranzadi Doctrinal,* N°3, 2019, pp. 26-27.

71 Sorensen, M. J.: "Intermediary Platforms", cit., pp. 75-76.

the Law of Digital Servicies, y la reciente Propuesta de Reglamento llamado "Ley de Servicios Digitales"[72].

3. Cláusulas abusivas que desnaturalizan el contrato

A la par de las prestaciones complementarias al servicio principal que hemos enunciado en el punto II y que catalogamos como "lícitas", y de las correspondientes estipulaciones contractuales que las reflejan, existen o pueden existir otras que tengan el carácter de abusivas, en la medida en que desnaturalicen el carácter de mero intermediario de la plataforma. La doctrina señala, tomando el ejemplo de la plataforma Airbnb, dos cláusulas de este tenor que surgen de sus términos y condiciones: una vinculada con la reforma unilateral del contrato y otra referida a la resolución de conflictos entre usuarios[73]. En virtud de la primera, la empresa se reserva la facultad extraordinaria de modificar unilateralmente el contenido del contrato que los usuarios suscriben para el acceso y el uso de la plataforma, por la que puede variar el precio de las tarifas con un criterio discrecional sin bases objetivas de referencia que conozcan o puedan conocer los usuarios, o decidir unilateralmente los efectos del contrato que razonablemente subsistan después de su terminación[74]. En cuanto a la segunda, se arroga el papel de juez para decidir las responsabilidades que pueden surgir entre los anfitriones y los huéspedes, privando de esa manera a los consumidores del derecho a un procedimiento con todas las garantías procesales y en una jurisdicción distinta a la de su domicilio[75].

Si bien las estipulaciones de este tenor son moneda corriente en los contratos con consumidores, no es nuestra intención efectuar un relevamiento pormenorizado, sino utilizar estos ejemplos a modo de sencilla exposición de qué tipo de servicios resultan ajustados al rol de un intermediario y qué otros no. Las cláusulas de este tipo caen dentro del marco protectorio de la Directiva 93/13/CEE, receptada en el TRLGDCU, donde se reputan como abusivas aquellas estipulaciones que no se hayan negociado individualmente si, pese a las exigencias de la buena fe, causan detrimento del consumidor en desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato[76]. Semejantes cláusulas son nulas de pleno derecho y deben tenerse por no escritas, siendo de aplicación toda la normativa pertinente.

72 Research Group on the Law of Digital Services: "Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms", en Journal of European Consumer and Market Law, 5, N°4, 2016, arts. 11 y 13. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, Bruselas, 15/12/20, COM(2020) 825 final, art. 5.

73 Jiménez Horwitz, M.: "La situación", cit., p. 29.

74 V. términos y condiciones de Airbnb, puntos 11 y 13.5, respectivamente. Disponible en https://www.airbnb.com.ar/help/article/2908/t%C3%A9rminos-de-servicio#6. Sobre el particular, resulta esclarecedora la STJUE 26 febrero 2015 (ECLI:EU:C:2015:127).

75 V. términos y condiciones de Airbnb, puntos 15 y 24.

76 Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, DOCE, L 95/29 de 21/04/93, art. 3.1. TRLGDCU, art. 82.1.

4. ¿Puede exigirse a la plataforma la contratación de un seguro?

Advertimos que entre ciertos autores parece haber acuerdo respecto de que exigir a las plataformas a que contraten un seguro que cubra las eventuales responsabilidades por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de las obligaciones que surgen de la relación subyacente puede ser una pieza clave en la construcción de una regulación de la economía colaborativa[77]. En esa línea, la profesora Estancona Pérez sostiene que la intermediación de la plataforma genera una confianza tal en los usuarios respecto de las obligaciones publicitadas en cabeza del prestador –que se pueden entender aseguradas y comprobadas por la plataforma– que se torna necesario imputarle responsabilidad para el caso de que se produzca un incumplimiento. Lo grafica con el control de la contratación y la vigencia del seguro obligatorio del automotor, cuestión que no puede negarse que resulta relativamente sencilla de supervisar en la actualidad y que brinda una enorme seguridad a los consumidores del servicio de intermediación, que son a la vez destinatarios del subyacente[78].

Desde estas latitudes, creemos que la obligación de contratar un seguro no se corresponde con la naturaleza jurídica del contrato de corretaje ni con el rol de intermediario de la plataforma. El mediador no es responsable por las obligaciones contraídas entre las partes que ha acercado, pues ni siquiera tiene injerencia en él. Además, en cuanto a la confianza y a la apariencia, remitimos a lo que hemos dicho en el punto III.2, en tanto se trata de una cuestión que se encuentra resuelta a nivel jurisprudencial, reconocida por la doctrina y cercana a cristalizarse a nivel normativo[79]. Sin perjuicio de ello, nos manifestamos en favor de que integre una suerte de "código de buenas prácticas" por parte de las empresas que desplieguen una actividad como plataformas colaborativas, pues brindará mayor confianza a los usuarios, pero nunca pudiéndose constituir como una obligación legal.

IV. CONCLUSIONES

A modo de reflexión final, debemos decir que el sistema que propone la economía colaborativa no resulta sencillo de encorsetar dentro del ordenamiento jurídico actual, y prueba de ello son los numerosos conflictos sociales y las disputas jurídicas que se han generado desde su aparición. Sin embargo, dentro de las figuras contractuales existentes, defendemos su inclusión dentro del corretaje o mediación, pues es aquella que mejor recepta su estructura tripartita y la obligación principal de intermediación que ejerce la plataforma, la cual es una

77 Montero Pascual, J. J.: "El régimen", cit., p. 61.

78 Estancona Pérez, A. A.: "Los sistemas de carpooling y su régimen de responsabilidad", en *Revista de Derecho Patrimonial,* N°38, 2015, disponible en https://aranzadi.aranzadidigital.es, p. 30.

79 En la misma tónica, v. Grimaldos García, M. I.: "El contrato", cit., p. 5.

típica de medios. Asimismo, destacamos aquel sector de la doctrina que pugna por la regulación específica del sector, aunque nos mostramos un tanto escépticos respecto de esa posibilidad, al menos en un futuro inmediato.

Consideramos que el servicio que prestan las plataformas es uno típico de la sociedad de la información, por lo que merece especial atención el examen de su actividad, controlando que no se extralimite en su función de mediadora e influya decisivamente en la prestación del servicio subyacente. Para ello, resulta fundamental que la empresa cumplimente con su obligación de información a los usuarios, en especial dejando en claro su rol de intermediaria y que el contrato se celebra entre estos y no con aquella. En caso contrario, no serán de aplicación las exenciones de responsabilidad que prevé la Directiva de Comercio Electrónico, debiendo ser obligada a reparar a la par del usuario que cause un daño.

Destacamos la necesidad aplicar a este tipo de contratos la normativa específica del Derecho del Consumidor, en especial aquellas que refieren a las cláusulas generales de la contratación y de cláusulas abusivas que, tal como hemos expuesto brevemente, son práctica habitual en la materia.

Por último, desalentamos la posibilidad de obligar a las plataformas a contratar un seguro que cubra las eventuales responsabilidades que pudieran surgir en el marco de la prestación del servicio subyacente, cuestión que escapa a las características propias de un intermediario en el marco de un contrato de corretaje.

EL CONSUMIDOR EN LA NÁUTICA DE RECREO

THE CONSUMER IN LEISURE CRAFT

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 254-261

Irene BRUZÓN CID

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: La náutica de recreo y la navegación deportiva en nuestro país, y en casi todos los que cuentan con tantos Kilómetros de costa, representa una importante fuente de ingresos en la economía nacional. Teniendo en cuenta los avances económico-sociales que la continua evolución e incesante crecimiento de la Unión Europea acarrean, no es de extrañar que también sea una de las materias que deba y quiera afrontar en su Agenda. Los motivos los podemos resumir en la amplísima transversalidad que caracteriza a esta rama de la navegación, desde un punto de vista puramente económico: en términos de empleo, como por ejemplo el que generan por los astilleros, el turismo, lo que supone un gran dinamismo con los sectores de hostelería y el Derecho del Consumo. Y desde un punto de vista, cómo no, legal. Se trata de uno de los regímenes jurídicos que más están por desarrollar.

PALABRAS CLAVE: Derecho del consumidor - Náutica de recreo - El consumidor amarrista - El consumidor de chárter náutico – contrato de adhesión – nulidad.

ABSTRACT: *Recreational boating and sports navigation in our country, and in almost all those that have so many kilometers of coastline, represents an important source of income in the national economy. Taking into account the economic and social advances that the continuous evolution and incessant growth of the European Union entail, it is not surprising that it is also one of the matters that it must and wants to face in its Agenda. The reasons can be summarized in the wide transversality that characterizes this branch of navigation, from a purely economic point of view: in terms of employment, such as that generated by shipyards, tourism, which represents a great dynamism with the hotel and catering sectors and consumer law. And from a legal point of view, of course. It is one of the legal regimes that are most to develop.*

KEY WORDS: *Consumer law - Recreational boating - The mooring consumer - The consumer of nautical charter – adhesion contract – nullity.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONTRATO DE AMARRE COMO CONTRATO DE ADHESIÓN. III. LA EXTENSIÓN DEL PRINCIPIO DE BUENA FE. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

En este ámbito, la incidencia de la tutela de Derecho del Consumo se refleja en la multiplicidad de relaciones contractuales que pueden tener lugar en este sector entre los usuarios de dársenas deportivas, considerados consumidores en virtud del art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes Complementarias. Entre ellas, destacan, por un lado la que tiene lugar entre el consumidor amarrista y la empresa que explote la dársena deportiva (así definido por la celebración del contrato de amarre con los gestores del puerto deportivo, que más adelante expondremos con detenimiento); en segundo lugar, la que ocurre entre cualquier consumidor o usuario ante la contratación de un chárter náutico[1], es decir, un arrendamiento náutico[2], y por último, la que se da entre los mismos empresarios titulares del chárter y los que exploten la concesión deportiva, a través de la contratación de cualquier servicio relacionado con la náutica, como puede ser el contrato de amarre, otra vez, para su flota, servicio de pantalanes de carga y descarga, arrendamiento de locales destinados a actividades náuticas, etc.

Nos detendremos en esta sede, en la primera relación contractual que hemos citado, el contrato de amarre, debido a su interesante desarrollo jurisprudencial, el cual se está basando en la variada y nada unánime interpretación doctrinal existente sobre la naturaleza jurídica de este contrato, factor determinante sobre el impacto de la tutela jurídica del consumidor amarrista, como veremos a continuación.

1 Las posibilidades de contratación en cuanto a sujetos son varias: puede celebrarse un chárter náutico entre dos particulares, entre dos empresarios, y, lo más habitual, entre un empresario y un consumidor; considerada la parte débil de la relación negocial necesitada de mayor protección y tutela – debido especialmente al desequilibrio en términos de información-. En este sentido, muy consciente de la propagación de este tipo de contrato con consumidores, creemos que el legislador se ha mostrado acertado añadiendo (en la medida de lo posible, teniendo en cuenta la esencia mercantilista y la arquitectura de la norma) en la LNM la Disposición adicional quinta donde se remite a la sumisión voluntaria de sus conflictos al sistema arbitral de consumo o a otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos.

2 Tal y como lo define el art.307 de la LNM, por el contrato de arrendamiento náutico el arrendador cede o pone a disposición del arrendatario, a cambio de precio, un buque o embarcación por un período de tiempo y con una finalidad exclusivamente deportiva o recreativa.

• Irene Bruzón Cid
Doctora en Derecho del Consumidor por la Universidad de Salamanca y Universidad de Perugia; colaboradora en ésta última en la cátedra de Diritto dei Contratti d'impresa, como miembro comisión de examen; Gerente de Marina Hércules S.A. Ceuta, España.

II. EL CONTRATO DE AMARRE COMO CONTRATO DE ADHESIÓN.

Se trata de una figura atípica en nuestro ordenamiento. Lo mismo sucede en otros similares, como el italiano; a pesar de la evidente necesidad de su tipificación y regulación. Si bien es cierto que estamos ante un tipo de acuerdo complejo por el escenario en el que se desarrolla, afectando trasversalmente diversas áreas del Derecho[3], creemos que no hay, hoy en día, motivo alguno que justifique la dejadez tanto de la doctrina como del legislador en este específico concepto. De hecho, aunque tampoco en la República italiana aprovechasen la promulgación del "Codice da diporto" para introducir la figura en el mismo, al menos, tanto doctrina[4] como jurisprudencia[5] han llevado a cabo una amplia labor en este sentido; que ha servido, de hecho, de inspiración para los juristas españoles[6].

Éstos últimos, partiendo de las ideas de sus colegas ítalos, han definido el contrato de amarre como el contrato a través del cual un gestor-concesionario de un puerto deportivo, otorga a otro (el amarrista o usuario), durante un periodo de tiempo determinado, el derecho a ocupar una lámina de agua (puesto de atraque o amarre) con una embarcación; y al derecho de uso de las estructuras portuarias y sus servicios inherentes y necesarios para la embarcación, a cambio del pago de una contraprestación (tarifa de amarre).

No obstante, otorgar una definición no resuelve el problema que presenta su atipicidad, puesto que es necesario delimitar su naturaleza jurídica[7] para poder determinar la disciplina aplicable y su régimen jurídico. Para ello hay un primer paso, que es el de esclarecer si el vínculo que existe entre el gestor portuario con el amarrista es de naturaleza pública o privada, y en este sentido, doctrina y

3 Como afirma De Villa, D. R. R. en El contrato de amarre en puerto deportivo. bfd: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, 2004, 25, p. 116, se trata de un ámbito "a caballo entre el Derecho del turismo, el Derecho del mar, el Derecho de las obligaciones y contratos e incluso el Derecho administrativo".

4 Realmente abundante en este campo, destacan: Antonini, A. Il contratto di ormeggio. Diritto Marittimo, 1999, 1067; Gaggia, A. Il contratto di ormeggio. Antonini A. (a cura di), Trattato breve di diritto marittimo, 4: 173; Antonini A. Dal contratto di ormeggio al contratto di locazione di posto barca. Diritto dei Trasporti, 2009, 109; Badagliacca, M. "Il contratto di ormeggio, Il diporto come fenomeno diffuso". Problemi e prospettive del diritto della navigazione. Aracne, Rome (2015): 199-215; Claroni, A. Il contratto di ormeggio nella portualità turistica. Bonomo libreria, 2004; Lantieri, G. Il contratto di ormeggio. Diritto & Diritti, ISSN, 1127-8579; Verde L., Il contratto di ormeggio tra diritto pubblico e diritto privato; La torre, U. Ormeggio di Nave (Studi in onore di Gustavo Romanelli). Giuffrè, Milan, 1997, 726; Comenale Pinto M.M, In torno alla natura e al contenuto del contratto di ormeggio, Diritto dei Trasporti, 2000. Y, para una perspectiva de Derecho comparado: Padovan, A.; Lavall Petit M.V.; Casciano, D. Marina Operator Berthing Contracts from a Comparative Law Perspective. Revista de derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal, 2019, 23: 39-97.

5 La tendencia es la de afirmar y reconocer la necesidad de tutelar el contrato. En este sentido v. Cass., Sez. III civile, 21.10.1994, n. 8657, Cass., sez. III civile, 1.6.2004 n. 10484 y, más reciente, Tribunale Livorno, 25.9.2018, n. 970.

6 Contamos con las aportaciones de De Villa, D. R. R ob.cit.; Lavall Petit M.V. El régimen jurídico del contrato de amarre en los puertos deportivos, en El derecho marítimo de los nuevos tiempos. Thomson Reuters-Civitas, 2018. p. 689-712; y una nota a la STS de 20 de febrero de 1999 de C.Salinas Adelantado, Contrato de amarre, RGD, núm.668, mayo de 2000, p.6221.

7 Argumento que no encuentra unanimidad ni doctrinal ni jurisprudencialmente. En este sentido la SAP de Granada (Sección 3ª) de 13 de septiembre de 1999; AC 1999/2054.

jurisprudencia entienden que si la gestión es indirecta estamos ante un contrato privado[8], bilateral, oneroso, y sin requisito de forma escrita (aunque la inmensa mayoría se rijan por esta formalidad). No obstante, en él confluyen caracteres de los más diversos contratos, como pueden ser el de arrendamiento de cosas[9] o servicios, de depósito, de suministro u hospedaje[10].

Bien, ¿cuáles son las implicaciones de todo lo anterior en el Derecho de Consumo y sobre el consumidor de la náutica de recreo? La identificación del contrato de amarre con un contrato de adhesión, lo que conlleva una serie de consecuencias, como que por ejemplo las cláusulas estipuladas en el cuerpo contractual puedan someterse a controles de transparencia que pudiesen determinar la nulidad de las mismas por ser abusivas.

La problemática que queremos plantear, y que se da en la práctica de la inmensa mayoría de este tipo de contratos, es el caso en el que una de esas cláusulas fuese una exención de responsabilidad por daños, robos o hurto, en la embarcación, de la misma embarcación o los bienes que en ella se pudiesen encontrar. Cláusula que está estrecha y directamente ligada a la naturaleza jurídica que se le otorgue a este contrato, pues si el contrato de amarre viene considerado un depósito, la custodia estará, como hemos visto, implícita; de lo contrario, de no haberla, no podrá ser exigida ni reconocido el deber de vigilancia del bien en cuestión.

Es decir, es la aproximación del contrato de amarre al contenido del contrato de depósito el eje en torno al cual gira la disputa. En nuestra opinión, es conveniente aclarar que quizás ese enfoque no es del todo correcto si tenemos en cuenta que el contrato de depósito[11] encuentra su razón de ser en la entrega del bien mueble del que se trate, con la finalidad, que constituye el objeto de este contrato, de guardar y custodiar el bien.

Por el contrario, el contrato de amarre es la cesión de un Derecho de uso de una plaza de atraque en un espejo de agua determinado[12]; pero no existe como

8 Así lo suelen estipular además el contenido de las leyes autonómicas, como por ejemplo sucede con el art. 54.6 de la Ley de Puertos de la Generalitat Valenciana.

9 En este sentido, a pesar de que haya Reglamentos de explotación como el del Real Club Mediterráneo de Málaga, que efectivamente lo identifiquen como contrato de arrendamiento de cosa en virtud del art. 1543 del CC; como bien sostiene La Torre, esta categoría contractual se demuestra incompatible con el amarre, puesto que no pueden realizarse arrendamientos de cosas sobre bienes de dominio público; V. La Torre U., Ormeggio di Nave, op.cit., p.735 y 736.

10 En Lavall Petit M.V., Los Puertos Deportivos, Tratado de la navegación deportiva y de recreo, p.276, encontramos una referencia jurisprudencial en este sentido, en concreto la SAP de Barcelona de 9 de Julio de 2015, Sección 13. Sobre las distintas vinculaciones según el régimen de concesión: Zambonino Pulito, M. El nuevo marco de los Puertos deportivos: el régimen de las concesiones. Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública, 2010, 77, p.92.

11 Regulado en los artículos 1.758 y siguientes del Código Civil.

12 Interesante resulta la postura de la SAP de Valencia (Sección 7ª) de 8 de Noviembre de 2010, JUR 2011/164081, en la que el Juez afirma que si lo que se ha llevado a cabo es un contrato de marina seca-varadero, o lo que viene a ser un contrato de invernaje de la embarcación, en tal caso el contrato «es

tal una entrega de la embarcación al gestor portuario para que la custodie, no es ese el fin, ni es el contrato de amarre un contrato real[13].

Volviendo, entonces, al reconocimiento la nulidad de la cláusula de exoneración por parte de un órgano judicial, ésta responsabiliza automáticamente a los concesionarios, siendo, desde nuestro punto de vista, bastante discutible esta postura, entre otras razones, porque no podemos olvidar que esas cláusulas que aparecen en los contratos de amarre, derivan del contenido de un Reglamento de Explotación, cuyo contenido, a su vez, ha sido sometido a control de revisión y aprobado por los Pliegos de Condiciones de la concesión administrativa, otorgada por las Autoridades Portuarias competentes.

Bien, en virtud de este planteamiento, traemos a colación la SAP de Cádiz (sección 6º, Ceuta) 27 de marzo de 2012; en la que, además de la referencia al contrato de amarre como contrato de adhesión: *«Debe recordarse que nos hallamos ante un contrato de* adhesión en el que existe una absoluta desproporción en la posición de las partes. La titular de la explotación de la dársena deportiva goza de una posición dominante respecto del propietario de una embarcación que necesita amarrar en la dársena de que se trata (no existe otra posibilidad en esta Ciudad). Esa posición de inferioridad es evidente y se resume en la conclusión de que si no acepta las condiciones unilateralmente redactadas (tipo) por la demandada en el contrato no hay amarre»; se declara en el fallo, el cual desestima el recurso, que «El Juez 'a quo' señala con acierto que la exclusión del servicio de vigilancia y seguridad de las embarcaciones amarradas, desplazándolo a supuestos de negligencia grave, constituye la introducción de una cláusula abusiva que como consecuencia de lo dispuesto en el art. 83 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (texto refundido RDL 1/2007) ha de ser considerada nula. Y es que efectivamente, la estipulación 'quinta' del contrato, en que funda la demandada la improcedencia de la acción ejercitada por el demandante, limita un derecho básico del usuario[14]».

Entendemos, a nuestro parecer, que la argumentación de este órgano judicial fue más bien escueta, sin llegar a profundizar en las corrientes doctrinales que se encuentran tras la misma, y que analizamos brevemente en el siguiente epígrafe.

absolutamente coincidente con un depósito, que por Su propia naturaleza (…) conlleva la responsabilidad por custodia». Si bien nos parece absolutamente indiscutible este supuesto; el hecho de que haya especificado que en este específico caso estamos ante un contrato de depósito, quiere decir que de no ser así, es decir de no tratarse de invernaje, la posibilidad de que el contrato de amarre no se puede aproximar al de depósito, existe.

13 Villa, p.123. De la misma postura, Zambonino Pulito, M., Intorno alia natura e al contenuto del contralto di ormeggio, DT, 2000, p.899. Comparte tal planteamiento Di Giovanni, C., Questioni attinenti alia natura giuridica del contratto di ormeggio, DT, 1995, pp. 806-809.

14 Del mismo tenor la SAP de Sevilla (Sección 2ª) de 10 de Marzo de 2000.

III. LA EXTENSIÓN DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE.

Una vía para justificar, ante la falta de tipicidad del contrato y la carencia de una delimitación de su naturaleza jurídica, las posturas jurisprudenciales del mismo tenor que la citada anteriormente, es la proyección del principio general de la buena fe[15] como fuente integradora del contrato; puesto que ello implica el nacimiento de una serie de deberes y obligaciones especiales de conducta, incluso la ampliación de los que las partes hayan pactado expresamente[16]. Nos encontramos, por tanto, en un supuesto interpretativo que va más allá del principio general de la autonomía de la voluntad de las partes, puesto que se reconoce el nacimiento de nuevas obligaciones no contraídas ni estipuladas expresamente o una extensión de las que sí se han pactado.

Para llegar a la clave de la cuestión, no examinaremos en profundidad todo el desarrollo doctrinal y jurisprudencial de este vasto argumento, y nos limitamos, por ello, a esclarecer como el planteamiento que acabamos de exponer ha encontrado oposición incluso en el Tribunal Supremo[17]. El mismo, si bien reconoce que el principio de buena fe como fuente integradora del contrato supone otorgarle una cumplida efectividad en orden a la realización del fin propuesto[18]; por otro lado, afirma que la expansión de los deberes contractuales al amparo del art.1258 debe ser lo más restringida posible, dado que no puede escindirse el contenido del art.1283, en virtud del cual "cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar". El espíritu de este artículo puede traducirse en que efectivamente presupone la no exigibilidad de determinadas obligaciones.

No obstante, hay quienes encuentran argumentos en contra de esta aplicación restrictiva, entendiendo que la misma pierde valor cuando se trata de condiciones generales de la contratación (adhesión), puesto que no existe como tal una voluntad común o pacto real sobre los intereses de ambas partes. Es decir, no sería coherente invocarla en cláusulas estipuladas unilateralmente.

IV. CONCLUSIONES.

Tras todo lo expuesto anteriormente, las conclusiones podemos resumirlas en una única reflexión: la necesidad inminente de otorgar una naturaleza jurídica al

15 Según el art.1258 del Código Civil: "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley".

16 Diez Picazo, L., Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, vol. I, 6.ª ed., Navarra, 2007, p.63

17 SSTS 3 de Diciembre de 1991, RJ/1991/8906; SSTS 17 de Febrero de 1996, RJ/1996/1408.

18 18 Argumento desarrollado muy bien desarrollado en Mato Pacín, M. N., Cláusulas abusivas y empresario adherente, 2015, p.397 y ss.

contrato de amarre con su consciente tipificación resolvería el principal problema que se nos presenta, y es la aplicabilidad de un mismo derecho, de manera desigualitaria, en virtud de las distintas interpretaciones jurisprudenciales que conviven en este ámbito.

Uno de los argumentos que se han barajado es que el hecho de que los Reglamentos de explotación de las dársenas deportivas prevean una cláusula de exoneración de responsabilidad por los hurtos, robos, o en resumen, daños que se pudieran ocasionar a las embarcaciones, presupone en sí la existencia de ese deber de vigilancia y custodia; y se trata de un planteamiento que no compartimos, y que además creemos podría debatirse siguiendo su misma lógica: todas las embarcaciones están aseguradas[19], en la inmensa mayoría de los casos, por supuesto contra robos; pudiendo entonces, en virtud de lo anterior, presuponer este hecho el reconocimiento de que no recae sobre el gestor portuario un deber de vigilancia sobre el bien, que, reiteramos, no ha sido concedido en depósito.

En definitiva, la controversia perdurará mientras que la necesidad de otorgar un contenido esencial e inconfundible al contrato de amarre no sea una prioridad jurisprudencial o legislativa. Lo cierto es que esta situación genera, en términos de resultado, desigualdades. Hablamos de un Derecho aplicable que no tendrá las mismas repercusiones para los sujetos tutelados.

Por un lado, que el contenido de los Reglamentos de Explotación y policía portuaria no sean iguales, es algo que debería cambiar rápidamente para homogeneizar y armonizar el uso de las dársenas deportivas en territorio nacional con un contenido mínimo esencial de los mismos que fuese común a todos; y, por otro, la discrecionalidad interpretativa de la naturaleza de este negocio jurídico por parte de la Jurisprudencia debe encontrar un punto en común para evitar que el juicio de idénticos o muy similares supuestos de hecho, acaben emitiendo fallos completamente contrarios.

19 Además del seguro obligatorio de responsabilidad civil extracontractual regulado por el RD 607/1999, de 16 de Abril, BOE núm.103, de 30 de Abril de 1999.

LOS CONTRATOS EN MATERIA DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA: ESPECIAL TRATAMIENTO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LAS DONACIONES DE GAMETOS Y EN EL DESTINO DE LOS EMBRIONES CRIOCONSERVADOS

CONTRACTS IN THE MATTER OF ASSISTED HUMAN REPRODUCTION: SPECIAL TREATMENT OF THE AUTONOMY OF THE WILL IN THE DONATIONS OF GAMETES AND IN THE DESTINATION OF THE CRYOPRESERVED EMBRYO

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 262-287

Laura
FERNÁNDEZ
ECHEGARAY

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: A pesar de que en nuestro país la autonomía privada preside la regulación principal en materia de contratos, ésta se encuentra ampliamente condicionada a la hora de suscribir acuerdos en materia de reproducción humana asistida. En consecuencia, es la Ley 14/2006, de 26 de mayo, la que establece ineludiblemente las pautas y requisitos que deben cumplir las partes intervinientes. De esta forma, las donaciones de gametos llevadas a cabo en nuestro país, o la toma de decisión sobre el destino que habrá de darse a los embriones crioconservados, están absolutamente marcados por la ley, dejando un escaso margen de actuación a las clínicas y usuarias que participan en estas prácticas. Por ello, en el presente trabajo, analizaremos cuáles son esos límites legales, al tiempo que plantearemos el correspondiente debate relativo a una posible reforma legislativa que amplie esa autonomía privada.

PALABRAS CLAVE: Autonomía privada, límites, reproducción, donación, embriones.

ABSTRACT: *Despite the fact that in our country private autonomy presides over the main regulation on contracts, this is largely conditioned when signing agreements on assisted human reproduction. Consequently, it is Law 14/2006, of May 26, which inevitably establishes the guidelines and requirements that the intervening parties must comply with. In this way, gamete donations carried out in our country, or decision-making on the destination to be given to cryopreserved embryos, are absolutely set by law, leaving little margin for action to clinics and users. who participate in these practices. For this reason, in the present work, we will analyze what these legal limits are, while we propose the corresponding debate regarding a possible legislative reform that extends this private autonomy.*

KEY WORDS: *Private autonomy, limits, reproduction, donation, embryos.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. CUESTIONES DERIVADAS DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN LA LEY 14/2006 DE 26 DE MAYO: LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES. 1. La donación de gametos: *A) La selección del donante de gametos. B) Protección del anonimato del donante de gametos*. 2. Los acuerdos de crioconservación de embriones sobrantes: *A) La regulación jurídica del embrión en la legislación española. B) Especial tratamiento del descarte voluntario de los embriones sobrantes por parte de la propietaria/os.* BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como punto de partida los distintos acuerdos contractuales que en materia de reproducción humanan asistida pueden celebrarse hoy en día en España. Estos acuerdos adquieren especial importancia desde el momento en que, actualmente, a nivel mundial, la infertilidad genera un serio problema. La Organización Mundial de la Salud (OMS) contempla la esterilidad como una enfermedad del sistema reproductivo, caracterizada por la no consecución de un embarazo clínico tras veinticuatro meses manteniendo relaciones sexuales de manera habitual sin anticoncepción[1]. Este plazo ha sido reducido por la Sociedad Europea de Fertilidad (ESHRE) que, en 1996, la consideró como la incapacidad de lograr un embarazo tras doce meses intentándolo a través de relaciones sexuales sin protección[2]. Esta anomalía física afecta a un porcentaje de entre el 15% y el 20% de las parejas en edad reproductiva. Esto conlleva que el impacto mundial se sitúe en más de setenta millones de parejas afectadas. Sin embargo, hay que indicar que sólo el 56% de ellas busca ayuda[3]. Según datos de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF), la esterilidad afecta a una de cada diez parejas. Esto se traduce en que en España existen unas 800.000 parejas con problemas de esta índole[4] y,

1 Zegers-Hochschild, F.: "The international Committee for Monotoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO)", Revised Glossary on ART Terminology, *Human Reproduction*, núm. 24, 2009, pp. 2683-2687.

2 López Gálvez, J.J., Moreno García, J.M.:" "¿Industria de la fertilidad o respuesta a la búsqueda del hijo biológico?" En *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Boletín del Ministerio de Justicia, Monográfico, Año LXIX, núm. 2179, junio 2015, p. 241.

3 Boivin, J.: "International estimates of fertility prevalence and treatment-seeking: potential need and demand for infertility medical care", *Human Reproduction*, núm. 22, 2007, pp. 1506-1512. En López Gálvez, J.J, Moreno García, J.M.: "¿Industria de la fertilidad", cit, p. 241.

4 Es evidente que uno de los factores que más condiciona esta situación es el acceso cada vez más tardío de las mujeres a la maternidad. En el momento del nacimiento, las mujeres tienen alrededor de tres o cuatro millones de folículos primordiales. Alrededor de los treinta y siete años, esa reserva ha disminuido a veintisiete o veintiocho mil. A esto hay que añadirle la pérdida de su calidad. Esta situación provoca un aumento abortos o malformaciones. El hecho de que la esperanza de vida en España sea cada vez más longeva, el alarmante descenso de la natalidad y que la edad media de las mujeres que buscan un embarazo por primera vez se sitúe en los 32-33 años, hace que nuestra situación sea verdaderamente preocupante. En López Gálvez, J.J, Moreno García, J.M.: "¿Industria de la fertilidad", cit., p. 242.

• Laura Fernández Echegaray
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil Universidad de Cantabria. Laura.fernandez@unican.es.

en consecuencia, el número de nacimientos asistidos que tienen lugar en nuestro país representa aproximadamente un 3%[5]. Dicho lo anterior, debemos poner de manifiesto que una de las cuestiones que mayor interés genera surge del hecho de que, tras la realización de un ciclo de reproducción asistida, en la gran mayoría de los casos, van a restar embriones fecundados. En definitiva, al no ser implantados de inicio se requerirá su crioconservación al objeto de poder ser utilizados para un posterior ciclo reproductivo asistido. La preocupante consecuencia de lo anterior reside en que, en la actualidad, en España, existen aproximadamente cincuenta mil embriones congelados en centros o bancos autorizados[6].

En relación con el margen de autonomía privada que poseen las partes en este tipo de acuerdos y que, en definitiva, les puede permitir decidir acerca de las posibles condiciones de contratación, debemos decir que nos encontramos con un límite absoluto en su actuación. Estos contratos se tramitan realmente en base a documentos tipo en los que ya están presentes las exigencias puramente legales. Las clínicas reproductivas ya cuentan con impresos reglados de emisión del necesario consentimiento informado que deberán prestar tanto la usuaria como su pareja, en caso de tenerla. En definitiva, nada es objeto de debate o negociación voluntaria. La usuaria en realidad contrata un servicio de carácter genérico y, en contraprestación, la clínica recibirá una remuneración que puede variar dependiendo del centro elegido. De lo que no hay duda es de que ese pacto descansa sobre la emisión de los consentimientos recíprocos que formulan ambas partes. Tengamos en cuenta que en ese acuerdo también tendrán que estar presentes el resto de los elementos esenciales que, de acuerdo con la teoría general del contrato, se exigen en nuestro ordenamiento jurídico[7]: un objeto o servicio específico y una causa basada en el fin común propuesto por las partes. Ello nos lleva a afirmar que, efectivamente, nos encontramos ante un contrato.

Teniendo en cuenta lo anterior, vamos a centrarnos en analizar la autonomía privada que las partes tienen otorgadas en estos contratos y, de igual forma, en las limitaciones que impone el ordenamiento jurídico español. Como veremos, en realidad, lo que hace en mayor medida es secuestrar la libertad de las partes a la hora de poder decidir respecto a las condiciones de contratación. Además de ello, dedicaremos una especial atención a los contratos derivados de la necesaria crioconservación de los embriones sobrantes que restan tras la finalización de un ciclo reproductivo asistido. Cuestiones como cuáles son los destinos que pueden otorgarse a esos embriones, quién decide qué es lo pertinente respecto a ellos o qué campo de actuación se concede a las partes a la hora de adoptar

5 Matorras, R, Hernández, J.: *Estudio y tratamiento de la pareja estéril: recomendaciones de la Sociedad Española de Fertilidad*, Adalia, Madrid, 2007.

6 Registro de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF), Datos del Registro. (https://registrosef.wordpress.com/2014/06/25/datos-registro-sef-2012/).

7 Artículo 1261 CC.

decisiones sobre el futuro de esos embriones, serán clave a la hora de resolver la problemática actual relativa esta materia.

Para ello resulta indispensable comenzar analizando cómo se encuentra actualmente el panorama legislativo correspondiente a esos acuerdos en materia de reproducción humana asistida.

II. CUESTIONES DERIVADAS DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN LA LEY 14/2006 DE 26 DE MAYO: LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

La legislación actual aplicable a esta materia descansa en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHAS)[8]. El objeto y ámbito de aplicación de esta norma[9] se centra en una serie de prácticas artificiales, científica y clínicamente acreditadas, dirigidas, por un lado, a la obtención de nacimientos asistidos, y por otro, a la prevención o tratamiento de enfermedades de origen congénito. A su vez, como tercer fin contemplado, esta norma regula los supuestos concretos en los que puede desarrollarse la utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados.

Fue a lo largo del siglo XX cuando la reproducción asistida se fue desarrollando como una extraordinaria explosión científica que hizo que algunos autores lo calificaran como el "siglo de la ciencia"[10]. Se habló de la denominada "revolución biotecnológica" gracias a la cual, autores como Núñez de Castro, entendieron que "se ha podido entrar en el comienzo, desarrollo y fin de la vida humana"[11]. En 1978, coincidiendo con el nacimiento en Reino Unido de Louis Brown, primera niña fruto de la fecundación in vitro, se creó en España el primer banco de esperma. Sin embargo, no fue hasta 1984 cuando tuvo lugar en nuestro país el primer nacimiento de este tipo. Concretamente, se trató de Victoria Anna Perea, nacida en el Instituto Dexeus, de Barcelona[12].

Como era de esperar, la creciente práctica de estas técnicas aconsejó alcanzar una regulación jurídica apropiada en la que los poderes públicos

8 BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

9 Artículo 1 LTRHA.

10 Souto Paz, J.A.: "El informe Palacios y la Ley de Reproducción Asistida", En *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de las reformas*, Dialnet plus, 2006, p. 187.

11 Núñez de Castro, I.: "Respecto a la vida humana y a su integridad personal", *IV Congreso Nacional de Reales Academias de Medicina*, Murcia, mayo 1985, p. 85.

12 Victoria Anna Perea nació el 12 de julio de 1984 en el Institut Dexeus de Barcelona, con un peso de 2.470 kg. Los doctores que intervinieron en el proceso de reproducción fueron la Dra. Anna Veiga y el D. Pedro. N. Barri. (http://www.20minutos.es/noticia/2190616/0/primer-bebe-probeta-espana/victoria-anna/cumple-30-anos/). Como curiosidad, decir que el segundo de los nombres que le pusieron fue en nombre de la Dra. Anna Veiga, quien siguió el proceso reproductivo desde los inicios hasta el parto.

pudieran establecer límites y pautas a la libertad de práctica científica. De esta forma se creó la Comisión Especial de Estudio sobre la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humanas[13]. Su objetivo fue poder ofrecer al legislador un estudio de calidad acerca de los problemas que podían generarse en relación con estos avances tecnológicos. A través de la elaboración de recomendaciones se le pudo instruir y orientar de cara a la creación de un marco legal adecuado y necesario. Esto permitió situar a España a la cabeza, convirtiéndose en uno de los países pioneros en la regulación de esta materia[14]. Participantes de esa Comisión como Souto Paz, defendieron que "lo que es posible desde un punto de vista biológico debe serlo también desde un punto de vista social y jurídico"[15]. De esta forma, se entendió que tanto la pareja institucionalizada, como la pareja de hecho, o la mujer soltera, debían tener derecho a acceder a estas técnicas reproductivas. En consecuencia, ya la pionera Ley 35/1988, de 22 de abril, de Técnicas de Reproducción Asistida (LTRA)[16] recogía en su artículo 6 que "Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente Ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquellas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar". Únicamente en el caso de estar casada, y no encontrarse separada o divorciada, se precisa el consentimiento del marido.

Aquella progresista Ley de 1988 fue derogada con ocasión de la entrada en vigor de la señalada LTRHA 2006. De acuerdo con su contenido y ámbito de aplicación, vamos a tratar algunas de estas técnicas, así como los cauces contractuales a través de los cuales se llevan a cabo entre las clínicas y usuarias intervinientes. No olvidemos que partimos del hecho de que el artículo 1254 del Código Civil (CC) indica que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar un servicio. En estos casos, solemos encontramos ante contratos de arrendamiento de servicios, a través de los cuales, la clínica llevará a cabo la prestación a la que se compromete. De igual forma, la usuaria deberá entregar la cantidad pactada en concepto de remuneración. Así se desprende de la literal aplicación del artículo 1543 CC que indica que, en el arrendamiento de servicios, una de las partes se obliga a prestar a la otra el servicio por un precio cierto.

13 Inicialmente se denominó "Comisión Especial de Estudio sobre la Fertilización Extracorpórea", a través del Acuerdo de la Cámara, de fecha 2 de noviembre de 1984, pero la restricción de esta denominación hizo que cambiara de nombre.

14 Esta Comisión Especial contó con un representante de cada uno de los grupos parlamentarios existentes en el Congreso de los Diputados, y fue presidida por el parlamentario del Grupo Socialista, Marcelo Palacios Alonso. Este dato refleja que el informe final de la Comisión, de absoluta relevancia en la materia, sea conocido como "Informe Palacios". De igual forma, se invitó a participar a treinta y seis personalidades de varias áreas de conocimiento como biólogos, ginecólogos, juristas y filósofos. Finalmente, el Informe fue debatido y aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, en fecha 10 de abril de 1986.

15 Souto Paz, J.A.: "El informe Palacios", cit., p. 191.

16 BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988.

Antes de continuar, creemos pertinente catalogar desde una perspectiva general las distintas técnicas que hoy en día están permitidas en nuestro ordenamiento jurídico. Dependiendo de la necesidad del caso concreto, tal y como señalan López Galván y Moreno García, encontramos las siguientes[17]:

1) Inseminación artificial (IA)[18]: se trata de una técnica relativamente sencilla que suele ser utilizada cuando la calidad del esperma es discutible. Los espermatozoides se seleccionan en laboratorio y se introducen en el interior del útero en un momento propicio para lograr el embarazo. La procedencia del esperma puede corresponder al varón de la pareja receptora o de un donante[19].

2) Fecundación in vitro (FIV)[20]: es la técnica más común. El óvulo y el espermatozoide, en vez de unirse en las trompas de Falopio, se fusionan en el laboratorio. Una vez realizada la fecundación externa, el embrión o embriones obtenidos se implantan en el útero para su gestación interna.

3) Microinyección espermática (ICSI)[21]: es una variante de FIV que consiste en la inyección directa de un solo espermatozoide en el interior del citoplasma del óvulo seleccionado. En la actualidad es la técnica más exitosa contra la esterilidad masculina.

4) Crioconservación de gametos o embriones: como ya se ha señalado, con el uso de las técnicas anteriores es normal que se obtengan más embriones de los necesarios. Los sobrantes, en principio, se congelan con el objetivo de poder ser utilizados en futuros intentos de embarazo por parte de la pareja que los generó.

5) Crioconservación de ovocitos o tejido ovárico: consiste en la extracción de los óvulos o tejido de una mujer con el objeto de ser congelados. Se denomina vitrificación y, de esta forma, se obtienen óvulos en edad fértil que, en un futuro, pueden ser posteriormente implantados en el útero de su propietaria en el

17 López Gálvez, J.J., y Moreno García, J.M.: "¿Industria de la fertilidad", cit., p. 243.

18 El Doctor González Utor lo define como "la introducción de espermatozoides en el tracto reproductor femenino, de manera artificial, para la consecución de una gestación", González Utor, A., L.: "Comentario científico", En *Comentarios científicos-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Dykinson, 2007, p. 41.

19 Se denomina "inseminación artificial conyugal" en el caso de que sea desarrollada a partir de los espermatozoides del miembro masculino de la pareja. En el caso de que intervenga la aportación de donante de gameto se denomina "inseminación artificial de donante".

20 Como ya hemos señalado, el punto de partida realmente funcional en materia de fecundación "In Vitro" se produjo con el nacimiento de Louise Brown, en 1978. Hay que señalar que previamente a este acontecimiento se había logrado el primer embarazo mediante FIV con ovocito humano de manos del equipo de Monash, en 1973, aunque solo duró unos días (actualmente este hecho se conoce como embarazo bioquímico). De igual forma, en 1976 el equipo que logró el nacimiento de Brown (Doctores Steptoe y Edwards) ya había alcanzado un embarazo a través de FIV, aunque resultó ectópico al quedar instaurado en las trompas de Falopio. Véase Steptoe P.C. & Edwars, R.G.: "Reimplantation of a human embryo with subsequent tubal pregnancy", *The Lancet*, abril, 1976. (https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/58146).

21 Lledó Yagüe, F, Ochoa Marieta, C y Monje Balmaseda, O.: *Comentarios científicos-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida. La Ley 14/2006, de 26 de mayo*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 44.

momento en que decida acceder a la maternidad[22]. De esta manera se logra preservar la fecundidad de las mujeres.

6) Diagnóstico genético preimplantacional DGP)[23]: no está dirigida a parejas estériles sino a personas que padecen un alto riesgo de transmitir enfermedades a su descendencia. Previamente se realiza una inyección espermática en el óvulo (ICSI) y, posteriormente, se realiza el análisis de cada uno de los embriones obtenidos a partir de cada inyección. De esta forma, se revela qué embriones portan la anomalía y cuáles no. Estos serán finamente implantados consiguiendo evitar la transferencia enferma

7) Fecundación *"post mortem"*[24]: Nuestra legislación prevé que el esposo o el varón no unido por vínculo matrimonial[25], pueda prestar su consentimiento, sea en escritura pública, documento de instrucciones previas, o a través de testamento, para que su material reproductor, previamente conservado, pueda ser utilizado para fecundar a su esposa o pareja siempre que sea dentro de los doce meses[26] inmediatamente siguientes a su fallecimiento[27].

22 https://embryocenter.es/crioconservacion-de-ovocitos-vitrificacion/

23 Artículo 12 LTRHA.

24 Artículo 9 LTRHA. Sobre la fecundación post mortem véase Fernández Canales, C.: "La fecundación *post mortem* en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida y la problemática jurídica en torno al superpóstumo", En *La maternidad y la paternidad en el siglo XXI*, Comares, Granada, 2015, pp. 33-57.

25 Aunque el artículo 9 LTRHA lleva por rúbrica "Premoriencia del marido*",* el apartado 3 incluye de igual forma al varón no unido por vínculo matrimonial.

26 Entiende Jiménez Muñoz que el plazo de 12 meses señalado por la Ley 14/2006 TRHA es de caducidad. Jiménez Muñoz, F.J.: *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Reus, Madrid, 2012, p. 82. En este sentido, hay que poner de manifiesto que la LTRA 35/1988 recortaba ese plazo a 6 meses.

27 El artículo 9.2 LTRHA establece que" (…) el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento, en documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer". A este respecto, queremos poner de manifiesto que en el Derecho Catalán, a través del Libro Segundo (Persona Familia), del Código Civil de Cataluña (BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010), a través del artículo 238, 8, Apartado 2, recoge que "En la fecundación asistida practicada después del fallecimiento del marido con gametos de éste, el nacido se tiene por hijo suyo si se cumplen las siguientes condiciones: a) que conste fehacientemente la voluntad expresa del marido para la fecundación asistida después del fallecimiento. b) Que se limite solo a un caso, incluido el parto múltiple. c)Que el proceso de la fecundación se inicie dentro del plazo de 270 días a partir del fallecimiento del marido. La autoridad judicial podrá prorrogar este plazo por una justa causa y por un tiempo máximo de 90 días". Hay que mencionar que dicha disparidad de plazos, previstos respectivamente en la LTRHA y en el Código Civil de Cataluña, ya han generado algún que otro conflicto normativo. Nos referimos al caso de una ciudadana de vecindad catalana que, tras la muerte de su esposo, recurrió a la fecundación post mortem al contar con la autorización y consentimiento de este para poder utilizar su esperma congelado. Comenzó el tratamiento 6 meses después del fallecimiento y, por infortunio, no se logró un embarazo satisfactorio después de tres intentos. Esto agotó los 12 meses que permite la LTRHA 2006 a nivel nacional. Puesto que se había caducado el plazo, tuvo que pedir autorización judicial para que la clínica de reproducción pudiera realizar el cuarto intento. El Juzgado de Primera Instancia núm. 47 de Barcelona, en el mes de marzo de 2017, autorizó la técnica al entender que se había iniciado dentro de los 270 días después de la muerte del esposo, tal y como exige la legislación catalana. (https://www.lavanguardia.com/vida/20170324/421132344320/juicio-fecundacion-post-mortem-hijo-esposo-muerto.html).

8) Donación de gametos: A través de las llamadas técnicas heterólogas se pretende lograr un nacimiento asistido partiendo de la utilización de material genético aportado por donante[28] (tanto de esperma como de óvulos)[29].

Lo cierto es que, de todas ellas, a la hora de tratar el margen de la autonomía de la voluntad de las partes, adquieren una llamada especial tanto la donación de gametos como la crioconservación de embriones sobrantes. Debemos tener presente que en materia contractual el artículo 1255 CC señala que "los contratantes pueden establecer los pactos clausulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público". En base a ello, en estos casos, podríamos plantearnos el hecho de que fueran las propias usuarias las que pudieran seleccionar personalmente a los donantes de esperma, o a las donantes de óvulos. Al fin y al cabo, no olvidemos que éstos van a intervenir directamente en el proceso de creación de su propio hijo. De igual forma, podemos preguntarnos si pueden ser los propios "propietarios" de los embriones crioconservados los que decidan, en todo caso, qué destino quieren otorgarles una vez alcanzada la decisión de concluir su ciclo reproductivo.

Para responder a estas cuestiones debemos partir de la base de que la autonomía de la voluntad privada en este tipo de acuerdos choca con un muro infranqueable que no es otro que la propia Ley de técnicas. Esta norma otorga una rigurosa regulación específica para cada una de las prácticas reproductivas señaladas y, por tanto, marca las condiciones y exigencias que deben presidirlas. Ante esa rigidez, la autonomía de las partes intervinientes no goza prácticamente de margen de movimiento alguno.

28 Hay que indicar que la idea original de conservar el esperma masculino se remonta a Paolo Mantegazza, quien, en 1866, fundó el primer banco de esperma para uso veterinario. Fue en esa época cuando se comenzó a valorar la idea de conservar el esperma de los soldados que marchaban a la guerra con la finalidad de inseminar a sus viudas. Delaisi de Parseval, G. y Janaud, A.: *L, enfanta tout prix*, Seuil, 1983, p.140. Ya en la década de los cincuenta, se perfeccionaron los primeros intentos de congelación de esperma masculino y, llegados los años setenta, comenzó a usarse la donación anónima al intentar reemplazar el esperma defectuoso de un varón por el de otra persona anónima. Roudenisco, E.: *La familia en desorden*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007, pp. 174-178. Fue en Francia, en 1972 cuando se creó el primer Centro de Estudio y Conservación del Semen Humano (CECOS), integrado en la asistencia pública, y cuya misión fue recolectar donaciones anónimas para conservarlas con el fin de asistir a los matrimonios que no podían tener descendencia. Como las sustancias generadas por el cuerpo humano no pueden ser comercializadas (excepto en Estados Unidos) estas aportaciones debían necesariamente ser gratuitas. Ibídem.

29 La donación de material genético con fines reproductivos no es algo novedoso. Las primeras donaciones de esperma experimentadas en tratamientos médicos de infertilidad se utilizaron ya en los inicios de 1970. Osés, R.: "Crioconservación de semen. Aspectos clínicos", *Boletín Informativo de la Sociedad Argentina de Andrología*, vol. 6, núm. 3, 1997 (http:// www.cryo-bank.com.ar/doc-crio. htm).Véase también Osés, R.: « Funcionamiento de un banco de semen en Argentina : 15 años de experiencia en la inseminación con semen de donante», R*evista Reproducción*, Abril, 2004 (https://cryobank.com.ar/wp-content/uploads/2017/12/Sociedad-Argentina-de-Medicina-Reproductiva-SAMeR.pdf), y Osés, R.: «Funcionamiento de un banco de semen en Argentina : 20 años de experiencia en la inseminación con semen de donante», *Revista de Endocrinología Ginecológica y Reproductiva, Saegre indd*, Vol. XIV, núm. 2, julio 2007 (http://www.argentinafertilityservices.com/espanol/osesCV.php).

De esta forma, vamos a analizar algunas de esas técnicas concretas en las que se refleja claramente ese espíritu hermético del legislador.

1. La donación de gametos

Son dos las cuestiones fundamentales sobre las que el legislador impone unos límites, hoy en día, insalvables. Nos referimos, por un lado, al anonimato del donante de gametos y, por otra, a la imposibilidad de seleccionarlo por parte de la paciente que va a someterse a un ciclo reproductivo. El anonimato del donante de gametos fue implantado de inicio en la primera legislación sobre técnicas reproductivas asistidas de 1988. Reproducido en la actual Ley de 2006, el legislador, a través del artículo 5.5, tiende a proteger la identidad del donante en base a dos circunstancias: desligarlo frente a cualquier tipo de responsabilidad derivada de la paternidad y evitar que el descendiente genético del donante pueda ejercitar el derecho a conocer su filiación biológica bajo el amparo del artículo 39.2 de la Constitución española (CE).

Los principales receptores de la donación anónima son matrimonios infértiles y parejas del mismo sexo, ambas mujeres, que desean ser madres. De igual forma, las mujeres sin pareja que quieren ver cumplido su sueño de formar una familia acuden a la donación, constituyendo el 1% de las usuarias[30].

En España, la regulación relativa a estas donaciones es muy rigurosa y garantista[31]. De acuerdo con el artículo 3 de la LTRHA, tanto quienes deseen recurrir a ellas como quienes vayan a actuar como donantes, deberán ser informados y asesorados sobre estas prácticas, en especial sobre sus aspectos biológicos, jurídicos y éticos, así como las condiciones económicas del tratamiento.

30 "¿Quiénes recurren a un banco de esperma para poder tener un hijo *?* «. (http://edant.clarin.com/diario/2001/10/28/s-0540.htm).

31 Cuando el varón anónimo dona su esperma, éste siempre se utiliza crioconservado durante seis meses antes de su uso. Todos los bancos de esperma tienen la obligación de analizar las muestras de los donantes para buscar el posible desarrollo de enfermedades genéticas, anomalías cromosómicas e infecciones de transmisión sexual. En Europa, el procedimiento de selección de donantes está regulado por la Directiva Europea de Tejidos. En este "screening" se analizan el historial médico del donante, de sus hijos, hermanos, padres y abuelos, así como la sangre y orina. Se buscan descartar posibles males como; VIH, HTL V, hepatitis B y C, sífilis, gonorrea o citomegalovirus. También se determina el grupo sanguíneo y los indicadores generales de salud. Se realiza un examen físico completo del donante, así como otro relativo al descarte una posible fibrosis quística o una talasemia, a través de pruebas genéticas. De igual forma, en los casos en que una mujer tiene mala calidad ovócitaria es necesario recurrir a una donante (Revista Reproducción Asistida - https://www.reproduccionasistida.org/donacion-de-semen/)
Se pueden consultar los formularios de consentimiento informado propuestos por la Sociedad Española de Fertilidad (SEF) en (http://nuevo.sefertilidad.com/socios/consentimientos-informados.php), y en cuanto al procedimiento práctico y requisitos relativos a la donación de óvulos, la información que proporciona la Clínica IVI (https://ivi.es/tratamientos-reproduccion-asistida/ovodonacion/)

En cuanto a la regulación legal específica relativa a la donación de gametos y preembriones[32], el artículo 5 LTRHA, contempla como primera exigencia que la donación habrá de realizarse a través de un contrato[33] gratuito, formal y confidencial entre el donante y el centro autorizado. La regla general es de irrevocabilidad, salvo si el donante precisara para sí[34] los gametos donados, y siempre y cuando los mismos sigan estando disponibles. En este caso, deberá el donante devolver los gastos de todo tipo originados al centro receptor.

A pesar de indicarse que la donación debe ser gratuita y no podrá tener carácter lucrativo o comercial, podrá establecerse una compensación económica resarcitoria en base a las molestias físicas y gastos de desplazamiento y laborales. El Ministerio de sanidad, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación.

Hay que indicar que en los últimos años la tasa de admisión de candidatos varones que pretenden donar se ha reducido del 30% al 7%. La razón se achaca a la baja calidad del esperma, generada por los peores hábitos de vida actuales de los españoles[35]. En cuanto a las ovodonaciones, debemos señalar que las donantes suelen tener entre 18 y 35 años[36]. Durante el año 2016, se realizaron en las clínicas españolas 6.400 ovodonaciones. Esta cifra supuso un aumento del 7% respecto al año 2015, y la tasa de éxito se sitúa en el 68%[37]. También hay que dejar constancia

32 No existe un claro perfil del donante de gametos y mucho menos una constatación clara de cuáles son los motivos que le empujan a ceder su material reproductor. Hay un gran número de donantes que se encuadran en el grupo de jóvenes universitarios, los cuales no se involucran en la situación. También se constatan como donantes de gametos, padres o madres de familia que deciden hacerlo al conocer personalmente las historias de gente que ha pasado por una situación de incertidumbre a causa de la infertilidad, o porque ellos mismos tuvieron a sus hijos gracias a estas técnicas. Por lo que respecta a los varones, los donantes suelen tener una edad comprendida entre los 18 y los 35 años. Disponible en "¿Cuál es el perfil del donante de semen?" (https://www.lainfertilidad.com/articulos/cual-es-el-perfil-del-donante-de-semen). Ahora bien, aunque este sea el intervalo de edad que los centros de reproducción asistida barajan para permitir la donación, lo habitual es que acudan jóvenes de entre 18 y 25 años. El motivo en estos casos suele ser económico. De ahí que, alcanzada la edad de los 25 años, en la que se supone que el poder adquisitivo comienza a surgir, la presencia de donantes de esta edad se reduce. (https://www.madreypunto.com/la-eleccion-del-donante-semen/) En países como Francia y Argentina se exige a los donantes haber sido padres previamente para demostrar antecedentes de fertilidad. Se excluye como donantes a personas que hayan tenido relaciones sexuales con individuos afectados con HIV o hepatitis, o que consuman drogas (en especial intravenosas). De igual forma, se rechaza a personas con antecedentes de alcoholismo o que tengan un trabajo con riesgo de afección de HIV, que no sean aptos para donar sangre, o que hayan recibido transfusiones. En algunos centros se exige que no tengan tatuajes o piercings recientes -de 3 a 6 meses previos. (www.fivrecoletos.com/que-debes-saber-para-ser-donante-de-semen.)

33 Artículo 5.1 LTRHA.

34 En la actual LTRHA desaparece la restricción contenida en el artículo 5.2 de la LTRA de 1988, por la que la única causa que podía autorizar la revocación del donante era la infertilidad sobrevenida.

35 https://www.madreypunto.com/la-eleccion-del-donante-semen/

36 Según estadísticas proporcionadas por la Clínica IVI, el grupo de mujeres comprendido entre los 18 y 25 años configuran el más amplio, representando un porcentaje del 62% de las donantes de óvulos. A su vez, las mujeres de entre 26 y 31 años, componen el 29% de las donantes y, finalmente, la franja de edad que oscila entre los 32 y 35 supone el 9% de las donaciones de óvulos. (https://ivi.es/notas/asi-son-las-donantes-de-ovulos-espanolas/).

37 Datos proporcionados por la Clínica IVI. (https://ivi.es/notas/asi-son-las-donantes-de-ovulos-espanolas/)

de que el número máximo de hijos generado a partir de los gametos de un mismo donante no deberá ser superior a seis (artículo 5.7 LTRHA).

A) La selección del donante de gametos

En España, la selección del donante es un proceso realizado exclusivamente por la propia clínica de fertilidad[38]. Sus datos quedan registrados en la clínica por motivos de prevención de cualquier eventualidad futura, pero, ni la receptora ni el donante, pueden conocer datos relativos de la identidad del otro. Cada muestra de esperma se clasifica con un número que se ingresa en un programa de cruzamiento de datos para elegir el donante más compatible en función de las características físicas de la usuaria o pareja receptora. El objetivo es emparejar el fenotipo y aspecto físico de donantes y pacientes. Se busca una homologación fenotípica con la receptora o con su pareja. Se intenta que sea compatible, no sólo con el grupo sanguíneo, sino con el color de piel, cabello y altura. El artículo 6 LTRHA señala que las usuarias de estas prácticas reproductivas deben ser mujeres mayores de edad, con plena capacidad de obrar, que prestan su consentimiento escrito, con independencia de su estado civil[39] u orientación sexual.

En definitiva, como se aprecia, es la protección de la identidad del donante de gametos donde descansa la imposibilidad de que sea la propia paciente la que pueda seleccionarle. Está claro que el límite legislativo que se impone en este aspecto a la autonomía privada es, por el momento, infranqueable.

B) Protección del anonimato del donante de gametos

Ya desde la original LTRA de 1988 el legislador apostó por defender el anonimato del donante de gametos. De esta forma, el actual artículo 5.5 LTRHA 2006, recoge que "La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan. Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones". Salvando lo anterior, a través del apartado tercero de citado precepto, se contemplan como únicas excepciones que, ante circunstancias extraordinarias que comporten un

38 El artículo 6.5 LTRHA establece que "En la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, la elección del donante de semen sólo podrá realizarse por el equipo médico que aplica la técnica, que deberá preservar las condiciones de anonimato de la donación. En ningún caso podrá seleccionarse personalmente el donante a petición de la receptora. En todo caso, el equipo médico correspondiente deberá procurar garantizar la mayor similitud fenotípica e inmunológica posible de las muestras disponibles con la mujer receptora".

39 El artículo 6 LTRHA, en su apartado 3º, establece que, si la mujer que accede a las técnicas estuviere casada, se precisará el consentimiento de su esposo, a menos que estuvieren separados legalmente o de hecho y así conste fehacientemente.

peligro cierto para la salud de los hijos, o cuando proceda, acorde a las leyes procesales penales[40], podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.

En nuestra opinión, hoy en día, no hay duda de que el anonimato del donante provoca un choque frontal con el derecho a la identidad del hijo nacido a través de técnicas reproductivas heterólogas, quien, evidentemente, queda privado de toda posibilidad de conocer su ascendencia genética. Esa protección del derecho a la intimidad de los donantes podría carecer de encuadre constitucional si tenemos en cuenta la inclusión del art. 39.2 CE, a través del cual se permite la libre investigación de la paternidad. En este sentido, el TC[41] ha reiterado que el artículo 39.2 CE únicamente garantiza la reclamación de investigación de la paternidad cuando tiene por objeto la constitución de un vínculo legal de filiación[42]. Entiende que el Texto supremo se elaboró en un momento en el que el legislador no podía tener ni en mente la futura existencia de las técnicas de reproducción asistida. A nuestro entender, citada reflexión, aplicada a nuestra sociedad actual, resulta claramente desfasada. Desde la aprobación de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional[43], a través de la cual se introdujo el quinto párrafo del art. 180 CC y se reconoció expresamente el derecho de los hijos adoptados a poder conocer sus orígenes biológicos y, de igual forma, la posterior ampliación otorgada con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y Adolescencia[44], la protección del anonimato del donante de gametos ha perdido todo sentido jurídico. En nuestra opinión, el miedo del legislador a que el hijo, o el donante, puedan algún día dañar la relación paternofilial inicialmente determinada, carece de toda lógica[45]. Esto se entiende desde el momento en que los hijos adoptados

40 En cuanto a la revelación de identidad por aplicación de leyes penales procesales, autores como Álvarez y Díez Soto, hacen referencia al posible caso de que el donante de gametos haya ocultado enfermedades transmisibles, cometiendo así un delito de lesiones a la descendencia. Álvarez, J. y Díez Soto, C.: "Artículo 5. Donantes y contratos de donación", En Lledó Yagüe, F., Ochoa Marieta, C. y Monje Balsameda, O.: *Comentarios científicos a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida,* Dykinson, Madrid, 2007., p. 107.

41 Véase STC 116/1999, de 17 junio (BOE núm. 162, 8 de julio de 1999).

42 Rivero Hernández, F.: "La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico", *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 13, núm. 1, 2004, p. 110.

43 BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007.

44 BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

45 Refiriéndonos a la situación del hijo adoptado, hay que poner de manifiesto que podrá conocer sus orígenes biológicos sin que en ningún momento este derecho implique que la filiación legalmente determinada por la adopción sufra alteraciones. La filiación por adopción es irrevocable. Una cosa es respetar el derecho a saber de dónde procede una persona y, otra bien distinta, es la posibilidad de alteración de la filiación. Lo anterior significa que, en España, los padres de adopción no ven en peligro su rol de progenitores sociales por el hecho de que su hijo adoptado desee conocer quiénes son sus ascendientes de sangre. Es más, en este aspecto, hay que indicar que la línea legislativa actual refuerza aún más esa postura favorable al derecho a la identidad de los hijos adoptados. Reflejo de ello es la reciente incorporación de la adopción abierta. El artículo 178.4 CC, tras la nueva redacción que introdujo la Ley 26/2015, de 28 de julio, de

pueden conocer sus orígenes biológicos sin posibilidad alguna de atacar la filiación legal predeterminada. Es más, analizando el contenido del artículo 8.3 LTRHA comprobamos que ese argumento basado en la protección familiar cae por su propio peso al establecer que "La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación".

En general, los partidarios de levantar el anonimato del donante de gametos apelan a dos argumentos: uno de tipo legal, y otro de naturaleza psicológica. En el aspecto psicológico se sitúa la necesidad del hijo de conocer quién es su progenitor[46]. En el aspecto legal entienden que conocer los antecedentes personales de una persona es un elemento básico de la dignidad humana. Por ello, se considera que bloquearlo frustra el desarrollo de la personalidad[47]. Por el contrario, entre los partidarios del anonimato[48], la razón más común es entender que eliminarlo pondría en peligro las técnicas de reproducción asistida por falta de donantes[49]. En este sentido, Soler Beltrán[50], considera que debe permitirse legalmente que el hijo nacido mediante técnica heteróloga pueda averiguar a quién pertenece su propia herencia genética. La autora defiende que esto no tiene por qué llevar implícito

Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, permite que en el procedimiento de adopción el juez pueda determinar, bajo determinadas circunstancias y requisitos, que el hijo que se incorpora a una nueva familia pueda tener establecido un régimen de visitas con su familia de origen. Esto, en absoluto, supone que esa filiación determinada por la adopción vaya a verse modificada. Para ver más sobre la adopción abierta, de mi propia autoría, véase Fernández Echegaray, L.: "La adopción abierta en el ordenamiento jurídico español: artículo 178.4 del Código Civil", En: *Libro de Ponencias, Congreso Internacional de Derecho Civil Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 979-991.

46 En este aspecto existen propuestas como la de Palacios, J., Catedrático de Psicología Clínica, que entiende que en toda persona existe la necesidad de tener todas las piezas del puzle de su vida. Considera que una vía para satisfacer esa necesidad, sin vulnerar el anonimato del donante, sería que el donante redactara una carta. De esta forma manifiesta que "se podría describir así mismo, explicar los motivos que le llevaron a donar. Se trataría de un escrito personal para responder a quien buscara sus antecedentes con ansiedad y que pudiera conservar la persona entre sus objetos más queridos". En Prats, J: "Donar esperma no es ser padre (de momento)", Diario El País, Archivo, 22 de noviembre de 2012 (http://elpais.com/diario/2010/11/22/sociedad/1290380401_850215.html).

47 Así lo expresó Abellán, F., asesor jurídico de la Sociedad Española de Fertilidad en la entrevista concedida al Diario El País, publicada en fecha 22 de noviembre de 2010. Ibídem.

48 El Código Civil y de Comercio argentino, en su artículo 564, contempla un anonimato relativo similar al que se plasma en la legislación española. Establece que, a petición de las personas nacidas a través de estas técnicas heterólogas, se podrá revelar la identidad del donante cuando existan razones debidamente fundadas y evaluadas por la autoridad judicial del procedimiento más breve que prevea la ley local. De igual forma, dispone la posibilidad de obtener de manos del centro de salud interviniente, información relativa a los datos médicos del donante cuando exista riesgo para la salud.

49 Desde el Banco de Esperma CEIFER entienden que los países que han optado por suprimir el anonimato han reducido las donaciones a un 10%, en comparación con las que recibían con anterioridad. De esta forma, creen que se han producido problemas de existencias y es necesario importar muestras de otros países.
(https://www.eldiario.es/nidos/donacion-Espana-anonima-control-dificil_0_786371454.html)

50 Soler Beltrán, A.C.: "La cuestión del anonimato del donante de gametos (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999 resolviendo el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida*)", Noticias Jurídicas*, mayo, 2002, pp. 1-8.
(http://www.derecho.com/articulos/2002/06/01/comentario-a-la-stc-de-17-de-junio-de-1999-resolviendo-el-recurso-de-inconstitucionalidad-contra-la-ley-35-1988-sobre-t-cnicas-de-reproducci-n-asistida-el-a/).

el establecimiento de una relación jurídica y, por tanto, respeta el hecho de que el donante de gametos siempre deba quedar desligado de cualquier determinación jurídica de filiación.

Por todo lo expuesto, no tenemos duda de que la actual protección legal del anonimato del donante de gametos entra en clara colisión con el derecho del hijo a poder conocer sus orígenes biológicos y genéticos[51]. A este respecto, la pregunta que tendríamos que plantearnos sería si, en caso de eliminarse el anonimato del donante, ¿resultaría procedente ampliar la autonomía privada y que la paciente pudiera seleccionar al donante? ¿Podría de igual forma acordarse entre donante y receptora que el hijo nacido pudiera conocer la identidad de su ascendiente genético?

Sin duda, habrá que esperar la llegada de un cambio de rumbo legislativo para obtener respuesta.

2. Los acuerdos de crioconservación de embriones sobrantes

En este caso se trata de un contrato atípico respecto al cual, para analizar sus requisitos y exigencias, debemos acudir a la permisividad que le otorga el artículo 11 de la LTRHA 2006. No olvidemos que estos contratos se sustentan sobre materia o sustancia humana por lo que, si no fuera por el amparo legal expreso, tendríamos que debatir sobre su dudosa licitud contractual. Es evidente que en base a su propio contenido ya existen un gran número de aristas morales o éticas. El servicio prestado por la clínica consiste en la crioconservación de embriones humanos y, por ello, va a recibir un precio a cambio. Recordemos que el art. 1275 CC hace referencia a la nulidad absoluta de un contrato por causa ilícita, entendiendo ésta cuando sea contraria a las leyes o a la moral. De igual forma, en virtud del artículo 1271 CC, el objeto contractual debe encontrarse "dentro del comercio de los hombres".

51 No olvidemos que en España el sistema implantado en reproducción asistida tuvo inspiración en el exitoso programa de donación de órganos, basado en los principios de anonimato y gratuidad. El modelo de donación de órganos que tenemos, además de procurar la comercialización, evita el posible choque emocional que podría producir el hecho de que las respectivas familias del donante y del receptor lleguen a conocerse. Con estas premisas se formó el patrón de la donación de gametos. Es cierto que, en este caso, a diferencia de la donación de órganos, existe una gratificación económica considerada como una compensación por las molestias que trae aparejada la cesión. No solo incluye los gastos de desplazamiento sino, en mayor medida en el caso de las mujeres, los del desgaste adquirido por el tratamiento de estimulación ovárica necesaria y posterior punción para extraer los ovocitos. En este aspecto, la Comisión Nacional de Reproducción Asistida cifra la cantidad de referencia, evitando una guerra de "precios" entre clínicas que podrían generar una real remuneración que derive en la mercantilización del material genético. En el año 2010, los precios estaban fijados en, 30 euros en el caso de la donación de esperma, y 800 la de ovocitos. En Prats, J.: "Donar esperma no es ser padre (de momento)", El País, Archivo, 22 de noviembre de 2012 (http://elpais.com/diario/2010/11/22/sociedad/1290380401_850215.html). Actualmente, según datos de la Sociedad Española de Fertilidad, en 2015, tras los incrementos anuales aplicados por la Comisión Nacional de Reproducción Asistida, la donación de esperma está en 45 euros y la de óvulos en 980. (http://www.sefertilidad.net/docs/noticias/donacionGametos.pdf).

En cuanto a su naturaleza contractual entendemos que, con independencia de poder constituir un posible arrendamiento de servicios, podríamos discutir si en realidad nos encontramos ante un contrato analógico al depósito. De ser así, aplicaríamos subsidiariamente la normativa recogida en los arts. 1758 y ss. CC que lo definen como "un contrato gratuito – salvo pacto en contrario- donde solo se pueden depositar cosas muebles, y que consiste en que uno recibe una cosa ajena con la obligación de guardarla y restituirla.

A) La regulación jurídica del embrión en la legislación española.

Recordemos que, tal y como apunta Armijo Suárez, uno de los problemas más relevantes surgidos con la aparición de las técnicas reproductivas descansa en que para alcanzar el éxito, en cada ciclo reproductivo, necesariamente van a tener que producirse embriones in vitro sobrantes[52]. Esta situación ya provocó que nuestro legislador se viera en la obligación de crear una regulación específica relativa al manejo, utilidad o destino de esos embriones humanos supernumerarios. Explica Ferraretti que, de cada diez ovocitos, únicamente uno o dos logran su finalidad. Se aconseja, por tanto, una respuesta de entre siete y diez ovocitos. Por debajo de esa cantidad se califica de posible fracaso[53]. Esto genera que, de forma intencionada, se produzcan embriones sobrantes que necesariamente tendrán que ser crioconservados. Con ello se evita que en caso de desearse más descendencia en un futuro, la receptora deba repetir una nueva estimulación ovárica y una intervención facultativa con punción ovárica[54].

En definitiva, el tratamiento, destino y uso de los embriones conservados se convirtió en un tema de gran interés jurídico. Así, en un intento de solucionar ese conflicto, la Ley 45/2003, de 21 de noviembre[55] modificó la pionera Ley 35/1988 dando en realidad una respuesta únicamente parcial al problema y exigiendo condiciones muy estrictas. Precisamente por estas notables exigencias, la Comisión Nacional de Reproducción Asistida se mostró particularmente crítica. En realidad, concedía un tratamiento distinto a los preembriones crioconservados según fuera la fecha de su generación. Por una parte, los anteriores al mes de noviembre de 2003 – fecha de entrada en vigor de citada norma- podían ser dedicados a fines de investigación, mientras que los que se habían generado con posterioridad tenían absolutamente vedada esa utilización, exigiéndose su uso exclusivamente con fines reproductivos, bien para la pareja generadora, bien para la donación a

52 En la actualidad se entiende que en las clínicas autorizadas existen más de 50.000 embriones crioconservados.

53 Ferraretti.: "ESHRE consensus on the definition of poor response to ovarian stimulation for in vitro fertilization: the Bologna Criteria", *Human Reproduction*, núm. 26, Julio 2011, pp. 1616-1624.

54 Armijo Suárez, O.: "Nuevas aplicaciones de las técnicas de reproducción asistida: destino de los preembriones sobrantes, infertilidad social y oncofertilidad", En *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Ministerio de Justicia, Monográfico, Año LXIX, núm. 2179, junio de 2015, p. 16.

55 BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003.

terceros. Pronto se comprobó la necesidad de una reforma que pudiera corregir las evidentes deficiencias legislativas que se generaron.

Actualmente, la regulación en esta materia se encuentra, además de en la Ley 14/2006 TRHA, de 26 de mayo, en la Orden Ministerial de 5 de noviembre de 2014, por la que se modifican los anexos I, II, III del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización[56]. Lo cierto es que con la promulgación de la Ley 14/2006 se introducían importantes novedades en esta materia. Una de sus aportaciones más destacadas fue la esperada definición del polémico y ambiguo concepto de "preembrión"[57]. Así, se determina que es "el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito, desde que es fecundado hasta los 14 días más tarde". Además de esto, la norma supuso una notable evolución en la aplicación de técnicas destinadas a solventar problemas relacionados con la aparición de enfermedades que carecen de tratamiento curativo. La técnica del diagnóstico genético preimplantacional (DGP)[58] abrió nuevas vías de prevención de enfermedades genéticas. En esta técnica adquiere un protagonismo fundamental el embrión. Consiste en la posibilidad de seleccionar preembriones que puedan servir como vía de salvación de las vidas de familiares enfermos[59]. Ahora bien, la aplicación de esta práctica debe hacerse únicamente ante determinadas enfermedades y siempre bajo el debido control y autorización administrativo

56 BOE. núm. 269, de 6 de noviembre de 2014.

57 El vocablo "preembrión" se acuñó en Reino Unido con ocasión de la emisión del conocido "Informe Warnock", de 18 de julio de 1978, en el que se abogó por una protección progresiva del embrión in vitro. De esta forma, se estableció que a partir del día catorce de fecundación se constata el plazo máximo para que la investigación sea lícita. De ahí que se entienda que la diferencia entre el término "embrión" y el de "preembrión" marca el camino para la posible investigación de embriones humanos. En conclusión, se entiende que, hablando de choque de derechos, en los primeros catorce días desde la fecundación primará la libertad de investigación científica sobre la protección del embrión. Ochoa Ruiz, N.:" Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Asunto Parrillo c. Italia", *Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2017, Parte Estudios, 2017, p. 2.

58 El artículo 12 LTRHA regula la técnica del Diagnóstico Genético Preimplantacional. Así, en el apartado 1 indica que serán los centros debidamente autorizados los que pondrán en práctica esta técnica para; 1) la detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembriones no afectos para su transferencia; 2) La detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión.

59 Efectivamente, tal y como se ha indicado, la legislación española ofrece la opción de que los ascendientes eviten de antemano transmitir una enfermedad a su descendencia, realizando a tal efecto una selección embrionaria. A pesar de esto, puede ocurrir que desgraciadamente el diagnóstico realizado resulte erróneo y que, por tanto, el embrión seleccionado, en realidad, sí sufra esa alteración genética o que, de igual forma, no sea histocompatible con el receptor. En estos casos, cuando finalmente se llegue a implantar y a desarrollar el embrión "enfermo", es evidente que van a producirse una serie de daños que no solo abarcan al sujeto susceptible de beneficiarse de la técnica, sino que, como es lógico, con carácter extensivo también va a alcanzar al propio niño que nace con la carga genética enferma. Surge aquí el problema de la responsabilidad civil que deriva de aquel erróneo diagnóstico y de la extensión, circunstancias y casos en los que podrá considerarse la indemnización reparadora. A tal efecto, véase Marcía Morillo, A.: *Diagnóstico genético preimplantacional y responsabilidad médica por falso negativo*, Reus, Colección Derecho de daños, Madrid, 2019.

pertinente[60]. El problema ético que deriva de esta técnica descansa en el hecho de que para lograr un preembrión libre de la carga enferma hay de desechar otros tantos que en la selección han resultado ser portadores del daño o no son compatibles con el tratamiento[61].

Nuestra legislación, a través del artículo 11 LTRHA, impone la obligatoriedad de conservar todos los embriones viables que sobren de la realización de un ciclo de reproducción asistida. Los centros y clínicas deben estar dotados de todos los medios necesarios para la crioconservación de esos embriones sobrantes, los cuales, se deben custodiar y almacenar congelados en tanques de nitrógeno líquido a una temperatura de -196ºC. Una vez descongelados podrán ser implantados en un momento posterior con ocasión de un nuevo ciclo de FIV.

En cuanto al destino[62] de los embriones óptimos sobrantes, nuestra legislación prevé, como primera opción, que puedan ser utilizados por parte de sus propios propietarios en un nuevo y posterior ciclo reproductivo (artículo 11.4.a). Llegados a este punto, debemos centrar el debate precisamente en cuál es el plazo legal previsto para que los embriones pueden permanecer congelados[63]. Ante la ausencia de respuesta expresa, debemos equiparar dicho plazo con el tiempo de vida fértil de la mujer propietaria de los embriones[64]. Nuestra legislación no

60 En cuanto al Diagnóstico Genético Preimplantacional y su transcendencia constitucional, véase, Emaldi Cirión, A.: "Derechos Constitucionales y análisis jurídico en relación con el diagnóstico genético preimplantatorio en el contexto de la reproducción asistida", En *Retos del Derecho ante un Mundo Global*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

61 Esta técnica del DGP es conocida como la del "hermano salvador". El 12 de octubre de 2008 nació en el Hospital Virgen del Rocío de Sevilla el primer bebé en España libre de una enfermedad hereditaria e inmunológicamente compatible con su hermano enfermo. Pronto llegaron las críticas desde los sectores religiosos y científicos cercanos a la Iglesia Católica. Consideran que el embrión en la fase preimplantacional tiene vida y es considerado un ser humano y, por tanto, debe protegerse su derecho a la dignidad. A finales del año 2009, la Comisión Nacional de Reproducción Asistida autorizó, a iniciativa del Gobierno, aplicar la selección genética de embriones también para casos de cáncer hereditarios.

62 Asensio, M.: "Opinión de las parejas sobre el futuro de sus embriones pasados cinco años de congelación", *Progresos de Obstetricia y Ginecología, ELSEVIER*, Vol. 44, núm. 5, 2001, pp. 111-204. Señala la autora que, en este estudio publicado en 2001, en el que se recoge la opinión de varias parejas respecto al destino de sus embriones congelados, casi un tercio de los participantes tenía intención de utilizarlos para uso propio en un futuro, otro tercio tenía intención de donarlos a parejas infértiles y, a otro tercio, no le convencía ninguna de las opciones legalmente previstas. Cuando se les formulaba la pregunta de por qué aún no habían iniciado la posterior implantación propia, el 58% contestó que estaban satisfechos con el número de hijos que tenían y un 9% ya presentaba situaciones incompatibles con el embarazo que suponían un riesgo en la gestación.
(https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0304501301756440)

63 Existe un caso en que, tras doce años de congelación, el embrión fue descongelado e implantado, produciendo un embarazo gemelar sin ninguna complicación. Revel, A: "Twin deliver following 12 years of human embryo cryopreservation: case report", *Human Reproduction*, núm. 19, 2004, p. 328. También disponible en Sociedad Española de Fertilidad: "*Congelación embrionaria*".
(http://www.sefertilidad.net/docs/biblioteca/recomendaciones/congelacionEmbrionaria.pdf).

64 Artículo 11.3 LTRHA: "La crioconservación de los ovocitos, del tejido ovárico y de los preembriones sobrantes se podrá prolongar hasta el momento en que se considere por los responsables médicos, con el dictamen favorable de los especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente, que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida".

contempla una edad concreta y, por ello, las clínicas españolas fijan tácitamente ese momento en los cincuenta años.

Además de lo anterior, otra de las opciones que ofrece el legislador pasa por donarlos a otras mujeres con fines reproductivos[65] (art. 11.4.b LTRHA). Como explica Armijo Suárez, hay que tener presente que para esta opción se exige como requisito ineludible que la mujer no supere los treinta y cinco años[66] en el momento en el que se produce la congelación de sus embriones. Algunos autores como García Fernández[67], entienden que en realidad debería hablarse de "adopción de embriones". Frente a la adopción tradicional de un hijo, la opción de adoptar embriones tiene ventajas evidentes como es poder vivir la experiencia del embarazo y no tener que dar explicaciones sobre el origen del niño. Al tiempo, cuentan con información médica, social y psicológica de los padres genéticos de su hijo. Frente a los elevados costes de una adopción de un menor, la implantación de embrión donado ronda los dos mil euros, aunque es cierto que el porcentaje de éxito ronda el 32%[68].

Además de todo lo anterior, otro de los fines legales que puede darse a los embriones congelados descansa en la donación con fines de investigación (art. 11.4.c LTRHA). En realidad, podemos decir que nos encontramos ante una vía directa y legal de destrucción que reside en el simple deseo y voluntariedad de los titulares[69]. El apartado segundo de este precepto limita la investigación y determina expresamente que la experimentación no podrá utilizarse para su transferencia a la mujer, ni para originar preembriones con fines de procreación. El artículo 15 LTRHA se encarga especialmente de regular la utilización de preembriones sobrantes con fines de investigación. A tal fin se debe otorgar la pertinente autorización y, además, se exige el consentimiento expreso de la pareja, o en su caso, de la mujer, previa explicación pormenorizada de los fines que se persiguen con la investigación y sus implicaciones. Dichos consentimientos especificarán en todo caso la renuncia a cualquier derecho de naturaleza dispositiva, económica o patrimonial sobre los resultados que pudieran derivarse de manera directa o indirecta de las investigaciones llevadas a cabo. A su vez, se exige que el preembrión

65 En el año 2014 el Registro de la Sociedad Española de Fertilidad publicó que en el año anterior se donaron con fines reproductivos alrededor de 1.300 embriones en España. (https://registrosef.wordpress.com/2014/06/25/datos-registro-sef-2012/).

66 Armijo Suárez, O.: "Nuevas aplicaciones", cit., p.19.

67 García Fernández, D.: "Adopción de embriones humanos en la Ley de reproducción asistida española", *Déreito*, núm. 2, vol. 17, 2008, pp. 49-63.

68 Armijo Suárez, O.: "*Nuevas aplicaciones",* cit., p. 22.

69 En este sentido hay que indicar que existe un amplio consenso doctrinal ante la no necesidad de extender la protección penal hasta el preembrión. Es necesario pensar que existen riesgos que pueden derivar del uso de la reproducción asistida que pueden imposibilitar la presencia de todos los atributos con que la Constitución arropa al ser humano. Tamarit Sumalla, J.M.: "Delitos relativos a la manipulación genética", *Aranzadi*, Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal, agosto, 2011, p. 2.

no se haya desarrollado in vitro más allá de catorce días después de la fecundación del ovocito, descontado el tiempo en el que pueda haber estado congelado.

Nuestra legislación exige, por tanto, un control de estas investigaciones con la clara intención de otorgar una garantía a la evolución científica. Para ello, al finalizar un proyecto, la autoridad que concedió el permiso deberá dar traslado de los resultados a la Comisión Nacional de Reproducción Asistida. En todo caso habrá de estarse a la normativa[70] correspondiente que prohíbe de forma expresa la creación de embriones para estos fines[71].

Expuestas las tres opciones de destino que principalmente regula la norma para los embriones crioconservados, debemos poner de manifiesto que los propietarios[72], sea cual sea el futuro que elijan para ellos, tendrán que disponerlo inicialmente a la hora emitir el correspondiente consentimiento de crioconservación. Además de esto, tal y como exige el artículo 11.6 LTRHA, citado consentimiento deberá ser renovado (ratificando o modificando su decisión), como mínimo, cada dos años. En el caso de que transcurran dos plazos de requerimiento sin ninguna manifestación al respecto, el centro de reproducción asistida podrá disponer de los mismos para cualquiera de los destinos señalados en la Norma. En definitiva, la falta de renovación provoca que los embriones queden abandonados y pasen a ser propiedad de la clínica. Ante esta situación, debemos ser conscientes de que a lo largo del tiempo pueden concurrir otras causas por las que finalmente, ante la ausencia de renovación del consentimiento, se pueda dar la salida a los embriones sobrantes. Así suele ocurrir cuando la usuaria o pareja contratante ha fallecido o se encuentra ausente. De igual forma, puede suceder cuando, de forma sobrevenida, no se cuenta con una economía suficiente que permita hacer frente a la crioconservación (entre 300 y 600 euros anuales) o, que el poder dispositivo actual no alcance para afrontar una nueva implantación propia.

70 Ley 47/2007, de 3 de julio, de Investigación Médica (BOE. núm. 159, de 4 de julio de 2007).

71 En legislaciones como la de Reino Unido o Estados Unidos, sí se permite la creación de embriones para la investigación, pero deberán ser destruidos en un plazo máximo de catorce días desde la fecundación. De igual forma, en Reino Unido y en Suecia se permite utilizar embriones sobrantes para generar células madre. García Fernández, D.: "*Adopción de embriones",* cit., pp. 49-63.

72 Debemos indicar que el embrión también puede haber sido fecundado a partir de óvulo de la receptora, pero con esperma de donante. De igual forma, puede darse el caso de que el óvulo haya sido aportado por donante, y el esperma por el progenitor receptor. Además, no olvidemos que también podemos encontrar situaciones en las que ambos gametos, masculino y femenino, han sido aportados por donantes debido a la imposibilidad de ambos miembros de la pareja receptora. En estos casos es importante dejar constancia de que el anonimato del donante de gametos previsto para los donantes de esperma y de óvulos, se extiende a los donantes de embriones. Esto implica que, en virtud de la regulación prevista en el artículo 5.5 LTRHA de 2006, los receptores de esos embriones donados puedan obtener información general sobre los donantes. También se aplicará el régimen legal previsto para las excepciones en que podrá revelarse la identidad de los donantes, en casos de peligro para la vida o salud del hijo, o cuando se requiera en virtud de la aplicación de normas procesales penales.

B) Especial tratamiento del descarte voluntario de los embriones sobrantes por parte de la propietaria/os

¿Pueden optar expresamente los propietarios por la destrucción de sus embriones congelados? En realidad, esta posibilidad no está contemplada jurídicamente de forma directa. De acuerdo con artículo 11.4.d, los "dueños" de los embriones congelados solo podrán acceder a su destrucción esperando a que la mujer termine su edad fértil (como se ha señalado, ante la ausencia de edad expresa, las clínicas señalan los cincuenta años). Lo cierto es que, como ya hemos visto, en la práctica se cuenta con otra vía legal indirecta que consiste en omitir la renovación del correspondiente consentimiento. Con ello, los propietarios provocan que los embriones queden legalmente "abandonados" y, si tienen suerte, puede que la clínica decida destruirlos. Como vemos, ésta vía conlleva el riesgo de que el centro reproductivo opte finalmente por cederlos con fines reproductivos o de investigación, en contra del verdadero deseo de sus titulares.

Por todo ello, debemos preguntarnos si resultaría conveniente modificar finalmente el artículo 11 y permitir a los legítimos propietarios de esos embriones que decidan libremente acerca de la destrucción directa y voluntaria si así lo desean. No olvidemos que la espera obligatoria que actualmente exige nuestra legislación para poder optar por este destino (hasta la finalización del periodo fértil de la mujer) provoca unos gastos anuales por la crioconservación de entre 300 y 600 euros anuales.

En relación con todo lo anterior, creemos necesario hacer referencia a la reciente sentencia 30 septiembre 2019, dictada por el Juzgado de Familia núm. 8 de La Plata (Buenos Aires)[73], a través de la cual se ha autorizado la acción de destrucción directa de los embriones respecto a la pareja propietaria. En el año 2007, los demandantes fueron padres de una niña tras recurrir a las técnicas de reproducción asistida. De este ciclo reproductivo restaron once embriones que fueron crioconservados. Transcurridos diez años, descartada ya la idea de tener más descendencia, decidieron cesar la crioconservación y resolver el contrato suscrito con la clínica[74]. Además de expresar su sobrevenida falta de voluntad procreacional, manifestaron que su deseo no abarcaba la idea de donar los embriones, ni con fines reproductivos, ni con fines de investigación.

Al igual que en España, la ausencia actual de una normativa pautada que dé luz verde a esta intención provocó que la clínica les informara de la necesidad

73 Debemos poner de manifiesto que este complicado asunto relativo a la destrucción de embriones por deseo de los propios "padres" no es pionero y ya tuvo que ser tratado en Argentina a través de la sentencia de 22 de abril de 2019 (Expediente "R.G y otro/a S/autorización judicial", LP-5642-2019).

74 Hay que tener cuenta que el contrato que suscribieron con la clínica les imponía la obligación de abonar el coste anual derivado del servicio de crioconservación.

de solicitar la pertinente autorización judicial. El Juez finalmente falló a favor de los demandantes y concedió el correspondiente permiso para proceder a la destrucción de los embriones. Como es evidente, antes de llegar a esta conclusión tuvieron que ser tratadas dos cuestiones protagonistas: ¿tienen vida los embriones criocorservados? ¿gozan por tanto de derechos susceptibles de protección jurídica?[75]. Respecto al primero de los interrogantes, por aplicación de los artículos 19, 20 y 21 CCCN, se entendió que para el ordenamiento jurídico argentino la vida comienza en dos momentos distintos dependiendo del tipo de procreación. En los casos de filiación por naturaleza comenzará con la concepción, en tanto que, para casos de técnicas reproductivas de alta complejidad, el momento coincidirá con la implantación del embrión en el útero materno. En definitiva, si el embrión congelado no goza del estatus de persona, tampoco puede gozar del derecho de protección a la vida que tienen concedidas éstas por el simple hecho de serlo.

Como segunda conclusión adoptada para lanzar del fallo definitivo, se realizó una interpretación del principio de la voluntad procreacional, recogido expresamente en el artículo 562 CCCN. En base a ello el juez entendió que, al igual que el deseo de tener descendencia va unido a la voluntad procreacional, también debe ser reconocida en su vertiente negativa, es decir, en el cese de aquella intención inicial que, con el paso del tiempo, se transforma en el deseo de no tenerla[76].

En definitiva, a modo de conclusión, después de todo lo expuesto, abogamos por una ampliación de la autonomía privada de las partes en base a la cual puedan decidir voluntariamente la inclusión en el contrato de cláusulas, pactos o condiciones relativas al destino que quieren darle en un futuro a sus propios embriones. Creemos que solo así se podrá evitar que determinados asuntos terminen en tribunales. Situaciones tales como que uno de los miembros de la pareja fallezca (teniendo que decidir el destino siempre de mutuo acuerdo entre ambos), o que decidan divorciarse[77] o, simplemente, que no logren ponerse de acuerdo respecto

75 Véanse asunto "Parrillo c. Italia", STEDH, 27 agosto 2015, asunto "Evans c. Reino Unido", STEDH, 7 marzo 2006 y asunto "Artavia Murillo c. Costa Rica", SCIDH (Fertilización in vitro), 28 noviembre 2012.

76 A diferencia del fallo emitido en este asunto, hay otros autores como Lafferriere que tienen claro que los embriones humanos sí tienen vida y que, por lo tanto, gozan del estatus jurídico de persona. De lo contrario, es decir, de tratarse de un bien mueble de propiedad de sus titulares, no tendría ningún sentido tener que pedir autorización judicial para proceder a su descarte. Así, entiende que es "lamentable que se imponga un destino de muerte a los embriones". Lafferriere, J. N.: "Sentencias judiciales que ordenan descartar embriones humanos: un retroceso en la protección de derechos*", Centro de Bioética, Persona y Familia*, 14 de octubre de 2019, p. 3.
(https://centrodebioetica.org/sentencias-judiciales-que-ordenan-descartar-embriones-humanos-un-retroceso-en-la-proteccion-de-derechos/)

77 Recientemente, la Audiencia Provincial de Sevilla, a través de sentencia de 27 julio 2020, ha fallado otorgar la decisión correspondiente al destino de los embriones crioconservados a la propia clínica, tras comprobarse que las partes, una pareja divorciada, no había renovado los consentimientos necesarios. En este caso, a pesar de que la esposa deseaba donarlos a la investigación y el esposo con fines reproductivos, la clínica optó por su destrucción. En el mismo sentido, un asunto mediático que ha adquirido una enorme difusión pública fue el que protagonizaron la actriz Sofia Vergara y su expareja, quienes llevaron a cabo una lucha judicial tras negarse la actriz a que él pudiera utilizar los embriones que crioconservaron cuando estaban juntos. La intención era poder convertirse en padre a través de un acuerdo de maternidad subrogada.

al destino que quieren otorgar a los embriones, genera conflictos de muy difícil solución práctica. De esta forma entendemos que, permitir a las partes contemplar anticipadamente los posibles sucesos futuros que puedan generarse, otorgando de antemano soluciones concretas para cada uno de ellos, sería muy conveniente.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez, J. y Díez Soto, C.: "Artículo 5. Donantes y contratos de donación", En Lledó Yagüe, F., Ochoa Marieta, C. y Monje Balsameda, O.: *Comentarios científicos a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida,* Dykinson, Madrid, 2007.

Armijo Suárez, O.: "Nuevas aplicaciones de las técnicas de reproducción asistida: destino de los preembriones sobrantes, infertilidad social y oncofertilidad", En *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Ministerio de Justicia, Monográfico, Año LXIX, núm. 2179, junio de 2015.

Asensio, M.: "Opinión de las parejas sobre el futuro de sus embriones pasados cinco años de congelación", *Progresos de Obstetricia y Ginecología, ELSEVIER*, Vol. 44, núm. 5, 2001.

Boivin, J.: "International estimates of fertility prevalence and treatment-seeking: potential need and demand for infertility medical care", *Human Reproduction*, núm. 22, 2007.

Delaisi de Parseval, G., Janaud, A.: *L, enfanta tout prix*, Seuil, 1983.

Emaldi Cirión, A.: "Derechos Constitucionales y análisis jurídico en relación con el diagnóstico genético preimplantatorio en el contexto de la reproducción asistida", En *Retos del Derecho ante un Mundo Global*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Fernández Canales, C.: "La fecundación *post mortem* en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida y la problemática jurídica en torno al superpóstumo", En *La maternidad y la paternidad en el siglo XXI*, Comares, Granada, 2015.

Fernández Echegaray, L.: "La adopción abierta en el ordenamiento jurídico español: artículo 178.4 del Código Civil", En: *Libro de Ponencias, Congreso Internacional de Derecho Civil Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Ferraretti.: "ESHRE consensus on the definition of poor response to ovarian stimulation for in vitro fertilization: the Bologna Criteria", *Human Reproduction*, núm. 26, Julio 2011.

García Fernández, D.: "Adopción de embriones humanos en la Ley de reproducción asistida española", *Déreito*, núm. 2, vol. 17, 2008.

González Utor, A., L.: "Comentario científico", En *Comentarios científicos-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Dykinson, 2007.

Jiménez Muñoz, F.J.: *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Reus, Madrid, 2012.

Lafferriere, J. N.: "Sentencias judiciales que ordenan descartar embriones humanos: un retroceso en la protección de derechos*", Centro de Bioética, Persona y Familia*, 14 de octubre de 2019.

López Gálvez, J.J. y Moreno García, J.M.:" "¿Industria de la fertilidad o respuesta a la búsqueda del hijo biológico?" En *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Boletín del Ministerio de Justicia, Monográfico, Año LXIX, núm. 2179, junio 2015.

Lledó Yagüe, F, Ochoa Marieta, C y Monje Balmaseda, O.: *Comentarios científicos-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida. La Ley 14/2006, de 26 de mayo*, Dykinson, Madrid, 2007.

Marcía Morillo, A.: *Diagnóstico genético preimplantacional y responsabilidad médica por falso negativo*, Reus, Colección Derecho de daños, Madrid, 2019.

Matorras, R, Hernández, J.: *Estudio y tratamiento de la pareja estéril: recomendaciones de la Sociedad Española de Fertilidad*, Adalia, Madrid, 2007.

Núñez de Castro, I.: "Respecto a la vida humana y a su integridad personal", *IV Congreso Nacional de Reales Academias de Medicina*, Murcia, mayo 1985.

Ochoa Ruiz, N.:" Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Asunto Parrillo c. Italia", *Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2017, Parte Estudios, 2017.

Osés, R.: "Crioconservación de semen. Aspectos clínicos*", Boletín Informativo de la Sociedad Argentina de Andrología*, vol. 6, núm. 3, 1997.

Osés, R.: «Funcionamiento de un banco de semen en Argentina : 15 años de experiencia en la inseminación con semen de donante», *Revista Reproducción*, Abril, 2004.

Osés, R : «Funcionamiento de un banco de semen en Argentina : 20 años de experiencia en la inseminación con semen de donante*», Revista de Endocrinología Ginecológica y Reproductiva, Saegre indd,* Vol. XIV, núm. 2, julio 2007.

Revel, A: "Twin deliver following 12 years of human embryo cryopreservation: case report", *Human Reproduction*, núm. 19, 2004.

Rivero Hernández, F.: "La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico", Revista Jurídica de Cataluña, vol. 13, núm. 1, 2004.

Roudenisco, E.: *La familia en desorden*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007.

Soler Beltrán, A.C.: "La cuestión del anonimato del donante de gametos (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999 resolviendo el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida)", *Noticias Jurídicas*, mayo, 2002.

Souto Paz, J.A.: "El informe Palacios y la Ley de Reproducción Asistida", En *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de las reformas*, Dialnet plus, 2006.

Steptoe P.C., Edwars, R.G.: "Reimplantation of a human embyo with subsequent tubal pregnancy", *The Lancet*, abril, 1976.

Tamarit Sumalla, J.M.: "Delitos relativos a la manipulación genética", *Aranzadi*, Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal, agosto, 2011.

Zegers-Hochschild, F.:" The international Committee for Monotoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO)", Revised Glossary on ART Terminology, *Human Reproduction*, núm. 24, 2009.

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL IUS DELATIONIS Y LIQUIDACIÓN DEL IMPUESTO DE SUCESIONES Y DONACIONES (ISD): ANÁLISIS HISTÓRICO Y DIALÉCTICA JURISPRUDENCIAL, ENTRE LA TEORÍA CLÁSICA Y MODERNA

THE AUTONOMY OF THE WILL IN THE IUS DELATIONIS AND LIQUIDATION OF THE TAX OF INHERITANCES AND DONATIONS (ISD): HISTORICAL ANALYSIS AND JURISPRUDENTIAL DIALECTICS, BETWEEN CLASSICAL AND MODERN THEORY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 288-313

Armando José
SANTANA
BUGÉS

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: El debate entorno al ius delationis siempre ha estado presente en la doctrina española, encontrando dos teorías al respecto. La teoría clásica defendida por LACRUZ y la teoría moderna sostenida por ALBALADEJO y VALLET. Optar por una otra trasciende del mero debate académico, dando lugar a importantes consecuencias en el plano civil y fiscal. Sin embargo, en la última década el debate se ha visto acrecentado por el continuo cambio de criterio jurisprudencial en el Tribunal Supremo y Dirección General de la Seguridad Jurídica y Fe Pública, pudiendo así afectar al principio de seguridad jurídica y otros que inspiran nuestro ordenamiento jurídico.

PALABRAS CLAVE: Ius delationis, teoría clásica, teoría moderna y principio de seguridad jurídica.

ABSTRACT: *The debate around ius delationis has always been present in Spanish doctrine, finding two theories in that regard. The traditional theory defended by LACRUZ and the modern theory supported by ALBALADEJO and VALLET. Choosing one or another transcends from the academic discussion, leading to important consequences at the civil and tax areas. However, in the last decade the debate has been increased by the continuous change of jurisprudential criteria by the Supreme Court and "Dirección General de la Seguridad Jurídica y Fe Pública", thus being able to affect the principle of legal certainty and others that inspire our legal system.*

KEY WORDS: *Ius delationis, classic theory, modern theory and principle of legal certainty.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA. III. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y TRIBUTARIOS. IV. DELIMITACIÓN DEL IUS DELATIONIS E IUS TRANSMISSIONIS. V. TEORÍAS DEL IUS DELATIONIS: 1. Teoría clásica. 2. Teoría moderna. 3. Tonsecuencias prácticas. VI. ETAPAS JURISPRUDENCIALES: 1. Primera etapa. 2. Segunda etapa. 3. Tercera etapa. VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Eran aproximadamente las ocho y media de la tarde de lo que parecía un martes cualquiera. Los restaurantes comenzaban a servir las cenas, los trabajadores comenzaban sus turnos de noche, los padres llegaban a sus hogares dispuestos a hacer a sus hijos la cena, y el servicio secreto y escolta personal de John Fitzgerald Kennedy podía descansar después de un largo día, mientras atendían al discurso de su presidente por televisión y radio. "Tengamos fe en que el derecho constituye la fuerza"[1]. Estas palabras en boca de Kennedy se adentraron en millones de oídos estadounidenses, sin preaviso y mayor importancia, sin embargo, apenas pasarían unas pocas semanas para que fuese objeto de numerosos artículos de periodistas nacionales e internacionales. Apenas pasarían unos meses para que fuese recordada como una de sus frases célebres y ser objeto de ensayos de algunos teóricos del Derecho como Karl Loewenstein, Hans Kelsen, Ronald Dworkin y Jeremy Waldron. Apenas pasarían unos años para que otros presidentes como Nixon, Ford o Reagan se hicieran eco de este enunciado, así como otros juristas y abogados de reconocido prestigio como Svend, Denning y otros más cercanos como Joaquin Garrigues y Rodrigo Uría. Apenas pasarían unas décadas para que estas palabras fuesen el inicio de una comunicación.

Sin lugar a duda en el mandato Kennedy supusieron una revolución, y en una introducción del estilo presente, de ámbito perteneciente al doctrinal y jurisprudencial, acerca del ius delationis en el doble llamamiento a la herencia, en su vertiente civil y fiscal, puede parecer no tanto una revolución sino un descalabro, no advirtiendo relación alguna con la temática. No vamos a mostrar únicamente la relación del ius delationis y la temática con estas palabras de Kennedy, sino que además de suponer estas la introducción del presente estudio, encierran en sí mismas lo que será la aspiración del mismo.

"Tengamos fe en que el derecho constituye la fuerza". En estas palabras se encuentran todos los actores de la problemática a plantear: los herederos, el

1 Aguilar Fernández, S.: "El movimiento por los derechos civiles en Estados Unidos (1933-1968), *Revista de Estudios políticos (nueva época)*, Universidad Complutense de Madrid, 2007, Madrid, abril-junio.

• Armando José Santana Bugés
Doctorando de la Universidad de Jaén.
armandojosesantana@gmail.com.

poder judicial y el poder legislativo. Los herederos que tienen que tener fe, tienen que seguir, las disposiciones normativas, en este caso el art. 1006 del Código civil y ss , ante el supuesto vocación y delación hereditaria. El poder judicial, que a través de sus sentencias, sea el TC o TS, así como otros órganos, DGSGyFP y TEAC, hacen cumplir la ley, le dan "fuerza y aplicación"[2]. El poder legislativo que ostentando la legitimación y siendo el depositario de la soberanía popular, es el artífice mismo del Derecho, comprometiéndose a esta acción reguladora constante, y de forma eficaz[3].

Encontrando los sujetos anteriores, por últimos, advertimos la propia "fe", ¿a qué hará esta alusión? Para que exista la fe en que el derecho constituya la fuerza, debe darse el hecho de que todas las personas se atengan a lo dispuesto en las disposiciones normativas. El fin primero de estas, así como el resultado mismo, se articula en torno al principio de seguridad jurídica, y es el principio que regirá nuestra reflexión jurídica.

Cómo en torno a este, podremos preguntarnos si la regulación normativa, y el derecho judicial en el ius delationis contribuye a la conservación de este, o por el contrario lo vulneran.Uno de los motivos que nos lleva a abordar la problemática en el ius delationis ha sido su examen a la luz de este principio. Si bien es uno de los primeros principios que aprende un joven jurista al iniciar su andadura en el grado en Derecho, también es uno de los rectores del ordenamiento jurídico.

Debemos retrotraernos a la Revolución Francesa de 1789 para comenzar a vislumbrar los primeros visos de lo que sería este principio y el contenido jurídico-doctrinal del que se le dotaría. Sería consagrado en la Declaración de Derechos de 1789, así como en la Constitución de 1791 y "Le Code", de 1804 (el también conocido como Código Napoleónico). Derivando el término seguridad del adjetivo latino securus, indica la actitud de certeza, estar plenamente convencidos de un supuesto o una realidad. Aplicando el concepto al contexto jurídico que nos ocupa, podríamos afirmar que la seguridad jurídica implica por parte del sujeto tener como cierta y estable una situación jurídica, no siendo esta alterada de forma aleatoria, sino únicamente mediante un procedimiento reglado y establecido de forma anterior.

Podemos apreciar su especial trascendencia en el ordenamiento jurídico español atendiendo a nuestra Constitución donde se encuentra proclamado, concretamente en el art. 9.3 CE. De esta forma, como ya indicó en el año 1992 el Consejo de Estado, tanto las autoridades públicas, como el resto de españoles,

2 Igartúa Salaverria, J.: "El sometimiento del juez a la ley, la certeza y la fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal Supremo", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Universidad del País Vasco, 2006, pp. 59-78.

3 Chamocho Cantudo M.A.: *Introducción jurídica a la historia de las relaciones de trabajo*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, p. 365.

sabrían a que atenerse, y tendrían acceso a la legalidad vigente de una forma cierta. Si avanzamos en el tiempo veremos cómo en el año 2005, será el Tribunal Constitucional, en su sentencia del 7 de abril, quien sienta doctrina acerca de este principio indicando lo que finalmente se debería entender por "seguridad jurídica". En dicha sentencia más allá de reafirmar el concepto, al que ya nos hemos aproximado anteriormente, indica el punto de partida de este trabajo. El Tribunal manifiesta que la certeza no puede inducir a una conservación desmesurada de una normativa, dado que esto daría lugar a leyes inmóviles que no estarían adaptadas a las nuevas situaciones que la sociedad demandase de regulación.

De lo anterior deducimos que este principio no puede ser absoluto, y queda supeditado a las variaciones normativas en atención al desarrollo temporal de la política, la sociedad y la economía. Sin embargo, teniendo claro que no es un principio absoluto y está limitado por estas circunstancias… ¿cuál es límite de la conservación? ¿hasta qué punto son necesarias y permitidas las modificaciones normativas para no conculcar este principio? Estas son las interrogantes que planteamos cuando a la luz del principio de seguridad jurídica nos acercamos al ISD cuando se produce el doble llamamiento a la herencia.

Más allá de plantear los conceptos de liquidación, aproximaciones al propio impuesto y la situación específica del doble llamamiento, siendo estas cuestiones teóricas y de relevancia para formar un campo de trabajo en la materia, profundizaremos en los cambios jurisprudenciales y normativos que han marcado un ir y venir en la doctrina, produciendo una posible "inseguridad jurídica", la cual es sostenida por un amplio sector de la doctrina, cuando el sujeto se enfrenta a la liquidación de tan controvertido impuesto. Se dará respuesta a qué le sucede al Tribunal Supremo, Dirección General de la Seguridad Jurídica y Fe Pública, así como a la Dirección General de Tributos en relación a la liquidación de este impuesto. Y es que sin duda, sin realizar un mayor acercamiento, en un período no superior a tres años, comprendido entre 2013 y 2016, hemos tenidos distintas fases al respecto del ius delationis en el doble llamamiento a la herencia, teniendo así dos sucesiones civiles y dos fiscales; una civil y dos fiscales; y una civil y fiscal. Posteriormente también hemos asistido a contradicciones entre las Salas de lo Civil y Administrativo del Tribunal Supremo, planteando así que exista un único hecho imponible y por tanto, una única liquidación del ISD, o por el contrario, haya más de uno.

El análisis que realizaremos tendrá un carácter práctico. En la labor de investigación que hemos realizado, dado que una parte del material de investigación procede de resoluciones de la DGRN[4], decidimos visitar los Registros de la

4 Debemos indicar que desde el Real Decreto aprobado el 20 de enero de 2020, la nueva denominación de este organismo será: "Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública". Por ello, procederemos a usar las siglas: DGSJyFP.

Propiedad de nuestra localidad, así como las Notarías, para poder conocer de primera mano la opinio iuris de registradores y notarios en torno al polémico art. 1006, y cómo se debían interpretar las resoluciones de la DGSJyFP, junto a las sentencias del TS, que tanto afectaban y condicionaban el ámbito fiscal, por la liquidación de uno o más hechos imponibles.

II. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

Nos adentramos en uno de los ejes de este trabajado, dado que ha sido el detonante que nos ha llevado a adentrarnos en él. En este punto más que relacionar el propio principio con el debate entre la teoría clásica y moderna, analizándolas a la luz de todos los cambios jurisprudencia que se han producido, delimitaremos este principio aportando unas trazas que permitan descubrir su importancia en el seno del ordenamiento jurídico español. Solo así, descubriendo la importancia intrínseca del propio principio, la cual esta basada en su repercusión extrínseca, seremos capaces de argumentar su vulneración y poder extraer las pertinentes conclusiones.

En la doctrina siempre se ha destacado como uno de los más importantes valores de la ética pública, tanto por cuestiones históricas como por su singularidad para el desarrollo de los demás, el principio de la seguridad jurídica, que también encontraremos acuñado como "justicia formal". El nacimiento de este tiene lugar en la historia moderna, de la mano de la formación de los Estados, desde el origen de los mismos y de forma anterior al Estado liberal[5]. No podemos atribuirlo por tanto -su origen-, a una supuesta ética pública democrática, dado que es mucho anterior. Su gran postulante será HOBBES, que tiene este principio como fin último del pacto social y a través del cual explica la aparición del poder, el logro de la paz y seguridad ante un estado, según el, en continua guerra contra todos[6].

El principio de seguridad jurídica no supone nada nuevo[7], podemos asistir a sus inicios desde los intentos de Nicolás Garelli, jurista liberal moderado, que intentará llevar a cabo la redacción de un Código civil junto a una comisión de expertos, los fundamentos del proyecto de 1821, las leyes de la Novísima Recopilación, o incluso remontarnos a el Fuero Real, Ordenamiento de Alcalá y Leyes de Toro.

En la acepción moderna del principio, apreciamos que su objetivo es la creación de un ámbito de certeza, de saber a qué atenerse, eliminar el miedo y establecer un contexto de confianza en las relaciones sociales y con la Administración. Resulta

5 Ortega Y Gasset, J.: "¿Qué son los valores", *Revista de Occidente*, Alianza Universidad, 1998, pp. 3-17.

6 Mellizo, C.: *Traducción del Leviatán, Thomas Hobbes*, Escritos autobiográficos, Rodilla, Tecnos, Madrid, 1989, pp 27-34.

7 Peña Bernardo-De Quirós, M.: "Antecedentes del Código civil vigente", *Anuario de Derecho Civil*, 1965, fascículo 4.

muy interesante plantearse si esta certeza y confianza cuando hablamos del doble llamamiento a la herencia en el ius delationis son realmente efectivas (teniendo en cuenta como en función de encontrarnos en 2012 o 2013 nos situaremos ante una o dos sucesiones civiles según el TS, según avancemos dos años nos encontramos dos sucesiones fiscales o una, y como incluso en un mismo año, como es 2018, podemos asistir a la adopción de dos criterios diferentes por parte de las Salas de lo Contencioso y lo Civil en el TS, optando estas por cada una de las teorías, y estando así enfrentadas). Es una tarea bastante ardua, sino imposible, afirmar en este contexto que hay clima de confianza y certeza.

El principio de seguridad jurídica, como primer valor e inspirador del resto, no tiene su importancia en la razón propia de su ser, sino también en la de los demás valores del ordenamiento jurídico, ya que los inspira. Así, a diferencia de la Edad Media donde la seguridad se alcanzaba media el id quod iustum est, por lo que se hacia distante de la justicia, mientras que en nuestro ordenamiento la justicia y seguridad van de la mano. Mientras que en ese oscuro contexto la idea de justicia real distaba de la seguridad por el propio proceso para lograrla, no pudiendo alcanzar ambos de forma simultánea, en la actualidad será a través del Derecho como deba alcanzarse. Es por ello, entendiendo la capital importancia de la seguridad jurídica, la forma en que podremos determinar lo relevante que puede ser su vulneración.

La seguridad jurídica es el eje sobre el que gira cualquier ordenamiento jurídico en la modernidad. Así, tiene la función orientadora, no solo de las normas en su proceso de producción, sino en su creación o derogación, así como en su aplicación e interpretación. Atendiendo a la última cuestión, la interpretación, veremos que la seguridad se muestra en ese otorgado fuerza normativa a los distintos preceptos del ordenamiento, subordinando unos de otros y asegurando el principio de jerarquía normativa. Así, el principio de seguridad, a través del de jerarquía normativa hace posible la coherencia y plenitud del ordenamiento, así como evita el caos normativo o posibles contradicciones (caos normativo y contradicciones que alcanzamos a observar en la materia de estudio, no en la fuente legal, sino en la creación del "derecho judicial", por unos y otros órganos). No se debe pasar por alto como los jueces, hoy en día, son artífices del Derecho y su interpretación, y la importancia de la seguridad jurídica para evitar tanto el arbitrio de estos como la posibilidad de extralimite en su autonomía interpretativa.

III. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y TRIBUTARIOS

Tal y como señalábamos en el inicio del trabajo, aunque nos ocuparíamos en mayor medida de la cuestión civil que atañe al ius delationis, por su importancia no solo jurídicoteórica, sino eminentemente práctica también lo haríamos de la fiscal.

Dependiendo del año en el que nos situemos, podremos encontrar tres etapas jurisprudenciales, pasando así de dos sucesiones fiscales y teniendo que devengar el impuesto en dos ocasiones, frente a una única según avancemos apenas dos años en el tiempo, y teniendo que liquidarlo por tanto solo una vez.

Debemos reparar, para continuar con nuestra tesis relacionada con la vulneración del principio de seguridad jurídica y el contexto de caos jurisprudencial ante el que nos situamos, en los principios tanto constitucionales como fiscales que deberían regir este impuesto. De esta forma, considerando los que debemos tener presentes, podremos desde una perspectiva tributaria, contemplar si, aunque a pesar del continuo cambio de criterio civil, en el plano fiscal encontramos también indicios de vulneración de estos principios.

Acudiendo a la Ley General Tributaria, en su artículo tercero encontramos los siguientes principios: el principio de igualdad, generalidad, capacidad económica, progresividad, no confiscatoriedad y legalidad. Una vez presentados estos, debemos presentar también un artículo primordial para articularlos y que tendrá una vital importancia en nuestra argumentación. Así, el art. 31 CE, predica: "Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio".

Expuestos los principios sobre los que trabajaremos, y su apoyo constitucional, debemos indicar en primer lugar que en virtud del art. 9 CE, los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Esto quiere decir que tanto el poder ejecutivo, como el legislativo y judicial, están vinculados por los preceptos que pueda contener. De igual forma, esta misma idea, podemos encontrarla en el art. 5.1 LOPJ, cuando indica que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales. El valor normativo que acabamos de exponer afecta así y se ve reflejado en los principios que indicábamos al inicio de este punto[8].

En segundo lugar, viendo la importancia normativa de los principios que rigen en la LGT, derivada de la propia CE, ante cualquier posible vulneración de estos, se podría motivar la interposición de un recurso o cuestión de inconstitucionalidad ante el TC, tanto contra con leyes como ante las disposiciones normativas con fuerza de ley según los arts. 53.1, 161.1.a) y 163 CE. Traemos a colación el poder judicial como fuente normativa, y la especial trascendencia de sus sentencias en unificación de doctrina y doctrina reiterada, para poder aplicarles su comunión directa con estos principios, si bien no planteando un recurso o cuestión de inconstitucionalidad, si vinculado al poder ejecutivo (en virtud del art 9 CE), para

8 vid. art. 31 CE.

la observancia del incumplimiento de estos principios respecto de la situación generada por los tribunales y otro órganos, y exigirle una posible respuesta. Aunque hemos adelantando una de las conclusiones que aportaremos, es relevante conocer en que principios y normativa constitucional se encuentra fundamentada.

En tercer lugar, analizaremos los principios constitucionales, ahora tributarios, en relación con el ISD, comenzando por indicar que el propio art. 31 CE, indicó que todos contribuirán al sostenimiento de gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica. Por tanto cabe preguntarnos, por qué ante un mismo supuesto de hecho como es la transmisión del ius delationis, un sujeto tendrá que devengar el impuesto una vez, y según avance uno o dos años, pagarlos dos, y volver a pagarlo uno. ¿Dónde se encuentra la capacidad económica del sujeto? Esta sigue siendo la misma. Si bien este principio es tenido en cuenta a la hora de examinar un tributo de forma general[9], también lo es a la hora del examen particular. Por ello, aunque el principio de capacidad económica signifique que los tributos tienen que gravar un supuesto de hecho que implique una riqueza. El requerimiento de la carga tributaria tiene que articularse en la medida de dicha capacidad en relación con el sistema tributario, de forma que a la hora de relacionar el principio con cada contribuyente la variación se produzca únicamente según la intensidad en la realización del hecho imposible. Por ello, si el hemos imponible, aunque proviene de un mismo supuesto fáctico, como es aceptar la herencia, debemos plantearnos por qué no se modula el devengo en relación a la capacidad del sujeto que es la misma, desechando así los cambios jurisprudenciales y optando por uno o dos hechos imponibles, para optar siempre por un único criterio[10]. El principio de generalidad, como observamos conlleva un requerimiento de forma directa al poder legislativo que debe cumplir un deber: tipificar toda conducta que indique capacidad económica. No sostenemos ni en ningún momento apoyaremos la supresión del propio ISD, sino que en este mismo deber de tipificación, sí se siga un criterio único para establecer uno o dos hechos imponibles, dado que la capacidad económica no varía.

Respecto al principio de igualdad, debemos resaltar su importancia siendo uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1 CE) y a la vez referirnos a este en su ámbito concreto tributario, no cayendo en la igualdad formal predicada en el art. 14 CE. De igual forma lo encontramos, referido a la importancia de atenernos a este respecto a su ámbito tributario en numerosas sentencias del propio Tribunal Constitucional. El TC define este principio como el aplicar a iguales supuestos de hecho iguales consecuencias jurídicas. Así, según el criterio seguido en la misma sentencia que define al principio, encontramos que no se prohibe al legislador una desigualdad en el trato del sujeto, sino que se refiere a

9 STC 221/1992, de 11 de diciembre (RTC 1992, 221).

10 ATC 71/2008 de 26 de febrero, FJ 5.

las desigualdades injustificadas o artificiosas. Por tanto, ante estas dos notas de la igualdad de trato ante situaciones iguales y la de prohibición de la desigualdad[11]- , debemos plantear que en el doble llamamiento del ius delationis, las situaciones de un sujeto que sea el que tenga que devengar el impuesto en 2011, 2012 y todos los años sucesivos ante la actualidad, son exactamente iguales. No hay una diferencia fáctico que pueda sostener un trato desigual. Por tanto, en virtud de este principio, no se debería permitir que a las mismas situaciones de hecho, se le apliquen -y más de la forma tan notoria que se realiza- distintas consecuencias jurídicas, optando por cambiarlas cada dos años prácticamente.

Se podría argumentar a sensu contrario que el principio de igualdad es referido a la sentencias del TS como fuente de producción normativa tal y como hacíamos con anterioridad, debemos reparar en que la igualdad también se refiere a la aplicación de la ley[12]. Así, bajo esta interpretación, el tribunal ante idénticos supuestos de hecho no debe apartase de sus precedentes (sin una adecuada fundamentación).

Dado que nos encontramos en materia tributaria, el devengo del ISD, apreciamos que debemos interpretar el principio como que a situaciones económicamente iguales, reciban el mismo trato. Por tanto, si la masa hereditaria es la misma, y la situación no se ha visto afectada por cualquier otra relación jurídica o similar, ¿por qué iba a recibir un trato diferente?

Tratado el principio de igualdad, debemos relacionarlo a su vez con el principio de progresividad, no confiscación y capacidad económica. Respecto al primero de ellos, veremos que el principio de progresividad se define como la característica de un sistema tributario, según la que, en función del aumento de la riqueza del sujeto pasivo, también aumenta la contribución del mismo. Se predica que es una característica del sistema en su conjunto, y esta sería una de las primeras críticas que se podrían vertir al traer este principio a colación. Sin embargo, la jurisprudencia indica que aunque se predica del sistema tributario en su conjunto, debe ser articulado técnicamente ajustando los impuestos concretos, estableciendo exenciones, beneficios fiscales… Por ello, incluso las afirmaciones del TC en las que reitera que la progresividad es del sistema tributario[13], y que esta cualidad debe predicarse respecto del sistema en su conjunto[14], incluso teniendo cabida tributos que sean no progresivos[15], es la obligación del legislador, y del TEAC, dar a conocer y preocuparse por los supuestos que incumplan esta progresividad. Por tanto, si

11 STC 46/1999 de 22 de marzo (RTC 1999, 46), STC 1/2001 de 15 de enero (RTC 2001, 1) y STC 47/2001 de 15 de febrero (RTC 2001, 47).

12 STC 43/1982, de 6 de julio (RTC 1982, 43).

13 STC 27/1981, de 20 de julio (RTC 1981, 27).

14 STC 19/2012, de 15 de febrero (RTC 2021, 19).

15 STC 7/2010 del 27 de abril (RTC 2010, 7).

el poder legislativo y el propio TEAC tienen este deber de garante, nosotros no podríamos pasar inadvertidos ante una situación en la que no se da respuesta al principio de progresividad. Si bien es cierto que aunque no siga este principio, el tributo o el hecho imponible específico no dejan de ser legales, si colaboran a que el sistema tributario en su conjunto sea "menos" progresivo. Relacionado con este principio, debemos tratar el de progresividad, dado que opera como su límite. En su sentido más amplio y extenso, entendemos la no confiscatoriedad como el hecho de no agotar la riqueza imponible, por el contrario, en su sentido más estricto, se debe entender como no agotar la riqueza imponible vulnerando el principio de proporcionalidad. En nuestro supuesto de hecho, sin lugar a duda, optando por la teoría moderna, el principio de proporcionalidad está más que cuestionado, dado que optar por agotar "una vez más de lo necesario" la riqueza imponible. Se produce la obligación de practicar la liquidación por parte del sujeto pasivo de forma separada de una y otra herencia.

El último principio a comentar será el de capacidad económica, el cual ineludiblemente ya hemos tenido que traer a colación de los otros principios, puesto que todos están interconectados entre sí. Entendiendo este principio como el gravamen sobre la capacidad económica real, aparente o potencial, dejando de lado las rengas o riquezas aprendes o inexistentes, el legislador ha establecido para su consideración criterios directos: la titularidad de un patrimonio o la percepción de una renta[16].

Tradicionalmente se ha asociado la idea, de que a un acto indicativo de capacidad económica, se le ha aparejado su consecuencia tributaria. Y es aquí donde está la clave del principio, "un acto". Según la teoría clásica, nos encontramos ante una única sucesión, por tanto apreciaríamos un solo acto, como ya ha comentado en algunas resoluciones el TEAC, mientras que ante el mismo acto civil, la teoría moderna desdobla este hecho, indicando dos sucesiones, y por tanto optando por fundamentar la doble liquidación en que existen dos actos. Pues bien, más allá de optar por una u otra postura, de lo que no cabe duda es que una de las dos no responde al principio. Si optamos por la teoría moderna, bajo la que se predican dos actos, al existir uno, el principio de capacidad económica no sería real y por tanto excedería el limite de lo proporcional. Si por el contrario optamos por la clásica, y tenemos en cuenta un solo acto, y existieran dos, la capacidad económica tampoco sería real, dado que sería inferior a la que tiene de verdad el sujeto.

IV. DELIMITACIÓN DEL IUS DELATIONIS E IUS TRANSMISSIONIS

Después de la apertura de la sucesión y previa la vocación, tiene lugar la delación de la herencia, entendiéndola como un llamado concreto, un ofrecimiento, a una

16 STC 193/2004 de 4 de noviembre (RTC 2004, 193).

persona que tiene la capacidad actual e inmediata de poder adquirirla a través de su aceptación: esta facultad es un auténtico derecho subjetivo al que calificamos como ius delationis.

Para atender al origen del Ius delationis o ius adeundi, derecho del llamado a suceder, debemos remitirnos al Digesto: "Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi"[17], por lo que se entiende deferida la herencia, que uno puede conseguir adiéndola[18]. En la actualidad lo planteamos como la atribución originaria a un sujeto del derecho de suceder a otro mortis causa. Se configura como un poder jurídico actual (no eventual) y concreto de hacer propia la herencia, o la parte de ella a la que es llamado.

La adquisición del ius delationis se adquiere ipso iure, sin que llegue a mediar la voluntad. Se puede repudiar la herencia deferida y por tanto eliminar, de forma retroactiva, la delación, pero no se impediría la titularidad del derecho a adquirir la herencia.

Por último, debemos plantear antes de adentrarnos en la cuestión práctica o procedimiento en la que se desenvuelve y tiene lugar el ius delationis, su naturaleza. Acerca de la naturaleza del ius delationis no llega a haber un acuerdo absoluto, encontrándonos cómo está dividida la doctrina. Podríamos diferenciar hasta cuatro corrientes acerca de la naturaleza del ius delationis. Una primera, encabezada por PEROZZI, lo considera una mera facultad adquirendi[19]. Otros, liderados por BARASSI lo consideran como una mera facultas expectativa[20]. La doctrina alemana, la más cercana a la tesis que sostendremos, indica que se trata de un derecho potestativo o de formación. Ante estas corrientes, veremos que ALBALADEJO, califica el ius delationis como un verdadero derecho, indicando que se trata de un derecho subjetivo de carácter patrimonial del heredero que muriendo, sin haberlo ejercitado, pasa a sus propios herederos, dando lugar así al ius transmissionis[21], y será de esta forma como también nosotros consideramos la naturaleza del ius delationis[22]. Además de adherirnos a esta postura, debemos considerar que el ius delationis es un derecho subjetivo porque: es una verdadera situación de poder, el cual es concreto, y es dado en virtud de una norma en base a un determinado ofrecimiento (delación intestada). No es un posibilidad que permite actuar conforme a una norma. Dicha posiblidad es diferente a un

17 Digesto 50, 16, 151.

18 García Del Corral, I.: *Cuerpo del Derecho Civil Romano,* Jaime Molina, Barcelona, 1897, 1ª Parte, Tomo III, p. 930.

19 Perozzi, S.: *Instituzioni di Diritto Romano*, vol. 2°, Casa Editrice Dottor Francesco Villardi, Milano, 1947, pp. 452 y ss.

20 Barassi, L.: "Le successioni per causa di morte", *Anuario de Derecho Civil*, 2ª edición, Milan, 1994, pp. 87 y 88.

21 Albaladejo García, M.: "La sucesión iure transmissionis", *Anuario de derecho Civil*, 1952, Vol. 5, núm. 3, pp. 922 y 923.

22 Cabe señalar que también así lo entiende la literalidad del propio art. 1006 CC, al hablar de "derecho".

derecho subjetivo, puesto que es una extensión de la capacidad de obrar; es un poder conferido a un sujeto en específico, y determinado, con eficacia erga omnes. Su contenido no se circunscribe a la propia adquisición, sino que incluye el poder evitar -rebus sic stantibus- la adquisición por parte de terceros; el objeto de transmisión final es la herencia deferida, siendo así el objeto determinado; es un derecho dado que permite comprobar la modificación jurídica que es la sucesión por causa de muerte; el acto de aceptación o repudiación son negocios jurídicos, actos de ejercicio, que emanan de un mismo poder (ius delationis).

IV. TEORÍAS DEL IUS DELATIONIS

El doble llamamiento en la sucesión, es más complejo de lo que aparenta, ya que debemos plantear los conceptos del ius transmissionis y del ius delationis. Podremos atender a dos principales corrientes, una la seguida por LACRUZ, y la otra defendida por ALBALADEJO. Si bien es cierto que grandes autores se han manifestado en un sentido u otro, a estos dos grandes autores son a los que se hacen referencia de forma principal, y los que representan la teoría clásica de un lado, y la teoría de la adquisición directa (teoría moderna) de otro.

1. Teoría clásica

Respecto a la teoría clásica (situándose en ella posicionado LACRUZ, y otros grandes autores como GARCÍA GARCÍA y ROCA), se propone que el adquirente de la herencia correspondiente al primer causante es el transmitente, y únicamente por medio de este, el transmisario. Será la acción de aceptarla por parte del transmisario la que concluirá si hereda el transmitente, y así, por medio de la herencia de este último, dándose los efectos en su herencia, incluida como parte de su caudal hereditario alcanza el ámbito jurídico del transmisario la herencia del causante primero. Así, observamos cómo el derecho de aceptación de la herencia se sucede al transmisario a través del segundo causante. Por imperativo legal, veremos que no se puede, de forma directa, llamar al transmisario a la herencia, dado que el causante primero no llegó a pensar en este, ni tampoco fue nombrado vía testamentaria. La adquisición hereditaria, continuando con esta posición, es verificada de forma retroactiva justo cuando se produce la extinción del causante primero (hecho ineludible, dado que de lo contrario, se desarrollaría como respuesta la continuación en las relaciones jurídicas). De esta forma, el transmisario, lo entendemos como heredero universal respecto del transmitente. No lo entenderemos de ninguna forma como auténtico heredero de este, dado que no podemos apreciar su inclusión vía testamentaria. Si asistiésemos así a la repudiación por parte del transmisario, se podría producir por los acreedores del mismo la aceptación, siguiendo el art. 1001 CC. Así, el transmisario usa el

derecho del transmitente, que únicamente le "pertenece" en su condición de sucesor universal del mismo.

Expuesta la primera parte de esta teoría, debemos señalar el posicionamiento de la misma respecto de la propia disponibilidad del ius transmissionis. LACRUZ entiende a tenor de la literalidad del art. 1006 CC, y señala que es una cuestión clara y sencilla, que el ius delationis pasa a los herederos de forma automática y de forma independiente a la que fuese la voluntad del transmitente. Esta sucesión al transmisario se comprueba ope legis, sin que intervenga la voluntad de este. El transmitente posee la facultad de designar heredero a la persona que estime, pero no tiene el derecho de asignar de forma nominal el llamamiento insito en su patrimonio, dado que este se sucede vía legal a los herederos. No debemos confundir, dentro de esta aplicación, el hecho de que el llamado a la herencia tiene la potestad de hacer que esta pase únicamente a uno de los sucesores universales que pueda tener, incluso a un legatario, pero de esta forma ya no estaría disponiendo del ius delationis. Nos situaríamos ante una herencia adquirida, dado que al haber practicado ese llamamiento particular, se entiende producida la aceptación hereditaria.

2. Teoría moderna

A continuación, trataremos la posición de ALBALADEJO y también aceptada por VALLET, la denominada como teoría de la adquisición directa o teoría moderna. En esta, se postula que cuando se acepta la herencia del transmitente por parte del transmisario, si este último llegase a practicar el ius adeundi, sería sucesor en la herencia del transmitente, y también sería sucesor en el ius delationis que la integra, sucediendo así al causante primero en la herencia. La diferencia radica en que su condición de sucesor, apreciamos que es de forma directa, no se produce por medio del transmitente. Podríamos decir que el transmitente es solo un "puente" que le pasó la facultad de poder aceptarla. Vemos cómo del transmitente no se desprende la herencia del primero que falleció. Se desprende el derecho, la facultad de poder adquirirla. Así, el transmisario es el sujeto que sucede en la herencia del transmitente. En esta herencia se localiza el ius delationis, y al momento de hacerlo efectivo, de ejercer este derecho, acepta, pasa a ser sucesor también del primer causante. Esto sucede dado que la herencia del primer causante no llegó a ser aceptada por el transmitente, puesto que no la aceptó o realizo acciones algunas encaminadas a su adquisición.

Vemos que considera que el transmitente tiene la facultad de determinar, o al menos ejercer un influjo, en el fin y traspaso del ius delationis. El autor toma como punto de inicio en que el art. 1006 CC no diferencia el hecho relativo a que la transmisión del ius delationis se da en beneficio de los que sean herederos del transmitente (ya sean estos, o no, por vía testamentaria). De esta forma, la

facultad del transmitente sí influye en que el ius delationis puede acabar en unas personas u otras. Un ejemplo: el momento en el que puede designar herederos suyos a sujetos que no alcanzarían tal condición.

3. Consecuencias prácticas

Más allá de presentar la dialéctica entre una y otra postura en el plano teórico, debemos advertir que la elección de una u otro tesis albergará distintas consecuencias que en la práctica serán determinantes. Procederemos a indicarlas, puesto que observándolas, a la luz de estas en la práctica, podremos realizar una mayor reflexión jurídica al optar por una u otra. Destacamos ocho notas breves:

Problemas con la capacidad: en la tesis clásica permanece abierto el interrogante en torno al transmisario, si debe o no tener capacidad sucesoria. En la tesis moderna se afirma que tendrá que tener la capacidad necesaria para poder suceder al primer causante.

Calcular la legítima correspondiente a los herederos forzosos del transmitente (segundo causante): partiendo de la tesis clásica, dado que la herencia del causante está contenida en la del transmitente, tendremos un mayor valor, teniendo que considerarla, para determinar la legítima de los herederos forzosos del transmitente. Según la tesis moderna, el valor sobre el que calcularíamos la legítima sería inferior, dado que no incluyen en la herencia del segundo causante la del primero. Por tanto la legítima de los herederos forzosos será menor.

La colación: si optamos por la tesis clásica, automáticamente, no existe la colación como tal. Sin embargo, la tesis moderna indica que el transmisario colacionará aquella parte que reciba en concepto de donación del primer causante.

Ante la cuestión relativa a si los bienes de la herencia del primer causante deben estar contenidos en el usufructo del cónyuge viudo del transmitente: según la teoría clásica podemos afirmar que sí estarán comprendidos, por el contrario, si optamos por la moderna, el viudo del transmitente no debe concurrir a la partición del primer causante (a excepción del caso en que exista un legado del usufructo, del transmitente al viudo, siendo además este último instituido heredero o cuando el transmitente no hubiera realizado testamento, no concurriesen descendientes o ascendientes, y el viudo concurra solo). Así, la condición real que ostentaría sería la de heredero en concepto de transmisario, y no en concepto de legitimario.

Los posibles acreedores del transmitente: con la tesis moderna, estos acreedores, si el transmisario renunciase en fraude de sus derechos[23], no tienen la

23 vid. art. 1001 CC

facultad de poder embargar los bienes que sean del primer causante, ni tampoco aceptar la herencia de este. Con la teoría clásica ocurriría totalmente lo contrario.

El plazo del art. 28 LH: aquí entra en juego el plazo de dos para que se suspenda la fe pública. Para la teoría clásica se iniciará el computo desde el fallecimiento del transmitente, y para la tesis moderna desde que se produce el fallecimiento del primer causante.

Reservas: en estos casos se podrá dar cumplimento a estas dependerá del sujeto que sucede al transmitente.

La figura del contador partidor: bajo la tesis clásica podrían llegar a concurrir hasta un máximo de dos comisarios (el primero relativo a la primera herencia, del primer causante, y el de la herencia del segundo causante). Según la tesis moderna el contador partidos solo intervendrá en los bienes de la herencia del primer causante.

VI. ETAPAS JURISPRUDENCIALES

1. Primera etapa

En la liquidación del ISD, en el caso del doble llamamiento, a partir del año 2011, vamos a asistir a un panorama muy complejo. Todo ello se debe a que dentro del Tribunal Supremo (Salas de lo Civil y Contencioso) se mantendrán dos posturas contrarias, chocando a su vez con resoluciones de la DGSJyFP y DGT. De igual forma, en este escenario también tendremos numerosas sentencias de tribunales superiores de justicia, que no arrojaran luz alguna sobre el asunto, sino más bien, provocarán todo el efecto contrario. No debemos que en medio de todo este debate nos encontramos al sujeto que debe liquidar el impuesto, y en un período de nueve años, va a tener que liquidarlo de una forma u otro, dependiendo del momento exacto de su obligación tributaria.

Respecto a la doctrina del ius delationis y cómo liquidarse el mismo, hubo una primera sentencia dictada por el TS el 18 de noviembre de 2008[24]. En esta, el tribunal, indicó que ante el supuesto de hecho previsto (la muerte de un sujeto, en condiciones este de ser heredero, si no había aceptado, o por el contrario, repudiado la herencia) eran posibles dos interpretaciones. De esta forma se podría atender a la existencia de dos transmisiones (la del primer causante y su heredero -transmitente-, y otra posterior, en la que el transmitente tiene a su vez un heredero, transmisario, que a través de este, hereda al causante primero, no de forma directa). La interpretación que acabamos de citar, viendo que

24 STS 24/2008 de 18 de noviembre (RTS 2008, 24).

sigue la doctrina clásica, estaba normativizada, regulada, en virtud del art. 10.2 RD 1629/1991, del 8 de noviembre. Se interpreta por tanto que la herencia se adquiere al momento en que muere el causante, sin importar que haya o no algún acto de aceptación. Así, la legislación fiscal, atiende al sistema germánico cuando se produce la adquisición mortis causa. Además, también se encuentra respaldada esta postura en el propio art. 1006 CC. Esta argumentación, veremos que siendo sostenida tanto por el abogado del Estado, como por el demandado, se convertiría en la línea doctrinal a seguir por el TS. A partir de este momento, quedaba muy claro cómo practicar la liquidación, y si se entendían como "dos o una" sucesiones.

Sorprendentemente, en el año 2011, el Tribunal Supremo, en sentencia de 14 de diciembre de 2011[25], indicaría en el asunto a resolver que habría dos sucesiones. El asunto hacía referencia a una persona que habiendo fallecido, tenía una hermana -la cual también murió de forma posterior-, y esta última únicamente tenía hijos y una nieta. Estos ostentaban la condición de herederos universales por su institución antes de que falleciese el primer sujeto. Así, el primer sujeto teniendo el ius delationis, a partir del momento en que muere su hermano, fallece sin ejercitarlo. Al fallecer, se produce la adquisición de sus herederos y de igual forma, da lugar al hecho imponible, regulado este en el art. 3 Ley 29/1987. Vemos en este caso práctico como se deniega la opción relativa a que se suceda la herencia en dos tractos (el primero desde el causante a la hermana; y el segundo de esta última a los hijos y nietos). Se atiende a la literalidad del art. 1006 CC, pasando el derecho a aceptar la herencia a los herederos, dado que la hermana del causante no llegó a ejercitarlo. La adquisición por parte de los herederos tiene lugar ope legis, sin tener en cuenta la posible voluntad de la madre que en ningún momento llegó a hacer efectivo el derecho. Es por esto, que la doctrina del TS indica que para hacer llegar a los transmisarios el caudal hereditario, se necesitan dos tractos. Requiere dos transmisiones. El propio Tribunal considera al respecto que si se hubiese llegado al punto en que la hermana del causante hubiera indicado su aceptación de la herencia, se tendría que haber procedido a liquidación del ISD respecto de la herencia del primer causante.

Así, el caudal resultante de esta operación hubiera sido transmitido a los hijos y nietos, lo cual se entiende como inadecuado, ya que estos obtendrían un provecho que iría en detrimento de la Hacienda Pública, ya que obtendrían una ganancia que conculcaría el principio de capacidad contributiva.

La cuestión que plantea mayor inconveniente era la relativa al momento en que cada sujeto pretendía liquidar el ISD de una parte, o como opción alternativa, lo correcto era practicar una única liquidación, siendo esta la relacionada con la

25 STS 261/2011 de 26 de diciembre (RTS 2011,261).

herencia del segundo causante (transmitente), ya que la del primer causante no fue aceptada. Veremos que aun habiendo sido resuelta, será esta la que plantee mayores dificultades, convirtiéndose en el óbice sobre el que discuta la doctrina y se enfrenten distintos órganos.

En esta sentencia, también debemos analizar el Voto Particular, sostenido por el Magistrado Fernández Montalvo. En este VP observamos que el magistrado realizará una defensa de la posición de ALBALADEJO, la teoría de la adquisición directa. Cabe recordar que bajo esta teoría únicamente cabría la liquidación correspondiente a los bienes del primer fallecido, recayendo así sobre el transmisario. El magistrado indica la inexistencia de dos transmisiones sucesorias. Lo que existe es el resultado de transmitir el derecho para poder realizar la aceptación o la repudiación de la herencia, sin que llegue a producirse una verdadera sucesión del ius delationis. Únicamente nos situaríamos ante el traspaso que se requiere para hacer eficaz la legitimación necesaria para la repudiación o aceptación. Para sostener esta corriente de la que se hace eco el magistrado, se aporta la contestación a Consulta de marzo de 2017 planteada a la Dirección General de Tributos, en la que se hace constar que en el supuesto referente a este doble llamamiento, al momento en que uno de los sujetos con vocación sucesoria fallece, sin haber aceptado o repudiado la herencia, al no ser aún heredero del primer fallecido, el derecho de este último para realizar la aceptación (ius delationis), seguiría sin tener un destinatario unívoco, quedando así libre y pudiendo transmitirse a los herederos. Siguiendo este modo de proceder, el que fuese heredero adquiere el derecho de aceptación o repudiación de la herencia del primer sujeto que falleció. Si llegase a aceptarla sería el heredero del que falleció primero, y por tanto tendría que practicar la liquidación del ISD. Esta liquidación sería por tanto distinta de la que se haría en la herencia del segundo fallecido, teniendo de igual forma que practicar la liquidación, puesto que la única forma de que sea transmitido el derecho será aceptar la segunda.

El propio magistrado abre una interrogante referente a si los posibles efectos retroactivos que pudiesen suceder se deberían aplicar en la materia tributaria. La resuelve indicando que en primer lugar la prescripción en esta materia, tendrá el inicio de su cómputo, desde el momento en que venza el tiempo que el sujeto tenía para realizar la declaración (siendo este de seis meses, y tomando como punto de partida desde el devengo, el cual tiene lugar cuando el sujeto se dispone a adquirir la herencia). Es por esto, que los efectos retroactivos iniciarían su cómputo desde el momento en que fallezca el causante. Se indica que esta forma de proceder puede contener una "trampa" o conducto por el cual se intente evitar la obligación tributaria. Así, el ISD podría prescribir incluso ante de que el sujeto acepte, y esta es la razón por la que en muchas situaciones se produce un retraso, culpable y consciente, para que se produzca esta prescripción.

Más allá de que la Administración tenga la facultad de compelir e interpelar a que los herederos se pronuncien y ejerzan el derecho de aceptación, según el art. 22.2 Ley 29/1987, el magistrado indica que de no conocer a estos o si no se pronunciasen, se podría proceder a ajustar la liquidación según el coeficiente referente al tramo más alto del patrimonio del llamado a heredar. Esto, sin lugar a duda, también daría lugar a que cuando se conocieran o pronunciasen, se llevarían acabo las correspondientes acciones para ejercitar el acto de devolución. Lo que se consigue operando de esta forma es que la Administración llegue a ejercer esta acción liquidadora del ISD sin que se llegue a tener un sujeto que acepte o repudie verdaderamente la herencia. Uno de los fundamentos y principios que respaldan esta posición es el principio de "actio nata", ya empleado por FALCÓN Y TELLA, al dictar sentencia acerca de la sustitución vulgar en el año 2011. Y es que, según este principio, no sería contrario a Derecho que en el ISD la prescripción se inicie de forma previa a que el sujeto acepte la herencia, dado que Hacienda puede llevar a cabo la liquidación, y hacerla efectiva tomando como base el caudal hereditario. Todo esto a partir de que no exista un mayor plazo para que el sujeto pueda realizar la declaración.

Desde que se dictó esta sentencia, hasta el año 2013, año en el que de nuevo veremos como giran las tornas y se sigue otra corriente doctrinal, creándose una nueva jurisprudencial, podemos hablar de dos sucesiones civiles y dos fiscales. De esta forma, la teoría que se defenderá y postulará será la de LACRUZ, la teoría de la doble transmisión. Ejemplo de ello, acercándonos a nuestro ámbito andaluz, será la Circular 1/2013 de la ATA, la cual sostiene esta teoría indicando que en el momento en que se puedan constatar dos sucesiones, se tendrá que liquidar el ISD por cada uno de estos fenómenos. En primer lugar se realizaría el correspondiente al primer acto, teniendo en cuenta el parentesco relativo al causante primero y posterior; y de otro lado, el ISD sobre el segundo fenómeno, de tal forma que comprenda el activo de este segundo causante, teniendo entre este todo el caudal adquirido por la herencia del primer causante. Esta última postura, que tendrá vigencia hasta el año 2013, será sostenida por el TEAC, por el propio TSJ de Andalucía y por el TS.

2. Segunda etapa

El punto de inflexión será el año 2013, a partir de una sentencia, objeto de grandes debates entre los propios miembros de la judicatura, la cual vertebrará el doble llamamiento bajo el prisma de la existencia de una sucesión civil, y la de dos sucesiones fiscales. Así, a partir de la STS del 11 de septiembre de 2013, observaremos importantes cambios.

En la sentencia indicada veremos que el TS establece una nueva corrientes jurisprudencial, alejándose de los criterios que habían sostenido el Juzgado de

Primera Instancia, y la Audiencia Provincial. Así, el tribunal entiende que el ius transmissionis, que podemos localizar en el art. 1006 CC no es por si mismo otra delación o una parte del ius delationis perteneciente a la herencia del primer fallecido, que se sucede al transmisario. De esta forma, no se puede afirma que existan dos transmisiones de este derecho que permitan realizar la aceptación o repudiación de manera legitimada, correspondiendo esta a los herederos.

¿Qué se consigue partiendo de este nuevo planteamiento? Que los transmigrados van a suceder al fallecido en un primer término, y de otro modo, de forma separada, existiendo un nuevo fenómeno sucesor, pasarán a suceder al transmitente. Es muy curioso, y lo podemos apreciar después de una lectura pormenorizada de lajurisprudencia, que a diferencia de las sentencias anteriores en la que jueces y magistrados en sus fundamentos jurídicos si aluden a las teorías por su nombre, o citando a sus exponentes, en esta sentencia el tribunal no indica de forma expresa que sigue la teoría moderna de la adquisición directa (empleando el nombre de la teoría como tal). Únicamente procede a indicar que heredan de forma directa los transmigrados respecto del primer falleciendo siempre que hagan ejercicio del ius delationis, llevando a efecto, previamente, la aceptación. Es en esta sentencia, como hemos indicado anteriormente, vemos una fundamentación jurídica que difiere, no solo de la teoría mantenida anteriormente por el propio tribunal, sino por el Juzgado de Primera Instancia y la AP en el mismo asunto. Contrasta, sin embargo, que este nuevo criterio que utiliza, si venía siendo usado y esgrimido en distintas resoluciones de la DGSJyFP, como posteriormente se verá señalado.

En la reseña que realizaremos de la fundamentación del tribunal, postulando esta nueva corriente, es crucial que el mismo, entenderá de equiparación la totalidad del ius delationis y el conjunto del hecho sucesor. Tesis que incluso de forma previa a 2013 podemos apreciarla en dos sentencias, ambas del 2012, una primera del 30 de octubre[26], acerca de la inclusión del fideicomiso residual en el hecho sucesorio, y una segunda, a fecha 20 de julio[27] en la que se trata el art. 1001 CC relacionado con la renuncia traslativa.

Prosiguiendo con la tesis principal, de la equivalencia a la que asistimos entre el propio ius delationis y el hecho sucesor, el TS va a entender que el ius transmissionis, no se incorpora o debe ser tratado como una delación posterior, y que resulta novedosa. Dado que el ius delationis acaba en el transmisario, sin que se haya modificado o "utilizado" su contenido, únicamente nos encontramos ante una transmisión del mismo, cuyo fin es poder legitimar la aceptación o repudiación. Profundizando en el significado de este "efecto en la transmisión",

26 STS 624/2012 de 30 de octubre (RTS 2021, 624).

27 STS 43/2012 de 20 de julio (RTS 2021, 43).

veremos que implica la propia traslación del derecho del transmitente -que no llegó a hacer efectivo, ejerciéndolo, respecto de la herencia del primer fallecido-, a los transmigrados. Y esto sucede de forma directa. De nuevo, solo no situamos ante una transmisión de un derecho, el cual no habiendo sido ejercitado por el o los transmitentes, sucede y pasa a los transmisarios, los cuales con este son legitimados para realizar la acción de aceptación o repudiación de la herencia.

El TS en esta sentencia interpreta respecto del art. 1006 CC, que de su contenido se desprenden dos sucesiones, dos hechos en los que se transmiten los bienes, y no uno. Al existir dos, el resultado se apreciará en la herencia del transmitente, al momento en que los transmisarios realizan la aceptación del primer fallecido. El cambio relevante por tanto, es en el titular del derecho, del ius delationis. El argumento utilizado para defender que los transmisarios suceden de forma directa al primer causante, es que habiendo manifestado la aceptación de la herencia previa, la del transmitente, estando así legitimados y haciendo uso del ius delationis, se produce la aplicación del art. 989 CC. Dicho artículo trata el efecto retroactivo en la aceptación de la herencia.

El TS veremos que aplica la teoría de la adquisición directa, sin decirlo de forma expresa, pero sí podemos concluir después de lo expuesto en que este precisa que el transmisario va a ser el sujeto que suceda al primer causante (y no el transmitente), y que la capacidad del primero no se examina cuando fallece el primer causante, sino que se debe examinar en elemento en que el transmisario manifiesta la aceptación de la herencia del transmitente.

Veremos que el nuevo posicionamiento por el que opta el TS es mantenido y seguido por numerosas Resoluciones de la DGSJyFP. Entre estas podemos destacar, como las que siguen esta teoría de la adquisición directa, la de 26 de marzo, 11 de junio y 6 de octubre, todas ellas del año 2014. Todas ellas plantean, y tienen como punto de unión, la defensa de esta teoría. Hasta tal punto la DGSJyFP considera importante este asunto, que ella misma no comienza a aplicar de motu propio la doctrina nueva del TS, sino que aclara su postura desde la primera resolución citada, corrigiendo su postura anterior, y alertando del nuevo camino interpretativo que comenzará a seguir. Pues bien, si hasta aquí, observamos como la DGSJyFP, modificando sus resoluciones en este nuevo sentido, parecía acatar lo dicho por el TS, habrá una resolución que nos dejará a todos desconcertado. Dicha resolución data del 9 de junio de 2015. ¿Qué sucede en esta? En ella da un giro de ciento ochenta grados, y la doctrina que parecía abandonada y ya no era aplicada después de estas tres resoluciones, vuelve a aparecer en escena, no en el plano meramente teórico, sino en el práctico. Vuelve a usarse en una resolución para resolver un asunto. La DGSJyFP vuelve a hacer referencia a un principio ya tratado con anterioridad para justificar este nuevo posicionamiento: el principio

de coherencia con el hecho sucesor. Resoluciones que nos muestran como la DGSJyFP se desmarca, y no procede a aplicar la doctrina última del TS, serán la RDGSJyFP del 2 de marzo de 2015, y la del 4 de febrero del año siguiente. También observaremos, que la Agencia Tributaria de Cataluña, comenzará a seguir este criterio, al igual que en Andalucía, donde a partir de la Circular 1/2015 podemos observar como se cita al propio TS, y se sostiene nuevamente esta postura.

3. Tercera etapa

A partir del año 2016, asistiremos a un nuevo escenario. Será este año el que marque una nueva etapa, en la cual nos encontraremos la existencia de una sucesión civil y una fiscal. Es decir, veremos que se produce una adquisición del transmisario respecto del primer causante, estando legitimado por la adquisición del ius delationis al momento de la aceptación de la herencia del segundo transmitente, y aplicando así la teoría moderna; y en el plano fiscal deberá liquidar solamente una vez el ISD, existiendo la unidad del fenómeno necesario y por tanto un único hecho imponible.

Debemos destacar en esta nueva etapa será llevada a cabo por la DGT, en una de sus resoluciones a fecha 13 de mayo de 2016. En esta resolución indica que en el supuesto de hecho relativo a que el transmitente no haya aceptado o repudiado la masa hereditaria del primero, tendrá la consecuencia fiscal de ser considerado como una única transmisión. Dicha transmisión, se entenderá realizada entre el primer causante, y el transmisario. Deja así de lado al transmitente, entendiendo que este únicamente interviene en la medida de ser un sujeto que ni acepta ni repudia la herencia, simplemente pasa el ius delationis y legitima al transmisario respecto del primer causante, no suponiendo otro hecho imponible, y teniendo el sujeto pasivo que liquidar el ISD en dos ocasiones.

Con fecha posterior, encontraremos cómo de nuevo interviene la DGSJyFP, mediante su resolución de 26 de julio de 2017. En ella si bien asienta la doctrina del TS (la de STS de 2013 ya citada), realiza algunas precisiones que debemos considerar. el primero, siguiendo la teoría de la adquisición directa, lo relevante que resultaba separar en cuotas lo que debía ser de cada heredero transmisario, y en segundo lugar, aportando como referencia doctrinal y sosteniendo la tesis de GARCÍA GARCÍA, se plantea volver a la primer teoría (clásica). Y esto supone un grave problema, porque choca frontalmente con esta nueva etapa en la que veníamos teniendo una sucesión civil y otra fiscal, siguiendo la teoría de la adquisición moderna. En esta resolución, la DGSJyFP, sin lugar a ninguna otra interpretación, se desmarca totalmente de la STS del 11 de septiembre de 2013, volviendo así a mirar a la teoría clásica del ius transmissionis.

En esta etapa, para concluir con la DGSJyFP, indicaremos su última y más reciente resolución al respecto, con fecha 25 de abril de 2018. Mediante esta, podríamos decir que se da final (o punto y seguido, en este asunto no podemos saberlo con certeza) a todo este proceso. En primer lugar parece que se apartará de la teoría clásica, pero conforme avanzamos en su estadio pormenorizado, observaremos, citando la doctrina del TS, concluye haciendo suya de nuevo la teoría clásica, llegando a usar argumentos literales de resoluciones de 1986 y 1999 de la propia DGSJyFP. Así, no cabe duda que el Centro Directivo de la DGSJyFP ha optado por dejar de aplicar la doctrina del TS (mostrada en el 2013) que seguía la teoría moderna y optar por la clásica.

Uno de los hitos fundamentales será como en el seno del propio TS se abre un debate entre la Sala de lo Civil y la Sala de lo Contencioso. Nos detendremos, en la STS del 5 de junio de 2018[28], correspondiente a la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Esta sala se alinea con la doctrina aportada por el propio tribunal en 2013, por lo que asusta por la existencia de una única transmisión. La consecuencia jurídica será por tanto que habrá una transmisión, un hecho sucesor (la del primer causante que pasa al transmisario), y no cabe por tanto dos hechos. Así en esta STS se rechaza la posibilidad de devengar dos veces el ISD. Este criterio es contrario al mantenido por esta misma sala en sentencias de 25 de mayo y 14 de diciembre de 2011. Es una de las pocas veces que una sala de TS, no solo no ha seguido el criterio seguido - en un período tan corto de tiempo- de otra sala, sino que ha abandona la postura del propio tribunal para seguir el de una resolución de la Dirección General de Tributos. Sigue así a las resoluciones de 13 de mayo de 2016 y 2 de marzo de 2017. La sala indica que de acuerdo al principio de capacidad económica del contribuyente es de mayor adecuación la teoría de la adquisición directa, y es lógico, dado que defender una postura en la que se tenga que liquidar dos veces el ISD, frente a solo una, sería absurdo.

VII.- CONCLUSIONES

Primera.- Habiendo planteado los distintos criterios que se han adoptado en tan corto plazo, podemos advertir el caos e incertidumbre que rodea a esta cuestión. Atendiendo al concepto presentado del principio de seguridad jurídica, siendo el objetivo del mismo la creación de un ámbito de certeza y saber a qué atenerse, no cabe la menor duda al respecto de su conculcación. En apenas siete años, se ha cambiado varias veces de criterio, no sabiendo los registradores y notarios a qué tesis atenerse, dado que la DGSGyFP sostenía un criterio, el TS otro (el cual se encontraba en constante cambio), e incluso en 2018 dos salas del TS, la civil y la de lo contencioso, llegan a sostener ambas teorías por separado.

28 STS 936/2018 de 5 de junio (RTS 2018, 936).

Segunda.- El principio de seguridad jurídica no debe ser un principio rector y orientador en la creación normativa, sino también en la aplicación e interpretación del Derecho. Es por ello que prestamos especial atención a la producción normativa del derecho judicial, ciñéndonos a las sentencias de unificación de doctrina, así como la doctrina reiterada, aplicando y destacando de ambas, que deberían comulgar con el principio de seguridad jurídica.

Tercera.- En atención a los principios constitucionales y tributarios, debemos señalar, que el optar por una u otra teoría, no habiendo una única, logrará que la realidad tributaria no se corresponda con la realidad objetiva, en virtud del principio de capacidad económica. Esto se debe a que devengar el ISD una o dos veces no dependerá de la capacidad del contribuyente sino de la teoría por la que se opte.

Cuarta.- Respecto al principio de igualdad veremos que aunque nos encontramos ante supuestos de hechos idénticos, se aplican consecuencias jurídicas diferentes, pudiendo caer en desigualdades injustificadas. No apreciamos diferencias fácticas que hagan aplicar una u otra teoría y entender así motivada su aplicación.

Quinta.- Aunque el principio de progresividad se predica del sistema en su conjunto, afecta en tanto que se refiere y deviene negativo en este hecho concreto, el cual independientemente de que pudiera afectar en mayor o menor medida a la progresividad del sistema, sin lugar a duda le afecta. Por tanto debe tenerse en consideración dado que hace del sistema que deje de ser tan progresivo como debiera, o como lo sería sin esta situación de conflicto.

Sexta.- El principio de confiscatoriedad, intrínsecamente relacionado con el de proporcionalidad podemos encontramos más que cuestionados en tanto que si se opta por la teoría moderna, la riqueza imponible se verá agotada más de lo necesario. Esto se debe a que se produce la obligación de practicar la liquidación de forma distinta de una y otra herencia.

Séptima.- Nos adherimos y consideramos que se debería optar por la tesis de ALBALADEJO al sostener que el ius delationis en un verdadero derecho (cuestión que un sector muy minoritario niega). Nosotros lo consideramos como un derecho subjetivo de carácter patrimonial del heredero.

Octava.- Normalmente el análisis de una y otra teoría (clásica y moderna) se realiza teorizando y abordando cuestiones puramente doctrinales. Aunque lo consideramos de gran importancia, debemos hacer una llamada de atención a las ventajas e inconvenientes que presentan en sus consecuencias prácticas (hecho que si no es pasado por alto, es muy pocas ocasiones ha sido tratado). Hemos

podido localizar grandes diferencias en la práctica al calcular la legítima, la colación, el usufructo del cónyuge viudo, los acreedores del transmitente, plazos del RH, reservas y la figura del contador partidor.

Novena.- Antes de de la STS del 11 de septiembre de 2013, en la practica notarial y registral se optaba por la doctrina de las dos transmisiones (un criterio que apenas era ya cuestionado). Sin embargo esta sentencia opta por la tesis de la adquisición directa (teoría moderna), y es entonces cuando la DGSGyFP empieza a tomar este nuevo criterio en sus resoluciones aunque matizándolo. Consideramos que es en los matices de estas primeras resoluciones donde comienza el problema, dado que se aparta desde el primer momento del TS y será el inicio de un camino que culminará con un criterio diferentes. Ejemplo de ello sería como en la resolución de 26 de julio de 2017 ya aunque se opta por la teoría moderna, no termina aplicándola. Además de no aplicarla, es en esta resolución en la que se cita un párrafo de una resolución de antes de siglo, lo cual es una evidencia de querer volver a la tesis clásica. Como vemos el caos era ya evidente: la DGSGyFP optaba teóricamente por la tesis moderna, pero en la misma resolución decidía no aplicarla, citando incluso un párrafo de una resolución que defendía la tesis clásica y la aplicaba… en este caso vemos que el "subconsciente" de la Dirección General en su foro interno quería volver a la tesis clásica. Será en 2018 cuando la DGSGyFP en su resolución de 22 de enero de 2018 se aparte del criterio del TS de 2013, aunque en dicha resolución se indique que no es este el fin de la misma.

Décima.- El propio TS manifiesta una lucha interna desde el momento en que la sala de lo civil y contencioso, se defienden ambas teorías. Esto provoca el "cisma" definitivo, porque aunque el TS ha ido cambiando de parecer por etapas, al menos durante estas había un criterio único rector del ius delationis… sin embargo, en 2018 asistimos a lo inevitable. No es de extrañar sino que es fruto de la dispersión en el derecho judicial. Si cada dos años había un cambio, y la DGSGyFP a cada sentencia le añadía un matiz nuevo, era de esperar que el criterio del TS dejará de ser unánime cada vez más influído por otras resoluciones y por su propio mal hacer.

Undécima.- Aunque ambas teorías en el plano teórico son válidas, y al final el optar por una u otra es un criterio meramente subjetivo e interpretativo, la elección de una u otra se debería hacer por sus efectos prácticos. Es en el análisis de los mismos cuando la teoría moderna puede presentar algunas lagunas. Como indicaba GONZÁLEZ PALOMINO en Derecho todo lo que no sea hablar de efectos es pura literatura. Así, algunos de los efectos que podrían hacer que nos separásemos de la teoría moderna serían que se produce la casi segura defunción de la reserva lineal, el obligar a que sucedan al causante sujetos que pueden serle

prácticamente ajenos (traicionando la concepción de heredero como aquel que continua la personalidad del causante), encajar cómo el segundo causante fuera llamado a la legítima y mejora, pero no pueda hacerlo el transmisario (dado que no es legitimar del primer causante), la exigencia desmesurada de la doble capacidad y la posibilidad de dejar vacío el contenido de los derechos legitimarios (perjudicando de forma injusta a los legitimarios del segundo causante).

Duodécima.- Después de lo expuesto consideramos que el principal problema, más allá de la doctrina, TEAC o DGSGyFP, se localiza en nuestro Tribunal Supremo. Este debería realizar un profundo estudio de sendas teorías y decantarse definitivamente por una.

Decimotercera.- Resulta sorprendente que justo en los años de crisis, donde numerosas directrices se encaminan y concretizan en subidas de impuestos, que una teoría asentada, la teoría clásica se vea desbancada por la teoría moderna. Y hablamos de ello, porque con esta teoría, nos situamos ante dos transmisiones y por ello dos liquidaciones del ISD. Lo cual sin lugar a duda resulta más gravoso para el contribuyente.

I DERIVATI OVER THE COUNTER TRA DIRITTO DEI PRIVATI E TEORIA ECOLOGICA DEL CONTRATTO. PREMESSE PER UNO STUDIO*

OVER THE COUNTER DERIVATIVES WITHIN PRIVATE ORDERING AND ECOLOGY OF CONTRACT. A WORKING PAPER

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 314-353

* Lo scritto, come attestato nel titolo, intende porre le premesse per un più ampio studio sui derivati over the counter, che chi scrive sta conducendo e auspica di poter ulteriormente sviluppare. Esso, inoltre, rispetta l'impostazione data all'intervento presentato al II Congreso Internacional de Jóvenes Civilistas, tenutosi a Santander il 7 e 8 ottobre 2021. Per tali ragioni, nel presente lavoro l'apparato di note è contenuto all'essenziale, pur senza rinunciare a offrire un adeguato quadro di riferimenti al lettore che volesse svolgere approfondimenti. Alcuni passaggi argomentativi risultano piuttosto concisi, anche laddove sarebbe necessario ben altro approfondimento ricostruttivo: si tratta di una scelta consapevole, volta a presentare al lettore, anche se in forma provvisoria, alcuni degli snodi dello studio in corso. Si ringraziano l'Associazione Ivs Civile Salmanticense, e in particolare la Sección de Jóvenes Civilistas, per l'organizzazione del Congreso e per il gradito invito, che hanno rappresentato una preziosa occasione per condividere le presenti riflessioni.

Rocco ALESSIO
ALBANESE

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Lo scritto intende porre alcune premesse per uno studio critico dei derivati over the counter. Condotta in riferimento ai dibattiti italiani e nordamericani, l'analisi di questi strumenti finanziari e del loro regime giuridico consente di sottolineare alcune implicazioni che la loro diffusione ha avuto sulla teoria generale del contratto. In questo senso, i derivati over the counter sono una manifestazione contemporanea di "diritto dei privati". Tuttavia è illusorio pretendere un loro perfetto isolamento giuridico ed economico. Valorizzando una concezione ecologica del contratto, e facendo attenzione al rischio sistemico, occorre adottare un approccio rimediale capace di mettere in discussione la piena enforceability di questi strumenti finanziari.

PALABRAS CLAVE: Derivati Over the Counter; Ecologia del Contratto; Diritto dei Privati; Rischio sistemico; Rimedi.

ABSTRACT: *The article aims at establishing some premises for a critical study of over the counter derivatives. By building on Italian and North American debates, the discussion of the legal regime of such financial products leads to highlight how and to what extent general theory of contract has been involved in their dissemination. In this respect, over the counter derivatives eventually are a contemporary instance of "private ordering". However, their supposedly complete legal and economic insulation is an illusion. If one adopts an ecological view of contract and takes into account systemic risk, it becomes worth assuming a remedial approach capable of challenging the enforceability of these financial products.*

KEY WORDS: *Over the Counter Derivatives; Ecology of Contract; Private Ordering; Systemic Risk; Remedies.*

SUMARIO.- I. DELIMITAZIONE DELL'INDAGINE. II. I DERIVATI OVER THE COUNTER IN ITALIA. 1. Cenni ai dibattiti di dottrina. 2. Due significativi arresti giurisprudenziali. III. LA CAUSA DEL CONTRATTO E I DERIVATI: CRITICA DI UN APPROCCIO RICOSTRUTTIVO. IV. DALLA CAUSA ALL'OGGETTO: I DERIVATI COME DIRITTO DEI PRIVATI. V. DERIVATI E RISCHIO SISTEMICO: FLUSSI DI CONTRATTAZIONE E TEORIA ECOLOGICA DEL CONTRATTO. VI. CONCLUDENDO: SUGGESTIONI INTERPRETATIVE E RIMEDIALI.

I. DELIMITAZIONE DELL'INDAGINE.

Questo scritto intende porre alcune premesse per discutere il problema giuridico privatistico dei derivati "over the counter" (ossia negoziati fuori dai mercati regolamentati; in seguito anche "OTC") da due punti di vista complementari. Per un verso, tali strumenti finanziari saranno analizzati in una prospettiva di indagine volta a cogliere le interferenze tra i caratteri delle operazioni negoziali che più hanno segnato lo sviluppo recente del settore finanziario e i modi di pensare e di costruire il contratto come istituzione giuridica ordinante. Per altro verso, la ricerca di un inquadramento e di un regime rimediale adeguati ai problemi posti dai derivati OTC sarà condotta in un'ottica relazionale e dinamica, informata a quella che è ormai nota come "ecologia del diritto"[1].

La storia dei derivati OTC, come si sa, è recente. Per quanto consta, il primo "interest rate swap"[2] è stato documentato nel 1981[3]. Sicché è in una finestra temporale di soli quarant'anni – un periodo caratterizzato, peraltro, da veri e propri

1 *Vid.* in proposito Capra, F., Mattei, U.: *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Aboca edizioni, San Sepolcro, 2017; Mattei U., Quarta A.: *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato*, Aboca edizioni, San Sepolcro, 2018. Per quanto riguarda gli studi in materia di contratto, *vid.* anche AA.VV.: *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale* (a cura di M. Pennasilico), ESI, Napoli, 2016. Un precedente significativo è nelle pagine di Lener, A.: "Ecologia, persona, solidarietà: un nuovo ruolo del diritto civile", in AA.VV.: *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona* (a cura di N. Lipari), Laterza, Roma-Bari, 1974, pp. 333-348. La crescente consapevolezza dell'importanza di un pensiero sistemico e complesso per la comprensione e la regolazione delle attività e dei prodotti finanziari emerge in May, R.M., Levin, S.A., Sugihara, G.: "Ecology for bankers", *Nature*, 2008, vol. 451, pp. 893-895.

2 Con un interest rate swap "due controparti si scambiano pagamenti periodici di interessi, calcolati su una somma di denaro, detta capitale nozionale di riferimento (notional principal amount), per un periodo di tempo predefinito pari alla durata del contratto. La più diffusa forma di IRS è denominata plain vanilla swap e si caratterizza per il fatto che uno dei due flussi di pagamenti è basato su un tasso di interesse fisso, mentre l'altro è indicizzato a un tasso di interesse variabile. Le variazioni del tasso variabile, rispetto ai livelli ipotizzati al momento della conclusione del contratto, determinano il profilo di rischio/rendimento del prodotto. In particolare, se il tasso variabile risulta superiore alle aspettative, chi è obbligato a pagare il tasso fisso matura un profitto (in quanto, fermo restando i pagamenti a tasso fisso cui è obbligato, riceverà pagamenti a tasso variabile di importo superiore a quanto previsto). Il contrario se il tasso variabile scende". Il brano, come le altre definizioni proposte nelle note seguenti, è tratto dal sito della Consob, l'Autorità italiana per la vigilanza dei mercati finanziari (https://www.consob.it/web/investor-education/i-derivati).

3 *Vid.* Johnson, C.A.: "An Apologia for the Use of Over-the-counter Derivatives", *Banking Law Journal*, 1999, 116, p. 833-835.

• Rocco Alessio Albanese
Assegnista di ricerca Università di Torino – Dipartimento di Giurisprudenza. roccoalessio.albanese@unito.it.

sconvolgimenti tecnologici e geopolitici, nonché da grandi cambiamenti giuridici e istituzionali nei rapporti tra "stato" e "società civile", tra "pubblico" e "privato"[4] – che occorre contestualizzare la nascita, lo spettacolare sviluppo, gli esiti talora nefasti e i tentativi di regolazione che hanno riguardato questi strumenti finanziari.

In via di prima approssimazione, è agevole riconoscere che "i prodotti derivati [tutti, non solo quelli OTC] si chiamano in questo modo perché il loro valore deriva dall'andamento del valore di una attività ovvero dal verificarsi nel futuro di un evento osservabile oggettivamente. L'attività, ovvero l'evento, che possono essere di qualsiasi natura o genere, costituiscono il "sottostante" del prodotto derivato"[5]. Una così generale "definizione ombrello" mette in luce un congegno contrattuale caratterizzante il funzionamento dei derivati. Ma non può ambire a cogliere l'estrema varietà e vivacità di operazioni negoziali capaci di creare e diffondere, in pochi anni, numerose forme di swap, "futures"[6], "options"[7], nonché di derivati creditizi[8]. Chiamate a misurarsi con la grande circolazione di questi strumenti finanziari, dottrina e giurisprudenza hanno dovuto comprenderli e razionalizzarli per lo più risolvendo questioni specifiche, divenute materia di crescente contenzioso (dal regime dei derivati conclusi da enti pubblici[9] alle discussioni sul ruolo del "mark to market", "MTM"[10], in seno alla struttura dei

4 Per una prima informazione sui processi evocati nel testo v.: Salvatore, D.: *La finanza internazionale sul finire del secolo*, Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio, Arezzo-Montepulciano, 1998; Strange, S.: *Denaro impazzito. I mercati finanziari: presente e futuro*, Edizioni di Comunità, Torino, 1999, spec. pp. 33-62; Esposito, E.: *Il futuro dei* futures. *Il tempo del denaro nella finanza e nella società*, ETS, Pisa, 2009; Schlesinger, P.: "La globalizzazione nel sistema finanziario", *Persona e mercato*, 2011, pp 245-250; Zoppini, A.: *Il diritto privato e i suoi confini*, il Mulino, Bologna, 2020; Sordi, B.: *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, il Mulino, Bologna, 2020; Nivarra, L.: "Il disordine delle fonti e l'ordine del diritto", *Rivista critica del diritto privato*, 2021, núm. 1, pp. 151-159.

5 Si tratta della definizione reperibile sul sito della Consob.

6 I futures possono generalmente definirsi come contratti a termine "negoziati sui mercati regolamentati e, proprio per questo, standardizzati per oggetto, dimensione, scadenza e regole di negoziazione. Alle parti, pertanto, è rimessa solamente la possibilità di definire il prezzo a cui vogliono acquistare o vendere".

7 Una option "è un contratto che attribuisce il diritto, ma non l'obbligo, di comprare (opzione call) o vendere (opzione put) una data quantità di un bene (sottostante) ad un prezzo prefissato (strike price o prezzo di esercizio) entro una certa data (scadenza, o maturità), nel qual caso si parla di opzione americana, o al raggiungimento della stessa, nel qual caso si parla di opzione europea. (…) Nel momento in cui il compratore dell'opzione esercita il diritto, cioè decide di acquistare (call) o vendere (put), il suo ricavo consisterà: nel caso di opzione call, nella differenza tra il prezzo corrente del sottostante (c.d. prezzo spot) e il prezzo di esercizio; nel caso di put, nella differenza tra prezzo di esercizio e prezzo spot".

8 Tra i derivati creditizi spiccano i credit default swap, "contratti in cui un soggetto (c.d. protection buyer), a fronte di pagamenti periodici effettuati a favore della controparte (c.d. protection seller), si protegge dal rischio di credito associato ad un determinato sottostante che può essere costituito da una specifica emissione, da un emittente o da un intero portafoglio di strumenti finanziari". Per una concisa tassonomia dei derivati *vid*. Angelici, C.: *Alla ricerca del "derivato"*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 8-10. Nel senso di valorizzare la pluralità di operazioni contrattuali qualificate come "strumenti finanziari derivati" *vid*. Caputo Nassetti, F.: "Strumenti finanziari derivati", *Enciclopedia del diritto. Annali VI*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 911-940.

9 Su cui si è espressa la sentenza di Cass. S.U. 12 maggio 2020, n. 8770, consultabile online sulla banca dati *Leggi d'Italia*, per la quale *vid*. infra nel testo. In dottrina, tra i molti contributi si può consultare Antonioli, M.: "Riflessioni in tema di contratti derivati ed enti pubblici", in AA.VV.: Swap *tra banche e clienti. I contratti e le condotte* (a cura di D. Maffeis), Giuffrè, Milano, 2014, pp. 288-311.

10 Su tale nozione – che allude a metodi di valutazione e continua attualizzazione del valore degli strumenti finanziari, che combinano tanto i prezzi correnti di mercato quanto gli scenari probabilistici – *vid*. fin da ora Carleo, A., Mottura, C.D., Mottura, L.: "Sul "valore" di un derivato. Argomentazioni in margine alla

derivati). Si può però ipotizzare che un simile approccio interpretativo, giustificabile anche perché figlio della crescente mole di domande di tutela in sede contenziosa, abbia finito con l'ostacolare la comprensione d'insieme dei fenomeni giuridico-economici oggetto di studio.

In questa sede si vuole invece adottare una prospettiva più ampia, cominciando a discutere se e come i derivati over the counter mettano in questione la teoria del contratto. Interrogarsi a fondo sui derivati OTC è importante, dal momento che questi strumenti finanziari hanno determinato l'affermazione mondiale della finanza derivata pur risultando costitutivamente negoziati fuori dai mercati regolamentati e, dunque, in un'esclusiva logica di contrattazione tailor-made tra i paciscenti. Un carattere, questo, tale per cui lo strumento finanziario creato e detenuto dalle parti contraenti è illiquido, infungibile e insuscettibile di essere scambiato sul mercato, potendo al più essere rinegoziato tra le originarie parti contraenti o "impacchettato" in altri strumenti finanziari derivati, ulteriormente complessi e strutturati[11].

Posta una tale definizione generale dei derivati over the counter, occorre ricordare che, verso la metà degli anni Novanta del secolo scorso, alcuni eclatanti casi statunitensi di perdite finanziarie legate ai derivati OTC avevano condotto alcuni osservatori a ridimensionare l'ottimismo nutrito verso tali strumenti finanziari, nonché ad avanzare dubbi su quanto essi fossero una leva di gestione dei rischi oppure, tutto all'opposto, essi stessi un fattore di instabilità[12]. In tale ottica, fu per esempio possibile evidenziare la necessità di conferire rilevanza giuridica ai concreti scopi di queste operazioni negoziali. Donde la ben nota distinzione tra finalità di copertura di rischi effettivamente esistenti (e detenuti da almeno una delle parti contraenti) e finalità di mera speculazione, nonché la connessa tesi per cui i derivati meramente speculativi avrebbero dovuto ricevere un trattamento rimediale omologo alle scommesse (e dunque imperniato sulla denegatio actionis nei confronti della parte "vincitrice")[13]. Simili avvertenze restarono però minoritarie, tanto che il periodo a cavallo tra la fine degli anni Novanta e l'inizio del XXI

disputa tra amministrazioni pubbliche e banche", *I Contratti*, 2011, núm. 4, pp. 383-389. Ulteriori riferimenti nel prosieguo della trattazione.

11 Le peculiarità dei derivati over the counter possono ritenersi ormai parte delle conoscenze acquisite della cultura giuridica. In proposito *vid.* Girino, E.: *I contratti derivati*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 431 ss.; Angelici, C.: *Alla ricerca*, cit., pp. 182 ss.; AA.VV.: *Finanza derivata, mercati e investitori* (a cura di F. Cortese e F. Sartori), ETS, Pisa, 2010.

12 Ci si riferisce, naturalmente, ai casi dei colossi imprenditoriali Long-Term Capital Management, Gibson Greetings e Procter & Gamble, nonché dell'ente pubblico californiano di Orange County. *Vid.* Stout, L.A.: "Why the Law Hates Speculators: Regulation and Private Ordering in the Market for OTC Derivatives", *Duke Law Journal*, 1999, vol. 48, pp. 701-786.

13 Nel dibattito italiano, alla fine degli anni Ottanta conferì rilevanza causale alla finalità di copertura Inzitari, B.: "Swap (contratto di)", *Contratto e Impresa*, 1988, p. 617. Nel dibattito statunitense, è da segnalare a fine anni Novanta la posizione di Lynn A. Stout, espressa nello studio citato alla nota precedente e volta a difendere la rule against difference contracts propria della tradizione di common law (nel prosieguo del testo sarà possibile soffermarsi sulla portata di questo assetto normativo e rimediale).

secolo può considerarsi una sorta di "età dell'oro" dei derivati OTC. La rapidissima espansione di questi strumenti finanziari derivati fu assecondata e promossa dagli interpreti tramite argomenti divenuti ormai standard. In estrema sintesi, i prodotti dell'innovazione finanziaria furono salutati con favore perché ritenuti un efficace veicolo di gestione e di neutralizzazione dei rischi interni al settore finanziario, un importante strumento di arbitraggio e dunque di corretta definizione dei prezzi, un inedito meccanismo di espansione della liquidità circolante nei mercati[14]. Su queste basi, le ricostruzioni dominanti in quegli anni poterono pervenire a una duplice conclusione: da un lato, l'affermazione di una piena "enforceability" di tutti i derivati over the counter; dall'altro lato, la negazione della possibilità e/o dell'opportunità di distinguere tra derivati di copertura e di speculazione.

Il successo dei derivati OTC fu sanzionato anche nelle fonti legislative. Negli Stati Uniti, l'ordinamento che a questi strumenti finanziari aveva dato i natali, una piena enforceability fu assicurata, per ogni sorta di derivato OTC e a prescindere dai soggetti che avessero concluso tali operazioni finanziarie, dal Commodities Futures Modernization Act del 2000. Questo intervento normativo ribaltò la risalente "rule against difference contracts" – un insieme di regole definito nel common law statunitense sin dal caso Irwin c. Williar, deciso dalla Corte Suprema federale del 1884, e basato proprio sulla denegatio actionis per i contratti differenziali speculativi – con il declamato obiettivo di ridurre i fattori di rischio generati dai mercati finanziari[15]. In Italia, invece, dal 1998 la fonte legislativa di riferimento è costituita dal d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, Testo Unico della Finanza ("TUF"). Più volte integrato e modificato, il Testo Unico contiene le poche e ben note indicazioni necessarie a inquadrare la disciplina italiana degli strumenti finanziari derivati. Al netto degli articoli relativi alla non certo felice definizione dei derivati, sulla scorta dei quali in questi strumenti finanziari possono vedersi contratti atipici ma nominati[16], in questa sede conviene sottolineare due aspetti. Da un lato, e ai sensi degli articoli 18 e 21 TUF, la soggezione degli intermediari a obblighi di informarsi e di informare, nonché di prevenire, evitare o comunque

14 Per riscontri in merito a questo apparato argomentativo *vid*. Johnson, C.A.: "An Apologia", cit., pp. 833 ss. (spec. p. 839); Stout, L.A.: "Why the Law Hates Speculators", cit., p. 707; Hazen, T.L.: "Filling a Regulatory Gap: It is Time to Regulate Over-the-Counter Derivatives", *North Carolina Banking Institute*, 2009, vol. 13, p. 123 s. (spec. p. 127). Nel dibattito italiano, Preite, D.: "Recenti sviluppi in tema di contratti differenziali semplici (in particolare *caps*, *floors*, *swaps*, *index futures*", *Dir. Comm. Intern.*, 1992, pp. 171-192; Rossi, F.: "Profili giuridici del mercato degli *swaps* di interessi e di divise in Italia", *Banca Borsa Titoli di Credito*, 1993, pp. 602-627; Agostinelli, R.: "Le operazioni di *swap* e la struttura contrattuale sottostante", *Banca Borsa Titoli di Credito*, 1997, pp. 112-134; più di recente Caputo Nassetti, F.: "Strumenti finanziari", cit. Alla fine del decennio, una sintesi di tali approcci ottimistici allo studio dei derivati fu proposta in Capaldo, G.: *Profili civilistici del rischio finanziario e contratto di swap*, Giuffrè, Milano, 1999, spec. p. 50.

15 Il Commodities Futures Modernization Act fu ritenuto "a dramatic, if underappreciated, change in the fundamental legal infrastructure underlying the derivatives markets" (Stout, L.A.: "Derivatives and The Legal Origin of The 2008 Credit Crisis", *Harvard Business Law Review*, 2011, vol.1, p. 4).

16 Per un'analisi critica della definizione legislativa di strumenti finanziari derivati *vid*. Barcellona, E.: "Strumenti finanziari derivati: significato normativo di una "definizione"", *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2012, pp. 542-544.

gestire eventuali conflitti di interesse con i clienti[17]. Dall'altro lato, le cruciali previsioni dell'art. 23 TUF, che sanziona con la nullità le clausole di rinvio agli usi (co. 3) e che soprattutto dispone la piena enforceability di tutti i derivati, nella misura in cui "nell'ambito della prestazione dei servizi e attività di investimento, agli strumenti finanziari derivati nonché a quelli analoghi individuati ai sensi dell'articolo 18, comma 5, lettera a), non si applica l'articolo 1933 del codice civile" (co. 5)[18].

All'apice di quella che si è detta l'età dell'oro dei derivati OTC, una delle più autorevoli voci critiche della finanziarizzazione dell'economia aveva scorto in questi strumenti finanziari una perspicua "caratteristica essenziale: quella di soddisfare da un lato i bisogni dei clienti, e dall'altro di offrire enormi opportunità di profitto, diffondendo la rassicurante impressione che l'ascesa dei rischi finanziari sia controllabile"[19]. Com'è noto, nel 2007 l'esplosione della bolla dei mutui subprime e dei derivati creditizi rappresentò – non tanto e non solo sul piano finanziario, quanto soprattutto in una prospettiva macroeconomica globale[20] – una drammatica conferma dei timori relativi alla difficoltà di governare i rischi generati da un'economia profondamente interconnessa e finanziarizzata.

All'indomani della crisi fu chiaro, insomma, che la piena enforceability dei derivati OTC era da annoverare tra i fattori che più avevano concorso a creare le premesse della crisi stessa[21]. Pertanto, per rispondere ai fallimenti di "un mercato nel quale l'impiego di risparmio in ricchezza assente (…) trascolora nell'impiego in ricchezza inesistente, in operazioni che sono funzionalmente "scommessa" sulla dinamica di grandezze sottostanti spesso del tutto indipendenti dai comportamenti imprenditoriali (…)"[22], significativi interventi regolatori in materia di derivati over the counter sono stati adottati, nell'ultimo decennio, sia negli Stati Uniti che in Europa. Oltreoceano, risale al 2010 il Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, imponente intervento con cui il legislatore

17 Per una valorizzazione dell'art. 21 TUF ai fini della ricostruzione della posizione degli intermediari *vid*. infra nel testo.

18 La portata di questa disposizione è ovviamente decisiva. In proposito si rinvia al prosieguo della trattazione.

19 Così, con particolare riguardo ai derivati creditizi, Strange, S.: *Denaro impazzito*, cit., pp. 47-48.

20 In merito alla crisi esplosa nel 2007 è stato autorevolmente rimarcato che "sotto ogni aspetto il trauma prodotto da tale contrazione, la prima crisi finanziaria globale del XXI secolo, è stato straordinariamente intenso. Il fatto che a livello macroeconomico abbia dato esito solo alla più grave recessione globale dell'ultimo dopoguerra – e non a qualcosa di peggio – va considerato come una vera e propria fortuna" (Reinhart, C.M., Rogoff, K.S.: *Questa volta è diverso. Otto secoli di follia finanziaria*, il Saggiatore, Milano, 2010, p. 289).

21 In questi termini Stout, L.A.: "Regulate OTC Derivatives By Deregulating Them", *Regulation*, 2009-2010, vol. 32, pp. 31-32; Pavlov, A.D., Wachter, S.M.: "Systemic Risk and Market Institutions", *Yale Journal on Regulation*, 2009, vol. 26, pp. 452-453. Nel dibattito italiano di quegli anni v., a mero titolo esemplificativo, Nigro, A.: "Crisi finanziaria, banche, derivati", *Riv. della banca e del mercato finanziario*, 2009, pp. 13-20; Cossu, M., Spada, P.: "Dalla ricchezza assente alla ricchezza inesistente – Divagazioni del giurista sul mercato finanziario", *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2010, pp. 401-417; Terna, P.: "Regolatori distratti, regole sfocate e rischio sistemico", *Sistemi intelligenti*, 2009, 2, pp. 285-291.

22 Così, proprio con riguardo al fenomeno della finanziarizzazione e alla diffusione dei derivati, Spada, P.: "Codice civile e diritto commerciale", *Rivista di diritto civile*, 2013, núm. 2, pp. 339-340.

federale ha, tra l'altro, fornito un pieno riconoscimento normativo ai soli derivati OTC con funzioni di copertura, condizionando la validità dei derivati speculativi all'adozione di meccanismi di "clearing" (compensazione) atti a gestire i rischi connessi alle transazioni speculative over the counter[23]. In Europa, simili approcci di politica del diritto – con la creazione di obblighi di compensazione centrale e di reportistica – sono stati perseguiti con il Regolamento EMIR (European Market Infrastructure Regulation) n. 648/2012, a sua volta modificato, in senso permissivo, dal Regolamento EMIR Refit (Regulatory Fitness and Performance Programme) n. 834/2019[24].

II. I DERIVATI OVER THE COUNTER IN ITALIA.

Le opzioni di regolazione intervenute negli ultimi anni sono apprezzabili poiché, assumendo finalmente che le operazioni negoziali e finanziarie in derivati OTC pongono questioni delicatissime, hanno avuto il fine di predisporne una più robusta disciplina. Tuttavia, come si intende chiarire nelle pagine seguenti, un'analisi dettagliata di tali normative e del relativo impatto interessa in maniera limitata l'indagine di fondo che si vuol prospettare con questo scritto. Piuttosto, dopo aver svolto nel paragrafo precedente alcune premesse introduttive è opportuno cominciare a osservare come il fenomeno negoziale dei derivati over the counter abbia fatto emergere problemi di teoria generale del contratto, con particolare attenzione all'ordinamento italiano. Infatti, gli intensi dibattiti che si sono sviluppati nella dottrina e nella giurisprudenza italiane in merito a questi strumenti finanziari offrono agli interpreti (anche non italiani) numerosi materiali, di cui è bene dare sommariamente conto per impostare una riflessione critica sulla dialettica tra diritto dei privati e concezione ecologica del contratto.

1. Cenni ai dibattiti di dottrina.

La cultura giuridica italiana ha discusso la materia dei derivati, specie over the counter, con sensibilità e approcci molto vari, tanto che alcuni anni fa in essi si è potuta autorevolmente riscontrare una vera e propria "cacofonia dottrinale"[25]. Tolta, alla fine degli anni Ottanta del secolo scorso, la prima importante riflessione

23 Si veda, anche rispetto alle possibili criticità relative all'attuazione del Dodd-Frank Act, Stout, L.A.: "Derivatives", cit., pp. 31-36.

24 Tra i moltissimi studi sugli interventi regolatori eurounitari *vid*. Heber, C., Sternberg, C.: "Over-the-Counter Derivative Markets in the Light of EMIR Clearing Obligations and the Financial Transaction Tax", *Derivatives & Financial Instruments*, 2014, pp. 107-116; Weber, M.: "Central Counterparties in the OTC Derivatives Market from the Perspective of the Legal Theory of Finance, Financial Market Stability and the Public Good", *Eur. Bus. Org. Law Review*, 2016, pp. 71-103.

25 L'espressione è di Pagliantini, S.: "I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela: quid noctis?", *Persona e mercato*, 2015, p. 34.

in materia di swap – ritenuti un "gioco economico simulato"[26], ossia contratti la cui piena enforceability (con inapplicabilità dell'eccezione di gioco) poteva essere garantita solo dall'esigenza di copertura di rischi preesistenti alla conclusione dell'operazione finanziaria[27] –, uno sguardo generale all'evoluzione dei dibattiti italiani sugli strumenti finanziari derivati consente di scorgere una linea di tendenza che è andata dalle fiduciose aperture liberistiche verso approcci assai più cauti, perché caratterizzati da crescente attenzione per le questioni di validità di queste operazioni negoziali.

Negli anni Novanta del secolo scorso e nei primi anni del secolo corrente anche la dottrina italiana, sulla scorta delle ricostruzioni dominanti a livello internazionale, ha sposato con convinzione la tesi della piena enforceability di tutti i derivati, anche se stipulati over the counter[28]. In questa sede non è possibile un esame dettagliato delle varie opinioni offerte a quel tempo. Nondimeno occorre segnalare una singolarità consistente in ciò, che conclusioni sostanzialmente convergenti hanno costituito l'esito di percorsi interpretativi piuttosto diversificati e talora perfino contraddittori. Per esempio, il rilievo delle finalità di copertura e di speculazione è stato ritenuto "artificioso e privo di effettiva aderenza al normale atteggiarsi della contrattazione"[29] sia da chi ha predicato la c.d. "alea normale illimitata" dei derivati, sia da chi ha confutato il fondamento di questa nozione per fare riferimento, piuttosto, alla più risalente categoria di "contratto differenziale"[30]. Sotto altro profilo, l'aggancio della piena validità di questi strumenti finanziari al c.d. "sinallagma puro" – all'idea, cioè, che "il valore positivo emerge dallo scambio in sé stesso o, meglio, lo scambio è il valore positivo, la ragion d'essere del contratto"[31] – è stato prospettato sia da chi ha visto nei derivati una pluralità di operazioni negoziali non riducibili a un quadro omogeneo sul piano della struttura, sia da chi, al contrario, ne ha proposto una chiave di lettura unitaria individuando un carattere comune nella loro "perfetta autonomia giuridica"[32].

A fronte degli entusiasmi appena evocati la crisi del 2007 ha rappresentato, anche per la dottrina italiana, uno spartiacque, dando la stura a una vera e propria

26 Il carattere simulato del gioco discendendo, secondo questa impostazione, dall'accordo nel senso di "non immobilizzare mezzi propri nel gioco": così Inzitari, B.: "Swap", cit., p. 608.

27 Su tale ipotesi interpretativa, non distante dalla già menzionata rule against difference contracts del common law statunitense, si tornerà nel paragrafo conclusivo.

28 *Vid.* i già menzionati contributi di Preite, D.: "Recenti sviluppi", cit.; Rossi, F.: "Profili giuridici", cit.; Agostinelli, R.: "Le operazioni", cit.; *vid.* anche Irrera, M.: "Swaps", *Dig. Disc. Priv.- sez. commerciale*, UTET, Torino, 1998, *ad vocem*.

29 Così Balestra, L.: *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Cedam, Padova, 2000, p. 256.

30 Per le opinioni evocate nel testo v., rispettivamente, Capaldo, G.: *Profili civilistici*, cit., pp. 188-203; e Balestra, L.: *Il contratto aleatorio*, cit., p. 274.

31 Così, con riguardo allo swap, Caputo Nassetti, F.: "Strumenti finanziari", cit., p. 937.

32 Per la chiave di lettura unitaria *vid.* Girino, E.: *I contratti derivati*, cit., p. 524; per la ricostruzione che nega ogni possibile concezione unificata dei derivati *vid.* Caputo Nassetti, F.: "Strumenti finanziari", cit. Le implicazioni teoriche dell'autonomia giuridica evocata nel testo saranno discusse criticamente infra.

"riscossa" delle ricostruzioni maggiormente problematiche (e oggi, per l'appunto, prevalenti[33]) degli strumenti finanziari derivati. Autorevole dottrina ha stigmatizzato i derivati over the counter sciogliendo l'acronimo "OTC" nell'espressione "ora ti colloco", così ritenendo di denunciare i modi in cui – tramite la proliferazione di derivati speculativi e di altrettante speculari operazioni di "ricopertura" – gli intermediari "finanziarizzano" gli investitori, esponendoli a rischi della cui portata essi non hanno gli strumenti per avere contezza[34]. È dello stesso autore, del resto, la proposta di ricondurre i derivati alla figura del "contratto alieno", originato in un ordinamento straniero e poi penetrato nello spazio giuridico nazionale: conseguenza di tale inquadramento è, come noto, la necessità di verificare la compatibilità dell'operazione contrattuale aliena con le norme imperative dell'ordinamento italiano[35]. Secondo un'altra importante opinione, formulata in polemica con le concezioni liberistiche del passato, "lo "scambio in sé" e il "sinallagma puro" non sono altro, perciò, che e*scamotage*s abbastanza scoperti per non dire che nei derivati speculativi (o, nella prospettiva di questa dottrina, nei derivati in genere) si dà soltanto uno *scambio fittizio*, ossia la costruzione di quel che sembrerebbe uno scambio senza scambio e un sinallagma senza corrispettività"[36].

Prendendo le mosse da simili premesse, la dottrina italiana ha proposto un insieme ampio e articolato di ricostruzioni assai critiche dei derivati over the counter. Non essendo possibile soffermarsi su ciascuno dei contributi che hanno animato questo dibattito, occorre limitarsi a sottolineare due aspetti comuni a molti dei punti di vista espressi. Per un verso, si deve riconoscere come si sia per lo più avuta una netta percezione del nodo giuridico e istituzionale sotteso all'analisi dei derivati over the counter: sicché è apparso chiaro che queste operazioni negoziali costituiscono forme inedite di astrazione e di accumulazione di valori economico-finanziari. Per altro e complementare verso, la comprensione della portata e della

33 Prevalenti ma non pacifiche. Ancora oggi sono consistenti, anche se minoritarie, tesi che non mettono in discussione la piena enforceability e la validità dei derivati OTC, puntando piuttosto ad applicare regole di responsabilità connesse alla violazione di obblighi di condotta e di informazione ricostruiti in capo agli intermediari. In proposito *vid.* Maggiolo, M.: "Nessun derivato è un'isola (il servizio di consulenza nella negoziazione di derivati OTC)", in AA.VV.: Swap *tra banche e clienti*, cit., pp. 264-288; De Poli, M.: "Sul controllo giudiziale degli IRS attraverso la causa", *Rivista di diritto bancario*, 2017, núm. 4, pp. 91-121; Anolli, M., Perrone, A.: "La giurisprudenza italiana sui contratti derivati. Un'analisi interdisciplinare", *Rivista di diritto bancario*, 2020, pp. 195-223.

34 In questi termini De Nova, G.: "I contratti derivati come contratti alieni", *Rivista di diritto privato*, 2009, núm. 3, p. 17-18. Sul tema della finanziarizzazione dei soggetti prodotta tramite i derivati sono illuminanti le riflessioni di Appadurai, A., *Scommettere sulle parole. Il cedimento del linguaggio nell'epoca della finanza derivata*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2016.

35 *Vid.* ancora De Nova, G.: "*I contratti derivati*", cit. Alla tesi fa riferimento in maniera adesiva Sartori, F.: "Divagazioni in tema di causa del contratto municipale (alieno) derivato", *Rivista di diritto privato*, 2013, núm. 4, pp. 501-521.

36 Così, nell'ambito di uno studio molto influente, Barcellona, M.: "I derivati e la causa negoziale. I. L'"azzardo" oltre la scommessa: i derivati speculativi, l'eccezione di gioco e il vaglio del giudizio di meritevolezza", *Contratto e Impresa*, 2014, núm. 2, p. 588 (corsivi presenti nel testo originale). Argomenti contigui, e volti a negare tutela a un sinallagma privo di causa idonea dei movimenti patrimoniali, in Barcellona, E.: "Contratti derivati puramente speculativi: fra tramonto della causa e tramonto del mercato", in AA.VV.: Swap *tra banche e clienti*, cit., pp. 140-143.

rischiosità dei derivati OTC ha fatto sì che le indagini su questi strumenti finanziari si siano orientate soprattutto a sindacarne la validità, con particolare riguardo alla meritevolezza[37] degli interessi perseguiti e alla causa del contratto. Va da sé, però, che un controllo causale dei derivati OTC è operazione ermeneutica tutt'altro che scontata, anche per via delle (note e mai sopite) discussioni legate allo studio della causa nella teoria del contratto[38].

Un nutrito filone di dottrina, per esempio, ha predicato la nullità dei derivati la cui causa sia in concreto assente o viziata[39], così valorizzando le concezioni concrete della causa – e dunque attualizzando le costruzioni in materia di funzione economico-individuale[40] – nonché l'idea che la causa del contratto sia strumento di controllo capillare e duttile, poiché riferito agli aspetti obiettivi della singola vicenda contrattuale ma, allo stesso tempo, pensato come meccanismo di agevolazione (e non di limitazione in senso lato "pubblicistica") dell'autonomia privata. Sennonché un differente approccio, ancora in anni recenti, ha colto l'elemento funzionale dei derivati OTC nella riduzione e gestione del rischio, nonché nel modo in cui la "finanziarietà" assicurerebbe rilevanza funzionale ed enforceability a scambi aleatori puri sui generis (perché non omologabili alle scommesse) posti in essere nel settore della finanza[41].

Simili ambivalenze possono essere spiegate richiamando un'altra e più originale impostazione dottrinale, che ha preso le mosse proprio dalla convinzione per cui i derivati sono anzitutto una peculiare tecnica negoziale di astrazione del valore. Per un verso, riconoscere che tali contratti possono creare e isolare "beni" che si risolvono in puro valore monetario (sul punto *vid.* il par. IV) pone il problema dell'oggettivazione del valore stesso, ossia "l'esigenza di un riferimento al mercato"[42]. Per altro verso, però, i derivati sono vicende negoziali suscettibili

37 Per questo accento ricostruttivo sull'art. 1322 c.c., su cui non ci si può soffermare in questa sede, *vid.* soprattutto il lavoro di Mario Barcellona citato alla nota precedente e la riflessione di Di Raimo, R.: "*Interest rate swap*, teoria del contratto e nullità: e se finalmente dicessimo che è immeritevole e che tanto basta?", *Rassegna di diritto civile*, 2014, 1, pp. 308 ss.

38 Non è esagerato affermare che la causa sia vera e propria croce e delizia degli studi sul contratto. Per limitarsi alla cultura giuridica italiana, in proposito v.: Giorgianni, M.: "Causa del negozio giuridico (dir. priv.)", *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1960, vol. VI, *ad vocem*; Ferri, G.B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966; Di Majo, A.: "Causa del negozio giuridico", *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1988, *ad vocem*; AA.VV.: *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica* (a cura di L. Vacca), Giappichelli, Torino, 1997; Betti, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, ESI, Napoli, 2002 (rist.); Sacco, R.: "Causa", *Dig. disc. priv.*, UTET, Torino, 2014, *ad vocem*.

39 Per esempio, "sono nulli i contratti derivati perché privi del requisito della causa in concreto, là dove realizzano una finalità speculativa invece di quella di copertura che la "parte" (*sic*) si era prefigurata" (Sartori, F.: "Divagazioni", cit., p. 517). *Vid.* in proposito Minneci, U.: "L'operatività in IRS: tra causa tipica, causa concreta e obbligo di servire al meglio l'interesse del cliente", in AA.VV.: Swap *tra banche* e *clienti*, cit., pp. 153-170; Tucci, A.: "La negoziazione degli strumenti finanziari derivati ed il problema della causa in concreto", *Banca borsa titoli di credito*, 2013, pp. 69 ss.

40 *Vid.* naturalmente Ferri, G.B.: *Causa* e *tipo*, cit.

41 Tra le più recenti riproposizioni di queste tesi *vid.* Garofalo, A.M.: *Aleatorietà* e *causa nella rendita vitalizia* e *nell'*interest rate swap, ESI, Napoli, 2018.

42 Angelici, C.: *Alla ricerca del "derivato"*, cit., p. 31.

di essere studiate con riguardo al contegno dei contraenti: un punto di vista, questo, che consente di inquadrare i derivati stessi come scambio di promesse allo stato puro, "che non vuole giustificarsi altro che in se stesso e che allora, di conseguenza, vuole prescindere dall'esigenza di verificare presupposti causali pur esterni"[43]. Nel quadro di tendenziale astrazione causale così delineato, la "funzione" di speculazione, sempre presente con un ruolo strutturante nella finanza derivata, appare come una "cause suffisante" degli impegni stabiliti e delle attribuzioni patrimoniali organizzate con i derivati, poiché giustificata dalla "logica collettiva" del mercato[44]. Tuttavia, la tenuta di una simile ricostruzione è incrinata proprio dai derivati over the counter: costitutivamente sganciati da tale logica collettiva mercantile, i derivati OTC, specie se conclusi per mera speculazione, obbligano l'interprete a individuare una "causa concreta" per ciascuna transazione. Una prospettiva, questa, così problematica da aver condotto la dottrina in esame a conclusioni che ridimensionano sia la validità delle negoziazioni OTC, sia la sfera di applicazione dell'art. 23, co. 5 TUF: sicché "il derivato *over-the-counter* "puramente speculativo" può ritenersi "giustificato" nell'ordinamento *solo quando "creato" alle condizioni oggettive del mercato*"[45].

L'esigenza di ricondurre i derivati OTC a un criterio verificabile di giustificazione e di misura delle promesse dei paciscenti, nonché dell'intera operazione negoziale, è espressa in modo ancor più esplicito da una tesi dottrinale che ha prospettato una vera e propria causa tipica dei derivati. Secondo tale approccio, la disciplina legislativa dei derivati consente di qualificare questi strumenti finanziari come scommesse autorizzate ex art. 1935 c.c.: un inquadramento che rende in via di principio meritevoli di tutela le operazioni negoziali in derivati, relegando alla sola sfera dei motivi le finalità (di copertura, di speculazione o di arbitraggio) delle concrete transazioni[46]. Se ciò vale in particolare per i derivati OTC, ne consegue la necessità di due ulteriori specificazioni: da un lato, la proposta di riscontrare in capo agli intermediari, ex art. 21 TUF, una posizione di ufficio di diritto privato, in virtù della strutturale possibilità di conflitto di interessi di soggetti che, nei confronti degli investitori over the counter, siano allo stesso tempo prestatori di servizi di investimento e controparti[47]; dall'altro lato, e soprattutto, la convinzione

43 *Op. ult. cit.*, p. 95.

44 *Op. ult. cit.*, spec. pp. 144-157. Sulla neutralità causale dei derivati *vid.* anche Cossu, M., Spada, P.: "Dalla ricchezza assente", cit., pp. 410-413.

45 Angelici, C.: *Alla ricerca*, cit., p. 182 (corsivi presenti nel testo originale).

46 È questo l'orientamento di Daniele Maffeis. Per un'introduzione a questa tesi *vid.* Maffeis, D.: "Contratti derivati", *Dig. Disc. Priv.*, UTET, Torino, 2010, *ad vocem*; un approfondimento della riflessione, dopo qualche anno, in Maffeis, D.: "L'ufficio di diritto privato dell'intermediario e il contratto derivato *over the counter* come scommessa razionale, in AA.VV.: Swap *tra banche e clienti*, cit., pp. 3 ss. L'impostazione è sostanzialmente accolta da Imbruglia, D.: "La creazione razionale dell'alea nei derivati OTC e la nullità dello swap per vizio di causa", *Persona e mercato*, 2014, pp. 332-347.

47 Maffeis, D.: *op. ult. cit.*, pp. 9-14. In proposito *vid.* anche Di Raimo, R.: "*Interest rate swap*", cit., spec. p. 316. In anni meno recenti *vid.* anche l'importante contributo di Pretto, A.: "Strumenti finanziari: la nuova proprietà", *Rivista critica del diritto privato*, 2000, pp. 669 ss.

per cui la validità dei derivati OTC dovrebbe essere accertata facendo riferimento alla misurabilità e razionalità della loro alea, avendo questi strumenti finanziari per oggetto "esattamente l'alea rappresentata dalla variazione dei dati economici prescelti"[48].

2. Due significativi arresti giurisprudenziali.

Il formante giurisprudenziale[49] italiano ha seguito traiettorie evolutive non dissimili da quanto si è osservato con riguardo ai dibattiti di dottrina. Non potendosi, però, dare dettagliatamente conto in questa sede degli orientamenti che sui derivati si sono formati negli ultimi trent'anni presso le corti italiane, conviene limitare la trattazione al richiamo di sole due pronunce, assai importanti per due ragioni. Da un lato, infatti, queste sentenze hanno preso congedo dalle interpretazioni maggiormente votate ad affermare la piena enforceability dei derivati OTC e, semmai, a soffermarsi sui doveri di informazione, sulle regole di responsabilità e sulle connesse tutele risarcitorie[50]. Dall'altro lato, esse hanno variamente accolto l'ultima delle ricostruzioni dottrinali sopra menzionate.

In primo luogo occorre dare conto della sentenza 18 settembre 2013, n. 3459 della Corte d'Appello di Milano: una pronuncia che, con le sue argomentazioni, ha rappresentato un salto di qualità nel dibattito italiano in materia di derivati OTC, in un senso sistematico e tipizzante[51]. In particolare, questa decisione ha qualificato i derivati come scommesse autorizzate ex art. 1935 c.c. e art. 23, co. 5 TUF, e ha esplicitamente riferito l'allocazione delle informazioni caratterizzanti tali strumenti finanziari non alle condotte delle parti (ossia alle regole di responsabilità), bensì alla struttura dei contratti[52]. In questo senso, "tutti gli elementi dell'alea e gli scenari che da essa derivano costituiscono ed integrano la causa stessa del contratto, perché appartengono alla "causa tipica" del negozio, indipendentemente dalle ricorrenti distinzioni fra scopo c.d. di copertura o speculativo tout court". Nel quadro ricostruttivo così apprestato, il "difetto, in concreto, della causa" può essere accertato (come nella lite decisa) "non nella prospettiva, che può rivelarsi sfuggente, della causa in concreto", ma solo nel caso in cui l'alea dell'operazione

48 Maffeis, D.: "Contratti derivati", cit., *ad vocem*.

49 Per la categoria dei formanti *vid*. Sacco, R.: "Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law", *The American Journal of Comparative Law*, 1991, vol. 39, pp. 1-34 e 343-401.

50 Si fa riferimento al dibattuto orientamento assunto in Italia da Cass. S.U. 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725. Questa giurisprudenza può essere consultata con i commenti di Gentili, A.: "Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite", *I Contratti*, 2008, núm. 4, pp. 393-402; Maffeis, D.: "Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere", *I Contratti*, 2008, núm. 4, pp. 403-410; Roppo, V.: "La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf", *Danno e Responsabilità*, 2008, núm. 5, pp. 536-546.

51 Il testo della pronuncia può essere facilmente reperito. Lo si veda per es. in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2014, núm. 3, parte I, pp. 206-230, con commento di Ballerini, L.: "Struttura e causa dell'interest rate swap nella recente evoluzione giurisprudenziale".

52 Questo passaggio motivazionale è cruciale, poiché ha rappresentato un *distinguishing* rispetto alla giurisprudenza delle Sezioni Unite di cui alla nota 50.

negoziale non sia certa, ossia misurabile e razionale anche alla stregua di elementi come il mark to market[53].

Il secondo riferimento giurisprudenziale che si intende rammentare è la sentenza 12 maggio 2020, n. 8770 delle Sezioni Unite della Cassazione. In teoria, questa decisione era chiamata a risolvere questioni di massima di particolare importanza relative al regime dei derivati over the counter conclusi da persone pubbliche prima del 2013, anno in cui, in Italia, la sottoscrizione di questi strumenti finanziari è stata vietata per legge agli enti pubblici diversi dallo Stato[54]. In pratica, l'impianto motivazionale adottato dalla Suprema Corte lascia trasparire un'ambizione generale, proponendo un peculiare inquadramento del fenomeno dei derivati OTC (e specialmente degli interest rate swap). È su questa parte della decisione che occorre soffermarsi, ai fini della presente riflessione.

Per un verso, la Cassazione ha evocato "a fini puramente descrittivi e semplificativi" l'immagine della "scommessa finanziaria differenziale", sottolineando che i derivati – nel concretizzare plurime operazioni di negoziazione e monetizzazione del rischio – possono essere ritenuti "negozi a causa variabile, perché suscettibili di rispondere ora ad una finalità assicurativa ora di copertura di rischi sottostanti; così che la funzione che l'affare persegue va individuata esaminando il caso concreto e che, perciò, in mancanza di una adeguata caratterizzazione causale, detto affare sarà connotato da una irresolutezza di fondo che renderà nullo il relativo contratto perché non caratterizzato da un profilo causale chiaro e definito (o definibile)". Per altro verso, i richiami alla causa in concreto appena riportati sono stati "smentiti" dalla stessa Cassazione, che in altri passaggi della motivazione, in più stretta consonanza con il precedente milanese del 2013, ha fatto riferimenti alla "causa tipica" dei derivati OTC e li ha concretizzati sia evocando la razionalità e misurabilità dell'alea, sia escludendo un rilievo causale delle differenti funzioni di copertura e di speculazione.

A fronte di un tale apparato motivazionale, che non sembra davvero in grado di sostenere l'ambizione nomofilattica manifestata dalle Sezioni Unite, non sorprende che la decisione appena descritta sia stata accolta da pareri contrastanti in dottrina[55]. In questa sede, è peraltro sufficiente notare che non

53 I passaggi virgolettati nel testo sono tratti dalla motivazione della pronuncia. Tra i tanti commenti in dottrina v., per una prima informazione da diversi punti di vista, Imbruglia, D.: "*La creazione razionale*", cit.; Di Raimo, R.: "*Interest rate swap*", cit.; De Poli, M.: "Sul controllo giudiziale", cit.; Ballerini, L.: "Struttura e causa", cit.

54 *Vid.* in particolare Cass. Sez. I, Ord. 10 gennaio 2019, n. 493. Per il testo di questo provvedimento e per un commento al riguardo *vid.* Imbruglia, D.: "Derivati, *Up Front* ed enti locali: la parola alle Sezioni Unite", *Giur. It.*, 2020, 1, pp. 71 ss. Il divieto di stipulare strumenti finanziari derivati è stato previsto (con alcune eccezioni) per gli enti pubblici diversi dallo Stato ex art. 1, co. 572 legge 27 dicembre 2013, n. 147.

55 Tra i giudizi positivi *vid.* Sartori, F.: "Contratti derivati e sezioni unite: tutela dell'efficienza e dell'integrità del mercato", *www.dirittobancario.it*, reperibile online; Pagliantini, S.: "Dopo le S.U. 8770/2020: i derivati (della P.A.?) ed il paradosso di San Pietroburgo", *Rivista di diritto bancario*, 2020, pp. 123-141; Calabrese, G.: "Quantità e qualità dell'alea come elemento necessario del derivato IRS", *Nuova Giurisprudenza Civile*

pare esagerato vedere nella sentenza n. 8770 del 2020 una certa "sovrabbondanza argomentativa"[56], suscettibile di fare della decisione un infelice ibrido tra le tesi più tipizzanti, legate alla razionalità/misurabilità dell'alea, e gli approcci maggiormente inclini a richiamarsi alla causa in concreto. Se, dunque, risulta ragionevole l'invito a ridimensionare "qualche inciampo dogmatico" della pronuncia, valorizzandone il positivo impatto di tutela dell'integrità dei mercati finanziari[57], d'altra parte occorre riconoscere che le descritte ambivalenze alludono, a un livello più profondo, alla dialettica tra il funzionamento dei derivati OTC e la categoria della causa del contratto.

III. LA CAUSA DEL CONTRATTO E I DERIVATI: CRITICA DI UN APPROCCIO RICOSTRUTTIVO.

Come si è già mostrato sopra, la possibilità di sindacare la validità dei derivati OTC tramite il controllo causale è stata affermata da diverse prospettive ricostruttive.

Spesso (da ultimo in alcuni passaggi della sentenza n. 8770 resa nel 2020 dalla Suprema Corte) dottrina e giurisprudenza si sono richiamate alla causa in concreto, ossia a una concezione della causa la cui genealogia ha a che vedere sia con la visione di causa come funzione economico-individuale, sia con le riflessioni in materia di collegamento negoziale[58]. Eppure, a questo proposito sembra necessario riconoscere che delle due l'una. O si persevera nei riferimenti alla causa in concreto, ma ammettendo che le specifiche finalità di copertura e/o di speculazione hanno piena rilevanza causale (comportando, come sarebbe plausibile inferire, differenze di disciplina tra derivati di copertura e di speculazione). Oppure si continua a relegare dette finalità all'area dei motivi, ma accettando la conseguente inservibilità della causa in concreto. Malgrado appaia in fin dei conti intuitiva, una tale alternativa è stata sovente obliterata sulla base dell'argomento per cui l'attribuzione di rilievo causale alle finalità di copertura sarebbe manifestazione di inaccettabili diffidenze

Commentata, 2020, 5, pp. 1092 ss. Toni più sfumati, o perfino critici, si rinvengono in Natoli, R.: "Tutto ciò che è reale, se non è razionale, è nullo: ma quanto è reale la razionalità pretesa dalle sezioni unite?", *www.dirittobancario.it*, reperibile online; Bartalena, A.: "Patologie dei derivati: la causa concreta come strumento di tutela dell'investitore "tradito"", *Le Società*, 2020, 10, pp. 1122-1134; Anolli, M., Perrone, A.: "La giurisprudenza italiana", cit.

56 Tucci, A.: "I contratti derivati degli enti locali dopo le Sezioni Unite", *Giur. It.*, 2020, núm. 11, pp. 2397 ss.

57 Per questa opinione *vid*. Pagliantini, S.: "Dopo le S.U.", cit., pp. 140-141.

58 La bibliografia su questi temi è naturalmente sterminata. In anni recenti, e con espresso riferimento al tema dei derivati, *vid*. Roppo, V.: "Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito", *Rivista di diritto civile*, 2013, pp. 957-988; Pagliantini, S.: "I costi impliciti nei derivati fra trasparenza e causa (ovvero quando *nomina non sunt consequentia rerum*)", in AA.VV.: Swap *tra banche* e *clienti*, cit., pp. 210-250 (spec. pp. 230-232). Su un piano più generale, *vid*. Ferri, G.B.: *Causa* e *tipo*, cit.; Gabrielli, E.: "Contratto e operazione economica", *Dig. Disc. Priv.*, UTET, Torino, 2011, *ad vocem*; Buonfrate, A.: "Contratti collegati", *Dig. Disc. Priv.*, UTET, Torino, 2007, *ad vocem*; Scognamiglio, R.: "Collegamento negoziale", *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol. VII, 1960, *ad vocem*; Messineo, F.: "Contratto collegato", *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol. X, 1962, *ad vocem*.

nei confronti della speculazione (specialmente finanziaria), la quale a sua volta sarebbe impropriamente accostata alla scommessa[59].

Confortati da una tradizione culturale assai autorevole[60], questi orientamenti hanno finito con il legittimare l'isolamento giuridico ed economico dei derivati OTC[61]. Sennonché un'attenzione così spiccata all'individualità delle singole operazioni negoziali non poteva che risultare aporetica proprio sul terreno dell'analisi funzionale, e proprio per via del crescente successo delle concezioni della causa come funzione economico-individuale del contratto. La distinzione tra finalità di copertura e di speculazione – che si riteneva "cacciata dalla porta" con la scelta di valorizzare i singoli rapporti contrattuali e le visioni liberistiche dell'attività finanziaria – è così "rientrata dalla finestra" non appena gli interpreti hanno cominciato a sindacare l'assetto causale dei derivati over the counter alla stregua (di un ragionevole equilibrio) delle posizioni dei contraenti e nell'ottica di "tutela non tanto di esigenze generali dell'ordinamento, quanto del soggetto che compie un atto di autonomia privata"[62].

Ne è così risultato un quadro interpretativo piuttosto contraddittorio. Talora, per esempio, il rimedio della nullità per difetto di causa in concreto è stato accordato anche quando sarebbe sembrato più corretto discorrere di annullabilità del derivato OTC per vizi del consenso[63]. Né devono stupire, in questo senso, i rilievi radicali di una dottrina che ha scorto nella causa in concreto il veicolo di un'espansione incontrollabile del "*solipsismo pratico-giudiziario*": una tendenza, questa, che darebbe un apporto dirimente alla rottura della "sintesi fra razionalità tecnico-contabile e razionalità giuridica, su cui riposava il capitalismo occidentale, e senza la quale si cade in un'economia avventurosa e piratesca"[64].

L'idea per cui "la causa [tipica] del derivato (art. 1325 n. 2 c.c.) è quella di una scommessa, che è legalmente autorizzata sul presupposto della razionalità dell'alea"[65], può essere considerata un tentativo di uscire dall'impasse provocata

59 Espliciti, in questo senso, Balestra, L.: *Il contratto aleatorio*, cit., pp. 245-256; e Capaldo, G.: *Profili civilistici*, cit., *passim*.

60 Tre riferimenti per tutti: Ascarelli, T.: "Aleatorietà e contratti di borsa", *Banca borsa titoli di credito*, 1958, spec. p. 454; Vassalli, F.: "La pretesa nullità dei contratti differenziali e i contratti differenziali su divise", in Vassalli, F.: *Studi Giuridici. Volume II*, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 143-156; Carnelutti, F.: "Nullità di vendita di cambi allo scoperto", *Riv. dir. comm.*, 1923, pp. 486-495.

61 Così Capaldo, G.: *Profili civilistici*, cit.; nonché Girino, E.: *I contratti derivati*, cit., spec. p. 517-528. Da ultimo toni simili in Garofalo, A.M.: *Aleatorietà e causa*, cit.

62 Angelici, C.: *Alla ricerca*, cit., p. 178. Naturalmente, ciò non toglie che l'uso della causa in concreto come strumento di controllo della validità dei derivati OTC possa avere un impatto apprezzabile anche sul piano più istituzionale e macroeconomico: cfr. sul punto Sartori, F.: "Contratti derivati", cit.

63 Un tale uso improprio della categoria è stato denunciato "come grimaldello per superare (o piede di porco per scardinare) il principio della tendenziale insindacabilità dell'equilibrio economico del contratto" (Roppo, V.: "Causa concreta", cit., p. 985). Più di recente *vid.* Bartalena, A.: "Patologie dei derivati", cit., p. 1128.

64 Le parole riportate sono di Irti, N.: *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016, rispettivamente p. 52 e p. 113 (corsivi presenti nel testo originale).

65 Maffeis, D.: "L'ufficio di diritto privato", cit., p. 28.

dalle critiche verso le costruzioni concrete della causa dei derivati. Ma anche le concezioni tipiche della causa si reggono su presupposti e argomenti non convincenti.

Tra tali presupposti vi è la distinzione tra la causa lucrandi, che in tesi sarebbe propria delle operazioni negoziali in derivati, e la causa ludendi che caratterizzerebbe gioco e scommessa. Una tale differenziazione, valorizzata allo scopo di fornire supporto all'esclusione di tutti i derivati dal regime rimediale dell'art. 1933 c.c. (come disposta dall'art. 23, co. 5 TUF), non sembra avere solido fondamento. Certamente da rifiutare è l'argomento – quasi una mitologia – che pretende di contrapporre la "frivolezza" delle scommesse alla "serietà" della speculazione finanziaria, assumendo che solo i contratti che riguardano la seconda meriterebbero una piena enforceability[66]. Ma parimenti inadeguata sembra la tesi che riferisce la distinzione tra causa lucrandi e causa ludendi alla sfera della razionalità di mercato, ritenendo che solo nel primo caso (integrato con la conclusione di derivati) si avrebbero spostamenti di ricchezza mercantili, poiché legati "alla legge della domanda e dell'offerta di beni *scarsi*"[67]. A ben vedere, infatti, i derivati OTC sono individuabili proprio per due caratteristiche qualificanti: come già si è visto, essi sono illiquidi e non negoziabili, sicché per questi strumenti finanziari è tecnicamente inappropriato ritenere che il mercato sia un contesto istituzionale capace di assicurare, tramite transazioni contrattuali, la produzione sociale di prezzi "giusti" e l'allocazione efficiente della ricchezza[68]; come meglio si vedrà, essi hanno ben poco a che fare con la circolazione di beni scarsi.

Malgrado le riserve appena formulate, la distinzione tra causa lucrandi e causa ludendi continua (in modo più o meno esplicitato) a ispirare l'interpretazione di disposizioni che assicurano piena enforceability ai derivati (come l'art. 23, co. 5 TUF in Italia), stimolando la tendenza collaterale a discorrere di una causa tipica degli strumenti finanziari derivati. Ed è in questo punto della problematica ricostruttiva che, proprio per apprestare una giustificazione causale di tali operazioni negoziali, i riferimenti alla razionalità e alla misurabilità dell'alea diventano necessari, conducendo gli interpreti a insistere sulla rilevanza causale del mark to market e, più in generale, degli scenari probabilistici che l'intermediario sarebbe tenuto a disvelare all'investitore[69].

66 Come è stato chiarito, "l'indeterminatezza dei limiti tra gioco e serietà in nulla è tanto evidente come in quel che segue. Si gioca alla *roulette* e si gioca "in borsa". Nel primo caso il giocatore ammetterà che la sua azione è un giocare, ma nel secondo no" (Huizinga, J.: *Homo ludens*, il Saggiatore, Milano, 1967, p. 87).

67 Barcellona, E.: "Contratti derivati puramente speculativi", cit., p. 100. Approccio per certi versi simile in Angelici, C.: *Alla ricerca*, cit., spec. pp 137-150.

68 Il riferimento imprescindibile a questo proposito è, ovviamente, Coase, R.H.: "The Problem of Social Cost", *Journal of Law & Economics*, 1960, vol. III, pp. 1-44.

69 Oltre alle tesi elaborate da Daniele Maffeis, e riprese da Daniele Imbruglia, *vid*. anche Pagliantini, S.: "Dopo le S.U.", cit., pp. 126-129.

Tuttavia, è questo l'aspetto più dolente nelle ricostruzioni dei derivati over the counter. Anche senza dare conto di analisi dettagliate sui diversi significati attribuibili alla nozione di (difetto di) misurabilità dell'alea[70], in ottica più generale occorre riconoscere che il valore del derivato è una grandezza "model-dependent", ossia suscettibile di variare a seconda dei modelli e delle tecniche di calcolo adottate dall'intermediario. Tale ammissione ha un corollario tanto intuitivo quanto radicale: una profonda messa in discussione del modo in cui le tecniche probabilistiche sono impiegate nella valutazione economica e nella disciplina normativa dei derivati OTC. In proposito, le parole più chiare vengono forse dalla letteratura non giuridica. Per un verso, è stato possibile mostrare il carattere irrealistico delle assunzioni alla base della formula di Black-Scholes, che pure ha dominato per anni la pratica degli operatori finanziari e le negoziazioni in strumenti derivati, nonché il modo in cui il mark to market interviene sulle interferenze tra operazioni negoziali e fattore tempo: "il presente, cioè, viene riscritto ogni sera, azzerando i contratti e riscrivendoli ad un nuovo prezzo"[71]. Per altro verso, si è finalmente potuto assistere a una chiara riaffermazione della distinzione tra i rischi (e i modi con cui questi sono gestiti) e il diverso campo dell'incertezza, che è sostanzialmente illusorio pensare di governare tramite tecniche probabilistiche di valutazione e di calcolo[72].

Questi rilievi trovano riscontro anche su un piano tecnico, con particolare riguardo alla frizione tra le tesi in materia di misurabilità dell'alea e la teorica della c.d. alea normale illimitata, sovente evocata a riguardo dei contratti di borsa e degli strumenti finanziari derivati[73]. Il tema è complesso e dibattuto da lungo tempo: dovendo limitare la trattazione sul punto a un cenno appena, si può notare come tra l'esigenza di misurabilità dell'alea (che, nell'approccio sopra descritto, presuppone l'aleatorietà del contratto) e la qualificazione del derivato OTC come operazione negoziale per definizione ad alea normale illimitata vi sia un'incompatibilità logica che è proprio il frutto delle concezioni causaliste e funzionali dell'alea e del contratto aleatorio. Tali prospettive di indagine, del resto,

70 Sul punto *vid.* almeno Barcellona, M.: "I derivati e la causa negoziale. II. Il controllo di meritevolezza e i derivati (anche) di protezione conclusi dalle banche", *Contratto e impresa*, 2014, núm. 4-5, spec. p. 897.

71 Esposito, E.: *Il futuro*, cit., p. 160. La critica della formula di Black-Scholes è invece spec. alle pp. 169-190. Black, F., Scholes, M.: "The Pricing of Options and Corporate Liabilities", *The Journal of Political Economy*, 1973, vol. 81, pp. 637-654. Anche altrove si è rilevato che "se, in termini generali, costituisce l'esito dell'applicazione di modelli convenzionalmente accettati (…), al momento della conclusione il *mark to market* esprime unicamente la proporzione tra le prestazioni delle parti. Tale proporzione è del tutto irrilevante per la determinazione del rischio del contratto (…)" (così, per giungere poi ad argomentare a favore di un recupero delle regole di responsabilità, Anolli, M., Perrone, A.: "La giurisprudenza italiana", cit., p. 210.

72 È, questo, uno dei fili conduttori del lavoro di Appadurai, A.: *Scommettere sulle parole*, cit., passim. In merito all'incertezza, il classico – ampiamente valorizzato dallo stesso Appadurai – è Knight, F.H.: *Rischio, incertezza e profitto*, La Nuova Italia, Firenze, 1960 (ed. originale 1921).

73 V., per tre letture classiche, Nicolò, R.: "Alea", *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol. I, 1958, *ad vocem*; Ascarelli, T.: "Aleatorietà", cit.; Gambino, A. "Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto", *Riv. dir. comm.*, 1960, spec. pp. 447-449. In anni più recenti *vid.* Corrias, P., "I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori", in AA.VV.: Swap tra banche e clienti, cit., pp. 172-210.

hanno definito l'alea giuridica come "momento originario ed essenziale, che colora e qualifica lo schema causale"[74] del contratto; hanno considerato l'alea economica e l'alea normale elementi estrinseci alla funzione dell'atto, al più rilevanti in fase esecutiva; e hanno riconosciuto all'autonomia privata un potere di estensione convenzionale dell'alea normale[75]. Nel quadro così ricostruito il fondamento della nozione di alea normale illimitata, tanto farraginosa quanto fortunata, può essere rintracciato nell'obiettivo di sottrarre i contratti di borsa – e attualmente anche i derivati, a dispetto di ogni auspicio circa un'aleatorietà misurabile e razionale – al rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467 c.c., nel momento stesso in cui di questi contratti si tende a negare l'aleatorietà, così scongiurando la loro possibile riconduzione al regime rimediale dell'art. 1933 c.c.

Sia pur nella sintesi cui in questa sede occorre attenersi, la trattazione che precede consente di prospettare due prime conclusioni. Da un lato, si deve riconoscere che concepire la razionalità causale del derivato OTC come misurabilità della relativa alea è una chimera (benché l'orientamento sia stato fatto proprio, come si è visto sopra, ai più alti livelli giurisdizionali). Dall'altro lato, e più in generale, si può notare che concentrare l'attenzione sul solo requisito causale non solo non conduce a un inquadramento soddisfacente dei derivati over the counter, ma impedisce anche di metterne compiutamente a fuoco i profili più caratterizzanti.

IV. DALLA CAUSA ALL'OGGETTO: I DERIVATI COME DIRITTO DEI PRIVATI.

Alla luce di quanto si è venuto esponendo occorre dunque cambiare prospettiva. Se i derivati OTC costituiscono, come altre categorie di contratti, un insieme di operazioni negoziali "non sempre ricostruibile alla stregua dell'elemento funzionale"[76], diventa opportuno riflettere sulla struttura di questi strumenti finanziari, interrogandosi sul loro oggetto e domandandosi "attorno a cosa" ruotano le relazioni giuridiche da essi costituite e regolate. Anche l'individuazione dell'oggetto dei derivati over the counter, peraltro, è un'operazione interpretativa non semplice. In alcuni casi, si è ritenuto che l'oggetto del derivato possa essere individuato nel "differenziale scaturente dal programmato (e voluto) rischio di fluttuazione del sottostante"[77]. In altre occasioni si è affermato (così la dottrina che ha fatto riferimento alla causa tipica e alla figura della scommessa autorizzata ex art. 1935 c.c.) che oggetto dei derivati sarebbe sic et simpliciter l'alea, donde la

74 Nicolò, R.: "Alea", cit., *ad vocem*.

75 Nelle parole di Giuseppina Capaldo, "l'alea normale è estrinseca alla fattispecie, eventuale, può essere estesa e allargata convenzionalmente, senza con questo penetrare nella causa e il suo rilievo si limita a quello di presupposto di applicazione della risoluzione per eccessiva onerosità" (Capaldo, G.: *Contratto aleatorio e alea*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 230).

76 Balestra, L.: *Il contratto aleatorio*, cit., p. 275.

77 Pagliantini, S.: "I costi impliciti", cit., p. 235.

necessità che le parti concordino criteri di calcolo, nonché quantità e qualità delle reciproche alee, in modo da assicurare la razionalità dell'operazione negoziale[78].

A ben vedere, in seno agli studi sui derivati capita sovente di imbattersi in riferimenti promiscui alle due nozioni di causa e di oggetto: ma ciò non deve sorprendere. Affinità e divergenze tra questi due requisiti sono, infatti, un problema classico degli studi sul contratto. Per un verso, in dottrina si è notato spesso che la portata dell'oggetto è stata messa in ombra dal "valore assorbente" delle riflessioni in materia di causa[79]. Per altro verso, in ottica storica e comparativa si è ritenuto che la connessione tra le due categorie sia tanto intima, da permettere di affermare che "la causa non è altro che l'oggetto (contenuto) visto da una prospettiva dinamica o funzionale, e l'oggetto (contenuto) è la causa vista nella sua dimensione inerte o strutturale"[80].

In questa sede non è in alcun modo possibile soffermarsi sulle tante ricostruzioni teorico-generali dell'oggetto e sulle alterne fortune degli studi su tale requisito del contratto. Le incertezze, del resto, sono profonde e risalenti. Se è chiaramente abbandonata l'idea per cui l'oggetto del contratto coincide, in ottica fisicista e corporale, con la cosa riguardata dall'operazione negoziale dei paciscenti, non si deve tacere di come anche le altre ipotesi interpretative avanzate su questo tema siano andate incontro a critiche più o meno significative. Sicché l'oggetto è stato variamente ricondotto: alle prestazioni dedotte nel contratto; al bene inteso anche "come *attività*, (…) come *valor*e anche incorporale"[81]; alle descrittive contrattuali, viste non soltanto come "ponti" tra oggetto e contenuto, ma anche come termini di relazione tra l'atto di autonomia privata e l'ordinamento[82]; alle nozioni di contenuto e di regolamento contrattuale, nella misura in cui "contenuto dell'accordo è ogni medio logico in cui ci si imbatte mentre si procede dall'accertamento del contenuto del testo verso l'elaborazione dei risultati del negozio"[83]. Senza entrare nel merito dei dibattiti appena evocati, ciò che occorre sottolineare è che tutte le differenti (e spesso contrapposte) tesi in materia di oggetto e contenuto del contratto sono accomunate da ciò, che tale elemento è ritenuto un termine esterno alla struttura del contratto. L'insegnamento è dei più tradizionali e radicati: del resto non solo

78 *Vid.* ancora Maffeis, D.: "L'ufficio di diritto privato", cit., pp. 20 ss.

79 In questi termini Ferri, G.B.: "Capacità e oggetto del negozio giuridico: due temi meritevoli di ulteriori riflessioni", *Quadrimestre*, 1989, p. 9. Più di recente *vid.* Gabrielli, E.: *L'oggetto del contratto. Artt. 1346-1349*, Giuffrè, Milano, 2015.

80 Così, concludendo la sua importante analisi sull'istituto, Fiori, R.: "Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica", in AA.VV.: *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Jovene, Napoli, 2003, p. 238.

81 Ferri, G.B.: "Capacità e oggetto", cit., pp. 11-12 (corsivi presenti nel testo originale).

82 Ma per una decisiva smentita della contrapposizione tra la signoria della volontà (negoziale) dei privati e la costruzione in senso autoritario dello Stato e dell'ordinamento pubblicistico *vid.* almeno AA.VV.: *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico* (a cura di C. Salvi), Feltrinelli, Milano, 1978; Irti, N.: "Itinerari del negozio giuridico", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 1978, pp. 395-420.

83 Sacco, R., De Nova, G.: *Il contratto*, UTET, Torino, 2016, p. 945.

l'oggetto, ma anche i soggetti, sono ritenuti entità esterne al contratto[84]. La genealogia di tali convinzioni attiene ai fondamenti stessi dell'esperienza giuridica moderna. E va da sé che molto si potrebbe discutere di concezioni che, costruendo le categorie del soggetto e dell'oggetto come "sostanze", fanno del primo un a priori del pensiero filosofico, politico e giuridico; e inscrivono il secondo in una visione essenzialista della natura, la quale esiste in sé e per sé o, al più, per essere sfruttata dal genere umano e così trasformata in termine passivo e inerte delle situazioni giuridiche soggettive[85].

Anche alla luce dei profili di teoria generale cui si è appena accennato, ai limitati fini di questo scritto è necessario rilevare che il proprium dei derivati over the counter sembra da riscontrare nella capacità di questi strumenti finanziari di mettere in crisi, in modo assai appariscente, l'idea di una costitutiva estraneità dell'oggetto alla struttura del contratto. Si veda, in proposito, la convinzione per cui i derivati OTC "non hanno oggetto fuori di sé"[86], esplicitamente affermata in dottrina. Si pensi, ancora, ai già menzionati richiami alla capacità dei derivati di istituire "scambi fittizi": una peculiarità giuridica, questa, la cui portata è stata avvertita al punto da prospettare che la validità dei derivati speculativi sia condizionata alla compatibilità degli stessi con un "paradigma utilitario", ossia con un riferimento a criteri mercantili di razionalità e di giustificazione causale delle attribuzioni patrimoniali[87].

La questione è parsa particolarmente chiara in un'autorevole dottrina che, nel relativizzare espressamente la considerazione di soggetti e oggetto come entità esterne al contratto, da un lato non ha avuto remore a discorrere di un "contratto "creativo" di nuovi valori, se si vuole beni"; dall'altro lato ha colto la peculiarità degli strumenti finanziari derivati in "indubbi profili di organizzazione,

84 "Come il rapporto, così il negozio intercede fra soggetti e ha un oggetto: soggetti o oggetto non diventano peraltro, a rigore, elementi del negozio, e tanto meno, come sembra considerarli ancora la legge (arg. art. 1325), requisiti del medesimo, ma restano semplicemente i termini fra i quali e sul quale il negozio si forma: sebbene necessari per l'esistenza del negozio, sono non dentro, ma fuori del negozio medesimo" (Santoro Passarelli, F.: *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1983, pp. 129-130). Tra le tante altre pagine classiche *vid.* Irti, N.; "Oggetto del negozio giuridico", *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, Torino, 1965, pp. 799-806. In anni più recenti *vid.* Alpa, G., Martini, R.: "Oggetto del negozio giuridico", *Dig. disc. priv.*, UTET, Torino, 1995, *ad vocem*; Gitti, G.: "Problemi dell'oggetto", in *Trattato del Contratto diretto da V. Roppo, vol. II, Il Regolamento* (a cura di G. Vettori), Giuffrè, Milano, 2006, spec. pp. 8-12.

85 Impossibile offrire, sul punto, riferimenti bibliografici esaustivi. Per una primissima informazione sulla problematica si vedano comunque, oltre ai lavori citati alla nota 1: Orestano, R.: "Diritti soggettivi e diritti senza soggetto", in Orestano, R.: *Azione diritti soggettivi persone giuridiche*, il Mulino, Bologna, 1978, pp. 115-189; Thomas, Y., Chiffoleau, J.: *L'istituzione della natura*, Quodlibet, Macerata, 2020; Monterossi, M.W.: *L'orizzonte intergenerazionale del diritto civile. Tutela, soggettività, azione*, ETS, Pisa, 2020. Con specifico riguardo alla genealogia dell'oggetto del contratto *vid.* Fiori, R.: *op. cit.*, pp. 176-212.

86 In questi termini Di Raimo, R.: "Dopo la crisi, come prima e più di prima (il derivato finanziario come oggetto e come operazione economica)", in AA.VV.: Swap *tra banche e clienti*, cit., p. 56.

87 In proposito v., sia pur con varietà di accenti e di proposte ricostruttive, le riflessioni di Barcellona, M.: "I derivati e la causa negoziale. I", cit., p. 582; di Angelici, C.: *Alla ricerca*, cit., pp. 20-32.

piuttosto e prima che di imputazione di situazioni soggettive"[88]. Simili indicazioni meritano di essere raccolte e valorizzate. Per un verso, esse paiono autorizzare un rinnovato avvicinamento tra i derivati (specie quelli over the counter) e le scommesse: a dispetto dei tanti argomenti spesi nel tentativo di distinguere queste classi di operazioni negoziali, adottando la prospettiva dell'oggetto e del contenuto si deve infatti riconoscere che esse sono accomunate dalla capacità di effettuare "creazioni artificiali" di rischi e di valori[89]. Per altro verso, quanto si è osservato non sembra incompatibile con la tesi che, su un piano generale, aveva indagato la categoria dei contratti aleatori a partire dal contenuto degli stessi[90]. Sia in merito ai contratti aleatori in generale, sia con riguardo ai derivati OTC più nello specifico, si può infatti sostenere che l'autonomia privata predispone regolamenti negoziali a monte "incompleti", così strutturando non solo modi di circolazione patrimoniale integrati e determinati da eventi incerti, ma anche (e soprattutto, nel caso dei derivati) tecniche di creazione di una ricchezza che non esisterebbe al di fuori del contratto.

Si può allora concludere osservando che i derivati over the counter sono un esempio di "diritto dei privati", nella misura in cui con questi strumenti finanziari l'autonomia privata espone tutta la sua potenza creativa e ordinante[91]. Tramite queste operazioni negoziali i privati organizzano la creazione di valore pecuniario – si potrebbe dire che i privati istituiscono valore –, e tale risultato è conseguito sia attraverso lo strumentario storicamente predisposto dai contratti aleatori e dai contratti differenziali, sia con inedite tecniche di astrazione giuridica della singola vicenda contrattuale derivata dal contesto economico-finanziario e dai "sottostanti" presi a riferimento per la determinazione dei rapporti giuridici tra le parti.

88 Sono espressioni di Ferro Luzzi, P.: "Attività e "prodotti" finanziari", *Rivista di diritto civile*, 2010, núm. 2, pp. 139-140 (note al testo originale omesse). Sviluppando tali motivi di analisi, questo autore ha potuto soggiungere che "ciò che in qualche modo negli schemi tradizionali è l'oggetto del contratto, in questi casi lo "crea" il contratto appunto" (p. 141).

89 In proposito v., a mero titolo esemplificativo e con diversi approcci ricostruttivi, Angelici, C.: *Alla ricerca*, cit., pp. 51-52; Barcellona, E.: "Contratti derivati puramente speculativi", cit., pp. 118-119; Capaldo, G.: *Contratto aleatorio*, cit., pp. 142-148. Una valutazione parzialmente diversa è stata offerta da Lynn A. Stout, che pur sottolineando la dinamica creativa di nuovo rischio ha reputato che "in the parlance of economic theory, speculative derivatives trading is a form of *rent-seeking* — trying to acquire wealth not by creating it, but by taking existing wealth from someone else" (Stout, L.A.: "Derivatives and the Legal Origin", cit., p. 9). In generale su gioco e scommessa *vid*. almeno Pino, A.: "Il giuoco e scommessa e il contratto aleatorio", in AA.VV.: *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, Giuffrè, Milano, 1972, vol. III, pp. 775-791; Valsecchi, E.: "Giuochi e scommesse (dir. civ.)", *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1970, vol. XIX, *ad vocem*; Ferri, G.B.: "La "neutralità" del gioco", *Riv. dir. comm*., 1974, pp. 28-61.

90 Balestra, L.: *Il contratto aleatorio*, cit., spec. pp. 112-124.

91 In proposito *vid.* per lo meno Cesarini Sforza, W.: *Il diritto dei privati*, Quodlibet, Macerata, 2018 (a cura e con un saggio di M. Spanò); Romano, Salv.: "La distinzione tra diritto pubblico e privato (e suoi riflessi nella configurazione dell'ufficio notarile)", in Romano, Salv.: *Scritti minori*, Giuffrè, Milano, vol. 3, 1980, pp. 1091-1147.

V. DERIVATI E RISCHIO SISTEMICO: FLUSSI DI CONTRATTAZIONE E TEORIA ECOLOGICA DEL CONTRATTO.

Rispetto agli assetti giuridico-economici moderni, la ricostruzione appena proposta pone gli interpreti di fronte a una discontinuità che è netta, ma non deve intimorire. Evocare il diritto dei privati, infatti, significa tentare di avere una più precisa (e certamente problematica) comprensione delle operazioni effettuate e delle potenzialità assunte dall'autonomia privata nella società contemporanea[92]. Con riguardo ai problemi trattati in questo studio, peraltro, simili profili di discontinuità sono stati chiaramente colti da chi ha osservato che ogni derivato vorrebbe, "come immediatamente si percepisce quando *over-the-counter*, essere isolato rispetto al proprio contesto fin dal momento della sua "creazione" (…). Da ciò la sensazione che ci [si] trovi ai confini, addirittura superandoli, di quanto è in principio possibile all'autonomia negoziale"[93].

Anche da questo punto di vista, pertanto, sembra opportuno notare i limiti della scelta di concentrare le indagini sulla giustificazione causale delle attribuzioni patrimoniali abilitate dai derivati OTC. Agevolata dalla persistente centralità del rapporto obbligatorio come forma logica per pensare le relazioni contrattuali (donde i frequenti richiami, soprattutto nel caso degli interest rate swap, alla promessa, allo scambio, al sinallagma puro, ecc.[94]), questa opzione interpretativa non ha permesso di cogliere appieno le implicazioni delle pretese di assoluto isolamento giuridico di vicende negoziali capaci sì di creare valore, ma al di fuori di sistemi istituzionalizzati di negoziazione. Affermare un tale perfetto isolamento, predicando le costitutive illiquidità, infungibilità e non negoziabilità dei derivati OTC, significa attribuire all'autonomia privata il potere di creare da sé valori patrimoniali con tecniche negoziali a prima vista familiari come lo scambio aleatorio, ma a ben vedere capaci di sfuggire sia alle tradizionali concezioni dell'oggetto del contratto sia alla logica della fattispecie, e dunque operanti alla stregua di un assetto istituzionale inedito rispetto alle mediazioni moderne tra diritto e attività economica, tra stato e società civile, tra pubblico e privato[95].

92 A proposito di tali questioni fondamentali v., per restare a contributi degli anni più recenti, Femia, P.: "Autonomia e autolegislazione", in AA.VV.: *Giurisprudenza per principi e autonomia privata. Atti del Convegno dell'Unione dei privatisti, Roma 30 ottobre 2015, Università degli studi Roma Tre* (a cura di S. Mazzamuto e L. Nivarra), Giapicchelli, Torino, 2016, pp. 11-49; Navarretta, E.: "L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2014, pp. 589-647; Zoppini, A.: *Il diritto privato*, cit.

93 Angelici, C.: *Alla ricerca*, cit., pp. 100-101. Il passaggio riportato nel testo ha inteso evidenziare le differenze tra derivati e titoli di credito, pur riconoscendo che i secondi hanno posto agli interpreti questioni talora simili a quelle attualmente riferibili ai primi.

94 Per questi approcci *vid.* la nota 14, retro.

95 Come è stato possibile soggiungere, del resto, "i derivati non costituiscono soltanto meri strumenti finanziari (per quanto esotici): i derivati sono pratiche di mediazione che danno luogo a nuove forme di materialità, in questo caso la materialità dell'asset, disponibile in potenza in tutte le merci" (Appadurai, A.: *Scommettere sulle parole*, cit., p. 125). *Vid.* poi Femia, P.: "Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione", in AA.VV.: *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, (a cura di G. Gitti e G. Villa), il Mulino, Bologna, 2008, pp. 265-299.

A fronte di un tale riconoscimento, è agevole rammentare che è stata la crisi finanziaria cominciata nel 2007, più di tanti sottili argomenti tecnici, a mostrare, in via di fatto, la strutturale insostenibilità della logica istituzionale e giuridica di funzionamento dei derivati OTC. Sicché non sembra esagerato annoverare dette operazioni negoziali tra le "scorribande finanziarie" denunciate come una delle principali manifestazioni della corrente razionalità capitalista: una razionalità, questa, che si servirebbe di ciò che resta del diritto formale moderno – anzitutto la tutela coercitiva apprestata dallo Stato per garantire l'enforceability dei contratti – nel momento stesso in cui persegue i propri obiettivi di profitto tramite inedite forme di speculazione[96].

Una simile conclusione impone di problematizzare la radicale contingenza e la peculiare artificialità dei derivati OTC: caratteri, questi, pure legati al fatto che con tali operazioni negoziali l'autonomia privata ha il potere di creare valori pecuniari portando a un massimo livello di astrazione l'infrastruttura giuridica dello scambio e la logica della promessa contrattuale[97]. Per un verso, allora, è evidente che le occasioni di forte guadagno offerte dai derivati OTC hanno teso e tendono a dare luogo – fintanto che "le cose vanno bene" – a una domanda potenzialmente illimitata di questi strumenti finanziari: in tal senso, i derivati non possono che funzionare con una prociclicità che "non è altro che un riflesso della circolarità delle tecniche finanziarie, che reagiscono innanzitutto a se stesse e si auto-rafforzano, in positivo come in negativo"[98]. Per altro verso, è agevole intuire il rovescio della medaglia di quanto appena rilevato: dato che i derivati OTC sono operazioni negoziali aleatorie, ogni creazione e astrazione di valore e capitale che avviene per loro tramite significa anche una contestuale creazione e astrazione di rischio.

È a questo punto della trattazione che occorre mutare punto di vista, transitando dall'analisi delle singole vicende contrattuali a una prospettiva

96 Esplicita sul punto la pagina di Irti, N.: *Un diritto*, cit., pp. 15-17. Sul ruolo contemporaneo della statualità *vid.* anche Nivarra, L.: "Il disordine", cit.

97 Il punto è colto bene da chi, muovendo da un punto di vista non giuridico, ha mostrato che l'inesistenza di un mercato regolamentato non può che tradursi nell'assoluta contingenza dei prezzi dei derivati OTC: "nel loro incessante divenire, inoltre, quei prezzi creano retrospettivamente l'intero spettro delle condizioni di possibilità che consente loro di esistere, senza peraltro che da quei presupposti sia mai possibile dedurli in maniera necessaria. La determinazione dei prezzi non poggia su alcuna precedente determinazione del valore, anzi è essa stessa il meccanismo per mezzo del quale il mercato riscrive all'infinito il passato in modi che consentono di fissare nuovi prezzi e quindi di mantenere costantemente in movimento il mercato dei derivati" (Appadurai, A.: *Scommettere sulle parole*, cit., p. 107).

98 Così, a conclusione di una riflessione molto interessante sui modi in cui la finanza contemporanea ha strutturato i rapporti tra diritto, economia, rischi e tempo, Esposito, E.: *Il futuro*, cit., p. 213. Dopo aver evidenziato il carattere illimitato della domanda di derivati speculativi, in dottrina si è potuto soggiungere che "*non soltanto* i derivati c.d. speculativi, lungi dal contribuire alla formazione di prezzi razionali di mercato, determinano nefasti effetti distorsivi sul "vero" mercato dei rischi esistenti, *ma per di più* – il che è tanto più grave – determinano una ancora più nefasta "interruzione" del nesso (in linea di principio) virtuoso fra "risparmio" e "investimento", rendendo possibile che quantità potenzialmente illimitate di risparmio vengano "intercettate" (…)" dal settore dei rischi astratti (Barcellona, E.: "Contratti derivati puramente speculativi", cit., p. 146; corsivi presenti nel testo originale; *vid.* anche le pp. 121-128).

sistemica, nella quale vengono anzitutto in considerazione contesti e i flussi di contrattazione. Ammettere, in questa ottica, che "non tutto il contrattuale è nel contratto"[99] significa riconoscere che la proliferazione e stratificazione di derivati over the counter – i cui rischi, proprio perché non suscettibili di circolare su un mercato regolamentato, possono al più essere (apparentemente) "gestiti" con sistematiche operazioni di ricopertura e di impacchettamento, a loro volta fonte di nuovi e via via più indecifrabili livelli di derivazione – determinano un ambiente di contrattazione fatalmente pregiudicato da un ingovernabile rischio sistemico[100]. In altri termini, "più è spinto l'uso delle tecniche, più autoreferenziale è la finanza, più il futuro è messo sotto pressione. Nelle pratiche finanziarie si genera un rischio aggregato di tipo endogeno, che sfugge a tutte le tecniche proprio perché è prodotto dalle tecniche stesse: non ha senso, allora, chiedere di affrontarlo con calcoli del rischio ancora più accurati. È tutto il modello di gestione del futuro che viene messo in discussione"[101].

La pretesa di assoluto isolamento giuridico ed economico dei derivati over the counter si rivela dunque illusoria. Malgrado le loro peculiarità anche i derivati OTC, come tutte le transazioni contrattuali, producono esternalità e possono avere impatti in senso lato distributivi, così ponendo sfide che devono essere affrontate non solo con tecniche di regolazione pubblicistiche, ma anche e soprattutto sul terreno del diritto privato[102]. Se, considerando in termini generali il contratto, è ragionevole ammettere che "l'area degli effetti esterni giuridicamente neutri è ben più vasta dell'area degli effetti esterni fattualmente neutri, perché le istituzioni giuridiche incontrerebbero costi troppo elevati nell'amministrare un sistema di rimedi che eliminasse le esternalità negative e positive"[103], nel caso dei derivati OTC si deve riconoscere che questi strumenti finanziari producono, al livello della contrattazione, insostenibili esternalità negative e, per la precisione, un rischio

99 Per questo insegnamento v., sia pur nell'affrontare altre questioni, Femia, P.: "Discriminazione (divieto di)", *Enciclopedia del diritto. I Tematici. Il Contratto diretto da G. D'Amico*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021, I, p. 512.

100 Il rischio sistemico è caratterizzato da ciò, che le condotte individuali sono di per sé inutili a governare i fattori generatori di rischio, sicché diviene sostanzialmente impossibile anche procedere a un'efficace individualizzazione delle responsabilità. Per una prima informazione sul punto *vid.* Kambhu, J., Weidman, S., Krishnan, N.: *New Directions for Understanding Systemic Risk. A Report on a Conference Cosponsored by the Federal Reserve Bank of New York and the National Academy of Sciences*, The National Academies Press, Washington D.C., 2007; Beck, U.: Conditio humana. *Il rischio nell'età globale*, Laterza, Roma-Bari, 2008; James, A.: "The distinctive significance of systemic risk", *Ratio Juris*, 2017, vol. 30, pp. 239-258.

101 Esposito, E.: *Il futuro*, cit. p. 212. *Vid.* anche Cossu, M., Spada, P.: "Dalla ricchezza assente", cit., pp. 415-417; e Barcellona, M.: "I derivati e la causa negoziale. I", cit., pp. 593-595.

102 In proposito v., peraltro in anni ormai non recenti, Calabresi, G.: "The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further", *The Yale Law Journal*, 1991, vol. 100, pp. 1210-1237; Trebilcock, M.J.: *The Limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, Cambridge, 1993; Kronman, A.T.: "*Contract Law and Distributive Justice*", *The Yale Law Journal*, 1980, vol. 89, pp. 472-511. In Italia, fondamentale il classico lavoro di Rodotà, S.: *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969. Negli ultimi anni *vid.* Femia, P.: "Il civile senso dell'autonomia", *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2019, vol. 25, consultabile online.

103 Gambaro, A.: "Gli effetti del contratto rispetto a terzi", in AA.VV.: *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica* (a cura di L. Vacca), Giappichelli, Torino, 2001, pp. 342-343.

sistemico che è stato considerato (davvero non a caso) una manifestazione di *tragedy of the commons*[104].

VI. CONCLUDENDO: SUGGESTIONI INTERPRETATIVE E RIMEDIALI.

Se, insomma, è vero che una "regulation of systemic risk appears not only appropriate, but necessary"[105], non si può che concordare con chi ha denunciato che il riconoscimento di piena enforceability a tutti i derivati OTC – *vid.* il Commodities Futures Modernization Act negli Stati Uniti e l'art. 23, co. 5 TUF in Italia – è stato un'innovazione giuridica dalle conseguenze drammatiche, in quanto ha rappresentato un formidabile incentivo all'afflusso di enormi capitali, intenti a massimizzare le proprie occasioni idiosincratiche di guadagno, verso la conclusione di questi strumenti finanziari[106]. Si può allora ipotizzare che tanto le tecniche pubblicistiche di regolazione, quanto le tesi civilistiche volte a valorizzare le regole di comportamento (e, quindi, l'attribuzione alle parti del solo rimedio risarcitorio[107]), non siano strategie ricostruttive sufficienti per due motivi: da un lato, interferendo tra loro e con altre tutele esse non riescono a venire a capo di quello che è stato autorevolmente definito "un vero e proprio *ambaradan* dei rimedi contrattuali"[108]; dall'altro lato, e soprattutto, non consentono di attivare una dinamica di de-finanziarizzazione[109], che potrebbe essere prodotta da un assetto rimediale capace di disincentivare la creazione di rischio sistemico tramite derivati over the counter.

È anche in una tale ottica di de-finanziarizzazione che può forse leggersi l'insistenza di molti interpreti sui rimedi invalidanti, e in particolare sulla nullità del contratto. Non pare infatti esagerato affermare che l'eventuale attribuzione di

104 Schwarcz, S.L.: "Systemic Risk", *Georgetown Law Journal*, 2008, vol. 97 (1), p. 206: "without regulation, the externalities caused by systemic risk would not be prevented or internalized because the motivation of market participants "is to protect themselves but not the system as a whole .... No firm... has an incentive to limit its risk taking in order to reduce the danger of contagion for other firms. (…) Moreover, even if market participants were able to act collectively to prevent systemic risk, they might not choose to do so. This is because the externalities of systemic failure include social costs that can extend far beyond market participants. (…) As a result, there is a type of tragedy of the commons, in which the benefits of exploiting finite capital resources accrue to individual market participants, each of whom is motivated to maximize use of the resource, whereas the costs of exploitation, which affect the real economy, are distributed among an even wider class of persons" (note al testo originale omesse).

105 Schwarcz, S.L.: "Systemic Risk", cit., p. 206.

106 *Vid.* i più volte citati lavori di Lynn A. Stout.

107 Si vedano nuovamente Maggiolo, M.: "Nessun derivato", cit.; De Poli, M.: "Sul controllo giudiziale", cit.; Tucci, A.: "I contratti derivati", cit. Peculiare, poi, la posizione di chi, pur tenendo in considerazione il contesto ampio in cui devono essere collocati i singoli rapporti contrattuali derivati OTC, finisce per negare l'utilizzabilità del rimedio della nullità: Bartalena, A.: "Patologie dei derivati", cit., p. 1131.

108 Così, con riguardo a problemi contigui a quelli trattati in questo lavoro, Roppo, V.: "La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'*ambaradan* dei rimedi contrattuali)", *Contratto e Impresa*, 2005, p. 899.

109 Su questi aspetti, e in particolare sui problemi posti dalla c.d. *de-futurizzazione*, *vid.* Esposito, E.: *Il futuro*, cit., pp. 215-230. Tra i contributi più squisitamente giuridici *vid.* Barcellona, M.: "I derivati e la causa negoziale. II", cit., pp. 900-906.

un rimedio come la nullità dei derivati OTC debba essere l'esito di un percorso interpretativo capace di rendere operativi tanto (su un piano di "politica del diritto") un principio di precauzione rilevante con riguardo al rischio sistemico[110], quanto (da un punto di vista più tecnico) uno o più canoni di "eteronomia non autoritaria"[111] rispetto ai singoli rapporti contrattuali. Sviluppando una simile impostazione, a chi scrive sembra promettente – ma va da sé che questa ipotesi interpretativa dovrà essere articolata in futuro – prospettare che la nullità dei derivati OTC possa essere affermata perché questi strumenti finanziari sono contrari all'ordine pubblico. In altri termini, si tratterebbe di superare i meri richiami a una c.d. "funzione conservatrice" dell'ordine pubblico, esplicata nel senso della limitazione delle attività private a contenuto economico-patrimoniale[112], per riconoscere che i rimedi fondati su di esso sono suscettibili di operare come "azioni di rottura, sostenute dall'intervento giudiziario, che costringono il diritto a riorganizzare le proprie categorie"[113].

Ovviamente, non è qui possibile discutere in dettaglio una nozione tanto delicata quanto centrale del diritto privato patrimoniale moderno, individuata e introdotta, in maniera apparentemente accidentale, solo con la codificazione napoleonica[114]. Si può però notare che le concezioni contemporanee dell'ordine pubblico si discostano dalla tradizione del secolo scorso e presentano elementi di interesse. Si pensi agli approcci ricostruttivi che – anche sulla scorta della crescente importanza del diritto privato europeo, nella cornice istituzionale costituita dal mercato unico – hanno inteso sottolineare un ruolo pro-concorrenziale dell'ordine pubblico[115]. Simili contributi sono importanti perché, al di là degli obiettivi di policy di volta in volta assunti, sembrano alludere a un ordine pubblico che, per un verso, resta nozione interna alle tecniche e alle operazioni del diritto civile; ma, per altro verso, acquisisce una portata per così dire ecologica. Lungi dalla contrapposizione tra concezioni "campaniliste" e "globalizzate" dello stesso[116],

110 Per un primo ragguaglio sul principio di precauzione, ormai molto discusso anche negli studi privatistici, *vid*. Monterossi, M.W.: *L'orizzonte intergenerazionale*, cit., spec. pp. 64-83. *Vid*. anche, nel dibattito nordamericano, Driesen, D. M.: "Cost-benefit analysis and the precautionary principle: Can they be reconciled?", *Michigan State Law Review*, 2013, núm. 3, pp. 771-826; Schwarcz, S.L.: "Systemic Risk", cit., spec. pp. 232-235; Sunstein, C. R.: "Irreversible and catastrophic", *Cornell Law Review*, 2006, vol. 91(4), pp. 841-898.

111 A tale fortunata immagine ha fatto riferimento Castronovo, C.: "L'avventura delle clausole generali", *Rivista critica del diritto privato*, 1986, p. 29.

112 Ferri G.B., *Ordine pubblico, buon costume* e *la teoria del contratto*, Giuffrè, Milano, 1970, spec. pp. 199-202.

113 Femia, P.: "*Autonomia* e *autolegislazione*", cit., p. 46.

114 *Vid*. Ferri G.B., *Ordine pubblico*, cit., *passim*; Lonardo, L.: *Ordine pubblico* e *illiceità del contratto*, ESI, Napoli, 1993; Guarneri, A.: "Ordine pubblico", *Dig. Disc. Priv.*, UTET, Torino, 1995, *ad vocem*. Da ultimo *vid*. Femia, P.: "Ordine pubblico: la politica nel diritto", in Perlingieri, G., Zarra, G.: *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, ESI, Napoli, 2018, pp XIV-XXVIII.

115 A questo proposito, con la consueta concisione si è osservato "che un sistema giuridico non può adottare un'economia di mercato, senza che questa sua scelta acquisti la connotazione dell'ordine pubblico" (Sacco, R., De Nova, G.: *Il contratto*, cit., p. 1032).

116 Si soffermano su questa contrapposizione, optando per una ricostruzione "nazionale" dell'ordine pubblico, Perlingieri, G., Zarra, G.: *Ordine pubblico interno*, cit., spec. pp. 23-27 e 64-78.

un tale "nuovo" ordine pubblico risulta attento alle implicazioni che i rapporti contrattuali privatistici generano negli ambienti di contrattazione. Si apre così la strada a un più sofisticato funzionamento dei rimedi invalidanti, nella misura in cui, in modo sempre più chiaro, "il contratto è disapprovato perché crea esternalità negative, sotto forma di pericoli per l'incolumità delle persone estranee (…) o di danno arrecato alla comunità in genere"[117].

Dunque, la nullità dei derivati over the counter potrebbe (meglio: dovrebbe) essere accertata nella misura in cui il contenuto di questi strumenti finanziari è fonte di "dis-ordine" pubblico, sub specie di un rischio sistemico assai difficilmente governabile, poiché generato al livello della contrattazione. Peraltro, rispetto a ricostruzioni che pure propendono per la nullità occorre escludere che una tale invalidità sia di protezione. Nel caso dei derivati OTC, infatti, la nullità non è un rimedio predisposto soltanto a protezione di una categoria di parti contraenti (gli investitori), ma al contrario essa riflette e concretizza istanze di tutela più generali, apprezzabili sotto due profili: da un lato esse emergono – in un'ottica non del tutto estranea, ma differente rispetto alla protezione ordoliberale della stabilità dei mercati – a contrasto della "tragedy of the commons" rappresentata dal rischio sistemico finanziario; dall'altro lato, esse ambiscono a sanzionare le negoziazioni in derivati in un orizzonte estrastatuale e trans-nazionale, così rilevando ben al di là della teorica dei contratti alieni[118].

Con riguardo all'ordinamento italiano, la ricostruzione che si è andata proponendo implica – a dispetto del dato testuale dell'art. 23, co. 5 TUF, di cui occorre semmai affermare un'interpretazione costituzionalmente orientata[119] – che ai derivati OTC si possano effettivamente applicare gli articoli 1418 ss. c.c. Com'è noto, il rimedio della nullità opera ex tunc ed è imprescrittibile (art. 1422 c.c.). Né si deve trascurare che, ai sensi dell'art. 1421 c.c., "la nullità può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse e può essere rilevata d'ufficio dal giudice".

117 Sacco, R., De Nova, G.: *Il contratto*, cit., p. 999 (significativo anche che gli autori, svolgendo la loro trattazione, chiariscano a p. 1033 che "altri valori protetti dalla clausola di ordine pubblico debbono aggiungersi a quelli finora menzionati. La difesa dell'ambiente potrebbe travolgere patti privati incompatibili".). Come precisa anche Andrea Zoppini, "la nullità è, in questi casi, non qualificazione dell'atto, ma conseguenza dell'effetto che dall'atto discende, e dunque essenzialmente un *rimedio*. Non si dà, infatti, una prognosi anticipata alla luce dell'astratta descrizione degli elementi strutturali della fattispecie, quanto s'impone una valutazione *a posteriori*, possibile solo quando dell'atto siano stati apprezzati gli effetti su un dato ordine giuridico o economico di mercato" (Zoppini, A.: *Il diritto privato*, cit., p. 123; corsivi presenti nel testo originale).

118 A rilevare, infatti, non è il contrasto con le norme imperative dell'ordinamento italiano, bensì il dis-ordine pubblico sistemico generato tramite operazioni giuridiche effettuate con le tecniche del diritto privato patrimoniale. *Vid.* sul punto Vassalli, F.: "Estrastatualità del diritto civile", in AA.VV.: *Studi in onore di Antonio Cicu*, Giuffrè, Milano, 1951, vol. II, pp. 481-490.

119 Dubitano della compatibilità del funzionamento dei derivati, specie di quelli speculativi e (più in generale) di quelli OTC, con l'ordine costituzionale italiano Dolmetta, A.: "Introduzione. Speculazione e prudenza", in AA.VV.: *Swap tra banche e clienti*, cit., spec. p. XXIII; Di Raimo, R.: "Dopo la crisi", cit., spec. p. 54; Pagliantini, S.: "I derivati tra meritevolezza", cit., spec. p. 35. Da altra prospettiva, *vid.* di recente anche D'Andrea, S.: "L'*interest rate swap*, specchio del nostro tempo, è una scommessa che non dà luogo ad azione: incostituzionalità dell'art. 23, comma 5°, tuf per eccesso di delega", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2020, pp. 207-238.

Tale disposizione, dunque, potrebbe finalmente essere letta in modo tale da creare forme di legittimazione all'azione di nullità ampie, e capaci di dare concretezza alle istanze di reazione diffusa al rischio sistemico finanziario creato dai derivati over the counter. Inoltre, è bene segnalare che il diritto dei contratti italiano è munito di uno strumentario capace di definire un assetto operativo non distante dalla "rule against difference contracts" propria della tradizione di common law. Si potrebbe sostenere, per es., che ai derivati OTC conclusi nella pretesa di una piena validità e coercibilità del contratto, e tuttavia nulli per contrarietà all'ordine pubblico, sia applicabile – sussistendone i presupposti – la conversione di cui all'art. 1424 c.c.[120]. Sulla scorta delle concezioni più flessibili di questo istituto di "ortopedia del contratto"[121], un derivato OTC illecito e nullo, nella sua "versione" enforceable, potrebbe essere convertito in una semplice scommessa di cui all'art. 1933 c.c., così venendo ricondotto a un regime rimediale che combina "denegatio actionis" e "soluti retentio". Ancora, una regola non diversa dalla c.d. "indemnity exception" potrebbe essere ricavata recuperando la distinzione tra finalità di copertura e di speculazione sul terreno del collegamento negoziale. Si potrebbe così affermare che riescono a sfuggire alla sanzione della nullità, perché non contrari all'ordine pubblico, solo i derivati OTC che, "tradendo" il loro isolamento e la loro astrazione, risultino espressamente dotati di un contenuto di copertura, i.e. di un aggancio (di un collegamento) del sinallagma aleatorio a rischi effettivamente riferibili alle parti, e non generati a loro volta tramite la conclusione di strumenti finanziari derivati. Va da sé che la prova di una simile articolazione del contenuto del contratto sarebbe (ex art. 2697 c.c.) a carico del soggetto interessato a farne valere la piena enforceability.

Si spera così di aver mostrato, con queste premesse per un più ampio studio, che confutare le pretese di assoluto isolamento giuridico ed economico dei derivati OTC – nel segno della connessione tra l'analisi contenutistica dei singoli rapporti negoziali e la più ampia considerazione degli ambienti di contrattazione – significa creare una necessaria breccia nel "muro della relatività del contratto"[122], per ricondurre queste operazioni dell'autonomia privata alla loro ecologia[123].

120 Secondo l'art. 1424 c.c., "il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità". Su questo articolo del codice, e sulla disciplina della conversione, *vid*. Franzoni, M.: "La "magia" della conversione", *Obbligazioni e Contratti*, 2010, pp. 1-11; Bigliazzi Geri, L.: "Conversione dell'atto giuridico", *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1962, vol. X, *ad vocem*; Betti, E.: *Teoria generale*, cit., pp. 492-499.

121 Le espressioni virgolettate sono di Sacco, R., De Nova, G.: *Il contratto*, cit., p. 1515.

122 Roppo, V.: "Causa concreta", cit. p. 961-962.

123 Come è stato osservato, del resto, "our inability to govern finance may be best addressed by changing the structure of financial markets, not to attempt the impossible" (Pistor, K.: "On the Theoretical Foundations for Regulating Financial Markets", *Columbia Law School Public Law & Legal Theory Working Paper No. 12-304*, 2012, consultabile online, p. 64).

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale* (a cura di M. Pennasilico), ESI, Napoli, 2016.

AA.VV.: *Finanza derivata, mercati e investitori* (a cura di F. Cortese e F. Sartori), ETS, Pisa, 2010.

AA.VV.: *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica* (a cura di L. Vacca), Giappichelli, Torino, 1997.

AA.VV.: *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico* (a cura di C. Salvi), Feltrinelli, Milano, 1978.

Agostinelli, R.: "Le operazioni di *swap* e la struttura contrattuale sottostante", *Banca Borsa Titoli di Credito*, 1997, pp. 112-134.

Alpa, G., Martini, R.: "Oggetto del negozio giuridico", *Dig. disc. priv.*, UTET, Torino, 1995, *ad vocem*.

Angelici, C.: *Alla ricerca del "derivato"*, Giuffrè, Milano, 2016.

Anolli, M., Perrone, A.: "La giurisprudenza italiana sui contratti derivati. Un'analisi interdisciplinare", *Rivista di diritto bancario*, 2020, pp. 195-223.

Antonioli, M.: "Riflessioni in tema di contratti derivati ed enti pubblici", in AA.VV.: Swap *tra banche e clienti. I contratti e le condotte* (a cura di D. Maffeis), Giuffrè, Milano, 2014, pp. 288-311.

Appadurai, A., *Scommettere sulle parole. Il cedimento del linguaggio nell'epoca della finanza derivata*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2016.

Ascarelli, T.: "Aleatorietà e contratti di borsa", *Banca borsa titoli di credito*, 1958, pp. 435-455.

Balestra, L.: *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Cedam, Padova, 2000.

Ballerini, L.: "Struttura e causa dell'interest rate swap nella recente evoluzione giurisprudenziale", in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2014, núm. 3, parte 1, pp. 206-230.

Barcellona, E.: "Contratti derivati puramente speculativi: fra tramonto della causa e tramonto del mercato", in AA.VV.: Swap *tra banche e clienti. I contratti e le condotte* (a cura di D. Maffeis), Giuffrè, Milano, 2014, pp. 91-152.

Barcellona, E.: "Strumenti finanziari derivati: significato normativo di una "definizione"", *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2012, pp. 541-567.

Barcellona, M.: "I derivati e la causa negoziale. I. L'"azzardo" oltre la scommessa: i derivati speculativi, l'eccezione di gioco e il vaglio del giudizio di meritevolezza", *Contratto e Impresa*, 2014, núm. 2, pp. 571-605.

Barcellona, M.: "I derivati e la causa negoziale. II. Il controllo di meritevolezza e i derivati (anche) di protezione conclusi dalle banche", *Contratto e impresa*, 2014, núm. 4-5, pp. 881-909.

Bartalena, A.: "Patologie dei derivati: la causa concreta come strumento di tutela dell'investitore "tradito"", *Le Società*, 2020, 10, pp. 1122-1134.

Beck, U.: Conditio humana. *Il rischio nell'età globale*, Laterza, Roma-Bari, 2008.

Betti, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, ESI, Napoli, 2002 (rist.).

Bigliazzi Geri, L.: "Conversione dell'atto giuridico", *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1962, vol. X, *ad vocem*.

Black, F., Scholes, M.: "The Pricing of Options and Corporate Liabilities", *The Journal of Political Economy*, 1973, vol. 81, pp. 637-654.

Buonfrate, A.: "Contratti collegati", *Dig. Disc. Priv.*, UTET, Torino, 2007, *ad vocem*.

Calabrese, G.: "Quantità e qualità dell'alea come elemento necessario del derivato IRS", *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2020, 5, pp. 1092 ss.

Calabresi, G.: "The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further", *The Yale Law Journal*, 1991, vol. 100, pp. 1210-1237.

Capaldo, G.: *Contratto aleatorio e alea*, Giuffrè, Milano, 2004.

Capaldo, G.: *Profili civilistici del rischio finanziario e contratto di swap*, Giuffrè, Milano, 1999.

Capra, F., Mattei, U.: *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Aboca edizioni, San Sepolcro, 2017.

Caputo Nassetti, F.: "Strumenti finanziari derivati", *Enciclopedia del diritto. Annali VI*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 911-940.

Carleo, A., Mottura, C.D., Mottura, L.: "Sul "valore" di un derivato. Argomentazioni in margine alla disputa tra amministrazioni pubbliche e banche", *I Contratti*, 2011, núm. 4, pp. 383-389.

Carnelutti, F.: "Nullità di vendita di cambi allo scoperto", *Riv. dir. comm.*, 1923, pp. 486-495.

Castronovo, C.: "L'avventura delle clausole generali", *Rivista critica del diritto privato*, 1986, pp. 21-30.

Cesarini Sforza, W.: *Il diritto dei privati*, Quodlibet, Macerata, 2018.

Coase, R.H.: "The Problem of Social Cost", *Journal of Law & Economics*, 1960, vol. III, pp. 1-44.

Corrias, P., "I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori", in AA.VV.: Swap *tra banche e clienti. I contratti e le condotte* (a cura di D. Maffeis), Giuffrè, Milano, 2014, pp. 172-210.

Cossu, M., Spada, P.: "Dalla ricchezza assente alla ricchezza inesistente – Divagazioni del giurista sul mercato finanziario", *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2010, pp. 401-417.

D'Andrea, S.: "L'*interest rate swap*, specchio del nostro tempo, è una scommessa che non dà luogo ad azione: incostituzionalità dell'art. 23, comma 5°, tuf per eccesso di delega", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2020, pp. 207-238.

De Nova, G.: "I contratti derivati come contratti alieni", *Rivista di diritto privato*, 2009, núm. 3, pp. 15-21.

De Poli, M.: "Sul controllo giudiziale degli IRS attraverso la causa", *Rivista di diritto bancario*, 2017, núm. 4, pp. 91-121.

Di Majo, A.: "Causa del negozio giuridico", *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1988, *ad vocem*.

Di Raimo, R.: "Dopo la crisi, come prima e più di prima (il derivato finanziario come oggetto e come operazione economica)", in AA.VV.: Swap *tra banche e clienti. I contratti e le condotte* (a cura di D. Maffeis), Giuffrè, Milano, 2014, cit., pp. 33-90.

Di Raimo, R.: "*Interest rate swap*, teoria del contratto e nullità: e se finalmente dicessimo che è immeritevole e che tanto basta?", *Rassegna di diritto civile*, 2014, 1, pp. 308 ss.

Dolmetta, A.: "Introduzione. Speculazione e prudenza", in AA.VV.: Swap *tra banche e clienti. I contratti e le condotte* (a cura di D. Maffeis), Giuffrè, Milano, 2014, pp. XIII ss.

Driesen, D. M.: "Cost-benefit analysis and the precautionary principle: Can they be reconciled?", *Michigan State Law Review*, 2013, núm. 3, pp. 771-826.

Esposito, E.: *Il futuro dei* futures. *Il tempo del denaro nella finanza e nella società*, ETS, Pisa, 2009.

Femia, P.: "Discriminazione (divieto di)", *Enciclopedia del diritto. I Tematici. Il Contratto diretto da G. D'Amico*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021, I, pp. 499-528.

Femia, P.: "Il civile senso dell'autonomia", *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2019, vol. 25, consultabile online.

Femia, P.: "Ordine pubblico: la politica nel diritto", in Perlingieri, G., Zarra, G.: *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, ESI, Napoli, 2018, pp XIV-XXVIII.

Femia, P.: "Autonomia e autolegislazione", in AA.VV.: *Giurisprudenza per principi e autonomia privata. Atti del Convegno dell'Unione dei privatisti, Roma 30 ottobre 2015, Università degli studi Roma Tre* (a cura di S. Mazzamuto e L. Nivarra), Giapicchelli, Torino, 2016, pp. 11-49.

Femia, P.: "Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione", in AA.VV.: *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, (a cura di G. Gitti G. Villa), il Mulino, Bologna, 2008, pp. 265-299.

Ferri, G.B.: "Capacità e oggetto del negozio giuridico: due temi meritevoli di ulteriori riflessioni", *Quadrimestre*, 1989, pp. 9 ss.

Ferri, G.B.: "La "neutralità" del gioco", *Riv. dir. comm.*, 1974, pp. 28-61.

Ferri G.B., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Giuffrè, Milano, 1970.

Ferri, G.B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966.

Ferro Luzzi, P.: "Attività e "prodotti" finanziari", *Rivista di diritto civile*, 2010, núm. 2, pp. 133-145.

Fiori, R.: "Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica", in AA.VV.: *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Jovene, Napoli, 2003, p. 169-238.

Franzoni, M.: "La "magia" della conversione", *Obbligazioni e Contratti*, 2010, pp. 1-11.

Gabrielli, E.: *L'oggetto del contratto. Artt. 1346-1349*, Giuffrè, Milano, 2015.

Gabrielli, E.: "Contratto e operazione economica", *Dig. Disc. Priv.*, UTET, Torino, 2011, *ad vocem*.

Gambaro, A.: "Gli effetti del contratto rispetto a terzi", in AA.VV.: *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica* (a cura di L. Vacca), Giappichelli, Torino, 2001, pp. 337-347.

Gambino, A. "Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto", *Riv. dir. comm.*, 1960, pp. 416 ss.

Garofalo, A.M.: *Aleatorietà e causa nella rendita vitalizia e nell'*interest rate swap, ESI, Napoli, 2018.

Gentili, A.: "Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite", *I Contratti*, 2008, núm. 4, pp. 393-402.

Giorgianni, M.: "Causa del negozio giuridico (dir. priv.)", *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1960, vol. VI, *ad vocem*.

Girino, E.: *I contratti derivati*, Giuffrè, Milano, 2010.

Gitti, G.: "Problemi dell'oggetto", in *Trattato del Contratto diretto da V. Roppo, vol. II, Il Regolamento* (a cura di G. Vettori), Giuffrè, Milano, 2006, pp. 1-81.

Guarneri, A.: "Ordine pubblico", *Dig. Disc. Priv.*, UTET, Torino, 1995, *ad vocem*.

Hazen, T.L.: "Filling a Regulatory Gap: It is Time to Regulate Over-the-Counter Derivatives", *North Carolina Banking Institute*, 2009, vol. 13, p. 123 s.

Heber, C., Sternberg, C.: "Over-the-Counter Derivative Markets in the Light of EMIR Clearing Obligations and the Financial Transaction Tax", *Derivatives & Financial Instruments*, 2014, pp. 107-116.

Huizinga, J.: *Homo ludens*, il Saggiatore, Milano, 1967.

Imbruglia, D.: "Derivati, *Up Front* ed enti locali: la parola alle Sezioni Unite", *Giur. It.*, 2020, 1, pp. 71 ss.

Imbruglia, D.: "La creazione razionale dell'alea nei derivati OTC e la nullità dello swap per vizio di causa", *Persona e mercato*, 2014, pp. 332-347.

Inzitari, B.: "Swap (contratto di)", *Contratto e Impresa*, 1988, pp. 597 ss.

Irrera, M.: "Swaps", *Dig. Disc. Priv.- sez. commerciale*, UTET, Torino, 1998, *ad vocem*.

Irti, N.: *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016.

Irti, N.: "Itinerari del negozio giuridico", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 1978, pp. 395-420.

Irti, N.; "Oggetto del negozio giuridico", *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, Torino, 1965, pp. 799-806.

James, A.: "The distinctive significance of systemic risk", *Ratio Juris*, 2017, vol. 30, pp. 239-258.

Johnson, C.A.: "An Apologia for the Use of Over-the-counter Derivatives", *Banking Law Journal*, 1999, 116, pp. 833-842.

Kambhu, J., Weidman, S., Krishnan, N.: *New Directions for Understanding Systemic Risk. A Report on a Conference Cosponsored by the Federal Reserve Bank of New York and the National Academy of Sciences*, The National Academies Press, Washington D.C., 2007.

Knight, F.H.: *Rischio, incertezza e profitto*, La Nuova Italia, Firenze, 1960.

Kronman, A.T.: *"Contract Law and Distributive Justice", The Yale Law Journal*, 1980, vol. 89, pp. 472-511.

Lener, A.: "Ecologia, persona, solidarietà: un nuovo ruolo del diritto civile", in AA.VV.: *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona* (a cura di N. Lipari), Laterza, Roma-Bari, 1974, pp. 333-348.

Lonardo, L.: *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, ESI, Napoli, 1993.

Maffeis, D.: "L'ufficio di diritto privato dell'intermediario e il contratto derivato *over the counter* come scommessa razionale, in AA.VV.: Swap *tra banche e clienti. I contratti e le condotte* (a cura di D. Maffeis), Giuffrè, Milano, 2014, pp. 3-32.

Maffeis, D.: "Contratti derivati", *Dig. Disc. Priv.*, UTET, Torino, 2010, *ad vocem*.

Maffeis, D.: "Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere", *I Contratti*, 2008, núm. 4, pp. 403-410.

Maggiolo, M.: "Nessun derivato è un'isola (il servizio di consulenza nella negoziazione di derivati OTC)", in AA.VV.: Swap *tra banche e clienti. I contratti e le condotte* (a cura di D. Maffeis), Giuffrè, Milano, 2014, pp. 264-288

Mattei U., Quarta A.: *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato*, Aboca edizioni, San Sepolcro, 2018.

May, R.M., Levin, S.A., Sugihara, G.: "Ecology for bankers", *Nature*, 2008, vol. 451, pp. 893-895.

Messineo, F.: "Contratto collegato", *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol. X, 1962, *ad vocem*.

Minneci, U.: "L'operatività in IRS: tra causa tipica, causa concreta e obbligo di servire al meglio l'interesse del cliente", in AA.VV.: Swap *tra banche e clienti. I contratti e le condotte* (a cura di D. Maffeis), Giuffrè, Milano, 2014, pp. 153-170.

Monterossi, M.W.: *L'orizzonte intergenerazionale del diritto civile. Tutela, soggettività, azione*, ETS, Pisa, 2020.

Natoli, R.: "Tutto ciò che è reale, se non è razionale, è nullo: ma quanto è reale la razionalità pretesa dalle sezioni unite?", www.dirittobancario.it, reperibile online.

Navarretta, E.: "L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2014, pp. 589-647.

Nicolò, R.: "Alea", *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol. I, 1958, *ad vocem*.

Nigro, A.: "Crisi finanziaria, banche, derivati", *Riv. della banca e del mercato finanziario*, 2009, pp. 13-20.

Nivarra, L.: "Il disordine delle fonti e l'ordine del diritto", *Rivista critica del diritto privato*, 2021, núm. 1, pp. 151-159.

Orestano, R., "Diritti soggettivi e diritti senza soggetto", in Orestano, R., *Azione diritti soggettivi persone giuridiche*, il Mulino, Bologna, 1978, pp. 115-189.

Pagliantini, S.: "Dopo le S.U. 8770/2020: i derivati (della P.A.?) ed il paradosso di San Pietroburgo", *Rivista di diritto bancario*, 2020, pp. 123-141.

Pagliantini, S.: "I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela: quid noctis?", *Persona e mercato*, 2015, pp. 24-36.

Pagliantini, S.: "I costi impliciti nei derivati fra trasparenza e causa (ovvero quando *nomina non sunt consequentia rerum*)", in AA.VV.: Swap *tra banche e clienti. I contratti e le condotte* (a cura di D. Maffeis), Giuffrè, Milano, 2014, pp. 210-250.

Pavlov, A.D., Wachter, S.M.: "Systemic Risk and Market Institutions", *Yale Journal on Regulation*, 2009, vol. 26, pp. 445-456.

Perlingieri, G., Zarra, G.: *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, ESI, Napoli, 2018.

Pino, A.: "Il giuoco e scommessa e il contratto aleatorio", in AA.VV.: *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, Giuffrè, Milano, 1972, vol. III, pp. 775-791.

Pistor, K.: "On the Theoretical Foundations for Regulating Financial Markets", *Columbia Law School Public Law & Legal Theory Working Paper No. 12-304*, 2012, consultabile online.

Preite, D.: "Recenti sviluppi in tema di contratti differenziali semplici (in particolare *caps*, *floors*, *swaps*, *index futures*", *Dir. Comm. Intern.*, 1992, pp. 171-192.

Pretto, A.: "Strumenti finanziari: la nuova proprietà", *Rivista critica del diritto privato*, 2000, pp. 669 ss.

Reinhart, C.M., Rogoff, K.S.: *Questa volta è diverso. Otto secoli di follia finanziaria*, il Saggiatore, Milano, 2010.

Rodotà, S.: *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969.

Romano, Salv.: "La distinzione tra diritto pubblico e privato (e suoi riflessi nella configurazione dell'ufficio notarile)", in Romano, Salv.: *Scritti minori*, Giuffrè, Milano, vol. 3, 1980, pp. 1091-1147.

Roppo, V.: "Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito", *Rivista di diritto civile*, 2013, pp. 957-988.

Roppo, V.: "La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf", *Danno e Responsabilità*, 2008, núm. 5, pp. 536-546.

Roppo, V.: "La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'*ambaradan* dei rimedi contrattuali)", *Contratto e Impresa*, 2005, pp. 896-910.

Rossi, F.: "Profili giuridici del mercato degli *swaps* di interessi e di divise in Italia", *Banca Borsa Titoli di Credito*, 1993, pp. 602-627.

Sacco, R.: "Causa", *Dig. disc. priv.*, UTET, Torino, 2014, *ad vocem*.

Sacco, R.: "Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law", *The American Journal of Comparative Law*, 1991, vol. 39, pp. 1-34 e 343-401.

Sacco, R., De Nova, G.: *Il contratto*, UTET, Torino, 2016.

Salvatore, D.: *La finanza internazionale sul finire del secolo*, Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio, Arezzo-Montepulciano, 1998.

Santoro Passarelli, F.: *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1983.

Sartori, F.: "Contratti derivati e sezioni unite: tutela dell'efficienza e dell'integrità del mercato", www.dirittobancario.it, reperibile online.

Sartori, F.: "Divagazioni in tema di causa del contratto municipale (alieno) derivato", *Rivista di diritto privato*, 2013, núm. 4, pp. 501-521.

Schlesinger, P.: "La globalizzazione nel sistema finanziario", *Persona e mercato*, 2011, pp 245-250.

Schwarcz, S.L.: "Systemic Risk", *Georgetown Law Journal*, 2008, vol. 97 (1), pp. 193-250.

Scognamiglio, R.: "Collegamento negoziale", *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol. VII, 1960, *ad vocem*.

Sordi, B.: *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, il Mulino, Bologna, 2020.

Spada, P.: "Codice civile e diritto commerciale", *Rivista di diritto civile*, 2013, núm. 2, pp. 331-342.

Stout, L.A.: "Derivatives and The Legal Origin of The 2008 Credit Crisis", *Harvard Business Law Review*, 2011, vol. 1, p. 1-38.

STOUT, L.A.: "Regulate OTC Derivatives By Deregulating Them", *Regulation*, 2009-2010, vol. 32, pp. 30-33.

STOUT, L.A.: "Why the Law Hates Speculators: Regulation and Private Ordering in the Market for OTC Derivatives", *Duke Law Journal*, 1999, vol. 48, pp. 701-786.

STRANGE, S.: *Denaro impazzito. I mercati finanziari: presente e futuro*, Edizioni di Comunità, Torino, 1999.

SUNSTEIN, C. R.: "Irreversible and catastrophic", *Cornell Law Review*, 2006, vol. 91(4), pp. 841-898.

TERNA, P.: "Regolatori distratti, regole sfocate e rischio sistemico", *Sistemi intelligenti*, 2009, 2, pp. 285-291.

THOMAS, Y., CHIFFOLEAU, J.: *L'istituzione della natura*, Quodlibet, Macerata, 2020.

TREBILCOCK, M.J.: *The Limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, Cambridge, 1993.

TUCCI, A.: "I contratti derivati degli enti locali dopo le Sezioni Unite", *Giur. It.*, 2020, núm. 11, pp. 2397 ss.

TUCCI, A.: "La negoziazione degli strumenti finanziari derivati ed il problema della causa in concreto", *Banca borsa titoli di credito*, 2013, pp. 69 ss.

VALSECCHI, E.: "Giuochi e scommesse (dir. civ.)", *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1970, vol. XIX, *ad vocem*.

VASSALLI, F.: "La pretesa nullità dei contratti differenziali e i contratti differenziali su divise", in VASSALLI, F.: *Studi Giuridici. Volume II*, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 143-156.

VASSALLI, F.: "Estrastatualità del diritto civile", in AA.VV.: *Studi in onore di Antonio Cicu*, Giuffrè, Milano, 1951, vol. II, pp. 481-490.

WEBER, M.: "Central Counterparties in the OTC Derivatives Market from the Perspective of the Legal Theory of Finance, Financial Market Stability and the Public Good", *Eur. Bus. Org. Law Review*, 2016, pp. 71-103.

ZOPPINI, A.: *Il diritto privato e i suoi confini*, il Mulino, Bologna, 2020.

LA SOSTENIBILITÀ DEI RIMEDI CONSUMERISTICI NELLA DIRETTIVA 771/2019/UE E OLTRE

THE SUSTAINABILITY OF CONSUMER REMEDIES IN DIRECTIVE 771/2019/EU AND BEYOND

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 354-371

Daniele
IMBRUGLIA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Lo sviluppo sostenibile è al centro dell'agenda. Stati, istituzioni internazionali e attori privati sono impegnati nell'Agenda 2030 e nei suoi obiettivi. Uno dei compiti più importanti è l'implementazione di un consumo sostenibile. In questo contributo, si tratterà di verificare come il diritto dei consumatori possa aiutare a raggiungere questo obiettivo.

PALABRAS CLAVE: Sviluppo sostenibile; Diritto dei consumi; Rimedi; Contratti.

ABSTRACT: *Sustainable Development is at the center of today agenda. States, international institutions as well as private actors are focused on Agenda 2030 and its goals. One of the most fundamental task is the achieving of a more sustainable consumption. In this essay, I will give example of how to combine consumer law with this crucial goal.*

KEY WORDS: *Sustainable development; consumer law; remedies; contract.*

SUMARIO.- I. I RIMEDI SOSTENIBILI TRA DIRETTIVE, RISOLUZIONI E LEGGI NAZIONALI.- II. LA DISCIPLINA SULLA CONFORMITÀ DEL BENE, IL REQUISITO DELLA DURABILITÀ E IL RUOLO DELLE DICHIARAZIONI NELLA DIRETTIVA 771/2019/UE.- III. IL DIRITTO ALLA RIPARAZIONE PER DIFETTO DI CONFORMITÀ DEL BENE NELLA DIRETTIVA 771/2019/UE.- IV. INFORMAZIONI E GARANZIE SOSTENIBILI NELLA RISOLUZIONE 2020/2021 DEL PARLAMENTO EUROPEO.- V. LA DURATA DEL BENE NELLA RISOLUZIONE 2020/2021 DEL PARLAMENTO EUROPEO.- VI. LA RIPARAZIONE DEL BENE NELLA RISOLUZIONE 2020/2021 DEL PARLAMENTO EUROPEO.- VII. IL RIUTILIZZO DEL BENE NELLA RISOLUZIONE 2020/2021 DEL PARLAMENTO EUROPEO.- VIII. LA LEGGE FRANCESE PER LA LUTTE CONTRE LE GASPILLAGE ET À L'ÉCONOMIE CIRCULAIRE.- IX. VERSO UN DIRITTO DEL CONSUMO SOSTENIBILE.

I. I RIMEDI SOSTENIBILI TRA DIRETTIVE, RISOLUZIONI E LEGGI NAZIONALI.

Nonostante l'ampio consenso della comunità scientifica circa il ruolo che il diritto dei consumatori può svolgere nella regolazione del mercato unico in senso sostenibile[1] e malgrado l'imposizione nei trattati di un dovere per il legislatore di realizzare l'obiettivo dello sviluppo sostenibile e quindi dell'instaurazione di un mercato sostenibile, chi oggi muove alla verifica delle tutele vigenti dal punto di vista del mercato sostenibile trova un quadro di luci e di ombre, certamente meno soddisfacente rispetto ad altri discorsi che pure caratterizzano l'attuale agenda euro-unitaria[2]. Per averne contezza, nel prosieguo si analizzeranno due aspetti, l'uno positivo (§2) e l'altro negativo (§3), della disciplina dei rimedi contenuti nella recente direttiva relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni

1 Tra numerosi recenti contributi in tema di diritto privato sostenibile, fuori da una prospettiva consumeristica, si segnala Capra, F., Mattei, U.: *The Ecology of Law. Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Berrett-Koehler Publishers, Oakland, 2015; Pennasilico, M.: "Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto", *Pers. merc.*, 2015, 37; Id.: "Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale", *Giust. civ.*, 2017, p. 809; Poncibò, C.: "The Contractualisation of Environmental Sustainability", *Europ. Rev. Contr. Law*, 2016, p. 335; Akkermans, B.: "Sustainable Property Law – Towards a Revaluation of Our System of Property Law", in *Sustainability and Private Law* (B. Akkermans, G. van Dijck eds.), Eleven International Publishing, Den Haag, 2019, p. 37; Capaldo, G.: "Linee evolutive in tema di soggetti per una società sostenibile", *Pers. merc.*, 2020, p. 334; Sjiafiell, B., Bruner, C.M.: *The Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.

2 *Ex multis*, Micklitz, H.: "Epilogue – New Directions, but Which Ones?", in, *New Directions in European Private Law* (T. Tridimas, M. Durovic eds), Hart, Oxford-New York, 2021: "*So far there is a deep gulf between conventional European private law driven by the Internal and Digital Market rhetoric and the political agenda on sustainability*". Per un chiaro quadro del nesso tra la sostenibilità e il digitale, *vid.* Floridi, L.: *Il verde e il blu*, Raffaello Cortina editore, Milano, 2020.

• Daniele Imbruglia
Ricercatore in diritto privato, Dipartimento di diritto ed economia delle attività produttive, Università di Roma La Sapienza. daniele.imbruglia@uniroma1.it.

(771/2019/UE)[3]. In un secondo momento si darà conto della recente risoluzione del Parlamento Europeo (§4) e quindi di una legge francese (§8): entrambi questi atti restituiscono una maggiore sensibilità al tema dello sviluppo sostenibile e forniscono un modello per possibili sviluppi futuri. Come si dirà nelle conclusioni (§9), infatti, non appare dubbio che il prossimo diritto dei consumatori sarà teso alla implementazione degli obiettivi di sostenibilità di cui all'agenda 2030.

II. LA DISCIPLINA SULLA CONFORMITÀ DEL BENE, IL REQUISITO DELLA DURABILITÀ E IL RUOLO DELLE DICHIARAZIONI NELLA DIRETTIVA 771/2019/UE.

La direttiva relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni (771/2019/UE), come noto, ha modificato la disciplina sulla conformità del bene compravenduto, prevedendo, in luogo del complicato sistema di presunzioni di cui all'art. 2 della direttiva 1999/44/CE, due distinti profili di conformità, l'uno, definito soggettivo (art. 6, dir. 771/2019/UE) e, l'altro, oggettivo (art. 7)[4]. Orbene, dal punto di vista della sostenibilità, viene in sicuro rilievo la lettera d) di tale ultima disposizione e, quindi, il riferimento alla durabilità quale requisito oggettivo di conformità, di guisa che il venditore è obbligato a fornire al consumatore (art. 5) un bene che possegga la durabilità normale "in un bene del medesimo tipo e che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi" (art. 7.1.d.). Peraltro, se l'inserimento della "aspettativa di vita media che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi" tra i requisiti di conformità del bene rappresenta l'effetto certo della disposizione[5],

3 Direttiva (UE) 2019/771 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE, e che abroga la direttiva 1999/44/CE. Sulla direttiva, *vid*. i contributi di De Cristofaro, G.: "Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari b-to-c: l'attuazione della dir. Ue 2019/771", *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 205; Bertelli, F.: "L'armonizzazione massima della direttiva 2019/771UE e le sorti del principio di maggior tutela del consumatore", *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 953; Pagliantini, S.: "Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. UE 2019/771", *Giur. it.*, 2020, p. 217; Addis, F.: "Spunti esegetici sugli aspetti dei contratti di vendita di beni regolati nella nuova direttiva (UE) 2019/771", *Nuovo dir. civ.*, 2020, p. 5; Ferrante, E.: "La direttiva 19/771/UE in materia di vendita al consumo: primi appunti", in *Annuario del contratto*, 2018, Torino, 2019, p. 23; Quarta, F.: "Per una teoria dei rimedi nel consumo etico. La non conformità sociale dei beni tra vendita e produzione", *Contr. impr.*, 2021, p. 523. Un giudizio negativo sulla mancata attenzione ai profili della sostenibilità proprio della direttiva, che entrerà in vigore a decorrere dal 1 gennaio 2022, è espresso, tra gli altri, da Van Gool, E., Michel, A.: "The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: a Critical Analysis", http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3732976, e da Mak, V., Terryn, E.: "Circular Economy and Consumer Protection,: The consumer as a citizen and the limits of empowerment through consumer law", *J. Cons. Pol*,, 2020, p. 236 ("*the Consumer Sales Directive 2019 does not provide a substantial improvement in terms of sustainability*").

4 Diffuso giudizio positivo su tale novità: *ex multis*, Addis, F.: "Spunti esegetici", cit., p. 19, seguito da De Cristofaro, G.: *Verso la riforma*, cit., p. 222. Per una condivisibile lettura della rinnovata disciplina della non conformità, attenta agli inderogabili diritti fondamentali, *vid*. Quarta, F.: *Per una teoria dei rimedi nel consumo etico*, cit., p. 535.

5 Addis, F.: "Spunti esegetici", cit., p. 19. Sul punto, *vid*. altresì il Cons. 32, direttiva 771/2019, dove si legge che "assicurare una maggiore durabilità dei beni è importante per raggiungere modelli di consumo più sostenibili e un'economia circolare. (...) Nella presente direttiva, la durabilità dovrebbe riferirsi alla capacità dei beni di mantenere le loro funzioni e prestazioni richieste in condizioni di uso normale. Per essere conformi, i beni dovrebbero possedere la durabilità considerata normale per beni del medesimo tipo e che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura dei beni specifici, inclusa l'eventuale necessità di una manutenzione ragionevole dei beni, come l'ispezione periodica o il cambio dei

altra dottrina, in via interpretativa, ritiene che il medesimo riferimento (durabilità) arrivi a ricomprendere anche la riparabilità[6].

Inoltre, sempre dal punto di vista del mercato sostenibile, è interessante osservare come, tra gli elementi che concorrono alla formazione dell'aspettativa sulla durabilità del bene, la direttiva 2019/771 ricomprenda anche le "dichiarazioni pubbliche fatte dal o per conto del venditore, o da altre persone nell'ambito dei passaggi precedenti della catena di transazioni commerciali, compreso il produttore, in particolare nella pubblicità o nell'etichetta" (art. 7.1.d.)[7]. Tale inciso, si sostiene[8], potrebbe fornire una base legale per il contrasto al greenwashing ulteriore e diversa da quella sinora seguita, rappresentata dalla riconduzione di dichiarazioni sostenibili (c.d. environmental claims, green claims, etc.) fuorvianti nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette[9].

Ove si dovesse aderire a questa condivisibile lettura, il fatto della distanza tra la sostenibilità del bene compravenduto rispetto alle dichiarazioni sostenibili rese precedentemente all'acquisto rileva come violazione non soltanto del divieto di pratiche commerciali sleali (art. 5, dir. 2005/29/CE) ma altresì del distinto obbligo di fornire al consumatore beni conformi (art. 5, dir. 2019/771/UE). Il risultato concreto di questa diversa qualificazione del c.d. greenwashing si coglie sul piano delle tutele, giacché esso consente l'utilizzo di rimedi individuali previsti per la consegna del bene non conforme (art. 13 dir. 2019/771/UE, *vid.* infra) e, così facendo, consente sia di ovviare ai limiti di tutela sottesi alla disciplina (nazionale) delle pratiche commerciali scorrette[10] sia di andare nella direzione del nuovo art. 11 bis della direttiva 2005/29/CE[11]. Tutto ciò è particolarmente significativo dal

filtri in un'automobile, e delle dichiarazioni pubbliche fatte da o per conto di persone che costituiscono un passaggio nella catena di transazioni commerciali".

6 In questo senso, Pagliantini, S.: "Contratti di vendita di beni", cit., p. 231 nonché Van Gool, E., Michel, A.: "The New Consumer Sales Directive", cit., p. 5. Anche a non voler ritenere possibile questa strada che, in modo condivisibile, lega durabilità e riparabilità, a tale ultimo risultato (riparabilità come requisito di conformità) si potrebbe peraltro giungere valorizzando il riferimento contenuto nella disposizione a "altre caratteristiche".

7 *Vid*., ancora, il Cons. 32, dir. 2019/771 "La valutazione dovrebbe altresì tener conto di tutte le altre circostanze pertinenti, quali il prezzo dei beni e l'intensità o la frequenza con cui il consumatore usa i beni. Inoltre, nella misura in cui una dichiarazione precontrattuale che forma parte integrante del contratto contiene informazioni specifiche sulla durabilità, il consumatore dovrebbe potervi fare affidamento quale parte dei requisiti soggettivi di conformità". Più in generale sull'argomento delle dichiarazioni di sostenibilità *vid*. Bertelli, F.: "I Green Claims tra diritti del consumatore e tutela della concorrenza", *Contr. Impr.*, 2021, p. 286.

8 Van Gool, E., Michel, A.: "The New Consumer Sales Directive", cit., cit. p. 6.

9 *Vid*. i procedimenti AGCM, PS/4026; PI/2486; PS/6302; PS/10211; PS/8438; PS/1038; PS/7235; PS/11400 (tutti disponibili in www.agcm.it/). Sul fenomeno del *greenwashing* nell'esperienza statunitense, Nehf, J.P.: "Regulating Green Marketing Claims in the United States", in AA. VV.: *Sustainable Consumption* (A. Do Amaral jr, L. de Almeida, L. Klein Vieira eds), Springer, Berlin, 2020, p. 189.

10 Su detti limiti, *vid*. Bertelli, F.: "I Green Claims", cit., p. 300. In prospettiva più generale, Granelli, C.: "Pratiche commerciali scorrette: le tutele", *Enc. Dir., I tematici – Il contratto*, 2021, p. 825.

11 Come noto, l'art. 3.5 della direttiva 2019/2161/UE ha modificato la direttiva 2005/29/CE, prevedendo l'inserimento in tale ultima direttiva dell'art. 11 *bis*, rubricato rimedi, che riconosce rimedi individuali: "I consumatori lesi da pratiche commerciali sleali devono avere accesso a rimedi proporzionati ed effettivi,

punto di vista della sostenibilità. La lettura della dichiarazione di sostenibilità come parametro di conformità idoneo a consentire l'invocazione dei rimedi ex art. 13 dir. 2019/771/UE apre, infatti, al rimedio sostenibile per eccellenza, ossia quello riparatorio[12].

In conclusione, l'art. 7 dir. 2019/771/CE innova lo statuto dell'informazione al consumatore: nel prisma della sostenibilità, l'informazione transita dal piano delle tutele contro l'asimmetria informativa a quello della conformità, divenendo una sorta di promessa che obbliga il venditore che la ha resa a fornire un bene con essa conforme.

III. IL DIRITTO ALLA RIPARAZIONE PER DIFETTO DI CONFORMITÀ DEL BENE NELLA DIRETTIVA 771/2019/UE.

A fronte di posizioni che muovono in linea con il carattere sostenibile che i trattati impongono al mercato unico, altre discipline risultano ancora distanti da una consimile conformazione del mercato. Ad esempio, e sempre nell'ambito della direttiva 2019/771/UE, si può fare riferimento alla disciplina prevista in punto di diritto alla riparazione. Secondo l'art. 13, in caso di difetto di conformità del bene, il consumatore ha diritto al ripristino della conformità del bene, o, in subordine, a ricevere una riduzione proporzionale del prezzo, o alla risoluzione del contratto[13]. Ai fini del rimedio c.d. primario (ripristino della conformità del bene), l'art. 13.2 della direttiva 2019/771/UE afferma che il consumatore può scegliere tra riparazione e sostituzione. La disposizione poi chiarisce che il venditore è obbligato ad eseguire il ripristino della conformità secondo il metodo scelto dal consumatore (riparazione o sostituzione) a meno che questo non presenti costi sproporzionati, considerando anche il valore del bene in assenza del difetto, l'entità di tale difetto e la possibilità per il consumatore di esperire il rimedio alternativo[14].

compresi il risarcimento del danno subito dal consumatore e, se pertinente, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto. Gli Stati membri possono stabilire le condizioni per l'applicazione e gli effetti di tali rimedi. Gli Stati membri possono tener conto, se del caso, della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito dal consumatore e di altre circostanze pertinenti. 2.Detti rimedi non pregiudicano l'applicazione di altri rimedi a disposizione dei consumatori a norma del diritto dell'Unione o del diritto nazionale". Sul punto, Granelli, C.: "Pratiche commerciali scorrette", cit., pp. 837-838.

12 Van Gool, E., Michel, A.: *The New Consumer Sales Directive*, cit. p. 6.

13 Sull'art. 13 della direttiva 2019/771, *vid*. De Cristofaro, G.: "Verso la riforma della disciplina delle vendite", cit., p. 228; Sartoris, C.: "La risoluzione della vendita di beni di consumo nella dir. 771/2019 UE"*, NGCC*, 2020, p. 702; Pagliantini, S.: "Contratti di vendita di beni", cit., p. 230; Addis, F.: "Spunti esegetici", cit., p. 20; Ferrante, E.: "La direttiva 19/771/UE", cit., p. 44.

14 Non pare superfluo osservare come, nella letteratura italiana che si è occupata della disciplina sulla riparazione, vi sia più attenzione critica rispetto a certe lacune della normativa che alla sua ridotta effettività in termini di mercato sostenibile. Ad esempio, è diffuso il rilievo circa il fatto che né l'art. 13 né il successivo contengano indicazioni in merito al luogo della riparazione/sostituzione e alla responsabilità del venditore una volta riparato/sostituito il bene (in luogo di tanti, De Cristofaro, G.: "Verso la riforma della disciplina delle vendite", cit., p. 230, il quale giustamente sottolinea come tali silenzi mal si coniughino con la scelta dell'armonizzazione massima che caratterizza la direttiva 771/2019).

Orbene, dal punto di vista della sostenibilità, due sono gli aspetti più criticati della disciplina che sostanzialmente ripete quanto previsto all'art 3 della precedente direttiva 1999/44/CE[15] (nonché dai principali testi di armonizzazione[16]). Innanzitutto, si contesta la mancata gerarchizzazione dei rimedi idonei al ripristino della conformità del bene[17]. Come già nel quadro precedente e che però risaliva a più dieci anni prima del Trattato di Lisbona e dell'affermazione dello sviluppo sostenibile quale obiettivo del mercato unico, il consumatore resta libero di scegliere tra riparazione e sostituzione e non è prevista una preferenza per la prima soluzione e, ciò, nonostante il fatto che questa (repair) sia "a inherently sustainable remedy"[18]. Peraltro, oltre a non avere previsto una preferenza della riparazione rispetto alla sostituzione, il legislatore europeo, in modo forse inconsapevole, ha addirittura ridotto gli spazi del ripristino della conformità (e, quindi, quelli della possibile riparazione), introducendo delle ipotesi in cui il difetto di conformità fa sorgere per il consumatore il diritto di chiedere direttamente la riduzione proporzionale del prezzo in conformità o la risoluzione del contratto di vendita (art. 13.4, dir. 2019/771/UE). In secondo luogo, resta valida l'obiezione sollevata con riferimento alla precedente normativa e che lamentava come nel test di proporzionalità previsto dalla disciplina a beneficio del venditore (art. 13, para 2 e 3) non vi fosse alcun riferimento alle conseguenze ambientali, le quali, dunque, tuttora "do not seem to play any role in the balancing exercise"[19].

In conclusione, anche considerato il ruolo che il rimedio in esame gioca nella instaurazione di un mercato sostenibile, la circostanza per cui la relativa disciplina sia così poco capace di rendere la riparazione il rimedio prioritario lascia delusi e perplessi.

15 Sull'art. 3 della direttiva 1999/44, *vid*., per tutti, Barenghi, A.: *Diritto dei consumatori*, Wolter Kluwers, Milano, 2020, p. 342. Per una esatta critica a quella disciplina – che si ripete sostanzialmente identica in quella descritta nel testo e affermata oggi dall'art. 13 dir. 771/2019 – *vid*. Maitre-Ekern, E., Dalhammar, C.: "Towards a hierarchy of consumption behaviour in the circular economy", *Maastricht Journal of Europ. Comp. Law*, 2019, p. 419.

16 PICC 7.2.3; PECL 9:102, Comment C; DCFR III.-3:302, Comment C.

17 Terryn, E.: "A Right to Repair? Towards Sustainable Remedies in Consumer Law", *Eur. Rev. Priv. Law*, 2019, p. 857, la quale osserva come la mancata gerarchizzazione dei rimedi in favore della riparazione strida con la consapevolezza - espressa al cons. 48 della dir. 771/2019 - del legislatore europeo circa le virtù della riparazione stessa (lì, infatti, si legge che "Il fatto di consentire al consumatore di chiedere la riparazione dovrebbe incoraggiare un consumo sostenibile e contribuire a una maggiore durabilità dei prodotti").

18 Van Gool, E., Michel, A.: *The New Consumer Sales Directive*, cit., p. 14.

19 Terryn, E.: *A Right to Repair?*, cit., p. 856. A tal proposito, particolarmente diffuso nella letteratura che si è occupata dell'argomento è il riferimento a una decisione della Corte Suprema norvegese che ha ritenuto giustificato il rifiuto del venditore di sostituire degli stivali, rilevando che la riparazione dei tacchi rotti era da preferire in quanto rimedio più attento ad ambiente e ciò anche considerato come l'inesistenza di un mercato di *second-hand* per le scarpe avrebbe fatto si che quelle rotte (ma riparabili) sarebbero divenute dei rifiuti (Høyesterett, 17 febbraio, 2006, Rt 2006, s. 179, disponibile in www.tauboll.no.).

IV. INFORMAZIONI E GARANZIE SOSTENIBILI NELLA RISOLUZIONE 2020/2021 DEL PARLAMENTO EUROPEO.

In tempi recenti e in particolare successivamente alla crisi pandemica, le istituzioni euro-unitarie sembrano avere recepito le critiche provenienti dalla letteratura e avere preso più sul serio l'obiettivo, affermato nei trattati, di instaurazione di un mercato unico sostenibile[20]. Per avere contezza di questo cambio di passo, si può muovere dall'esame della citata risoluzione del Parlamento europeo 2020/2021, che fornisce un chiaro esempio del ruolo che il diritto privato ricopre nella instaurazione di un simile mercato e che intende fornire delle indicazioni per la preannunciata revisione della direttiva 2019/771/UE. Sin dal primo considerando, quella risoluzione si pone in linea con il discorso dello sviluppo sostenibile: in esso, infatti, si legge che "di fronte alla scarsità delle risorse naturali e all'aumento dei rifiuti, è imperativo introdurre modelli sostenibili di produzione e consumo che tengano conto dei limiti del pianeta, dando la priorità a un utilizzo più efficace e sostenibile delle risorse"[21]. Nel successivo testo, la strategia che il Parlamento europeo suggerisce alla Commissione per l'instaurazione di un mercato unico sostenibile fa leva su diversi aspetti, come la durabilità, la riparabilità e la riutilizzabilità dei prodotti, i quali interessano il diritto dei contratti a più riprese[22].

Come si vedrà immediatamente, due sono gli istituti privatistici più coinvolti: le garanzie e le informazioni. Per quanto riguarda le prime, la sostenibilità rileva nella misura in cui a periodi di garanzia più lunghi corrispondono beni di maggiore durata. Per ciò che concerne le seconde, l'assunto – tipico della regolazione del mercato – è quello per cui al fine dell'instaurazione di un mercato sostenibile, caratterizzato da una gestione efficiente delle risorse, sia necessario porre il

20 Anche in letteratura, è diffuso il rilievo che guarda alla crisi pandemica in corso come un'occasione per ripensare le "fondamenta dei rapporti obbligatori e contrattuali che spesso non trovano più nei codici punti di riferimento adatti ai tempi" (così, Vettori, G.: "Persona e mercato ai tempi della pandemia", *Pers. merc.*, 2020, p. 23). Tra i tanti, sul punto *vid.* Grisi, G.: "La lezione del coronavirus", 11.5.2020, *www.amministrazioneincammino.luiss.it*; Di Raimo, R.: "La discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda", 9.4.2020, *giustiziacivile.com*; Macario, F.: "Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"", 17 marzo 2020, *ivi*; Micklitz, H.: "The COVID-19 Threat: An Opportunity to Rethink the European Economic Constitution and European Private Law", *Eur. Journ. Risk Reg.*, 2020, p. 249.

21 Cons. A, risoluzione 2020/2021. Nei considerando, il Parlamento espone i principi di fondo della propria strategia verso un mercato unico sostenibile. In primo luogo, si insiste sull'importanza della ricerca quale momento che consenta la concreta introduzione di prodotti sostenibili e che al contempo crei posti di lavoro e opportunità per le imprese. In secondo luogo, il Parlamento insiste sulla importanza di attivare finanziamenti che mobilitino risorse nella direzione della sostenibilità. In terzo luogo, si invita la Commissione a adottare un approccio differenziato e non standardizzato per tutti i prodotti. Inoltre, nei considerando si insiste a più riprese sulla essenzialità di informazioni chiari sulla sostenibilità dei prodotti e sulla conoscenza da parte dei consumatori dei propri strumenti di tutela. Tale ultimo aspetto è particolarmente rimarcato agli artt. 8 e 9 della citata risoluzione.

22 Il riferimento alla durabilità, riparabilità e riutilizzabilità dei beni di consumo rivela la scelta del legislatore eurounitario di procedere alla costruzione di un mercato sostenibile realizzando i principi dell'economia circolare, ossia quella "*restorative and regenerative by design, and which aims to keep products, components and materials at their highest utility and value at all times, distinguishing between technical and biological cycles*" (*Towards a circular economy: business rationale for an accelerated transition*, 2015, p. 5, disponibile in www.ellenmacarthurfoundation.org).

consumatore nelle condizioni di valutare un prodotto anche ponendo a mente la sua durata prevista e la sua riparabilità. Oltre a quanto si dirà, si tenga presente che tale collegamento è particolarmente delicato in relazione alla diffusa pratica di ossia a quelle dichiarazioni ingannevoli rese in materia ambientale (greenwashing)[23]. Consapevole della notevole frequenza con cui i consumatori ricevono dichiarazioni fuorvianti sulle caratteristiche ambientali dei prodotti e dei servizi, sia online che offline, il Parlamento suggerisce, per un verso, un monitoraggio efficace delle dichiarazioni ambientali presentate dai produttori e dai distributori prima dell'immissione sul mercato di un prodotto o servizio sia effettuato (art. 30, ris. 2020/2021) e, per altro verso, un rafforzamento delle certificazioni del marchio di qualità ecologica (art. 31, ris. 2020/2021). Come si vede, si tratta di una disciplina che va ad aggiungersi a quella desumibile dall'art. 7 dir. 2019/771/UE (supra, §5.1).

V. LA DURATA DEL BENE NELLA RISOLUZIONE 2020/2021 DEL PARLAMENTO EUROPEO.

Il tema della durata del prodotto è articolato sempre in relazione alla c.d. vita prevista del bene. Nell'impostazione suggerita dal Parlamento, tra le informazioni precontrattuali che occorre fornire al consumatore vi sono anche quelle relative alla durata di vita prevista, la quale deve essere espressa in anni e/o cicli di utilizzo ed essere determinata prima dell'immissione del prodotto sul mercato attraverso una metodologia oggettiva e standardizzata, basata tra l'altro sulle condizioni reali di utilizzo, sulle differenze in termini di intensità di utilizzo e su fattori naturali (art. 6, lett. a), ris. 2020/2021). In linea con la tradizione euro-unitaria in materia di scambio informativo[24], il Parlamento si sforza di chiarire che tali informazioni dovrebbero essere fornite in modo chiaro e comprensibile, per evitare di confondere i consumatori e di sovraccaricarli di informazioni, e che siano considerate come caratteristiche principali del bene (art. 6, lett. a), ris. 2020/2021). Il requisito della standardizzazione e della chiarezza è soddisfatto dai tre strumenti a cui il Parlamento guarda come possibile veicolo per trasmettere le informazioni concernenti alla durabilità del bene: etichettatura, marchio di qualità

23 Cons. V, risoluzione 2020/2021.

24 Sin dalla fondamentale sentenza *Cassis de Dijon*, la giurisprudenza europea ha sottolineato l'essenzialità dello scambio di informazioni precedente alla conclusione dell'accordo quale strumento di regolazione del mercato in senso concorrenziale, preferendolo a interventi più sostanziali (20.2.1979, R*ewe Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung Fuer Brantwein* (C-120/78), §13). Su tale punto, *vid*. i classici lavori di Ramsay, I.: "Framework for regulation of the consumer marketplace", *Journ. Consum. Pol*., 1985, p. 353; Ferri, G.B.: "Il negozio giuridico e la disciplina del mercato", *Riv. dir. comm.*, 1991, p. 725; Grundmann, S.: "L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento", *Eur. dir. priv*., 2001, p. 257; Basedow, J.: "Freedom of Contract in the European Union", *Eur. Rev. Priv. Law*, 2008, p. 901. La storia recente dimostra come uno degli assunti di questa tesi – la capacità del consumatore di utilizzare le informazioni ricevute per formare una decisione efficiente – sia sopravvalutato. In tal senso, *vid*. in luogo di tanti tre classici contributi post-crisi 2008: Avgouleas, E.: "The Global Financial Crisis, Behavioural Finance and Financial Regulation: In Search of a New Orthodoxy", *Journ. Corp. Law Stud*., 2009, p. 59; Ben-Shahar, O., Schneider, C.E.: "The failure of mandated disclosure", *Univ. Penn. Law Rev*., 2011, p. 647; Cherednychenko, O.: "Freedom of Contract in the Post-Crisis Era: Quo Vadis?", *Eur. Rev. Contr. Law*, 2014, p. 390.

ecologica e contatore degli utilizzi (art. 6, lett. a), b), c), d) ris. 2020/2021). Pur nella loro diversità, si tratta di strumenti idonei ad assicurare una informazione immediatamente visibile e facilmente comprensibile[25].

Oltre che sul piano delle informazioni che il consumatore ha diritto di ricevere prima di concludere il contratto, nella risoluzione 2020/2021 la durata di vita prevista del prodotto rileva anche con riferimento al tempo della garanzia legale. La risoluzione, infatti, auspica un allineamento tra la durata dell'una e quell'altra e suggerisce anche l'introduzione di un meccanismo di responsabilità congiunta produttore-venditore nel quadro del regime di garanzia legale (art. 6, lett. e), f), ris. 2020/2021).

Sempre connesso con il tema della durata di vista prevista del prodotto è poi la questione della c.d. obsolescenza programmata, ossia quelle pratiche che riducono effettivamente la durata di vita di un prodotto per aumentarne il tasso di sostituzione e limitare indebitamente la riparabilità dei prodotti, inclusi i software[26]. Sul punto, la strategia normativa proposta dal Parlamento è triplice. In primo luogo, si suggerisce l'individuazione di una definizione comune di detta pratica e la successiva qualifica in termini di pratiche commerciali sleali (dir. 2005/29/CE)[27]. In secondo luogo, con riferimento al tema degli aggiornamenti dei software, si suggerisce di rendere quelli c.d. correttivi (definiti come "aggiornamenti di sicurezza e di conformità) obbligatori per tutta la durata di vita prevista del prodotto e separati da quelli evolutivi, i quali dovrebbero essere sempre reversibili e mai idonei a ridurre le prestazioni dei beni. Infine, il Parlamento immagina un obbligo per il venditore di informare il consumatore circa il periodo di rilascio e l'impatto previsto dei vari aggiornamenti (art. 6, lett. g), risoluzione 2020/2021).

VI. LA RIPARAZIONE DEL BENE NELLA RISOLUZIONE 2020/2021 DEL PARLAMENTO EUROPEO.

Un punto centrale nella strategia volta all'instaurazione di un mercato sostenibile indicata dal Parlamento è poi rappresentato dal c.d. right to repair (diritto alla

25 In tema di etichettatura e tutela del consumatore, *vid.* CGUE, 12.11.2019, C-363/18, *Organisation juive européenne, Vignoble Psagot Ltd contro Ministre de l'Économie et des Finances*. Sul punto, Quarta, F.: "Per una teoria dei rimedi nel consumo etico", cit., p. 532.

26 Per una definizione di obsolescenza programmata *vid.*, l'art. L441-2 del *Code de la consommation* francese: "*Est interdite la pratique de l'obsolescence programmée qui se définit par le recours à des techniques par lesquelles le responsable de la mise sur le marché d'un produit vise à en réduire délibérément la durée de vie pour en augmenter le taux de remplacement*".

27 In tal senso, militano i noti provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che hanno accertato il ricorso a pratiche commerciali scorrette in violazione degli artt. 20, 21, 22 e 24 del Codice del Consumo in relazione al rilascio di alcuni aggiornamenti del *firmware* dei cellulari che hanno provocato gravi disfunzioni e ridotto in modo significativo le prestazioni, in tal modo accelerando il processo di sostituzione degli stessi dispositivi (AGCM, PS/11009 e PS/11039, disponibili in www.agcm.it/). Sulla vicenda, *vid.* i commenti di Giannaccari, A.: "Apple, obsolescenza tecnologica (programmata) e diritti dei consumatori", *Merc. Conc. Reg.*, 2019, p. 149 e D'Ippolito, G., Re, A.: "Obsolescenza programmata - L'Agcm sanziona Apple e Samsung", *Media Laws*, 2019, p. 325.

riparazione). Ancora una volta, la risoluzione 2020/2021 affronta il tema in chiave di informazione. Essa infatti afferma che le informazioni sulla disponibilità dei pezzi di ricambio, sugli aggiornamenti del software e sulla riparabilità del prodotto debbano essere messe a disposizione al consumatore in modo chiaro e facilmente leggibile al momento dell'acquisto. Per informazioni sulla riparabilità del prodotto, il Parlamento intende quelle relative al periodo stimato di disponibilità dalla data di acquisto, al prezzo medio dei pezzi di ricambio al momento dell'acquisto, ai tempi approssimativi raccomandati per la consegna e per la riparazione, alle informazioni sui servizi di riparazione e manutenzione, se del caso. Inoltre, la risoluzione suggerisce alla Commissione di rendere tali informazioni disponibili anche dopo l'acquisto, inserendole nella documentazione relativa al prodotto unitamente a una sintesi dei guasti riscontrati con maggiore frequenza e dei modi per ripararli (art. 10, ris. 2020/2021). Sempre al fine di incentivare la pratica della riparazione, la risoluzione prevede di rendere gratuito per i consumatori e per gli operatori – anche indipendenti – attivi nel settore delle riparazioni l'accesso alle informazioni necessarie per la manutenzione del bene (art. 11, lett. a), ris. 2020/2021) e obbligatorio per i venditori l'informazione circa la possibilità della riparazione (art. 10, lett. e, ris. 2020/2021).

Come per la durata del bene, anche rispetto alla riparabilità il discorso non si esaurisce sul piano degli obblighi informativi. Per far sì che le riparazioni divengano sistematiche, efficienti in termini di costi e allettanti, si suggerisce l'instaurazione di un "diritto alla riparazione" per i consumatori che passi per un quadro articolato di obblighi e di incentivi. Innanzitutto, si prevede la fissazione di un periodo minimo obbligatorio per la fornitura di pezzi di ricambio che rispecchi la durata di vita prevista del prodotto dopo l'immissione sul mercato dell'unità finale, nonché di un periodo massimo per una consegna in tempi ragionevoli del pezzo di ricambio (art. 10, lett. c, ris. 2020/2021). In secondo luogo, si suggerisce di estendere la garanzia del bene oggetto di riparazione e di azzerare quella per i consumatori che preferiscano la sostituzione del prodotto. Infine, si auspica un contenimento nei limiti della ragionevolezza del prezzo del pezzo di ricambio, evitando che l'accesso a tali elementi sia gravato da ostacoli indebiti (art. 10, lett. d, ris. 2020/2021).

VII. IL RIUTILIZZO DEL BENE NELLA RISOLUZIONE 2020/2021 DEL PARLAMENTO EUROPEO.

Nella più ampia strategia volta a una gestione più efficiente delle risorse, il Parlamento affronta poi il tema del riutilizzo del bene e alla sua rivendita. Dal punto di vista del diritto privato, tale tema interessa in particolare la garanzia. La risoluzione, infatti, rileva come il trasferimento della garanzia in caso di rivendita di un bene ancora coperto dalla stessa possa aumentare la fiducia del consumatore nel mercato dell'usato (ris. 2020/2021). A tal fine, il Parlamento immagina un c.d.

passaporto per i prodotti digitali che consenta il trasferimento della garanzia in caso di vendite successive e auspica il superamento di limitazioni della garanzia legale per i prodotti di seconda mano (ris. 2020/2021).

Sempre al fine di incentivare la garanzia del bene di seconda mano in funzione di un suo riutilizzo e rivendita, il Parlamento auspica una "chiara definizione" dei prodotti ricondizionati e rigenerati, così da consentire il ricorso a estensioni su base volontaria della garanzia (ris. 2020/2021).

VIII. LA LEGGE FRANCESE PER LA LUTTE CONTRE LE GASPILLAGE ET À L'ÉCONOMIE CIRCULAIRE.

A differenza del legislatore euro-unitario, come visto ancora in ritardo nell'implementare una politica rimediale che sia pienamente in linea con il carattere sostenibile che i trattati impongono al mercato unico, legislatori nazionali hanno adottato forme di tutela coerenti con l'obiettivo del mercato sostenibile[28]. In particolare, la Repubblica francese si è dotata di una legge che, intervenendo sul *Code de l'Environnement* e sul *Code de la Consommation*, afferma diverse discipline rilevanti nella regolazione del mercato sostenibile[29].

Tra le diverse disposizioni inserite dalla *Loi* n° 2020-105 nel *Code de l'Environnement* di particolare interesse è il nuovo art. L.541-9-2 che introduce l'indice di riparabilità ('*indice de réparabilité*'), idoneo a informare i consumatori circa la possibilità di riparare il bene. Tutti i produttori, importatori, distributori o altri soggetti che introducono sul mercato prodotti elettrici sono pertanto obbligati a comunicare al venditore tale indice (nonché i parametri impiegati per la determinazione), il quale verrà poi comunicato, per il tramite di etichette e al momento dell'acquisto, dal venditore al consumatore. A partire dal gennaio 2024, tale obbligo verrà modificato: in luogo dell'indice di riparabilità, si dovrà fare riferimento a un indice di sostenibilità ('*indice de durabilité*'), idoneo a rappresentare le caratteristiche del bene relative alla affidabilità e solidità del prodotto. Sempre nell'ambito della informazione del consumatore sulla sostenibilità del bene, il nuovo art. L. 541-9-3 prevede che ogni prodotto domestico presenti una chiara indicazione in merito alla modalità di raccolta differenziata.

28 Su tale tendenza, già, Kramer, L.: "On the Interrelation Between Consumer and Environmental Policies in the European Community", *J. Cons. Pol.*, 1993, p. 466.

29 *Loi* n° 2020-105 *du* 10 *février* 2020 *relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire* (il testo è disponibile in https://www.legifrance.gouv.fr). La legge realizza parte delle misure che il governo francese aveva inteso perseguire e che aveva comunicato nel 2018 (*Feuille de Route pour l'économie circulaire*, FREC) nel quadro del *Plan climat* (disponibile in www.ecologie.gouv.fr). La centralità nel titolo della lotta allo spreco alimentare è giustificata dal fatto che la legge prevede un, sinora inedito, divieto di distruzione della merce (non alimentare) nuova rimasta invenduta. Più segnatamente, il nuovo art. L. 541-15-8 del *Code de l'environnement* afferma l'obbligo di riutilizzare, anche donando a certe associazioni, o riciclare i prodotti invenduti.

Con riferimento, invece, alle diverse norme inserite dalla *Loi* n° 2020-105 nel *Code de la Consommation* merita richiamare, innanzitutto, le disposizioni in materia di riparazione. Al fine di favorire il ricorso a questo rimedio, il legislatore francese ha previsto, per un verso, che tutti i prodotti riparati in costanza di garanzia legale beneficiano di una estensione di sei mesi e, per altro verso, che, qualora la riparazione non possa essere effettuata dal professionista, il bene dato in sostituzione di quello difettoso sia coperto da una garanzia annuale (art. L. 217-9). In secondo luogo, la *Loi* n° 2020-105 è intervenuta anche nella disciplina sull'obsolescenza programmata prevista dal *Code de la Consommation*, introducendo uno specifico divieto per i produttori dal rendere impossibile la riparazione o la rigenerazione di apparecchi (art. L.441-3). Tale divieto ha il chiaro intento di consentire la riparazione del bene anche fuori dai circuiti ufficiali del soggetto che ha immesso sul mercato il bene.

Di grande interesse, ancora, è l'avere previsto una disciplina in tema di "*pratiques commerciales encouragées*". Si tratta di una nuova sezione, composta di due disposizioni (art. L. 120-1 e art. L. 120-2) e inserita nel secondo titolo del primo libro del *Code de la Consommation*, subito prima di quelle relative alle pratiche '*interdites*' e '*réglementées*'. Essa riguarda unicamente la c.d. *vente en vrac*, ossia la vendita di un prodotto non precedentemente imballato, acquistato nella quantità decisa dal cliente e poi inserita in buste riciclabili, e ne definisce la disciplina, senza peraltro prevedere alcun obbligo, divieto o conseguenza di sorta[30]. Infine, sempre nel senso del consumo sostenibile va poi richiamato l'art. 541-15-10, III.5 del *Code de l'Environnement* il quale ha introdotto la previsione per cui i venditori di bevande da asporto stabiliscono un prezzo più basso per i prodotti venduti in contenitori riutilizzabili. Si tratta di una disposizione che può essere assimilata a quella della vendita *en vrac* e ciò in quanto entrambe, nella loro peculiarità, dimostrano come un diritto "orientato alla "sostenibilità" deve aggiornare i suoi strumenti" e in luogo dei "meccanismi tradizionali dell'obbligo, o del divieto" aprirsi a strumenti non autoritari che "rendano conveniente l'uso sostenibile delle risorse"[31].

IX. VERSO UN DIRITTO DEL CONSUMO SOSTENIBILE.

Su di un piano giuridico, la questione dello sviluppo sostenibile ('*sustainable development*', '*développement durable*') si afferma in seno alla riflessione sulla crescita delle società e delle economie nazionali meno avanzate che caratterizzò la seconda metà del secolo ventesimo. Sorta in seno all'attività delle Nazioni Unite, la formula dello sviluppo sostenibile è oggi presente in numerose fonti del

30 Non a caso, se ne mette in dubbio l'opportunità: Pellier, J.D.: "L'art de légiférer en vrac: les pratiques commerciales encouragées", *Cont. Conc. Cons*., 2020, 5, 3. Tra i primi commenti, *vid*. Fenouillet, D.: "Pratiques commerciales encouragées", in AA.VV.: *Droit de la consommation* (Idd. dir.), Paris, 2020, p. 477; Delpech, X.: "Le contrat dans la loi relative à la lutte contre le gaspillage et à l'economie circolare", *AJ Contrat*, 2020, p. 108.

31 D'Aloia, A.: "Generazioni future (voce)", *Enc. dir.*, *Ann*. IX, 2016, p. 351.

diritto internazionale e nella giurisprudenza della Corte internazionale di Giustizia. Nel diritto euro-unitario vigente di fonte primaria, lo sviluppo sostenibile è un obiettivo che vincola l'azione interna ed esterna dell'Unione, rispetto a una pluralità di politiche, ambientali, sociale e di mercato. Con riferimento a tale ultima dimensione, il discorso avviato negli ultimi anni determina una nuova stagione di regolazione dell'autonomia privata che comporti un avvicinamento del mercato all'ideale di una gestione delle risorse sostenibile e quindi attenta a evitare sprechi nella produzione e nel consumo dei beni. Tale obiettivo passa per il diritto privato. In particolare, esso si articola in una strategia di effettivo controllo delle dichiarazioni pubblicitarie ingannevoli, nella previsione di uno scambio informativo esteso alle caratteristiche relative alla durabilità e riparabilità del bene, a un forte incentivo della riparazione in luogo della sostituzione, nonché di riutilizzo del bene.

Così individuato l'obiettivo e così definiti gli strumenti per raggiungerlo, è innegabile che il diritto euro-unitario vigente segni ancora oggi un forte ritardo, ad esempio con riferimento al diritto alla riparazione. Lungi dal confermare una inammissibile incompatibilità tra il diritto dei consumatori e la costruzione di un mercato unico sostenibile, tale ritardo è oggetto di critiche e già oggi, non mancano esempi di normative virtuose e innovative a cui ispirarsi nella regolazione indicata dai trattati. La strada, dunque, è segnata. D'altronde, considerato il problema che lo sviluppo sostenibile intende affrontare, "[a]nche stare fermi al bivio, per troppo tempo, può essere un rischio"[32].

32 D'Aloia, A.: "Generazioni future", cit., p. 360.

BIBLIOGRAFIA

Addis, F.: "Spunti esegetici sugli aspetti dei contratti di vendita di beni regolati nella nuova direttiva (UE) 2019/771", *Nuovo dir. civ.*, 2020, p. 5.

Akkermans, B.: "Sustainable Property Law – Towards a Revaluation of Our System of Property Law", in AA. VV.: *Sustainability and Private Law* (B. Akkermans, G. van Dijck eds), Eleven International Publishing, Den Haag, 2019, p. 37.

Avgouleas, E.: "The Global Financial Crisis, Behavioural Finance and Financial Regulation: In Search of a New Orthodoxy", *Journ. Corp. Law Stud.*, 2009, p. 59.

Barenghi, A.: *Diritto dei consumatori*, Wolter Kluwers, Milano, 2020.

Basedow, J.: "Freedom of Contract in the European Union", *Eur. Rev. Priv. Law*, 2008, p. 901;

Ben-Shahar, O., Schneider, C.E.: "The failure of mandated disclosure", *Univ. Penn. Law Rev.*, 2011, p. 647.

Bertelli, F.: "I Green Claims tra diritti del consumatore e tutela della concorrenza", *Contr. Impr.*, 2021, p. 286.

Bertelli, F.: "L'armonizzazione massima della direttiva 2019/771UE e le sorti del principio di maggior tutela del consumatore", *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 953.

Capaldo, G.: "Linee evolutive in tema di soggetti per una società sostenibile", *Pers. merc.*, 2020, p. 334.

Capra, F., Mattei, U.: *The Ecology of Law. Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Berrett-Koehler Publishers, Oakland, 2015.

Cherednychenko, O.: "Freedom of Contract in the Post-Crisis Era: Quo Vadis?", *Eur. Rev. Contr. Law*, 2014, p. 390.

D'Aloia, A.: "Generazioni future (voce)", *Enc. dir., Ann.* IX, 2016, p. 311.

D'Ippolito, G., Re, A.: "Obsolescenza programmata - L'Agcm sanziona Apple e Samsung", *Media Laws*, 2019, p. 325.

De Cristofaro, G.: "Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari b-to-c: l'attuazione della dir. Ue 2019/771", *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 205.

Delpech, X.: "Le contrat dans la loi relative à la lutte contre le gaspillage et à l'economie circolare", *AJ Contrat*, 2020, p. 108.

Di Raimo, R.: "La discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda", 9.4.2020, in *giustiziacivile.com*;

Fenouillet, D.: "Pratiques commerciales encourages", in AA. VV.: *Droit de la consommation* (Idd. dir.), Paris, 2020, p. 477.

Ferrante, E.: "La direttiva 19/771/UE in materia di vendita al consumo: primi appunti", *Annuario del contratto 2018*, 2019, p. 23.

Ferri, G.B.: "Il negozio giuridico e la disciplina del mercato", *Riv. dir. comm.*, 1991, p. 725.

Floridi, L.: *Il verde e il blu*, Raffaello Cortina editore, Milano, 2020.

Giannaccari, A.: "Apple, obsolescenza tecnologica (programmata) e diritti dei consumatori", *Merc. Conc. Reg.*, 2019, p. 149

Granelli, C.: "Pratiche commerciali scorrette: le tutele", *Enc. Dir., I tematici – Il contratto*, 2021, p. 825.

Grisi, G.: "La lezione del coronavirus", 11.5.2020, *www.amministrazioneincammino.luiss.it*;

Grundmann, S.: "L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento", *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 257.

Kramer, L.: "On the Interrelation Between Consumer and Environmental Policies in the European Community", *J. Cons. Pol.*, 1993, p. 455.

Macario, F.: "Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"", 17 marzo 2020, *ivi*.

Maitre-Ekern, E., Dalhammar, C.: "Towards a hierarchy of consumption behaviour in the circular economy", *Maastricht Journal of Europ. Comp. Law*, 2019, p. 394.

Mak, V., Terryn, E.: "Circular Economy and Consumer Protection,: The consumer as a citizen and the limits of empowerment through consumer law", *J. Cons. Pol,*, 2020, 227.

Micklitz, H.: "Epilogue – New Directions, but Which Ones?", AA. VV.: *New Directions in European Private Law* (T. Tridimas, M. Durovic eds), Hart, Oxford-New York, 2021.

Micklitz, H.: "The COVID-19 Threat: An Opportunity to Rethink the European Economic Constitution and European Private Law", *Eur. Journ. Risk Reg.*, 2020, p. 249.

Nehf, J.P.: "Regulating Green Marketing Claims in the United States", in AA. VV.: *Sustainable Consumption* (A. Do Amaral jr, L. de Almeida, L. Klein Vieira eds), Springer, Berlin, 2020, p. 189.

Pagliantini, S.: "Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. UE 2019/771", *Giur. it.*, 2020, p. 217.

Pellier, J.D.: "L'art de légiférer en vrac: les pratiques commerciales encourages", *Cont. Conc. Cons.*, 2020, 5, 3

Pennasilico, M.: "Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale", *Giust. civ.*, 2017, p. 809.

Pennasilico, M.: "Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto", *Pers. merc.*, 2015, 37.

Poncibò, C.: "The Contractualisation of Environmental Sustainability", *Europ. Rev. Contr. Law*, 2016, 335.

Quarta, F.: "Per una teoria dei rimedi nel consumo etico. La non conformità sociale dei beni tra vendita e produzione", *Contr. impr.*, 2021, p. 523.

Ramsay, I.: "Framework for regulation of the consumer marketplace", *Journ. Consum. Pol.*, 1985, p. 353.

Sartoris, C.: "La risoluzione della vendita di beni di consumo nella dir. 771/2019 UE", *NGCC*, 2020, p. 702.

Sjiafiell, B., Bruner C.M.: *The Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.

Terryn, E.: "A Right to Repair? Towards Sustainable Remedies in Consumer Law", *Eur. Rev. Priv. Law*, 2019, p. 857.

Van Gool, E., Michel, A.: "The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: a Critical Analysis", *http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3732976*

Vettori, G.: "Persona e mercato ai tempi della pandemia", *Pers. merc.*, 2020, p. 23.

NUOVE TECNOLOGIE E BENI DI CONSUMO: IL PROBLEMA DELL'OBSOLESCENZA PROGRAMMATA*

NEW TECHNOLOGIES AND CONSUMER GOODS: THE PROBLEM OF PLANNED OBSOLESCENCE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 372-387

* Lo scritto, con l'aggiunta delle note, rielabora la relazione svolta in occasione del *II Congreso Internacional de Jóvenes Civilistas,* in tema di *Los nuevos retos del Derecho Contractual,* organizzato a Santander (Spagna) presso la *Facultad de Derecho dell'Universidad de la Cantabria,* nei giorni 7 e 8 ottobre 2021.

Gabriele
TOSCANO

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: L'obiettivo del lavoro è quello di analizzare l'impatto sul diritto contrattuale europeo dei nuovi beni con elementi digitali alla luce dei numerosi aspetti innovativi della direttiva UE 2019/771 e del problema dell'obsolescenza programmata nella vendita dei beni di consumo tra tutela del consumatore e sviluppo sostenibile.

PALABRAS CLAVE: Contratti; tutela del consumatore; nuove tecnologie; beni di consumo; diritto privato europeo; obsolescenza programmata; rimedi; sviluppo sostenibile.

ABSTRACT: *This paper aims to analyze the impact on European contract law of smart goods in the light of the many innovative aspects of directive UE 2019/771 and the problem of planned obsolescence in the sale of consumer goods between consumer protection and sustainable development.*

KEY WORDS: *Contracts; consumer protection; new technologies; consumer goods; European private law; planned obsolescence; remedies; sustainable development.*

SUMARIO.- I. EUROPA E TUTELA DEL CONSUMATORE IN FIERI.– II. PROGRESSO TECNOLOGICO E NUOVE TIPOLOGIE DI BENI: IL PROBLEMA DEGLI AGGIORNAMENTI ED I «LIMITI» DEL DIFETTO DI CONFORMITÀ.– III. INSTABILITÀ DEL PRODOTTO VS. FILIERE DI PRODUZIONE: I CONFINI DELLA TUTELA CONSUMERISTICA.– IV. OBSOLESCENZA PROGRAMMATA, SMART GOODS E SVILUPPO SOSTENIBILE.– V. TRASFORMAZIONI DI SETTORE VS. PROCESSI, SISTEMI E TECNOLOGIE.

I. EUROPA E DIRITTO DEI CONSUMATORI *IN FIERI*.

Per facilitare il commercio intracomunitario, nel corso degli anni le istituzioni europee hanno provato ad introdurre tutta una serie di normative uniformi volte a disciplinare i contratti di vendita, con l'obiettivo di creare un vero e proprio diritto europeo dei contratti[1].

Le finalità e, soprattutto, l'utilità di queste proposte è stato quello di creare un *corpus* di norme uniformi che permettesse di «superare i problemi derivanti dalle differenze delle leggi nazionali in materia»[2], in quanto in più di un'occasione si è assistito ad un eccessivo conservatorismo da parte dei singoli paesi europei[3]. L'atteggiamento soggettivo di ostilità verso il cambiamento è una tendenza che può essere riscontrata in ogni tempo ed in ogni luogo[4], ed è per questo che nelle aule europee a partire dal 2011 è stata ripresa l'idea di uno strumento opzionale[5] da applicare solo se scelto dalle parti, facendo da un lato sopravvivere le singole legislazioni nazionali, e dall'altro «favorire una maggiore integrazione dei mercati»[6]. Questa idea potrebbe costituire uno strumento utile per disciplinare in maniera uniforme a livello europeo le vendite *b2c*, offrendo alle imprese che intendono vendere ai consumatori di uno Stato membro una normativa che «eviti loro di confrontarsi di volta in volta con normative diverse a seconda del paese

1 Per maggiori approfondimenti vedi Mazzamuto S., *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2020 e Alpa G., *Diritto privato europeo*, Milano, 2016. Cfr. Perlingieri P., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003.

2 Bortolotti F., *Il diritto comune europeo della vendita*, in *http://www.mglobale.it*.

3 La tematica non è nuova in materia di armonizzazione ed unificazione del diritto contrattuale europeo in quanto il legislatore comunitario ogni volta che prova a realizzare una disciplina giuridica uniforme si trova ad affrontare l'enorme difficoltà di mettere d'accordo ben ventisette diritti nazionali diversi.

4 O'Sullivan N., voce *Conservatorismo*, in *Enc. Scienze sociali Treccani* (online).

5 D'Amico G., *Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul Diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, in *Contratti*, 2012, p. 615. Il 3 maggio 2011 venne reso noto un progetto di fattibilità tecnica ed economica limitato alle norme sui contratti in generale ed al contratto di vendita conosciuto come «*Feasibility Study*».

6 Bortolotti F., *Il diritto comune europeo della vendita*, cit.

• Gabriele Toscano
Dottorando di ricerca in Diritto dei consumi Università degli Studi di Perugia.
gabriele.toscano@gmail.com.

della controparte»[7]. Purtroppo, a causa della Convenzione di Vienna del 1980, emerge come l'aver voluto realizzare una normativa che potesse applicarsi tanto alle vendite *b2c* quanto alle vendite *b2b* non sembra rispondere alle «esigenze di prevedibilità e certezza del diritto richieste per i rapporti commerciali»[8]. Per queste ragioni è condivisibile l'idea secondo la quale è auspicabile che i successivi progetti di riforma in materia di vendita vengano limitati ai soli rapporti *b2c* – in quanto più bisognosi di una normativa uniforme – considerate le forti divergenze tra norme nazionali. Non a caso su questo modello si è orientata la direttiva UE 1999/44 (su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo)[9] e da ultimo anche la nuova direttiva UE 2019/771 (relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni)[10].

Al fine di superare questo impasse, sia politico che normativo[11], nella primavera del 2019 l'Unione europea ha adottato due nuove direttive[12] volte ad unificare la disciplina della vendita di beni[13] e della fornitura di contenuto digitale e servizi digitali[14]. In particolare, la direttiva UE 2019/771 introduce sostanziali novità rispetto al quadro normativo esistente in materia di conformità dei beni ed abroga, a far data dal 1° gennaio 2022, la direttiva UE 1999/44 relativa a determinati aspetti della vendita dei beni di consumo e garanzie associate[15].

7 Ibidem.

8 Ibidem.

9 Recinto G.- Mezzasoma L.- Cherti S., *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014, p. 163 ss.

10 Cfr. Alpa G., *Aspetti della nuova disciplina delle vendite nell'Unione europea*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 825 ss.

11 Anche se già all'inizio degli anni Ottanta del secolo scorso, al fine di favorire un nuovo ordine economico internazionale, il sistema conosceva la Convenzione di Vienna applicabile automaticamente (se non espressamente esclusa dalle parti) ai contratti di vendita tra imprese che appartengono agli Stati aderenti, una normativa uniforme per il mercato europeo da applicare come strumento ancillare per i contratti conclusi tra imprese e consumatori avrebbe significato un enorme passo in avanti per porre rimedio alla maggior parte delle problematiche dei contratti di vendita, come ad esempio la responsabilità precontrattuale, i vizi del consenso, le clausole abusive, la prescrizione etc.

12 Il 22 maggio 2019 sono state pubblicate nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea due nuove direttive del Parlamento europeo volte ad unificare la disciplina della vendita di beni e della fornitura di contenuto digitale e servizi digitali: la direttiva UE 2019/770 e la 2019/771, la prima relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali e la seconda elativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il regolamento UE 2017/2394 e la direttiva UE 2009/22, e che abroga (a decorrere dal 1 gennaio 2022) la direttiva UE 1999/44.

13 Dopo la L. 53/2021 la nuova rubrica (Della vendita di beni) del capo I del titolo III della parte IV del Codice del consumo non contiene più il riferimento ai beni "di consumo", dal momento che la direttiva UE 2019/771 menziona, all'art. 1 nonché all'art. 3, par. 2, soltanto la nozione di "beni".

14 Per maggiori approfondimenti vedi De Cristofaro G., *Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari "b to c": l'attuazione della dir. UE 2019/771*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, pp. 205-249. Cfr. Dalla Massara T., *L'imminente attuazione della Dir. UE 2019/771 e il problema del coordinamento con il Codice civile: una proposta per il futuro art. 135 c. cons.*, in *Corr. giur.*, 2021, p. 1278 ss. e Alpa G., *Aspetti della nuova disciplina delle vendite nell'Unione europea*, cit., pp. 825-830.

15 Nell'ambito del cd. Mercato unico digitale l'Unione europea ha emanato, insieme alla suddetta direttiva, anche la direttiva UE 2019/770, considerata a tutti gli effetti dagli addetti ai lavori la sua «gemella», relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali. Per maggiori approfondimenti vedi Camardi C., *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giust. civ.*, 2019, pp. 499-523 nella quale vengono messe a fuoco le problematiche interpretative generate dalla nuova disciplina sulla vendita di beni e servizi digitali, con riferimento ai requisiti di conformità al contratto nelle operazioni in cui il consumatore cede all'operatore economico anche i suoi dati personali, e alla conseguente combinazione

Con questi provvedimenti il legislatore europeo si è prefissato l'obiettivo di attualizzare il quadro normativo sulla tutela del consumatore[16], tenendo conto dello sviluppo del commercio elettronico e di un'economia sempre più guidata dalla tecnologia attraverso lo strumento della massima armonizzazione[17]. Il *modus operandi* del legislatore europeo, a dispetto dell'obiettivo della *full harmonization*, si scontra nella pratica con una considerevole mole di scelte discrezionali rimesse al legislatore nazionale in quanto in più punti del testo normativo si rimette all'autonomia dei singoli Stati nazionali la discrezionalità di operare circa una vasta ed eterogenea serie di profili delle fattispecie contrattuali disciplinate[18].

La legge n. 53/2021, in vigore dall'8 maggio 2021, meglio conosciuta come la legge di delegazione europea 2019-2020, ha conferito al Governo italiano la delega per il recepimento della direttiva UE 2019/771[19], mentre con l'atto di Governo sottoposto a parere parlamentare n. 270/2021, approvato con osservazioni il 5 ottobre 2021, è stato predisposto lo schema di decreto legislativo recante l'attuazione della direttiva, che sostituisce *in toto* l'intero capo I (Della vendita dei beni di consumo) del titolo III della parte IV del Codice del consumo, comprendente gli articoli dal 128 al 135.

Nell'ambito di questo *restyling* del Codice del consumo italiano il legislatore europeo ha introdotto l'applicazione della suddetta normativa ai beni con elementi digitali[20], una vera novità rispetto al passato ed oggetto d'indagine nei paragrafi successivi di questo lavoro, nel cui alveo si riconducono tutte quelle tipologie di beni caratterizzati dal progresso tecnologico, come ad esempio uno *smartphone*, un *computer*, un *tablet* o una *smart tv*, che necessitano di essere forniti con gli opportuni aggiornamenti, compresi quelli di sicurezza, necessari per mantenerli conformi al contratto di vendita[21].

tra disciplina del contratto e disciplina di protezione dei dati. Cfr. De Nova G., *La recezione della Direttiva sulle garanzie nella vendita di beni di consumo: vincoli, ambito di applicazione, difetto di conformità*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 759 ss.

16 La direttiva si applica solo ai contratti di vendita tra un venditore ed un consumatore (*b2c*) relativi a beni mobili materiali (ricompresi anche a quelli interconnessi con un contenuto o servizio digitale: i cd. *smart goods*) e si applica sia alla vendita *online* che a quella *offline*. Non si applica invece ai contratti di fornitura di un contenuto digitale o di un servizio digitale.

17 Cfr. Bertelli F., *L'armonizzazione massima della direttiva 2019/771 UE e le sorti del principio di maggiore tutela del consumatore*, *Eur. dir. priv.*, 2019, pp. 953-993. Per maggiori approfondimenti su tutti vedi Pagliantini S., *Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. UE 2019/771*, in *Giur. it.*, 2020, pp. 217-238.

18 Pagliantini S., *Il diritto privato europeo in trasformazione*, Torino, 2020, p. 4 ss. L'autore sostiene che «ogni armonizzazione, minima o massima, può infatti essere *piena* (*seu* completa) o *parziale*: e la 771/2019 è senza dubbio una direttiva che persegue, rispetto alla regola di *conformità* che disciplina, un'armonizzazione *globale* delle disposizioni degli Stati membri, ma *non* è (*cave!*) una direttiva che pratichi un'armonizzazione *completa* del campo della *responsabilità contrattuale* del venditore nei confronti di un consumatore acquirente».

19 La direttiva UE 2019/771 modifica la vigente normativa sulla conformità di beni, sui rimedi in caso di difetto di conformità, sulle modalità di esercizio di quest'ultimi e sulle garanzie convenzionali.

20 Per maggiori approfondimenti vedi De Franceschi A., *La vendita di beni con elementi digitali*, Napoli, 2019.

21 Per maggiori approfondimenti su tutti vedi Luminoso A., *La compravendita*, Torino, 2018, p. 359 ss. L'autore sostiene che «il difetto di conformità rappresenta l'elemento centrale della fattispecie di responsabilità del

II. PROGRESSO TECNOLOGICO E NUOVE TIPOLOGIE DI BENI: IL PROBLEMA DEGLI AGGIORNAMENTI ED I «LIMITI» DEL DIFETTO DI CONFORMITÀ

Le recenti epifanie del consumerismo moderno all'alba del XXI secolo hanno visto la tecnologia assumere un ruolo di primaria importanza nell'ambito dell'innovazione digitale[22]. Il progresso tecnologico, unito ad una sempre più crescente richiesta da parte dei consumatori di prodotti tecnologici, hanno visto emergere nuove tipologie di beni che prendono il nome di *smart goods*, volendo alludere con questa definizione tutti quei prodotti che presentano al proprio interno elementi digitali[23]. Questa discontinuità rispetto al passato è stata la ragione che ha spinto il legislatore europeo ad una radicale riforma della disciplina consumeristica dopo vent'anni di vigenza della direttiva UE 1999/44[24].

La ragione di questa evoluzione è facilmente intuibile in quanto sul finire degli anni Novanta del secolo scorso la tecnologia di *computer*, linee *internet* e telefoni cellulari era ancora molto lontana rispetto a quella presente al giorno d'oggi[25]. Da ciò ne è conseguito che in una società sempre più moderna l'impatto della tecnologia ha finito per influenzare il ruolo dei mercati e soprattutto il comportamento, sempre più *smart*, dei consumatori[26].

L'attuale disciplina dei rapporti di consumo, rimessa alla legislazione di settore, presenta problematiche di particolare interesse per quanto concerne il difetto di conformità[27], volendo alludere con questa definizione alla mancanza di attitudine ed attinenza allo scopo per la quale un determinato bene è destinato, *ex* art. 129 c.

venditore dei beni di consumo». Cfr. Grossi P., *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, p. 151 ss. Cfr. Amadio G., *La conformità del contratto tra garanzia e responsabilità*, in *Contr. impr./Eur.*, 2001, p. 5 ss.

22 Sirilli G., *Società dell'informazione*, in *Enc. Scienza e della Tecnica* Treccani, 2008 (online). L'autore sostiene che «la società dell'informazione è un contesto in cui le nuove tecnologie informatiche e di telecomunicazione assumono un ruolo fondamentale nello sviluppo delle attività umane. Queste tecnologie servono a produrre e comunicare, in forma digitale, messaggi, immagini, testi, musica, filmati, e così via. In termini più generali, gran parte delle informazioni e delle conoscenze del genere umano può essere riprodotta, o generata, in modo digitale a costi sempre più bassi. Il progresso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione sta cambiando il modo di vivere, di lavorare, di produrre e distribuire beni e servizi, il modo in cui si formano le nuove generazioni, come si studia e si produce ricerca, come ci si diverte».

23 De Franceschi A., *La vendita di beni con elementi digitali*, cit., p. 61 ss.

24 Per maggiori approfondimenti vedi Pagliantini S., *Dal B2C al B2B: una prima lettura della dir. (UE) 2019/633 tra diritto vigente ed in fieri*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, pp. 220-249.

25 Cfr. Guerinoni E., *Buona fede e obbligo di "accertamento" e informazione*, in *Giud. pace*, 1999, pp. 206-212.

26 Leggio M., *L'obsolescenza dell'ordinamento delle comunicazioni elettroniche alla prova delle nuove tecnologie: il caso del 5G*, in *Dir. econ.*, 2021, pp. 335-354. Cfr. Recinto G.- Mezzasoma L.- Cherti S., *Diritti e tutele dei consumatori*, cit., p. 387 ss. Per maggiori approfondimenti vedi Sirilli G., *Società dell'informazione*, cit. L'autore sostiene che «*internet* ha mutato profondamente il panorama sociale, culturale, economico, fornendo straordinarie opportunità a oltre un miliardo di persone che ne fanno uso ma, allo stesso tempo, ponendo in una posizione marginale coloro che non hanno accesso alla rete».

27 Cfr. Bianca C.M., *La vendita dei beni di consumo*, Padova, 2006. Per maggiori approfondimenti vedi Recinto G.- Mezzasoma L.- Cherti S., *Diritti e tutele dei consumatori*, cit., p. 175 ss.

cons.[28] e ripreso anche dalla direttiva UE 2019/771 in un'ottica evolutiva[29]. Si pensi ad esempio ad uno *smartphone* di nuova generazione, che sempre più presenta caratteristiche simili ad un *tablet* o ad un *notebook* e che per queste ragioni, al fine di garantire una migliore fruibilità e funzionalità delle prestazioni del *device* necessita di essere costantemente aggiornato.

Le recenti indagini nel settore dei consumi hanno dimostrato come sempre più frequentemente queste nuove tipologie di beni in seguito ad un aggiornamento possono presentare dei rallentamenti e, talvolta, dei malfunzionamenti che scaturiscono nella disciplina prevista *ex* art. 129 c. cons. in quanto viene a mancare la conformità del bene al contratto[30].

Il problema degli aggiornamenti può nascondere delle insidie che possono essere ricondotte nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette[31] e dell'obsolescenza programmata[32]. Alla luce di queste ragioni è possibile riflettere attraverso tre chiavi di lettura che saranno oggetto di approfondimento nel paragrafo successivo di questo lavoro: a) il consumatore decide di aggiornare il prodotto e questo, facendo seguito all'*update*, rallenta le proprie prestazioni rimanendo tutto sommato utilizzabile; b) il consumatore decide di aggiornare il prodotto e questo smette di funzionare; c) il consumatore decide di non aggiornare il prodotto e questo non supporta più alcuni *software*, come ad esempio quelli relativi alla sicurezza di sistema[33].

28 Per maggiori approfondimenti vedi Capobianco E.- Mezzasoma L.- Perlingieri, G., *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2019, p. 675 ss.

29 Dalla lettura dell'Atto di Governo n. 270/2021 il revisionato art. 129 c. cons. disciplina, in attuazione degli artt. 5, 6 e 7 par. 1, della direttiva UE 2019/771, la conformità dei beni al contratto, stabilendo, al comma 1, che il venditore fornisce al consumatore beni che soddisfano i requisiti di cui ai commi 2 e 3, nonché le previsioni degli artt. 130 e 131 in quanto compatibili, fatto salvo quanto previsto dall'art. 132 al comma 2 elenca quindi i requisiti soggettivi, ove pertinenti, che il bene deve possedere per essere conforme al contratto di vendita, mentre il comma 3 specifica i requisiti oggettivi di conformità al contratto di vendita.

30 Cfr. Rumine N., *Vendita di bene di consumo non conforme e rimedi esperibili: la Suprema Corte fa il punto*, in *Giur. it.*, 2020, pp. 2392-2397; Pellegrini T., *Vizio del bene compravenduto e riparazioni eccessivamente onerose tra codice del consumo e Codice civile*, in *giustiziacivile.com*, 2020, pp. 9 e Monterossi M.W., *Autonomia del consumatore e morfologia del mercato*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, pp. 513-541.

31 Per maggiori approfondimenti vedi Labella E., *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, Torino, 2018; Febbrajo T., *Il private enforcement del divieto di pratiche commerciali scorrette*, Napoli, 2018 e De Cristofaro G., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Torino, 2008.

32 Per maggiori approfondimenti su tutti vedi Latouche S.- Grillenzoni F., *Usa e getta. Le follie dell'obsolescenza programmata*, Torino, 2015. Cfr. Zolea S., *Verso un diritto dell'obsolescenza programmata: ipotesi legislative, novità giurisprudenziali e spunti comparativi*, in *giustiziacivile.com*, 2021, pp. 35; Bellizzi Di San Lorenzo A., *Obsolescenza programmata dei prodotti e dei dati personali*, in *Oss. fonti*, 2019, pp. 31; D'Ippolito G.- Re A., *Obsolescenza programmata. L'AGCM [Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato] sanziona Apple e Samsung*, in *Riv. dir. media*, 2019, pp. 325-334 e Giannaccari A., *Apple, obsolescenza tecnologica (programmata) e diritti dei consumatori*, in *Merc. conc. reg.*, 2019, pp. 149-156.

33 Cfr. Franzoni M., *Lesione dei diritti della persona, tutela della "privacy" e intelligenza artificiale*, in *Jus civile*, 2021, pp. 4-20 e De Franceschi A., *La vendita di beni con elementi digitali*, cit., p. 173 ss.

III. INSTABILITÀ DEL PRODOTTO VS. FILIERE DI PRODUZIONE: I CONFINI DELLA TUTELA CONSUMERISTICA.

I tre assunti *ut supra* meritano di essere affrontati a partire dall'assunto che possiamo definire instabilità del prodotto *vs.* filiere di produzione. La rivoluzione digitale esplosa nel secondo decennio dell'anno duemila ha visto l'affermarsi nella società moderna dei beni con elementi digitali (*smart goods* o *smart connected products*) caratterizzati da fisicità, intelligenza[34] e connettività. Tra queste caratteristiche è opportuno soffermarsi sulla terza che rappresenta il punto saliente della questione[35].

Per riprendere le fila del discorso è necessario, in primo luogo, fare una premessa sul concetto di aggiornamento, volendo alludere con questo termine ad una miglioria (offerta a vantaggio dell'utente) dei dispositivi e degli eventuali *software* in quanto attraverso apposite *patch* di sistema quest'ultimo andrà a garantire una maggiore funzionalità, sicurezza e stabilità del prodotto al fine di renderlo al passo con i tempi[36] e talvolta andando anche a correggere *bug* di sistema. Ma non sempre, purtroppo, è così.

Il primo assunto: il consumatore decide di aggiornare il prodotto e questo facendo seguito all'*update* rallenta le proprie prestazioni rimanendo tutto sommato utilizzabile. La questione è molto diffusa in quanto accade con frequenza che dopo l'aggiornamento il *device* presenti problemi di varia natura, anche se ciò collide con il considerando 28 della direttiva UE 2019/771 nella misura in cui afferma che «gli aggiornamenti convenuti nel contratto di vendita possono migliorare e potenziare l'elemento di contenuto digitale o servizio digitale dei beni, ampliarne le funzionalità, adattarli agli sviluppi tecnici, proteggerli da nuove minacce alla sicurezza o servire ad altri scopi»[37].

Il secondo assunto: il consumatore decide di aggiornare il prodotto e questo smette di funzionare. La questione è meno frequente però talvolta si riscontrano casi di *bug* di sistema che in seguito ad un aggiornamento causano grossi malfunzionamenti del *device*. Normalmente accade che in seguito alle segnalazioni da parte degli utenti gli sviluppatori delle case madri nel breve periodo offrono

34 Per maggiori approfondimenti su tutti vedi Perlingieri P.- Giova S.- Prisco I., *Rapporti civilistici ed intelligenze artificiali: attività e responsabilità*, Napoli, 2021. Cfr. Corea F., *Artificial Intelligence: ethical and social considerations*, in *BioLaw Journal*, 2021, pp. 307-313.

35 Proietti G., *Il libro bianco sull'intelligenza artificiale. L'approccio europeo tra diritto ed etica*, in *giustiziacivile.com*, 2020, pp. 42.

36 Voce *Aggiornare*, in *Vocabolario* Treccani (online). Con il termine aggiornare tra le varie accezioni si può intendere «[…] rivedere e completare un'opera per renderla rispondente alle esigenze presenti».

37 Cfr. Vettori G., *Il contratto senza numeri e aggettivi*, in *Pers. merc.*, 2013, p. 18 ss.; Piraino F., *Il diritto europeo e la «giustizia contrattuale»*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 233 e Cataudella A., *La giustizia del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 625 ss.;

delle *patch* in grado di ripristinare la funzionalità del prodotto anche se, negli apparecchi più datati questo non è sempre possibile[38].

Il terzo assunto: il consumatore decide di non aggiornare il prodotto e questo non supporta più taluni *softwar*e, come ad esempio quelli relativi alla sicurezza di sistema[39]. La questione merita un'attenta riflessione in quanto alla lettura del considerando 31 della direttiva UE 2019/771 è possibile osservare che «il venditore dovrebbe essere responsabile solo di un difetto di conformità esistente al momento della consegna». Inoltre, l'obbligo di fornire aggiornamenti, afferma la direttiva, «dovrebbe tener conto del fatto che l'ambiente digitale di un bene di questo tipo è in costante evoluzione, pertanto, gli aggiornamenti devono ritenersi uno strumento necessario per garantire che i beni siano in grado di funzionare come al momento della consegna»[40]. Aggiornare un prodotto con elementi digitali significa apportare delle migliorie ed attualizzarlo, ma in concreto ciò avviene solo nel breve periodo[41].

Alla luce di quanto affermato in precedenza appare opportuno riflettere sul problema che possiamo definire instabilità del prodotto *vs.* filiere di produzione. L'instabilità del prodotto trae origine nel ciclo vitale di un bene[42], mentre le filiere di produzione (intese come industriali e tecnologiche) nella massimizzazione del profitto unito all'offerta concorrenziale[43]. Questo binomio porta ad una sempre più crescente propensione da parte delle imprese commerciali a produrre nuovi beni, facendo leva, oltre che sulle (talvolta molto marginali) novità tecnologiche, sul *marketing* psicologico, che taluni in dottrina esortano a chiamare psicologia

38 Nel luglio del 2021 il colosso statunitense Microsoft ha deciso di ridurre il bacino d'utenza relativo all'aggiornamento del sistema operativo Windows 11, sia includendo solo le versioni più recenti dei processori Intel ed AMD, che rendendo obbligatorio il requisito del TPM 2.0. In questo modo nei *computer* che non rispondono dei requisiti previsti dalla casa madre, anche in presenza di *device* abbastanza nuovi e performanti, diventa impossibile installare un aggiornamento di sistema.

39 Cfr. Basunti C., *La (perduta) centralità del consenso nello specchio delle condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in *Contr. impr.*, 2020, pp. 860-895. Per maggiori approfondimenti vedi A.a.V.v. *Privacy: definizione* e *aggiornamenti*, in *https://www.insic.it*. Si parla di integrità quando ci si riferisce alla caratteristica dell'informazione a non essere in alcun modo alterata o corrotta. In questo caso stiamo parlando di ogni evento che può alterare e "corrompere" le informazioni, e quindi ad esempio una modifica accidentale di una informazione, o la "corruzione" dell'informazione che può avvenire ad esempio per il guasto ad un supporto di memorizzazione (anche parziale).

40 Per maggiori approfondimenti vedi Pennasilico M., *La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione*, in *Dir. inf.*, 2004, p. 805. Cfr. D'Alessandro C., *Compravendita nulla e usucapione a domino*, in *Contratti*, 2020, pp. 569-579.

41 In caso di mancato aggiornamento di un sistema operativo Microsoft la licenza del sistema operativo continuerà a funzionare sul *computer*; tuttavia, terminato periodo di supporto del sistema, Microsoft non offrirà più correzioni e protezioni. Non aggiornare un prodotto, come è di recente accaduto con i sistemi operativi Microsoft, comporta suscettibilità a *malware* che possono spiare o danneggiare dati personali, *ransomware* che possono tenere in ostaggio informazioni riservate, oppure *software* RAT che possono compromettere l'uso o, addirittura, la *privacy* delle *webcam* dei singoli utenti.

42 Cfr. Marrama V., *Ciclo economico* e *politica anti-ciclica*, Napoli, 1961.

43 Per maggiori approfondimenti vedi Morroni M., voce *Offerta*, in *Enc. Scienze Sociali* Treccani (online).

del consumatore[44]. Ma il ciclo vitale di un bene di consumo, unito ad una forte propensione alla produzione da parte dei grandi colossi industriali dell'*high tech*, porta talvolta al verificarsi di pratiche commerciali scorrette che sfociano nella questione, dopo il caso del cartello *Phoebus*[45], conosciuta come il fenomeno dell'obsolescenza programmata.

IV. OBSOLESCENZA PROGRAMMATA, *SMART GOODS* E SVILUPPO SOSTENIBILE.

Il ciclo di vita di un prodotto (*product life cycle*)[46] – le cui fasi sono caratterizzate principalmente da introduzione, crescita, maturità e declino – è spesso determinato dall'andamento delle vendite. Per queste ragioni, già nel lontano 1924 alcune aziende operanti nella produzione delle lampade ad incandescenza costituirono in Svizzera un cartello volto a controllare la produzione e la vendita delle lampadine. L'obiettivo era molto chiaro: da un lato diminuire in maniera volontaria la durata delle lampadine e dall'altro aumentare le vendite[47]. Ebbe così origine quel fenomeno conosciuto tutt'oggi come obsolescenza programmata che presenta per il consumatore sia benefici che malefici.

La *planned obsolescence*, utilizzando il termine anglosassone, consiste in una *policy* di pianificazione e/o progettazione di un prodotto con una vita utile limitata artificialmente o un *design* volutamente fragile, in modo che diventi superato dopo un determinato lasso di tempo che di norma non supera i due anni[48]. Questo fenomeno è da considerarsi una pratica commerciale scorretta e dello stesso avviso appare anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che in più occasioni ha sanzionato colossi tecnologici come Samsung ed Apple a causa di aggiornamenti *software* che danneggiavano e/o riducevano le funzionalità degli *smartphone*[49].

---

44 Per maggiori approfondimenti vedi Lozza E.- Graffigna G., *Introduzione alla psicologia dei consumatori*, Bologna, 2021 e Guéguen N., *Psicologia del consumatore*, Bologna, 2016. Cfr. Olivero N.- Russo V., *Psicologia dei consumi*, Bologna, 2013 e Keith, C.W., *Psicologia per il marketing*, Bologna, 1988.

45 Sotto questo nominativo si raggrupparono, forse nel 1924, tutti i principali produttori di lampadine del mondo per stabilire delle regole che ponessero un limite alla produzione di lampadine troppo longeve. La durata di vita del prodotto fu quindi fissata ad un massimo di mille ore di funzionamento. Una serie di complessi regolamenti e sanzioni furono creati per impedire ai singoli produttori di andare contro questa tendenza, che permetteva ai fabbricanti di fa sì che il mercato avesse sempre bisogno dei loro prodotti. Per maggiori approfondimenti vedi Carpentieri S., *Ostaggi dell'obsolescenza programmata*, in *Atlante* Treccani (online).

46 Per maggiori approfondimenti vedi Levitt T., *Exploit the Product Life Cycle*, in *Harvard Business Review* (online).

47 Si pensi a titolo puramente esemplificativo che in una caserma dei vigili del fuoco nel nord della California negli Stati Uniti d'America è accesa una lampadina da oltre cento anni.

48 Attualmente nel mercato moderno il consumatore, succube delle strategie aziendali di *marketing* aggressivo, subisce anche la cd. obsolescenza psicologica, che consiste nel convincimento che il proprio *device*, anche se perfettamente funzionante, in quanto passato di moda deve necessariamente essere sostituito con un prodotto nuovo.

49 Passagnoli F., *La 'sentenza Apple' nel processo europeo di contrasto alla pianificazione fiscale aggressiva*, in *Riv. giur. trib.*, 2021, pp. 207-214; Pepe F., *'How to dismantle an atomic bomb': osservazioni sul caso 'Apple' e sulla prima*

A tale proposito di recente l'Unione europea si è adoperata per combattere inquinamento e spreco con l'emanazione di un nuovo regolamento avente ad oggetto la riparazione[50], che di fatto obbliga i produttori di elettrodomestici a mettere a disposizione tutta una serie di pezzi di ricambio garantendo in questo modo ai consumatori la possibilità di riparare il prodotto entro un lasso di tempo compreso tra i sette ed i dieci anni.

Il regolamento *ut supra* appare pienamente in linea con il considerando 48 della direttiva UE 2019/771 nella misura in cui si afferma che «per quanto concerne il ripristino della conformità dei beni, il consumatore dovrebbe poter scegliere tra la riparazione e la sostituzione. Il fatto di consentire al consumatore di chiedere la riparazione dovrebbe incoraggiare un consumo sostenibile e contribuire a una maggiore durabilità dei prodotti».

L'Europa si schiera quindi a favore del diritto alla riparazione dei prodotti tecnologici prendendo le mosse dalla legislazione francese nell'ambito della lotta all'obsolescenza programmata[51], ma a tale proposito questo provvedimento può presentare alcune criticità sia per i consumatori che per gli imprenditori.

Da un lato le categorie di beni più esposte al rischio di obsolescenza come *computer*, *tablet* e *smartphone* sono escluse con conseguente pregiudizio a danno dei consumatori[52]; dall'altro il magazzino e le scorte rappresentano un problema di

giurisprudenza europea in materia di 'rulings' fiscali, in *Riv. dir. trib.*, 2021, pp. 329-355; Della Morte G., *Quanto Immuni? Luci, ombre e penombre dell app selezionata dal Governo italiano*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, pp. 303-335; Raffiotta E.C., *Comprendere la tecnologia e assicurare (a tutti) il diritto di difesa. A proposito del mancato ricorso alla consulenza tecnica nel caso 'Apple'*, in *GiustAmm.it*, 2020, pp. 5; Ronco S.M., *Aiuti di Stato e "tax rulings": la difficile convivenza del giudizio di selettività con il principio di libera concorrenza*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2020, pp. 1285-1340; D'Ippolito G.- Re A., *Obsolescenza programmata. L'AGCM [Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato] sanziona Apple e Samsung*, cit., pp. 325-334; Giannaccari A., *Corte Suprema Us: Apple, "App Store" e responsabilità antitrust nei confronti degli acquirenti (diretti)*, in *Merc. conc. reg.*, 2019, pp. 337-342; Id., *Apple, obsolescenza tecnologica (programmata) e diritti dei consumatori*, cit., 2019, pp. 149-156; Pardolesi R., *"Hipster antitrust" e sconvolgimenti tettonici: "back to the future"?*, in *Merc. conc. reg.*, 2019, pp. 81-93; Boccaccio M., *Caso Apple e dintorni*, in *Merc. conc. reg.*, 2018, pp. 419-439 e Berti J.- Occhiuzzi P., *Il caso Apple: un apprezzabile azione* esecutiva, in *Riv. it. antitrust*, 2013, pp. 4. Per maggiori approfondimenti vedi il testo delle sanzioni nel *web* dell'AGCOM disponibile ai seguenti indirizzi *web: https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/PS11039_scorr_sanzDich_rett_va.pdf* e *https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/PS11009_scorr_sanz_omi_dichrett.pdf*.

50 Il regolamento UE 2021/341 della Commissione europea del 23 febbraio 2021 è entrato in vigore il 1° marzo 2021 e modifica i regolamenti UE 2019/424, UE 2019/1781, UE 2019/2019, UE 2019/2020, UE 2019/2021, UE 2019/2022, UE 2019/2023 e UE 2019/2024 per quanto riguarda le specifiche per la progettazione ecocompatibile di *server* e prodotti di archiviazione dati, motori elettrici e variatori di velocità, apparecchi di refrigerazione, sorgenti luminose e unità di alimentazione separate, *display* elettronici, lavastoviglie per uso domestico, lavatrici per uso domestico e lavasciuga biancheria per uso domestico, e apparecchi di refrigerazione con funzione di vendita diretta.

51 A partire dal 2016 la Francia ha deciso di contrastare duramente il fenomeno dell'obsolescenza programmata al punto tale da considerarla un reato punibile con la reclusione fino a due anni e con un'ammenda di 300.000,00 euro che può aumentare fino al 5% del volume d'affari prodotto dall'azienda.

52 Dalla Spagna arriva una notizia molto interessante legata al mondo della tecnologia in quanto i produttori dovranno offrire agli utenti tre anni di garanzia per i diversi dispositivi acquistati. Inoltre, i produttori devono smaltire i pezzi di ricambio per un periodo di dieci anni, cioè per il doppio del tempo richiesto fino ad ora (questo periodo, infatti, fino ad ora era pari a cinque anni), il che consente ai consumatori di decidere se desiderano una riparazione o una sostituzione in caso di problemi con la durata dei beni acquistati.

non poco conto per la maggior parte degli imprenditori in quanto la valorizzazione delle rimanenze può incidere notevolmente sulla determinazione del risultato d'esercizio all'interno del bilancio[53].

V. TRASFORMAZIONI DI SETTORE VS. PROCESSI, SISTEMI E TECNOLOGIE.

L'economia di mercato può essere definita un'economia di obbligazioni[54]. La società moderna è una società di consumo perché i consumi sono sempre maggiori ed a ciò si accede attraverso lo strumento del contratto[55]. Alle soglie del XXI secolo tutto ciò che ruota attorno al consumerismo viene travolto da un profondo cambiamento per due ordini di ragioni: da un lato la frammentarietà dei contratti che mutano a seconda delle esigenze delle parti e delle transazioni commerciali[56], e dall'altro la massiva e globale contrattazione moderna che rende un servizio più importante di un singolo bene[57].

I prodotti odierni hanno una durata sempre più limitata, così come le risorse naturali, ed il mercato attuale domanda senza soluzione di continuità la produzione di nuovi beni[58].

La società educa a consumare ogni giorno di più, a comprare nuovi prodotti e a disfarsi di quelli vecchi perché sono rotti o antiquati o superati dalle nuove tecnologie[59]. I rimedi per i consumatori[60] sembrano non soddisfacenti perché, sulla scorta del caso Apple e Samsung, le sanzioni imposte dalle autorità competenti non dissuadono i colossi della tecnologia dall'astenersi ad attuare i loro comportamenti. In questo senso, sarebbe allettante l'attuazione di un sistema di rimedi basato sui

53 Per maggiori approfondimenti su tutti vedi Montrone A.- Ricciardi A.- Rubino F.E., *Economia aziendale. Istituzioni*, Milano, 2021.

54 Llamas Pombo E., *Manual de Derecho Civil. Volumen II. Obligaciones y Contratos. Teoría general*, 2021, Madrid, p. 15 ss. Cfr. Gullón A., *Curso de Derecho civil. El negocio jurídico*, Madrid, 1969, p. 178 ss.

55 Per maggiori approfondimenti vedi A.a.V.v., *Contratto*, in *Enc. dir.*, Milano, 2021. Cfr. Roppo V., *Il contratto del duemila*, Torino, 2021.

56 Llamas Pombo E., *La vendita e la tutela del consumatore nell'ordinamento spagnolo*, in Mezzasoma L.- Rizzo V.- Llamas Pombo E., *La compravendita: realtà e prospettive*, Napoli, 2015, p. 145 ss.

57 Camardi C., *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, cit., p. 499 ss.

58 Perlingieri P., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, cit., p. 269 ss. Cfr. De Franceschi A., *Planned Obsolescence challenging the Effectiveness of Consumer Law and the Achievement of a Sustainable Economy. The Apple and Samsung Cases*, in *Journ. Eur. Cons. Mark. Law*, 2018, p. 221.

59 Cfr. Palmieri A., *Profili giuridici delle piattaforme digitali. La tutela degli utenti commerciali e dei titolari di siti web aziendali*, Torino, 2019.

60 Per maggiori approfondimenti vedi Pagliantini S., *Eccezione (sostanziale) di risoluzione e dintorni. Appunti per una nuova mappatura dei rimedi risolutori*, in Perlingieri C.- Ruggieri L., *L'incidenza della dottrina e della giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016, p. 337 ss.; Patti S., *La vendita di beni di consumo*, in *Obbl. e contr.*, 2009, p. 681 ss. e Luminoso A., *Appunti per l'attuazione della direttiva n. 99/44/CE e per la revisione della garanzia dei vizi nella vendita*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 83 ss. Cfr. Astone M., *Azione di classe e tutela del consumatore: dall'art. 140 bis cod. cons. all'art. 840 bis c.p.c.*, in *Pers. merc.*, 2021, pp. 110-119; Barenghi A., *Osservazioni sulla nuova disciplina delle garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Contr. impr.*, 2020, pp. 806-822 e Iuliani A., *La trasparenza consumeristica nell'interpretazione della Corte di giustizia e della dottrina*, in *Foro it.*, 2020, pp. 45-50.

danni punitivi[61] ed introdurre sanzioni che possano almeno dissuadere le grandi aziende da queste pratiche commerciali scorrette. Un efficiente meccanismo di tutela attraverso questo strumento, con la quale si riconosce al danneggiato un ulteriore risarcimento rispetto a quello necessario per compensare il danno subito (*compensatory damages*)[62], creerebbe un effetto tale da dissuadere i colossi dell'industria tecnologica dall'attuare questi comportamenti asimmetrici a danno dei consumatori[63].

La negatività dell'obsolescenza programmata nella vendita di beni però presenta anche aspetti positivi, e questi sono legati al progresso tecnologico e, soprattutto, alla ricerca e all'innovazione dei prodotti[64]. Se non esistesse l'obsolescenza programmata, il consumatore non cambierebbe con frequenza i prodotti acquistati ed allo stesso tempo non esisterebbero stimoli a vantaggio della ricerca scientifico-tecnologica, volta alla costruzione ed allo sviluppo di nuovi e moderni apparecchi tecnologici[65].

Al fine di tutelare in maniera efficiente sia l'ambiente che il consumatore[66] sarebbe auspicabile un temperamento della questione attraverso tre chiavi di lettura che possiamo sintetizzare nella seguente maniera. In primo luogo, informare il consumatore, comunicando in modo trasparente – anche attraverso

61 I danni punitivi si traducono in una somma di danaro che può essere riconosciuta all'attore in aggiunta al risarcimento ottenuto. Per maggiori approfondimenti vedi A.a.V.v., *Danni punitivi*, Napoli, 2015. Cfr. Carabetta S., *«Punitive damages» e teoria della responsabilità civile. La funzione compensativa del risarcimento punitivo*, Torino, 2020.

62 Per maggiori approfondimenti vedi Gilbert G.M.- Sumner D.A., *Compensatory Damages and Other Remedies*, Arlington, 2021.

63 Tra l'altro un effetto simile lo possiamo riscontrare nel caso del *doping* sportivo nell'ordinamento italiano dove, nonostante la fattispecie sia ascrivibile ad un reato *ex* art. 586 *bis* c.p., la sanzione non funge da deterrente nei confronti degli atleti o dei dirigenti in quanto la pena irrogabile dal giudice fino a tre anni di reclusione (che possono diventare di più se insorgono danni effettivi per la salute) in caso di condanna spesso si trasforma in sospensione condizionale della pena. Per maggiori approfondimenti vedi Di Ciommo F., *Il doping: profili di diritto civile*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, p. 195. L'autore sostiene che «la differenza appena accennata appare di non poco momento, visto che essa dimostra come l'ordinamento civilistico, nella prospettiva risarcitoria, abbia la possibilità di reagire ad una vicenda di *doping* con molti meno limiti rispetto a quanto accade sul versante penale. Con il che si coglie un dato tutt'altro che trascurabile: se i soggetti privati coinvolti nella pratica dello sport (atleti, associazioni, società e federazioni sportive, organizzatori di eventi, *sponsor* e quant'altro), e più in generale in attività colpite dal fenomeno del *doping*, reagissero risolutamente nei confronti degli autori degli illeciti azionando sistematicamente nei tribunali civili lo strumento risarcitorio, la leva della responsabilità patrimoniale potrebbe svolgere una funzione deterrente verso l'uso delle sostanze vietate in modo forse molto più efficace di quanto oggi non riesca a fare la minaccia di sanzione penale. Per questo, e non solo per questo, i profili civilistici del *doping* meritano senz'altro di essere approfonditi, eventualmente partendo da questa iniziale ed incompleta traccia di riflessione».

64 Cfr. Vaciago E.- Vaciago G., *La new economy*, Bologna, 2001. Gli autori sostengono che «un'economia guidata dal sapere – come abbiamo già visto per una *learning organization* – è spiegata da alcune regole. Anzitutto, l'incentivo all'invesimento che consente accumulazione delle conoscenze, incentivo che deriva dal temporaneo "monopolio" delle stesse e dall'incompleta trasferibilità di una parte (almeno quella "tacita") della conoscenza».

65 Cfr. Addis F., *Spunti esegetici sugli aspetti dei contratti di vendita di beni regolati nella nuova direttiva (UE) 2019/771*, in *Nuovo dir. civ.*, 2020, p. 5 ss.

66 Mezzasoma L., *Consumatore e Costituzione*, in Id., *Il percorso della meritevolezza nel sovraindebitamento del consumatore (dalla l. n. 3 del 2012 alla l. n. 137 del 2020)*, Napoli, 2021, p. 77 ss. Cfr. Id, *Consumatore e Costituzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, pp. 311-327.

il sistema della *text form*[67] (denominato anche forma modulo o forma informativa) – le caratteristiche e l'eventuale durata del prodotto. In secondo luogo, sanzionare non tanto l'obsolescenza di un prodotto, che ha necessariamente un proprio ciclo di vita, ma l'abuso da parte delle grandi aziende (sulla base dell'abuso di posizione dominante, dove non viene punita la posizione dominante che può essere acquisita negli anni grazie alla bravura dei *manager* delle aziende, ma l'abuso)[68]. Infine, incentivare un sistema di riciclo dei beni per proteggere l'ambiente[69] e consentire ai consumatori di cambiare i loro prodotti, magari con incentivi statali ed europei, e stare al passo con i tempi[70].

Un sistema a livello europeo che possa permettere attraverso l'ausilio di incentivi la sostituzione di mezzi di trasporto e di prodotti tecnologici in maniera periodica garantirebbe una buona azione sia ambientale che sociale.

In primo luogo, la possibilità di accedere a prodotti tecnologici attuali (ed a prezzi accessibili specie per le famiglie meno abbienti) significherebbe un'educazione di qualità, equa ed inclusiva, e soprattutto un'opportunità di apprendimento per tutti giovani e meno giovani. In secondo luogo, la possibilità di usufruire di *eco bonus* periodici volti alla sostituzione di mezzi di trasporto (non solo elettrici) significherebbe inquinare di meno[71] ed allo stesso tempo evitare i numerosi

67 Modica L., *Formalismo negoziale e nullità: le aperture delle corti di merito*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 16 ss. e Pagliantini S., *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009, p. 94 ss. L'autore sostiene che «la "forma informativa" o "forma di protezione" sia difficilmente riconducibile alla qualità di *vestimentum* del patto proprio della forma *ad substantiam*».

68 Vacchiano L.G., *Abuso di posizione dominante e diritto della proprietà intellettuale. Il caso Huawei*, in *Amministrativamente.com*, 2021, p. 298 ss. L'autrice sostiene che «la posizione dominante trova regolamentazione nell'ordinamento interno all'art. 3 della L. n. 287/1990 che ammette la esistenza sul mercato di posizioni dominanti, purché entro limiti ragionevoli dalla legge stessa imposti che evitino situazioni di abuso. Disciplina, questa, di chiara ispirazione europea. È il Trattato sul funzionamento della UE che impone, infatti, un divieto di abuso delle posizioni dominanti sul mercato all'art. 102 (*ex* art. 82 TUE), ammettendone, a contrario, la loro esistenza. Dall'analisi comparativa della disciplina normativa in materia, è dato evidenziare una indifferenza dell'ordinamento per la dimensione assoluta dell'impresa, del *quantum* del fatturato o del volume dell'attività, al fine di inquadrarla nel novero delle c.d. posizioni dominanti. La posizione dominante, infatti, non può essere in alcun modo "assolutizzata": una impresa può essere dominante solo con riferimento ad alcuni aspetti della sua attività. Del resto, la finalità ultima della disciplina di contenimento della posizione dominante è proprio quella di tutelare la concorrenza nel mercato e, indirettamente, la libertà di scelta dei consumatori in virtù di una corretta ed efficiente allocazione delle risorse. Le condotte abusive, così individuate dalla disciplina di settore e descritte nella loro tassatività, si riverberano in due differenti situazioni di abuso: abusi di sfruttamento ed abusi di esclusione». Cfr. Petrocelli F., *Nuovi approdi e proposte di regolazione contro gli abusi di dominanza nei mercati digitali: una analisi comparativa*, in *federalismi.it*, 2021, pp. 199-216 e Barela M., *Danno lungolatente, "dies a quo" della prescrizione e abuso nell'illecito "antitrust"*, in *Danno resp.*, 2020, pp. 613-623. Per maggiori approfondimenti vedi Marabini F., *L'abuso di posizione dominante nella giurisprudenza comunitaria*, Torino, 2004 e Bastianon S., *Abuso di posizione dominante*, Milano, 2001.

69 Per maggiori approfondimenti vedi Imbruglia D., *Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori*, in *Pers. merc.*, 2021, p. 495 ss. Cfr. Capra F.- Mattei U., *The Ecology of Law. Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Oakland, 2015; Pennasilico M., *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto*, in *Pers. merc.*, 2015, p. 37 e Id., *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *Giust. civ.*, 2017, p. 809.

70 Cfr. Lorenzetti P., *Diritto ambientale*, Napoli, 2020.

71 Numerosi studi hanno dimostrato che le automobili più vecchie inquinano molto, ad esempio le auto Euro 0 non possono circolare per strada anche a prescindere dai blocchi del traffico tranne che per alcune eccezioni come le auto d'epoca.

incidenti stradali che si registrano a causa dell'inaffidabilità delle autovetture vetuste che circolano su strada e che non possono essere sostituite dai rispettivi proprietari a causa delle loro difficoltà economiche.

Tutto ciò deve far riscoprire il senso della dignità della persona umana[72], intesa non soltanto come diritto fondamentale in sé, ma nella sua unicità e nel suo valore oggi comunemente condiviso.

In questo senso, anche se la soluzione a questi problemi tarda ad arrivare[73], riscoprire i valori e soprattutto la forza dei principi, «individuando i limiti ai poteri e le priorità d'azione, alla costante ricerca di una tutela effettiva»[74] può essere utile a superare le paure alla maniera di Bauman quando afferma che «un consumatore soddisfatto sarebbe una catastrofe per la società dei consumi […]»[75] e far si che questa guerra silenziosa non la si sta perdendo, ma affrontando.

72 Cfr. Alpa G., *Il diritto di essere sé stessi*, Milano, 2021, p. 293 ss. L'autore quando parla di persona, dignità e identità sostiene che «la dignità può essere parola ambivalente e ambigua, se strumentalizzata per ottenere risultati che contrastano con l'essenza dell'umanità espressa nell'individuo-persona, ma non per questo deve considerarsi un concetto di cui si può fare a meno, o addirittura da riprovare». Per maggiori approfondimenti vedi Perlingieri P., *Principio personalista, dignità umana* e *rapporti civili*, in A.a.V.v., *Annali della SISDIC*, Napoli, 2020, p. 1 ss.

73 Per maggiori approfondimenti vedi Imbruglia D., *Mercato unico sostenibile* e *diritto dei consumatori*, cit., p. 510 ss. L'autore sostiene che «nel diritto euro-unitario vigente di fonte primaria, lo sviluppo sostenibile è un obiettivo che vincola l'azione interna ed esterna dell'Unione, rispetto a una pluralità di politiche, ambientali, sociale e di mercato. Con riferimento a tale ultima dimensione, il discorso avviato negli ultimi anni determina una nuova stagione di regolazione dell'autonomia privata che comporti un avvicinamento del mercato all'ideale di una gestione delle risorse sostenibile e quindi attenta a evitare sprechi nella produzione e nel consumo dei beni. Tale obiettivo passa per il diritto privato. In particolare, esso si articola in una strategia di effettivo controllo delle dichiarazioni pubblicitarie ingannevoli, nella previsione di uno scambio informativo esteso alle caratteristiche relative alla durabilità e riparabilità del bene, a un forte incentivo della riparazione in luogo della sostituzione, nonché di riutilizzo del bene».

74 Per maggiori approfondimenti vedi Vettori G., *La forza dei principi. Ancora un inizio*, in *Pers. merc.*, 2019, p. 6 ss. L'autore sostiene che «la cultura e una società civile vigile deve sollecitare una mobilitazione capace di fissare le priorità di un processo democratico, tramite appunto la pretesa dell'effettività. La quale indirizza verso tutele adeguate ad un ordine fondato su norme e principi, pensati come un antidoto all'astrattezza e capaci di arricchire gli obblighi positivi degli Stati e favorire l'attuazione e l'evoluzione delle forme, come mostra con chiarezza la giurisprudenza europea. Le sfide attuali sono chiare. Una democrazia che si preoccupi ancora dei limiti al potere. La priorità dei diritti fondamentali, l'effettività della garanzia ad una vita libera e dignitosa (art. 36) bilanciando il diritto e il dovere al lavoro, i limiti ad una circolazione incontrollata delle informazioni, il problema "della interdipendenza tra gli stati, nonché fra questi e i vari poteri che si sono affermati" in Europa e nel mondo. Queste sfide esigono un nuovo inizio e l'uso corretto dei principi è uno degli strumenti più efficaci». Cfr. Irti N., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in Carleo A., *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, p. 17 ss. e Benedetti G., *La fattispecie* e *altre forme di certezza*, in *Pers. merc.*, 2015, p. 67 ss.

75 Bauman Z., *Homo consumens. Lo sciame inquieto dei consumatori* e *la miseria degli esclusi*, Trento, 2021. Per maggiori approfondimenti vedi Id., *Consumo, dunque sono*, Bari 2011.

ARGOMENTO STORICO E DIRITTO CIVILE. CON UNO SGUARDO ALLA FORMA E AI RIMEDÎ

HISTORICAL METHOD AND CIVIL LAW. LOOKING AT FORMALISM AND REMEDIES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 388-411

Alberto
MATTIA
SERAFIN

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Il contributo aspira a delineare alcuni indirizzi di metodo minimi sull'uso dell'argomento storico nel diritto civile, portando due esempî tra loro eterogenei: il formalismo testamentario e l'equilibrio contrattuale.

PALABRAS CLAVE: Argomento storico; Forma del testamento; Presupposizione; Equilibrio contrattuale.

ABSTRACT: *The essay aims at outlining some minimal methodological guidelines on the use of the historical argument in civil law, looking at two heterogeneous examples: testamentary formalism and contractual balance.*

KEY WORDS: *Historical argument; Testamentary formalism; Voraussetzung; Contractual equilibrium.*

SUMARIO.- I. PREMESSA: IL DIRITTO COME "FORMA DELLA REALTÀ SOCIALE".- II. SPUNTI DI METODO.- III. DUE ESEMPÎ.- 1. La forma del testamento.- 2. La presupposizione.- IV. CONCLUSIONI.

I. PREMESSA: IL DIRITTO COME "FORMA DELLA REALTÁ SOCIALE".

Chi scorra, anche solo sommariamente, la produzione civilistica degli ultimi decenni, ritrarrebbe la netta sensazione – contraddetta solo da alcune, tanto sporadiche, quanto meritorie, eccezioni – che il messaggio heideggeriano della *Verfallenheit* sia stato esasperato e frainteso, al punto da far coincidere la nostra esperienza terrena individuale, con quella dell'uomo in generale; un po' – verrebbe da dire piú prosaicamente – come se, nel *video-game* dell'esistenza umana, si rinunziasse costantemente a "caricare" la partita dei nostri predecessori, per avviarne ogni vólta una "nuova", obliterando, per tal via, tutto ciò che, di pur significativo, possa essere occorso nelle ere anteriori.

Ne è emerso, insomma, un accentuato disinteresse verso l'argomento "storico"[1], giacché – se si volesse tracciare un quadro d'insieme, ordinato secondo rarefazione progressiva – talvolta le esposizioni riguardanti il passato si riducono a meri "cenni", locuzione, questa, già di per sé indicativa d'una tendenza schiettamente e consapevolmente contenitrice. Talaltra ancóra, esse si diffondono in considerazioni piú ampie, ma comunque non tali da poter ricavare ispirazioni per l'oggi, sicché meramente quantitativa si dà la differenza con la prima evenienza. Talaltra, e infine, esse registrano – questi ci appaiono i casi meno frequenti, e perciò piú degni di menzione – un collegamento piú marcato, esplicito e maturo con la quotidianità[2].

1 Una veduta complessiva, eppure riduttiva, è in Tarello, G.: *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 367 ss. Per un'utile tassonomia, cfr. Ibbetson, A.: "Historical Research in Law", in *The Oxford Handbook of Legal Studies* (a cura di M. Tushnet e P. Cane), Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 863 ss. Significativi spunti si trovano ora anche in Diliberto, O.: "Fra storia e diritto", in AA.VV.: *Nel mondo del diritto romano* (a cura di L. Vacca), Jovene, Napoli, 2017, pp. 75 ss.

2 Lungo quest'ultima linea si colloca l'autorevole posizione di Scozzafava, O.T.: *Studi sulla proprietà*, Giappichelli, Torino, 2014, ove sono raccolti i saggi, che s'inscrivono nella tendenza già tracciata da Id.: *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Giuffrè, Milano, 1982, a breve oggetto di riedizione da parte della Casa editrice ESI, nella collana "Ristampe della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino", diretta da Pietro Perlingieri e Giovanni Perlingieri. In àmbito successorio, si segnalano Barba, V.: *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, ESI, Napoli, 2018, *passim*, spec. pp. 25 ss., opera vincitrice del Premio "Eccellenza Scientifica", ed. 2019, bandito dalla SISDiC; Id., *I patti successorî e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2015; de Belvis, E.: *La successione necessaria tra storia e riforme*, ESI, Napoli, 2013. Per un recente sguardo piú ampio, Alpa, G.: *Diritto civile italiano. Due secoli di*

• Alberto Mattia Serafin
Avvocato e Dottorando di Ricerca in Diritto Privato
Università degli Studi di Cassino
E-mail: albertomattiaserafin@icloud.com

Ragioni di economia, e forse anche di eleganza, suggerirebbero di astenersi dal tracciare una possibile eziologia d'una tale omissione[3], e quindi d'attingere direttamente all'evocato metodo, soprassedendo alla ricerca delle cause del suo declino, per vero già tempo addietro oggetto di stigmatizzazione da parte d'un illustre esponente della nostra scienza, il quale invitava a non dismettere la "tradizione"[4], in difetto della quale sarebbe inconcepibile qualsivoglia "innovazione"[5], e a perseguire altresí ogni possibile forma di "contaminazione"[6].

Sennonché, un'indagine, quantunque sommaria, in ordine alle circostanze, che possano aver occasionato siffatta attitudine dismissiva[7], in ovvia assenza d'ogni contro-indicazione strutturale[8], potrebbe tornare d'utilità per corroborare gl'intrinseci pregî, che avocherebbe a sé un'opposta propensione riacquisitiva.

Orbene, a noi pare, almeno sotto un profilo strettamente giuridico – e, dunque, a voler tener fuori, almeno per ora, la spiegazione, per cosí dire psicologica, secondo cui la Rete ci avrebbe sospinti in una dimensione ontologicamente avulsa da riferimenti crono-topici[9] – che l'atteggiamento surriferito trovi con-causa in un dato oramai acquisito, ma ancóra gravido di conseguenze inesplorate e notevolissime.

storia, Il Mulino, Bologna, 2018; A. del quale si segnala anche la Prolusione all'edizione 2019/2020 del "Corso di Alta Formazione in Diritto Romano", impartito presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza", dal titolo "Metodo storico nello studio del diritto privato".

3 Così giustificata, ad es., da Melton Jr., B.F.: "Clio at the Bar: A Guide to Historical Method for Legists and Jurists", 83 *Minnesota Law Review*, 1998, pp. 377 ss., 384: "historical thinking is very different from legal thinking, and the tools of historical research are certainly much more diverse and often considerably harder to use than sources of legal authority", cosicché "this disparity in the state of research tools and sources of the two disciplines is a principal reason why accomplished attorneys, judges, and law professors often turn out to be poor amateur historians". D'altronde, non è un caso che al "metodo storico" si approdi, almeno di regola, nelle fasi, per cosí dire, piú "mature" della ricerca scientifica: aspetto, questo, sottolineato, ad esempio, da Rose, J.: "Learning to Be e a Legal Historian: Reflections of a Nontraditional Student", in 51 *Journal of Legal Education* 2, 2001, pp. 294 ss., 295.

4 Perlingieri, P.: "Il ruolo del diritto romano nella formazione del civilista contemporaneo", *Rass. dir. civ.*, 1988, pp. 124 ss., ora in Id.: *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, ESI, Napoli, 1989, pp. 323 ss., sulla scia di Orestano, R.: "Idea di progresso, esperienza giuridica romana e «paleoromanistica»", in *Soc. dir.*, 1982, pp. 15 ss.; Id.: *Introduzione allo studio storico del diritto romano* (1963), 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2021, rist., pp. 261 ss. Da ultimo, *vid.* anche Pennasilico, M.: "Il diritto civile tra storia e metodo", *Rass. dir. civ.*, 2015, pp. 337 ss.

5 Per alcuni risvolti "didattici", *vid.* Carrabba, A.A.: "Insegnamento tra tradizione e modernità: ritorno al futuro?", *Rass. dir. civ.*, 2019, pp. 632 ss.; per altri (anche) "professionali", Id.: "Ragione e invenzione. Il ruolo degli operatori giuridici e in ispecie del notaio", *Contr. impr.*, 2021, pp. 66 ss.

6 Perlingieri, P.: "Filosofi del diritto e civilisti a confronto", in Id. (a cura di): *Soggetti e norma individuo e società*, ESI, Napoli, 1987, pp. 172 ss., poi in Id.: *Scuole*, cit., pp. 313 ss., cui *adde* – eventualmente – Mattia Serafin, A. e Mattia Serafin, C.: "L'avvocato del futuro tra «alterità» e «ulteriorità»", in *Prev. for.*, 2021, p. 231 ss.

7 Stigmatizzata anche da Graziadei, M.: "Comparative Law, Legal History, and the Holistic Approach to Legal Cultures", in 7 Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 553, 1999, pp. 531 ss., 532.

8 E, anzi, trascurando ogni altro, possibile "beneficio": per la correlazione con la "europeizzazione" del diritto privato, *vid.* il classico lavoro di Zimmermann, R.: *Roman Law, Contemporary Law, European Law: the Civilian Tradition Today*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

9 Il dato è ormai talmente acquisito, da dover essere – probabilmente – esso stesso storicizzato; e *vid.* infatti, per la società "tecnologica", in generale, il pioneristico lavoro del futurista americano Toffler, A.: *Future Shock*, Random House, New York, 1970.

Alludiamo, anzitutto, al tramonto – su cui va insistendo, fra gli altri, Paolo Grossi[10] – di quella (cieca) tendenza iper-positivistica, che vede le norme auto-giustificarsi in relazione al loro mero "porsi", come se la circostanza risultasse bastevole a motivare non solo l'esistenza, ma anche la persistenza, della loro naturale capacità ordinante.

Nell'abbandonare – del tutto rettamente – una tale prospettiva, vale a dire quella del "rifugio in un disincantato «neo-positivismo»"[11], si ha la sensazione che si sia sovrabbondati nella critica, tacciando di "formalismo", nell'accezione ovviamente piú deteriore del termine, la posizione di chi pure aveva intuìto, del diritto, la funzione sua piú alta. E, cioè, quella d'essere – sono parole di Rosario Nicolò[12] – "la forma di una realtà sociale"[13]; o – come recentemente, in linea di continuità, e piú distesamente, s'è scritto – "la veste delle trasformazioni, che si realizzano nella società, con cui la politica dà veste formale alle trasformazioni della realtà"[14].

II. SPUNTI DI METODO.

Quella straordinaria capacità del "diritto", d'assecondare la "realtà sociale", sagomandole intorno le diverse costruzioni concettuali, è stata trasfigurata – quasi per paradosso – nel demerito d'averne soffocate le potenzialità di svolgimento: comprimèndole ottundèndole atrofizzàndole.

È intuibile, d'altronde, come questo non sia stato un difetto imputabile al diritto in quanto tale, giacché la riferita attitudine gli è "formalmente" – qui nel senso piú alto – co-essenziale, bensí a quegl'interpreti, che non hanno saputo ipostatizzarla a pieno. Cosí trascurando l'assunto, sempre facente capo a Nicolò, per cui "[…] altro è lo studio delle forme giuridiche del passato, come componente della storia della

10 In *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1998; nelle *Mitologie giuridiche della modernità*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 2008; in *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015; in *Oltre la legalità*, Laterza, Roma-Bari, 2020; da ultimo, specialmente ne *Il diritto civile fra moderno e posmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 2021.

11 Wieacker, F.: "Il progresso degli studi storici nel diritto privato moderno", in *Quaderni storici delle Marche*, 1966, pp. 184 ss., 206.

12 Che cosí si esprimeva in *Attuale evoluzione del diritto civile*, *Temi rom.*, 1965, ora in Id.: *Raccolta di scritti*, III, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 9 ss., da cui si cita, 16. È convinzione, questa, ad ogni modo, che si mantiene inalterata lungo tutta la (pur non cospicua) produzione "general-teoretica" dell'A. appena citato, come emerge nella traiettoria tracciata in Id.: voce "Codice civile", *Enc. dir.*, VII, Milano, 1961, pp. 240 ss., ora in Id.: *Raccolta*, cit., II, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 1439 ss., poi proseguita in Id.: voce "Diritto civile", in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 904 ss., ora in Id.: *Raccolta*, II, cit., pp. 1497 ss., da cui si citerà, seguito, un anno dopo, da Id.: "Attuale evoluzione", cit., e infine culminata nella Relazione taorminese dal titolo "L'esperienza scientifica nel diritto civile degli ultimi cinquanta anni", in AA.VV.: *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Giuffrè, Milano, 1982, ora in Id.: *Raccolta*, III, cit., pp. 43 ss.

13 In tema – ovviamente – Cammarata, A.E.: *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Giuffrè, Milano, 1963. *Vid.* anche due diverse impostazioni in Orestano, R.: voce "Formalismo giuridico", *Enc. it.*, App., III, Roma, 1961, pp. 658 ss., ora in Id., *Scritti*, III, Napoli, 1998, pp. 1531 ss. e in Tarello, G.: voce "Formalismo", *Noviss dig. it.*, VII, Torino, 1961, pp. 571 ss.

14 Scozzafava, O.T.: "Della proprietà nelle fonti comunitarie", *Dir. proc.*, 2019, pp. 7 ss., 7.

civiltà umana, altro è la pretesa di ritenere vivi e operanti, come dato della nostra esperienza di giuristi moderni, schemi e forme ormai definitivamente superati"[15].

Ma v'è forse di piú, in quanto, se è vero – come ipotizzato nel § precedente – che l'argomento "storico" sta vivendo una fase di vistosa decadenza, ancóra meno si giustifica, allora, quella riproposizione, quella pretesa, che a questo punto diviene quasi inconsapevole, di presentare come attuali le soluzioni di quel "passato", cui pure non si era rivolta la dovuta attenzione. Là dove è del tutto probabile che, se quest'ultimo studio fosse stato invece svolto, non sarebbe stato neppure cosí difficile avvedersi dell'anacronismo, talvolta davvero lampante, delle diverse ipotesi di composizione degl'interessi in concorso, che nel diritto "di ieri" erano per converso giudicate congrue e adeguate[16].

Sviluppando il discorso in una chiave "fisiologica", il tema merita – seppure con le limitazioni imposte dalla natura di questo scritto – d'essere meglio indagato e sezionato, potendosi delineare un procedimento metodologico di carattere "bi-fasico", in cui: *i)* dapprima s'individuano le esigenze, germogliate dalla realtà sociale; *ii)* successivamente, si escogitano le categorie giuridiche, intese nella loro valenza piú relativa possibile – nella loro veste, cioè, di "strumenti di conoscenza di una realtà sociale alla quale si devono adeguare e intimamente aderire"[17] – mercé le quali il diritto, a quelle stesse esigenze, intende far fronte.

È chiaro, d'altra parte, come questo ideale itinerario non debba essere esasperato, dacché, ove rigorosamente od ottusamente inteso, esso rischierebbe di trascurare o frustrare quella funzione "promozionale"[18] del diritto, che, talvolta, e seppure non proprio frequentemente, fa sí che sia la stessa categoria giuridica, ad esercitare una forza deontico-propulsiva sulla realtà sociale. Si pensi – per anticipare una direttrice, che avremo modo di richiamare – al principio di proporzionalità[19], rispetto al quale si ha netta la sensazione, che esso non sia intervenuto (solamente) a prendere atto, in pura chiave certificativa, dell'esigenza

15 Nicolò, R.: "Attuale evoluzione", *loc. cit.*

16 Lo rimarcano anche Sirena, P.: "Considerazioni civilistiche sul diritto comune medievale e moderno", *Studi senesi*, 2007, pp. 172 ss., 177, ora in *Scritti in onore di Marco Comporti* (a cura di S. Pagliantini, E. Quadri e D. Sinesio), I, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 2517 ss. e Brutti, M.: "Sulla convergenza tra studio storico e comparazione giuridica", in *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico* (a cura di M. Brutti e A. Somma), Max Planck Institute for European Legal History, Francoforte, 2018, pp. 49 ss., 57.

17 Nicolò, R.: voce "Diritto civile", cit., p. 1506.

18 Resta classico lo studio di Bobbio, N.: "Sulla funzione promozionale del diritto", *Riv. trim.*, 1969, pp. 1313 ss., ove si supera la tradizionale dicotomia tra funzione "protettiva" e "repressiva" del diritto.

19 Cfr. Perlingieri, P.: "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti", *Rass. dir. civ.*, 2001, pp. 335 ss., ora in Id.: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, ESI, Napoli, 2003, pp. 441 ss., da cui si cita, spec. pp. 448 e 454. L'intuizione – per la verità – era stata già affacciata in Id.: "Nuovi profili del contratto", in *Rass. dir. civ.*, 2000, pp. 545 ss., ora in Id.: *Il diritto*, cit., pp. 415 ss., spec. § 4.

di un'armonia tra le prestazioni delle parti; bensí anche ad attuare, o quanto meno ad additare come preferibile, una tale simmetria[20].

Eppure, quella "pregiudizialità" mantiene intatta la propria carica educativa, lì dove dovrebbe rappresentare un costante monito a non anteporre il passaggio *sub ii)* a quello *sub i)*, e quindi a disapplicare gl'impianti categoriali del passato, qualora essi si mostrino obsolescenti rispetto ad una "realtà sociale" – ancóra una volta – frattempo mutata. Né deve sorprendere che questo rischio si presenti piú di sovente rispetto a quei formanti normativi – le regole, ma, in certo senso, anche le clausole generali – cui è invero propria l'attitudine a consolidare evoluzioni, piucché a creare quel "gassoso" clima, che ne propizi di nuove[21].

Ma dove la riferita dualità si mostra vieppiú utile è nella costante relativizzazione non solo degli strumenti epistemologici, ma anche delle stesse istanze, con le quali essi provano a misurarsi; ed è ancóra a notarsi come i due profili debbano essere – pur nella loro sicura inter-relazione – concettualmente autonomizzati; e, infine, come questa sia indicazione di metodo "universale", ossia valevole per partizioni, anche tra loro diversissime, del sapere giuridico.

III. DUE ESEMPÎ.

1. La forma del testamento.

Si prendano due temi, tra loro vistosamente eterogenei, dei quali chi scrive ha avuto finora occasione d'occuparsi: la presupposizione[22] e la forma del testamento[23].

Orbene, mentre è intuibile come il primo istituto non trovi la propria giustificazione in sé, ma sia sorto per soddisfare esigenze pre-maturate, e sintetizzabili, almeno per ora, nella formula d'uno "equilibrio negli scambî", la circostanza non è altrettanto evidente per il secondo, giacché è opinione non poco diffusa che all'atto *mortis causa* sia per cosí dire ontologicamente connaturata l'esigenza – ai fini di validità – d'essere circondato d'un certo *vestimentum*.

20 Sul delicato problema, una visione equilibrata, e in modo particolare attenta a non esasperare la distinzione tra le diverse Scuole, bensí a farle proficuamente dialogare, è in Addis, F.: "Il valore «normativo» dei principi", in AA.VV.: Liber Amicorum *per Bruno Troisi* (a cura di C. Cicero e G. Perlingieri), I, ESI, Napoli, 2017, pp. 1 ss.; Id.: "Sulla distinzione tra norme e principi", *Eur. dir. priv.*, 2016, pp. 1019 ss.; Id.: "Sulla contrapposizione tra norme e principi", in AA.VV.: *Giurisprudenza per principi e autonomia privata* (a cura di S. Mazzamuto e L. Nivarra), Giappichelli, Torino, 2016, pp. 219 ss.

21 Femia, P: *Princípi e clausole generali. Tre livelli di indistinzione*, ESI, Napoli, 2021, pp. 17 ss.

22 Ci permettiamo di rinviare a Mattia Serafin, A.: *La presupposizione. Genesi storica, categorizzazione differenziale e olismo contrattuale*, ESI, Napoli, 2021.

23 Id.: "Comparative aspects of testamentary formalism", in Aa.Vv.: *Rijeka Doctoral Conference 2020. Book of Abstracts*, Rijeka, 2020, pp. 27 ss., ma spec. Id.: *Profili evolutivi del formalismo testamentario. Dalla tradizione romanistica al particolarismo medievale*, Giappichelli, Torino, 2022, in corso di stampa.

In verità, questa posizione sconta un certo grado di grossolanità, e piú precisamente rappresenta una chiara inversione delle due direttrici poc'anzi identificate. E cosí, risalendo al diritto romano, si comprende, ad esempio, come i *tria genera testamentorum*[24], diffusi in particolare nel periodo arcaico e pre-classico, rispondessero non già ad una sola, ma a diverse esigenze: il primo modello – quello *calatis comitiis* – era svolto, come si desume dalla stessa denominazione, innanzi ai *comitia calata*, ossia a solenni assemblee del popolo romano, le quali si tenevano, due volte l'anno, presso il Collegio dei pontefici; il secondo schema – quello *in procinctu* – era riservato ai soldati in battaglia, e cioè a coloro per i quali la riferita periodicità biennale avrebbe precluso di formulare in ogni momento le ultime volontà, le quali erano espresse, pertanto, avanti l'esercito; infine, il terzo prototipo – quello *per aes et libram* – era dapprima circoscritto ai casi di morte improvvisa, ma ben presto (arg. *ex* Gai 2, 102) surrogò i primi due, i quali, come sempre ci rammenta il giurista antoniniano, "*in desuetudinem abierunt*"[25].

Fermiamo un'attenzione selettiva su uno dei *vetera testamenta*: quello "comiziale". Le fonti ce ne attestano la presenza, ma – com'è ovvio – non forniscono *verbatim* la reale giustificazione d'una solennizzazione cosí accentuata; eppure, questa è facilmente spiegabile slargando lo spettro dell'indagine – profilo c.d. "esterno" del formalismo testamentario – rispetto ad altri atti (come la *adrogatio*, la *confarreatio*, la *manumissio*, il *nexum*, la *solutio*, la *mancipatio* o la *in iure cessio*) rispetto ai quali, come per il *testamentum*, si richiede una rigida adesione non solo a "moduli verbali" (il che è invece sufficiente, ad esempio, per la *stipulatio* e per la *traditio*), ma anche al "rigore gestuale", che a quelli deve accompagnarsi[26].

Rigore, questo, che – ancóra una volta – non era certo immotivato, o giustificato (almeno esclusivamente) dallo stadio primitivo di quella civiltà, bensí (anche, e soprattutto) dalla rilevanza "meta-individuale" dell'atto, e cioè dalla capacità, a questo propria, di trascendere la sfera individuale di chi lo poneva in essere, e quindi d'inserirsi in quella dimensione *lato sensu* collettiva, che appunto giustificava, per tornare piú direttamente al *testamentum*, la compartecipazione delle assemblee gentilizie.

La congettura, d'altronde, trova conferma nell'analizzare – profilo c.d. "interno" del formalismo testamentario – il contenuto dell'atto a causa di morte: esso, come comprovato dalla centralità della *heredis institutio*, che era *caput et fondamentum totius testamenti* (Gai 2, 229), s'appalesava funzionale (anche) ad indicare un

24 Un quadro generale in Voci, P.: *Diritto ereditario romano*, II, Giuffrè, Milano, 1956, pp. 65 ss.

25 Per i dovuti riferimenti rinviamo a Mattia Serafin, A.: *Profili*, cit., cap. I, § 1.

26 Sul problema, Corbino, A.: *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2006, pp. 2 ss.

successore nella *familia*[27], e non è *difficile scorgere*, in piena aderenza all'additato profilo esterno, la valenza (anche) sociale d'una tale designazione[28].

Ora, in punto di stretta eziologia, è chiaro come fosse la valenza "politica" – o, come anche s'è detto, "sacramentale"[29] – del testamento, a giustificare le rigorose formalità da osservare per la sua confezione; ma è anche evidente, e lo si è anticipato, come il giurista che s'interroghi su tale remoto passato s'imbatta anzitutto nelle fonti, testimonianti l'osservanza di quelle *solennità*, piucché – almeno direttamente – con le *esigenze*, alle quali un formalismo cosí accentuato intendeva far fronte. Eppure, il suo cómpito, per poco che si rifletta, è proprio quello d'amalgamare le une (*solennità*) con le altre (*esigenze*), tenendo a mente l'insegnamento innanzi richiamato, e cioè – lo ribadiamo – l'atteggiarsi del diritto a "forma della realtà sociale".

Emerge qui un punto decisivo. Chi rifletta oggi sulle forme del testamento, avvertirebbe come sicuramente anacronistica l'esigenza d'una "spettacolarizzazione" dell'atto, e giudicherebbe indi del tutto eccentrico che le ultime volontà siano (*recte*, debbano, *ad validitatem*, essere) manifestate, per cosí dire, *coram populo*; tanto piú che l'esigenza odierna sembra essere, da piú parti, e all'opposto, quella d'affievolire snellire rammodernare una disciplina (artt. 601 ss. c.c.), che ricalca fedelmente quella della previgente codificazione del 1865 (artt. 774 ss. c.c. abr.), a propria volta rimontante al Code Napoléon (artt. 967 ss.), e che quindi sente sulle sue spalle oltre due secoli di storia.

Storia, fatta – com'è intuibile – di profondi rivolgimenti sociali economici politici religiosi tecnologici[30], e tanti e tali da far avvertire come particolarmente insidiosi due pericoli, tra loro connessi: quello che si conservino forme vetuste, a fronte d'una realtà sociale mutata; e quello, non meno temibile, che il diritto s'astenga dal proprio compito di giuridificazione, lasciando la realtà sociale all'arbitrio del suo natural fluire.

27 Per la tesi, secondo cui il testamento "comiziale" sarebbe perciò equiparabile ad una *adoptio mortis causa per populum*, Arangio-Ruiz, V.: *Istituzioni di diritto romano*, Jovene, Napoli, 14ª ed., 1994, pp. 516 ss. *Contra*, Bonfante, P.: *Corso di diritto romano*, VI, rist., Giuffrè, Milano, 1974, pp. 79 ss.

28 Questa idea fa capo a Pietro Bonfante, che l'ha sviluppata particolarmente ne *L'origine dell'*«hereditas» e dei «legata» *nel diritto successorio romano. A proposito della regola* nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, Estratto dal *Boll. ist. dir. rom.*, Roma, 1891.

29 Cosí Vismara, G.: "Appunti intorno alla *'heredis institutio'*", in AA.VV.: *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta*, III, Giuffrè, Milano, 1939, pp. 301 ss., ora in Id.: *Scritti di storia giuridica*, VI, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 37 ss., da cui si cita, 42.

30 Tali, almeno talvolta, da propiziare forme di "anticipazione" degli effetti successorî, rispetto al momento nel quale essi sarebbero naturalmente portati ad esplicarsi. In tema, anche con osservazioni sociologiche, Zoppini, A.: "Profili sistematici della successione "anticipata" (note sul Patto di famiglia)", *Riv. dir. civ.*, 2007, pp. 273 ss., le cui considerazioni sono state piú di recente riprese in Id.: "La donazione «ha forza di legge tra le parti» (per una rilettura della riserva di disporre del bene donato)", *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 223 ss.

Ma anche qui occorre procedere con la massima prudenza, e identificare con precisione esigenze e strumenti. E cosí, l'attenuazione di forme rigorose non è – come talvolta pare percepirsi – un'istanza *an sich*, rappresentando piuttosto il portato di piú specifiche sollecitazioni reali, come quelle poc'anzi enucleate. La riprova d'un tale assunto – ancóra una volta – ha da essere rintracciata nell'esperienza storica: si potrebbe infatti ritenere, almeno intuitivamente, che nel corso delle diverse esperienze giuridiche le forme del testamento, per restare al nostro esempio, altro non abbiano fatto, che progressivamente incrementarsi; quando, al contrario, basta rivolgere attenzione al diritto medievale, per constatare come esso fece registrare loro una recisa mitigazione[31]. Il che avvenne, in particolare, una volta superata quella fase iniziale, in cui le finalità "para-successorie" erano perseguite a mezzo delle *donationes post obitum*, dacché quella germanistica, almeno probabilmente, era, all'epoca, civiltà giuridica non cosí avanzata, da conoscere gli atti unilaterali e, quindi, il *testamentum* di diritto romano.

Anche la riferita attenuazione, tuttavia, non fu casuale, bensí motivata dall'interesse delle istituzioni ecclesiastiche – ligie (anche qui, contrariamente a quanto si possa pensare) ad un certo anti-formalismo – d'evitare che i testamenti potessero viziarsi di nullità, in ragione dell'inosservanza delle relative formalità. In tal caso, la finalità, dunque, non era tanto quella di tutelare la volontà del disponente, ma d'evitare che i lasciti pii – ai quali la Chiesa era ovviamente (e patrimonialmente) interessata – non andassero ad esito: si pensi, in tale direzione, ad alcune inequivoche Decretali, con cui i pontefici Alessandro III[32] e Innocenzo III[33] – in nome della *aequitas canonica*[34] – alleviarono in modo decisivo le formalità, rispettivamente interne ed esterne, retaggio del diritto previgente.

Com'è chiaro, dunque, la riduzione di solennità avvertite come troppo rigorose, in sé, è circostanza "neutrale", potendo rispondere a esigenze tra loro diversissime, tra le quali, "oggi", ed essenzialmente, quella d'evitare che un *atto*, che è anzitutto manifestazione della *persona* (art. 2 Cost.)[35], possa essere invalidato

31 L'invito a non rivolgere lo sguardo al solo diritto romano, ma anche a quello medievale – anche, e soprattutto, per il giurista "positivo" – ha dalla sua l'autorevolezza del Salvioli, G.: *Il metodo storico nello studio del diritto civile italiano*, Stabilimento Tipografico Virzì, Palermo, 1885, p. 8.

32 Corpus Juris Canonici, X 3, 26, 10: "Cum esses in nostra praesentia constitutus proposuisti, talem in tuo episcopus consuetudinem obtinere quod testamenta, quae sunt in ultima voluntate, penitus rescinduntur, nisi cum subscriptione septem vel quinque testium fiant, secundum quod leges humanae decernunt. Quia vero a divina lege et sanctorum patrum institutis et a generali ecclesiae consuetudine, id esse noscitur alienum cum scriptum sit: in ore duorum vel trium testium stet omne verbum: praescriptam consuetudinem improbamus: et testamenta quae parochiani coram presbytero suo et tribul vel duabus aliis personis indoneis in extrema fecerint voluntate, firma decernimus permanere, sub interminatione anathematis prohibentes, ne quis huiusmodi audeat rescindere testamenta".

33 Corpus Juris Canonici X 3, 26, 13: "Cum tibi de benignitate: et infra. In secunda quaestione dicimus, quod qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus".

34 Una veduta complessiva in P. Fedele, voce "Equità canonica", *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, pp. 147 ss.

35 Alcuni spunti in Perlingieri, G.: "Il ruolo del giurista nella modernizzazione del diritto successorio tra autonomia ed eteronomia", *Dir. succ. fam.*, 2018, pp. 1 ss.; Id.: "La diseredazione e il pensiero di Alberto Trabucchi", *Dir. succ. fam.*, 2017, pp. 341 ss.; Id.: "La revocazione delle disposizioni testamentarie nel

malgrado la sicura imputazione di *quello* a *questa*; "ieri", invece, quella – come visto – di sottrarre alla sanzione di nullità tutte le disposizioni, delle quali si sarebbe potuta giovare l'anima (si noti come in questo periodo, invertendo la proposizione gaiana, si reputò *caput et fundamentum totius testamenti* non già l'istituzione ereditaria, ma la disposizione *pro anima*[36]) e quindi quella Chiesa, che alla relativa *salus* sovrintendeva.

Ne emerge, dunque, che la forma del testamento altro non è che il "macro-tema", entro il quale vengono diacronicamente a svolgersi le relazioni tra quelle "istanze" e quegli "strumenti", che si sono sopra menzionati; e che pertanto non paiono del tutto persuasive quelle impostazioni che, pur avendo il merito d'aver fatto trascendere lo studio dei requisiti formali da sterili analisi geometriche o strutturalistiche[37], s'interrogano ora con pertinacia – nell'àmbito del c.d. "neo-formalismo"[38] – sulla "funzione", che la forma stessa sia chiamata a svolgere in un certo contesto, anche concreto[39].

Invero, il quesito non sembra tanto ruotare attorno a quali cómpiti la forma, assunta, per cosí dire, a "presupposto", sia chiamata a svolgere (di protezione, di conservazione e custodia, etc.), ma, piú in generale, a come il diritto debba in-formare la realtà sociale, facendo cosí interagire le diverse pulsioni che questa animano in riferimento non già alla forma in quanto tale, ma al contenuto dell'atto di vòlta in vòlta considerato. Il discorso – come vedremo nel § seguente – è a porsi in termini parzialmente diversi per la "presupposizione".

2. La presupposizione.

La *Voraussetzung* – com'è intuibile – non rappresenta un "valore" in sé, bensí uno strumento per far fronte ad un'istanza, che poco sopra definivamo come perseguimento d'un tendenziale "equilibrio negli scambî".

Chi volesse ripercorrerne gli esiti evolutivi, non avrebbe certo da spingersi, come per la forma del testamento, sino ad un'esperienza – certo foriera di sviluppi attuali, ma pure cronologicamente lontanissima – come fu quella romanistica,

pensiero di Mario Allara. Natura della revoca, disciplina applicabile e criterio di incompatibilità oggettiva", *Rass. dir. civ.*, 2013, pp. 739 ss. e in AA.VV.: *Scritti in onore di Giancarlo Laurini* (a cura di D. Falconio, F. Fimmanò e P. Guida), II, ESI, Napoli, 2015, pp. 1405 ss.

36 Vismara, G.: "La norma e lo spirito nella storia del diritto successorio", in *Studia et documenta historiae et iuris*, XXI, 1965, pp. 61 ss., ora in Id.: *Scritti*, cit., pp. 1 ss., da cui si cita, 24.

37 Una critica in Irti, N.: "Formalismo e attività giuridica", *Riv. dir. civ.*, 1990, pp. 1 ss., ora in Id.: *Studi sul formalismo negoziale*, CEDAM, Padova, 1997, pp. 1 ss.

38 Una prospettiva d'insieme è in AA.VV.: *Profili del neoformalismo negoziale* (a cura di R. Alessi e V. Mannino), Jovene, Napoli, 2013.

39 È un esito che dobbiamo a Perlingieri, P.: *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, ESI, Napoli, 1987, *passim*, spec. pp. 22 ss., 38 ss.

dacché l'aspirazione ad una "equità" dei rapporti contrattuali, almeno ove modernamente intesa, rimonta a non piú di centocinquant'anni fa.

Nel tardo Ottocento, ad esempio, venivano ancóra perpetuandosi gl'influssi filosofici, che avevano animato le codificazioni d'inizio secolo[40], come noto imperniate sulla centralità dell'individuo: primazía, questa, che si esprimeva "staticamente" nella proprietà, e poi "dinamicamente" nel contratto[41]. Quest'ultimo, in particolare, risultava imperniato e fossilizzato su quel *Willensdogma*, che fece scrivere a Bernardo Windscheid che il "negozio giuridico è l'attuazione della forza creatrice competente nel campo giuridico della volontà privata"[42].

Nonostante fosse intuibile che l'innestamento dell'individualismo in una struttura (almeno) bilaterale, qual è *ovviamente quella contrattuale, potesse ingenerare difficoltà di tipo sistematico, di queste non ci si poté avvedere sùbito, ma lungo una linea temporale e concettuale connotata da* continue frizioni e da criticità costruttive.

Ora, non si può certo negare che l'idea di fondo fosse priva di coerenza: se ciascuna delle parti "sa" e "fa" quel che "vuole", è facile desumere che esse contempereranno i loro interessi fino a raggiungere l'accordo; né si vede perché mai questo debba essere reputato da alcuno "ingiusto", quando la sua "giustizia" risulta irrefutabilmente attestata dal fatto che i contraenti in condizioni di parità (*Vertragsparität*) hanno negoziato, e nelle medesime condizioni il contratto hanno concluso.

Codesta veduta fu presto attraversata da alcune piú o meno profonde incrinature. Una prima forzatura fu quella di considerare il contratto come "voluto" non solo al momento della sua conclusione, ma – in relazione ai rapporti, che ora per semplicità diremo "di durata"[43] – anche nel suo svolgersi nel tempo. Per tal via – usando daccapo una distinzione moderna – si arrivò all'estremo di considerare che le parti "volessero" non solo il "contratto-atto", ma anche il "contratto-rapporto"[44], per come questo fosse venuto svolgendosi.

Ma a questo punto occorreva – e la locuzione non è qui proverbiale – "scendere a patti con la realtà", giacché quest'ultima poteva evidentemente non

40 Un quadro d'insieme in Schlosser, H.: *Tratti fondamentali della nuova storia del diritto privato. Evoluzioni giuridiche nel contesto europeo*, ESI, Napoli, 2014, pp. 171 ss., 205 ss.

41 Restano classiche le pagine di Solari, G.: *Individualismo e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 1939. Per ulteriori riferimenti, Scozzafava, O.T.: "Delle risorse, dell'attività, del profitto", *Pers. merc.*, 2020, pp. 199 ss., spec. 203 ss., che ora può leggersi anche in AA.VV.: *I nuovi confini del diritto di proprietà* (a cura di G. Alpa, A. Fusaro e G. Donzelli), Giuffrè, Milano, 2020, pp. 335 ss.

42 Cosí in *Diritto delle Pandette*, I, 1887, nella trad. it. di C. Fadda e P.E. Bensa, Utet, Torino, 1902, p. 265.

43 Cfr. le recenti precisazioni di Luminoso, A.: "Il rapporto di durata", *Riv. dir. civ.*, 2010, pp. 501 ss., spec. 523 s.

44 Per questa distinzione, chiaramente, Roppo, V.: *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2011, pp. 21 ss.

venire materializzandosi secondo quanto le parti, che non si fossero prefigurate il *superveniens*, si auguràvano.

"Volontà" e "realtà", in tal contesto, si sarebbero certo potuto presentare come nettamente distinte: l'una, d'altronde, aveva ormai fallito, dacché non era riuscita a "pre-vedere" l'evento tale da perturbare l'economia dell'affare; l'altra, viceversa, s'era fatta innanzi in tutta la sua irruenza, ed era ormai "dato", con il quale quella volontà si sarebbe potuta forse (ri)misurare, ma certo non in quel senso puro, immacolato e astratto, con cui s'immaginava che il contratto fosse stato originariamente concluso.

Ma la "realtà" prevalse nuovamente, in quanto essa non sembrava dar riprova, almeno cospicua, di patti replicativi[45]; circostanza, questa, d'altra parte non difficile da pronosticare, se si considera che, non di rado, la sopravvenienza finiva per ridondare i propri effetti alterativi a danno d'una parte, anziché distribuirli equamente tra l'una e l'altra.

L'insuccesso della nervatura individualistica, con la quale il *Pandektenrecht* era venuto foggiando il *Rechtsfeschäft*, avrebbe senz'altro potuto giustificare – certo, solo astrattamente – talune forme d'intervento esterno, in quella chiave che oggi diremmo "correttiva". Né la soluzione, alla quale in ogni caso quell'epoca non appariva pronta, avrebbe potuto dirsi "asimmetrica": esterno all'affare, l'*evento* che ne aveva sbilanciato l'equilibrio; altrettanto esterno, quell'*intervento* – da affidare allo Stato e, quindi, al giudice – in funzione "(ri)parificatrice".

Ad una soluzione siffatta avrebbero tuttavia ostato due circostanze. La prima: i formanti normativi dell'epoca attestavano: - una chiara predilezione per le "regole", e queste non affrontavano specificamente tali ipotesi; - una qualche (sempre meno) diffidente apertura per le "clausole generali", e infatti un ruolo non trascurabile ebbe a giocarlo la *bona fid*es; - una recisa chiusura verso i "principî", quanto meno ove direttamente applicati. La seconda contingenza, sistematicamente ancóra piú rilevante: la "volontà" – e, quindi, l'individualismo che l'alimentava – era ancora troppo vigorosa per subire lo smacco dell'etero-integrazione; malgrado la "realtà" l'avesse palesemente contraddetta, essa non rinunziava ancóra, cioè, a dir la sua.

Codesta interazione tra "volontà" e "realtà" fu dunque mediata dal diritto dell'epoca mercé alcune formule compromissorie, che tentavano d'incorniciare soluzioni di chiara matrice equitativa entro le geometriche costruzioni della Pandettistica, ma che – ad un occhio anche solo poco piú attento – denunziavano chiaramente l'assecondamento d'impulsi ideali tutt'affatto diversi, rispetto a quelli

45 Intesi ovviamente in senso lato. Per una chiara tassonomia, Gentili, A.: "La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto", *Contr. impr.*, 2003, pp. 667 ss.

che, tradizionalmente, avevano sorretto quelle categorie, che ora dunque si piegavano ad altre, ed opposte finalità: ben piú vicini, apparivano, cioè, quegl'impulsi, ad una *Vertragsgerechtigkeit*, che non, invece, al purissimo dogma della volontà, proprio delle origini.

Si pensi, ad esempio, alla clausola *rebus sic stantibus*, in virtú della quale si finiva, di fatto, per "fingere" che le parti avrebbero "voluto" il contratto, solo ove le circostanze che ne avevano accompagnata la conclusione non mutassero; e che, viceversa – il che è però lo stesso – non lo avrebbero "voluto" piú, qualora quelle fossero invece venute ad alterarsi.

Ma era evidente che si trattava d'un mero infingimento, se non d'una contraddizione, non solo perché quella "clausola" non era "espressamente" voluta (né si poteva dire che la sua inclusione "tacita" fosse in qualche modo desumibile dal contegno delle parti, quando al contrario era ricavata in via esclusiva dalla natura dell'affare, tant'è vero non si dava caso in cui non la si includesse come "voluta"), ma soprattutto perché essa continuava a travestire, nei termini della "volontà", quel diverso ideale, che ora, per abbondante semplicità, diremo di "giustizia".

E non diversamente è a dirsi, d'altronde, per quella presupposizione – rimontante al geniale intuìto del già citato Windscheid[46] – mercé la quale si "presupponeva", per l'appunto, che il contratto fosse stato concluso in ragione d'un certo "presupposto" – solo esemplificativamente accostato ad una condizione, peraltro "non isvolta" – la cui mancata verificazione ne avrebbe distorta l'economia[47].

La soggettivizzazione, in tal contesto, era cosí esasperata, che anche il rimedio eventualmente accordato – dubitativamente declinato da W. nel senso ora d'una "nullità", ora d'una "inefficacia"[48] – non si presentava come portato dell'ordinamento, bensí come estrinsecazione, ancóra una volta, della volontà: le parti, cioè, avrebbero (presuntivamente) "voluto", che, in favore di quella svantaggiata dalla sopravvenienza, s'attivasse un rimedio, ove quella si fosse materializzata.

46 Il quale sviluppò l'idea ne *La teoria della presupposizione nel diritto romano* (die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung), Dü sseldorf, 1850; Id.: *Sulla teoria dell'invalidità de' negozi giuridici secondo il codice Napoleone* (Zur Lehre des Code Napoléon von der Ungü ltigkeit der Rechtsgeschäfte), Dü sseldorf, 1850, spec. p. 270 ss., 286 ss.]; Id.: *Diritto*, cit., p. 394 ss.; Id.: *La presupposizione* (Die Voraussetzung), in *Archiv fü r die civilistische Praxis*, 78, 1892, pp. 161 ss.

47 Sul punto, rinviamo a Mattia Serafin, A.: *La presupposizione*, cit., cap. I.

48 Cosí in *Diritto*, cit., p. 397, nt. 5.

Questa costruzione tenne anche quando la realtà moltiplicò le occasioni d'un tale squilibrio; il che avvenne – non molto tempo dopo – con l'esplosione del primo conflitto mondiale[49].

La ripresa delle attività economiche nel periodo post-bellico rappresentò una fase di assestamento, che comunque non fece registrare al nostro tema significativi avanzamenti; si dovette invece attendere l'appuntamento della codificazione, perché si addivenisse ad una piú perspicua sistemazione della materia.

La norma di riferimento, come noto, è l'art. 1467 c.c., il cui primo comma, che qui integralmente riproduciamo, recita: "nei contratti a esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458".

La norma – non v'è chi non se ne avveda – trasuda sospetto: il contratto resta fermo, salvo che non occorrano i rigorosi presupposti ivi stabiliti. Essa pare tingersi, in altri termini, d'una venatura di "eccezionalità", rispetto ad un "principio" – non espressamente codificato, se non in norme generalissime (artt. 1321 e 1372 c.c.) – che, italianizzando il noto broccardo, vorrebbe i "patti rispettati".

Possiamo ancóra dire che questa norma è "eccezionale", e che – come sentenziava Rosario Nicolò – "la realizzazione e la conservazione dell'equilibrio contrattuale non si pone davvero come un fine primario dell'ordinamento"[50]? Certamente no, perché in caso contrario smentiremmo l'assunto – ancóra una volta – d'un "diritto" concepito in guisa di forma della "realtà sociale". La quale, invero, pare reclamare, se non la costante presenza d'armonia, quanto meno l'assenza d'eccessivi squilibri: anche, e probabilmente, *di là* di quei predicati di "straordinarietà" e "imprevedibilità", con cui il codice civile connota l'evento sopravveniente.

In tal scenario, gli strumenti della logica hanno messo a disposizione la loro capacità di rendersi permeabili ai rivolgimenti del tempo, trasfigurandoli peraltro entro quella formidabile logica binaria, tale da far sí che una disposizione, dacché "eccezionale" o "generale" che era, potesse rispettivamente "generalizzarsi" o

49 Da rileggere – allora – Lenel, O.: "La letteratura civilistica tedesca degli ultimi anni", *Riv. dir. comm.*, 1924, pp. 467 ss., 470, il quale, discorrendo del principio nominalistico, scriveva: "quando la crudele realtà delle cose provò in modo spaventoso l'illusorietà di quella finzione, divenne pel giudice moralmente impossibile continuare ad applicare ciecamente norme riposanti su questo erroneo presupposto, e così ci si aiutò alla meglio, finché fu possibile, nella dottrina e nella giurisprudenza". Espresso collegamento con la presupposizione, in Giorgianni, M.: "Negozi giuridici collegati", *Riv. it. sc. giur.*, 1937, pp. 275 ss., 338.

50 Cosí nella voce "Alea", *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, pp. 1024 ss., ora in Id.: *Raccolta*, II, cit., pp. 1421 ss., da cui si cita, 1428.

"singolarizzarsi»" a seconda di come s'invertisse la sua relazione con i princípi identificativi del sistema[51].

Ciò tuttavia non basta, in quanto occorre configurare strumenti concettuali ed epistemologici coerenti al "nuovo" diritto. E cosí, ad esempio, sarebbe velleitario – a fronte del chiaro dettato dell'art. 1467 c.c.- invocare una "lacuna", e quindi propiziare un'interpretazione *a contrario*[52], oppure *per analogiam*[53], di quella disposizione; piú proficuo apparendo, piuttosto, far interagire "ragionevolezza" e "proporzionalità"[54], sicché una violazione di quest'ultima potrebbe far apparire nondimeno "irragionevole", perché magari eccessiva, la soluzione eliminatoria della risoluzione, e viceversa piú adeguata – prescindendo dalla natura dell'evento alterativo – la via manutentiva della *reductio ad aequitatem*[55].

IV. CONCLUSIONI.

Abbiamo rapidamente esaminato due temi tra loro profondamente diversi – il formalismo testamentario e la presupposizione – nella medesima prospettiva storica: ne abbiamo ricavato che lo sguardo al diritto "di ieri" non si traduce in una chiave metodologica costante, e che la retrospezione dev'essere tarata in base all'argomento sottoposto ad esame.

È chiaro che chi volga l'attenzione alle soluzioni giuridiche del passato potrebbe rinvenirvi – pur nell'àmbito del medesimo argomento – istanze non piú attuali, talvolta risultando bastevole, peraltro, una mera loro "descrizione"[56], per evidenziarne la relativizzante inattualità; e che dunque non occorre, in tal caso, sforzarsi d'escogitare strumenti, che mirino a realizzarle. Ciò, verosimilmente, potrà accadere quanto piú lo sguardo s'estenda oltre, perché sarà tanto piú probabile che ci s'imbatta in esigenze avvertite come distanti dalla quotidianità: lo si è visto, in modo particolare, per la forma dell'atto *mortis causa*.

Il discorso è a porsi in termini diversi per il secondo nucleo tematico cennato, ossia la presupposizione. S'è *detto che la pressione verso uno* "equilibrio degli scambî" risale a non piú di due secoli fa, e che essa persiste ancóra oggi; anzi, si

51 L'ha osservato Ascarelli, T.: "Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione", ora in Id.: *Saggi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949, pp. 83 ss., 100-101.

52 La quale porterebbe a ritenere privi di qualsivoglia effetto gli avvenimenti "ordinari" e "prevedibili".

53 La quale, invece, condurrebbe ad estendere la soluzione risolutoria ad accadimenti "straordinari" e "imprevedibili".

54 Per i dovuti riferimenti bibliografici, rinviamo a Mattia Serafin, A.: "Divagazioni su ragionevolezza e proporzionalità", *Dir. proc.*, 2021, in corso di stampa.

55 Per piú ampî svolgimenti, rinviamo a Mattia Serafin, A.: "La «rinegoziazione». Un trilogo fra gius-formalisti, general-clausolisti e principialisti", *Foro nap.*, 2021, pp. 395 ss.

56 Lo sottolinea Lee Howe, L.: "Historical Method and Legal Education", in 36 *Bulletin of the American Association of University Professors* 2, 1950, pp. 346 ss., 348, rievocando Erodoto e Tucidide.

può dire che essa sia fiorita al punto da costituire, se non un "fine primario" – invertendo cosí la proposizione di Nicolò – dell'ordinamento contrattuale, quanto meno una delle sue pretensioni identificative.

All'accrescersi di quest'aspirazione ha fatto da contraltare l'affinamento degli strumenti rimediali: dalla clausola *rebus sic stantibus* alla presupposizione, dalla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta alla rinegoziazione, sino alle piú moderne soluzioni, con le quali si rialloca convenzionalmente, e anticipatamente, il rischio contrattuale e d'impresa[57].

In questo contesto, occorre allora sottolineare l'ulteriore opportunità d'una lettura evolutiva degli espedienti, con i quali si è fatto fronte, nel passato, alla medesima esigenza, considerando che, non di rado, e perdendo di vista la reale finalità per il loro tramite perseguita, essi sono rimasti vittime di quello spirito dommatico, che tende non solo ad incasellare la realtà entro schemi pre-costituiti, ma addirittura a farlo con quelle stesse strategie, messe a punto al fine di liberarsi delle ristrettezze e delle angustie, che, purtroppo, e talvolta, la "categoria" reca con sé[58].

E cosí la presupposizione, ad esempio, è stata accostata alla (per non dire appiattita sulla) condizione, l'errore, la causa, il motivo, la risoluzione, la buona fede ed altri istituti, non avvedendosi, per tal via, che essa sembrava invece prestarsi a una lettura piú composita, tale da integrare segmenti disciplinari diversi, per una piú "giusta" soluzione del caso concreto[59].

57 Alpa, G.: voce "Rischio (dir. vig.)", *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, pp. 1144 ss.

58 Sul problema, Lipari, N.: *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013, *passim*, spec. pp. 11 ss., 141 ss., ma anche – recentemente – Gentili, A.: "Crisi delle categorie e crisi degli interpreti", *Riv. dir. civ.*, 2021, pp. 633 ss.

59 Rinviamo a Mattia Serafin A.: *La presupposizione*, cit., cap. III.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: *Profili del neoformalismo negoziale* (a cura di R. Alessi e V. Mannino), Jovene, Napoli, 2013.

Addis F.: "Sulla contrapposizione tra norme e principi", in AA.VV.: *Giurisprudenza per principi e autonomia privata* (a cura di S. Mazzamuto e L. Nivarra), Giappichelli, Torino, 2016, pp. 219 ss.

Addis F.: "Sulla distinzione tra norme e principi", *Eur. dir. priv.*, 2016, pp. 1019 ss.

Addis, F.: "Il valore «normativo» dei principi", in AA.VV.: Liber Amicorum *per Bruno Troisi* (a cura di C. Cicero e G. Perlingieri), I, ESI, Napoli, 2017, pp. 1 ss.

Alpa, G.: voce "Rischio (dir. vig.)", *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, pp. 1144 ss.

Alpa, G.: *Diritto civile italiano. Due secoli di storia*, Il Mulino, Bologna, 2018.

Arangio-Ruiz, V.: *Istituzioni di diritto romano*, Jovene, Napoli, 14ª ed., 1994.

Ascarelli, T.: "Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione", ora in Id.: *Saggi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949, pp. 83 ss.

Barba, V.: *I patti successorî e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2015.

Barba, V.: *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, ESI, Napoli, 2018.

Bobbio, N.: "Sulla funzione promozionale del diritto", *Riv. trim.*, 1969, pp. 1313 ss.

Bonfante P.: *L'origine dell'«*hereditas» e dei «legata» *nel diritto successorio romano. A proposito della regola* nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, Estratto dal *Boll. ist. dir. rom.*, Roma, 1891.

Bonfante, P.: *Corso di diritto romano*, VI, rist., Giuffrè, Milano, 1974.

Brutti, M.: "Sulla convergenza tra studio storico e comparazione giuridica", in *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico* (a cura di M. Brutti e A. Somma), Max Planck Institute for European Legal History, Francoforte, 2018.

Cammarata, A.E.: *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Giuffrè, Milano, 1963.

Carrabba, A.A.: "Insegnamento tra tradizione e modernità: ritorno al futuro?", *Rass. dir. civ.*, 2019, pp. 632 ss.

Carrabba, A.A.: "Ragione e invenzione. Il ruolo degli operatori giuridici e in ispecie del notaio", *Contr. impr.*, 2021, pp. 66 ss.

Corbino, A.: *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2006.

De Belvis, E.: *La successione necessaria tra storia e riforme*, ESI, Napoli, 2013.

Diliberto, O.: "Fra storia e diritto", in AA.VV.: *Nel mondo del diritto romano* (a cura di L. Vacca), Jovene, Napoli, 2017, pp. 75 ss.

P. Fedele, voce "Equità canonica", *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, pp. 147 ss.

Femia, P: *Princípi e clausole generali. Tre livelli di indistinzione*, ESI, Napoli, 2021.

Gentili, A.: "La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto", *Contr. impr.*, 2003, pp. 667 ss.

Gentili, A.: "Crisi delle categorie e crisi degli interpreti", *Riv. dir. civ.*, 2021, pp. 633 ss.

Giorgianni, M.: "Negozi giuridici collegati", *Riv. it. sc. giur.*, 1937, pp. 275 ss.

Graziadei, M.: "Comparative Law, Legal History, and the Holistic Approach to Legal Cultures", in 7 Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 553, 1999, pp. 531 ss.

P. Grossi.: *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1998.

P. Grossi.: *Mitologie giuridiche della modernità*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 2008.

P. Grossi.: *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015.

P. Grossi.: *Oltre la legalità*, Laterza, Roma-Bari, 2020.

P. Grossi.: *Il diritto civile fra moderno e posmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 2021.

Ibbetson, A.: "Historical Research in Law", in *The Oxford Handbook of Legal Studies* (a cura di M. Tushnet e P. Cane), Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 863 ss.

Irti, N.: "Formalismo e attività giuridica", *Riv. dir. civ.*, 1990, pp. 1 ss., ora in Id.: *Studi sul formalismo negoziale*, CEDAM, Padova, 1997, pp. 1 ss.

Lenel, O.: "La letteratura civilistica tedesca degli ultimi anni", *Riv. dir. comm.*, 1924, pp. 467 ss.

Lipari, N.: *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013.

Luminoso, A.: "Il rapporto di durata", *Riv. dir. civ.*, 2010, pp. 501 ss.

Mattia Serafin, A.: "Comparative aspects of testamentary formalism", in Aa.Vv.: *Rijeka Doctoral Conference 2020. Book of Abstracts*, Rijeka, 2020, pp. 27 ss.

Mattia Serafin, A.: *La presupposizione. Genesi storica, categorizzazione differenziale e olismo contrattuale*, ESI, Napoli, 2021.

Mattia Serafin, A.: *Profili evolutivi del formalismo testamentario. Dalla tradizione romanistica al particolarismo medievale*, Giappichelli, Torino, 2022.

Mattia Serafin, A. e Mattia Serafin, C.: "L'avvocato del futuro tra «alterità» e «ulteriorità»", in *Prev. for.*, 2021, p. 231 ss.

Melton Jr., B.F.: "Clio at the Bar: A Guide to Historical Method for Legists and Jurists", 83 *Minnesota Law Review*, 1998, pp. 377 ss.

R. Nicolò.: voce "Alea", *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, pp. 1024 ss., ora in Id.: *Raccolta di scritti*, II, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 1421 ss.

R. Nicolò.: voce "Codice civile", in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1961, pp. 240 ss., ora in Id.: *Raccolta di scritti*, II, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 1439 ss.

R. Nicolò.: voce "Diritto civile", in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 904 ss., ora in Id.: *Raccolta di scritti*, II, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 1497 ss.

R. Nicolò.: *Attuale evoluzione del diritto civile*, in *Temi rom.*, 1965, ora in Id.: *Raccolta di scritti*, III, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 9 ss.

R. Nicolò.: "L'esperienza scientifica nel diritto civile degli ultimi cinquanta anni", in AA.VV.: *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Giuffrè, Milano, 1982, ora in Id.: *Raccolta di scritti*, III, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 43 ss.

Orestano, R.: voce "Formalismo giuridico", *Enc. it.*, App., III, Roma, 1961, pp. 658 ss., ora in Id., *Scritti*, III, Napoli, 1998, pp. 1531 ss.

Orestano, R.: "Idea di progresso, esperienza giuridica romana e «paleoromanistica»", in *Soc. dir.*, 1982, pp. 15 ss.

Orestano, R.: *Introduzione allo studio storico del diritto romano* (1963), 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2021, rist., pp. 261 ss.

Pennasilico, M.: "Il diritto civile tra storia e metodo", *Rass. dir. civ.*, 2015, pp. 337 ss.

Perlingieri, G.: "Il ruolo del giurista nella modernizzazione del diritto successorio tra autonomia ed eteronomia", *Dir. succ. fam.*, 2018, pp. 1 ss.

Perlingieri G.: "La diseredazione e il pensiero di Alberto Trabucchi", *Dir. succ. fam.*, 2017, pp. 341 ss.

Perlingieri G.: "La revocazione delle disposizioni testamentarie nel pensiero di Mario Allara. Natura della revoca, disciplina applicabile e criterio di incompatibilità oggettiva", *Rass. dir. civ.*, 2013, pp. 739 ss. e in AA.VV.: *Scritti in onore di Giancarlo Laurini* (a cura di D. Falconio, F. Fimmanò e P. Guida), II, ESI, Napoli, 2015, pp. 1405 ss.

Perlingieri, P.: *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, ESI, Napoli, 1987.

Perlingieri, P.: "Filosofi del diritto e civilisti a confronto", in Id. (a cura di): *Soggetti e norma individuo e società*, ESI, Napoli, 1987, pp. 172 ss., poi in Id.: *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, ESI, Napoli, 1989, pp. 313 ss.

Perlingieri, P.: "Il ruolo del diritto romano nella formazione del civilista contemporaneo", *Rass. dir. civ.*, 1988, pp. 124 ss., ora in Id.: *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, ESI, Napoli, 1989, pp. 323 ss.

Perlingieri, P.: "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti", *Rass. dir. civ.*, 2001, pp. 335 ss., ora in Id.: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, ESI, Napoli, 2003, pp. 441 ss.

Perlingieri P.: "Nuovi profili del contratto", in *Rass. dir. civ.*, 2000, pp. 545 ss., ora in Id.: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, ESI, Napoli, 2003, pp. 415 ss.

Roppo, V.: *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2011.

Rose, J.: "Learning to Be e a Legal Historian: Reflections of a Nontraditional Student", in 51 *Journal of Legal Education* 2, 2001, pp. 294 ss.

Salvioli, G.: *Il metodo storico nello studio del diritto civile italiano*, Stabilimento Tipografico Virzì, Palermo, 1885.

Schlosser, H.: *Tratti fondamentali della nuova storia del diritto privato. Evoluzioni giuridiche nel contesto europeo*, ESI, Napoli, 2014.

Scozzafava, O.T.: *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Giuffrè, Milano, 1982.

Scozzafava, O.T.: *Studi sulla proprietà*, Giappichelli, Torino, 2014.

Scozzafava, O.T.: "Della proprietà nelle fonti comunitarie", *Dir. proc.*, 2019, pp. 7 ss.

Scozzafava, O.T.: "Delle risorse, dell'attività, del profitto", *Pers. merc.*, 2020, pp. 199 ss., spec. 203 ss., anche in AA.VV.: *I nuovi confini del diritto di proprietà* (a cura di G. Alpa, A. Fusaro e G. Donzelli), Giuffrè, Milano, 2020, pp. 335 ss.

Sirena, P.: "Considerazioni civilistiche sul diritto comune medievale e moderno", *Studi senesi*, 2007, pp. 172 ss., ora anche in *Scritti in onore di Marco Comporti* (a cura di S. Pagliantini, E. Quadri e D. Sinesio), I, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 2517 ss.

Solari, G.: *Individualismo e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 1939.

Tarello, G.: voce "Formalismo", *Noviss dig. it.*, VII, Torino, 1961, pp. 571 ss

Tarello, G.: *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980.

Toffler, A.: *Future Shock*, Random House, New York, 1970.

Vismara, G.: "Appunti intorno alla *'heredis institutio'*", in AA.VV.: *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta*, III, Giuffrè, Milano, 1939, pp. 301 ss., ora in Id.: *Scritti di storia giuridica*, VI, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 37 ss.

Vismara, G.: "La norma e lo spirito nella storia del diritto successorio", in *Studia et documenta historiae et iuris*, XXI, 1965, pp. 61 ss., ora in Id.: *Scritti di storia giuridica*, VI, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 1 ss.

Voci, P.: *Diritto ereditario romano*, II, Giuffrè, Milano, 1956.

Wieacker, F.: "Il progresso degli studi storici nel diritto privato moderno", in *Quaderni storici delle Marche*, 1966, pp. 184 ss.

Windscheid B.: *La teoria della presupposizione nel diritto romano* (die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung), Düsseldorf, 1850.

WINDSCHEID B.: *Sulla teoria dell'invalidità de' negozi giuridici secondo il codice Napoleone* (Zur Lehre des Code Napoléon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte), Düsseldorf, 1850.

WINDSCHEID B.: *La presupposizione* (Die Voraussetzung), in *Archiv für die civilistische Praxis*, 78, 1892, pp. 161 ss.

WINDSCHEID B.: *Diritto delle Pandette*, I, 1887, nella trad. it. di C. Fadda e P.E. Bensa, Utet, Torino, 1902.

ZIMMERMANN, R.: *Roman Law, Contemporary Law, European Law: the Civilian Tradition Today*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

ZOPPINI, A.: "Profili sistematici della successione "anticipata" (note sul Patto di famiglia)", *Riv. dir. civ.*, 2007, pp. 273 ss.

ZOPPINI A.: "La donazione «ha forza di legge tra le parti» (per una rilettura della riserva di disporre del bene donato)", *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 223 ss.

LA NULLITÀ DEL CONTRATTO NEL DIRITTO CIVILE ITALIANO TRA FRAMMENTAZIONE, RECUPERO E NUOVE TECNOLOGIE

VOIDNESS OF CONTRACT IN ITALIAN CIVIL LAW: FRAGMENTATION, CONFIRMATION AND NEW TECHNOLOGIES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 412-451

Giorgia
VULPIANI

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Il presente contributo si sofferma sull'attuale atteggiarsi della nullità del contratto nel diritto civile italiano alla luce dell'evoluzione legislativa e giurisprudenziale che ha interessato l'istituto, analizzando ipotesi particolari di nullità, la possibilità del recupero dell'atto e i profili rimediali degli smart contracts.

PALABRAS CLAVE: Diritto privato; contratto; nullità; sanatoria; smart contract; blockchain.

ABSTRACT: *The paper focuses on the voidness of contract in Italian civil law, in the light of the legislative and jurisprudential development related to it, analyzing particular types of nullity, the possibility of confirmation and the invalidity of smart contracts.*

KEY WORDS: *Private law; contract; voidness; confirmation; smart contract; blockchain.*

SUMARIO.- I. INTRODUZIONE.- II. L'EVOLUZIONE DELLA NULLITÀ DEL CONTRATTO.- 1. La nullità nel codice del 1865.- 2. La nullità nel codice del 1942.- 3. Le nullità di protezione.- 4. Il contratto monofirma e la nullità selettiva.- 5. Nullità sospesa e sopravvenuta.- III. IL RECUPERO DEL CONTRATTO NULLO.- IV. NULLITÀ E SMART CONTRACTS.

I. INTRODUZIONE.

In Italia, il dibattito sulla nullità del contratto ha subìto negli ultimi anni un deciso sviluppo in ragione dell'evoluzione legislativa e giurisprudenziale che ha interessato l'istituto, tanto che ormai si evidenzia il superamento della tradizionale categoria unitaria della nullità. Ne risulterebbe, pertanto, un istituto frammentato e destrutturato[1]. Tale osservazione muove dall'assunto secondo cui la disciplina delle diverse e "nuove" nullità – emergenti sia dalle norme, di derivazione europea, sia dalla ricostruzione giurisprudenziale – comporterebbe il dissolvimento di quello che da sempre viene considerato lo "statuto generale" della nullità del codice civile italiano. Statuto generale che disegna la nullità come rimedio posto a tutela di interessi generali, a legittimazione assoluta[2], rilevabile d'ufficio e insanabile salvo diversa disposizione di legge[3].

Queste certezze verrebbero messe in crisi da tutte quelle ipotesi di nullità che, in un modo o nell'altro, si discostano da tali caratteristiche.

Problemi di compatibilità con lo statuto generale emergono con riguardo alle nullità di protezione, alla loro rilevabilità d'ufficio e convalidabilità.

In tema di nullità di protezione, questioni particolari sono poste da alcune fattispecie giurisprudenziali relative alla connessione forma protettiva-validità nei contratti del mercato finanziario. Ne è un esempio il c.d. contratto monofirma, ossia il contratto-quadro di investimento firmato solo dal cliente e non anche dall'intermediario; questione cui è connessa quella dell'ammissibilità dell'uso selettivo della nullità di protezione.

1 In arg., Putti, P.M.: "Le nullità contrattuali", in AA. VV.: *Il contratto in generale*, vol. II (diretto da N. Lipari e P. Rescigno), in *Diritto civile* (coordinato da A. Zoppini), Giuffrè, Milano, 2009, p. 949; Monticelli, S.: "Il sistema della nullità contrattuale e funzione notarile", *Notariato*, 2010, 6, pp. 686 ss.; La Spina, A.: *Destrutturazione della nullità*, Giuffrè, Milano, 2012, *passim*.

2 L'art. 1421 del codice civile italiano (d'ora in avanti c.c.) prevede, infatti, che la nullità possa essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse e che sia rilevabile d'ufficio dal giudice.

3 L'art. 1423 c.c. prevede, infatti, che il contratto nullo non possa essere convalidato, salvo diversa disposizione di legge.

• Giorgia Vulpiani
Ricercatrice di diritto privato, Professoressa a contratto, Dottoressa di ricerca in diritto privato con lode, Avvocata, Università degli Studi di Macerata
Email: g.vulpiani@unimc.it

Contribuiscono, inoltre, a tale quadro frastagliato le numerose ipotesi di recupero del contratto nullo, che spingono a chiedersi se possa il dogma dell'insanabilità essere messo da parte, come già prospettato da autorevole dottrina[4], in virtù di una preminente considerazione degli interessi concreti che vengono in rilievo, ponendosi nell'ottica di una lettura assiologico-sistematica. È in questa prospettiva che bisogna porsi nell'indagine sull'attuale atteggiarsi della nullità e al fine di rispondere all'interrogativo se si possa ancora parlare di una categoria unitaria di nullità, almeno sul piano funzionale[5], pur prendendo atto della sua frammentazione disciplinare.

Da ultimo, vanno considerate anche le sfide poste al giurista dalle tecnologie più innovative. Una questione particolare riguarda, infatti, i profili di invalidità degli *smart contracts,* problematica ad oggi ancora scarsamente indagata e che crea perplessità proprio in ragione della loro singolarità[6].

II. L'EVOLUZIONE DELLA NULLITÀ DEL CONTRATTO.

Nel solco di quella dottrina che rivaluta la comparazione giuridica diacronica[7], appare utile dar conto dell'evoluzione della nullità contrattuale nel tempo[8], soffermandosi innanzitutto sulle previsioni in tema di invalidità nel codice del 1865.

4 Polidori, S.: "Nullità relativa e potere di convalida", *Rass. dir. civ.*, 2003, 4, p. 93; Pagliantini, S.: *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 77 ss.; Monticelli, S.: "La recuperabilità del contratto nullo", *Notariato*, 2009, 2, pp. 174 ss.; Perlingieri, G.: *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici,* Esi, Napoli, 2011, pp. 9 ss.; Rizzuti, M., *La sanabilità delle nullità contrattuali*, Esi, Napoli, 2015, pp. 73 ss.

5 Sulla necessità che la nullità sia concepita come istituto a funzione unitaria si sono soffermate le notissime sentenze a Sezioni Unite della Cassazione nn. 26242 e 26243 del 12 dicembre 2014, *Giur. it.*, 2015, 1, pp. 70 ss., con nota di Pagni, I.: "Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite" e ivi, 6, p. 1387, con nota di Bove, M.: "Rilievo d'ufficio della questione di nullità e oggetto del processo nelle impugnative negoziali". In particolare, le Sezioni Unite affermato che "la riconduzione ad unità funzionale delle fattispecie di nullità – lungi dal risultare uno sterile esercizio teorico – consente di riaffermare a più forte ragione l'esigenza di conferire al rilievo d'ufficio obbligatorio il carattere della irrinunciabile garanzia della effettività della tutela di valori fondamentali dell'organizzazione sociale». Ne consegue, dunque, che il mantenimento «dell'unità funzionale della categoria e la conferma della sua ratio super-individuale determinano ricadute non marginali sulle successive scelte dell'interprete quanto agli effetti della rilevazione ex officio iudicis". Su Cass. S.U. nn. 26242 e 26243, *vid*. anche Carbone, V.: "Porte aperte delle Sezioni Unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto", *Corr. Giur.*, 2015, 1, pp. 88 ss.; Consolo, C. e Godio, F.: "Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale", *Corr. Giur.*, 2015, 2, pp. 225 ss.; Di Ciommo, F.: "La rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le Sezioni Unite: la nullità presa (quasi) sul serio", *Foro it.*, 2015, 3, 1, pp. 922 ss.; Pagliantini, S.: "Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: quid iuris?, *Foro it*., 2015, 3, 1, p. 928; Id., "Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione a mo' di bussola per rivedere Itaca", *Contratti*, 2015, 2, pp. 113 ss.

6 Sul punto, *vid*. Maugeri, M.: "Smart contracts", *Enc. dir.,* vol. I, *Contratto* (diretto da G. D'Amico), Giuffrè, Milano, 2021, p. 1132 ss.

7 Dalla Massara, T.: "Sulla comparazione diacronica: brevi appunti di lavoro e un'esemplificazione, in AA. VV.: *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*,(a cura di M. Brutti e A. Somma), Max Plank Institute for Legal History and Legal Theory, Francoforte, 2018, pp. 111 ss.

8 Il diritto romano classico non conosceva una categoria generale dell'invalidità, così come non conosceva la categoria generale del negozio giuridico. Nelle fonti romane si riscontrano, tuttavia, numerosissime espressioni che venivano utilizzate per riferirsi alla mancata produzione o al venir meno degli effetti giuridici previsti per determinate fattispecie, tra le quali: nihil agere; non consistere; nullum effectum, nullas vires habere; non esse; locum non habere; corrumpere; infirmari; vitiari; non recte, non iure fieri; nullius

1. La nullità nel codice del 1865.

Il codice del 1865, che molto deve al Code Napoléon del 1804, non conteneva norme generali sulla nullità, ma poche confuse disposizioni che ne disciplinavano specifiche ipotesi[9].

Mancava, inoltre, una disciplina organica dell'azione di nullità, di cui si indicava solo il regime di prescrizione[10].

Parte della dottrina dell'epoca, pur in assenza di riferimenti normativi, soleva distinguere tra nullità assolute e nullità relative[11], aderendo all'impostazione adottata dalla dottrina francese, la quale aveva teorizzato il discrimen tra nullité absolue e nullité relative[12].

Invero, il Code Napoléon non dava una definizione di nullité absolue e relative, la cui distinzione era frutto di elaborazione dottrinale. Più in particolare, la tesi classica distingueva i due tipi di nullità in base alla gravità del vizio che infirmava l'atto; tesi messa successivamente in discussione da Japiot[13] e Gaudemet[14], i quali affermavano che la nullità non poteva essere considerata come un vizio dell'atto, bensì come un *droit de critique*, ossia un diritto di critica riconosciuto alle parti laddove non fosse rispettata una regola di diritto. Se tale regola era posta a protezione di un interesse particolare, allora il diritto di critica era riservato solo alla parte tutelata; si trattava, dunque, di una nullità relativa. Se, invece, la regola

momenti esse; inutile esse; infectum (imperfectum) esse. Ad esempio, il termine *nullus* stava ad indicare l'inesistenza giuridica del negozio concetto, quest'ultimo, che svolgeva la funzione pratica di escludere dalla sfera del giuridicamente rilevante tutto ciò che era difforme dallo ius civile: l'atto inesistente era l'atto che si discostava dal modello. In arg., *vid.* Di Paola, S.: *Contributo ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 86; Brutti, M.: "Invalidità (storia)", *Enc. dir.*, vol. XXII, Giuffrè, Milano, 1972, p. 565; Masi, A.: "Nullità (storia)", *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978, p. 859.

9 La norma contenente la definizione di contratto (art. 1098) indicava come requisiti essenziali ai fini della validità: la capacità di contrattare, il consenso valido dei contraenti, un oggetto determinato «che possa essere materia di convenzione» e una causa lecita per obbligarsi. La nullità veniva comminata anche per difetto dei requisiti di forma previsti dalla legge e si prevedeva l'impossibilità di confermare un atto nullo in modo assoluto per difetto di formalità». Era data invece possibilità di ratifica o conferma «di un'obbligazione con la quale la legge ammette l'azione di nullità» ove l'atto di conferma o ratifica contenesse «la sostanza della stessa obbligazione, il motivo che la rende viziosa e la dichiarazione che s'intende di correggere il vizio su cui tale azione è fondata». Si prevedeva, inoltre, che in mancanza di atto di conferma bastasse l'esecuzione volontaria dell'obbligazione da parte del soggetto a conoscenza del vizio «dopo il tempo, in cui l'obbligazione stessa poteva essere validamente confermata o ratificata».

10 L'art. 1300 prevedeva che «le azioni di nullità o rescissione di un contratto durano per cinque anni in tutti i casi nei quali non siano state ristrette a minor tempo da una legge particolare». A tale prescrizione non soggiaceva però l'eccezione di nullità, che poteva essere opposta dal convenuto nell'azione di esecuzione del contratto «nei casi in cui avrebbe potuto egli stesso agire per nullità» (art. 1302). Peraltro, annullamento e rescissione erano indicati tra i modi di estinzione delle obbligazioni (art. 1326).

11 Redenti, E.: *Dei contratti nella pratica commerciale*, Cedam, Padova, 1931, pp. 280 ss.; Grossi, E.: *Nullità dei negozi giuridici*, Ed. Lombardo, Genova, 1916, p. 14.

12 Houtcieff, D.: *Droit des contrats*, Bruylant, Parigi, 2017, p. 348; Fabre-Magnan, M.: *Droits des obligations, 1-Contrats et engagement unilatéral*, Themis droit, Parigi, 2017, p. 505.

13 Japiot, R.: *Des nullités en matière d'actes juridiques; Essai d'une théorie nouvelle*, Dijon, 1909, rist. Ed. La Mémoire du droit, Parigi, 2017, pp. 1 ss.

14 Gaudemet, E.: *Théorie générale des obligations*, Sirey, Parigi, 1937, p. 312.

era posta a tutela di un interesse generale, il diritto di contestare la validità del contratto poteva essere esercitato da tutti gli interessati; la nullità, in questo caso, era definita come assoluta.

La distinzione tra i due tipi di nullità restava, tuttavia, molto sfumata e rimessa alla discrezionalità dei giudici.

Durante la vigenza del codice del 1865, le nullità assolute erano definite come quelle invalidità che «esistono di per sé, inficiano l'atto rendendolo come non esistente e possono essere fatte valere da chiunque vi abbia interesse»[15].

Le nullità relative potevano, invece, essere fatte valere solo da determinate persone «inquantoché l'effetto dell'atto che ne è infirmato non va oltre ad una determinata cerchia di diritto e la legge non permette che altri all'infuori di coloro che sono in essere direttamente o più strettamente interessate, abbiano a preoccuparsene o comunque a valersene»[16].

La nullità assoluta veniva, dunque, intesa come inesistenza[17]. Più precisamente, un atto nullo era considerato come se non fosse mai stato posto in essere. Conseguentemente non era nemmeno necessaria la pronuncia giudiziaria, che era, al contrario, essenziale per le nullità relative. Si riteneva, infatti, che senza l'intervento del giudice l'atto producesse effetto come un atto pienamente valido.

Vi era, comunque, molta incertezza su quali fossero le cause di nullità assoluta/inesistenza e le cause di nullità relativa.

15 Grossi, E.: *Nullità dei negozi giuridici*, cit., p. 14.

16 Grossi, E.: *ibidem*.

17 Pacchioni, G.: *Dei contratti in generale*, vol. II, Cedam, Padova, 1936, p. 175. La nullità va, tuttavia, tenuta distinta dall'inesistenza, intesa come mancanza di un atto o fatto socialmente rispondente alla nozione di contratto. Un negozio per poter essere considerato nullo deve esistere come fattispecie: devono cioè sussistere una figura esteriormente percepibile nei suoi elementi essenziali come negozio, valutabile come valida o invalida ed eventualmente capace di generare almeno qualche effetto, anche negativo. Seppur assente nel codice civile italiano, l'inesistenza viene utilizzata dalla dottrina e dalla giurisprudenza per indicare un atto privo di quei requisiti minimi che permettano di qualificare una certa manifestazione di volontà in termini di negozio giuridico. Si pensi al negozio *ioci o docendi causa*. In tema, *vid.* Cariota Ferrara, L.: *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 334; Scognamiglio, R.: *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Jovene, Napoli, 1950, pp. 345 ss.; Ascarelli, T.: "Inesistenza e nullità", *Riv. dir. proc.*, 1956, vol. I, pp. 61 ss.; Ferrari, S.: "Inesistenza e nullità del negozio giuridico", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 514. L'elaborazione della categoria dell'inesistenza si deve alla dottrina francese, la quale utilizzò tale nozione per la prima volta in tema di nullità matrimoniali, rivelandosi la stessa utile strumento per superare il principio della tassatività delle cause di nullità del matrimonio, così da distinguere quei vizi che avrebbero consentito di definire il matrimonio come nullo, ma esistente, e quelli che, invece, erano tali da rendere il matrimonio inesistente. In arg., v., Cohendy, G.: "Des intérêts de la distinction entre 'inexistence et la nullité d'ordre public", *RTS civ.*, 1914, p. 33. *Vid.* anche Baudry-Lacantinerie, G.: *Précis de droit civil*, vol. II, Sirey, Parigi, 1899, p. 818, il quale invece confondeva le nozioni di nullità e inesistenza.

La dottrina criticava, inoltre, le ambiguità linguistiche e semantiche provocate dalle sparute norme del codice del 1865 che utilizzava indistintamente i termini nullità, annullabilità e rescissione[18].

2. La nullità nel codice del 1942.

Il codice civile del 1942[19] ha accolto le istanze della dottrina dell'epoca ed ha proceduto ad una sistematizzazione delle invalidità contrattuali, ispirandosi più al codice civile tedesco che a quello francese[20].

Non vi è più un'unica categoria di nullità usata indistintamente per indicare fenomeni diversi, come accadeva nel Code Napoléon[21], ma si disciplinano distintamente i due istituti della nullità e dell'annullabilità, così come previsto all'interno del Bürgerliches Gesetzbuch.

Nel sistema del BGB, in particolare, le patologie della nullità e dell'annullabilità del negozio giuridico, inteso come regola che si oggettivizza attraverso una dichiarazione di volontà o un comportamento volontario, possono essere considerate da due prospettive: una attinente alla «regola» e una attinente alla «condizione» del soggetto che ha dato vita alla regola stessa. La patologia che incide sulla regola, che può riguardare l'illiceità, l'immoralità, la mancanza di volontà e forma, conduce alla nullità del negozio; mentre la patologia che attiene alla condizione del soggetto e che, dunque, incide sulla sua piena consapevolezza e libertà del volere, comporta l'annullabilità del negozio. Occorre, tuttavia, precisare che nella condizione del soggetto non è ricompresa l'incapacità dello stesso, in

18 Coviello, N.: *Manuale di diritto civile italiano*, I, Società editrice libraria, Milano, 1910, p. 313; Dusi, B.: I*stituzioni di diritto civile* (riv. e agg. da M. M. Sarfatti), Giappichelli, Torino, 1937, p. 161; Cariota Ferrara, L.: "L'annullabilità assoluta", *Foro it.*, 1939, IV, p. 50; De Ruggiero, R.: *Istituzioni di diritto civile*, I, Casa editrice Giuseppe Principato, Messina-Milano, 1939, p. 288; Colagrosso, E.: *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1948, p. 362.

19 Per una recente riflessione generale sul codice italiano del 1942, *vid*. Castronovo, C.: "Il codice civile italiano: significato storico e ideale", *Eur. dir. priv.,* 2019, 4, pp. 1167 ss.

20 Ferri, G.B.: "Introduzione al sistema dell'invalidità nel contratto", in *Trattato di diritto privato* (a cura di M. Bessone), Giappichelli, Torino, 2002, pp. 4 ss. Osserva, in particolare, l'A. che «nell'indicare le patologie della Geschäftsfähigkeit (capacità negoziale) e della Willenserklärung (dichiarazione di volontà del negozio giuridico), il BGB, rispettivamente nei Titoli I e II della Parte III, Rechtsgeschäft, del Libro I, Allegemeiner Teil, disegna una normativa della invalidità, distinguendo le ipotesi in cui eine Willenserklärung...ist nichtig (e, dunque, una dichiarazione di volontà è nulla), dalle ipotesi in cui la dichiarazione kann...anfechten (e cioè può essere impugnata e dunque è annullabile)».

21 Nell'ordinamento francese attuale permane la distinzione tra nullité absolue e nullité relative, ma con un volto diverso rispetto al passato. Tutto il sistema delle nullità contrattuali ha, infatti, subìto una decisa evoluzione a seguito dell'ordonnance n. 2016-131 del 10 febbraio 2016 «portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations». Le novità introdotte dall'ordonnance riguardano in particolare la codificazione della distinzione tra nullité absolue e nullité relative, l'introduzione della nullité conventionnelle accanto alla nullité judiciaire e la possibilità di proporre l'action interrogatoire ayant pour objet la nullité. In tema, sia consentito il rinvio a Vulpiani G.: "La nullité contractuelle nella riforma del diritto francese", *Nuova giur. civ.*, 2020, 4, p. 914.

quanto per il legislatore tedesco l'assenza di capacità implica assenza di volontà, il che incide sull'esistenza stessa della regola, così come precedentemente intesa[22].

La nullità del BGB è, pertanto, intesa come una sanzione che attiene alla regola e l'annullabilità come sanzione attinente alla condizione del soggetto.

Sulla linea tracciata dal modello tedesco, il codice del 1942 costruisce la nullità come reazione ai difetti strutturali e funzionali del contratto[23] e l'annullabilità come patologia attinente alla capacità e integrità del consenso del soggetto che pone in essere il contratto stesso, prevedendo regimi giuridici diversi per le due categorie, soprattutto in punto di legittimazione all'azione, rilevabilità d'ufficio, prescrizione dell'azione e sanatoria dell'atto.

A differenza del BGB, tuttavia, l'incapacità del soggetto non importa mancanza di volontà e, dunque, nullità del contratto, bensì solo annullabilità, essendo essa intesa come condizione che limita la volontà del soggetto, senza eliderla.

3. Le nullità di protezione.

Rispetto all'assetto unitario del codice del 1942, il quadro normativo e giurisprudenziale relativo all'istituto della nullità ha subìto un netto mutamento, tanto che attenta dottrina ha definito l'istituto come un'autentica Baustelle[24].

L'evoluzione del panorama normativo, soprattutto di matrice europea, e giurisprudenziale ha portato all'introduzione nell'ordinamento di ipotesi di nullità speciali[25], che presentano anomalie rispetto alla tradizionale nullità codicistica. Il che ha indotto parte della dottrina ad ipotizzare il superamento della concezione di una tradizionale categoria unitaria della nullità, ormai destrutturata[26].

Le nullità devianti dal regime codicistico e che pongono questioni di tenuta di una concezione unitaria sono innanzitutto le nullità di protezione[27], poste a tutela di

22 Ferri, G.B.: "Introduzione al sistema dell'invalidità nel contratto", cit., pp. 6 ss.

23 Un contratto è, infatti, nullo ai sensi dell'art. 1418 c.c. quando è contrario ad una norma imperativa, difetta di uno dei requisiti essenziali di cui all'art. 1325 c.c., la sua causa è illecita, sono illeciti i motivi comuni, l'oggetto è illecito, impossibile, indeterminato o indeterminabile e negli altri casi determinati dalla legge.

24 Pagliantini, S.: "La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: "eppur si muove"?", *Contratti*, 2012, 11, p. 869.

25 Passagnoli, G.: *Nullità speciali*, Giuffrè, Milano, 1995, *passim*.

26 In arg., Putti, P.M.: "Le nullità contrattuali", cit., p. 949; Monticelli, S.: "Il sistema della nullità contrattuale e funzione notarile", cit., pp. 686 ss.; La Spina, A.: *Destrutturazione della nullità*, Giuffrè, Milano, 2012, *passim*.

27 In tema, senza pretesa di esaustività, Passagnoli, G.: *Nullità speciali*, cit., pp. 25 ss.; Id.: "Le nullità di protezione", in *Studi in onore di Davide Messinetti* (a cura di F. Ruscello), vol. I, Esi, Napoli, 2008, pp. 627 ss.; Minervini, E.: *Trasparenza e riequilibrio delle condizioni bancarie*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 106 ss.; Polidori, S.: *Discipline della nullità e interessi protetti*, Esi, Napoli, 2001, pp. 75 ss.; Id.: *Nullità di protezione e sistema delle invalidità negoziali*, Esi, Napoli, 2016, *passim*; Quadri, E.: "Nullità e tutela del contraente debole", in *Contr. impr.*, 2001, 3, pp. 1143 ss.; Scalisi, N.: "Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti" in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo* (a cura di S. Mazzamuto), Giappichelli, Torino, 2002, pp. 199 ss.; Id.:

un interesse particolare e a legittimazione relativa, che presentano problematiche in tema di rilevabilità d'ufficio e sanabilità.

La nullità di protezione si configura come un rimedio volto a garantire l'obiettivo perseguito dall'ordinamento, attraverso la disciplina dell'esercizio dell'autonomia privata, in tutte le situazioni in cui la debolezza di una delle parti, dovuta alla particolare natura dell'interesse di cui è portatrice o alla posizione di subordinazione o asimmetria informativa in cui si trova, potrebbe portare a subire l'abuso del potere contrattuale dell'altra parte; abuso che si sostanzia in un programma contrattuale squilibrato. Una siffatta impostazione sembra comportare l'abbandono della tradizionale teorica che individua la ratio giustificatrice della nullità in un vizio strutturale dell'atto o nella tutela di un interesse pubblico: la nullità si presenterebbe, dunque, come un duttile strumento nelle mani del legislatore posto di volta in volta a tutela di interessi generali o particolari assurti al rango di interessi generali, nell'ottica del c.d. ordine pubblico di protezione[28]. Si passa, così, da una nullità intesa in senso strutturale ad una nullità in senso funzionale.

La nullità di protezione si presta, dunque, ad essere uno strumento per esercitare sul comportamento dei soggetti operanti nel mercato un controllo funzionale alla realizzazione di un mercato concorrenziale comune ispirato al principio di correttezza[29].

Nelle nullità di protezione rientrano, infatti, tutte quelle ipotesi di invalidità poste a presidio di interessi riferibili a determinate categorie di soggetti, come ad esempio i consumatori, gli utilizzatori di servizi bancari, l'impresa in posizione di dipendenza economica.

Queste, tuttavia, non configurano una vera e propria categoria unitaria, altra rispetto a quella della nullità generale, anche in considerazione del fatto che non presentano uno statuto uniforme[30].

"Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità", *Riv. dir. civ.,* 2003, 2, pp. 201 ss.; Albanese, A.: *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Esi, Napoli, 2003, spec. pp. 76 ss. e 305 ss.; Id.: *Contratto mercato responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 57 ss.; Monticelli, S.: "Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio", *Riv. dir. priv.*, 2002, 4, pp. 693 ss.; Filanti, G.: "Nullità. III) Nullità speciali", *Enc. giur.,* XXI, Treccani, Roma, 2004, pp. 1 ss.; Pagliantini, S.: *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, cit., pp. 167 ss.; Russo, D.: *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Esi, Napoli, 2008, pp. 50 ss.; Girolami, M.: *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Cedam, Padova, 2008, *passim*; Id.: "Nullità di protezione", *Enc. dir.*, vol. I, *Contratto* (diretto da G. D'Amico), Giuffrè, Milano, 2021, pp. 701 ss.; Perlingieri, G.: *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Esi, Napoli, 2011, spec. pp. 58 ss.; Gentili, A.: "La «nullità di protezione»," *Europa dir. priv.*, 2011, 1, pp. 77 ss.; Prisco, I.: *La nullità di protezione*, Esi, Napoli, 2012, pp. 12 ss.

28 È quanto affermato da Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit., che afferma che le nullità di protezione sono poste a tutela anche di interessi generali.

29 Putti, P.M.: "Le nullità contrattuali", cit., p. 950.

30 De Cristofaro, G.: "Le invalidità negoziali di protezione nel diritto comunitario dei contratti", in AA. VV.: *Le forme della nullità*, cit., p. 211, che evidenzia che «la molteplicità, la varietà e l'eterogeneità costituiscono la cifra caratterizzante l'odierno diritto comunitario delle invalidità negoziali" e il tentativo di ricomprenderle

Presentano, però, un tratto comune sotto il profilo assiologico-funzionale, consistente nel fatto che la norma che prevede la nullità regola l'esercizio dell'autonomia privata con la finalità di garantire che la programmazione contrattuale sia equilibrata nella sua genesi e nei suoi contenuti[31]. Ne consegue che il tipico meccanismo della nullità viene modulato per perseguire l'intento di tutela della parte debole che viene perseguito non necessariamente attraverso l'interdizione del contratto, ma, come nel caso della nullità del consumatore, nella sua rimodulazione per garantire l'equo contemperamento degli interessi.

Dato che sono poste a tutela dell'interesse di una parte, le nullità di protezione sono nullità a legittimazione relativa, che, dunque, possono essere fatte valere solo dalla parte nel cui interesse è posta la nullità.

Quanto alla questione della rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione, le Sezioni Unite della Cassazione, nelle note sentenze nn. 26242 e 26243 del 2014[32], hanno affermato che il rilievo d'ufficio della nullità costituisce irrinunciabile garanzia della tutela dell'effettività dei valori fondamentali dell'organizzazione sociale, in quanto la nullità è volta alla tutela d'interessi prettamente generali dell'ordinamento, afferenti a valori fondamentali.

A tale unità funzionale non si sottraggono le nullità di protezione, che presidiano interessi generali sottesi alla tutela di una classe di contraenti.

Con le nullità di protezione, infatti, oltre che un interesse particolare, si tutela anche un interesse generale, seppur in via indiretta, e cioè l'interesse proprio dell'ordinamento giuridico a che l'esercizio dell'autonomia privata sia corretto, ordinato e ragionevole e che siano, dunque, rispettati i principi-cardine dell'ordinamento quali la buona fede, la tutela del contraente debole, la parità di condizioni quantomeno formale nelle asimmetrie economiche sostanziali.

Conseguentemente, ad avviso della Corte di Cassazione, deve ritenersi consentito il rilievo ex officio di una nullità negoziale, sotto qualsiasi profilo ed anche ove sia configurabile una nullità speciale o di protezione, in tutte le ipotesi di impugnativa negoziale (adempimento, risoluzione per qualsiasi motivo, annullamento, rescissione).

La rilevabilità d'ufficio costituisce, dunque, il proprium anche delle nullità speciali e di protezione[33].

---

all'interno di una categoria unitaria "costituirebbe, allo stato attuale, un'ingiustificata forzatura». *Vid*. anche Gentili, A.: "La nullità di protezione", cit., pp. 77 ss..

31 In questo senso, La Spina, A.: *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, cit., p. 264.

32 Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, cit.

33 In arg. v., Bonfiglio, G.: "La rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione", *Riv. dir. priv.*, 2004, 4, p. 861; Orestano, A.: "L'inefficacia delle clausole vessatorie", in AA. VV.: *I contratti dei consumatori* (a cura di E.

Nella ricostruzione proposta dalle Sezioni Unite assume valore centrale la distinzione tra rilevazione e dichiarazione della nullità[34]: la rilevazione d'ufficio delle nullità negoziali è infatti sempre obbligatoria, purché la pretesa azionata non venga rigettata in base ad una individuata ragione più liquida, escludente per la sua evidenza anche una sommaria cognizione officiosa[35], e va intesa come indicazione alle parti di tale vizio; la loro dichiarazione, invece, ove sia mancata un'espressa domanda della parte pure all'esito della suddetta indicazione officiosa, costituisce statuizione facoltativa (salvo per le nullità speciali, che presuppongono una manifestazione di interesse della parte) del medesimo vizio, previo suo accertamento, nella motivazione e/o nel dispositivo della pronuncia, con efficacia, peraltro, di giudicato in assenza di sua impugnazione.

La Corte statuisce, dunque, che la nullità deve essere rilevata dal giudice tutte le volte che la parte voglia far valere nel processo il contratto nullo come valido, ma tale rilevazione non porta necessariamente ad una dichiarazione di nullità.

Ed è proprio qui che vengono in rilievo le nullità di protezione. Se, infatti, il giudice rileva la nullità di una singola clausola e la indica alla parte tutelata, questa conserva la facoltà di non avvalersene, potendo chiedere che la causa sia decisa nel merito, perché, ad esempio, rientra nel suo interesse conservare quella clausola. In questo caso, dunque, il giudice, a seguito della rilevazione della nullità e conseguente indicazione alla parte debole, non potrà anche dichiararla, nemmeno in via incidentale.

Le Sezioni Unite estendono il più possibile la rilevazione d'ufficio della nullità, comprendendovi anche le nullità di protezione, sulla base di una lettura che, superando un criterio concettualistico riguardante l'oggetto dell'impugnativa negoziale, ha riguardo all'interesse sostanziale, così come espresso dal modo di essere del rapporto.

Gabrielli ed E. Minervini), Giappichelli, Torino, 2005, p. 379; Di Ciommo, F.: *Efficienza allocativa e teoria giuridica del contratto. Contributo allo studio dell'autonomia privata*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 145.

34 In arg., *vid*. Perlingieri, G.: "Rilevabilità d'ufficio e sanabilità dell'atto nullo, dieci anni dopo", *Rass. dir. civ.*, 2019, 4, p. 1106, secondo il quale le sezioni unite hanno «finalmente accolto l'idea secondo la quale occorre distinguere tra rilevazione della nullità (che è un «obbligo» del giudice, di là dalla domanda in concreto proposta e dal tipo di nullità, in quanto, tra l'altro, il mancato rilievo d'ufficio di una nullità condurrebbe a conseguenze irragionevoli, come il rischio di stabilizzare un contratto totalmente o parzialmente nullo e di riconoscere ad esso, senza l'intervento di una sanatoria, effetti equivalenti a un contratto valido) e dichiarazione della nullità (che, invece, non è necessariamente dovuta, essendo rimessa […] a una valutazione secondo ragionevolezza)».

35 Sul punto, Di Ciommo, F.: "La rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le Sezioni Unite: la nullità presa (quasi) sul serio", cit., spec. p. 94 e p. 99, in cui l'A. afferma che con queste pronunce la Corte di legittimità è tornata a «prendere la nullità sul serio» (rifacendosi allo scritto di Dworkin, R.: *Taking right seriously*, Cambridge University press, Cambridge, 1977, nella trad. it. di Oriana, F.: *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 1982). Tuttavia, l'A. si pone in senso critico nei confronti della parte della motivazione in cui si afferma che se il giudice riscontra una ragione più liquida per la definizione del giudizio, egli deve pronunciarsi su quella ragione, senza necessità di accertare la nullità, in quanto da tale opzione finirebbe, di fatto, per disconoscere la piena effettività del potere/dovere del giudice sancito dall'art. 1421 c.c.

Il fatto che le nullità di protezione possano essere fatte valere solo dalla parte interessata e che il giudice, nonostante la loro rilevazione, potrebbe non dichiarare nullo il contratto se ciò corrisponde all'interesse della parte tutelata, importa conseguenze anche sulla sostanziale sanabilità di tali nullità; altro tratto che le differenzierebbe dal regime generale della nullità, tradizionalmente qualificata come insanabile, salvo espressa previsione normativa.

Nelle nullità di protezione rientra, ad esempio, la nullità del consumatore, la cui disciplina è ora contenuta nel d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206[36], che all'art. 36 prevede che: le clausole vessatorie sono nulle, mentre il contratto rimane valido per il resto; la nullità opera solo a vantaggio del consumatore, può essere fatta valere solo dalla parte protetta e rilevata d'ufficio solo a vantaggio della stessa. Tale nullità dissona, pertanto, da quella codicistica in punto di legittimazione, prevedendo una legittimazione relativa, e di disciplina della nullità parziale, negando applicazione al parametro della volontà ipotetica delle parti di cui all'art. 1419 c.c.[37]

Una tutela del contraente più debole è prevista anche nell'ambito dei rapporti tra imprese nella la legge sulla subfornitura n. 192/1998[38], che all'art. 9 vieta l'abuso di dipendenza economica[39]; disposizione che seppur collocata in una disciplina specifica, ha portata generale e può, dunque, applicarsi a qualsiasi contratto tipico e atipico stipulato tra imprese in una situazione di dipendenza economica[40].

4. Il contratto monofirma e la nullità selettiva.

Tra le nullità di protezione si annoverano anche le nullità del mercato finanziario, contenute nel dlgs. n. 385/1993 (testo unico bancario) e nel dlgs. n. 58/1998 (testo unico finanziario), che prevedono una forma particolare per la validità dei contratti:

36 Prima dell'emanazione di tale normativa, la tutela consumeristica era prevista all'interno del codice civile agli artt. 1469 *bis* ss. ove si statuiva l'inefficacia delle clausole vessatorie

37 Girolami, M.: "Nullità di protezione", cit., p. 706.

38 Contraente debole non è, infatti, solo il consumatore nell'ambito dei contratti b2c, ma anche un'impresa nell'ambito dei contratti b2b. In tema, *vid.* Addis F.: "Neoformalismo e tutela dell'imprenditore debole", *Obbl. contr.,* 2012, 1, pp. 6 ss.; Ruscello, F.: "Contratti fra impresa e tutela dell'imprenditore debole", *Vita not.,* 2012, p. 411 ss.; Maugeri M. e Pagliantini S.: "Tutela del "professionista debole" e ripartizione dei rischi derivanti da firma falsa nel contratto di finanziamento", *Banca, borsa, tit. cred.,* 2013, 2, pp. 701 ss.; Di Marzio, F.: "Contratto e impresa", *Enc. dir.,* vol. I, cit., pp. 343 ss.

39 In tema, tra gli altri, Maugeri M.: *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 2003; Tommasini, R.: *Autonomia privata e rimedi in trasformazione*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 102; Colangelo, G.: *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Giappichelli, Torino, 2004; Fabbio, P.: *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, Milano, 2006; Di Lorenzo, G.: *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Cedam, Padova, 2009; Macario, F.: "Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?", *Riv. dir. civ.*, 2005, 6, p. 684; Id.: "Genesi, evoluzione e consolidamento in una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica", *Giust. Civ.*, 2016, 3, pp. 509 ss.

40 V., tra gli altri, Scognamiglio, C.: "Vizi del consenso", *Enc. dir.*, cit., p. 1203. Peraltro, va dato conto del fatto che, nell'ordinamento francese, in seguito alla riforma del 2016, l'abuso di dipendenza è ricompreso tra le ipotesi di violenza che danno luogo a nullité relative (art. 1143 Code civil).

la forma scritta e la consegna della copia del contratto al cliente a pena di nullità; nullità che può essere fatta valere solo dal cliente.

Proprio sulla relazione forma del contratto - nullità di protezione si sono incentrati recenti dibattiti giurisprudenziali relativi alla validità del contratto di intermediazione finanziaria sottoscritto solo dal cliente e non anche dall'intermediario, il c.d. contratto monofirma, e alla possibilità per il cliente di impugnare solo alcuni ordini di investimento e si parla in questo caso delle c.d. nullità selettive.

Tali questioni sono state rimesse alle Sezioni Unite[41], che si sono espresse nel 2018, affermando la validità del contratto sottoscritto solo dal cliente e non anche dell'intermediario, valorizzando una lettura in senso funzionale e non strutturale della forma del contratto richiesta dell'art. 23 testo unico finanziario: dato che la funzione della forma è informare il cliente, la firma dello stesso basta a soddisfare questa funzione e non è necessaria anche la firma dell'intermediario[42].

La pronuncia si inserisce nel solco di quell'orientamento dottrinale secondo il quale il requisito della forma di cui all'art. 1325 c.c., n. 4, va inteso non in senso strutturale, ma funzionale, avendo riguardo alla finalità propria della norma. Infatti, ove le parti non si trovino su un piano di parità, lo strumento idoneo a scongiurare il rischio della insufficiente riflessione o dell'approfittamento di una parte a danno dell'altra è proprio la forma c.d. ''di protezione'', il cui fine precipuo è quello di proteggere lo specifico interesse del contraente debole a comprendere quanto gli viene sottoposto e ad essere compiutamente informato su tutti gli aspetti della vicenda contrattuale[43].

41 Con l'ordinanza, Cass., 27 aprile 2017, n. 10447, *Contratti*, 2017, 4, p. 398, con nota di Maffeis, D.: "La forma responsabile verso le sezioni unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca".

42 Cass., sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898, *Giur. it.*, 2018, 3, p. 568, con note di di Majo, A.: "Contratto di investimento mobiliare: il "balletto" delle forme"; *Nuova giur. civ.*, 2018, 5, p. 658, con nota di Dalmartello, A.: "La forma dei contratti di investimento nel canone delle sezioni unite: oltre il contratto monofirma"; *ivi*, p. 729, con nota di Pagliantini, S.: "Il contratto monofirma nella prospettiva dell'art. 1341 cod. civ."; *ivi*, p. 734, con nota di Salanitro, U.: "Nullità per mancanza di forma e contratti mediante corrispondenza"; *ivi*, pp. 741 ss., con nota di Scognamiglio, C.: "Contratti monofirma nei servizi di investimento e scopo di protezione della forma". In tema *vid.* anche Pagliantini, S.: "Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.dd. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)", in AA. VV.: *Il contratto* (a cura di A. Federico e G. Perlingieri), Esi, Napoli, 2019, pp. 319 ss.; Federico, A.: "I contratti monofirma: dalle Sezioni Unite alla legislazione emergenziale", *Rass. dir. civ.*, 2020, 4, pp. 1237 ss.; Perlingieri, G.: "Sanatoria", *Enc. dir.*, vol. I, *Contratto* (diretto da G. D'Amico), Giuffrè, Milano, 2021, p. 1119.

43 In arg., Perlingieri, P.: *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Esi, Napoli, 1987, *passim*; Irti, N.: *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo negoziale*, Giuffrè, Milano, 1985; Id.: *Studi sul formalismo negoziale*, Cedam, Padova, 1997; Breccia, U., *La forma*, in *Formazione*, vol. I (a cura di C. Granelli), in *Trattato del contratto* (diretto da V. Roppo), Giuffrè, Milano, 2006; Lener, R.: *Forma contrattuale e tutela del contraente debole "non qualificato" nel mercato finanziario*, Giuffrè, Milano, 1996; Di Marzio, F.: "Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti", *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 396; Morelato, E.: *Nuovi requisiti di forma del contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Cedam, Padova, 2006; Modica, L.: *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008; Id.: *Formalismo negoziale e nullità*, *Contr. Impr.*, 2011, 1, pp. 30 ss.; Id.: "Il volto crudele, ma autentico, del formalismo "informativo"", *Foro it.*, 2018, 4, p. 1283; Pagliantini, S.: *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti,* Edizioni ETS, Pisa, 2009; Id.:

La nullità che deriva dal mancato rispetto della forma protettiva persegue, dunque, la finalità di protezione del contraente debole e viene strutturata come una nullità a legittimazione relativa – con l'eventualità, quindi, di una sanatoria di fatto del negozio – ma che può essere comunque rilevata ex officio dal giudice nell'interesse della parte tutelata. La nullità dell'art. 23 è, pertanto, intesa come funzionale alla tutela della più ampia informazione dell'investitore, correlata anche all'efficienza del mercato del credito. Ed è in quest'ottica che occorre valutare se il cliente sarebbe pregiudicato, nella sua completa e consapevole autodeterminazione, dalla mancanza di firma della banca sul contratto-quadro.

Le Sezioni Unite si soffermano esclusivamente sulla validità del contratto monofirma, senza sbilanciarsi troppo sull'ammissibilità dell'uso selettivo della nullità e sull'eventuale possibilità per l'intermediario di opporsi ad un uso strumentale dell'impugnativa di invalidità[44]. Permettere, infatti, all'investitore di selezionare gli investimenti a seconda della convenienza economica e di impugnare solo quelli sconvenienti potrebbe portare con sé il rischio di un uso distorto dell'azione, ben lontano dalla ratio a fondamento della disciplina della nullità di protezione, volta a tutelare non solo la completezza informativa della parte debole (interessi del singolo), ma anche la correttezza del mercato (interesse generale).

Il tema investe non solo quello della legittimazione ad agire e della rilevabilità d'ufficio della nullità, ma anche quello del dovere di buona fede e correttezza nell'attuazione del rapporto obbligatorio.

Restando, dunque, aperto il dibattito sul punto, le Sezioni Unite sono nuovamente intervenute, ammettendo l'uso selettivo nella nullità. Più in particolare, nella pronuncia si afferma che, considerato che la nullità di cui all'art. 23 d.lgs. n. 58/1998 può essere fatta valere esclusivamente dall'investitore, gli effetti processuali e sostanziali dell'accertamento possono operare soltanto a suo vantaggio. Di conseguenza, l'intermediario non può avvalersi degli effetti diretti

"Neoformalismo contrattuale", *Enc. Dir.*, Annali, IV, Giuffrè, Milano, 2011, p. 770 ss.; Id.: "Usi e abusi di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)", *Contratti*, 2017, 6, p. 679; Id.: "Forma o modalità di un'informazione materializzata? Le SS.UU. ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 T.U.F.", *Contratti*, 2018, 2, p. 143; Bertolini, A.: "Problemi di forma e sanzioni di nullità della disciplina a tutela dell'investitore. Perequazione informativa o opportunismo rimediale?", *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 2346; Fazio, E.: *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Giuffrè, Milano, 2011; Addis, F.: "Neoformalismo e tutela dell'imprenditore debole", *Obbl. contr.*, 2012, pp. 6 ss.; Favale, R.: "Il formalismo nel diritto dei consumatori", *Contr. Impr./Europa*, 2012, pp. 582 ss.; Berti De Marinis, G.: *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, Esi, Napoli, 2013; Maffeis, D.: "La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca", cit., p. 398; Amagliani, R.: "La forma del contratto quadro di investimento: la parola alle Sezioni Unite", *Nuova giur. civ.*, 2017, 10, pp. 1363 ss.; La Rocca, G.: *Il problema della forma contrattuale*, Giappichelli, Torino, 2017, spec. pp. 95 ss.; Tosi, E.: *Forma informativa nei contratti asimmetrici. Contributo allo studio della forma funzionale nei contratti asimmetrici, bancari, e di investimento*, Giuffrè, Milano, 2018.

44 In tema di nullità selettive nei contratti di investimento, *vid.* Robustella, C.: *Forma di protezione e nullità selettiva nei contratti del mercato finanziario*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 119 ss.

della nullità di protezione e non è legittimato ad agire in via riconvenzionale od in via autonoma per le restituzioni ai sensi degli artt. 1422 e 2033 c.c.

L'intermediario, tuttavia, in virtù dei principi costituzionali di solidarietà ed uguaglianza sostanziale, che operano anche in funzione di riequilibrio endocontrattuale, può opporre l'eccezione di buona fede, idonea a paralizzare gli effetti restitutori dell'azione di nullità selettiva proposta soltanto in relazione ad alcuni ordini, quando l'uso selettivo determini esclusivamente un sacrificio economico sproporzionato.

L'arresto delle Sezioni Unite del 2019, al di là della questione relativa all'ammissibilità o meno dell'utilizzo selettivo delle nullità di protezione con riferimento ai contratti di investimento, riveste un interesse particolare per la lettura che fornisce delle nullità di protezione in generale, qualificate come rimedi di diretta espressione dei principi costituzionali di solidarietà e uguaglianza; principi che operano però non solo a vantaggio della parte debole, ma anche della parte non specificamente tutelata. E, pertanto, ove l'utilizzo selettivo del rimedio della nullità di protezione porti ad un sacrificio economico sproporzionato del soggetto "forte", questi, in virtù dei predetti principi di solidarietà ed uguaglianza, può opporre l'eccezione di buona fede, volta a paralizzare l'azione.

Occorre, peraltro, soffermarsi su un passaggio fondamentale. Ad avviso delle Sezioni Unite, perché la tutela apprestata dall'ordinamento sia effettiva, il soggetto debole non solo è l'unico titolare dell'azione, ma è anche l'unico a poter disporre degli effetti della nullità. Tale punto fa sorgere invero qualche perplessità, in quanto un conto è dire che la legittimazione all'azione spetta solo alla parte tutelata e che il giudice, nel rilevare d'ufficio la nullità di protezione, deve valutare che la dichiarazione di invalidità corrisponda all'interesse della parte tutelata, altro invece è dire che, una volta che la parte legittimata abbia fatto valere la nullità e il giudice l'abbia dichiarata con efficacia di giudicato, gli effetti della nullità possano operare ad esclusivo vantaggio della parte tutelata, con la conseguenza che l'altra parte non potrebbe agire per le restituzioni. Occorre pertanto evidenziare che una cosa è la disponibilità dell'effetto invalidante, altra e distinta cosa è la disponibilità delle conseguenze derivanti dall'effetto invalidante, in quanto sono due profili diversi sia sul piano della struttura sia sul piano della funzione. Come affermato anche da attenta dottrina[45], infatti, la conclusione cui giungono le Sezioni Unite, in relazione alla disponibilità per la parte degli effetti della nullità, appare viziata da «un salto logico» e rappresenta una «forzatura del sistema», incoerente con i principi sostanziali e processuali dell'ordinamento.

45 Monticelli, S.: "La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 1, p. 163.

5. Nullità sospesa e sopravvenuta.

Particolari figure di nullità, criticate per il loro contrastare con l'assunto che il negozio sia o valido ab origine o nullo ab origine, sono la nullità sospesa e la nullità sopravvenuta. La prima riguarda l'ipotesi in cui un contratto possa risultare nullo o valido a seconda che si verifichi o meno un evento successivo alla sua conclusione. Ne consegue che nel periodo intermedio la nullità pende come una spada di Damocle sul contratto. Parte della dottrina fa rientrare in tale figura l'art. 1349, co. 2, c.c. che prevede la nullità del contratto con determinazione dell'oggetto affidata al mero arbitrio del terzo nel caso in cui il terzo non provveda[46] e le parti non lo sostituiscano e l'art. 1472, co. 2, c.c. nel caso di vendita non aleatoria di cosa futura che non viene ad esistenza[47].

La configurabilità di tale figura di nullità è, tuttavia, esclusa dalla dottrina prevalente che inquadra le ipotesi sopramenzionate come fattispecie a formazione progressiva e non come fattispecie formate affetta da nullità[48].

La controversa figura della nullità sopravvenuta viene, invece, individuata nell'invalidità che colpisce il contratto in un momento successivo alla sua conclusione: vi è un contratto valido ed efficace alla luce della situazione fattuale e normativa esistente al tempo della sua conclusione, finché non sopravviene una causa di nullità.

La configurabilità della nullità sopravvenuta viene in rilievo in modo particolare in quelle ipotesi in cui fattispecie valide siano state travolte da un sostanziale mutamento dell'ordinamento[49], come nel caso della fideiussione omnibus e della c.d. usura sopravvenuta[50].

46 Maspes, I.: "La nullità sopravvenuta", *Contr. impr.*, 2018, 4, p. 1348, riconduce la fattispecie di cui all'art. 1349, co. 2, c.c. ad un'ipotesi di nullità sopravvenuta.

47 Cariota-Ferrara, L.: *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, Napoli, 1949, pp. 372 s.

48 Tommasini, R.: "Invalidità (dir. priv.)", cit., p. 596; Gentili, A.: *Le invalidità*, cit., p. 1145. In arg. *vid.* anche Roppo V.: *Il contratto*, cit., pp. 703 s.; Girolami, M.: *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Cedam, Padova, 2008, p. 441.

49 Franceschelli, V.: *Nullità del contratto*, in *Il codice civile. Commentario* (fondato da P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli), Giuffrè, Milano, 2015, p. 76, fa l'esempio della legislazione di guerra. Osserva, infatti, che sono nulli in ragione della legislazione di guerra i contratti validamente stipulati in tempo di pace con soggetti di nazionalità di Stati con i quali, dopo la stipulazione del contratto, si è entrati in guerra «questi contratti validi ed efficaci al momento della stipulazione, diventano nulli». L'A. ritiene, tuttavia, che non si tratti effettivamente di nullità, ma di applicare a quei contratti alcune caratteristiche del contratto nullo. L'A. osserva, inoltre, che l'espressione nullità sopravvenuta, dogmaticamente impropria, sia più che altro descrittiva.

50 Su cui si è pronunciata la sentenza Cass., sez. un., 19 ottobre 2017, n. 24675, *Foro it.*, 2017, I, p. 3274, con note di Carriero, G.: "Usura sopravvenuta. C'era una volta?" e di La Rocca, G.: "Usura sopravvenuta e «sana e prudente gestione» della banca: le sezioni unite impongono di rimeditare la legge sull'usura a venti anni dall'entrata in vigore".

La nullità sopravvenuta ha dato luogo ad un ampio dibattito dottrinale[51]. Coloro che la criticano si focalizzano sulla sua ontologica incompatibilità con la categoria generale della nullità, in quanto si pone in evidente contrasto con uno dei caratteri fondamentali di tale patologia negoziale, ossia il suo essere un tipo di invalidità c.d. originaria, coeva al momento della formazione del negozio. Altri osservano, invece, come sia configurabile una nullità sopravvenuta solo nei contratti ad effetti differiti o di durata, mantenendosi il contratto, pur già formatosi, come "vitale" nella realtà giuridica e, dunque, suscettibile di un nuovo giudizio di disvalore in fase successiva, precisando tuttavia l'operatività ex nunc dell'invalidità[52]. Secondo un diverso orientamento, i vizi sopravvenuti non incidono sulla validità del negozio, bensì sugli effetti dello stesso: ci si troverebbe dunque di fronte non ad una nullità sopravvenuta, ma ad un'inefficacia sopravvenuta[53]. Pertanto, ad essere intaccati saranno gli effetti pro-futuro dell'atto. Ciò implica che il contratto resterà valido fino al momento in cui interviene ad esempio una norma successiva che impedisca la prosecuzione degli effetti del contratto, senza dunque intaccare le prestazioni già effettuate.

III. IL RECUPERO DEL CONTRATTO NULLO

Occorre ora porre sotto la nostra lente un altro carattere tradizionalmente individuato come essenziale della più grave forma di patologia negoziale: l'insanabilità del contratto nullo.

51 Già Savigny nel *Sistema del diritto romano attuale*, IV, trad it. a cura di Scialoja, UTET, Torino, 1889, p. 629, si interrogava sulla configurabilità della nullità sopravvenuta, ossia sulla possibilità che vicende successive potessero incidere sul negozio validamente concluso. Sull'ammissibilità della figura dell'invalidità sopravvenuta, in senso favorevole, *vid.* Donisi, C.: "In tema di nullità sopravventa del negozio giuridico", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 755; Carresi, F.: "Il contratto", in *Trattato di diritto civile* (diretto da A. Cicu e F. Messineo), vol. XXI, Giuffrè, Milano, 1987, p. 623; Mantovani, M.: *Le nullità e il contratto nullo*, in AA. VV.: *Rimedi* (a cura di A. Gentili), in *Trattato del contratto* (diretto da V. Roppo), vol. IV, Giuffrè, Milano, 2006, p. 30. In senso critico, *vid.* Distaso, N.: "I contratti in generale", in *Giur. sist. dir. civ. comm.* (fondata da W. Bigiavi), UTET, Torino, 1966, p. 1123; Scognamiglio, R.: "Contratti in generale", in *Trattato di diritto civile* (diretto da E. Grosso e F. Santoro Passarelli), Giuffrè, Milano, 1972, p. 235, che afferma che «la validità o invalidità del contratto può soltanto riferirsi al momento in cui il contratto viene concluso [...] dunque non può in linea di massima ammettersi la figura della cosiddetta invalidità successiva»; Franzoni, M.: "Degli effetti del contratto", vol. II, in *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, in *Cod. civ. comm.* (diretto da P. Schlesinger), Giuffrè, Milano, 1999, p. 24, il quale nega che un vizio genetico possa sopravvenire alla stipulazione del negozio perché ciò significherebbe far retroagire la legge nel tempo. Per una recente analisi sul dibattito dottrinale relativo all'invalidità sopravvenuta, *vid.* Giustolisi, C.: *La validità sopravvenuta*, Aracne editrice, Ariccia, 2016, pp. 55 ss.

52 Donisi, C.: *In tema di nullità sopravvenuta*, cit., p. 764; Ferroni, L.: "Jus superveniens, rapporti in corso e usurarietà sopravvenuta", *Rass. dir. civ.*, 1999, 3, p. 521. Nel senso dell'operatività ex tunc della nullità sopravvenuta, Scalisi, V.: "Inefficacia (diritto privato)", *Enc. dir.*, vol. XXI, Giuffrè, Milano, p. 369.

53 Romanelli, V.M.: "Sulla cosiddetta invalidità successiva degli atti amministrativi", *Jus*, 1942, p. 144; Tommasini, R.: "Invalidità (dir. priv.)", cit., p. 593; Betti, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. II ed., Esi, Napoli, 2002, p. 475; Roppo, V.: *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 704; Scognamiglio, R.: "Inefficacia (dir. priv.)", *Enc. giur.*, vol. XVI, Treccani, Roma, 1989, p. 7; Valle, L.: "La categoria dell'inefficacia del contratto", *Contr. impr.*, 1998, 3, p. 1227.

Infatti, in considerazione dell'attuale atteggiarsi della nullità, questo dogma vacilla[54].

Il primo riferimento normativo da prendere in considerazione ai fini dell'indagine sul recupero del contratto nullo è l'art. 1423 c.c., che, nel predicare l'impossibilità di convalidare la nullità, fa salva l'espressa previsione normativa.

Da una rapida lettura della norma si ricava che l'inammissibilità della convalida costituisce la regola, suscettibile tuttavia di eccezione ove espressamente previsto dalla legge.

Di qui il dogma della inconvalidabilità e insanabilità del contratto nullo, che secondo parte della dottrina non sarebbe superato neanche alla luce delle "nuove nullità"[55].

Ora, se da un lato, questa lettura può apparire in linea con l'indisponibilità dell'interesse generale presidiato dalla nullità, e dunque con la possibilità per il giudice di rilevare d'ufficio la nullità in ogni caso, anche ove si tratti di nullità di protezione[56], d'altra parte risulterebbe sbrigativo, oltre che irragionevole, limitarsi ad un'interpretazione ancorata esclusivamente alla lettera della disposizione.

Più corretta appare una lettura dell'art. 1423 c.c. alla luce del sistema nel suo complesso, ponendosi in un'ottica assiologico-sistematica che dia un autentico valore agli interessi sottesi[57].

Questa impostazione, attenta agli interessi del caso concreto e tesa a storicizzare e relativizzare le categorie, sconfessa il dogma dell'inconvalidabilità delle nullità.

Autorevole dottrina ritiene, infatti, che i casi di sanabilità del negozio nullo non siano esclusivamente quelli espressamente previsti dal legislatore, ma possano

54 Polidori, S.: "Nullità relativa e potere di convalida", *Rass. dir. civ.*, 2003, 4, p. 93; Pagliantini, S.: *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, cit., pp. 77 ss.; Monticelli, S.: "La recuperabilità del contratto nullo", *Notariato*, 2009, 2, pp. 174 ss.; Perlingieri, G.: *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., pp. 9 ss.; Rizzuti, M.: *La sanabilità delle nullità contrattuali*, cit., pp. 73 ss.

55 Passagnoli, G.: *Le nullità speciali*, cit., p. 201; Mantovani, M.: "Le nullità e il contratto nullo", in AA. VV.: *I rimedi* (a cura di A. Gentili), in *Tratt. contratto* (diretto da V. Roppo), Giuffrè, Milano, 2006, p. 138.

56 Sempre tenendo presente la distinzione tra rilevazione e dichiarazione della nullità di protezione.

57 Perlingieri, P.: *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Esi, Napoli, 1987, pp. 122 ss.; Perlingieri, G.: *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., pp. 97 ss.; Id.: *La convalida delle nullità di protezione. Contributo ad uno studio della sanatoria del negozio nullo*, in AA. VV.: *Studi in onore di Giorgio Cian* (a cura di M.V. De Giorgi, S. Delle Monache e G. De Cristofaro), Cedam, Padova, 2010, pp. 1901 ss.; Id.: *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Esi, Napoli, 2011, p. 11; Id.: *Rilevabilità d'ufficio e sanabilità dell'atto nullo, dieci anni dopo*, cit., pp. 1105 ss.; Id.: *Sanatoria*, *Enc. dir.,* vol. I, *Contratto* (diretto da G. D'Amico), Milano, 2021, p. 1103.

anche ricavarsi in via interpretativa[58]. In questo senso, il rinvio dell'art. 1423 c.c. ai casi previsti dalla legge può essere inteso sia come riferimento ad espresse disposizioni legali, sia come richiamo ai casi in cui la convalida si presenti come «conseguenza dell'ordinamento», dato che il diritto ed il sistema non coincidono con la legge[59]. La convalida del contratto nullo può, quindi, configurarsi non solo per espressa previsione normativa, ma anche come «conseguenza del bilanciamento dei principi e valori normativi vigenti, nonché della valutazione comparativa degli interessi coinvolti»[60].

Diverse sono, infatti, le ipotesi di sanatoria del negozio nullo rinvenibili nell'ordinamento sia all'interno del codice civile sia nelle norme extracodicistiche.

Tra queste vanno ricordate, ad esempio, la conferma ed esecuzione volontaria delle disposizioni testamentarie e delle donazioni nulle di cui agli artt. 590 e 799 c.c., l'art. 2126 c.c. in materia giuslavoristica, la sanabilità della nullità del contratto di locazione per omessa registrazione, frutto, quest'ultimo, dell'elaborazione giursprudenziale[61].

Ipotesi particolare riguarda, inoltre, la possibilità di sanatoria, con un successivo atto di conferma, dell'atto nullo per irregolarità urbanistiche ex art. 46 del d.P.R. n. 380/2001 (Testo Unico dell'Edilizia).

La norma ha destato diversi dubbi, tanto che parte della dottrina ha evidenziato l'uso improprio del termine nullità, affermando che sarebbe più corretto parlare di contratto inefficace in senso stretto, sottoposto a condizione legale sospensiva potestativa[62].

Secondo altra ricostruzione, inoltre, la conferma de qua non rientrerebbe in una delle ipotesi espressivamente previste di cui all'art. 1423 c.c., in quanto assume la natura di un atto integrativo idoneo a completare un precedente atto irregolare[63]. Ciò distinguerebbe tale conferma sia da quella di cui agli artt. 590 e

58 Pagliantini, S.: *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo,* cit., pp. 127 ss. e 195 ss.; Perlingieri, G.: *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 90.

59 Così Perlingieri, G.: *ult. op. cit.,* p. 90.

60 Pelingieri, G.: *ult. op. cit.,* p. 106.

61 V., Cass., sez. un., 17 settembre 2015, n. 18214, *Riv. giur. edilizia*, 2015, 5, I, p. 1035, con nota di Scarlettaris, P.: "La locazione abitativa di fatto stipulata su pressione del locatore"; Cass., 28 aprile 2017, n. 10498, *Arch. Loc.*, 2017, p. 428 ss.; Cass., sez. un., 9 ottobre 2017, n. 23601, *Condominioelocazione.it*, 2017, con nota di Petrelli, P.: "Locazione ad uso diverso dall'abitazione e patto occulto di maggiorazione del canone"; Cass., 24 settembre 2019, n. 23637; Cass., 16 luglio 2019, n. 18942, entrambe *dejure.it*. In tema, Cuffaro, V.: "Aporie della giurisprudenza e pervicacia del legislatore in tema di locazione e obbligo di registrazione", *Giur. it.*, 2016, 2, pp. 324 ss.; Barbaro, S.T.: *Forma, registrazione e sanabilità del contratto di locazione ad uso abitativo*, Esi, Napoli, 2018, pp. 30 ss.

62 Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2007, p. 1120; Monticelli, S.: *Contratto e fattispecie giuridica*, Cedam, Padova, 1995, p. 217.

63 Franzoni, M.: sub. *Art. 1423 c.c.*, cit., p. 195.

799 c.c., sia dalla convalida del contratto annullabile ex art. 1444 c.c., dato che in entrambi i casi il successivo atto non vale a rimuovere l'originario vizio dell'atto o ad integrarlo[64].

Un'altra questione riguarda la possibilità di estendere analogicamente il principio sotteso alla norma che prevede la conferma dell'atto a tutti quei contratti in cui l'invalidità dipenda esclusivamente dall'assenza di un documento che non incida sull'essenza dell'atto stesso, attraverso la successiva presentazione di quello stesso documento.

Possono enuclearsi diverse ipotesi in cui può ravvisarsi la violazione di quella che è una mera formalità documentale – da non intendersi come violazione della forma dell'atto – superabile con la successiva presentazione del documento richiesto, che non abbia però determinato pregiudizi sostanziali.

Detto altrimenti, ove una documentazione richiesta venga presentata successivamente alla conclusione dell'atto, ove l'interesse finale della norma non ne risulti frustrato, può ben ipotizzarsi una sanatoria dell'atto attraverso l'adempimento successivo prescritto dal legislatore, come accade anche nel caso dell'omessa registrazione del contratto di locazione. Si pensi, inoltre, alla disciplina sui contratti aventi ad oggetto l'acquisto di immobili da costruire, per i quali è richiesta a pena di nullità – che può essere fatta valere solo dall'acquirente – la fideiussione bancaria o la polizza assicurativa al momento della stipula del preliminare[65]. Ebbene, anche in questo caso può ipotizzarsi la possibilità della presentazione di tali documenti in un momento successivo alla conclusione del contratto[66]. Con la presentazione successiva della fideiussione, infatti, non sembra logico che la parte protetta faccia valere l'originaria nullità per assenza di quella fideiussione, essendo venuti meno non solo la carenza strutturale della fattispecie negoziale, ma anche l'interesse del contraente all'azione di nullità.

Altre ipotesi particolari riguardano, infine, alcune fattispecie che prevedono la possibilità del recupero del contratto invalido e inefficace nell'ambito dei piani di edilizia residenziale pubblica[67].

Il problema della sanatoria delle nullità si pone in modo particolare in caso di nullità di protezione.

64 Franzoni, M.: *op. ult. cit.*, p. 196.

65 Ex artt. 2, 3 e 4 D.lgs. 20 giugno 2005, n. 122.

66 Perlingieri, G.: *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., pp. 59 ss.; Id.: "Sanatoria", cit., p. 1115; Monticelli, S.: "Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale", *Contr. impr.*, 2018, p. 1050.

67 In tema, sia consentito il rinvio a Vulpiani, G.: *Unità, frammentazione e sanabilità della nullità del contratto*, Esi, Napoli, 2021, pp. 256 ss.

Sul punto, parte della dottrina nega ogni possibilità di convalida del contratto nullo, facendo perno, da un lato, su una lettura restrittiva dell'art. 1423 – evidenziando dunque l'assenza di un'espressa previsione di legge che indichi la possibilità di convalidare le nullità di protezione – e, dall'altro, sul rischio che l'ammissione della convalida esporrebbe il contraente debole alle eventuali pressioni del soggetto più forte [68].

In senso opposto, altra tesi ammette la convalida delle nullità di protezione, facendo perno sulla relatività della legittimazione ad agire che implicherebbe l'assoluta possibilità per il contraente debole di scegliere se invalidare o convalidare l'atto[69]. Si precisa, tuttavia, che una dichiarazione sanante non potrebbe validamente essere espressa dal contraente debole prima del momento in cui divenga attuale l'esercizio del diritto disciplinato dalla clausola o dal negozio nulli, in quanto solo allora il contraente tutelato sarà dotato della consapevolezza necessaria[70].

In senso critico, si è osservato che tale ricostruzione non tiene in dovuta considerazione la differenza tra rinunzia all'azione e sanatoria del negozio, confondendo due piani logicamente distinti[71]. Si afferma, infatti, che riservare ad una sola parte la possibilità di scegliere se agire per il rimedio o no, non implica automaticamente uno speculare potere di convalida che implicherebbe un'assoluta disponibilità dell'interesse sotteso alla nullità. Interesse che, come sopra analizzato, è volto a proteggere non solo la particolare posizione del soggetto debole, ma anche un generale interesse alla correttezza degli scambi che trascende il singolo.

In posizione intermedia si pone una dottrina che non esclude, né ammette in via assoluta la convalida delle nullità di protezione, affrontando la questione in chiave sistematico-funzionale ed operando una distinzione basata sul tipo di vizio, strutturale o funzionale, determinante la nullità[72].

68 Passagnoli, G.: *Nullità speciali*, cit., pp. 189 ss.; Gentili, A.: "Le invalidità", in *I contratti in generale* (a cura di E. Gabrielli), in *Trattato dei contratti* (diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli), UTET, Torino, 2006, p. 1593; Greco, F.: *Profili del contratto del consumatore*, Jovene, Napoli, 2005, pp. 226 ss. e 231 s.; Russo, D.: *Profili evolutivi sulla nullità contrattuale*, Esi, Napoli, 2008, pp. 214 ss.; Bilò, G.: "Rilevabilità d'ufficio e potere di convalida nelle nullità di protezione del consumatore", *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2011, 2, pp. 495 ss.; Albanese, A.: "Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti", *Eur. dir. priv.*, 2013, 3, pp. 723 ss.; Cataudella, A.: *I contratti*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 418 s.

69 Pilia, C.: *Circolazione giuridica e nullità*, Milano, 2002, p. 242; Pagliantini, S.: *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, cit., p. 153; Polidori, S.: "Nullità relativa e potere di convalida", cit., pp. 931 ss.; Girolami, M.: *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, cit., p. 454; Id.: "Nullità di protezione", *Enc. dir.*, I, *Contratto* (diretto da G. D'Amico), Milano, 2021, p. 720.

70 Girolami, M.: *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, cit., p. 454.

71 Venosta, F.: "Profili del neoformalismo negoziale: requisiti formali diversi dalla semplice scrittura", *Obbl. e contr.*, 2008, 11, p. 218; Perlingieri, G.: *Rilevabilità d'ufficio e sanatoria dell'atto nullo, dieci anni dopo*, cit., p. 1115; Id.: *Sanatoria*, cit., p. 1109.

72 Perlingieri, G: *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., pp. 97 ss.; Id., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 11; Id.: *Rilevabilità d'ufficio e sanabilità dell'atto nullo, dieci anni dopo*, cit., pp. 1105 ss.; Id.: "Sanatoria", *Enc. dir.,* cit., p. 1115.

In tale contesto viene in rilievo innanzitutto la distinzione tra negozio illecito e negozio illegale[73]. Infatti, una cosa è un contratto con causa o oggetto illeciti, di cui non può ipotizzarsi un recupero, un'altra il contratto al quale, ad esempio, non è stato allegato un documento.

Centrale rilievo assume inoltre la valorizzazione in senso qualitativo e non quantitativo (privato-pubblico) degli interessi, soprattutto con riferimento alle nullità di protezione volte alla tutela di interessi generali e particolari insieme.

Tale tesi, pertanto, ammette la convalida della nullità ove l'interesse finale protetto dalla norma che sancisce la nullità venga soddisfatto o non venga frustrato dal recupero del contratto invalido, attuando comunque una rimozione concreta del vizio invalidante.

IV. NULLITÀ E SMART CONTRACTS.

Una problematica particolare riguarda i profili di invalidità degli smart contracts[74]; questione ad oggi ancora scarsamente indagata e che crea perplessità proprio in ragione della singolarità di tali negozi.

73 Perlingieri, G.: *Negozio illecito e negozio illegale. Una incerta distinzione sul piano degli effetti*, Esi, Napoli, 2003.

74 Nel dibattito italiano, si segnalano Cuccuru, P.: "Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessione sugli smart contract", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1, pp. 107 ss.; Di Sabato, D.: "Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale", *Contr. impr.*, 2017, 2, pp. 378 ss.; Restuccia, D.: "Il notaio nel terzo millennio, tra sharing economy e blockchain", *Notariato*, 2017, 1, p. 53; Finocchiaro, G.: "Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale", *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2018, 2, pp. 441 ss.; Parola, L., Merati, P. e Gavotti, G.: "Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte", in *Contratti*, 2018, 6, pp. 681 ss.; Razzini, A.: "Blockchain e protezione dei dati personali alla luce del nuovo regolamento europeo GDPR", *Ciberspazio e diritto*, 2018, pp. 197, ss.; Moro Visconti, R.: "La valutazione delle blockchain: Internet of value, network digitali e smart transaction", *Dir. ind.*, 2019, p. 301; Pardolesi, R. e Davola, A.: "«Smart contract»: lusinghe ed equivoci dell'innovazione purchessia", *Foro it.,* 2019, sez. V, pp. 195 ss.; Di Ciommo, F.: "Smart contract e non diritto", *Nuovo dir. civ. comm.*, 2019, pp. 257 ss.; Delfini, F.: "Blockchain, smart contracts e innovazione tecnologica: l'informatica e il diritto dei contratti", *Riv. dir. priv.*, 2019, pp. 167 ss.; Giaccaglia, M.: "Considerazioni su blockchain e smart contract", *Contr. impr.*, 2019, 3, pp. 941 ss.; Id.: "Vecchi e nuovi (?) paradigmi contrattuali nella prospettiva della protezione dei consumatori", *Diritto mercato e tecnologia*, 20 maggio 2020; Id.: "Il contratto del futuro? Brevi riflessioni sullo smart contract e sulla perdurante vitalità delle categorie giuridiche attuali e delle norme vigenti del codice civile italiano", *Tecnologie e diritto*, 2021, p. 113; Stazi, A.: *Automazione contrattuale e contratti intelligenti. Gli smart contracts nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2019, spec. pp. 99 ss.; Battelli, E.: "Le nuove frontiere dell'automatizzazione contrattuale tra codici algoritmici e big data: gli smart contracts in ambito assicurativo, bancario e finanziario", *Giust. civ.,* 2020, 4, p. 681; Pernice, C.: "Distributed ledger technology blockchain e smart contracts: prime regolazioni", *Tecnologie e diritto*, 2020, 2, p. 490; Faini, F.: "Blockchain e diritto: la catena del valore tra documenti informatici, smart contracts e data protection", *Resp. civ. prev.*, 2020, 1, pp. 297 ss.; Ferlito, I.: "«Smart Contract». Automazione contrattuale ed etica dell'algoritmo", *Comparazione e diritto civile*, 2020, 2, pp. 661 ss.; Bellomia V.: "Il contratto intelligente: questioni di diritto civile", in *Judicium*, 2020; Buonanno, L., "La responsabilità civile nell'era delle nuove tecnologie: l'influenza della blockchain", *Resp. civ. prev.*, 2020, 5, p. 1618; Amato, C.: "La computerizzazione del contratto (Smart, data oriented, computable e self-driving contracts. Una panoramica)", *Eur. dir. priv.*, 2020, pp. 1259 ss.; Maugeri, M.: *Smart contracts e disciplina dei contratti*, Il Mulino, Bologna, 2021; Id.: "Smart contracts", *Enc. dir.*, cit., pp. 1132 ss.

Uno smart contract è un protocollo di transazione computerizzato che esegue i termini di un contratto. Detto in altre parole, è un contratto programmato per eseguirsi automaticamente al realizzarsi di condizioni preimpostate[75].

Sebbene rappresentino concetti distinti, non è pensabile parlare di smart contract senza trattare anche della blockchain.

La blockchain è un tipo di registro distribuito (distributed ledger)[76], condiviso ed immutabile, che facilita il processo di registrazione e gestione delle transazioni e di tracciamento degli assets in una rete definita. In altre parole, è una catena di blocchi informatici, concatenati l'uno all'altro in maniera immutabile, in grado di mantenere in modo affidabile un sistema di registri digitali distribuiti idonei a tenere traccia indelebile delle transazioni effettuate. Ogni transazione sulla rete di blocchi deve essere validata dalla rete stessa.

La struttura della blockchain è decentralizzata, aperta e crittografata, e dunque la transazione avviene senza intermediari. Una volta registrata un'informazione sulla blockchain, questa non può essere modificata o manomessa.

Le caratteristiche della blockchain sono, pertanto, la decentralizzazione, la verificabilità e l'immutabilità; caratteristiche che garantiscono l'autenticità, l'integrità e l'affidabilità dei dati[77].

Per rendere più celeri le transazioni, sulla blockchain viene memorizzato un set di regole che viene eseguito automaticamente: uno smart contract[78].

75 Anche prima dell'avvento degli smart contracts, il tema dell'esecuzione automatizzata del contratto era oggetto di riflessione dottrinale. Ne parlava già Cicu, A.: "Gli automi nel diritto privato", *Il Filangieri*, 1901, p. 562, ora in *Scritti minori di Antonio Cicu*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 561. Si vedano anche Irti, N.: "Scambi senza accordo", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 2, p. 347 ss.; Oppo, G.: "Disumanizzazione del contratto?", *Riv. dir. civ.,* 1998, 1, pp. 525 ss.

76 La digital legder technology (DLT) è concetto più ampio di quello di blockchain.

77 In tema di blockchain e attività notarile, Manente, M.: "Blockchain: la pretesa di sostituire il notaio", *Notariato*, 2016, pp. 211 ss.; Restuccia, D.: "Il notaio nel terzo millennio, tra sharing economy e blockchain", *Notariato*, 2017, 1, p. 53; Nastri, M.: "Registri sussidiari, blockchain #notaio oltre la lezione di carnelutti?", *Notariato*, 2017, 4, pp. 369 ss.; Krogh, M.: "Transazioni in valute virtuali e rischi di riciclaggio. Il ruolo del notaio", *Notariato*, 2018, 2, pp. 155 ss.; Licini, C.: "Il notaio nell'era digitale: riflessioni gius-economiche", *Notariato*, 2018, 2, p. 142; Bechini, U.: *Il notaio digitale. Dalla firma alla blockchain*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 153. Sulla particolare figura della notarchain, *vid*. Damiani, E.: "Blockchain Application in General Private Law: the Notarchain Case", in AA. VV.: *Legal Technology Transformation. A Practical Assessment* (a cura di A. Caligiuri), Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, p. 229.

78 L'espressione smart contract è stata coniata da Nick Szabo, secondo il quale «a smart contract is a computerized transaction protocol that executes the terms of a contract. The general objectives of smart contract design are to satisfy common contractual conditions (such as payment terms, liens, confidentiality, and even enforcement), minimize exceptions both malicious and accidental, and minimize the need for trusted intermediaries. Related economic goals include lowering fraud loss, arbitration and enforcement costs, and other transaction costs». Individuava tra gli esempi di crude smart contracts «POS terminals and cards, EDI, and agoric allocation of public network bandwidth», in *Smart Contracts: Building Blocks for Digital Market*, 1996, in www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech.

Attraverso la blockchain che si garantisce l'immodificabilità e l'esecuzione automatica del codice informatico dello smart contract.

L'impulso che determina l'esecuzione dello smart contract può dipendere sia da elementi interni al codice o da elementi esterni, come ad esempio un tasso di interesse.

In questo ultimo caso, sarà necessario l'intervento di un elemento esterno alla blockchain, il c.d. Oracolo, il quale invia informazioni alla catena di blocchi in relazione a circostanze dedotte nel codice dello smart contract e che ne costituiscono i presupposti di esecuzione.

Sulla riconducibilità dello smart contract alla concezione classica di contratto, si sono confrontate diverse tesi.

Secondo una ricostruzione va esclusa la natura negoziale degli *smart contracts* sulla base del fatto che essi rappresentino più canali di conclusione e gestione degli accordi che accordi in sé[79]. Si afferma, infatti, che uno smart contract non afferisce alla fase della formazione dell'accordo, bensì a quella dell'adempimento, con la conseguenza che esso non possa integrare una fattispecie di accordo atipico *ex* art. 1322 del codice civile[80].

Una diversa impostazione riconosce, invece, natura negoziale agli *smart contracts,* con conseguente applicazione della disciplina generale del codice civile in tema di contratto[81].

In tema, la normativa è piuttosto scarna.

Il legislatore italiano è intervenuto con la L. 11 febbraio 2019, n. 12, di conversione del d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, che ha inserito l'art. 8 *ter* rubricato proprio *Tecnologie basate su registri distribuiti* e *smart contract*[82].

Alla luce del suddetto intervento, per tecnologie su registri distribuiti si intendono le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturalmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento

79 Cuccuru, P.: "Blockchain ed automazione contrattuale", cit., p. 111.

80 Parola, L., Merati, P. e Gavotti, G.: "Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte", cit., p. 685.

81 Maugeri, M.: "Smart contracts", cit., p. 1142.

82 In arg., *vid.* Remotti, G.: "Blockchain smart contract: primo inquadramento e prospettive d'indagine (commento all'art. 8 ter D.L. 14 dicembre 2018, n. 135)", *Oss. dir. civ.,* 2020, pp. 189 ss.; Pernice, C.: "Distributed ledger technology blockchain e smart contracts: prime regolazioni", cit., p. 490; Maugeri, M.: "Smart contracts", *Enc. dir.*, cit., pp. 1139 s.; Rigazio, S.: "Smart contracts e tecnologie basate su registri distribuiti nella L. 12/2019", *Dir. dell'informazione* e *dell'informatica*, 2021, 2, p. 369.

e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia, verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili.

Tali tecnologie consentono la conclusione e l'esecuzione del contratto: la macchina legge il codice, valida, archivia su una pluralità di registri distribuiti ed esegue. Si segue la logica del *if this, then that.*

La norma non parla, dunque, di *blockchain*, ma più in generale di registri distribuiti, sovrapponendo invero le due figure, che sono in rapporto di genere a specie[83].

Lo *smart contract* viene, invece, definito dall'art. 8 *ter* L. 12/2019 come «un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse»[84].

Anche in Francia, è stata emanata una normativa in tema di *blockchain* e *crypto assets*, la Loi 2019-486 del 22 maggio 2019 (nota come loi PACTE)[85], che fissa un quadro regolamentare per le Initial Coin Offering (ICO) e per l'attività dei prestatori di servisi su

Anche a livello europeo, manca una disciplina normativa su blockchain e smart contract, pur a fronte di diverse iniziative come l'istituzione dell'EU Blockchain Observatory and Forum, dell'International Association for Trustes Blockchain Applications e l'Interoperable Standards for DLT and Blockchains.

Particolare rilievo rivestono la Risoluzione del Parlamento europeo del 2018 sulle tecnologie di registro distribuito e blockchain: creare fiducia attraverso la disintermediazione[86], che analizza le implicazioni delle digital ledger technologies,

83 In arg., Rigazio, S.: *op. ult. cit.*, p. 369.

84 Si prevede inoltre che «Gli smart contracts soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia Digitale con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto» (comma 2) e che «La memorizzazione di un documento informatico attraverso l'uso di tecnologie basate su registri distribuiti produce gli effetti giuridici della validazione temporale elettronica di cui all'art. 41 del Reg. UE n. 910/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014». Infine, il quarto comma dell'art. 8 ter, stabilisce che, ai fini della produzione dell'effetto della validazione temporale di cui al comma precedente, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto, l'Agid è chiamata ad individuare gli standard tecnici che le tecnologie basate su registri distribuiti debbono possedere.

85 Acronimo di Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises. In tema, Berruto, A., "La nuova disciplina francese dei cryptoasset: un imperfetto tentativo regolatorio?", *dirittobancario.it*. Più in generale su blockchain e smart contracts nell'ordinamento francese, *vid*. Drillon, D.: "La révolution blockchain. La redéfinition des tiers confiance", *RTD. Com.,* 2016, p. 893; Guerlin, G., "Considérations sur les smart contracts", *Dalloz, IP/IT*, 2017, pp. 512 ss.; Douville, T.: "Blockchain et protection des données à caractère personnel", *AJ Contrat*, 2019, pp. 316 ss.; Cattalano, G.: "Smart contracts et droit des contrats", *AJ Contrat*, 2019, pp. 321 ss.

86 Risoluzione del Parlamento europeo del 3 ottobre 2018 sulle tecnologie di registro distribuito e *blockchain*: creare fiducia attraverso la disintermediazione (2017/2772(RSP)).

e la proposta di Regolamento, elaborata dalla Commissione europea, sui mercati dei crypto assets (MiCAR)[87], alla quale ne è collegata un'altra relativa ad un regime pilota per le infrastrutture di mercato basate sulle distributed ledger technologies (DLT)[88].

Ora, delineato brevemente il funzionamento di uno di smart contract su blockchain occorre interrogarsi se possano prospettarsi profili di invalidità di tali contratti.

Ci si chiede, infatti, cosa accada nel caso in cui uno smart contract sia nullo, magari perché illecito o con oggetto indeterminato e se sia prospettabile applicare a tali contratti quanto previsto dagli artt. 1418 ss. c.c.

Una volta che sono stati inseriti i codici su blockchain e la rete esegue la transazione, difficilmente sarà possibile attuare una modifica e ancor più complesso sarebbe tornare indietro, provocare cioè l'anéantissement del contratto[89].

Certo occorre anche considerare che se fosse semplice "tornare indietro" si perderebbe anche il trust in questo tipo di tecnologia, caratterizzata dalla certezza e dall'immediatezza delle transazioni.

Un espediente per arginare la problematica potrebbe consistere nell'inserimento di una funzione di autodistruzione dello smart contract, attivabile solo dal nodo che ha creato il contratto stesso. Le parti potrebbero, pertanto, prevedere, al momento della conclusione del contratto l'inserimento della funzione di kill e prevederne i casi di attivazione[90].

Resterebbe in ogni caso un rimedio non percorribile in assenza dell'inserimento ab origine nella catena di blocchi.

Sulla scorta di queste considerazioni sulla rigidità degli smart contracts, dunque, per ora il rimedio che sembra praticabile in concreto è solo di carattere restitutorio.

87 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937, COM(2020) 593 final del 24 settembre 2020. In arg., Annunziata, F.: "Verso una disciplina europea delle crypto-attività- Riflessioni a margine della recente proposta della commissione UE., in dirittobancario.it, 15 ottobre 2020.

88 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a pilot regime for market infrastructures based on distributed ledger technology, COM(2020)594 final del 24 settembre 2020.

89 Sulla rigidità degli *smart contarcts*, Sklaroff, J.M.: "Smart Contracts and the Cost of Inflexibility", *University of Pennsylvania Law Review*, 2017, 166, pp. 279 ss.; Giancaspro, M.: "Is a 'Smart Contract' Really a Smart Idea?", *Computer Law & Security Review*, 2017, p. 830 ss.

90 Juels, A., Marino, B.: "Setting Standards for Altering and Undoing Smart Contracts", in *Rule Technologies. Research, Tools, and Applications – Proceedings of the 10th International Symposium RuleML 2016* (a cura di J.J. Alferes), Springer, Cham, 2016, pp. 151 ss.

Se uno smart contract nullo per illiceità è già stato lanciato ed eseguito nella rete, infatti, proprio per l'essenza di tale tipo di contratto, non sembra, allo stato attuale, percorribile un rimedio caducatorio.

BIBLIOGRAFIA

Addis F.: "Neoformalismo e tutela dell'imprenditore debole", *Obbl. contr.,* 2012, 1, pp. 6 ss.

Albanese, A.: "Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti", *Eur. dir. priv.*, 2013, 3, pp. 723 ss.

Albanese, A.: *Contratto mercato responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 57 ss.

Albanese, A.: *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Esi, Napoli, 2003.

Amagliani, R.: "La forma del contratto quadro di investimento: la parola alle Sezioni Unite", *Nuova giur. civ.*, 2017, 10, pp. 1363 ss.

Amato, C.: "La computerizzazione del contratto (Smart, data oriented, computable e self-driving contracts. Una panoramica)", *Eur. dir. priv.*, 2020, pp. 1259 ss.

Ascarelli, T.: "Inesistenza e nullità", *Riv. dir. proc.*, 1956, vol. I, pp. 61 ss.

Barbaro, S.T.: *Forma, registrazione e sanabilità del contratto di locazione ad uso abitativo*, Esi, Napoli, 2018.

Battelli, E.: "Le nuove frontiere dell'automatizzazione contrattuale tra codici algoritmici e big data: gli smart contracts in ambito assicurativo, bancario e finanziario", *Giust. civ.,* 2020, 4, p. 681.

Baudry-Lacantinerie, G.: *Précis de droit civil*, vol. II, Sirey, Parigi, 1899.

Bechini, U.: *Il notaio digitale. Dalla firma alla blockchain*, Giuffrè, Milano, 2019.

Bellomia V.: "Il contratto intelligente: questioni di diritto civile", in *Judicium*, 2020.

Berti De Marinis, G.: *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, Esi, Napoli, 2013.

Bertolini, A.: "Problemi di forma e sanzioni di nullità della disciplina a tutela dell'investitore. Perequazione informativa o opportunismo rimediale?", *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 2346.

Betti, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. II ed., Esi, Napoli, 2002.

Bilò, G.: "Rilevabilità d'ufficio e potere di convalida nelle nullità di protezione del consumatore", *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2011, 2, pp. 495 ss.

Bonfiglio, G.: "La rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione", *Riv. dir. priv.*, 2004, 4, p. 861.

Bove, M.: "Rilievo d'ufficio della questione di nullità e oggetto del processo nelle impugnative negoziali", *Giur. it.*, 2015, 6, p. 1387.

Breccia, U., *La forma*, in *Formazione*, vol. I (a cura di C. Granelli), in *Trattato del contratto* (diretto da V. Roppo), Giuffrè, Milano, 2006.

Brutti, M.: "Invalidità (storia)", *Enc. dir.*, vol. XXII, Giuffrè, Milano, 1972.

Buonanno, L., "La responsabilità civile nell'era delle nuove tecnologie: l'influenza della blockchain", *Resp. civ. prev.*, 2020, 5, p. 1618.

Carbone, V.: "Porte aperte delle Sezioni Unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto", *Corr. Giur.*, 2015, 1, pp. 88 ss.

Cariota Ferrara, L.: "L'annullabilità assoluta", *Foro it.*, 1939, IV, p. 50.

Cariota-Ferrara, L.: *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, Napoli, 1949.

Carresi, F.: "Il contratto", in *Trattato di diritto civile* (diretto da A. Cicu e F. Messineo), vol. XXI, Giuffrè, Milano, 1987.

Carriero, G.: "Usura sopravvenuta. C'era una volta?" *Foro it.*, 2017, I, p. 3274.

Castronovo, C.: "Il codice civile italiano: significato storico e ideale", *Eur. dir. priv.,* 2019, 4, pp. 1167 ss.

Cataudella, A.: *I contratti*, Giappichelli, Torino, 2019.

Cattalano, G.: "Smart contracts et droit des contrats", *AJ Contrat*, 2019, pp. 321 ss.

Cicu, A.: "Gli automi nel diritto privato", *Il Filangieri*, 1901, p. 562, ora in *Scritti minori di antonio Cicu*, Giuffrè, Milano, 1965.

Cohendy, G.: "Des intérêts de la distinction entre 'inexistence et la nullité d'ordre public", *RTS civ.*, 1914, p. 33.

Colagrosso, E.: *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1948.

Colangelo, G.: *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Giappichelli, Torino, 2004.

Consolo, C. e Godio, F.: "Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale", *Corr. Giur.*, 2015, 2, pp. 225 ss.

Coviello, N.: *Manuale di diritto civile italiano*, I, Società editrice libraria, Milano, 1910.

Cuccuru, P.: "Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessione sugli smart contract", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1, pp. 107 ss.

Cuffaro, V.: "Aporie della giurisprudenza e pervicacia del legislatore in tema di locazione e obbligo di registrazione", *Giur. it.*, 2016, 2, pp. 324 ss.

Dalla Massara, T.: "Sulla comparazione diacronica: brevi appunti di lavoro e un'esemplificazione, in AA. VV.: *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*,(a cura di M. Brutti e A. Somma), Max Plank Institute for Legal History and Legal Theory, Francoforte, 2018.

Dalmartello, A.: "La forma dei contratti di investimento nel canone delle sezioni unite: oltre il contratto monofirma", *Nuova giur. civ.*, 2018, 5, p. 658.

Damiani, E.: "Blockchain Application in General Private Law: the Notarchain Case", in AA. VV.: *Legal Technology Transformation. A Practical Assessment* (a cura di A. Caligiuri), Editoriale Scientifica, Napoli, 2021.

De Ruggiero, R.: *Istituzioni di diritto civile*, I, Casa editrice Giuseppe Principato, Messina-Milano, 1939.

Delfini, F.: "Blockchain, smart contracts e innovazione tecnologica: l'informatica e il diritto dei contratti", *Riv. dir. priv.*, 2019, pp. 167 ss.

Di Ciommo, F.: "La rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le Sezioni Unite: la nullità presa (quasi) sul serio", *Foro it.*, 2015, 3, I, pp. 922 ss.

Di Ciommo, F.: "Smart contract e non diritto", *Nuovo dir. civ. comm.*, 2019, pp. 257 ss.

Di Ciommo, F.: *Efficienza allocativa e teoria giuridica del contratto. Contributo allo studio dell'autonomia privata*, Giappichelli, Torino, 2012.

Di Lorenzo, G.: *Abuso di dipendenza economica* e *contratto nullo*, Cedam, Padova, 2009.

di Majo, A.: "Contratto di investimento mobiliare: il "balletto" delle forme", *Giur. it.*, 2018, 3, p. 568.

Di Marzio, F.: "Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti", *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 396.

Di Paola, S.: *Contributo ad una teoria della invalidità* e *della inefficacia in diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1966.

Di Sabato, D.: "Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale", *Contr. impr.*, 2017, 2, pp. 378 ss.

Distaso, N.: "I contratti in generale", in *Giur. sist. dir. civ. comm.* (fondata da W. Bigiavi), UTET, Torino, 1966.

Donisi, C.: "In tema di nullità sopravventa del negozio giuridico", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 755.

Douville, T.: "Blockchain et protection des données à caractère personnel", *AJ Contrat*, 2019, pp. 316 ss.

Drillon, D.: "La révolution blockchain. La redéfinition des tiers confiance", *RTD. Com.,* 2016, p. 893.

Dusi, B.: I*stituzioni di diritto civile* (riv. e agg. da M. M. Sarfatti), Giappichelli, Torino, 1937.

Fabbio, P.: *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, Milano, 2006.

Fabre-Magnan, M.: *Droits des obligations, 1- Contrats et engagement unilatéral*, Themis droit, Parigi, 2017.

Faini, F.: "Blockchain e diritto: la catena del valore tra documenti informatici, smart contracts e data protection", *Resp. civ. prev.*, 2020, 1, pp. 297 ss..

Favale, R.: "Il formalismo nel diritto dei consumatori", *Contr. Impr./Europa*, 2012, pp. 582 ss.

Fazio, E.: *Dalla forma alle forme. Struttura* e *funzione del neoformalismo negoziale*, Giuffrè, Milano, 2011.

Federico, A.: "I contratti monofirma: dalle Sezioni Unite alla legislazione emergenziale", *Rass. dir. civ.,* 2020, 4, pp. 1237 ss.

Ferlito, I.: "«Smart Contract». Automazione contrattuale ed etica dell'algoritmo", *Comparazione e diritto civile*, 2020, 2, pp. 661 ss.

Ferrari, S.: "Inesistenza e nullità del negozio giuridico", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 514.

Ferri, G.B.: "Introduzione al sistema dell'invalidità nel contratto", in *Trattato di diritto privato* (a cura di M. Bessone), Giappichelli, Torino, 2002.

Ferroni, L.: "Jus superveniens, rapporti in corso e usurarietà sopravvenuta", *Rass. dir. civ.*, 1999, 3, p. 521.

Filanti, G.: "Nullità. III) Nullità speciali", *Enc. giur.,* XXI, Treccani, Roma, 2004.

Finocchiaro, G.: "Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale", in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2018, 2, pp. 441 ss.

Franceschelli, V.: *Nullità del contratto*, in *Il codice civile. Commentario* (fondato da P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli), Giuffrè, Milano, 2015.

Franzoni, M.: "Degli effetti del contratto", vol. II, in *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, in *Cod. civ. comm.* (diretto da P. Schlesinger), Giuffrè, Milano, 1999.

Gaudemet, E.: *Théorie générale des obligations*, Sirey, Parigi, 1937.

Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2007, p. 1120.

Gentili, A.: "La «nullità di protezione»," *Europa dir. priv.*, 2011, 1, pp. 77 ss.

Gentili, A.: "Le invalidità", in *I contratti in generale* (a cura di E. Gabrielli), in *Trattato dei contratti* (diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli), UTET, Torino, 2006.

Giaccaglia, M.: "Il contratto del futuro? Brevi riflessioni sullo smart contract e sulla perdurante vitalità delle categorie giuridiche attuali e delle norme vigenti del codice civile italiano", *Tecnologie e diritto*, 1, 2021, p. 113.

Giaccaglia, M.: "Considerazioni su blockchain e smart contract", *Contr. impr.*, 2019, 3, pp. 941 ss.

Giaccaglia, M.: "Vecchi e nuovi (?) paradigmi contrattuali nella prospettiva della protezione dei consumatori", *Diritto mercato e tecnologia*, 20 maggio 2020.

Giancaspro, M.: "Is a 'Smart Contract' Really a Smart Idea?", *Computer Law & Security Review*, 2017, p. 830 ss.

Girolami, M.: "Nullità di protezione", *Enc. dir.*, vol. I, *Contratto* (diretto da G. D'Amico), Giuffrè, Milano, 2021.

Girolami, M.: *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Cedam, Padova, 2008.

Giustolisi, C.: *La validità sopravvenuta*, Aracne editrice, Ariccia, 2016.

Greco, F.: *Profili del contratto del consumatore*, Jovene, Napoli, 2005.

Grossi, E.: *Nullità dei negozi giuridici*, Ed. Lombardo, Genova, 1916.

Guerlin, G., "Considérations sur les smart contracts", *Dalloz, IP/IT*, 2017, pp. 512 ss.

Houtcieff, D.: *Droit des contrats*, Bruylant, Parigi, 2017.

Irti, N.: *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo negoziale*, Giuffrè, Milano, 1985.

Irti, N.: "Scambi senza accordo", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 2, p. 347 ss.

Irti, N.: *Studi sul formalismo negoziale*, Cedam, Padova, 1997.

Japiot, R.: *Des nullités en matière d'actes juridiques; Essai d'une théorie nouvelle*, Dijon, 1909, rist. Ed. La Mémoire du droit, Parigi, 2017.

Juels, A., Marino, B.: "Setting Standards for Altering and Undoing Smart Contracts", in *Rule Technologies. Research, Tools, and Applications – Proceedings of the 10th International Symposium RuleML 2016* (a cura di J.J. Alferes), Springer, Cham, 2016.

Krogh, M.: "Transazioni in valute virtuali e rischi di riciclaggio. Il ruolo del notaio", *Notariato*, 2018, 2, pp. 155 ss.

La Rocca, G.: "Usura sopravvenuta e «sana e prudente gestione» della banca: le sezioni unite impongono di rimeditare la legge sull'usura a venti anni dall'entrata in vigore", *Foro it.*, 2017, I, p. 3274.

La Rocca, G.: *Il problema della forma contrattuale*, Giappichelli, Torino, 2017.

La Spina, A.: *Destrutturazione della nullità*, Giuffrè, Milano, 2012.

Lener, R.: *Forma contrattuale e tutela del contraente debole "non qualificato" nel mercato finanziario*, Giuffrè, Milano, 1996.

Licini, C.: "Il notaio nell'era digitale: riflessioni gius-economiche", *Notariato*, 2018, 2, p. 142.

Macario, F.: "Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?", *Riv. dir. civ.*, 2005, 6, p. 684.

Macario, F.: "Genesi, evoluzione e consolidamento in una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica", *Giust. Civ.*, 2016, 3, pp. 509 ss.

Maffeis, D.: "La forma responsabile verso le sezioni unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca", *Contratti*, 2017, 4, p. 398.

Mantovani, M.: "Le nullità e il contratto nullo", in AA. VV.: *I rimedi* (a cura di A. Gentili), in *Tratt. contratto* (diretto da V. Roppo), Giuffrè, Milano, 2006.

Masi, A.: "Nullità (storia)", *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978.

Maspes, I.: "La nullità sopravvenuta", *Contr. impr.*, 2018, 4, p. 1348.

Maugeri M. e Pagliantini S.: "Tutela del "professionista debole" e ripartizione dei rischi derivanti da firma falsa nel contratto di finanziamento", *Banca, borsa, tit. cred.,* 2013, 2, pp. 701 ss.

Maugeri M.: *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 2003.

Maugeri, M.: "Smart contracts", *Enc. dir.,* vol. I, *Contratto* (diretto da G. D'Amico), Milano, 2021.

Maugeri, M.: *Smart contracts e disciplina dei contratti*, Il Mulino, Bologna, 2021.

Minervini, E.: *Trasparenza e riequilibrio delle condizioni bancarie*, Giuffrè, Milano, 1997.

Modica, L.: "Il volto crudele, ma autentico, del formalismo "informativo"", *Foro it.*, 2018, 4, p. 1283.

MODICA, L.: *Formalismo negoziale e nullità*, *Contr. Impr.*, 2011, 1, pp. 30 ss.

MODICA, L.: *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008.

MONTICELLI, S.: "Il sistema della nullità contrattuale e funzione notarile", *Notariato*, 2010, 6, pp. 686 ss.

MONTICELLI, S.: "La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 1, p. 163.

MONTICELLI, S.: "La recuperabilità del contratto nullo", *Notariato*, 2009, 2, pp. 174 ss.

MONTICELLI, S.: "Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio", *Riv. dir. priv.*, 2002, 4, pp. 693 ss.

MONTICELLI, S.: *Contratto e fattispecie giuridica*, Cedam, Padova, 1995.

MORELATO, E.: *Nuovi requisiti di forma del contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Cedam, Padova, 2006.

MORO VISCONTI, R.: "La valutazione delle blockchain: Internet of value, network digitali e smart transaction", *Dir. ind.*, 2019, p. 301.

NASTRI, M.: "Registri sussidiari, blockchain #notaio oltre la lezione di carnelutti?", *Notariato*, 2017, 4, pp. 369 ss.

OPPO, G.: "Disumanizzazione del contratto?", *Riv. dir. civ.,* 1998, 1, pp. 525 ss.

ORESTANO, A.: "L'inefficacia delle clausole vessatorie", in AA. VV.: *I contratti dei consumatori* (a cura di E. GABRIELLI ed E. MINERVINI), Giappichelli, Torino, 2005.

PACCHIONI, G.: *Dei contratti in generale*, vol. II, Cedam, Padova, 1936.

PAGLIANTINI, S.: "Forma o modalità di un'informazione materializzata? Le SS.UU. ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 T.U.F.", *Contratti*, 2018, 2, p. 143.

PAGLIANTINI, S.: "Il contratto monofirma nella prospettiva dell'art. 1341 cod. civ.", *Nuova giur. civ.*, 2018, 5, p. 729.

PAGLIANTINI, S.: "La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: "eppur si muove"?", *Contratti*, 2012, 11, p. 869.

Pagliantini, S.: "Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: quid iuris?, *Foro it.*, 2015, 3, I, p. 928.

Pagliantini, S.: "Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione a mo' di bussola per rivedere Itaca", *Contratti*, 2015, 2, pp. 113 ss.

Pagliantini, S.: "Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.dd. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)", in AA. VV.: *Il contratto* (a cura di A. Federico e G. Perlingieri), Esi, Napoli, 2019.

Pagliantini, S.: "Usi e abusi di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)", *Contratti*, 2017, 6, p. 679.

Pagliantini, S.: *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Giappichelli, Torino, 2007.

Pagliantini, S.: *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti,* Edizioni ETS, Pisa, 2009.

Pagliantini, S.: *Neoformalismo contrattuale*, *Enc. Dir.*, Annali, IV, Giuffrè, Milano, 2011.

Pagni, I.: "Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite", *Giur. it.*, 2015, 1, pp. 70 ss.

Pardolesi, R. e Davola, A.: "«Smart contract»: lusinghe ed equivoci dell'innovazione purchessia", *Foro it.,* 2019, sez. V, pp. 195 ss.

Parola, L., Merati, P., e Gavotti, G.: "Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte", in *Contratti*, 2018, 6, pp. 681 ss.

Passagnoli, G.: "Le nullità di protezione", in *Studi in onore di Davide Messinetti* (a cura di F. Ruscello), vol. I, Esi, Napoli, 2008, pp. 627 ss.

Passagnoli, G.: *Nullità speciali*, Giuffrè, Milano, 1995.

Perlingieri, G.: "Rilevabilità d'ufficio e sanabilità dell'atto nullo, dieci anni dopo", *Rass. dir. civ.*, 2019, 4, p. 1106.

Perlingieri, G.: *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici,* Esi, Napoli, 2011.

Perlingieri, G.: "Sanatoria", *Enc. dir.*, vol. I, *Contratto* (diretto da G. D'Amico), Giuffrè, Milano, 2021.

Perlingieri, P.: *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Esi, Napoli, 1987.

Pernice, C.: "Distributed ledger technology blockchain e smart contracts: prime regolazioni", *Tecnologie e diritto*, 2020, 2, p. 490.

Petrelli, P.: "Locazione ad uso diverso dall'abitazione e patto occulto di maggiorazione del canone", *Condominioelocazione.it*, 2017.

Pilia, C.: *Circolazione giuridica e nullità*, Milano, 2002.

Polidori, S.: *Discipline della nullità e interessi protetti*, Esi, Napoli, 2001.

Polidori, S.: *Nullità di protezione e sistema delle invalidità negoziali*, Esi, Napoli, 2016.

Polidori, S.: "Nullità relativa e potere di convalida", *Rass. dir. civ.*, 2003, 4, p. 93.

Prisco, I.: *La nullità di protezione*, Esi, Napoli, 2012, pp. 12 ss.

Putti, P.M.: "Le nullità contrattuali", in AA. VV.: *Il contratto in generale*, vol. II (diretto da N. Lipari e P. Rescigno), in *Diritto civile* (coordinato da A. Zoppini), Giuffrè, Milano, 2009.

Quadri, E.: "Nullità e tutela del contraente debole", in *Contr. impr.,* 2001, 3, pp. 1143 ss.

Razzini, A.: "Blockchain e protezione dei dati personali alla luce del nuovo regolamento europeo GDPR", *Ciberspazio e diritto*, 2018, pp. 197, ss.

Redenti, E.: *Dei contratti nella pratica commerciale*, Cedam, Padova, 1931, pp. 280 ss.

Remotti, G.: "Blockchain smart contract: primo inquadramento e prospettive d'indagine (commento all'art. 8 ter D.L. 14 dicembre 2018, n. 135)", *Oss. dir. civ.,* 2020, pp. 189 ss.

Restuccia, D.: "Il notaio nel terzo millennio, tra sharing economy e blockchain", *Notariato*, 2017, 1, pp. 53 ss.

Rigazio, S.: "Smart contracts e tecnologie basate su registri distribuiti nella L. 12/2019", *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2021, 2, p. 369.

Rizzuti, M., *La sanabilità delle nullità contrattuali*, Esi, Napoli, 2015.

Robustella, C.: *Forma di protezione e nullità selettiva nei contratti del mercato finanziario*, Giappichelli, Torino, 2020.

Romanelli, V.M.: "Sulla cosiddetta invalidità successiva degli atti amministrativi", *Jus*, 1942, p. 144.

Roppo, V.: *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2011.

Ruscello, F.: "Contratti fra impresa e tutela dell'imprenditore debole", *Vita not.,* 2012, p. 411 ss.

Russo, D.: *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Esi, Napoli, 2008.

Russo, D.: *Profili evolutivi sulla nullità contrattuale*, Esi, Napoli, 2008.

Salanitro, U.: "Nullità per mancanza di forma e contratti mediante corrispondenza", *Nuova giur. civ.*, 2018, 5p. 734.

Savigny nel *Sistema del diritto romano attuale*, IV, trad it. a cura di Scialoja, UTET, Torino, 1889.

Scalisi, N.: "Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità", *Riv. dir. civ.,* 2003, 2, pp. 201 ss.

Scalisi, N.: "Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti", in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo* (a cura di S. Mazzamuto), Giappichelli, Torino, 2002.

Scalisi, V.: "Inefficacia (diritto privato)", *Enc. dir.*, vol. XXI, Giuffrè, Milano.

Scarlettaris, P.: "La locazione abitativa di fatto stipulata su pressione del locatore", *Riv. giur. edilizia*, 2015, 5, I, p. 1035.

Scognamiglio, C.: "Contratti monofirma nei servizi di investimento e scopo di protezione della forma" , *Nuova giur. civ.*, 2018, 5 p. 741.

Scognamiglio, R.: "Contratti in generale", in *Trattato di diritto civile* (diretto da E. Grosso e F. Santoro Passarelli), Giuffrè, Milano, 1972.

Scognamiglio, R.: "Inefficacia (dir. priv.)", *Enc. giur.*, vol. XVI, Treccani, Roma, 1989.

SCOGNAMIGLIO, R.: *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Jovene, Napoli, 1950.

SKLAROFF, J.M.: "Smart Contracts and the Cost of Inflexibility", *University of Pennsylvania Law Review*, 2017, 166, pp. 279 ss.

STAZI, A.: *Automazione contrattuale e contratti intelligenti. Gli smart contracts nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2019.

TOMMASINI, R.: *Autonomia privata e rimedi in trasformazione*, Giappichelli, Torino, 2003.

TOSI, E.: *Forma informativa nei contratti asimmetrici. Contributo allo studio della forma funzionale nei contratti asimmetrici, bancari, e di investimento*, Giuffrè, Milano, 2018.

VALLE, L.: "La categoria dell'inefficacia del contratto", *Contr. impr.*, 1998, 3, p. 1227.

VENOSTA, F.: "Profili del neoformalismo negoziale: requisiti formali diversi dalla semplice scrittura", *Obbl. e contr.*, 2008, 11, p. 218.

VULPIANI G.: "La nullité contractuelle nella riforma del diritto francese", *Nuova giur. civ.*, 2020, 4, p. 914.

VULPIANI G.: *Unità, frammentazione e sanabilità della nullità del contratto*, Esi, Napoli, 2021.

LA RESPONSABILITÀ DEL PROFESSIONISTA INTELLETTUALE PER LE PRESTAZIONI ESEGUITE A TITOLO GRATUITO E A TITOLO AMICHEVOLE

THE LIABILITY OF THE PROFESSIONAL FOR PERFORMANCES MADE FREE OF CHARGE OR FOR FRIENDLY REASONS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 452-475

Valeria
CAPUTO

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Tracciare il confine tra i vincoli giuridici e i rapporti giuridicamente irrilevanti è un compito che spesso risulta assai arduo. La progressiva giuridificazione dei rapporti e la prospettiva rimediale, a cui è informato il nostro ordinamento, inducono il diritto a reagire dinanzi ai gravi danni cagionati da prestazioni eseguite senza "animus obligandi". Muovendo dal progetto preliminare del Codice europeo dei Contratti, il presente saggio si emancipa dalle categorie tradizionali della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Offre una soluzione alternativa all'inquadramento della responsabilità dei professionisti intellettuali per le prestazioni rese a titolo gratuito e a titolo amichevole.

PALABRAS CLAVE: Contratto d'opera intellettuale, professionista intellettuale, atti a titolo gratuito, atti a titolo amichevole, rapporti di cortesia, responsabilità civile, responsabilità contrattuale, equa riparazione.

ABSTRACT: *Drawing the line between legally relevant and irrelevant relationships is hard. The progressive juridification of society togheter with a longstanding remedial perspective in our legal system has led the law to react to serious damage caused by performances carried out without any "animus obligandi". By analysing the preliminary project of the European Code of Contracts, the present paper moves away from the traditional categories of contractual and civil liability. It offers an alternative solution in reference to the liability of professionals who act free of charge or due to friendly reasons.*

KEY WORDS: *Contract of intellectual services, intellectual professional, acts free of charge, friendly acts, acts of courtesy, civil liability, contractual liability, equitable compensation.*

SUMARIO.- I. CENNI INTRODUTTIVI.- II. COMPENSO E RESPONSABILITÀ PER LE PRESTAZIONI RESE A TITOLO GRATUITO.- III. IMPEGNI PROFESSIONALI ASSUNTI A TITOLO AMICHEVOLE: INQUADRAMENTO E RESPONSABILITÀ.- IV. IL PROGETTO PRELIMINARE DEL CODICE EUROPEO DEI CONTRATTI: IL GIURISTA TRA TRADIZIONE E INNOVAZIONE.

I. CENNI INTRODUTTIVI

Nella tradizione occidentale si è assistito ad una progressiva giuridificazione dei rapporti[1]. In alcuni ambiti, come quello delle obbligazioni naturali, tale processo è avvenuto in modo parziale. In altri, la giuridificazione è stata portata a compimento. Si pensi, ad esempio, alla mediazione che originariamente era considerata un mero rapporto di cortesia.

L'immanenza di questo fenomeno induce a studiare la sua estrinsecazione in un particolare contesto: quello in cui si muove il professionista intellettuale nel caso in cui stipuli un contratto d'opera intellettuale a titolo gratuito oppure laddove assuma l'incarico a titolo amichevole.

La scelta di delimitare il campo di indagine a queste situazioni, ancorché poco esplorate dogmaticamente, trae origine dalla osservazione della società odierna e delle tipologie di rapporti che la caratterizzano. L'epoca pandemica e post-pandemica ha contribuito a mutare il volto delle interazioni professionali: il compenso[2] inteso quale somma di denaro versata a fronte della prestazione diviene l'eccezione che conferma la regola, gli interessi in gioco delle parti si fondono e talvolta risulta difficile persino tratteggiare il confine tra professionista e cliente.

In un momento storico di sconvolgimenti, il giurista è chiamato a rileggere le categorie tradizionali, compito che si palesa più semplice quando si tratta di colorare

1 Gallo, P.: *Il contratto*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 38

2 Musolino, G.: "Il compenso professionale: decoro, qualità della prestazione e dignità del lavoro", *Rivista del notariato*, 2015, núm. 3, p. 578 osserva che: "Per indicare la prestazione del cliente, l'art. 2233 c.c. non adopera il termine di "retribuzione" (usato dall'art. 2099 c.c. per il lavoratore subordinato) o quello di "corrispettivo" (presente nell'art. 2225 c.c. per il prestatore d'opera manuale): tali termini corrispondono entrambi alla classica mercede) "locatio operarum" e della "locatio operis", e indicano chiaramente una determinazione di quanto dovuto dal committente in base a meri criteri economici di utilità, comuni ai contratti di scambio, in genere vincolati alle leggi della domanda e dell'offerta."

• Valeria Caputo
Doctoranda en derecho del consumo de la Universidad de Perugia y Universidad de Salamanca
valeriacaputo9@gmail.com

di contenuto concezioni giuridiche presupposte[3] quali quella di "professionista intellettuale", a cui, del resto, il legislatore ha attribuito una pluralità di significati[4].

Tuttavia, la proliferazione di nuove realtà lavorative, dovuta alle rapide trasformazioni socio-economiche e alla forte internalizzazione[5], rende difficoltosa l'opera di individuazione di una definizione univoca.

A creare maggiore scompiglio concorre, inoltre, la distinzione tra professioni cosiddette protette e professioni non protette[6]. A norma dell'art. 2229 c.c.: "La legge determina le professioni intellettuali per l'esercizio delle quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi od elenchi"[7]. L'ordinamento giuridico predispone una tipica organizzazione pubblicistica per alcune professioni; l'atto di iscrizione in albi o elenchi[8] ha natura costitutiva di una situazione giuridica in capo al professionista intellettuale e, di conseguenza, la titolarità di diritti e doveri riferiti all'esercizio della professione nasce con l'esistenza di questo specifico "status".

Dal dettato normativo si deduce che, oltre alle professioni tipizzate e regolamentate, possono esistere professioni intellettuali esercitabili liberamente – professioni non protette - a cui si applicano le disposizioni codicistiche per quanto compatibili. Esse si differenziano dalle prime in quanto non sono assoggettate ad un sistema di controlli, posto a tutela dell'affidamento della collettività, che viene applicato alle sole professioni protette[9].

3 Le concezioni inerenti alla natura e ai compiti delle professioni intellettuali devono essere ricostruite dall'interprete, avendo a riferimento il dato sociale e avvalendosi dell'ausilio degli studi storico-sociali. Rabitti, M.: "Il contratto d'opera intellettuale", en AA.VV.: *Trattato dei contratti* (coord. por Rescigno, P. y Gabrielli, E.), Giappichelli, Torino, 2011, p. 765.

4 Talvolta il termine "professioni" è impiegato per indicare genericamente l'attività abituale o la concezione sociale di un soggetto, quale elemento di identificazione della persona fisica. Si veda Cattaneo, G.: *La responsabilità del professionista,* Giuffrè, Milano, 1958, p. 4. In altre occasioni, "ex" art. 2082 c.c., il codice si riferisce alla professionalità per designare la continuità o la stabilità di un'attività che, conseguentemente, assume una certa qualificazione, in contrapposizione alla mera occasionalità. In un senso alquanto differente va intesa, invece, la natura "professionale" dell'attività, così come richiamata dall'art. 1176, comma 2, c.c., la quale è una caratteristica propria della singola prestazione, oggetto di obbligazione.

5 Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, Napoli, 2020, II volume, *Fonti e interpretazione*, p. 278.

6 L'identificazione della categoria delle professioni c.d. non protette è da attribuire alla Corte Costituzionale, la quale, chiamata a decidere in ordine a una questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, legge 22 novembre 1939, n. 1815, in tema di studi di assistenza e consulenza professionali, ha definito la norma dell'art. 2229 c.c. come dato positivo sul quale si fonda la distinzione tra professioni protette e professioni non protette. Cfr. Corte Cost., 22 gennaio 1976, n. 17, *Giurisprudenza commentata,* 1976, II, p. 143, con nota di Santonastaso, F.: *Società tra professionisti e società di progettazione industriale.*

7 La necessaria iscrizione in albi o elenchi per coloro i quali esercitano professioni c.d. protette è sancita anche dall'art. 1 del d.P.R. 7.8.2012, n. 137, a norma del quale l'esercizio delle attività riservate per espressa disposizione di legge "è consentito solo a seguito d'iscrizione in ordini o collegi subordinatamente al possesso di qualifiche professionali o all'accertamento delle specifiche professionalità"

8 Musolino, G.: *Contratto d'opera professionale*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 51, osserva che le principali funzioni attribuite agli albi o elenchi sono di dare certezza alla pubblica fede, garantendo idonea pubblicità ai professionisti abilitati all'esercizio delle attività protette, e di consentire il controllo e la vigilanza sui singoli professionisti iscritti da parte degli Ordini e delle pubbliche autorità.

9 Corte Cass., 25 febbraio 1993, n. 3441, *Giurisprudenza commentata,* 1994, vol. II, p. 191, con nota di Bortesi, C.: "L'esercizio delle professioni intellettuali "protette" in forma associata e in forma societaria: gli artt. 1e

Nell'immaginario collettivo queste ultime potrebbero apparire quale prodotto finito, appartenente alla tradizione e alla cultura di ogni sistema organizzato, insuscettibile di ampliamento. In realtà, il progresso della società abbraccia anche questa tipologia di professioni intellettuali. Basti pensare che la legge n. 3 del 2018 ha prescritto l'obbligatorietà dell'iscrizione all'albo per l'esercizio di ben 17 professioni sanitarie tecniche, della riabilitazione e della prevenzione[10].

Anche se è lapalissiano, occorre dare atto, altresì, della profonda poliedricità delle professioni non protette. Tra queste spicca nell'attuale modo digitalizzato la figura dell'architetto dell'informazione, professionista che progetta le informazioni di un sito. Decidendo la disposizione delle informazioni, costruisce relazioni che generano senso, contesto e conoscenza; sul lato "business" media tra le esigenze del pubblico, del cliente e dei committenti.

Parimenti significativa al giorno d'oggi è la professione del "social media manager", dipendente delle aziende incaricato di gestire il "marketing" e la pubblicità sui canali "social"[11].

Oltre alla già menzionata complessità, a dissuadere l'interprete dal tentativo di definire la categoria dei professionisti intellettuali contribuisce il dettato normativo, sia domestico[12] che comunitario.

Da una parte, il codice civile offre un'immagine semplificata e per certi versi approssimativa della categoria, l'elemento qualificante dell'intellettualità diviene una specificazione di professionalità ma non ne consente la completa identificazione.

Dall'altra, i recenti interventi legislativi e gli orientamenti della giurisprudenza comunitaria hanno acceso il dibattito circa la collocazione delle prestazioni d'opera intellettuale nel vasto contesto dei servizi. Ciò è dovuto, in particolare, alla circostanza per cui, nelle fonti di diritto comunitario, la nozione di "prestazione intellettuale" è assente e viene generalmente sostituita dal concetto di "servizio professionale", di portata più ampia[13].

2 della l. 23 novembre 1939, n. 1815 e l'art. 2232 c.c."

10 Tecnico sanitario di laboratorio biomedico, tecnico audiometrista, tecnico audioprotesista, tecnico ortopedico, dietista, tecnico di neurofisiopatologia, tecnico di fisiopatologia circolatoria e perfusione cardiovascolare, igienista dentale, fisioterapista, podologo, ortottista e assistente di oftalmologia, terapista della neuro e psicomotricità dell'età evolutiva, tecnico della riabilitazione psichiatrica, terapista occupazionale, educatore professionale e tecnico della prevenzione nell'ambiente e nei luoghi di lavoro.

11 Il professionista dei "social" ha, quindi, generalmente, un'anima sia creativa che strategica, conosce a fondo le caratteristiche tecniche dei diversi canali, si tiene aggiornato, sa declinare il contenuto in modo differente e sa relazionarsi con l'audience in maniera corretta, con l'obiettivo finale di trasformare i "fan" in clienti e, successivamente, trasformare i clienti in veri "ambassador del brand".

12 La presenza nell'ordinamento italiano di una disciplina appositamente dedicata alle professioni intellettuali (art. 2229 - 2238 c.c.) non facilita l'interprete nella ricerca di una definizione unitaria giacché non offre coordinate chiare.

13 Secondo l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, «appare sconsigliabile avventurarsi in definizioni legislative dei servizi professionali, che allo stato, infatti, non esistono. Sembra più opportuno

Ai sensi dell'art. 57 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, le professioni intellettuali, definite "libere professioni", sono considerate "servizi", ossia "prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone". Deve trattarsi di un'attività economica idonea ad assicurare un guadagno a colui che la esercita, ma non assume rilevanza la circostanza che il pagamento provenga dal destinatario del servizio offerto o da altro soggetto[14].

Ebbene, dovendosi risolvere in sede applicativa-giudiziale il problema della definizione della categoria, forgiata per vivere in una dimensione storica e relativa, occorre accendere i riflettori su un altro profilo.

Occorre, cioè, analizzare la rilevanza giuridica delle prestazioni eseguite dal professionista intellettuale a titolo gratuito o a titolo amichevole.

Per distinguere le due fattispecie giova rammentare le illuminanti parole della Suprema Corte: "Affinché possa individuarsi una prestazione gratuita è necessario che la prestazione medesima assolva ad una funzione economico-sociale (causa) rilevante e meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico; in secondo luogo, deve essere suscettibile di valutazione economica, comporti cioè un beneficio patrimoniale per il destinatario, ancorché non corrispondente ad una diminuzione del patrimonio dell'autore; in terzo luogo, si ricolleghi ad un interesse, anche mediato o indiretto di chi la esegue.[15]"

Indubbiamente, l'elemento più difficile da "sviscerare" è l'interesse del professionista che assume l'incarico ma, gli importanti risvolti sul piano pratico fungono da "sprone" in un sentiero così buio e poco esplorato.

riferirsi semplicemente al concetto di servizio, secondo la accezione residuale propria dell'"acquis communitaire", cioè una prestazione di rilievo economico che non rientra nella nozione di merce o di capitale». Si veda l'Audizione del Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, Antonio Catricalà, presso le Commissioni riunite II (Giustizia) e X (Attività produttive) della Camera dei Deputati – 8 marzo 2007 – nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulla riforma delle professioni. http://www.agcm.it/component/joomdoc/doc_download/1082-audizione08-03- 2007.html.

14 Condinanzi, M., Nascimbene, B.: "La libera prestazione dei servizi e delle professioni in generale", en AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (coord. por Bessone, M.) XXVI, vol. I, Giappichelli, Torino, 2006, p. 334.

15 Cfr. Cass. civ. 22 gennaio 1976, n. 185., *Foro Italiano*, 1976; vol. I; p. 618. La Corte aggiunge: "Peraltro, pur in mancanza di quest'ultimo requisito, può configurarsi una prestazione obbligatoria quando il comportamento tenuto da chi abbia promesso o iniziato ad eseguire la prestazione stessa sia stato, alla stregua delle circostanze e dei criteri vigenti nell'ambiente in cui il rapporto ha avuto svolgimento, tale da ingenerare nell'altra parte il ragionevole affidamento sul fatto che la prestazione promessa o iniziata dovesse essere eseguita o portata a termine".

II. COMPENSO E RESPONSABILITÀ PER LE PRESTAZIONI RESE A TITOLO GRATUITO

La tradizione romanistica attribuiva alle opere liberali il carattere della gratuità; essendo considerate dei servizi essenziali per la partecipazione alla vita sociale, erano percepite come un onore[16].

Cionondimeno, era consuetudine diffusa offrire un riconoscimento al professionista per il favore ricevuto sotto forma di trasferimenti a titolo gratuito. Tali liberalità dipendevano esclusivamente dalla volontà del cliente, non integravano in alcun modo un atto dovuto.

Differentemente il codice civile, inquadrando l'attività professionale nel libro dedicato al lavoro, prevede per essa esplicitamente un compenso.

Il termine "compenso" viene preferito dal legislatore[17] rispetto al "corrispettivo" o al "prezzo" in quanto maggiormente in linea con il tipo di attività. Sebbene non sia più concepita come dono o elargizione spontanea a titolo di gratitudine, la locuzione "compenso" risulta più adeguata alle professioni liberali, poiché rispetto ad esse la sinallagmaticità fra la prestazione del professionista, che tutela spesso beni fondamentali per il cliente, si pone in termini del tutto particolari. Non viene individuato un prezzo, come per ogni altra locazione d'opera o per il lavoro subordinato, ma un compenso commisurato anche a parametri di natura non economica[18].

Il contratto d'opera intellettuale ha, pertanto, come elemento naturale l'onerosità della prestazione; il diritto al compenso spetta normalmente anche in mancanza di espressi riferimenti ad esso nella fase di formulazione del contratto, dovendo essere l'eventuale gratuità oggetto di specifica pattuizione.

16 Ad esempio se l'opera dell'avvocato era meritevole, essa era compensata con il divulgarsi e l'affermarsi della sua fama, premessa necessaria per l'ascesa politica, e non con denaro.

17 Tale scelta è confermata anche dall'utilizzo del medesimo termine nell'art. 3, comma 5, d.l. n. 138 del 2011 e nell'art. 282, comma 3, Code Européen des Contrats.

18 Secondo Musolino, G.: "Il compenso professionale: decoro, qualità della prestazione e dignità del lavoro", cit., p. 578: "Il legislatore appare influenzato, per alcuni aspetti, dalla concezione aulica dell'ambiente romano classico: se allora si distinguevano i lavori in base alla circostanza che venissero eseguiti da schiavi o da salariati (in quest'ultimo caso, per procurarsi di che vivere con un'attività subordinata o autonoma e prevalentemente materiale), o da uomini liberi (in maniera sostanzialmente autonoma e disinteressata nell'ambito dei rapporti che legavano fra loro i cittadini romani), ora il discrimine è segnato dal carattere dell'intellettualità e dalla permanente e fondamentale funzione sociale che le professioni liberali svolgono (in virtù del sapere specializzato di cui sono portatori coloro i quali le esercitano) e dall'interesse non immediatamente suscettibile di valutazione patrimoniale, ma piuttosto di natura prevalentemente morale, che forma l'oggetto della loro attività.

La presunzione di onerosità discende dall'interesse a ottenere un compenso, interesse che caratterizza anche il libero professionista, in quanto facente parte del mondo del lavoro[19].

Come detto, l'onerosità costituisce un elemento normale del negozio "de quo", non essenziale. Non può essere considerato un limite di ordine pubblico all'autonomia negoziale delle parti, le quali ben possono prevedere espressamente la gratuità[20] del contratto.

La facoltà di eseguire a titolo gratuito le prestazioni intellettuali è stata riconosciuta da tempo dalla giurisprudenza di legittimità. Le decisioni della Corte di Cassazione muovevano non tanto dalla natura tradizionalmente liberale della professione intellettuale, quanto piuttosto dalla sua attrazione nell'ambito del lavoro autonomo.

Come qualunque altro lavoratore autonomo, secondo i giudici di legittimità il professionista intellettuale può prestare gratuitamente la sua assistenza purché naturalmente sussista un elemento causale che sorregga la struttura sinallagmatica del tipo contrattuale. Al professionista è consentita la prestazione gratuita della sua attività professionale per i motivi più vari, anche con riguardo ad un personale e indiretto vantaggio.

La Suprema Corte ha riscontrato tale ipotesi nel caso, concernente la progettazione di uno stabilimento per la macellazione e la lavorazione di carni suine giacché, laddove si fosse verificata la dedotta condizione dell'erogazione del finanziamento da parte di terzi, il professionista avrebbe ricevuto un ulteriore incarico concernente la redazione di un progetto esecutivo e la direzione dei lavori per un "notevole importo"[21].

19 Nel senso del testo, fra gli altri, Musolino G., *Contratto d'opera professionale*, cit., p. 325; Santoro Passarelli, F.: voce "professioni intellettuali", *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino, 1967, XIV, p. 26; Savatier J., *La profession libérale*, Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, Parigi, 1947, p. 229, il quale osserva che la concezione per cui l'onorario deriva dallo spirito di riconoscenza del cliente, comune al diritto romano e alle dottrine moderne sviluppatesi nell'area di influenza del code Napoléon, "ne correspond plus aux moeurs de notre époque et n'est pas celle de notre droit. On peut faire de nombreux reproches. Le premier concerne son injustice: tout travail mérite salaire et l'on est choqué de mettre à cet égard les membres des professions libérales en situation inférieure, en laissant leur rémunération au bon plaisir du client au lieu de leur reconnaître un droit sur leur salaire. Ensuite la conception de l'honoraire, manifestation de reconnaissance, n'est pas sans hypocrisie. Chacun sait que les membres des professions libérales cherchent à tirer profit d'une activité qui doit au moins leur permettre de vivre. Ils fixent à cet effet les honoraires que devront verser les clients. Dans l'esprit des deux parties il y a corrélation entre le travail fourni et l'honoraire à percevoir et ce n'est que par une fiction sans aucune utilité qù on tente de présenter l'onoraire comme librement versé par le client dans un mouvement de reconnaissance".

20 Cass. civi., 20 luglio 1999, n. 7741, *Rep. Foro it.*, 1999, voce "professioni intellettuali", n. 135.

21 Cass. civ., 17 agosto 2005, n. 16966, *Massimario Giustizia civile*, 2005, núm. 9; Cass. civ., 28 agosto 2000, n. 8787; *ivi*, 2000, p. 1424; Cass. civ., 3 dicembre 1994, n. 10393, *ivi*, 1994, núm. 12. In dottrina: Galasso, A., Mazzarese, S.: *Il principio di gratuità*, Giuffrè, Milano, 2008; Lipari, N.: "Spirito di liberalità e spirito di solidarietà", *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 1997, vol. I, p. 1; Morrozzo della rocca, P.: "Il contratto gratuito a scopo di beneficenza", *Giustizia civile*, 2000, II, p. 189; Palazzo, A. : "Donazione pura e donazioni motivate", *Jus*, 1990, p. 297.

Come non si frappongono ostacoli di ordine civilistico alla stipulazione di un contratto d'opera professionale a titolo gratuito, parimenti non costituisce un limite neppure la sussistenza di minimi tariffari previsti dalle varie discipline di settore. La pattuizione di gratuità non produce alcun pregiudizio alla dignità e al decoro professionale, piuttosto accresce il prestigio della categoria.[22]

Ancora, l'esecuzione a titolo gratuito della prestazione del professionista non si pone in contrasto nemmeno con due principi della Costituzione, come ha paventato una parte della dottrina.

Secondo questa impostazione si riscontrerebbe una violazione dell'art. 36 Cost. secondo cui il lavoratore ha diritto ad una proporzionata retribuzione alla qualità e quantità del lavoro svolto e degli artt. 41 e 117 Cost. da cui si deduce il principio di libera concorrenza.

Tale orientamento[23] si esprime in senso favorevole alla ricomprensione delle professioni intellettuali nell'ambito tutelato dall'art. 36 Cost.

Posto che la Costituzione tutela il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni (art. 35 Cost.), l'espressione lavoratore deve essere intesa in senso ampio, non solo come indicativa del soggetto che svolge attività di lavoro subordinato nell'ambito di un'organizzazione imprenditoriale.

La giurisprudenza maggioritaria, tuttavia, si pronunzia per la non applicabilità dell'art. 36, I comma, Cost. alle prestazioni di lavoro autonomo ritenendo che la norma riguardi solo il rapporto di lavoro subordinato, poiché le disposizioni immediatamente successive di cui all'art. 36, II e III comma, Cost. fanno riferimento alla durata massima della giornata lavorativa, al riposo settimanale e alle ferie retribuite[24].

22 Musolino, G. "Il compenso della prestazione professionale fra autonomia negoziale, tariffe e regole di concorrenza", *Rivista del Notariato,* 2001, p. 116.

23 Si vedano Giacobbe, G.: voce "professioni intellettuali", *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVI, Giuffré, Milano, 1987, p. 1078; Lega, C.: "Principi costituzionali in tema di compenso del lavoro autonomo", *Giurisprudenza italiana*, 1960, vol. I, 1, c. 345, secondo cui: "L'art. 36, I comma, Cost. si applica pure al contratto d'opera intellettuale, per cui il lavoratore ha diritto a una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro (criterio economico), ma anche a un minimo vitale familiare (criterio sociale)." Nello stesso senso, la decisione isolata di App. Milano, 8 febbraio 1955, *Giurisprudenza italiana*, 1956, I, 2, c. 76, con nota di Lega, C.: "In tema di pattuizione privata degli onorari professionali in deroga alle tariffe".

24 Cfr.: Cass. civ., 13 novembre 2012, n. 19714, *Massimario Giustizia civile*, 2012, p. 1297, secondo cui : "Il rapporto fra l'amministratore di una società di capitali e la società medesima va ricondotto nell'àmbito di un rapporto professionale autonomo e, quindi, ad esso non si applica l'art. 36, I comma, Cost., che concerne il diritto alla retribuzione in senso tecnico, poiché il diverso diritto al compenso professionale dell'amministratore, avendo natura disponibile, può essere oggetto di una dichiarazione unilaterale di disposizione (per esempio, di rinunzia) da parte del suo titolare." L'art. 36 Cost. rappresenterebbe il punto di arrivo di un'evoluzione del rapporto di lavoro subordinato che si riassume nell'esigenza della tutela del lavoratore, come parte più debole del rapporto, rispetto alla quale emergono ragioni di solidarietà umana e sociale.

Con riferimento al principio di libera concorrenza, dubbi di compatibilità potrebbero sorgere in quanto alcune attività professionali incidono su beni di rango primario[25]. Superando il rapporto privatistico, l'esecuzione di prestazioni a titolo gratuito potrebbe produrre esternalità negative in capo alla collettività in termini di costi sociali rilevanti.

Se i clienti intendessero scegliere il professionista in base al mero criterio economico ben potrebbero rivolgersi a colui che eroga la prestazione a titolo gratuito. Tuttavia, laddove la prestazione non dovesse soddisfare le loro aspettative, perché ad esempio inferiore a certi "standard" qualitativi, sarebbero indotti a cambiare professionista, accettando di stipulare probabilmente un contratto a titolo oneroso.

Se è vero che tutto questo "iter" potrebbe comportare costi notevoli in termini di tempo, risorse ed energie, non sembra ravvisarsi un vero fallimento del mercato, esso si orienta in un senso e poi semplicemente si dirige altrove.

Il "punctum dolens" sembra risiedere non già nella gratuità o onerosità della prestazione, quanto piuttosto nella necessaria imposizione di "standard" minimi di qualità delle prestazioni. Non ci si può rimettere esclusivamente alla tanto agognata "diligenza" dei professionisti giacché è sempre più diffuso il fenomeno del "moral hazard" in forza del quale l'incapacità dei consumatori di valutare la qualità intrinseca dei beni o dei servizi acquistati può incentivare i professionisti a ridurre mediamente il proprio impegno[26].

Ciò posto, appurato che il contratto d'opera intellettuale può essere stipulato anche a titolo gratuito, è intuitivo individuare il titolo della responsabilità del professionista.

Questi è tenuto a rispondere dell'eventuale inadempimento o inesatto adempimento alla stregua dei principi della responsabilità contrattuale.

A norma dell'art. 1218 c.c.: "Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno se non prova che l'inadempimento o il suo ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante

25 Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, all'attività del medico che incide positivamente sulla salvaguardia del bene salute dell'intera collettività; all'attività dell'avvocato che, con il suo operato, contribuisce al corretto ed efficiente funzionamento della giustizia o all'attività del notaio cui è ricollegato un ampio esercizio di prerogative pubbliche. Sul punto cfr. anche Libertini, M.: "Brevi riflessioni sul d.d.l. n. 5092 e sui principi costituzionali e comunitari in materia di attività professionali intellettuali", *Foro italiano*, 1999, vol. III, p. 469.

26 In tal senso si veda Pellizzari, M., Orsini, J.: *Dinastie d'Italia. Gli ordini tutelano davvero i consumatori?*, Università Bocconi Editore, Milano, 2012, p. 29. Gli autori riportano l'esempio di un avvocato che, anche se preparato, essendo a conoscenza del fatto che il cliente non è in grado di scoprire se una causa non è andata a buon fine per motivi imputabili al professionista o meno, potrebbe essere incentivato a non dedicare il massimo impegno nell'espletamento dell'incarico.

da causa a lui non imputabile". La norma, mira espressamente a garantire la tutela sostanziale della posizione creditoria; trova applicazione, infatti, il principio della presunzione della colpa, spettando all'attore/creditore solo l'onere della prova dell'inadempimento e dell'entità del danno. Di converso, al debitore spetterà, per sottrarsi all'obbligo risarcitorio, dimostrare l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per cause a lui non imputabili.

Ulteriori profili da sottolineare circa il regime giuridico della responsabilità contrattuale vertono sulla prescrizione e sul danno risarcibile. All'illecito contrattuale si applica l'art. 2946 c.c. che prevede il termine ordinario di decorrenza decennale, salvo i tempi più brevi previsti per specifiche tipologie di contratti.

A norma dell'art, 1223 c.c. il risarcimento del danno dovuto all'inadempimento o al ritardo deve comprendere sia la perdita subita dal creditore (danno emergente) che il mancato guadagno (lucro cessante), in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta (nesso di causalità tra l'inadempimento e il danno). Se l'inadempimento o il ritardo non hanno natura dolosa, il risarcimento è limitato al solo danno prevedibile al tempo in cui è sorta l'obbligazione.

Da ultimo, giova ripercorrere l'evoluzione giurisprudenziale circa la sussistenza di un principio generale che ammetta, per qualunque fattispecie contrattuale, un'attenuazione della responsabilità per il contraente che ponga in essere una prestazione a titolo gratuito.

Come noto, il codice civile prevede delle fattispecie tipiche[27] in cui la gratuità della prestazione comporta l'attenuazione della responsabilità del soggetto che agisce.

In una sentenza della fine degli anni 70' la Corte di cassazione[28] ha statuito che le disposizioni contemplate dal legislatore per singole fattispecie contrattuali e delineanti una responsabilità attenuata per le obbligazioni derivanti dal contratto a titolo gratuito possono essere applicate anche a tutte le altre figure contrattuali. Tale principio deriverebbe dalla tradizione romanistica, secondo cui alla prestazione con vantaggio di una sola parte corrisponde una responsabilità per "culpa lata".

Nel silenzio della giurisprudenza di legittimità ci si chiede cosa si intenda per "attenuazione della responsabilità". Appare preferibile sostenere che si debba limitare la sfera dell'inadempimento contrattuale alle sole ipotesi di colpa grave, tenendo però conto che, qualora questa sussista, l'agente dovrebbe poi rispondere di tutti i danni, anche se derivanti da disattenzioni più lievi.

27 Si tratta della responsabilità del mandatario (art. 1710 c.c.), del depositario (art. 1768 c.c.) e del mutuante (art. 1821 c.c.).

28 Cass. civ., 22 gennaio 1976, n. 185, cit.

Con una sentenza[29] più recente in materia di responsabilità medica la Suprema Corte sembra aver ribaltato l'interpretazione che fino a quel momento aveva voluto privilegiare.

Segnatamente, ha affermato che: "Colui che assume volontariamente un obbligo, ovvero inizia volontariamente l'esecuzione di una prestazione, ha il dovere di adempiere il primo o di eseguire la seconda con la correttezza e la diligenza prescritte dagli artt. 1175 e 1176 c.c., a nulla rilevando che la prestazione sia eseguita volontariamente e a titolo gratuito". Da questa pronuncia si deduce che per qualunque obbligazione il grado di responsabilità del contraente debba esser rapportato ai generali canoni di diligenza previsti agli artt. 1175 e 1176 del c.c., a prescindere dall'onerosità o gratuità del contratto.

Applicando dette coordinate ermeneutiche al circoscritto campo di indagine, l'ultimo approdo non può che accogliersi con favore. Le professioni intellettuali incidono profondamente su interessi e valori fondamentali della persona, il carattere della gratuità non può, pertanto, "insabbiare" le condotte superficiali dei professionisti.

III. IMPEGNI PROFESSIONALI ASSUNTI A TITOLO AMICHEVOLE: INQUADRAMENTO E RESPONSABILITÀ

La diffusione del virus Covid 19 ha comportato l'emanazione di stringenti misure di contenimento del contagio. Tali restrizioni hanno in parte bloccato le attività lavorative, in parte hanno interrotto il flusso di domanda dei servizi professionali. Di fronte a tanta incertezza, i professionisti intellettuali si sono dovuti adattare ingegnandosi con le nuove tecnologie, instaurando o portando avanti il rapporto con il cliente "da remoto".

L'eccezionalità della situazione, la posizione di maggiore agiatezza di cui generalmente godono e un forte senso di solidarietà hanno spinto molti professionisti a erogare prestazioni in via amichevole.

Si pone a questo punto l'interrogativo circa la natura di questi rapporti e il regime giuridico della responsabilità in cui incorre il professionista che non esegue correttamente la prestazione.

Collocandosi sulle pendici del "giuridicamente rilevante", tali relazioni appaiono di difficile inquadramento sistematico.

Due le tesi sul tappeto: rapporti di cortesia e rapporti di fatto.

29 Cass. civ., 26 agosto 2014, n. 18230, *Foroplus*.

I primi sono definibili come situazioni che: "Nel momento in cui nascono, si caratterizzano per essere destinate a svolgersi al di fuori del diritto, dipendendo il previsto risultato finale dallo spontaneo rilievo di una particolare coloritura sociale delle reciproche posizioni soggettive"[30]. L'ampia gamma di situazioni riconducibili a tale categoria costituisce un "arcipelago frastagliato, costituito da una variegata sequela di figure poste ai confini della negozialità, certamente prive di onerosità" [31].

I rapporti a titolo amichevole tra professionisti e clienti ben potrebbero ricomprendersi tra le isole di detto arcipelago.

Potrebbero, altresì, essere ricondotti nell'alveo dei rapporti di fatto definiti come: "quei fenomeni, situazioni, rapporti che, pur non espressamente regolati da una norma giuridica, pur non costituendo una fattispecie tipica - e per questo nel loro insieme definiti «di fatto» - si possono rivelare, quasi contraddicendo la loro stessa qualifica e la loro origine, produttivi di effetti giuridici" [32].

La dottrina suole operare delle distinzioni all'interno dei rapporti di fatto. Tra questi si annoverano: 1) quelli che nascono e si svolgono in precisa violazione di una norma di legge[33], ovvero sono fondati su un contratto invalido o inesistente[34], del quale si rendono operanti gli effetti o che tali effetti hanno già prodotto; 2) quelli che coesistono con analoghi rapporti giuridici con i quali condividono parzialmente gli effetti: è il caso della famiglia di fatto che per alcuni limitati aspetti viene equiparata alla famiglia legittima della quale viene estesa in parte la relativa disciplina; 3) quelle ipotesi in cui :"accanto alla situazione "di diritto" sopravvive la situazione o rapporto precedente, che viene definita "di fatto" per distinguerla dal nuovo rapporto di diritto", mantenendo la propria indipendenza e restando al di fuori della valutazione giuridica.[35]

30 Si veda Lipari, N.: *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia. Spunti per una teoria del rapporto giuridico.* Cedam, Padova, 1967, Per una definizione degli atti di cortesia, cfr. Ghezzi, E.: voce "Cortesia (prestazioni di)", *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano 1962, vol. X, p. 1048; Palazzo, A.: "Atti gratuiti e donazioni", en AA.VV.: *Trattato di diritto civile*, vol. II, (coord. por Sacco, R.) Utet Giuridica, Torino, 2000, p. 5; Panuccio, V.: voce "prestazione di cortesia", *Digesto discipline privatistiche*, sez. civ, Utet Giuridica, Torino, 1996, p. 268. Per un'analisi delle diverse posizioni della dottrina sul rapporto di cortesia, cfr. Gigliotti, F.: *Relazioni sociali vincolo giuridico e motivo di cortesia*, Esi, Napoli, 2003, p. 302.

31 Morozzo Della Rocca, P.: "Prestazione gratuita, solidarietà e responsabilità civile", *Rivista critica del diritto privato*, 1998, p. 583.

32 Franceschelli, V.: "Rapporto di fatto", *Digesto discipline privatistiche*, sez. civ., Utet Giuridica, Torino, 1997, XVI, p. 272; Id., *I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, Giuffrè, Milano, 1984.

33 Zago Garelli, C.: *Il rapporto di fatto con particolare riguardo al rapporto di lavoro,* Cedam, Padova 1964, fa riferimento al testamento e alla donazione nulli, successivamente confermati.

34 È il caso del rapporto di lavoro di fatto (art. 2126 c.c.), su cui cfr. Hernandez, S.: *Posizioni non contrattuali nel rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1968.

35 La Torre, M. E.: "Premesse generali per uno studio sull'ospitalità fra rapporti di cortesia e autonomia negoziale", *Giustizia civile*, 2009, núm. 3, p. 105.

Ora, l'adesione alla prima o alla seconda tesi non risolve il secondo quesito che indubbiamente ha maggiori risvolti applicativi.

Il problema riguarda la risarcibilità di un eventuale danno causato dalla prestazione eseguita a titolo amichevole, senza "animus obligandi", per condiscendenza o per spirito di mera liberalità. Sarebbe semplicistico considerare che, trattandosi di impegni assunti su un piano diverso da quello giuridico, la loro violazione possa comportare al limite una applicazione di sanzioni sociali, ad esempio la rottura di un rapporto di amicizia.

Il diritto non può disinteressarsi di questi rapporti in ragione della loro frequenza e della gravità delle conseguenze che possono derivare dall'inadempimento o inesatto adempimento.[36]

Tanto in dottrina quanto in giurisprudenza si registra un acceso dibattito circa il regime giuridico della responsabilità del professionista intellettuale.

Secondo un'impostazione minoritaria[37] la fattispecie considerata dà luogo ad un negozio soggetto alla disciplina del contratto d'opera intellettuale. Il rapporto che nasce per via amichevole o a titolo di cortesia deve essere considerato come fattispecie composta da un contratto d'opera intellettuale e da una successiva rinunzia al compenso, e non, invece, come rapporto di cortesia.

Sulla scorta di questa opinione, il professionista che esegue la propria prestazione "beneficii loco" è tenuto a rispondere dell'eventuale inadempimento secondo i principi della responsabilità contrattuale. Per quanto riguarda il grado della responsabilità, tale tesi aderisce alla sopra esposta sentenza della Corte di Cassazione del 1976. Ritiene, cioè, operante il principio generale, ricavabile dalle previsioni positive, secondo cui la responsabilità deve essere valutata con minor rigore, rispondendosi, così, solo a titolo di colpa grave[38]. Il professionista, mosso da motivazioni affettive, sarebbe chiamato a rispondere esclusivamente per negligenza e imperizia macroscopica[39].

36 Gallo, P.: *Il contratto*, cit., p. 39.

37 Per una approfondita ricostruzione della tesi si veda Musolino, G.: "Contratto d'opera intellettuale e deontologia: gli effetti giuridici delle scelte sentimentali del professionista", *Rivista del Notariato,* 2003, núm. 2, p. 335.

38 Messineo, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, 8 ed., rist., vol. II, Giuffrè, Milano, 1952, p. 237.

39 Musolino, G.: "Profili della colpa professionale: continuità delle fonti romane e interpretazioni eterodosse", *Rivista del Notariato*, 1996, p. 471.

Alla medesima soluzione, in termini di titolo di responsabilità, pervengono quanti ricorrono alla figura del contatto sociale[40], intesa quale fonte di un'obbligazione di protezione[41], per qualificare il rapporto che sorge tra professionista e cliente.

Il referente normativo della teoria del contatto sociale qualificato si rinviene nell'art. 1173 c.c. posto in apertura del libro dedicato alle obbligazioni. Detta disposizione chiude l'elenco delle fonti con l'espressione "altri atti o fatti idonei a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico".

Questa atipicità, letta con la lente del principio di solidarietà sociale, ha permesso l'elaborazione della teoria del contatto sociale qualificato, secondo la quale la relazione specifica instauratasi tra due soggetti, in assenza di un precedente accordo e comportante l'esecuzione di prestazioni assimilabili a quelle derivanti da un rapporto contrattuale, viene assoggettata alla disciplina contrattuale.[42]

Sebbene la teoria sia recente, preme ricordare che l'applicazione della disciplina contrattuale anche in assenza di un contratto[43] era già prevista dal codice del 1865 con riferimento alla figura del quasi contratto, abbandonata poi dal codice vigente.

Un altro approccio muove dalle argomentazioni elaborate per altri tipi negoziali allo scopo di ipotizzarne l'applicabilità *mutatis mutandis* al contratto d'opera intellettuale.

In Italia, il tema della responsabilità per le prestazioni eseguite a titolo amichevole[44] è stato affrontato soprattutto in materia di trasporto di cose o

40 È possibile richiamare soltanto alcune delle numerose opere in materia. In particolare, si segnala Giorgianni, M.: "Obbligazione (diritto privato)", *Novissimo Digesto italiano*, vol. XI, Utet Giuridica, Torino, 1965, p. 604; Id, *L'obbligazione,* Giuffrè, Milano, 1968, p. 11; Rescigno, P.: "Obbligazioni (nozioni)", *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, p. 133; Mariconda, V.: *Delle obbligazioni e dei contratti. Commentario*, Ipsoa, Milano, 1984, p. 134; Di Majo, A.: "Delle obbligazioni in generale", *Commentario del cod. civ. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1988, p. 170; Id., "Obbligazione (teoria generale)", *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1990, XXI, p. 1; Bianca, M.: *Diritto civile, IV, L'obbligazione,* Giuffrè, Milano, 1993 (rist. agg.: 2004); Breccia U.: "Le obbligazioni", en AA.VV.: *Trattato di diritto privato*, (coord. por Iudica G. e Zatti, P.), Giuffrè, Milano, 1991, p. 192; Chianale, A.: "Obbligazione", in *Digesto discipline civilistiche*, 4ª ed., vol. XII, Utet Giuridica, Torino, 1995, p. 350; Galgano, F.: *Diritto civile e commerciale,* vol. II, 4ª ed., Cedam, Padova, 2004, p. 32.

41 L'intuizione dell'obbligazione di protezione senza prestazione, nell'ordinamento italiano, si deve a Castronovo. In particolare, si vedano Castronovo, C.: voce "obblighi di protezione", *Enciclopedia giuridica Treccani*, Treccani, Roma, 1990, vol. XXI, p. 1; Id., "Ritorno all'obbligazione senza prestazione", *Europa e diritto privato*, 2009, p. 679; Id., *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015; Id., *Responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2018.

42 Per un approfondimento sulla figura del contatto sociale qualificato cfr. Pittella, D.: "Dall'obbligazione senza prestazione alla responsabilità extracontrattuale del medico: rigetto locale o totale del contatto sociale «qualificato»?", *Contratto e impresa*, 2010, núm. 1, p. 418.

43 Sulla individuazione della categoria "rapporti contrattuali di fatto" si veda Haupt, G.: *Sui rapporti contrattuali di fatto*, edizione italiana, a cura di Varanese, G., Giappichelli, Torino, 2012.

44 Si veda Romano, S.: "Il trasporto di cortesia", *Rivista diritto civile*, 1960, vol. I, p. 488; Flamini, A.: *Il trasporto amichevole*, Jovene, Napoli, 1977.

persone[45]. L'art. 414 del codice della navigazione in materia di trasporto amichevole stabilisce che: "Chi assume il trasporto di persone o di bagagli a titolo amichevole è responsabile solo quando il danneggiato provi che il danno dipende da dolo o colpa grave dei vettori o dei suoi dipendenti e preposti". Gli interpreti si sono chiesti se tale norma fosse espressione di un principio generale in grado di colmare la lacuna presente nel codice civile in ambito di trasporto di cortesia terrestre.

In un primo momento[46], la Suprema Corte ha optato per l'assimilazione del trasporto amichevole a quello gratuito, con conseguente contrattualizzazione della figura. Successivamente[47], ha escluso che la relazione amichevole potesse considerarsi alla stregua di un rapporto contrattuale, residuando esclusivamente il ricorso alle regole della responsabilità aquiliana di cui all'art. 2043 c.c.

Con riferimento ad altre fattispecie contrattuali si registra un orientamento oscillante della giurisprudenza.

In un caso relativo alla presa di consegna di alcuni buoi sulla piazza del mercato, successivamente abbandonati, la Corte di Cassazione ha ravvisato gli estremi di un vero e proprio contratto di deposito gratuito, con conseguente configurabilità della responsabilità contrattuale[48]. Laddove, invece, un viaggiatore acconsenta di custodire la valigia di un altro viaggiatore per pochi minuti per poi abbandonarla una volta che arrivi il suo treno, si ritiene debba essere chiamato a rispondere a titolo extracontrattuale.

Prendendo in prestito i ragionamenti della giurisprudenza che si è espressa in materia di trasporto a titolo amichevole, dovrebbe concludersi per il ricorso alle regole della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c.

Sul piano probatorio, a differenza dell'illecito contrattuale, il danneggiato deve fornire la prova del comportamento doloso o colposo del danneggiante e del nesso eziologico di tale comportamento con la produzione del danno, di cui deve fornire non solo la prova dell'esistenza ma anche del suo ammontare in termini di liquidazione. L'azione si prescrive in 5 anni e il risarcimento comprende anche i danni imprevedibili.

45 Si rinvia, "ex multis", agli scritti di Perretti Griva, D. R.: "Sul trasporto amichevole o di cortesia", *Rivista di diritto commerciale*, 1948, vol. I, p. 111; Montel, A.: "Ancora in tema di responsabilità per trasporto terrestre a titolo di cortesia", *Foro padano*, 1948, I, c. 201; Venditti, A.: "Della responsabilità del vettore nel trasporto amichevole", *Giustizia civile*, 1952, p. 126; Flamini, A.: *Il trasporto amichevole*, cit.; Panuccio, V.: "Cortesia (prestazioni di)", *Enciclopedia giuridica*, 1988, vol. IX, pp. 3-4. Nella manualistica e nei trattati più recenti cfr. Monticelli, S.: e Porcelli, G.: *I contratti dell'impresa*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 120; Cagnasso, O. e Cottino, G.: "I contratti commerciali", en AA.VV.: *Trattato di diritto commerciale*, (coord. por Cottino, G.), Cedam, Padova, 2009, vol. IX, 2a ed., p. 429.

46 Cass. civ., 29 marzo 1950, n. 848, *Foro italiano*, 1950, vol. I, p. 1010.

47 Cass. civ., 13 ottobre 1951, n. 2635, *Foro italiano*, 1951, vol. I, p. 1487; Cass. civ., 1° agosto 1986, n. 4924, *ForoPlus*; Cass. civ., 8 ottobre 2009 n. 21389, *Foroplus*.

48 Cass. civ., 14 luglio 1952, n. 2188, *Giurisprudenza Italiana*, 1953, vol. I, p. 195.

IV. IL PROGETTO PRELIMINARE DEL CODICE EUROPEO DEI CONTRATTI: IL GIURISTA TRA TRADIZIONE E INNOVAZIONE

Un'ulteriore soluzione al quesito viene offerta se ci si pone da una prospettiva europeista.

Lo sguardo non va rivolto allo "ius positum", costituito dai Trattati e dalle altre fonti comunitarie, bensì a progetti[49], a cui va riconosciuta una valenza para-normativa.

I primi lavori giuridici nati a seguito di un fecondo dibattito sono stati i PECL (Principi di diritto europeo dei contratti)[50] nel 2001 e il "Draft Common frame of reference"[51] nel 2008. A distanza di anni il risultato di diventare il diritto comune dei contratti non è stato raggiunto, essendo rimaste solo opere dottrinali.

Non si può negare, tuttavia, un loro effetto indiretto[52] difficilmente misurabile e variabile da paese a paese che consiste in una influenza sulla legislazione[53] e sulla giurisprudenza delle corti, nonché in una parte della dottrina volta a promuovere la creazione di un diritto europeo.

In Italia un certo condizionamento si è registrato in tema di responsabilità civile. Le Sezioni unite che si sono pronunciate sulla vicenda della "compensatio lucri cum damno"[54], hanno attinto allo strumentario del "Draft common frame of reference" per motivare la decisione. Queste Sezioni unite sono significative in quanto legittimano e suggeriscono a tutti i giudici nazionali di servirsi di questi testi.

49 Nel primo volume del *Manuale del diritto privato europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 12 (coord. por Castronovo, C. e Mazzamuto, S.) i curatori sottolineano come "il legislatore comunitario non abbia operato nella direzione di svelare le assonanze tra i sistemi rilanciandole come cardine del diritto europeo; piuttosto ha preso di mira precisi obiettivi di raggiungimento delle regole del mercato: è un legislatore pragmatico che poco si cura delle architetture concettuali e dei raccordi con i diversi sistemi giuridici che procede ad armonizzare. É particolarmente orientato ai rimedi, più che all'attribuzione astrattizzante dei diritti. Ciò perché alla mancanza di un controllo tecnico che quest'ultimo modello esige e alla quale il legislatore comunitario non è aduso si aggiunge l'istanza concreta di raggiungere obiettivi più circoscritti ancorché a volte maggiormente complicati. Per questo, il legislatore comunitario ritiene aver sostanzialmente adempiuto al proprio compito quando riesca a far convivere il massimo di efficienza e di effettività con il minimo investimento assiologico ed il minimo tasso di riconcettualizzazione e di generalizzazione."

50 I Principi di diritto europeo dei contratti rappresentano in ambito europeo un esempio di c.d. "codificazione culta" giacché si tratta di un testo che raccoglie le regole comuni in materia di contratto e di obbligazioni in vista dell'obiettivo futuro della predisposizione di un codice civile comune europeo, allo scopo di dotare il mercato interno di una disciplina uniforme.

51 Il progetto contiene principi, definizioni e norme modello di diritto civile, specie di diritto dei contratti e responsabilità extracontrattuale e si riferisce sia ai contratti commerciali che ai contratti dei consumatori.

52 Sirena, P.: "La scelta dei Principles of European Contract Law (PECL) come legge applicabile al contratto", *Rivista di diritto civile*, 2019, p. 608, constata la possibilità di usare i Principi come legge applicabile al contratto. Tuttavia si dubita dell'attrattività dei PECL per il mondo degli affari rispetto sia ai diritti nazionali sia ai modelli di "soft law" maggiormente consolidati come i Principi Unidroit o le norme uniformi della ICC di Parigi. Ad esempio, in tema di garanzia autonoma sono state recepite da alcune nuove codificazioni.

53 Ciò si verifica anche negli Stati, che non sono Membri dell'Unione Europea, come dimostra il codice civile moldavo entrato in vigore il primo marzo 2019.

54 Cass. Civ. Sez. Un. nn. 12564, 12565, 12566, 12567 del 2018; si parla delle "sentenze gemelle", *Foroplus*.

Anche in altri ordinamenti tali principi esplicano una funzione indiretta.

La dottrina spagnola[55], ad esempio, ha osservato come abbiano determinato significativi cambiamenti nel diritto contrattuale seppur attraverso la via giurisprudenziale. Tra le modifiche più significative si è assistito ad una unificazione delle ipotesi di inadempimento, alla scomparsa o all'affievolimento del requisito della colpa, ad una sistematizzazione dei rimedi, alla valorizzazione del rischio come elemento centrale della responsabilità contrattuale e alla considerazione della frustrazione degli scopi del contratto.

Ed è così che il "Draft" e i Principi di diritto europeo dei contratti acquistano la qualità di modulo argomentativo preordinato, utile a indirizzare ogni giudice europeo nella decisione del caso concreto là dove il diritto nazionale non appaia sufficiente per risolvere la controversia[56].

Ciò premesso, in questa sede interessa prendere le mosse dalla terza parte[57] del progetto preliminare del Codice europeo dei Contratti, elaborato dall'Accademia dei giusprivatisti europei nel 2016.

Gli articoli 304 e seguenti sono dedicati alle professioni intellettuali, tra le quali sono ricomprese anche quelle non protette. Esse vengono definite quali prestazioni dirette "a realizzare un prodotto dell'ingegno dovuto ad un'attività di natura creativa o esecutiva, ma non avente necessariamente una consistenza tangibile e alla cui realizzazione concorre anche l'esplicarsi di energie fisiche o manuali". L'attività, che deve essere svolta in regime di autonomia e indipendenza, crea un'obbligazione di mezzi se non viene espressamente convenuto che debba produrre comunque uno specifico risultato.

In relazione all'esecuzione della prestazione a titolo gratuito, l'art. 305, sesto comma, ammette espressamente tale possibilità anche se sono previste tariffe minime inderogabili, senza che ciò minimamente rilevi circa i doveri incombenti e le relative responsabilità.

Quanto agli incarichi assunti a titolo amichevole, occorre analizzare l'art. 235 rubricato "prestazioni di mera cortesia". Il primo comma recita: "Se venga promessa una prestazione del tutto gratuita e di mera cortesia che poi non venga eseguita, la controparte promissaria può ottenere un'equa riparazione del nocumento che

55 Roca Trias, E.: "The modernisation of Law of Obligations Using the Principles of European Contract Law", en AA.VV.: *Uniform rules for euroean contract law*, (coord. Por De Elizalde, F.), Hart, Oxford, 2006, p. 83.

56 Mazzamuto, S.: "Progetti di codificazione europea sul contratto", *Europa e diritto privato*, 2020, núm. 4, p. 1105.

57 Questa espressione è giustificata dal fatto che è già stato presentato il libro primo, contenente le disposizioni generali in materia contrattuale (artt. 1-173) e il progetto relativo alla prima parte del libro secondo dedicato ai singoli contratti (artt. 174-229).

ne abbia subito, qualora ricorrano le seguenti condizioni: che la promessa sia stata fatta per iscritto in termini non equivoci, o che risulti notoria nella comune cerchia di persone, o che sia stata accompagnata dal ricevimento in via amichevole di una somma per parziale rimborso della spesa, o che ne sia iniziata l'esecuzione."

Vengono, poi, enumerati i casi in cui la riparazione è esclusa: - se il promittente ha preavvertito in tempo ragionevole la controparte-promissaria della successiva non esecuzione, o dandole modo di adottare una diversa soluzione; – se il fatto non è addebitabile al promittente salvo che abbia agito con dolo o colpa grave.

Laddove rilevino gli estremi della colpa lieve è applicabile la norma di cui all'art. 168 comma 2, lett. b)[58].

Ora, nel nostro ordinamento la dicitura "equa riparazione" viene utilizzata raramente[59] dal legislatore. Il concetto viene ricondotto solitamente nell'alveo delle riparazioni di natura indennitaria, scaturenti da un'obbligazione "ex lege" per danni cagionati da un'attività lecita[60].

Se, da una parte, introdurre una nuova categoria nel costellato mondo della responsabilità potrebbe ingenerare perplessità e incertezze. Dall'altra, questa novità potrebbe porsi quale ultimo e prezioso tassello del mosaico.

In fin dei conti, proprio perché risulta forzato inquadrare la responsabilità per la prestazione resa a titolo amichevole nelle macrocategorie della responsabilità aquiliana o della responsabilità contrattuale, questa alternativa sembrerebbe la più adeguata. Non si mette "in scacco" il sistema nel suo complesso e si offre un rimedio al pregiudizio che subisce il cliente, sebbene rimesso all'equo apprezzamento del giudice.

Ebbene, lo studio di questa tematica dimostra la persistente attualità del pensiero di Tullio Ascarelli secondo cui il giurista deve essere non solo custode di una tradizione ma anche garante di un'innovazione, una sorta di Giano Bifronte che con un volto guarda al passato e con l'altro al futuro.

58 Art. 168, secondo comma, lett. b: "Tenuto conto del comportamento, dell'interesse e delle condizioni economiche del creditore, il giudice può equitativamente limitare l'entità dei danni risarcibili in caso di colpa lieve del debitore, soprattutto nei contratti nei quali non è previsto a suo favore alcun corrispettivo per la prestazione da lui dovuta".

59 Cfr. la legge 24 marzo 2001 n. 89, c.d. legge Pinto che riconosce il diritto ad un'equa riparazione in favore di chi ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per l'effetto della violazione della Cedu sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole del processo.

60 L'equa riparazione potrebbe essere equiparabile all'indennizzo dovuto per quegli atti posti in essere "iure" ma "contra ius". Mancando l'illiceità, non sorge l'obbligo di risarcire il danno per cui il legislatore interviene prevedendo un obbligo indennitario Rientrano nella categoria: gli artt. 1328 (indennizzo dovuto alla revoca della proposta, se l'accettante ne ha intrapreso in buona fede l'esecuzione), 843 (indennizzo dovuto per l'accesso al fondo se questo cagiona un danno), 2045(indennizzo dovuto al danneggiato in caso di stato di necessità), 2047 comma II (indennizzo dovuto al danneggiato se non c'è altra sfera giuridica rispetto all'incapace di intendere e di volere) c.c.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: *Manuale del diritto privato europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 12 (coord. por Castronovo, C. e Mazzamuto, S.).

Bianca, M.: *Diritto civile, IV, L'obbligazione,* Giuffrè, Milano, 1993 (rist. agg.: 2004).

Breccia, U.: "Le obbligazioni", en AA.VV.: *Trattato di diritto privato*, (coord. por Iudica G. e Zatti, P.), Giuffrè, Milano, 1991.

Cagnasso, O. e Cottino, G.: "I contratti commerciali", en AA.VV.: *Trattato di diritto commerciale*, (coord. por Cottino, G.), Cedam, Padova, 2009, vol. IX, 2a ed.

Castronovo, C.: "Ritorno all'obbligazione senza prestazione", *Europa e diritto privato*, 2009.

Castronovo, C.: *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015.

Castronovo, C.: *Responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2018.

Castronovo, C.: voce "obblighi di protezione", *Enciclopedia giuridica Treccani*, Treccani, Roma, 1990, vol. XXI.

Cattaneo, G.: *La responsabilità del professionista,* Giuffrè, Milano, 1958.

Chianale, A.: "Obbligazione", in *Digesto discipline civilistiche*, 4ª ed., vol. XII, Utet Giuridica, Torino, 1995.

Condinanzi, M., Nascimbene, B.: "La libera prestazione dei servizi e delle professioni in generale", en AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (coord. por Bessone, M.) XXVI, vol. 1, Giappichelli, Torino, 2006.

Corte Cass., 25 febbraio 1993, n. 3441, *Giurisprudenza commentata,* 1994, II, p. 191, con nota di Bortesi, C.

Corte Cost., 22 gennaio 1976, n. 17, *Giurisprudenza commentata*, 1976, II, p. 143, con nota di Santonastaso, F.: *Società tra professionisti e società di progettazione industriale*

Di Majo, A.: "Delle obbligazioni in generale", *Commentario del cod. civ. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1988.

Di Majo, A.: "Obbligazione (teoria generale)", *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1990, XXI.

Flamini, A.: *Il trasporto amichevole*, Jovene, Napoli, 1977.

Franceschelli, V.: "Rapporto di fatto", *Digesto discipline privatistiche*, sez. civ., Utet Giuridica, Torino, 1997, XVI.

Franceschelli, V.: *I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, Giuffrè, Milano, 1984.

Galasso, A., Mazzarese, S.: *Il principio di gratuità*, Giuffrè, Milano, 2008.

Galgano, F.: *Diritto civile e commerciale,* vol. II, 4ª ed., Cedam, Padova, 2004.

Gallo, P.: *Il contratto*, Giappichelli, Torino, 2017.

Ghezzi, E.: voce "Cortesia (prestazioni di)", *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano 1962, vol. X.

Giacobbe, G.: voce "professioni intellettuali", *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVI, Giuffré, Milano, 1987.

Gigliotti, F.: *Relazioni sociali vincolo giuridico e motivo di cortesia*, Esi, Napoli, 2003.

Giorgianni, M.: "Obbligazione (diritto privato)", *Novissimo Digesto italiano*, vol. XI, Utet Giuridica, Torino, 1965.

Giorgianni, M.: *L'obbligazione,* Giuffrè, Milano, 1968.

Hernandez, S.: *Posizioni non contrattuali nel rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1968.

Hunt, G.: *Sui rapporti contrattuali di fatto*, edizione italiana, a cura di Varanese, G., Giappichelli, Torino, 2012.

La Torre, M. E.: "Premesse generali per uno studio sull'ospitalità fra rapporti di cortesia e autonomia negoziale", *Giustizia civile*, 2009, núm. 3.

Lega, C.: "Principi costituzionali in tema di compenso del lavoro autonomo", *Giurisprudenza italiana*, 1960, vol. I, 1, c. 345.

Libertini, M.: "Brevi riflessioni sul d.d.l. n. 5092 e sui principi costituzionali e comunitari in materia di attività professionali intellettuali", *Foro italiano*, 1999, vol. III,

Lipari, N.: "Spirito di liberalità e spirito di solidarietà", *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 1997, vol. I.

Lipari, N.: *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia. Spunti per una teoria del rapporto giuridico*. Cedam, Padova, 1967.

Mariconda, V.: *Delle obbligazioni e dei contratti. Commentario*, Ipsoa, Milano, 1984.

Mazzamuto, S.: "Progetti di codificazione europea sul contratto", *Europa e diritto privato*, 2020, núm. 4

Messineo, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, 8 ed., rist., vol. II, Giuffrè, Milano, 1952.

Montel, A.: "Ancora in tema di responsabilità per trasporto terrestre a titolo di cortesia", *Foro padano*, 1948, I, c. 201.

Monticelli, S., Porcelli, G.: *I contratti dell'impresa*, Giappichelli, Torino, 2006.

Morozzo Della Rocca, P.: "Prestazione gratuita, solidarietà e responsabilità civile", *Rivista critica del diritto privato*, 1998.

Morrozzo Della Rocca, P.: "Il contratto gratuito a scopo di beneficenza", *Giustizia civile*, 2000, II.

Musolino, G. "Il compenso della prestazione professionale fra autonomia negoziale, tariffe e regole di concorrenza", *Rivista del Notariato,* 2001.

Musolino, G.: "Contratto d'opera intellettuale e deontologia: gli effetti giuridici delle scelte sentimentali del professionista", *Rivista del Notariato,* 2003, núm. 2.

Musolino, G.: "Il compenso professionale: decoro, qualità della prestazione e dignità del lavoro", *Rivista del notariato*, 2015, núm. 3.

Musolino, G.: "Profili della colpa professionale: continuità delle fonti romane e interpretazioni eterodosse", *Rivista del Notariato*, 1996.

Musolino, G.: *Contratto d'opera professionale*, Giuffrè, Milano, 1999.

Palazzo, A.: "Atti gratuiti e donazioni", en AA.VV.: *Trattato di diritto civile*, vol. II, (coord. por Sacco, R.) Utet Giuridica, Torino, 2000.

Palazzo, A.: "Donazione pura e donazioni motivate", *Jus*, 1990.

Panuccio, V.: "Cortesia (prestazioni di)", *Enciclopedia giuridica*, 1988, vol. IX.

PANUCCIO, V.: voce "prestazione di cortesia", *Digesto discipline privatistiche*, sez. civ, Utet Giuridica, Torino, 1996.

PELLIZZARI, M., ORSINI, J.: *Dinastie d'Italia. Gli ordini tutelano davvero i consumatori?*, Università Bocconi Editore, Milano, 2012.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, Napoli, 2020, II volume, *Fonti e interpretazione*.

PERRETTI GRIVA, D. R.: "Sul trasporto amichevole o di cortesia", *Rivista di diritto commerciale*, 1948, vol. I.

PITTELLA, D.: "Dall'obbligazione senza prestazione alla responsabilità extracontrattuale del medico: rigetto locale o totale del contatto sociale «qualificato»?", *Contratto e impresa*, 2010, núm. 1.

RABITTI, M.: "Il contratto d'opera intellettuale", en AA.VV.: *Trattato dei contratti* (coord. por Rescigno, P. y Gabrielli, E.), Giappichelli, Torino, 2011.

RESCIGNO, P.: "Obbligazioni (nozioni)", *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIX, Giuffrè, Milano, 1979.

ROCA TRIAS, E.: "The modernisation of Law of Obligations Using the Principles of European Contract Law", en AA.VV.: i*Uniform rules for euroean contract law*, (coord. Por De Elizalde, F.), Hart, Oxford, 2006.

ROMANO, S.: "Il trasporto di cortesia", *Rivista diritto civile*, 1960, vol. I.

SANTORO PASSARELLI, F.: voce "professioni intellettuali", *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino, 1967, XIV.

SAVATIER, J.: *La profession libérale*, Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, Parigi, 1947.

SIRENA, P.: "La scelta dei Principles of European Contract Law (PECL) come legge applicabile al contratto", *Rivista di diritto civile*, 2019.

VENDITTI, A.: "Della responsabilità del vettore nel trasporto amichevole", *Giustizia civile*, 1952.

ZAGO GARELLI, C.: *Il rapporto di fatto con particolare riguardo al rapporto di lavoro,* Cedam, Padova, 1964.

REMEDIOS FRENTE AL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE ALIMENTOS

REMEDIES AGAINST BREACH OF SUPPORT CONTRACT

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 476-489

Marta GÓMEZ LÓPEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: El contrato de alimentos es un negocio jurídico por el que se busca cubrir las necesidades que requiere el alimentista, transmitiendo un capital al alimentante, que será aquel que deba de cumplir la prestación alimenticia. Si se produjera el incumplimiento de una de las dos obligaciones, siendo más habitual el caso del alimentante, la parte perjudicada podrá optar entre la resolución contractual y el cumplimiento forzoso del contrato, según las circunstancias en las que no se hubiera producido el efectivo cumplimiento de la prestación y si el perjudicado es una de las partes contratantes, o una persona ajena al negocio en el caso de que estemos en presencia de un contrato de alimentos en favor de tercero.

PALABRAS CLAVE: Contrato de alimentos, contrato aleatorio, alimentista, alimentante, prestación de alimentos, capital, incumplimiento, pacífica convivencia.

ABSTRACT: *The food maintenance arrangement is a legal contract that aims to meet the requirements from the "food provider", the person who has to pay food maintenance by paying maintenance money to the "food receiver". If one of the parts of the requirement obligations is not fulfilled, usually this happens on the part of the "food provider", the affected part can opt for a contract resolution and the enforcement of the contract. The enforcement of the contract will depend on the circumstances by which the food maintenance requirements have not been carried out, and if the affected part is one of the contracting parts or a person independent from the arrangement if we are dealing with a food maintenance arrangement in favour of a third party.*

KEY WORDS: *Food maintenance contract. Aleatory contract, food provider, food receive, subsistence, alimony.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL CONTRATO DE ALIMENTOS.- III. EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE ALIMENTOS .- 1. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.- A) LA ACCIÓN RESOLUTORIA.- B) EL RESTABLECIMIENTO DE LAS PRESTACIONES.- 2. EL CUMPLIMIENTO FORZOSO.

I. INTRODUCCIÓN:

La figura del contrato de alimentos se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico con la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria, debiendo de distinguirla de los alimentos entre parientes, por surgir la prestación de alimentos del consenso y acuerdo entre las partes, y no de disposiciones normativas. El contrato de alimentos es una ampliación del contrato vitalicio, creado para la satisfacción de las necesidades que tengan aquellas personas que se encuentren en una situación de dependencia, bien porque presentan algún tipo de discapacidad, o bien, porque son ancianas, aunque dicha circunstancia no es esencial para la celebración del contrato.

El contrato de alimentos permite graduar su contenido a las partes, en función de lo que el alimentista requiera, debiendo el alimentante cumplir con la prestación de alimentos durante el tiempo que viva, a cambio de la transmisión de capital por el alimentista y, en el caso de que se produjera el fallecimiento del primero, se dieran circunstancias que dificultaran la "pacífica convivencia" entre las partes, o se incurriera en el incumplimiento de las obligaciones, deberíamos de atender a la regulación que el Código Civil ofrece para esta figura jurídica, siendo el último supuesto, aquel sobre el que vamos a incidir a lo largo de este artículo.

II. EL CONTRATO DE ALIMENTOS.

El contrato de alimentos se encuentra regulado en el Código civil, concretamente, del artículo 1791 al 1797, del Capítulo II, del Título XII "De los contratos aleatorios o de suerte".

Los contratos aleatorios son, como bien indica el propio Código civil, en el artículo 1790, aquellos en los que una de las partes contratantes o, ambas, contraen una obligación de dar o hacer algo, en términos de equivalencia con

• Marta Gómez López
Investigadora predoctoral. Departamento de Derecho civil de la Universidad de Valladolid.
Correo electrónico: martagolo1@hotmail.com

respecto a lo que, la otra parte contratante, se ha obligado a dar o hacer mediante el contrato, si se produjera un suceso incierto o, si este último, fuera a suceder en un momento no determinado. En virtud de lo establecido en el artículo 1791 CC, podemos entender el contrato de alimentos como aquel en el que, el deudor de alimentos o alimentante ha de procurar vivienda, manutención y asistencia o cuidado durante el tiempo que viva la otra parte contratante, el alimentista o acreedor de alimentos, en los términos que hayan acordado, transmitiendo a cambio este último a aquel, cualquier clase de bienes y derechos, constituyendo este traslado de capital, la causa del contrato.

En definitiva, además de aleatorio, nos encontramos ante un contrato consensual, perfeccionado por el acuerdo entre las partes; bilateral, como consecuencia del deber recíproco de cumplimiento de dos prestaciones; oneroso porque dicho intercambio requiere un sacrificio patrimonial, tanto para el alimentante, como para el alimentista; y personal, debido a que la prestación puede tener un contenido variado, al poder consistir en obligaciones de dar o hacer, lo cual, dependerá de las necesidades del alimentista. Además, los derechos que adquiera el alimentista en virtud del contrato, no puede transmitirlos a un tercero, debido a que estamos en presencia de un contrato intuitu personae[1].

Las prestaciones son las siguientes:

1) la del alimentante, prestar alimentos, y

2) la del alimentista, transmitir capital.

La primera, puede consistir en dos tipos o un tipo de obligaciones, bien, obligaciones de dar cuando la prestación de alimentos consiste en aportar vivienda o manutención, o bien, obligaciones de hacer cuando a través de la prestación de alimentos se procure apoyo al beneficiario. La prestación de alimentos puede consistir en dos tipos o un tipo de obligaciones, ya que, considero que no se trata de un mandato imperativo para las partes lo establecido en el precepto –"proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo"-, no teniendo por qué consistir el objeto del contrato en los tres tipos de prestaciones señaladas, deben ser las partes contratantes aquellas que concreten ese contenido en virtud del carácter dispositivo de la norma, no se aprecia indicio alguno por el que podamos deducir una obligatoriedad en cuanto a cómo ha de ser la prestación de alimentos convenida.

1 Lambea Rueda, A.: "Caracteres del contrato de alimentos y estructura del contrato de alimentos a favor de tercero.", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* nº 19, año 2006, considera que el hecho de que se produzca un cambio en la figura del alimentista, supondría de forma simultánea un cambio en las partes contratantes y en el objeto del contrato, al no concurrir las mismas circunstancias personales, tanto en las partes anteriores, como en las nuevas, y es este aspecto el que determina cómo será la prestación de alimentos, revistiendo de claro sentido esa doble modificación, pp. 13.

Tal razonamiento cobra aún más sentido si tenemos en cuenta el caso de que el beneficiario ya gozara de vivienda, ¿qué necesidad habría de aportar vivienda, además de manutención y asistencia, si ya disfrutara de ella?, estaríamos en presencia de un contrato, del cual, una parte de su objeto carece de utilidad, imponiendo al alimentante el deber de cumplir con una prestación que, parcialmente, no constituye ningún beneficio para el alimentista o el tercero beneficiario, pudiendo, incluso, suponer una carga innecesaria para el primero.

Es la incertidumbre que rodea el contrato lo que determina su aleatoriedad: los alimentos se han de prestar mientras viva el constituyente de la obligación o alimentista, es decir, durante un periodo de tiempo indeterminado, ya que, el final de su vida, no es un hecho del que se tenga conocimiento certero y exacto; por tanto, es un contrato aleatorio a consecuencia del desconocimiento absoluto acerca de cuándo va a producirse el fallecimiento del alimentante, y de los términos y condiciones en las que se hubiera acordado el objeto del contrato: la prestación de alimentos, debiendo de atender a lo establecido en el artículo 1793 CC, que dice: "La extensión y calidad de la prestación de alimentos serán las que resulten del contrato y, a falta de pacto en contrario, no dependerá de las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado ni de las del caudal de quien los recibe". Este precepto se trata de una norma dispositiva, por ello, las partes podrán pactar cualquier límite o condición que consideren sobre el objeto del contrato, siempre y cuando, dichos límites o condiciones no contravengan las leyes, ni la moral, ni el orden público ex artículo 1255 CC.

Debemos de señalar que, no constituye una exigencia para la celebración del contrato que el alimentista sea, tanto el beneficiario de la prestación de alimentos, como aquel que ha convenido el negocio[2], pudiendo, por tanto, encontrarnos con supuestos en los que, concurra un tercero-alimentista que no se corresponde con la parte contratante transmisora de capital, el cedente o estipulante. En definitiva, cabe que una persona ajena al negocio jurídico se convierta en beneficiario del mismo, adquiriendo en virtud de aquel un derecho de crédito frente al alimentante o promitente[3]. Por ejemplo: Carmen y Juan son hermanos, y Carlos es hijo de Carmen. Juan y Carmen celebran un contrato de alimentos por el que Juan (alimentante), ha de prestar alimentos a Carlos (alimentista), transmitiéndole Carmen (cedente), a cambio, el derecho de uso sobre una de las dos viviendas que tiene en propiedad. Carlos no forma parte del contrato de alimentos celebrado entre su tío y su madre, pero sí "de la relación obligatoria de alimentos convencionales[4]", siendo titular del derecho de alimentos generado.

2 Lambea Rueda, A.: "Caracteres del contrato de alimentos", cit., pp. 18.

3 Mesa Marrero, C.: "El contrato de alimentos: régimen jurídico y criterios jurisprudenciales", Aranzadi S.A., Navarra, 2009, pp.82.

4 Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Los contratos aleatorios. La transacción.", En AAVV.: *Curso de Derecho Civil (II)*. Volumen II. Contratos y Responsabilidad Civil (coord. por C. Martínez de Aguirre Aldaz), Edisofer S.L.,

III. EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE ALIMENTOS.

Es el artículo 1795 CC el que se encarga de dar respuesta a la siguiente cuestión: ¿qué sucede en los supuestos de incumplimiento de la prestación de alimentos? El precepto dice lo siguiente: "El incumplimiento de la obligación de alimentos dará derecho al alimentista sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1792, para optar entre exigir el cumplimiento, incluyendo el abono de los devengados con anterioridad a la demanda, o la resolución del contrato, con aplicación, en ambos casos, de las reglas generales de las obligaciones recíprocas.

En caso de que el alimentista opte por la resolución, el deudor de los alimentos deberá restituir inmediatamente los bienes que recibió por el contrato, y, en cambio, el juez podrá, en atención a las circunstancias, acordar que la restitución que, con respeto de lo que dispone el artículo siguiente, corresponda al alimentista quede total o parcialmente aplazada, en su beneficio, por el tiempo y con las garantías que se determinen."

Además de lo establecido en el articulo 1792 CC, en el supuesto de incumplimiento de la prestación del contrato de alimentos, se ofrece al constituyente de la obligación o acreedor de alimentos dos formas de respuesta a dicho incumplimiento: bien, requerir al alimentante el cumplimiento efectivo de su obligación, o bien, la resolución del negocio jurídico de prestación de alimentos.

Dichas posibilidades guardan absoluta identidad con las establecidas en el artículo 1124 CC, referente a las obligaciones recíprocas. Ante esta clase de obligación nos encontramos en el contrato de alimentos, la del acreedor de alimentos respecto a la transmisión del capital que ha de realizar, y la del deudor de alimentos respecto a la prestación alimenticia.

El precepto mencionado establece en su párrafo primero que: "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.", es decir, si estamos en presencia de un supuesto de incumplimiento de un contrato bilateral, podrá venir en aplicación lo establecido en el mismo, por ello, es lógica la aplicabilidad de este régimen al contrato de alimentos.

Seguidamente, el párrafo segundo del artículo 1124 CC, señala cuáles son las posibilidades que tiene la parte contratante que ha sufrido un menoscabo, como consecuencia del incumplimiento de la obligación por la otra parte del negocio jurídico: "El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación…". Las posibilidades que señala el precepto son iguales a las

Madrid, 2020, pp. 316.

indicadas en el artículo 1795 CC: en el supuesto de incumplimiento, el alimentista podrá requerir el cumplimiento de la prestación de alimentos, o bien, optar por resolver el contrato.

1. La resolución del contrato.

Si el acreedor de alimentos solicitara la resolución del contrato de alimentos, se procedería a la restitución recíproca de las prestaciones, con carácter retroactivo[5]: el deudor de alimentos deberá devolver o reintegrar todos los bienes y derechos, es decir, el capital que recibió a cambio de efectuar la prestación de alimentos, lo cual, ha de producirse de forma automática, al contrario que lo que sucede respecto al restablecimiento de la prestación de alimentos que, como ya hemos señalado anteriormente, puede consistir en vivienda, manutención o asistencia, siendo pospuesta judicialmente por razones evidentes: la situación de indefensión o perjuicio en la que se encuentra el acreedor de los alimentos en caso de incumplimiento.

A) La acción resolutoria.

La facultad de resolución que ofrece el 1124 CC para el incumplimiento de obligaciones recíprocas, atendiendo al tenor literal del precepto: "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.", estarían legitimados para ejercer dicha posibilidad cualquiera de los dos titulares de cada una de las obligaciones convenidas, al poder incurrir en el incumplimiento cualquiera de los obligados.

Ahora bien, aunque el artículo 1124 CC establezca el régimen general para los supuestos de obligaciones bilaterales, el artículo 1795 CC no aplica para el supuesto de incumplimiento del contrato de alimentos las mismas condiciones, al desprenderse de la lectura del mismo que el único legitimado para ejercer la facultad resolutoria sería el alimentista, y no, también, el alimentante, al entender que sólo aquel podría ser la única parte contratante incumplidora. El artículo 1795 CCC establece en su primer párrafo que "El incumplimiento de la obligación de alimentos dará derecho al alimentista (…)", por tanto, solamente el alimentista está legitimado para exigir la resolución del contrato o el cumplimiento del mismo.

5 Gómez Laplaza, Mª. C.: "Consideraciones sobre la nueva regulación el contrato de alimentos", *Revista de Derecho Privado,* 2004, nº 88, advierte que "De no reconocerse efectos retroactivos a la resolución, el acreedor recuperará el capital, no devolverá los alimentos recibidos, y el deudor se quedará con los frutos e intereses del capital percibidos."pp. 163. Mesa Marrero considera que al patrimonializar en exceso la regulación, se puede producir un enriquecimiento injusto por parte del alimentista, debido a que "la retroactividad de la resolución no tiene efectos por igual para ambos contratantes, siendo cualitativa y cuantitativamente más gravosa para el alimentante", cit., pp. 148.

Aunque, si observamos el último inciso del 1795 CC, señala que, tanto para la resolución del contrato, como para el cumplimiento del mismo, se aplicarán "(…) en ambos casos, de las reglas generales de las obligaciones recíprocas.". Podemos deducir la legitimación del alimentante para ejercitar la facultad resolutoria ex artículo 1124 CC, y justificar la ausencia de legitimidad del alimentante en virtud del artículo 1795 para ejercitar la acción resolutoria, mediante la improbabilidad del incumplimiento por parte del alimentista, de su obligación contractual: la transmisión de capital. Respecto a este último aspecto, nos detendremos más detenidamente en el apartado inmediatamente posterior.

Cabe señalar que, el alimentante, aun ostentando la posibilidad de satisfacer la prestación de alimentos mediante el pago de una pensión ex artículo 1792 CC, también podría ejercitar la acción resolutoria, en aquellos casos en los que el acreedor de alimentos, obstaculizara la recepción de la prestación de alimentos. Estos casos, deberían ser considerados como:

- una "circunstancia grave que impida la pacífica convivencia de las partes", ya que, la relación entre las partes contratantes se vería afectada negativamente si, el alimentista, impidiera que el alimentante pudiera satisfacer su obligación contractual. Por ello, podría optar por la conversión de la obligación de dar o hacer, en una obligación pecuniaria.

- Un supuesto de incumplimiento, estando el alimentante legitimado para el ejercicio de la acción de resolución ex artículo 1124 CC. Las actuaciones que lleve a cabo el alimentista, constitutivas de un impedimento u obstáculo para el cumplimiento de la prestación de alimentos, deberían ser consideradas un incumplimiento del contrato imputable al acreedor, al considerarlo como un supuesto de mora de éste, por incidir perjudicialmente en el cumplimiento de la obligación del deudor de alimentos[6]. El artículo 1101 CC establece que: "Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.", es decir, el alimentista deberá de resarcir todos los menoscabos provocados por contravenir el cumplimiento de la obligación del alimentante, mediante conductas que hubieran propiciado la mora del anterior, sin perjuicio del ejercicio de la acción resolutoria generada[7].

En definitiva, en dichos supuestos, el alimentante ostentará la legitimación para el ejercicio de la acción resolutoria, pudiendo abstenerse del mismo porque se

6 Moreno Martínez, J.A., "Título XII: de los contratos aleatorios o de suerte. Capítulo II: Del contrato de alimentos". En AAVV.: *Comentarios al Código Civil.* Tomo IX (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 12.297.

7 Albadalejo García, M.: "Derecho Civil II. Derecho de obligaciones.", Edisofer, Barcelona, 2011, pp. 168.

le presenta una solución legislativa más atractiva: la conversión de la prestación de alimentos en la pensión que se hubiere convenido en el contrato para el caso de que llegaran a concurrir dichas circunstancias y, en su defecto, sino se hubiera previsto, será determinada por un juez.

B) El restablecimiento de las prestaciones.

Observamos como concurre un carácter proteccionista en las disposiciones en favor del alimentista[8], se despliega una protección frente al incumplimiento del contrato, consistente en el aplazamiento judicial del restablecimiento de la prestación de alimentos - ya sea vivienda, manutención o asistencia – al alimentante, si las circunstancias económicas o necesidades en las que se encontrara el alimentista, así lo exigieran. Tal oportunidad no se ofrece al alimentante, lo cual, puede ser discutido por entender que coloca en una posición de desigualdad a las partes contratantes, ¿por qué en caso de incumplimiento, el restablecimiento del capital por parte del alimentante, ha de ser automático, mientras que, la restitución de la prestación de alimentos por parte del alimentista, puede llegar a ser aplazada si así lo convinieran las circunstancias?

Es el alimentante, y no el constituyente de la obligación, aquel que puede incumplir de forma más probable el contrato de alimentos, por una clara lógica: el alimentista, difícilmente, puede incumplir su obligación contractual, porque dicha prestación, la entrega de bienes o derechos, denominados: capital, se efectúa y, por tanto, se cumple, en el momento en el que la transmisión al alimentante se lleva cabo, considerando el contrato de alimentos desde su perspectiva, como un contrato de tracto sucesivo; siendo más probable que, el alimentante, deje de prestar vivienda, manutención o asistencia al beneficiario, entendiendo desde esta segunda perspectiva el contrato de alimentos, como un contrato de tracto único[9].

Con motivo de lo indicado anteriormente, realizamos la siguiente cuestión: ¿acaso importa la situación económica del alimentante, si el contrato de alimentos se celebró con causa a beneficiar al alimentista, y no al alimentante?, ¿podemos pensar que la regulación se orienta en ese sentido por esta razón?

Aunque podamos cuestionar el aplazamiento de la restitución que se ofrece al alimentista, la razón por la que la regulación ha optado por colocar en una posición, no de favor, sino de beneficio al alimentista, considero que se debe fundamentalmente a un intento de paliar el perjuicio que le haya podido ocasionar

8 Quesada Paéz, A.: "El contrato de alimentos", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 10, año 2014, indica que "El legislador tiene el propósito elogiable de la protección de la parte más débil, que suele ser una persona anciana o discapacitada que cede la totalidad o gran parte de su patrimonio a cambio de la prestación alimenticia.", pp. 24.

9 Moreno Martínez, J.A., "Título XII", cit., pp. 12.264.

la interrupción de la recepción de la prestación de alimentos, causada por el incumplimiento del contrato, con la consecuente no satisfacción de las necesidades que se le cubrían a través de la prestación, y que, hubieran estado cubiertas durante todo el periodo de su vida si se hubiera cumplido debidamente el contrato por el alimentante.

En definitiva, hay una mayor "facilidad de incumplimiento", pero no una supresión de la posibilidad de incumplimiento por el alimentista. Aunque de forma poco habitual, puede celebrarse un contrato de alimentos en el que se determine que, el capital, sea transmitido por el alimentista una vez que se haya iniciado la prestación de alimentos por el alimentante[10]; es en este tipo de supuestos donde, según las condiciones de transmisibilidad de la prestación del alimentista, sí que cabría hablar de una probabilidad mayor de incumplimiento, estando legitimado el alimentante, por tanto, para ejercitar la acción resolutoria ex artículo 1124 CC.

Anteriormente, habíamos señalado la posibilidad de que el beneficiario de la prestación alimenticia, no sea una de las partes contratantes, es decir, el estipulante, sino un tercero-alimentista, en cuyo beneficio se celebra el contrato. Ante la presencia de este tipo de supuestos, surge la siguiente cuestión: ¿quién ostenta la legitimación para el ejercicio de la acción resolutoria?, ¿el estipulante, el cual, es parte de la relación contractual?, o ¿el tercero-alimentista, ajeno al negocio jurídico y beneficiario del mismo?

De la Teoría General de los Contratos, deducimos que el tercero en cuyo favor se haya celebrado el contrato, puede exigir el cumplimiento forzoso del mismo, pero no la resolución del mismo si atendemos a lo establecido en el párrafo segundo del artículo 1257 CC: "Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, (…)", por tanto, para ejercer la facultad resolutoria, solo estarían legitimadas las partes contratantes, el promitente y el estipulante. Este aspecto genera un gran debate entre la doctrina, donde un sector mayoritario considera que el tercero-alimentista no ostentaría la legitimación para ejercitar la facultad resolutoria[11], frente a una minoría que entiende que sí que cabría el ejercicio de la acción resolutoria por parte de aquel.

Atendiendo a las características del contrato de alimentos, no podemos negar la legitimación del tercero-alimentista para ejercitar la acción resolutoria. El negocio jurídico se celebró para satisfacer las necesidades reales del alimentista: bien si es

10 Moreno Martínez, J.A., "Título XII", cit., pp. 12.296.

11 Lambea Rueda considera que el tercero no está legitimado para ostentar la facultad resolutoria, "En virtud de la previsión del 1795, tras la aceptación del tercero, el cedente no-alimentista no puede por sí solo reclamar la resolución, junto con indemnización de daños y perjuicios tanto para sí como para el alimentista, pero sí podría reclamar el cumplimiento para el tercero alimentista y los daños y perjuicios correspondientes; por su parte, el alimentista no cedente puede reclamar el cumplimiento y los daños y perjuicios causados, pero en ningún caso la resolución.", cit., pp. 48.

también parte contratante, o bien, si es un tercero, siendo éste el verdadero protagonista del contrato cuando se realiza en su favor. Por ello, en los supuestos de incumplimiento, el perjuicio o menoscabo que este pueda ocasionar, no recaen sobre la figura del estipulante, sino sobre el alimentista o beneficiario del contrato, que es el que venía percibiendo la asistencia, manutención o vivienda, (según cómo se hubiera constituido la prestación de alimentos), viéndose afectado de forma directa por la falta de recepción que supone el no cumplimiento. Es conveniente el doble reconocimiento de la legitimidad respecto a la resolución contractual, tanto para la parte contratante, como para el tercero ajeno al contrato.

Además, una de las ventajas que supondría legitimar al tercero-alimentista para la resolución es que, en caso de fallecimiento del estipulante, no tendría que esperar al ejercicio de la acción por parte de los sucesores del anterior, ya que, si fuera así, se agravaría el perjuicio al depender de una voluntad ajena[12], persistiendo la situación de incumplimiento por el alimentante.

El párrafo primero del artículo 1795 CC, al conceder la legitimidad al alimentista para optar por la resolución del contrato en caso de incumplimiento, genera la duda de, si además de considerar al alimentista que ha sido parte en el contrato, también, entraría en el ámbito de aplicación del precepto los supuestos donde el alimentista es ajeno al contrato[13]. Si el legislador, al redactar dicho precepto, hubiera tenido la clara intención de que el único legitimado para ejercitar la acción resolutoria fuera el alimentista-estipulante, así lo hubiera indicado, por ello, considero que la falta de concreción en la redacción, se debe a la ausencia de planteamiento de la celebración del contrato de alimentos en favor de tercero, como resultado de la influencia que pudo provocar la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de derecho civil de Galicia, la única que regulaba en ese momento la materia[14].

No podemos olvidar el sentido con el que el estipulante celebra un contrato de alimentos en favor de un tercero, y es cubrir las necesidades de éste, que dependerán de las circunstancias en las que se encuentre, prestándole un apoyo y auxilio de forma indirecta, a través de la prestación alimenticia que deberá de cumplir el alimentante. Por ello, el constituyente de la obligación nunca actuará en

12 Berenguer Albadalejo, C.: "El contrato de alimentos", Universidad de Alicante, Alicante, 2012, considera que "el alimentante quedaría totalmente desprotegido y al albur de la voluntad del alimentante.", pp. 388.

13 Gómez Laplaza considera que el hecho de que el contrato de alimentos revista un carácter personalista, salva la concesión de la legitimación del alimentista para optar por la resolución del mismo, como cree que hace el legislador, aun no siendo parte contratante. Además, indica que, "se obviarían algunos inconvenientes como la posible resolución por parte del estipulante cuando el beneficiario apreciara que hay cumplimiento, o el del fallecimiento del estipulante.", cit., pp. 167.

14 Berenguer Albadalejo puntualiza como la LDCG de 1995 hacía mención, en su artículo 99, únicamente a la figura del alimentista como persona legitimada para optar por la resolución contractual. Aunque, tras la derogación de dicha ley, además de la modificación posterior que sufrió el precepto, fue en el artículo 153 donde se estableció al "cedente" como figura que ostenta la legitimidad para ejercer la acción resolutoria, sustituyendo al "alimentista", ofreciendo una respuesta precisa para las dudas que se puedan suscitar al respecto. Cit., pp. 385.

contra de los intereses del tercero-alimentista, siendo razonable el reconocimiento de la legitimidad de aquel para el ejercicio de la facultad resolutoria, sin perjuicio de la del estipulante.

En caso de que el alimentista ejercitara la acción resolutoria, la consecuencia principal será la restitución de prestaciones. El alimentante deberá de restituir los bienes o derechos transmitidos por el estipulante, al alimentista, debiendo este último proceder a la restitución de la prestación de alimentos que hubiese percibido, al alimentante[15], pero no en la forma en la que se hubiera convenido la recepción de los alimentos, sino mediante una cantidad dineraria equivalente a su valor, debiendo de tener en cuenta lo establecido en el párrafo segundo del artículo 1795 CC – el trato de favor hacia al alimentista, consistente en el aplazamiento de la restitución de la prestación alimenticia si sus circunstancias lo requieren, mediante acuerdo judicial- y en el artículo 1796 CC – si se produce la resolución del contrato, tendrá que garantizarse al alimentista, un superávit suficiente con el que pueda constituir una pensión, mediante la cual, cubra sus necesidades durante el tiempo que le quede de vida -[16].

2. El cumplimiento forzoso.

Podríamos pensar que, si se produce el incumplimiento de un contrato, quizás, la parte que ha incurrido en el incumplimiento, hubiera incurrido por causas relacionadas con sus circunstancias económicas, imposibilitándole la satisfacción de la prestación alimenticia, optando el alimentista por la resolución del contrato.

Pero no siempre se dan dichas circunstancias, por ejemplo, si el alimentante no hubiera incurrido en alguna desavenencia económica, o si su disponibilidad o accesibilidad no hubieran variado, en el sentido de si la prestación alimenticia consistiera en aportar algún tipo de cantidad dineraria o en asistencia, y aun así, no hubiera satisfecho la prestación, incurriendo en el consecuente incumplimiento contractual, de entre las dos opciones que el CC ofrece al alimentista: resolver el contrato o requerir su cumplimiento, revestiría de una mayor lógica que el alimentista optara por exigir el cumplimiento forzoso del negocio[17], ya que, el deudor podría continuar satisfaciendo la prestación de alimentos, al no concurrir circunstancias alguna que acredite la imposibilidad de cumplimiento. Es en este tipo de casos donde el requerimiento del cumplimiento cobra sentido, cuando el alimentante puede restablecer la satisfacción de la prestación, al no existir causas que lo impidan, y muestra disposición para ello, sin necesidad de que se produzcan modificaciones del contenido del contrato.

15 Mesa Marrero, C.: "El contrato de alimentos", cit., pp.82.

16 Berenguer Albadalejo.: "El contrato de alimentos", cit., pp. 390.

17 Moreno Martínez, J.A., "Título XII", cit., pp. 12.298.

El alimentista acudirá al régimen establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la ejecución forzosa de las obligaciones[18], concretamente:

- del artículo 571 al articulo 579, cuando la prestación de alimentos consista en entregar una cantidad de dinero líquida;

- del artículo 701 al artículo 703, cuando la prestación de alimentos consista en vivienda;

- del artículo 706 al artículo 709, cuando la prestación de alimentos consista en asistir al beneficiario.

Aunque el régimen de la LEC posibilite el ulterior cumplimiento de la prestación, en idénticas condiciones a como se había convenido en el contrato, los alimentos no se hubieran prestado, y que debían de haber sido prestados, a contar desde el incumplimiento hasta la presentación de la demanda, no serán satisfechos en la forma prevista en el contrato (es decir, la asistencia dejada de prestar, no será prestada posteriormente), sino mediante el debido abono de la cantidad dineraria a la que equivalga la prestación, en virtud del artículo 1795 CC.

Además, tanto si se opta por el cumplimiento del contrato, como si se opta por la resolución del mismo, se procederá al resarcimiento de daños y al abono de los intereses, en virtud de lo establecido en el artículo 1124 CC.

Apreciamos cómo la legislación ofrece diferentes formas de actuación respecto a los supuestos de incumplimiento del contrato de alimentos y, en función de las condiciones convenidas en el contrato y de las circunstancias concurrentes en el incumplimiento, el remedio jurídico será uno u otro, por ello, la importancia de analizar detenidamente cada caso, ya que, no toda demora en el cumplimiento de la prestación de alimentos constituye un incumplimiento de la misma, por ejemplo, el retraso puede deberse a una desavenencia entre las partes en su relación de convivencia, estando dispuesto el alimentante a satisfacer su prestación, en un momento posterior.

18 Moreno Martínez, J.A., "Título XII", cit., pp. 12.298.

BIBLIOGRAFÍA

ALBADALEJO GARCÍA, M.: "Derecho Civil II. Derecho de obligaciones.", Edisofer S. L., Barcelona, 2011.

BERENGUER ALBADALEJO, C.: "El contrato de alimentos", Universidad de Alicante, Alicante, 2012.

GÓMEZ LAPLAZA, Mª. C.: "Consideraciones sobre la nueva regulación el contrato de alimentos", Revista de Derecho Privado, 2004, nº 88, pp. 153-173.

LAMBEA RUEDA, A.: "Caracteres del contrato de alimentos y estructura del contrato de alimentos a favor de tercero.", Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, nº 19, año 2006.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Los contratos aleatorios. La transacción.", En AAVV.: *Curso de Derecho Civil (II)*. Volumen II. Contratos y Responsabilidad Civil (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Edisofer S.L., Madrid, 2020, pp. 309-330.

MESA MARRERO, C.: "El contrato de alimentos: régimen jurídico y criterios jurisprudenciales", Aranzadi S.A., Navarra, 2009.

MORENO MARTÍNEZ, J.A., "Título XII: De los contratos aleatorios o de suerte. CAPÍTULO II: Del contrato de alimentos". En AAVV.: *Comentarios al Código Civil.* Tomo IX (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 12.258-12.318.

QUESADA PAÉZ, A.: "El contrato de alimentos", *Revista Doctrinal Aranzadi* Civil-Mercantil, nº 10, año 2014.

INVALIDEZ DEL TÍTULO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

INVALIDITY OF THE TITLE FROM THE POINT OF VIEW OF THE ACQUISITIVE PRESCRIPTION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 490-509

Agustín
ANDRADES
NAVARRO

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: El transcurso del plazo de la prescripción adquisitiva ordinaria no sana los vicios de los que pueda adolecer el título. Su ámbito de actuación se limita a sanar la falta de titularidad del tradente. Las causas de anulabilidad del título se subsanarán por el transcurso del plazo fijado en el art. 1301 CC.

PALABRAS CLAVE: Usucapión. Invalidez. Nulidad. Anulabilidad. Ineficacia. Justo título.

ABSTRACT: *The course of the term of the ordinary acquisitive prescription does not cure the vices of which the title may suffer. Its scope of action is limited to cure the lack of ownership of the transferor. The causes of annullability of the title will be cured by the expiration of the term established in art. 1301 CC.*

KEY WORDS: *Usucaption. Invalidity. Nullity. Annullability. Ineffectiveness. Legal title.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. PLAZO AD USUCAPIONEM: ¿CONVALIDACIÓN DE LOS VICIOS DEL TÍTULO?.- III. EL TITULO ANULABLE COMO JUSTO TÍTULO AD USUCAPIONEM.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de invalidez del contrato, como sabemos, podemos distinguir dos categorías distintas: por un lado, la nulidad (también llamada nulidad absoluta) y, por otro, la anulabilidad (también llamada nulidad relativa).

Empezando, grosso modo, por el contrato nulo, se ha sostenido tradicionalmente que éste no produce ningún efecto, siendo absolutamente inválido desde su celebración[1]. De ahí que la sentencia que, en su caso, constate la nulidad de un contrato (hasta ese momento aparente), sea meramente declarativa de la misma. *¿Cuáles son las causas que van a dar lugar a que un contrato sea considerado nulo o inexiste?* pues podemos decir que la principal causa de nulidad sería la falta de alguno de los elementos esenciales del contrato a los que hace referencia el art. 1261 CC[2] (Consentimiento, objeto y causa). No obstante, también habría nulidad absoluta cuando, de conformidad con el art. 6.3 CC[3], los actos resulten contrarios a normas imperativas y prohibitivas[4].

Por el contrario, en la anulabilidad, el contrato reúne todos sus requisitos esenciales, pero adolece de algún vicio que lo hace susceptible de impugnación. Por tanto, podemos decir que este tipo de contratos tiene una eficacia claudicante. Es decir, el contrato anulable, en principio, produce sus efectos, si bien la plena consolidación de éstos se supedita a que no recaiga una sentencia que lo anule, pues, recaída ésta, habrá que considerar que el contrato fue inválido desde su celebración. Así puede desprenderse del art. 1300 CC que nos dice que "los

1 Como nos dice De Castro y Bravo, F.: *El negocio jurídico,* Civitas, Madrid, 1985, p.471, el negocio nulo es aquél "cuya ineficacia es intrínseca, es decir, cuya carencia de efectos negociales ocurre sin necesidad de una previa impugnación del negocio".

2 Según nos dice el art. 1261 CC "no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes; 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato; 3.º Causa de la obligación que se establezca".

3 "Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención".

4 Ossorio Serrano, J. M.: "Ineficacia de los contratos" en *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos* (coord. por F. J. Sánchez Calero), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 233-234.

• Agustín Andrades Navarro
Becario FPI de la US
aanavarro@us.es

contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley". De ahí que, en estos casos de anulabilidad, sí se diga que la sentencia que reconozca la ineficacia del negocio tenga carácter constitutivo, ya que, sin ésta, no hay anulación posible, siendo plenamente eficaz el contrato[5].

¿Cuáles son esos vicios que pueden hacer que un contrato que reúne los requisitos esenciales del art. 1261 CC, pueda ser susceptible de impugnación por anulabilidad? Pues sería los vicios del consentimiento (error, dolo, intimidación y violencia); y los defectos de capacidad de las partes contratantes (contratos celebrados por menores o persona con algún tipo de discapacidad).

Además de por su diferente eficacia, la nulidad y la anulabilidad, se diferencian en que mientras que en la primera (nulidad), la acción de nulidad no está sujeta a ningún tipo de plazo de caducidad, y puede ser ejercitada por cualquier persona que tenga un interés en obtenerla, en la segunda (anulabilidad), la acción de anulabilidad sí debe ser ejercitada en el plazo de cuatro años, conforme a lo dispuesto en el art. 1301 CC[6], y sólo podrá ser ejercitada por la parte afectada por el contrato viciado.

Por otro lado, cuando hablamos de usucapión o prescripción adquisitiva, estamos haciendo referencia a una institución regulada en el Título XVIII de nuestro CC (arts. 1930 y ss.), que tiene por finalidad transformar un estado de hecho en un estado de derecho, basándose para ello en la posesión. O lo que es lo mismo, a través de la usucapión se adquiere el dominio y demás derechos reales (susceptibles de ser usucapidos), siempre que se cumplan los requisitos fijados para ello en el CC. En este sentido, el art. 1940 CC (regulador de la denominada usucapión ordinaria), nos dice que para poder prescribir ordinariamente el dominio y demás derechos reales "se necesita poseer las cosas con buena fe, y justo título por el tiempo determinado"[7]. Centrándonos en el requisito del justo título, que es en torno al cual gira nuestro trabajo, añade el art 1953 CC que el título para la prescripción, además de justo, debe ser verdadero y válido.

5 Ossorio Serrano, J. M.: "Ineficacia de los contratos", cit., pp. 234-235.

6 Según se nos dice en este artículo, el inicio del cómputo de los cuatro años dependerá en función de cada causa de anulabilidad. Así, nos dice que: "La acción de nulidad caducará a los cuatro años. Ese tiempo empezará a correr: 1.º En los casos de intimidación o violencia, desde el día en que estas hubiesen cesado; 2.º En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato; 3.º Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores, desde que salieren de la patria potestad o la tutela; 4.º Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por personas con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo previstas cuando fueran precisas, desde la celebración del contrato; 5.º Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuere necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato".

7 Tiempo que, en los inmuebles, que es lo que a nosotros nos interesa al objeto de nuestro estudio, será de 10 años entre presentes, y 20 entre ausentes, de conformidad con el art. 1957 CC.

Una vez realizada esta pequeña introducción acerca de la invalidez de los contratos y la usucapión, y poniendo en conexión ambas cuestiones, dos son los interrogantes que nos surgen y que vamos a tratar de resolver a lo largo de nuestra investigación. El primero de ellos, es el referente a si un título que adolece de alguna causa de nulidad o anulabilidad, va a quedar subsanado por el trascurso de los plazos de la usucapión ordinaria; y el segundo, si este mismo título (susceptible de impugnación por nulidad o anulabilidad) puede tener la consideración de justo título a efectos *ad usucapionem*.

Pasamos sin más preámbulos a tratar de resolver la primera cuestión.

II. PLAZO *AD USUCAPIONEM*: ¿CONVALIDACIÓN DE LOS VICIOS DEL TÍTULO?

Como ya hemos dicho al introducir nuestro estudio, para poder prescribir ordinariamente el dominio u cualquier otro derecho real susceptible de ser usucapido, se necesita, de conformidad con el art. 1940 CC, contar con justo título. Pero, ¿qué se entiende por justo título?

La respuesta nos la da nuestro CC en el art. 1952, según el cual, por justo título debe entenderse aquél "que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate". Es decir, aquel, como nos dice Albaladejo García[8], que de no haberse producido una determinada circunstancia impeditiva, habría resultado hábil para producir la transmisión de la propiedad o la titularidad del derecho en cuestión (compraventa, donación, permuta, etc.).

Además, el art. 1953 CC, nos dice que este justo título debe ser verdadero y válido. Según Morales Moreno[9], por título verdadero debemos entender aquel que verdaderamente existe, debiéndose excluir, en consecuencia, los títulos simulados y putativos. Por su parte, por título válido, debemos entender aquellos que reúnen sus requisitos esenciales, pero que, por alguna razón, resultan ineficaces. Es decir, no basta con que el título sea suficiente para transmitir el dominio. Requiere, además, que sea válido.

Al exigirse la necesidad de justo título para poder prescribir ordinariamente, mucho se ha discutido en la doctrina acerca de cuál son esas circunstancias impeditivas que hacen al título ineficaz, provocando, en consecuencia, que el adquirente deba recurrir al mecanismo de la usucapión para poder adquirir

8 Albaladejo García, M.: *La usucapión,* Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004, p.84. En el mismo sentido se pronuncia Nélida Tur Faúndez, M.: "Comentario del art. 1952 CC" en *Comentarios al Código Civil,* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), T. IX, Tirant lo Blanch, 2013, p. 13213.

9 Morales Moreno, A. M.: "La usucapión" en *Revista Jurídica Autónoma de Madrid,* nº3, 2000, p.195.

el dominio o el derecho real en cuestión. *¿Se trata de circunstancias ajenas por completo al título adquisitivo? o ¿también podrá actuar la usucapión cuando se trate de vicios referentes al título?*

Como nos pone de manifiesto Gordillo Cañas[10], el requisito de la validez del título para poder prescribir adquisitivamente de manera ordinaria, generó un gran desconcierto en parte de la doctrina, preguntándose que si el título para la usucapión debía ser justo, verdadero y válido, ¿cómo es que no se producía inmediatamente la transmisión? ¿para qué sirve entonces la usucapión si contamos con un título verdadero y válido?

De ahí que diversos autores hayan defendido que la función de la usucapión va a ser sanar, no sólo la falta de titularidad del *tradens*, sino también los vicios de los que adolezca el título. Ahora bien, dentro de esta postura, podemos distinguir:

1) Por un lado, aquellos que parecen defender que la usucapión viene a sanar cualquier vicio del que adolezca el título, ya sean éstos de nulidad o anulabilidad. Así se desprende, por ejemplo, de las palabras empleadas por Arechederra Aranzadi[11], cuando afirma que la prescripción ordinaria no es un modo de adquirir, sino una técnica sanatoria que, transcurridos los diez años, hace que el título devenga firme, sea cual fuese la razón que le dañaba. Es decir, parece que este autor da por sentado que, aunque el título adolezca de una causa de nulidad, ésta quedará sanada por los plazos de la prescripción adquisitiva.

Misma idea parece sostener también Bérgamo Llabrés[12], cuando afirma de manera tajante que "no importa que el título sea injusto, irreal o inválido, porque a la prescripción le incumbe precisamente la misión de suplir tales defectos". Esta postura habría que excluirla de manera categórica, pues el propio TS, como veremos a continuación, excluye esta posibilidad, declarando que el título nulo, nunca podrá ser sanado por el transcurso del plazo de la usucapión ordinaria.

2) Por otro, los que defienden que, efectivamente, la usucapión ordinaria no se limita a sanar la falta de disposición del *tradens,* sino también los defectos de los que pueda adolecer el título, pero, siempre y cuando éstos no impliquen su nulidad. Es decir, entienden que la prescripción adquisitiva ordinaria sanará los vicios de los que pueda adolecer el título, pero única y exclusivamente los relativos

10 Gordillo Cañas, A.: "Sobre el ámbito de la usucapión ordinaria: ¿Usucapión *inter partes* frente a la pretensión de resolución por incumplimiento contractual? (Comentario a la STS de 17 de julio de 1999)" en *Anuario de derecho civil,* vol. 53, nº2, 2000, p. 709.

11 Arechederra Aranzadi, I.: *Propiedad y constitución de servidumbres,* Dykinson, Madrid, 1993, p. 46. "La prescripción ordinaria no es un modo de adquirir. Estamos ante una técnica sanatoria y ante un medio de prueba. Pasados diez años, entre presentes, sea cual sea la razón que dañe al título, éste deviene firme".

12 Bérgamo Llabrés, A.: "La usucapión y el Registro de la Propiedad" en *Anales de la academia maritense del notariado,* T. III, 1946, p. 282.

a la anulabilidad. En ningún caso la usucapión ordinaria podría sanar el título que adolece de alguna causa de nulidad radical. En este sentido apuntan Goñi Rodriguez de Almeida[13], Hernández-Gil[14], Espín Cánovas[15], Calvo Meijide[16], o más recientemente Trincado Aznar[17], Díez Picazo y Ponce de León[18]. Para todos ellos, como decimos, la prescripción adquisitiva ordinaria está llamada a subsanar no sólo la falta de titularidad del *tradens*, sino también los vicios que hagan a un título susceptible de impugnación por causa de anulabilidad.

¿Cuáles son las principales razones alegadas por este sector doctrinal para defender que la usucapión ordinaria viene a sanar, no sólo la falta de poder de disposición del tradente, sino también las causas de anulabilidad de las que pueda adolecer el título?

En primer lugar, nos dice Espín Cánovas que, aunque no cabe establecer un paralelismo entre los vicios a que se refiere la buena fe en el artículo 1950 CC y los defectos del título que puede sanar la usucapión, en todo caso, el art. 1951 CC, en materia de buena fe *ad usucapionem,* hace una remisión al art. 433 CC (buena fe posesoria general). Eso quiere decir que la buena fe en materia de usucapión abarcaría, no sólo la creencia de que el transmitente es el verdadero titular del derecho transmitido, sino también la ignorancia de que en el título o modo de adquirir existe vicio que lo invalida. En consecuencia, habría que concluir que por la usucapión se subsana todo vicio invalidatorio del título[19].

13 Goñi Rodríguez de Almeida, M.: "El justo título para usucapir" en *RCDI,* nº 711, 2009, p. 495.

14 Hernández-Gil, A.: "Comentario a sentencia de 30 de marzo de 1943" en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia,* 1944, pp. 334 y ss.

15 Espín Cánovas, D.: "Función del justo título en la adquisición de derecho por Usucapión" en *Revista de derecho privado*, T. LII, 1968, pp. 837 y ss. Según este autor: "este justo título, exigido para la usucapión, debe entenderse referido a su existencia y no a la veracidad de su contenido, pues esto afecta al requisito de la buena fe, de modo que las posibles deficiencias de los títulos representativos de negocios jurídicos válidos, son purgados por el transcurso del tiempo en la posesión y así, aun cuando pudiese existir algún defecto o vicio originario en el mismo, ello no sería obstáculo para que opere la usucapión, pues precisamente para subsanar tales vicios o defectos existe este instituto de la usucapión, que, de otro modo, sería una institución inútil".

16 Calvo Meijide, A.: "Reflexiones sobre la usucapión y la protección registral del tercero hipotecario. Comentarios al artículo 36 de la Ley Hipotecaria" en *Actualidad Civil*, nº 1, 2000, p. 130, [LA LEY 1677/2001], consultado en: https://www.wolterskluwer.es

17 Trincado Aznar, J. M.: "El ámbito legitimador de la usucapión ordinaria de bienes inmuebles" en *RCDI,* nº 780, 2020, pág. 2133: "Aunque la finalidad esencial de la usucapión ordinaria es sanar defectos del modo (adquisiciones a non domino) los antecedentes históricos, la finalidad de la usucapión de proporcionar seguridad jurídica y las consecuencias indeseables que provoca dicha tesis mayoritaria hacen que pueda admitirse la usucapión ordinaria en las adquisiciones a domino con título anulable. La consecuencia práctica de admitir la tesis defendida en este artículo es, por tanto, no solo que la usucapión corta no se le limita a adquisiciones a non domino, sino que se extendería, asimismo, a adquisiciones a domino con título anulable purgando los defectos del título que dan lugar a dicha anulabilidad".

18 Díez Picazo, y Ponce de León, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial III,* Aranzadi, Cizur Menor, 2008, disponible en: https://www.thomsonreuters.com

19 Espín Cánovas, D.: "Función del justo título", cit., p. 838. Así, frente a la postura que apoya que la buena fe en materia de usucapión se limita al contenido del art. 1950 CC (creencia de que el transmitente es el verdadero titular del derecho) y, en consecuencia, el ámbito subsanador de la usucapión abarcaría solamente este aspecto, nos dice este autor que "este camino para delimitar los requisitos del título y, por tanto, de la función subsanadora de la usucapión, no es aceptable. Bastaría considerar que en la estructura

Un segundo argumento ofrecido por este autor es que la usucapión larga (extraordinaria) opera la misma función legitimadora a pesar de la inexistencia de título y de buena fe, lo cual pone de manifiesto que no procede de estos requisitos la adquisición *a non domino*. Por tanto, si esta adquisición *a non domino* está desconectada de los requisitos del título y la buena fe, cabe pensar, según Espín Canovas, en ampliar el campo legitimador de la usucapión ordinaria a otros defectos del negocio transmisivo[20].

Por todo ello, concluye Espín Canovas que, desconectado el justo título del requisito de la buena fe *ad usucapionem*, se debe ampliar el ámbito legitimador de la usucapión, permitiéndose, en consecuencia, la subsanación de vicios de los que pueda adolecer el título anulable, que mientras no sea impugnado es perfectamente válido. Por tanto, aunque haya una adquisición *a domino,* si el título adoleciera de alguna causa de anulabilidad, también entraría en juego la usucapión. No ocurre lo mismo con los títulos nulos, ya que la exigencia de validez del art. 1953 CC, impide que estos puedan ser subsanados por la usucapión[21].

Nuestro TS, a día de hoy, parece apoyar esta postura, pues ha declarado reiteradamente que "por justo título ha de entenderse el que legalmente baste para transmitir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate y en este concepto podrán comprenderse los contratos anulables, rescindibles, revocables o resolubles cuyos respectivos vicios o defectos vienen a quedar subsanados por el transcurso del tiempo necesario para que se produzca la usucapión que de otro modo vendría a ser una institución inútil"[22]. Es decir, nuestro Alto Tribunal deja claro que los títulos que adolezcan de alguna causa de anulabilidad, van a poder ser subsanados por el transcurso del plazo de la usucapión. No ocurre así con los títulos nulos que, aunque transcurran los plazos de prescripción adquisitiva ordinaria, seguirán siendo impugnables.

Así lo declara el Alto Tribunal, por ejemplo, en su STS 10 febrero 2006[23]. En este supuesto, el actor (Don David), por contrato de compraventa privado

---

de la usucapión el título constituye un elemento autónomo (arts. 1940, 1957). Además, por virtud de la remisión que en tema de usucapión se hace a la buena fe posesoria en general (arts. 1951, en relación con el 433), siguiendo la misma fundamentación habría que concluir que por la usucapión se subsana todo vicio invalidatorio del título". Le sigue también en este punto Trincado Aznar, J. M.: "El ámbito legitimador", cit., pp. 2120-2121.

20 Espín Cánovas, D.: "Función del justo título", cit., p. 839: "Si prescindimos, conforme a lo expuesto, de la conexión del justo título con los requisitos legales de éste (especialmente el de su validez) y de la buena fe, podemos afirmar que por virtud de la usucapión ordinaria quedarán subsanados no sólo la falta de titularidad en el transferente, sino también la falta de legitimación y de capacidad en el mismo, o cualquier otro defecto del negocio transmisivo que no tropiece con los requisitos exigidos a éste. Por tanto, si el título es verdadero y válido, subsanará otros defectos además de la falta de titularidad en el transferente". En el mismo sentido Trincado Aznar, J. M.: "El ámbito legitimador", cit., pp. 2120-2121.

21 Espín Cánovas, D.: "Función del justo título", cit., p. 841.

22 STS 28 diciembre 2006 [RJ 2006, 9609].

23 STS 10 febrero 2006 [RJ 2006, 1700]

celebrado en 1977, adquirió la titularidad de una finca de quien, hasta entonces, era propietario de la misma (D. Javier), quien, a su vez la había adquirido en el año 1974 de quien en el Registro aparecía como titular (el padre de la demandada). No obstante, el contrato de compraventa celebrado en el 1974 fue resuelto por incumplimiento contractual en 1988, estableciéndose la obligación de devolución de la finca a la ahora demandada (Dª Frida). Ante ello D. David interpuso demanda frente a Dª Frida, para que se le reconociese su derecho de propiedad y se le devolviese la finca que había adquirido por contrato de compraventa en el año 1977. Desestimándose su recurso en las dos primeras instancias, el TS vino a darle la razón a D. David, diciendo que "aun en el supuesto no acreditado en autos de que el comprador don David hubiese conocido la cláusula resolutoria del contrato de 1974, ello no le constituiría en adquiriente de mala fe, sobre todo si se tiene en cuenta que la acción resolutoria de ese contrato de 1974, no se ejercitó hasta el año 1986, alegando un incumplimiento contractual de los compradores iniciado en el año 1976. Por ello, el efecto resolutorio del contrato de 10 de agosto de 1974 no puede alcanzar al contrato de 31 de agosto de 1977 al ser el comprador ahora demandante y recurrente en casación adquirente tercero de buena fe puesto que recibió la cosa de quien, fundadamente, creía que era dueño de ella y podía trasmitir el dominio (art. 1950 del Código Civil [LEG 1889, 27]), no existiendo en su título o modo de adquirir vicio que lo invalide (art. 453 del Código). En todo caso, en el hipotético supuesto de que se admitiese un vicio invalidante en el título del aquí recurrente, tal vicio habría quedado sanado por la prescripción adquisitiva consumada por el transcurso de la posesión continuada, pública y pacífica durante diez años de las fincas en litigio, con justo título y buena fe". Es decir, el Alto Tribunal deja claro que, una vez transcurrido el plazo de la prescripción adquisitiva ordinaria, el posible vicio del que pueda adolecer el título (siempre que hablemos de causa de anulabilidad), queda subsanado.

Sin embargo, ¿podemos considerar correcta esta postura? ¿realmente podemos entender que la usucapión viene a subsanar los posibles vicios de los que adolezca el título anulable?

En nuestra opinión, y siguiendo la línea de importantes autores como Morales Moreno[24], Miquel González[25] o Gordillo Cañas[26], esta postura es absolutamente errónea, debiéndose rechazar, en consecuencia, que la anulabilidad (además de la rescindibilidad, revocabilidad o resolubilidad) del título pueda resultar sanada o impedida por la usucapión.

24 Morales Moreno, A. M.: *Posesión y usucapión. Estudio de la posesión que conduce a la usucapión en el Código civil español,* Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1972, p. 143.

25 Miquel González de Audicana, J.: *Causa de la tradición y el título de la usucapión en el vigente Derecho español,* Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2009 cit., pp. 164 y ss.

26 Gordillo Cañas, A.: "Sobre el ámbito de la usucapión", cit., pp. 708 y ss.

En primer lugar, porque si atendemos a nuestro sistema transmisivo, se desprende claramente que la única misión que tiene la usucapión es la de sanar la falta de titularidad del transmitente, pero no ningún vicio relativo al título. Y es que, como sabemos, según el art. 609 CC[27], para que se opere la transmisión jurídico-real por contrato, seguimos la teoría del título (causa) y el modo (tradición). Cuando el transmitente es el verdadero titular del derecho en cuestión, y hay justo título y entrega de la cosa, tiene lugar la transmisión del dominio o derecho real que se trate de manera inmediata. En cambio, cuando, habiendo justo título y entrega de la cosa, el *tradens* carece de la titularidad del derecho transmitido, en virtud de la regla *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ispe haberet,* no se adquiere inmediatamente por medio de la tradición, sino que se hace necesario adquirir por medio de la prescripción adquisitiva, que viene a subsanar precisamente esa falta de titularidad del tradente. Es decir, en estos casos en los que el tradente no es verdadero titular del derecho, se hará entrega al adquirente de la posesión que hasta ese momento ostentaba aquél, pero no podrá entregarle la titularidad de la que carece. Para adquirir esa titularidad, el adquirente necesitará cumplir los requisitos de la prescripción adquisitiva ordinaria, que viene a sanar precisamente esa falta de titularidad del *tradens*, y no ningún defecto del que pueda adolecer el título, como sostiene la postura contraria[28]. Por tanto, en estos casos, aunque se haya producido la entrega de la cosa en virtud de justo título, no se produce la adquisición (al menos, no inmediata) del derecho.

Miquel González[29] lo explica con una fórmula que, en nuestra opinión resulta bastante esclarecedora, y que pasamos a reproducir a continuación:

Adquisición por tradición: a + b = Z

Adquisición por usucapión: c + d + b = Z

a = Propiedad en el tradente (poder de disposición);

b = justa causa;

c = buena fe;

d = trascurso del tiempo.

Z= adquisición de la titularidad del derecho

27 "La propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Pueden también adquirirse por medio de la prescripción".

28 En este mismo sentido, nos dice Miquel González de Audicana, J.: *Causa de la tradición*, cit., p. 164: "basta aplicar las mismas normas que rigen en materia de tradición para comprender que tan válido ha de ser el título de la usucapión como la causa de la tradición, pues el vicio que sana la usucapión no se encuentra en el título, sino fuera de él, es decir en una falta de propiedad o, más exactamente, de poder de disposición en transmitente. […] Por ello, frente a la tesis de que la usucapión purga un vicio del título, hay que afirmar que la usucapión subsana una falta de poder de disposición que cae fuera del título".

29 Miquel González de Audicana, J.: *Causa de la tradición*, cit., p. 126.

En la usucapión ordinaria, el requisito del justo título se mantiene invariable, viniendo a actuar de título de la usucapión; mientras que en la tradición viene a actuar de causa. Pero en ambos casos, se exige un título verdadero, de modo que debe quedar claro que, en la prescripción adquisitiva, lo único que se subsana es la falta de propiedad del tradente, y no ningún vicio del que pueda adolecer el título.

En segundo lugar, resulta necesario dejar claro que el hecho de que el título adolezca de alguna causa de anulabilidad no impide la efectiva transmisión del derecho en cuestión por tradición, siempre y cuando, el transmitente sea el verdadero titular. Es decir, no se necesita de la usucapión para que se produzca la adquisición del derecho. Ese título es plenamente válido y produce la transmisión de manera inmediata. Lo único que ocurre, como ya hicimos referencia en la parte introductoria, es que, al adolecer aquél (el título) de una causa de anulabilidad, mientras no transcurran los plazos de impugnación que fija el art. 1301 CC a favor de la parte perjudicada, no quedará plenamente convalidado, siendo susceptible de ser anulado por una sentencia que declare su ineficacia. Pero, como decimos, mientras la parte afectada no lo impugne y un tribunal lo declare nulo, el título es válido, produciendo plenamente todos sus efectos desde el momento de la celebración, incluida, por supuesto, la transmisión del derecho. Por tanto, cuando la transmisión es *a domino,* y es el título el que adolece de alguna causa de anulabilidad, no va a entrar en juego la usucapión, como defiende la postura contraria.

Cuando, además de los vicios del título, el *tradens* carezca del poder de disposición sobre la cosa, sí va a entrar en juego la usucapión, pero no, como ya hemos dicho, para sanar aquellos (vicios del título), sino para sanar única y exclusivamente la falta de propiedad del tradente. Los vicios que hiciesen anulable al título, se subsanarían por el transcurso del plazo del que dispone la parte afectada para impugnarlo, pero no por los plazos de la usucapión.

Así lo expresa también Albaladejo García, quien nos dice que cuando un *non dominus* realiza un negocio de finalidad transmisiva, entra en juego la usucapión para subsanar esa falta de titularidad, y permitir la adquisición del bien por parte del *accipiens*. En cambio, cuando sea el título el que adolece de algún vicio que lo haga susceptible de anulación, lo subsana, no el transcurso del plazo de la prescripción adquisitiva, sino el transcurso del plazo de la acción para atacar la validez del título. Esto significa que, si el transmitente es el *verus dominus*, siendo el título el que adolece de algún vicio que lo haga anulable, el adquirente se convierte en titular del derecho de manera automática, y será así mientras no se impugne el título anulable en el plazo del que se dispone para ello[30].

30 Albaladejo García, M.: *La usucapión*, cit., p. 101.: "en la usucapión con título, lo que se purifica es sólo no haber habido adquisición procedente del título por no haber otorgado el título el dueño. […] Fuera de eso, cuando sí es el dueño el que otorga el título y éste es válido, produce a favor del beneficiario una

Por tanto, que el TS afirme que el título anulable, mientras no sea impugnado, es un título válido a efectos de usucapión, cosa con la que coincidimos, no significa que la usucapión vaya a sanar los defectos de los que adolezca el título. Es aquí donde creemos que se equivoca el Alto Tribunal y la doctrina. El título anulable, mientras no sea impugnado es válido para sustentar una usucapión ordinaria, en el caso de que el transmitente no fuera el verdadero propietario, pero eso no significa que ésta (usucapión) vaya a sanar los defectos del título. Esta es, a nuestro entender, una cuestión que nada tiene que ver con la usucapión. Para eso están las acciones impugnatorias que el CC pone a disposición de la parte afectada. Por tanto, si la adquisición es *a domino*, la usucapión no entrará en juego, y si es *a non domino*, entrará para sanar única y exclusivamente la falta de titularidad, pero no los vicios del título.

En tercer lugar, si aceptásemos que la usucapión ordinaria viene a subsanar los vicios de los que pueda adolecer el título, una vez consumada aquélla, aunque estuviera aún vigente el plazo fijado en el art. 1301 CC para impugnar el titulo anulable, la parte perjudicada ya no podría hacerlo. Es decir, de aceptar la postura contraria (que la usucapión sana los vicios del título anulable) podría darse la paradoja de que, una vez consumado el plazo de la prescripción adquisitiva ordinaria, la parte perjudicada por el título, no tendría posibilidad de impugnar el mismo, cuando el plazo de cuatro años que el CC le proporciona para poder hacerlo está, sin embargo, aún vigente.

En nuestra opinión, sería un error pensar que, por el hecho de haberse consumado el plazo de la prescripción adquisitiva, ya no podrían ejercerse las acciones de impugnación aún vigentes contra el título que adolece de algún vicio, y que ha desempeñado las funciones de justo título para sustentar la usucapión, porque, como decimos, la función sanadora de la usucapión nada tiene que ver con los vicios del título. Esta misma opinión es la expresada por la mayoría de la doctrina[31].

adquisición a tenor del título [...], y si es nulo el título [..] o impugnable, la usucapión nada remedia porque no entra en juego, y la purificación de la situación no se produce por vía de usucapión, sino por extinción de las acciones impugnatorias" Vid. en el mismo sentido Yzquierdo Tolsada, M:, *Lecciones sobre posesión y usucapión*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 60-61; Gordillo Cañas, A.: "Protección registral del tercero adquirente de buena fe. sus requisitos según el artículo 34 LH; validez del acto adquisitivo, relación entre los artículos 33 y 34 LH. Doble venta y venta de cosa ajena Nulidad de actuaciones procesales estimada en posterior proceso declarativo de menor cuantía. Error material del juzgador y casación" en *CCJC,* nº 31, 1993, p. 273.

31 Lacruz Berdejo, J. L.: *Elementos de Derecho Civil III. Derechos reales,* vol. 1º, Dykinson, Madrid, 2003, p. 171.: *«mientras viva la acción de nulidad, ésta podrá ejercitarse entre los contratantes. Tal acción, en efecto, tiene su propio plazo de prescripción extintiva, y no podrá desaparecer por la adquisición de la propiedad del objeto transferido mediante la usucapión».* En la misma línea nos encontramos a Albaladejo García, M.: *La usucapión*, cit., pág. 102., que nos dice que *«por lo que toca al plazo de vida de la acción de impugnación del título, es plazo para poder ejercer la acción durante todo él, ciertamente, y cuando impugnado con ella el título invalidable, se consigue destruirlo, ello tiene efectos retroactivos que se remontarán al momento en que concurrió la causa de invalidez, de modo que anulado el título retroactivamente, habrá faltado desde un principio título válido para usucapir, y, así, no habrá habido usucapión por falta de título idóneo».* Vid. también, entre otros, Morales Moreno, A. M.: *Posesión y usucapión,* cit., p. 143; Gordillo Cañas, A.: "Sobre el ámbito", cit., pp. 219 y ss.;

Ello implica, en consecuencia, que, aunque se haya consumado el plazo de la prescripción adquisitiva ordinaria, si continua vigente el plazo de impugnación del título anulable (art. 1301 CC), y la parte perjudicada decide ejercitar la acción impugnatoria, declarándose judicialmente su nulidad, aquélla (usucapión) quedará sin efecto, ya que tal declaración tiene efectos retroactivos, y no podría considerarse, por ende, que se hubiese cumplido el requisito del justo título. Es decir, si se consigue impugnar el título, declarándose judicialmente su falta de validez, aunque hubiesen transcurrido los plazos de la usucapión ordinaria, ésta quedará sin efecto, pues, al haberse declarado la nulidad del título, remontándose sus efectos al momento en que concurrió la causa de invalidez, no se habría cumplido el requisito establecido por el art. 1952 CC de contar con justo título para usucapir ordinariamente[32].

Así, por ejemplo, si A, menor de edad, vende a B una finca que, en realidad es propiedad de C, tendríamos, por un lado, un título (compraventa) que adolece de una causa de anulabilidad (venta de un menor), y por otro, el problema de la falta de titularidad de A. Mientras ese título no se impugne, ya hemos dicho que será plenamente válido. Y para subsanarse la falta de titularidad de A, entraría en juego la usucapión. Transcurridos los diez años necesarios para adquirir por prescripción adquisitiva, B se haría verdadero propietario frente a C, y según la doctrina que entiende que la usucapión sana, no solo la falta de titularidad del tradente, sino también los vicios del título, A ya no podría impugnar el título de compraventa, aún en el caso de que todavía estuviera vigente el plazo de 4 años del art. 1301 CC[33]. Por tanto, la adquisición de A se haría definitiva desde el momento en que se consuma la usucapión. Sin embargo, ya hemos dicho que para nosotros esta postura es incorrecta, y que, aunque se haya consumado el plazo de la prescripción

---

Macía Morillo, A.: "La usucapión *secundum tabulas*: El artículo 35 de la Ley Hipotecaria" en *Revista crítica de derecho inmobiliario,* nº 664, p.7, [VLEX-328166] consultado en: https://www.wolterskluwer.es; Gómez Acebo, F.: "La buena y la mala fe: su encuadramiento en la teoría general del derecho y su eficacia en el Código Civil" en *RDP*, nº 36, 1952, p. 202. No obstante, es cierto que algún autor duda de ello, como Luna Serrano, A.: «Comentario del art. 1953 CC» en *Comentario del Código civil* (dirs. C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Diez Picazo Ponce de León y P. Salvador Coderch), t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 2131.: "Algunos autores en efecto, consideran preferente el interés del impugnante del acto cuya anulación provoca la vuelta de las cosas a su situación anterior (art. 1303) y opinan que la declaración judicial debe actuar retroactivamente sobre la usucapión, otros, por el contrario, sostienen que la usucapión debe respetarse porque ya dio lugar a una adquisición amparada legalmente. La cuestión es, según se ha dicho, del todo discutible".

32 Por tanto, como nos dice Miquel González de Audicana, J.: *Causa de la tradición,* cit., p. 166, "las normas a aplicar para el caso de acto anulable, son comunes a la causa de la tradición y al título de la usucapión". Es decir, se haya producido la adquisición *a domino* o *a non domino*, el título que adolece de un vicio que lo haga anulable, podrá impugnarse en ambas situaciones de la misma forma, siempre y cuando continúe vigente el plazo fijado en el art. 1301 CC.

33 En este sentido, Rodríguez-Rosado, B.: "Cobro de lo indebido, tradición y usucapión. (Estudio de los artículos 464 y 1897 del Código Civil y 35 de la Ley Hipotecaria)" en *ADC,* vol.57, nº3, 2004, pp.1098-1099, y aunque lo hace refiriéndose a la polémica de si, en materia de usucapión *secundum tabulas,* la inscripción puede hacer de justo título a efectos de usucapión, habla incluso de recorte de los plazos de impugnación, dejando claro que, en su opinión, mantener que la usucapión viene a sanar los vicios o defectos del título no le parece adecuado, pues ello implicaría un grave recorte en el tiempo de las posibilidades que tiene el transmitente por título anulable de recobrar la cosa antes de que la otra parte la adquiera por prescripción.

adquisitiva ordinaria, si continúa vigente el plazo de cuatro años para impugnar el título anulable, la parte perjudicada por él, podrá hacerlo, quedando la usucapión sin efecto por falta de justo *título*. Es decir, en el ejemplo expuesto, aunque hubiese transcurrido el plazo de 10 años, y se hubiese consumado, en consecuencia, la adquisición por usucapión de B frente a C, si continúa estando vigente el plazo de 4 años para impugnar el vicio del que adolece el título anulable, A podrá solicitar que se declare la nulidad del título por causa de anulabilidad. Reconocida ésta por el juez, la usucapión quedaría sin efecto.

No obstante, es importante dejar claro que esa acción de impugnación, solo podrá ejercerla la parte perjudicada por ese vicio del que adolece el título (en nuestro ejemplo, A), y no el verdadero propietario (en nuestro ejemplo, C). Es decir, como muy bien explica Morales Moreno[34], la acción de anulabilidad está reservada para proteger a aquella parte contratante perjudicada por su falta de capacidad o viciada en su voluntad, pero no para proteger al tercero ajeno a ese contrato, aunque sea el verdadero titular. Este último lo que sí podrá hacer es ejercer la correspondiente acción reivindicatoria para tratar de recuperar su propiedad. Pero ello, deberá hacerlo antes de que se consume la prescripción adquisitiva, pues de lo contario perderá su propiedad. Y llegados a ese caso, el propietario (en nuestro ejemplo, C) no podrá alegar posteriormente que el titulo adolece de un vicio que lo hace anulable, pues eso, como decimos, solamente corresponderá a la parte contratante perjudicada (en nuestro, ejemplo A).

Por lo tanto, cuando el adquirente esté usucapiendo en virtud de ese título (no impugnado por el contratante perjudicado), y el verdadero propietario no ejerza la acción reivindicatoria antes de que aquella se consume, transcurrido los diez años establecidos para ello, éste, en principio (y ahora explicamos por qué decimos en principio) perderá su derecho. A partir de ahí, solo la parte contratante perjudicada por el título anulable, podrá, si aún está vigente, ejercitar la acción de impugnación. Si no la ejerce, y transcurre el plazo para poder hacerlo, la adquisición por prescripción se hará definitiva. Pero si la ejerce, se anula el título, produciéndose la revocación de la usucapión consumada a favor del adquirente.

En este último supuesto (impugnación del título con revocación de la usucapión), se abre un nuevo escenario, ya que la posesión de la cosa volverá al tradente. Y en ese caso, el verdadero propietario volverá a tener la oportunidad de ejercer la acción reivindicatoria, para tratar de recuperar su propiedad. Y entonces se abrirá un nuevo proceso en el que habrá que verse si el tradente ha podido adquirir por prescripción adquisitiva (ya sea ordinaria, porque contara con justo título, o extraordinaria), o si, por el contrario, no habiendo transcurrido

34 Morales Moreno, A. M.: *Posesión y usucapión*, cit., p. 143.

el tiempo necesario para ello, la titularidad de la cosa sigue perteneciendo a su verdadero propietario.

Por todas estas razones (finalidad de la prescripción adquisitiva ordinaria; validez del título anulable mientras no sea impugnado; e independencia de los plazos de impugnación del título anulable respecto del plazo de la prescripción adquisitiva ordinaria) entendemos que a la primera pregunta que nos hacíamos al iniciar nuestra investigación de si es posible que la usucapión pueda sanar los vicios de los que adolezca el título anulable (ya hemos visto que los de nulidad no plantean ninguna duda), debemos darle una respuesta negativa. De ahí que el propio art. 1953 CC exija que, para usucapir ordinariamente, se cuente con título verdadero y válido, dejándose claro que el ámbito de la usucapión nada tiene que ver con el título, sino con la falta de titularidad del transmitente.

Por tanto, en materia de usucapión, siguiendo a Gordillo Cañas[35], debemos decir que el título *ad usucapionem* es válido, pero ineficaz. Válido, porque vincula a las partes contratantes, e ineficaz, porque en lo jurídico-real, debido a la falta de titularidad del tradente, no provoca el efecto traslativo que de él se esperaba[36].

35 Gordillo Cañas, A.: "Sobre el ámbito", cit. p. 710.

36 Es importante dejar claro que una cosa es la invalidez del título y otra distinta su ineficacia. Como nos explica Miquel González de Audicana, J.: *Causa de la tradición,* cit., p. 165, mientras la primera se produce por la falta de alguno de sus elementos esenciales (incluyéndose aquí las causas de nulidad y anulabilidad), en la segunda, si bien concurren todos estos, no se producen todos los efectos del negocio por una circunstancia meramente extrínseca. Además, mientras que la validez está relacionada con las partes, la eficacia los está respecto a los terceros. En este mismo sentido puede verse Lasarte Álvarez, C.: *Principios de Derecho civil. Contratos,* T. III, Marcial Pons, Madrid, 2021, p.140; y Lacruz Berdejo, J. L.: *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones,* vol. I, Dykinson, Madrid, 2003, p. 538. Es decir, si X, que no es el verdadero titular, celebra un contrato de compraventa con B, por el que se le transmite la finca perteneciente a C, ese contrato será válido entre X y B, comprometiéndose el vendedor (X) a entregar la cosa y responder por evicción. B podrá demandar a X en virtud de ese título. En cambio, al no ser X el verdadero titular del derecho transmitido, y no producirse, en consecuencia, el efecto transmisivo de manera inmediata por medio de la tradición, ese contrato será ineficaz respecto de terceros, incluido el verdadero propietario de la finca (C). En este ejemplo, puede verse perfectamente la diferencia entre validez y eficacia. La falta de titularidad del tradente, hace que el contrato sea ineficaz frente a terceros. Pero dicho contrato será plenamente válido y vinculante entre las partes. La falta de titularidad del tradente no puede entenderse como una causa de anulabilidad del contrato, que de impugnarse de lugar a la invalidez del mismo. No obstante, conviene apuntar que hay algún que otro autor que viene a defender esta última postura. En este sentido puede verse a Fernández de Villavicencio Álvarez-Ossorio, Mª del C.: *Compraventa de cosa ajena,* Jose María Bosch editor, Barcelona, 1994, pp. 190-200. Para esta autora el error sufrido por el comprador sobre la titularidad del *tradens* reviste la suficiente gravedad -carácter esencial del error- como para constituirse en causa de impugnación del contrato en que haya concurrido. Así nos dice que "cabe, sin dudarlo, afirmar la aplicabilidad de la teoría del error a la venta de cosa ajena, conforme a las siguientes pautas o criterios: 1.- El error consistente en la creencia de que el vendedor es dueño encaja sin problemas en el ámbito material del art. 1266 del Cc.; 2.- Dado que está claro que es consustancial a la venta, en sí misma y, desde luego, en la voluntad de las partes, la transmisión del dominio de lo vendido, dicho error reviste la suficiente gravedad -carácter esencial del error- como para constituirse en causa de impugnación del contrato en que haya concurrido; 3.- Igualmente, dado que en la valoración del contrato, tan importante como la obtención de su resultado es el contenido obligacional necesario para el mismo, el error del vendedor sobre la obligación de adquirir la cosa a fin de poder transmitirla, así como el del comprador acerca de la inseguridad del logro de su interés, tienen entidad suficiente para determinar la ineficacia del contrato celebrado; 4.- Si bien hay tendencia a considerar siempre inexcusable el error del vendedor, no hay razones de peso que avalen tal idea, de manera que la ignorancia de la ajenidad merece la protección del Derecho tanto si quien la padece es el comprador, como si es el vendedor» compraventa de cosa ajena".

Resuelta la primera cuestión, pasamos a continuación, de forma breve, a analizar el segundo de los interrogantes que nos planteábamos al inicio de nuestro trabajo, y que ya, en realidad, al abordar la primera cuestión, le hemos dado respuesta. Pasamos a analizarlo.

III. EL TÍTULO ANULABLE COMO JUSTO TÍTULO *AD USUCAPIONEM*

Con respecto a la segunda cuestión (si el título que adolece de alguna causa de nulidad o anulabilidad puede hacer de justo título a efectos *ad usucapionem*), sí coincidimos plenamente con la postura del Alto Tribunal, cuando afirma que los títulos anulables (no así los nulos) podrán ser considerados como justo título a efectos de usucapión. Ahora bien, lo serán, como ya hemos dicho, mientras no sean impugnados por la parte afectada en el plazo de que disponen para ejercer las correspondientes acciones.

Los títulos que adolecen de alguna causa de anulabilidad, cuando el *tradens* tenga el poder de disposición, transmiten la titularidad del derecho en cuestión de manera inmediata, sin perjuicio de que, con posterioridad, la parte afectada pueda impugnarlo durante los cuatro años de que dispone según el CC. Pero mientras no lo haga, el contrato es plenamente válido. Cuando, además de los vicios del título, el *tradens* carezca del poder de disposición sobre la cosa, sí va a entrar en juego la usucapión, pero no, como ya hemos advertido en numerosas ocasiones, para sanar aquellos (vicios del título), sino para sanar la falta de propiedad del tradente. El título anulable, mientras no sea impugnado, será válido para sustentar una usucapión. Ahora bien, es importante dejar claro que en el momento que sea impugnado y declarado judicialmente nulo, aunque se haya completado el plazo necesario para la prescripción adquisitiva, ésta queda sin efecto, porque habrá faltado el requisito del justo título. La usucapión solo quedaría consolidada, cuando también hubieran transcurrido los cuatro años de que dota el CC a la parte perjudicada para impugnar el contrato susceptible de ser anulado.

Por tanto, y en resumidas cuentas, venimos a coincidir con la postura de nuestro Alto Tribunal cuando afirma que los títulos anulables podrán hacer de justo título a efectos de usucapión, pero no cuando afirma que completado el plazo de ésta, aquél (título anulable) queda sanado, porque esto solo ocurrirá cuando hayan transcurridos los plazos fijados en el art. 1301 CC.

IV. CONCLUSIONES

Del estudio realizado en estas páginas acerca de la posibilidad de que los vicios de un título puedan resultar sanados por la usucapión, y de que ese mismo título

pueda hacer la función de justo título *ad usucapionem*, llegamos a las siguientes conclusiones:

a) Cuando el título por el que el *accipiens* adquiere su derecho adolezca de algún vicio que lo haga anulable, siendo su causante verdadero propietario, aquél adquiere el derecho de manera inmediata. Sin embargo, esta adquisición solo será firme cuando haya transcurrido el plazo de impugnación del que dispone la parte perjudicada (art.1301 CC).

Ejercida la acción impugnatoria por el causante en tiempo, y declarándose la nulidad del título, la única forma que tendría el adquirente para poder contrarrestarla, sería alegando que han transcurrido los treinta años exigidos para la adquisición por usucapión extraordinaria, en la que no es necesaria la existencia de justo título. De lo contrario, nada podría hacer.

b) La usucapión no viene a sanar la causa de anulabilidad de la que adolece el título. Cuando, además del vicio del que adolezca el título que lo hace ser susceptible de anulación, el *tradens* no sea propietario (no siendo esto causa de anulabilidad sino de ineficacia, como ya hemos advertido), entrará en juego la usucapión, y mientras estén vigentes las acciones de impugnación, aunque se haya consumado el plazo de aquélla (prescripción adquisitiva), la parte perjudicada podrá ejercerlas, teniendo ello efectos retroactivos. Si el título resulta impugnado y declarado nulo, la usucapión ordinaria consumada quedará sin efecto, al carecerse de justo título que la sustente.

Eso sí, hay que dejar claro que, esa acción de impugnación, solo podrá ejercerla la parte perjudicada por ese vicio del que adolece el título, y no el verdadero propietario. Este último lo que sí podrá hacer es ejercer la correspondiente acción reivindicatoria para tratar de recuperar su propiedad. Pero ello, deberá hacerlo antes de que se consume la prescripción adquisitiva ordinaria, pues de lo contario perderá su propiedad. Y llegados a ese caso, el propietario no podrá alegar posteriormente que el titulo adolece de un vicio que lo hace anulable, pues eso, como decimos, solamente corresponderá a la parte contratante perjudicada.

c) Al ser el título anulable válido mientras no sea impugnado, el mismo podrá hacer de justo título para sustentar una usucapión ordinaria. En el caso de que, consumada la usucapión, siguiese vigente el plazo para impugnar el título anulable (art. 1301 CC), y la parte perjudicada ejerciese su derecho la acción, declarándose judicialmente la invalidez del título, aquélla (usucapión) quedará sin efecto por falta de justo título.

BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo García, M.: *La usucapión,* Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004.

Arechederra Aranzadi, I.: *Propiedad y constitución de servidumbres,* Dykinson, Madrid, 1993.

Bérgamo Llabrés, A.: "La usucapión y el Registro de la Propiedad" en *Anales de la academia marítense del notariado,* T. III, 1946.

Calvo Meijide, A.: "Reflexiones sobre la usucapión y la protección registral del tercero hipotecario. Comentarios al artículo 36 de la Ley Hipotecaria" en *Actualidad Civil*, nº 1, 2000, pág. 127, [LA LEY 1677/2001], consultado en: https://www.wolterskluwer.es

De Castro y Bravo, F.: *El negocio jurídico,* Civitas, Madrid, 1985.

Díez Picazo, y Ponce de León, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial III,* Aranzadi, Cizur Menor, 2008, disponible en: https://www.thomsonreuters.com

Espín Cánovas, D.: "Función del justo título en la adquisición de derecho por Usucapión" en *Revista de derecho privado*, T. LII, 1968.

Fernández de Villavicencio álvarez-ossorio, Mª del C.: *Compraventa de cosa ajena,* Jose María Bosch editor, Barcelona, 1994.

Gómez Acebo, F.: "La buena y la mala fe: su encuadramiento en la teoría general del derecho y su eficacia en el Código Civil" en *Revista de derecho privado*, nº 36, 1952.

Goñi Rodríguez de Almeida, M.: "El justo título para usucapir" en *RCDI,* nº 711, 2009, pp. 492-498.

Gordillo Cañas, A.: "Sobre el ámbito de la usucapión ordinaria: ¿Usucapión *inter partes* frente a la pretensión de resolución por incumplimiento contractual? (Comentario a la STS de 17 de julio de 1999)" en *Anuario de derecho civil,* vol. 53, nº2, 2000, pp. 703-722.

"Protección registral del tercero adquirente de buena fe. sus requisitos según el artículo 34 LH; validez del acto adquisitivo, relación entre los artículos 33 y 34 LH. Doble venta y venta de cosa ajena. Nulidad de actuaciones procesales estimada en posterior proceso declarativo de menor cuantía. Error material del juzgador y casación" en *CCJC,* nº 31, 1993.

Hernández-Gil, A.: "Comentario a sentencia de 30 de marzo de 1943" en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia,* 1944.

Lacruz Berdejo, J. L.: *Elementos de Derecho Civil III. Derechos reales*, vol. 1º, Dykinson, Madrid, 1988.

Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones, vol. I, Dykinson, Madrid, 2003.

Lasarte Álvarez, C.: *Principios de Derecho civil. Contratos,* T. III, Marcial Pons, Madrid, 2021.

Luna Serrano, A.: «Comentario del art. 1953 CC» en *Comentario del Código civil* (dirs. C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Diez Picazo Ponce de León y P. Salvador Coderch), t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 2129-2132.

Macia Morillo, A.: "La usucapión secundum tabulas: El artículo 35 de la Ley Hipotecaria" en *Revista crítica de derecho inmobiliario,* nº 664, 2001, pp. 461-557, [VLEX-328166] consultado en https://www.wolterskluwer.es

Miquel González de Audicana, J.: *Causa de la Tradición y el Título de la Usucapión en el Vigente Derecho Español*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2009.

Morales Moreno, A. M.: "La usucapión" en *Revista Jurídica Autónoma de Madrid,* nº3, 2000.

Posesión y usucapión. Estudio de la posesión que conduce a la usucapión en el Código civil español, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1972.

Nélida Tur Faúndez, M.: *"Comentario del art. 1952 CC"* en *Comentarios al Código Civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), t. IX, Tirant, 2013.

Rodríguez-Rosado, B.: "Cobro de lo indebido, tradición y usucapión. (Estudio de los artículos 464 y 1897 del Código Civil y 35 de la Ley Hipotecaria)" en *ADC,* vol.57, nº3, 2004, pp. 1003-1104.

Ossorio Serrano, J. M.: "Ineficacia de los contratos" en *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos* (coord. F. J. Sánchez Calero), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Trincado Aznar, J. M.: "El ámbito legitimador de la usucapión ordinaria de bienes inmuebles" en *RCDI,* nº 780, 2020, pp. 2097-2151.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Lecciones sobre posesión y usucapión*, Dykinson, Madrid, 2002.

LA NULIDAD POR DISCRIMINACIÓN EN EL CONTRATO*

NULLITY FOR DISCRIMINATION IN THE CONTRACT

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 510-527

* El autor es titular de una beca para la contratación de personal investigador novel (FI-2021) concedida por la AGAUR en un proceso abierto y competitivo y cofinanciado por el Programa Operativo Cataluña 2021-2027 del Fondo Social Europeo.

Roger BARAT I RUBIO

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: El art. 10 de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el art. 28 de la Ley catalana 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia, y el art. 25 de la Ley catalana 19/2020, de 30 de diciembre, de igualdad de trato y no discriminación prevé, entre otras consecuencias, que los actos y las disposiciones o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación serán nulos. En el presente trabajo el autor trata sobre el alcance de dichos preceptos y el entendimiento que debe darse a la mencionada nulidad. Para ello, se parte de la comprensión de este remedio desde la perspectiva del derecho privado, para después considerar las particularidades de la nulidad por ilicitud y las soluciones subsidiarias o alternativas para situaciones no cubiertas por los preceptos legales en los casos específicos de discriminación en el contrato. Por último, se valoran los efectos de dicha nulidad y se cuestiona la conveniencia del recurso generalizado a este remedio que han configurado ambos legisladores.

PALABRAS CLAVE: Discriminación, acto, negocio jurídico, contrato, nulidad, remedio, sanción, ilicitud, causa ilícita, objeto ilícito, nulidad parcial, restitución.

ABSTRACT: *Article 10 of the Effective Equality between Women and Men Organic Act 3/2007, from 22nd March, article 28 of the Catalan Act 11/2014, from 10th October, to Guarantee the Rights of Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersexual Persons and to Eradicate Homophobia, Biphobia and Transphobia, and article 25 of the Catalan Equal Treatment and Non-Discrimination Act 19/2020, from 30th December, state that those acts and clauses that may cause or constitute a discrimination will be null and void. In the present work, the author studies the scope of such articles, the understanding of that nullity in private law, and the specificities of the nullity because of illicitness and its subsidiary or alternative solutions when there are situations that do not fall under the scope of the previous statutes in the field of discrimination inside the contract. Finally, the paper assess the effects of such nullity and questions over the decision of both Spanish and Catalan legislators to make this remedy widespread.*

KEY WORDS: *Discrimination, act, legal transaction, contract, nullity, remedy, sanction, illicitness, illicit cause, illicit object, partial nullity, restitution.*

SUMARIO.- I. MARCO LEGAL.- II. ACTOS JURÍDICOS Y NEGOCIOS JURÍDICOS DISCRIMINATORIOS.- III. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA NULIDAD.- IV. EL TIPO DE NULIDAD DE LOS ARTÍCULOS MENCIONADOS.- 1. La nulidad como sanción y el art. 6.3 CC.- 2. Explicaciones alternativas: causa ilícita y objeto ilícito.- V. RÉGIMEN DE LA NULIDAD Y EFECTOS.- VI. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA NULIDAD POR DISCRIMINACIÓN.

I. MARCO LEGAL

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres[1] (en adelante, LOIEMH) prevé en su art. 10 las consecuencias jurídicas asociadas a conductas discriminatorias antijurídicas en el ámbito de aplicación de la ley, esto es -y para emplear la expresión del art. 2 del mismo texto legal-, en las situaciones en que puedan darse discriminaciones por razón de sexo.

En concreto, el literal del mencionado art. 10 es el siguiente:

> "Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias".

El precepto aúna las tres consecuencias que pueden generarse en ocasión de una discriminación por razón de sexo: 1) la nulidad del propio acto o disposición; 2) la reparación del daño causado al sujeto discriminado; y 3) la sanción al autor de la discriminación[2]. De este modo, el legislador español ha optado por recoger en un único artículo las consecuencias típicamente civiles (la nulidad del acto o cláusula discriminatoria y la responsabilidad civil por el daño causado) con las

1 BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

2 San Martín Mazzuconi, C.: "Artículo 10. Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, (dir. por C. Sánchez trigueros; A.V. Sempere navarro), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 127.

• Roger Barat i Rubio
BInvestigador predoctoral, becario FI AGAUR 2021
Área de Derecho Civil, Departamento de Derecho
Universitat Pompeu Fabra, Barcelona
roger.barat@upf.edu

propiamente penales y administrativas (remitiéndose a un sistema sancionatorio de carácter eminentemente preventivo)[3].

Junto con la anterior LOIEMH, varias Comunidades Autónomas han aprobado un amplio rango de leyes antidiscriminación que apuntan en la misma dirección, ensanchando a la vez el ámbito objetivo de aplicación del principio de no discriminación e igualdad de trato. Sirvan como ejemplo las Leyes catalanas 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia[4] (art. 28), y -con alcance más general- la Ley 19/2020, de 30 de diciembre, de igualdad de trato y no discriminación[5] (art. 25), que, entre otros muchos aspectos, y en una distinción algo ya más afinada entre las distintas consecuencias derivadas de la realización de conductas discriminatorias entre privados, establecen también las consecuencias civiles de tales conductas antijurídicas en el respectivo ámbito de aplicación de cada norma (además de las responsabilidades que otro tipo que puedan exigirse).

De entre todas las que se prevén tanto en la LOIEMH como en las Leyes catalanas 11/2014 y 19/2020, me centraré en analizar la primera consecuencia que se señala y que es común denominador en los tres preceptos apuntados: la nulidad del acto o disposición (o cláusula, añaden los arts. 28 de la Ley 11/2014 y 25 de la Ley 19/2020) del negocio jurídico que constituya o cause discriminación.

II. ACTOS JURÍDICOS Y NEGOCIOS JURÍDICOS DISCRIMINATORIOS

La posibilidad de acudir a las consecuencias jurídicas por conductas discriminatorias, aunque formulada en la rúbrica de sendos preceptos con un pretendido alcance general, se condiciona en la literalidad de las normas a la existencia de un acto o de una cláusula o disposición de negocio jurídico que constituya o cause discriminación[6]. Es menester, entonces, encuadrar en primer

3 Fernández Torres, I.: "La igualdad de trato de mujeres y hombres en la contratación mercantil", AA.VV.: *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (dir. por A. Montoya Melgar; coord. por Y. Sánchez-Urán azaña), Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 450.

4 "Artículo 28. Contravención de la ley en el ámbito contractual. Son nulos de pleno derecho las disposiciones, los actos o las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyen o causan discriminación por razón de orientación sexual, identidad de género o expresión de género, y pueden dar lugar a responsabilidades de acuerdo con lo establecido por la legislación vigente." (DOGC núm. 6730, de 17 de octubre de 2014; BOE núm. 281, de 20 de noviembre de 2014).

5 "Artículo 25. Efectos de la contravención de la Ley. 1. Contravenir a la presente ley y a las normas de su desarrollo es causa de nulidad de las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos y puede dar lugar a las responsabilidades que establece la legislación, incluidas las patrimoniales." (DOGC núm. 8307, de 31 de diciembre de 2020; BOE núm. 31, de 5 de febrero de 2021).

6 Fernández Torres, I.: "La igualdad de trato", *cit.*, p. 445.

lugar los dos elementos centrales que definen su ámbito de aplicación objetivo: por un lado, los actos jurídicos; por el otro, los negocios jurídicos[7].

Es pacífico que los legisladores español y catalán se están refiriendo, con el empleo de dichas expresiones, a categorías propias del derecho privado, de uso común en la doctrina de tribunales y academia y en la práctica de los operadores del derecho[8]. El acto y el negocio jurídico comparten ciertos rasgos: "ambos son actos jurídicos porque derivan de una actuación (declaración, conducta) humana realizada con conciencia y voluntad. El acto jurídico [entendido como categoría general que comprende tanto el acto jurídico en sentido estricto como el negocio jurídico] se distingue del simple hecho natural que produce consecuencias jurídicas (p. ej., la muerte, el nacimiento) precisamente por esa conciencia y voluntad que lo compaña. Aquellos hechos son relevantes jurídicamente sin tener para nada en cuenta la voluntad humana"[9].

Ahora bien, el mero acto jurídico (o acto jurídico en sentido estricto) no tiene contenido normativo, esto es, no puede configurar las consecuencias jurídicas que de él se derivan porque estas vienen determinadas por la ley (por ejemplo, la entrada en mora del deudor cuando el acreedor le reclama el cumplimiento de la obligación). En cambio, el negocio jurídico sí tiene contenido normativo: constituye el acto jurídico por excelencia mediante el cual el sujeto regula sus propios intereses y establece una norma vinculante para su satisfacción tutelada en derecho (paradigmáticamente, el contrato)[10].

Fernández Torres ha apuntado, sobre la LOIEMH, que el art. 10 realiza una transposición errónea del art. 8.2[11] de la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro[12], en tanto que el alcance que allí se pretende es mayor que en la ley española. En efecto, la norma europea no limita las consecuencias de conductas discriminatorias a aquellas que se hayan producido en el marco de un acto o negocio jurídico, si

7 Las disposiciones y cláusulas toman dimensión en la medida en que se integran en un negocio jurídico.

8 Aun así, sorprende tanto la referencia al término "negocio jurídico" como su contraposición al "acto jurídico", en una muestra más del recurso a un concepto ajeno al derecho civil positivo decimonónico y más propio de la civilística alemana, para tratar de dar cuenta de "las reglas básicas y generales que rigen la autonomía de la voluntad". *Vid*. De Castro y Bravo, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 19-51.

9 Díez-Picazo, L.; Gullón, A.: *Sistema de derecho civil*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 2012, 12ª ed., p. 460.

10 Díez-Picazo, L.; Gullón, A.: *Sistema de derecho civil*, *cit*., p. 460.

11 "Los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos internos las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada a causa de una discriminación en el sentido de la presente Directiva reciba una indemnización o compensación reales y efectivas del Estado miembro, de manera disuasiva y proporcional al daño sufrido. La fijación de un límite máximo predeterminado no limitará dicha compensación o indemnización."

12 DOUE núm. 373, de 21 de diciembre de 2004.

bien la misma autora admite la construcción de una interpretación conforme[13]. En este sentido, Navas Navarro, haciéndose eco del parecer de García Rubio, sostiene que "acto" debe interpretarse en un sentido amplio como equivalente a "actuación discriminatoria" para hacer así corresponder este art. 10 con el sentir del art. 8.2 Directiva 2004/113/CE[14].

Dichos problemas de encaje con el derecho derivado europeo no se repiten con el art. 28 de la Ley 11/2014 (por cuanto no trae causa de una Directiva europea), pero sí con el art. 25 de la Ley 19/2020 únicamente en relación a las discriminaciones por razón de "sexo o género" (art. 1.3, letra *b*) -no respecto las otras características protegidas[15] enumeradas en el art. 1[16].

En segundo lugar, el ámbito objetivo de aplicación también viene determinado por las referencias en los arts. 10 LOIEMH y 28 de la Ley 11/2014 a "los actos y cláusulas [y disposiciones]… que «constituyan o causen discriminación»", o, para el caso del art. 25 de la Ley 19/2020, por la contravención de las normas [antidiscriminación, se entiende] previstas en la propia ley o en su normativa de desarrollo. Así, los tres preceptos requieren también de la existencia de una "discriminación" en dichos actos o disposiciones del negocio jurídico. Sin ánimo de ser exhaustivo en este punto, la ley se refiere aquí a la discriminación directa y a la discriminación indirecta que derive de los actos o negocios jurídicos, en los términos previstos por cada texto legal y la amplia interpretación que de ellos han dado tanto los tribunales como la doctrina científica[17].

13 *Vid*. Fernández Torres, I.: "La igualdad de trato", *cit*., pp. 446-447.

14 Navas Navarro, S.: "Negativa a contratar y prohibición de discriminación (Derecho comunitario y Derecho europeo)", *Anuario de Derecho Civil*, 2007, tomo LX, fasc. IV, p. 1624.

15 Para emplear la acertada expresión que usa la doctrina del *common law*. Por ejemplo, en las sentencias del Tribunal Supremo de Reino Unido *Bull v. Hall*, de 27 de noviembre de 2013 ([2013] UKSC 73) y *Lee v. Ashers Baking Company*, de 10 de octubre de 2018 ([2018] UKSC 49), y también el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Comission* [548 US_(2018)].

16 Por su parte, la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DOCE núm. 180, de 19 de julio de 2000), no prevé un precepto parejo al 8.2 de la Directiva 2004/113/CE. Su transposición en el ámbito estatal se produjo a través de los arts. 29 a 43 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2003), sin que tampoco esta norma cuente con disposiciones similares sobre consecuencias de derecho privado por discriminación a las que aquí estamos tratando. Así, las consecuencias ante las discriminaciones que puedan producirse en el ámbito privado origen racial o étnico se rigen por las normas de carácter general que regulan estas situaciones: en Cataluña, por las previsiones de la Ley 19/2020; en el resto del Estado español (a excepción de la protección especial por discriminación por razón de sexo de la LOIEMH), por la interacción de las cláusulas genéricas de derecho privado y de la Constitución. Sobre este último particular, *vid*. en profundidad Alfaro Águila-Real, J.: "Autonomía privada y derechos fundamentales", *Anuario de Derecho Civil*, 1993, pp. 57-122.

17 Fernández Torres, I.: "La igualdad de trato", *cit*., pp. 448-450.
Para un tratamiento extenso de la cuestión, *vid*. Aguilera Rull. A.: *Contratación y diferencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 112 y ss.; y también Aguilera Rull. A.: "Discriminación directa e indirecta", *InDret* 1/2007, enero 2007, pp. 1-17.

III. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA NULIDAD

Fijado el alcance objetivo de las normas, debe ahora tratarse sobre el tipo de nulidad al que se refieren estos artículos, esto es, la causa de la nulidad y sus efectos.

De entrada, debe advertirse que la nulidad puede proyectarse sobre todas las ramas del ordenamiento jurídico[18]. Esta apreciación ya se puso en relieve por el Consejo de Estado en ocasión de su Dictamen al Anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad entre Mujeres y Hombres[19] (consideración novena), donde hizo uso de la expresión "efectos […] descontrolados" por su potencial expansividad, en atención al encuadramiento del art. 10 en la sistemática de la LOEIMH (ubicado en el Título I, donde constan los principios generales que la informan). Dicha deficiencia de técnica legislativa fue corregida por el legislador catalán en sendos arts. 28 de la Ley 11/2014 y 25 de la Ley 19/2020, ubicados en los títulos o capítulos que tratan específicamente las garantías o mecanismos de tutela de los derechos allí protegidos.

La doctrina clásica civilista española ha tratado históricamente la nulidad (absoluta) como uno de los regímenes típicos de la ineficacia contractual[20], aunque puede trasladarse a los negocios jurídicos en general[21]. Díez-Picazo ha definido el contrato nulo como "aquel que por causa de un defecto no es apto para producir ningún tipo de consecuencias jurídicas" de forma definitiva, por lo que se tiene como no realizado. Se trata de una ineficacia estructural, ya que deriva de una irregularidad en la formación del contrato, radical (*ipso iure*, sin admisión de confirmación[22]) y automática, porque no requiere del ejercicio de ninguna acción por los interesados y puede declararse de oficio por el órgano judicial.

Son causas de la nulidad del contrato: i) la violación de los límites de la autonomía privada expresados en el art. 1255 CC (la ley, la moral y el orden público); ii) la inexistencia, falta absoluta de determinación o la ilicitud del objeto del contrato; iii) la inexistencia o ilicitud de la causa; y iv) la falta de forma cuando esta sea exigida por ley como requisito *ad solemnitatem*.

En consonancia con la propia naturaleza de la nulidad, el ejercicio de la acción ante los tribunales persigue un pronunciamiento meramente declarativo

18 García Rubio, M. P.: "Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Derecho Privado y Constitución*, 2007, núm. 21., p. 141.

19 Nº de expediente 803/2006, de 22 de junio.

20 Díez-Picazo, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial. I. Introducción a la teoría del contrato*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, 6ª ed., p. 575.

21 *Vid*. De Castro y Bravo, F.: *El negocio jurídico*, *cit*., pp. 461-531.

22 Carrasco Perera, Á.: *Derecho de contratos*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, 1ª ed., p. 651.

(la sentencia constata la ineficacia del contrato). La acción puede instarse por cualquier persona que ostente un interés legítimo en la declaración de nulidad, sea parte en el contrato o sea un tercero, y no está sometida a ningún plazo de ejercicio (es imprescriptible)[23]. Por supuesto, el juez puede apreciar de oficio la causa de nulidad y declararla.

El derecho español admite la nulidad parcial, si se circunscribe a una o varias de las varias disposiciones que integran un contrato, cuestión sobre la que volveremos más adelante.

IV. EL TIPO DE NULIDAD DE LOS ARTÍCULOS MENCIONADOS

1. La nulidad como sanción y el art. 6.3 CC

La proclamación de la nulidad de todos los actos y disposiciones de negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación se ha configurado por los legisladores estatal y autonómico como un modo de sancionar las conductas discriminatorias que se producen en el ámbito de la contratación entre privados.

La percepción de la nulidad como sanción es ampliamente extendida entre la civilística española. Se trata, para la doctrina más aceptada, de un medio de reacción del derecho frente al acto o situación antijurídica. Los actos son nulos en tanto que son ilícitos, esto es, contrarios a las normas de mandato[24].

Aparentemente, esta concepción es la recogida en los arts. 10 LOIEMH, 28 Ley 11/2014 y 25 Ley 19/2020 y nos traslada imperiosamente a la nulidad del art. 6.3 CC, que la doctrina ha analizado bajo la óptica de la nulidad por ilicitud. El literal del mencionado art. 6.3 CC es el siguiente:

> "Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezcan un efecto contrario para el caso de contravención".

Como ha matizado Delgado Echevarría, el art. 6.3 CC no dice que la infracción de normas imperativas o prohibitivas sea la premisa necesaria de toda nulidad, sino únicamente que hay un tipo de nulidad que corresponde a normas imperativas o prohibitivas. Si un acto es contrario a las normas imperativas y prohibitivas, entonces es nulo[25]. De este modo, el art. 6.3 CC conecta directamente con el art.

23 Díez-Picazo, L.: *Fundamentos*, *cit*., pp. 577-578.

24 Delgado Echevarría, J.: "¿Sanción de invalidez? Los conceptos de invalidez y sanción", en AA.VV.: *Las Nulidades de los Contratos: un Sistema en Evolución* (coord. por J. Delgado Echevarría), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 102-103.

25 Delgado Echevarría, J.: "Sanción de invalidez", *cit*., pp. 102-103.

1255 CC, cuando impone que la ley (imperativa, se entiende) constituye uno de los límites a la libertad contractual.

Así, el acto jurídico en sentido estricto o la disposición de un contrato cuyo contenido comporte una discriminación contraria a los estándares fijados en las leyes de protección (en los términos de los arts. 6 LOIEMH; arts. 4 y 5 Ley 11/2014; y arts. 4 y 5 Ley 19/2020) se consideran ilícitos y llevan aparejados la nulidad de pleno derecho. Y esto debe entenderse del siguiente modo:

a) Para los actos jurídicos en sentido estricto, la nulidad del art. 6.3 CC debe entenderse únicamente como una carencia de efectos. No podrá operar la consecuencia propia de la nulidad contractual tal como es la restitución de prestaciones, ya que entonces estaríamos en el ámbito propio, precisamente, del derecho de contratos (y, por extensión, de los negocios jurídicos)[26].

b) Para los negocios jurídicos, la nulidad del art. 6.3 CC debe entenderse como una carencia de efectos que, además, abre la puerta a la restitución de prestaciones, si así lo solicitan las partes.

En adelante, para el propósito de esta investigación trataré cuestiones que específicamente tienen cabida en la nulidad por discriminación en el contrato. Por lo tanto, me centraré en problemáticas referidas al subtipo de negocio jurídico que constituyen los contratos, sin que lo que aquí se afirme sea directamente extrapolable a los actos jurídicos en sentido estricto o a otros subtipos de negocios jurídicos (como, por ejemplo, los testamentos). Además, debe aclararse que circunscribo el tratamiento a discriminaciones en cláusulas o disposiciones contractuales (que comportan la imposición a la parte que reúne características protegidas de condiciones más gravosas de contratación), no a negativas a contratar, por cuanto en estas últimas situaciones hay una declaración de voluntad pero no se llega a celebrar de forma efectiva un contrato (como la propia expresión indica).

2. Explicaciones alternativas: causa ilícita y objeto ilícito

Carrasco Perera ha señalado la dificultad de encontrar algún pronunciamiento judicial que fundamente la nulidad de un contrato ilícito de forma exclusiva en el art. 6.3 CC y las confusiones reiteradas que se producen en la operativa diaria de nuestros tribunales entre los conceptos de negocios prohibidos y negocios con causa ilícita, a lo que se suma los problemas que se ocasionan ante la ausencia de un régimen propio para la nulidad del art. 6.3 CC[27].

26 Navas Navarro, S.: "Negativa a contratar", *cit.*, p. 1625.

27 Carrasco Perera, Á.: *Derecho de contratos*, *cit.*, pp. 720-721.

En puridad las calificaciones relativas a la nulidad por contravención de norma imperativa, por contravención de la moral y el orden público y por negocio con causa ilícita no son intercambiables. Según el mismo Carrasco Perera: "Un negocio incurso en causa ilícita puede no ser un negocio prohibido. […] Una prohibición sin desvalor de la conducta podrá conducir a la nulidad del art. 6.3 CC, pero no a la del art. 1275 CC"[28]. Ahora bien, ciertamente en la práctica se confunden o, cuanto menos, se condicionan. Y esto sucede porque los tribunales han reducido sistemáticamente la sanción de nulidad del art. 6.3 CC a los casos en los que la situación resultante del negocio prohibido es calificable de situación de ilicitud causal.

La cuestión no es menor, y es que el art. 6.3 CC se limita a efectuar una declaración de nulidad, pero no contiene un régimen de dicha nulidad (legitimación para instar su declaración judicial, plazos de ejercicio de la acción, efectos de la declaración y alcance). Debe entonces encauzarse a través del régimen propio de las nulidades contractuales (arts. 1261, 1300 y ss. CC), pero debe delimitarse si es de aplicación el general de las nulidades (arts. 1303 y 1307 CC) o el específico de los contratos incursos en causa ilícita o torpe (arts. 1305 y 1306 CC).

Sigue apuntado Carrasco Perera que "[l]as normas cuya contravención se regula en el art. 6.3 CC, susceptibles de proyectarse en la causa contractual como ilicitud, son las normas que tienen por objeto regular el contenido del intercambio negocial"[29], lo que en nuestro caso efectivamente acontece. Piénsese en los siguientes supuestos: un contrato de arrendamiento entre la propiedad y una arrendataria mujer prevé la resolución del contrato en el caso que esta esté encinta; o, en un supuesto similar, la resolución del contrato de arrendamiento en caso que el arrendatario conviva con una persona del mismo sexo; la prohibición de resintonización de canales de televisión en el arrendamiento de vivienda a una familia extranjera; la concesión de préstamos a tipos de interés superiores a familias inmigrantes que nacionales; la exigencia de avalista en el caso de solicitar una mujer un préstamo, cuando un hombre no está sometido a tal requisito. En ellos se da un trato discriminatorio antijurídico hacia una persona o grupo de personas con alguna característica protegida por la legislación antidiscriminación que se manifiesta en la estipulación de algunos de los aspectos centrales que rigen los respectivos vínculos contractuales, lo que se integra en lo que *supra* se ha denominado "contenido del intercambio negocial": las causas de resolución, las condiciones de goce del bien arrendado, el precio del contrato de préstamo y las obligaciones auxiliares necesarias para la celebración de la obligación principal, respectivamente.

28 Carrasco Perera, Á.: *Derecho de contratos*, *cit.*, p. 720.

29 Carrasco Perera, Á.: *Derecho de contratos*, *cit.*, p. 722.

Los límites entre las distinciones entre nulidad por ilicitud y nulidad por causa ilícita aún se difuminan más cuando se realiza un breve sobrevuelo en los supuestos que ha admitido la jurisprudencia para apreciar la ilicitud de la causa, que no es más que "la descripción de todos los casos en que la nulidad de un contrato está explicada o exigida por especiales razones de reproche de su contenido". Y, entre ellas, se señalan algunos rasgos que apunta a la concurrencia de causa ilícita. La siguiente enumeración, sin ser exhaustiva, podría también corresponder al esquema que tratamos de explicar[30], en el marco de una discriminación en un contrato:

a) Contrato prohibido por un valor moral intenso, de forma que su contravención puede considerarse un atentado a las buenas costumbres, lo que puede incluir los "compromisos relativos a la disposición de la integridad física o moral de un sujeto" y, por qué no, pactos que atenten contra algunas de las características protegidas por las normas antidiscriminación[31].

b) Contrato predeterminado por las partes con objeto de causar un daño ilegítimo a un tercero o que de hecho produce daño a terceros, sin que tal circunstancia pudiera ser legítimamente ignorada por los contratantes. Piénsese en un contrato de arrendamiento que incluya una cláusula que prohíba el subarriendo o la cesión del contrato a un inmigrante.

c) Contrato que tiene por objeto del intercambio de prestaciones ilícitas o, en general, el intercambio de una prestación por una conducta que la ley reprueba o por la abstención de un hecho que la ley reprueba. Esto lleva Carrasco Perera incluso a afirmar que "no existe distinción de importancia práctica entre un contrato con causa ilícita y un contrato con objeto ilícito (art. 1271 CC), como revela la dicción del art. 1305 CC".

Es conveniente detenerse en este último punto sobre la asimilación de causa ilícita y objeto ilícito, en tanto que puede coincidir con la aproximación que Alfaro Águila-Real realizó en su ya clásico trabajo *Autonomía privada y derechos fundamentales* sobre la (im)posibilidad de disponer de los propios derechos fundamentales en el contrato por derivación imperativa del orden público constitucional (arts. 6.2 y 1255 CC). Allí expone que: "[c]on carácter general, se fundamenta tal ineficacia [de la renuncia a los derechos fundamentales] en su consideración como bienes situados «fuera del comercio» (son inalienables), por lo que las renuncias a la titularidad y las renuncias al ejercicio que por su

30 Carrasco Perera, Á.: *Derecho de contratos*, *cit*., pp. 745-746.

31 De hecho, parte de la doctrina ha admitido que las cláusulas generales del derecho civil tales como "orden público" (arts. 6.2 y 1255 CC) o "buena fe" (art. 7.1 CC) pueden resultar efectivos para garantizar cierta eficacia de los derechos fundamentales (lo que incluye el derecho a no ser discriminado) en las relaciones *inter privatos*. *Vid*. Aguilera Rull. A.: *Contratación y diferencia*, *cit*., pp. 40-42.

extensión temporal o intensidad sean equiparables se reputan nulas (art. 1271.1 CC)"[32]. Y aporta al efecto varios ejemplos: contratos de esclavitud, cláusula por la que alguien se obliga a contraer matrimonio, cláusula estatutaria de una asociación que impide a las socias acceder a cargos directivos, cláusula de un contrato de arrendamiento que prevé que el arrendador podrá entrar en el piso en cualquier momento y sin previo aviso al arrendatario.

Sin embargo, centrada esta cuestión en la eventualidad de una cláusula contractual discriminatoria, se antoja difícil encontrar supuestos sobre los que directamente se contrate en renuncia directa sobre alguna de las características bajo la protección del principio de no discriminación del art. 14 CE (y también de los arts. 14 CEDH[33] y 21 CDFUE[34]), en tanto mayoritariamente constituyen rasgos del "ser" y opciones o elecciones íntimamente asociados a la dignidad de la persona. Sí se puede disponer del derecho a la intimidad, a la libertad de expresión o –por supuesto- a la propia imagen, pero es más dudoso que se pueda hacer lo mismo con el derecho a no ser discriminado como integrante del objeto esencial del contrato[35].

En una interpretación algo extensiva, la diferenciación de precios basada únicamente en el sexo del consumidor también puede constituir en cierto modo objeto ilícito. Por ejemplo, en las peluquerías es frecuente que se tengan dos tarifas, una para hombres y otra para mujeres, ignorándose a menudo que lo que realmente diferencia el servicio que se presta en concreto depende de distintas variables (tipo de cabello, resultado que se quiere) que no tienen en absoluto por qué corresponderse con el sexo del usuario. En estos casos se está produciendo una asimilación de complejidad o sencillez del servicio (empleo de distintas técnicas, mayor duración temporal del corte, mayor consumo de agua, luz, horas del personal y productos específicos) al mero hecho de ser hombre o mujer. Esta asimilación se refleja en la tarifa de precios (para un servicio del mismo tipo, precio superior para mujer que para hombre), lo que apunta a la existencia de una discriminación antijurídica en el precio, prestación esencial del objeto del contrato de arrendamiento de servicios (art. 1544 CC).

En cualquier caso, queda apuntado que existen varias vías para poder denunciar la nulidad de un acto o disposición discriminatorio que ejecute o que

32 Alfaro Águila-Real, J.: "Autonomía privada", *cit.*, pp. 99-100.

33 Convenio Europeo de Derechos Humanos (Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950). BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

34 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. DOCE 364/01, de 18 de diciembre de 2000.

35 Aventuro que la contratación de terapias de conversión de la orientación sexual podría caer dentro de estos supuestos, aunque también aquí podría sostenerse con fundamento que en realidad se está disponiendo del derecho a la integridad física y moral si se entiende que se está enfocando la homosexualidad como una enfermedad de la que el sujeto puede "curarse".

se inserte en un contrato. Puede parecer que la discusión anterior es hasta cierto punto bizantina, si bien desde el momento en que no existe una normativa antidiscriminatoria de carácter general que rija para todo el territorio nacional, en los casos no cubiertos por la LOIEMH (esto es, para todos los que se produzca discriminación en el contrato por cualquier característica protegida menos por razón de sexo), debe seguir acudiéndose, si quiere optarse por el remedio de nulidad, a la nulidad por causa o por objeto ilícito.

En cambio, para los casos de discriminación que queden cubiertos por la LOIEMH (y, en Cataluña, por las Leyes catalanas 11/2014 y 19/2020, que deberían de ser la práctica totalidad en atención al amplísimo ámbito objetivo de esta última norma) debería ser suficiente en la gran mayoría de ellos con acudir a la nulidad por ilicitud del art. 6.3 CC. Aun así, alternativa o subsidiariamente puede instarse también la nulidad por causa ilícita o, para supuestos extremos, por objeto ilícito, aunque no debería ni entrar a valorarse por el juez puesto que la nulidad del art. 6.3 CC es apreciable de oficio por ser materia de orden público.

V. RÉGIMEN DE LA NULIDAD Y EFECTOS

Partiendo de la admisión de la nulidad por ilicitud del art. 6.3 CC, y ante la ausencia de un régimen específico para tal nulidad (el art. 1300 CC únicamente se refiere a contratos en los que no concurran de forma correcta los requisitos del art. 1261 CC: objeto, causa y consentimiento), debe acudirse el régimen general de nulidad del contrato[36].

Si el contrato es nulo no puede vincular a las partes y, por lo tanto, no hay obligaciones exigibles. Debe procederse, pues, a la restitución recíproca de las cosas o de los bienes que han sido entregados, con sus frutos, productos, rendimientos, y el precio con los intereses (art. 1303 CC), o al valor de la cosa con sus frutos e intereses si esta ya no se puede devolver (art. 1307 CC)[37].

La literalidad de la norma (acto, disposición o cláusula de negocio jurídico) abre las puertas a la aceptación de la nulidad parcial (a la que tampoco se opone el art. 6.3 CC). A la misma conclusión debe llegarse aplicando el criterio teleológico de interpretación de la norma. Y es que, si sometiésemos el contrato con disposición o cláusula nula por discriminatoria a la estricta aplicación de la nulidad total y de los efectos que lleva asociados (la restitución de las prestaciones), ello supondría la

36 Delgado Echevarría, J.: "De la nulidad de los contratos", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (dir. por C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León, P. Salvador Coderch), Ministerio de Justicia – Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, p. 541.

37 Díez-Picazo, L.: *Fundamentos*, *cit*., pp. 579-580.

exclusión del discriminado al acceso al bien o servicio o a su disfrute en igualdad de condiciones, que es justo lo que la norma de protección pretendía evitar[38].

Acudir al régimen más desarrollado de la nulidad parcial resulta más conforme con la letra y el espíritu de la norma, pero entraña el problema de la integración de las cláusulas declaradas nulas, y más ante la ausencia de una decisión normativa expresa sobre la regulación sustitutoria. DÍEZ-PICAZO señala que, ante estos escenarios, pueden aplicarse los siguientes criterios para colmar las lagunas producto de la declaración de nulidad parcial[39]:

(i) Aplicar lo que las mismas partes hayan previsto en el contrato ante la posibilidad de nulidad parcial. Difícilmente se nos presentará esta opción en los casos que aquí tratamos, porque sería tanto como que las partes hubieran aceptado ya de entrada que estaban incluyendo en el contrato una disposición o cláusula discriminatoria.

(ii) Acudir al derecho legal dispositivo, que sirve como modelo general de regulación.

(iii) A falta de lo anterior[40], deberán aplicarse las reglas deducibles del principio de buena fe, de conformidad con el art. 1258 CC.

De este modo, la integración del contrato debe consistir en tener por no puesta la cláusula que se haya determinado que causa o constituye discriminación antijurídica y, en general, se tenderá a imponer la obligación de igualar el trato dispensado a la persona discriminado respecto al que habría tenido si no reuniera alguna de las características protegidas. En la práctica, esta obligación de igualdad de trato se traducirá, por ejemplo, en la inaplicación de la contraprestación adicional o en equiparación del precio o la prestación[41].

Para los supuestos en los que el discriminado resulte ostentar la condición de consumidor o usuario en los términos del art. 3 TRLGDCU, difícilmente puede sostenerse que cabría la aplicación del art. 83 TRLGDCU, que prevé la nulidad

38 AGUILERA RULL. A.: *Contratación y diferencia*, *cit*., p. 310. Allí, la autora razona que si, en primer lugar, atendemos a la voluntad real o presumible de las partes, podemos presumir que, al menos, la víctima de la discriminación está interesada en la conservación del contrato. En cuanto al otro contratante causante o favorecido por la discriminación, afirma que "si estaba dispuesto a celebrar el negocio sin la cláusula discriminatoria en el caso que sirve de término de comparación [es decir, si la otra parte contratante no era una persona con característica protegida], también debería estarlo en el caso objeto de análisis" y señala que, precisamente, esta ha sido la solución adoptada por el legislador alemán en el § 139 BGB.

39 DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos*, *cit*., pp. 588-589.

40 DÍEZ-PICAZO, L.: "Comentario al artículo 1258 CC", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, R. BERCOVITZ, L. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, P. SALVADOR CODERCH), Ministerio de Justicia – Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, p. 438.

41 AGUILERA RULL. A.: *Contratación y diferencia*, *cit*., p. 311.

de las cláusulas abusivas cerrando a la vez la puerta a la moderación judicial[42]. Y es que, tratándose la regulación de la abusividad de una limitación a la libertad de pacto de las partes, debe esta leerse de forma restrictiva. De este modo, podemos encontrarnos en que un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor incluye una cláusula abusiva, que será declarada nula *ex* art. 83 TRLGDCU y el contrato subsistirá sin más sin aquel contenido, y también una cláusula discriminatoria conforme a alguna de las leyes antidiscriminación, que será declarada nula e integrada *ex* art. 1258 CC.

En los casos en los que se debe seguir optando por declarar la nulidad por otras vías, puede resultar de aplicación el régimen específico de nulidad por causa torpe (en especial, la regla 2ª del art. 1306 CC[43]).

VI. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA NULIDAD POR DISCRIMINACIÓN

Varios son los autores que han cuestionado el recurso a la nulidad civil como remedio ante la discriminación. Apúntese, de entrada, que Carrasco Perera señala que: "es improbable que en el derecho privado (no laboral) la nulidad constituya la sanción adecuada para el tratamiento de la discriminación. La responsabilidad civil contractual por el daño moral y material causado por discriminación será ordinariamente más factible"[44].

En concreto, sobre el art. 10 LOIEMH, Carrasco Perera incide en que "[no] hay certidumbre acerca de la intención del legislador de introducir la consecuencia de nulidad del contrato discriminatorio en el ámbito civil, a la vista de la estructuración de la norma", y más teniendo en cuenta que, con posterioridad, el Título VI de dicha LO ya se ocupa específicamente de la igualdad en el acceso a los bienes y servicios y establece consecuencias jurídicas propias para la vulneración del principio de no discriminación en este ámbito, en adición a la nulidad del art. 10[45].

Incluir la nulidad como remedio de derecho privado ante la discriminación fue una opción del legislador español. El art. 8.2 de la Directiva 2004/13/CE obliga a los Estados miembros a "introducir en sus ordenamientos jurídicos internos las medidas para que cualquier persona que se considere perjudicada a causa de una discriminación en el sentido de la presente Directiva reciba una indemnización

42 González Pacanowska, I.: "Cláusulas no negociadas individualmente", en AA.VV.: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 2ª ed., pp. 1165-1169.

43 "Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes: 2.ª Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido."

44 Carrasco Perera, Á.: *Derecho de contratos*, *cit.*, p. 726.

45 Carrasco Perera, Á.: *Derecho de contratos*, *cit.*, p. 726.

o compensación reales y efectivas del Estado miembro, de manera disuasiva y proporcional al daño sufrido"; por su parte, el art. 13.b) de la misma Directiva contempla la posible nulidad de las cláusulas contractuales discriminatorias, pero en ningún caso se configura como derecho necesario que debe ser adoptado por los Estados miembros en la transposición del derecho de la Unión.

Ya en su momento el Consejo de Estado informó desfavorablemente sobre la generalización de la declaración de nulidad los actos jurídicos discriminatorios que tuvieran lugar en las relaciones entre privados que se preveía en el entonces art. 9 del Anteproyecto de ley. Además, el órgano consultivo advertía que no contenía una regulación de dicha nulidad (circunstancias, condiciones y efectos, procedimiento para hacerla valer). García Rubio se suma a las críticas al flamante art. 10 LOIEMH, finalmente aprobado y promulgado, y cuestiona que la nulidad se trate de la mejor solución para hacer valer los derechos de la víctima[46]. Considera que el sistema de remedios del derecho privado ofrece a la víctima otros mecanismos como el derecho a exigir el cumplimiento de la obligación de no discriminar y de indemnizar los daños y perjuicios causados por la conducta discriminatoria[47].

En contraposición, textos de *soft law* del derecho de contratos europeo enfocan en otra línea. El art. II.-7:301 del *Draft Common Frame of Reference* prevé la nulidad de contratos que infrinjan "un principio fundamental reconocido por las leyes de los Estados Miembros de la Unión Europea"[48], siempre que dicha nulidad sea necesaria para hacer eficaz el principio vulnerado. Configurado así, la nulidad no es una consecuencia automática, como ocurre en las leyes estatal y autonómicas expuestas, sino un recurso excepcional que al que acudir cuando resulte indispensable[49].

46 García Rubio, M. P.: "Discriminación por razón de sexo", *cit.*, pp. 151-152.

47 Sin embargo, las recientes iniciativas legislativas en trámite de ámbito estatal persisten en la declaración automática de la nulidad. Así se desprende del literal del art. 58 del Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (impulsado por el Ministerio de Igualdad) y también del art. 23 de la Proposición de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación (presentada por el Grupo Parlamentario Socialista).

48 Giménez Costa, A.: El principio de no discriminación y su incidencia en la contratación privada", en AA.VV.: *Nuevas perspectivas del derecho contractual* (dir. por E. Bosch Capdevila), Bosch, L'Hospitalet de Llobregat, 2012, p. 634.

49 Carrasco Perera, Á.: *Derecho de contratos*, *cit.*, p. 726.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilera Rull. A.: "Discriminación directa e indirecta", *InDret* 1/2007, enero 2007, pp. 1-17.

Aguilera Rull. A.: *Contratación y diferencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Alfaro Águila-Real, J.: "Autonomía privada", *Anuario de Derecho Civil*, 1993, pp. 57-122.

De Castro y Bravo, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.

Delgado Echevarría, J.: "De la nulidad de los contratos", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (dir. por C. Paz-ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León, P. Salvador Coderch), Ministerio de Justicia – Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.

Delgado Echevarría, J.: "¿Sanción de invalidez? Los conceptos de invalidez y sanción", en AA.VV.: *Las Nulidades de los Contratos: un Sistema en Evolución* (coord. por J. Delgado Echevarría), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

Díez-Picazo, L.; Gullón, A.: *Sistema de derecho civil*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 2012, 12ª ed.

Díez-Picazo, L.: "Comentario al artículo 1258 CC", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (dir. por C. Paz-ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León, P. Salvador Coderch), Ministerio de Justicia.

Díez-Picazo, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial. I. Introducción a la teoría del contrato*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, 6ª ed.

Fernández Torres, I.: "La igualdad de trato de mujeres y hombres en la contratación mercantil", AA.VV.: *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (dir. por A. Montoya Melgar; coord. por Y. Sánchez-Urán Azaña), Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007.

García Rubio, M. P.: "Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Derecho Privado y Constitución*, 2007, núm. 21.

Giménez Costa, A.: El principio de no discriminación y su incidencia en la contratación privada", en AA.VV.: *Nuevas perspectivas del derecho contractual* (dir. por E. Bosch Capdevila), Bosch, L'Hospitalet de Llobregat, 2012.

González Pacanowska, I.: "Cláusulas no negociadas individualmente", en AA.VV.: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 2ª ed.

Navas Navarro, S.: "Negativa a contratar y prohibición de discriminación (Derecho comunitario y Derecho europeo)", *Anuario de Derecho Civil*, 2007, tomo LX, fasc. IV.

San Martín Mazzuconi, C.: "Artículo 10. Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres* (dir. por C. Sánchez Trigueros; A.V. Sempere Navarro), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO TERCEIRO CÚMPLICE PELO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL

GROUNDS OF CIVIL LIABILITY OF THE THIRD PARTNER FOR CONTRACTUAL DEFAULT

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 528-551

Marcelo
CHIAVASSA
y Rafael
MARINANGELO

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Este artigo visa debater a responsabilidade civil do terceiro que interfere na relação negocial alheia culminando com sua extinção prematura. No Brasil, a questão está tipificada no art. 608 do Código Civil, mas admite-se a sua caracterização em situações distintas daquela tipificada. O debate sobre os requisitos caracterizadores da responsabilidade civil do terceiro é essencial para a compreensão do instituto, tal qual os fundamentos jurídicos (função social, boa-fé objetiva, concorrência desleal, relatividade dos efeitos contratuais, tutela externa do crédito) que servem de sustentáculo para o reconhecimento da responsabilidade civil.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidade Civil, Terceiro Cúmplice, Inadimplemento, Boa-Fé Objetiva, Função Social Do Contrato, Relatividade Dos Efeitos Do Contrato.

ABSTRACT: *Este artículo tiene como objetivo debatir la responsabilidad civil del tercero que interfiera en la relación comercial de otro, culminando en su extinción prematura. En Brasil, el tema se tipifica en el art. 608 del Código Civil, pero se admite su caracterización en situaciones distintas a la tipificada. El debate sobre los requisitos que caracterizan la responsabilidad civil del tercero es fundamental para el entendimiento del instituto, así como los fundamentos legales (función social, buena fe objetiva, competencia desleal, relatividad de los efectos contractuales, protección crediticia externa) que sirven como apoyo al reconocimiento de responsabilidad civil.*

KEY WORDS: *Responsabilidad Civil, Tercer Cómplice, Incumplimiento de Contrato, Buena Fe Objectiva, Función Social del Contrato, Relactividad de los Efectos del Contrato.*

SUMARIO.-I. INTRODUÇÃO AO TEMA. II. A CONSTRUÇÃO DO DIREITO OBRIGACIONAL MODERNO E SUAS INFLUÊNCIAS NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002. III. A TEORIA GERAL DO TERCEIRO CÚMPLICE. 1. Regime jurídico do artigo 608 do Código Civil brasileiro e o caso Brahma x Schincariol (Zeca Pagodinho). 2. Regime jurídico do artigo 500 do Código Comercial brasileiro. IV. FUNDAMENTOS PARA O RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DE TERCEIRO PELA INTERFERÊNCIA NA RELAÇÃO CONTRATUAL ALHEIA. V. CONCLUSÃO.

I. INTRODUÇÃO AO TEMA

O ponto de partida da discussão parece ter ocorrido na Inglaterra, em 1853, a partir do caso de uma cantora de ópera. Benjamin Lumley, em 1852, convidou a cantora Johanna Wagner (sobrinha do compositor alemão Wagner), a se apresentar no Teatro Real de Sua Majestade em Londres, com exclusividade e durante o período de três meses. O aceite ao convite veio por meio de seu agente. Na sequência, Frederick Gye, responsável pela administração do Teatro Covent Garden, entra em contato com o mesmo agente e oferece quantia bastante superior para que Johanna Wagner se apresentasse no seu teatro no mesmo dia, o que foi prontamente aceito. Lumley, assim, decidiu demandar Frederick Gye pelos danos a ele causados. O Tribunal inglês acatou a reclamação e condenou Frederick Gye a indenizar Benjamin Lumley pela interferência ilícita na relação contratual[1]. Ademais, impediu que Johanna Wagner se apresentasse no Teatro Covent Garden, rechaçando, por fim, o pedido de cumprimento forçado da obrigação[2].

Este caso reflete com bastante clareza o objeto do presente estudo. Existe fato antijurídico por parte de terceiro que interfere diretamente na relação jurídica pré-existente? Se sim, é cabível indenização? Quais são os fundamentos jurídicos que podem justificar essa indenização? E, por fim, quais são os elementos fundantes desta responsabilidade por parte do aliciador?

1 Fernández, G. *Interferencia de terceros en contratos ajenos*. Faculdade de Derecho de Pontificia Universidad Católica de Chile. *Disponível em http://derecho.uc.cl/es/noticias/derecho-uc-en-los-medios/13107-profesor-gonzalo-fernandez-interferencia-de-terceros-en-contratos-ajenos*. Acessado em 31.07.2021.

2 Río, C. B Del. *Breve revisión de la responsabilidad por intereferencia de contratos del competidor em Chile. Revista Chilena de Derecho Privado* nº 19, dicembro 2012. Disponível na Plataforma Scielo https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722012000200005. Acessado em 31.07.2021.

• Marcelo Chiavassa
Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Professor de Direito Privado na Universidade Presbiteriana Mackenzie. marcelochiavassa.lima@mackenzie.br.

• Rafael Marinangelo
Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e especialista em Direito Civil pela Università Degli Studi di Camerino-Italia.

Portanto, nosso objetivo com o presente estudo, consiste em estruturar, de modo abrangente, a responsabilidade do terceiro cúmplice, pois somente assim é possível compreender os reais fundamentos para a solução jurídica aqui preconizada.

Para tanto, iremos demonstrar como agem e interagem a mitigação da relatividade dos efeitos contratuais, o princípio da função social do contrato e o da boa-fé objetiva para consolidar essa peculiar forma de responsabilidade civil, cujo propósito é a preservação das relações jurídicas contratuais e a satisfação dos interesses das partes contratantes, sem o quê coloca-se em risco o próprio instituto do contrato como instrumento de satisfação dos interesses em jogo.

II. A CONSTRUÇÃO DO DIREITO OBRIGACIONAL E CONTRATUAL MODERNO E SUAS INFLUÊNCIAS NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002

A visão individualista do direito privado consagrada a partir dos ideais da Revolução Iluminista Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade) e que foi a força motriz do Código Civil Francês de 1804 (*Code Napoleon*) elevou a vontade das partes ao mais alto grau de proteção, ficando o Estado incapaz de revisar os contratos[3]. Ao juiz cabia apenas aplicar a lei e não a interpretar ("boca da lei"). Sem limites legais, os mais fortes economicamente (burguesia) oprimiram os mais fracos (plebe), o que restou evidente nas revoluções proletárias que eclodiram a partir da segunda metade do século XIX.

Sobre o tema, aliás, vale recordar a passagem de Dominique Lacordaire a partir da observação do fenômeno aqui narrado: "entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, entre o senhor e o servo, a liberdade escraviza e a lei liberta". Reconhecido este conflito, o *pacta sunt servanda* foi sendo mitigado em detrimento de maior proteção aos contratantes vulneráveis ou que se tornavam vulneráveis durante a execução do contrato[4]. Foram retomadas as técnicas de revisão contratual[5] e

3 Isso porque se vislumbrou que aquele modelo de liberdade privada absoluta, no âmbito das relações privadas, celebrado pelo *Code Napoleón*, continha em sua estrutura um sem-número de falhas geradas pela maneira exagerada com que tratou os sujeitos de direito diante de sua pretensa (mas não efetiva) igualdade e diante da pouca preocupação com os interesses de toda a comunidade. Melhor explicando. O fenômeno político do fim do século XVIII, as convulsões sociais dessa época e o postulado da liberdade incondicional que inspiraram o *Code Napoleón* desconsideraram fenômenos sócio-jurídico-econômicos que se tornaram muito evidentes no decorrer do século XIX e fizeram medrar outra estrutura de ordenação jurídica, não mais à luz do que se logrou denominar *liberdade negocial*, mas à luz do que hoje podemos identificar como representantiva da expressão *função negocial*." Andrade Nery, Rosa Maria Barreto Borriello de. *Introdução ao pensamento jurídico e a Teoria Geral do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 88/89.

4 Gomes, O. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 39.

5 "A mudança de orientação deve-se a acontecimentos extraordinários, que revelaram a injustiça da aplicação do princípio [*pacta sunt servanda*] nos seus termos absolutos. Após a primeira conflagração mundial, apresentaram-se, em alguns países beligerantes, situações contratuais que, por força das circunstâncias, se tornaram insustentáveis, em virtude de acarretarem onerosidade excessiva para um dos contratantes." Gomes, O. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 39.

impostos limites à liberdade de contratar, dentre eles a função social do contrato no início do século XX. Com estas restrições e esta mudança de paradigma, a doutrina passou a reconhecer que não mais se estava diante da antiga noção de *autonomia da vontade*, mas sim de uma nova figura: *autonomia privada*[6]. Por conta desta mudança de paradigma sobre o direito contratual, muitos chegaram a questionar se o contrato tenderia a desaparecer[7] e alguns chegaram a profetizar, inclusive, sua morte[8]. Esta situação ficou conhecida como a *crise dos contratos*, mas já se encontra efetivamente rechaçada e foi um importante marco para o desenvolvimento do direito contratual moderno.

A função social do contrato é princípio do direito privado moderno no qual se assentam as relações obrigacionais. O vínculo obrigacional não se encerra mais na relação individual, mas se expande e se arraiga no tecido social. Emilio Betti, ao analisar a figura dos negócios jurídicos, conclama que eles possuem uma função social extremamente relevante[9], razão pela qual o Estado preza pela sua proteção e máxima eficácia.

Ainda no campo do direito obrigacional, Clóvis do Couto e Silva, lastreado na doutrina alemã, rompeu com a dogmática vigente ao lançar as bases para o reconhecimento da obrigação como processo[10]. Originariamente analisada sob o ponto de vista estático, a obrigação era vista como constituída por duas partes estanques, posicionadas em polos apostos, mas vinculadas juridicamente, sendo, o credor, titular do direito de exigir o cumprimento da prestação e, o devedor, a ela obrigado.

Reconhecida como processo, entretanto, a obrigação deixa de ser elemento estático, para configurar ato encadeado de inúmeros direitos e obrigações, ainda

6 "Contudo, importante é que essa liberdade seja condicionada, pois a liberdade, sendo um bem nas mãos de pessoas de bom-senso, pode transformar-se em um mal, quando dirigida por forças que escravizam o ser humano, de uma forma ou de outra. Dessa maneira, a liberdade está condicionada a certos princípios de convivência intersubjetiva, para que não se verifiquem abusos e para que se reafirme, sempre, a ideia de que o Direito pode não ser a própria Justiça, mas para ela deve tender. O direito de um há que chegar até o limiar do direito de outrem, para que haja o respeito mútuo entre as pessoas, numa reafirmação constante da ideia segundo a qual o Direito deve harmonizar sua vida." Villaça Azevedo, Á. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 111.

7 Entre nós, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ao analisar a sociedade de massa e as novas formas de contratação assim escreveu: "Estamos vivendo numa sociedade sem liberdade. Se a tendência for essa é muito provável que diante da pergunta – qual o destino do contrato? – tenhamos que, num futuro, não sei se próximo ou longínquo, que responder: é o seu progressivo desaparecimento. Isso pelo menos nos termos como ele foi entendido, tradicionalmente, pela teoria jurídica. O que virá em seu lugar? É a interrogação que deixamos em aberto." (*Destino do Contrato. In Revista do Advogado*, Ano III, nº 9, pag. 54 – Conferência pronunciada em 30 de abril de 1980, no Curso sobre Contratos, realizado pela AASP).

8 Por todos: Gilmore, G *La morte del contratto*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1999.

9 "Ora il diritto, quando si decide ad elevare i contratti in parola al livello di negozi giuridici, altro non fa che riconoscere, in vista della sua funzione socialmente rilevante, quel vincolo che, secondo la coscienza sociale, i privati stessi già per l'innanzi sentivano di assumersi nei rapporti fra loro. Non fa che refforzare e rendere piú sicuro tal vincolo, aggiungendovi la propria sanzione." (Betti, E. *Teoria Generale del Negozio Giuridico*. Ristampa Università di Camerino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 46.

10 Couto E Silva, C. *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006.

que não previstos expressamente pelas partes, para o alcance de seu objetivo precípuo, qual seja, o adimplemento.

A relação obrigacional cria-se e desenvolve-se, portanto, para a satisfação dos interesses das partes, agora, não mais estanques e em posição de confronto, mas em posições jurídicas diversas (credor e devedor), simultâneas e em caráter de colaboração, de direitos e obrigações conducentes ao seu fim, consubstanciado no adimplemento.

A positivação do princípio da boa-fé objetiva (art. 422) e da função social do contrato (art. 421) no Código Civil brasileiro de 2002, consolidou a visão obrigacional delineada por Clóvis do Couto e Silva e trouxe amplitude hermenêutica, ao direito obrigacional, mais consentânea com os ideais da Constituição Federal brasileira de 1988 e com a complexidade social do final do século XX e início do século XXI.

III. A TEORIA GERAL DO TERCEIRO CÚMPLICE NO BRASIL

Desde há muito a doutrina e a jurisprudência vêm se confrontando com o problema da interferência de terceiro na relação contratual, visando impedir a execução ou mesmo provocando sua anormal extinção.

Otávio Luiz Rodrigues Junior narra que, no Brasil, em 1988, um famoso apresentador de auditórios denunciou contrato que mantinha com emissora de televisão, com duração de 50 meses, sem justo motivo e, dias após, apresentou-se em emissora concorrente para a condução de programa igual àquele que apresentada na antiga companhia televisiva.[11]

Indagado sobre sua conduta, o apresentador procurou isentar-se de responsabilidade, alegando que a ruptura do contrato deveria ser imputada a sua atual empregadora, que lhe estimulou a romper o contrato anterior, fornecendo-lhe, inclusive, suporte negocial, econômico e jurídico para tanto.

Outro caso interessante é relatado por Junqueira, sobre fenômeno que se tornou famoso em território brasileiro. No Brasil, os postos de combustível, por regulamentação governamental, deveriam estar vinculados a uma empresa distribuidora de combustível, tais como Shell, Esso ou Petrobrás, e somente dela poderia adquirir o combustível.

Em 1993, por força de alterações legislativas, tal obrigatoriedade foi revogada e surgiu os denominados postos de "bandeira branca", nomenclatura alusiva à

11 Rodrigues Jr., Otavio L, *A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio da res inter alios acta, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos*, RT 821/80.

falta de uma marca atrelada à uma determinada distribuidora de combustível. No mercado passaram a conviver, portanto, postos de gasolina vinculados a determinadas distribuidoras e outros não vinculados a nenhuma distribuidora de combustível.

Assi, enquanto os postos denominados "bandeira branca" estão livres para adquirir combustíveis de qualquer distribuidora (em relações de compra e venda pontuais), os demais encontram-se vinculados ao contrato firmado com a distribuidora específica a qual se vinculou e, portanto, está obrigada a adquirir dela, e somente dela, o combustível a ser comercializados para o mercado consumidor em geral (em contratos de fornecimento).

Nos postos vinculados a determinadas distribuidoras, por vezes há expressa previsão de exclusividade e, por outras, a despeito da ausência de cláusula expressa nesse sentido, a referida obrigação é implícita, pois "surge como dever acessório do vínculo contratual, por força da boa-fé objetiva, e, à semelhança dos elementos naturais (naturallia negotii) do contrato, obriga da mesma forma".[12]

Não obstante, era comum que terceiros aliciassem os donos de postos atrelados às distribuidoras para que adquirissem os seus combustíveis, violando o contrato de fornecimento entre o referido posto e a distribuidora, sob o pretexto de inexistir, em alguns casos, a já mencionada cláusula expressa de exclusividade. E mesmo quando tal cláusula existia, o aliciamento também se fazia presente, muitas vezes de forma velada, mediante a venda de apenas parte do combustível comercializado, a fim de que o inadimplemento – parcial – passasse desapercebido e desse a impressão de simples queda nas vendas.

O caso, a despeito da existência de regra legal clara no Código Civil brasileiro, foi considerado, por Antonio Junqueira de Azevedo, evidente descumprimento contratual por intervenção lesiva de terceiro, cabendo a devida reparação por força, no seu entender, da boa-fé objetiva.[13]

À época, ainda sob a vigência do Código Civil de 1916, a única regra sobre eventos dessa natureza era a contida no art. 1235, que dizia respeito a contratos agrícolas. Segundo aquele dispositivo legal, quem aliciasse pessoas obrigadas a outrem por locação de serviços agrícolas, deveria pagar em dobro ao locatário prejudicado a importância, que o locador, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante quatro anos.

12 Azevedo, A. J., *Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual,* RT 750/113

13 Azevedo, A. J., *Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual,* RT 750/113.

Afora isso, o sistema não continha muitos mecanismos para tutelar situações nas quais o cumprimento de um contrato fosse obstado por força de interferência de terceiros, alheio àquela relação negocial.

Com o advento do Código Civil de 2002 e toda a estrutura principiológica por ele abarcada, os casos de terceiro cúmplice pelo descumprimento contratual encontra tutela mais abrangente e eficaz.

Com efeito, a evolução do direito obrigacional no Brasil, que acaba por ser consagrada no Código Civil de 2002, faz surgir, no seio da doutrina brasileira, mais uma vez com alicerce na evolução doutrinária alemã, debates sobre a relatividade dos efeitos do contrato e a responsabilização do terceiro cúmplice no inadimplemento contratual.

O propósito do trabalho aqui delineado é demonstrar a possibilidade de mitigação da relatividade dos efeitos contratuais, a partir, sobretudo, do princípio da função social do contrato, visto que, sob sua égide, o contrato deixa de ser uma célula isolada e centrada apenas no vínculo instaurado entre seus partícipes, para tornar-se elemento de relevância social, sem a qual, aliás, nem mesmo encontraria fundamento de tutela jurídica.

O reconhecimento da relevância social do contrato permite considerar que, a despeito das obrigações principais ficarem subordinadas aos seus participantes (com exceção, claro, dos contratos cujos efeitos alcançam terceiros por força legal, como a estipulação em favor de terceiros), alguns efeitos possam sair do âmbito contratual e espraiar-se para o ambiente externo ou o ambiente externo possa gerar efeitos não previstos no âmbito contratual, com fins ao alcance do melhor adimplemento.

A aceitação da ideia da função social do contrato como um dos mecanismos colocados à disposição para tutelar os contratantes contra a interferência indevida de terceiros não significa, entretanto, que o terceiro passe a fazer parte do contrato, mas que, embora alheios à relação jurídica, não podem agir como se ela não existisse.[14]

Nesse contexto, questiona-se a viabilidade de responsabilização do terceiro cúmplice pelo inadimplemento contratual. Considera-se terceiro cúmplice o sujeito alheio à uma relação contratual preexistente que, mediante confecção de novo contrato com o devedor, provoca o inadimplemento deste naquela relação contratual à qual estava vinculado.

14 Azevedo, A. J.,, *Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual,* RT 750/113.

O terceiro, esclareça-se, encontra-se em posição jurídica caracterizada pelo alheamento material e formal em relação a determinada relação jurídica, de modo que não participa, nem direta, nem indiretamente, do vínculo contratual.

Em virtude de relação jurídica contratual preexistente, a princípio, o credor insatisfeito, no caso de inadimplemento, poderia responsabilizar apenas o próprio devedor, visto ser o único obrigado ao fiel cumprimento do pacto. No entanto, admitida a existência do terceiro cúmplice, conhecedor da relação obrigacional antecedente, frustrada pelo contrato firmado com o devedor, tem-se considerado possível a sua responsabilização.

A doutrina brasileira tem se debatido sobre o fundamento e a amplitude de tal responsabilização e a pluralidade de entendimentos autoriza e justifica o trabalho que, ora, se pretende realizar, no sentido de avaliar o fundamento para a responsabilização do terceiro cúmplice.

Observa-se, da pesquisa realizada no cenário brasileiro, existir pluralidade de entendimentos, ora lastreada na oponibilidade do contrato a terceiros, a teor da teoria francesa, bem representada por Alvino Lima[15]; ora amparada na função social do contrato, visto que o respeito ao pacto derivaria do seu reconhecimento como fato social, representado, dentre outros, por Teresa Negreiros[16]; ora com fundamento na boa-fé objetiva, geradora da obrigação negativa (dever de abstenção) destinada a terceiros, de não lesar relação obrigacional anteriormente assumida pelo devedor, posicionamento doutrinário bem delineado por Paula Greco Bandeira[17]. Soma-se a estes posicionamentos, a possibilidade, inclusive, de se entender pela aplicabilidade do instituto do dolo de terceiro, nos termos do artigo 148 do Código Civil brasileiro.

Incomoda-nos a tentativa de segmentação de fundamentos para a responsabilidade civil do terceiro cúmplice, como se apenas um critério pudesse servir de lastro para alcançar a solução jurídica almejada de responsabilização daquele que não respeita relações jurídicas consolidadas.

Parece-nos que o melhor caminho para fundamentar a responsabilidade do terceiro cúmplice é adotar interpretação mais abrangente, lastreada em todo o arcabouço legal existente[18] no ordenamento jurídica brasileiro, visto o grau de complementaridade.

15 Lima, A., A interferência de terceiros na violação do contrato, *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 5, Out-dez 2015.

16 Negreiros, T. *Teoria dos Contratos: novos paradigmas*. 2ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2006, p. 255.

17 Grecco Bandeira, P, *Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice,* in *Revista Trimestral de Direito Civil,* ano 8, vol. 30, abril-jun 2007.

18 - Silvestre, G. F., *A judicialização da teoria do terceiro cúmplice do inadimplemento no Brasil: análise de julgados*. DOI 10.128188/P.0304-2340.2018v72p259. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, nº 72, 2018, pp. 259-291.

Não nos parece haver motivos para fundar a aludida responsabilidade apenas na boa-fé objetiva, ou apenas na função social do contrato ou somente na mitigação da relatividade dos efeitos contratuais, mas, sim, na conjugação dos três elementos visto serem complementares e não excludentes, como parece ocorrer a boa parte da doutrina brasileira.

No direito norte-americano, foi desenvolvido o teste de meios ilícitos ("unlawful means test") a ser aplicado nos casos concretos. Por este teste, três são os pontos de observação: (i) a deslealdade do terceiro (dolosa ou culposa e, se culposa, qual intensidade da culpa); (ii) ato é lícito ou ilícito e (iii) o prejuízo causado à vítima[19].

No Chile, a temática parece estar afeita ao direito concorrencial, especialmente por conta do artigo 4º, "f" da Ley nº 20.169, que estabeleceu que são atos de concorrência desleal "toda conducta que persiga inducir a proveedores, clientes u otros contratantes a infringir los deberes contractuales contraídos con un competidor".

O artigo 5º da Lei nº 20.169 ainda permite à parte prejudicada ingressar com ação de cessação, declaração e remoção dos efeitos da conduta desleal, o que permite, inclusive, o pedido de declaração de nulidade da relação jurídica firmada entre aliciado e aliciador[20].

A mesma ideia é encontrada no direito francês, a partir da interpretação do artigo 1382 do Código Civil francês dada pelos Tribunais[21]. No mais, os requisitos são aqueles comuns ao instituto, como ciência da relação jurídica alheia e posterior ato de aliciamento que resulte na extinção da relação jurídica anterior.

No Direito italiano, De Cupis negava a possibilidade de responsabilização de terceiros por violação ao crédito, cuja tutela se exaure no âmbito interno da relação contratual.[22]

Pietro Perlingieri[23], todavia, lastreado na funcionalização do direito, considera possível a tutela externa do crédito, haja vista que o direito tutela o

19 Silvestre, G. F., *A judicialização da teoria do terceiro cúmplice do inadimplemento no Brasil: análise de julgados*. DOI 10.128188/P.0304-2340.2018v72p259. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG,* nº 72, 2018, pp. 259-291.

20 Río, C. B., *Breve revisión de la responsabilidad por intereferencia de contratos del competidor em Chile*. Revista Chilena de Derecho Privado nº 19, dicembro 2012. Disponível na Plataforma Scielo https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722012000200005. Acessado em 31.07.2021.

21 Río, C. B., *Breve revisión de la responsabilidad por intereferencia de contratos del competidor em Chile. Revista Chilena de Derecho Privado* nº 19, dicembro 2012. Disponível na Plataforma Scielo https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722012000200005. Acessado em 31.07.2021.

22 de Cupis, A., *Il danno: teoria generale della responsabilitá civile,* Milano, Giuffrè, 1970, pp. 66-68.

23 Perligieri, P., *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional,* trad. Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro, 2002.

contrato enquanto fato social e juridicamente relevante, não apenas como fato enclausurado na manifestação da vontade das partes contratantes. Agregado a isso, considera que a boa-fé objetiva, especialmente no que se refere aos deveres de lealdade e diligência, não recai apenas sobre as situações creditórias e à noção de adimplemento, mas também a terceiros alheios ao contrato.[24]

Sob esse prisma, a tutela do direito dos contratantes, por estar imbuído de função social, merece tutela contra ameaças externas, mediante a relativização de seus efeitos para alcançar, também, terceiros que indevidamente frustrem o adimplemento das obrigações lá consagradas.

Trata-se de caráter dúplice da tutela contratual que, de um lado, protege terceiros dos efeitos do contrato, mas, protege os contratantes dos efeitos nocivos da conduta de terceiros.

Bianca explica que a regra da tutela relativa do contrato é estabelecida para tutelar a esfera de liberdade dos sujeitos. Admite, porém, o que denomina de eficácia reflexa do contrato, isto é, a tutela dos direitos contratuais em oposição à generalidade das pessoas (erga omnes). Segundo o referido autor, o contrato cria, modifica e extingue posições jurídicas que, embora não incida sobre a esfera jurídica de terceiros, devem ser respeitadas de acordo com o princípio do respeito ao direito alheio.[25] a eficácia reflexa manifesta-se, portanto, como a oponibilidade dos efeitos do contrato frente a terceiros, justificando, assim, a responsabilidade de quem nele interfere para frustrar o seu livre desenvolvimento e satisfação dos interesses envolvidos.

Vicenzo Roppo[26], por sua vez, embora admita o dever do terceiro respeitar a relação contratual, não considera esse dever relacionado à flexibilização da relatividade do contrato. Segundo o autor, o terceiro que interfere na relação contratual alheia, frustrando a satisfação do interesse do credor, responde por dano injusto e não por sofrer qualquer ingerência da relatividade dos efeitos do contrato.

Não obstante a pluralidade de entendimentos doutrinários, aqui enunciados também com base em farta doutrina estrangeira, certo é que no ordenamento jurídico brasileiro a gama de opções de critérios para a salvaguarda da relação jurídica de interferência externa se afigura bastante rica, superando o óbice natural de se imputar algum tipo de responsabilidade ao terceiro.

24 op. Cit. P. 202

25 Bianca, M., *Diritto Civile: Il contratto,* seconda edizione, v. 3, Milano, Giuffrà, 2000, p. 573.

26 Roppo, V., *Il contratto,* seconda edizione, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 531-532.

Isso porque o abuso de direito e a violação à função social do contrato justificam a responsabilização do terceiro que, independentemente da intenção de prejudicar, atua de modo a interferir em relação anterior da qual tinha conhecimento, encetando com o devedor de outro negócio jurídico, obrigação incompatível com a primeira obrigação por ele assumida.

Trata-se de uma revisão do princípio da relatividade dos contratos, a autorizar a tutela externa do crédito, como assentou o Enunciado das Primeiras Jornadas de Direito Civil, do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que "a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito".

Nas palavras de Teresa Negreiros, por meio do enunciado acima transcrito "sai fortalecida, pois, a tese de que o princípio da função social condiciona o exercício da liberdade contratual e torna o contrato, como situação jurídica merecedora de tutela, oponível *erga omnes*".[27]

Porém, como adverte a autora, embora o princípio da função social do contrato exerça importante protagonismo na tutela externa do crédito, a responsabilização do terceiro "exige a articulação de vários princípios, alcançando-se soluções diversas conforme a predominância conferida a um ou outro desses princípios".[28]

Assim, por não estarem vinculados à lógica binária do tudo ou nada, também o princípio da boa-fé objetiva atua em reforço à responsabilização do terceiro, como temos aqui afirmado, de modo que o caso concreto era exigir o manejo adequado de todos os princípios pertinentes, a fim de tutelar a relação contratual existente da interferência de terceiros, alheios à ela.

1. Regime jurídico do artigo 608 do código civil brasileiro e o caso brahma x schincariol (zeca pagodinho)

A lesão contratual por terceiro cúmplice ganhou especial notoriedade no Brasil em caso paradigmático, conhecido como caso Zeca Pagodinho. Zeca Pagodinho é um artista notoriamente reconhecido no Brasil, não apenas pela sua obra, mas pela sua especial predileção por bebidas alcoólicas, sobretudo, cerveja.

Conhecedor dessa característica pessoal do artista, uma companhia cervejeira brasileira, denominada Schincariol, contratou-o para figurar como garoto-propaganda da campanha publicitária de uma nova marca de cerveja. Pelo

27 Negreiros, T., *Teoria do Contrato. Novos Paradigmas,* 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 272.

28 Negreiros, T., *Teoria do Contrato. Novos Paradigmas,* 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 273.

contrato firmado com a empresa, o cantor deveria participar de duas campanhas publicitárias, com duração até setembro de 2004.

Durante a veiculação da campanha e, portanto, da vigência contratual, o cantor foi contratado para figurar como garoto-propaganda de outra marca de cerveja, de titularidade da empresa concorrente da Schincariol. Zeca Pagodinho, então, fez aparição surpresa em comercial da outra marca de cerveja, denominada Brahma, insinuando ser esta a sua marca preferida, em claro detrimento da marca de cerveja da Schincariol.

O evento gerou litígio entre o titular do contrato original e o terceiro cúmplice que fez Zeca Pagodinho figurar em campanha publicitária concorrente, quando ainda estava atrelado àquela avença com a Schincariol.

O Tribunal de Justiça de São Paulo[29], reconheceu a violação de terceiro para condenar a empresa de publicidade que contratou Zeca Pagodinho e frustrou o contrato anterior que ele mantinha com a Schincariol. A decisão reconheceu a responsabilidade do terceiro cúmplice, visto que, a despeito da inequívoca ciência da relação contratual anterior, contratou o cantor para outra campanha publicitária e condenou a empresa pela prática de ilícito civil, adotando, como parâmetro para indenização o valor contratualmente estabelecido pelo contrato original com Zeca Pagodinho.

O fundamento jurídico adotado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, e posteriormente mantido pelo Superior Tribunal de Justiça[30], recaiu no artigo 608 do Código Civil brasileiro, que estabelece que "aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante dois anos".

É interessante observar que a norma brasileira imputa ao aliciador a responsabilidade pela interferência causada, ficando silente a respeito de eventual responsabilidade do aliciado. Teria o aliciado responsabilidade pelo inadimplemento causado? Obviamente que sim, exatamente pelo inadimplemento contratual. Seriam elas, todavia, cumulativas? Parece que a resposta é não, sob pena de enriquecimento indevido. Prescreve o artigo 944 do Código Civil que a indenização se mede pela extensão do dano. Ora, o dano sofrido é apenas e tão somente aquele decorrente do próprio inadimplemento por parte do aliciado. Não existem dois danos, mas tão somente um. O legislador entendeu que neste caso a responsabilidade deve recair sobre o aliciador, sem o qual não existiria aliciamento e consequentemente inadimplemento.

29 TJSP, Apelação Cível nº. 9112793-79.2007.8.26.0000, 5ª. Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Mônaco da Silva, j. em 12/06/2013.

30 STJ, REsp. nº. 1.316.149, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 03/06/2014.

Além disso, a regra do artigo 608 estabelece uma indenização fixa e pré-determinada, que mais parece se assemelhar à natureza jurídica da cláusula penal compensatória. Se o dano ultrapassar o valor desta indenização pré-fixada, a responsabilidade recairá sobre aliciado e aliciador, solidariamente.

Como explica Baratella, embora seja mais comum o regramento de penas privadas – e aqui se inclui a cláusula penal – no campo da autonomia privada das partes, não se pode deixar de considerar a existência daquele mesmo mecanismo de tutela para os casos de descumprimento da norma legal.[31]

E a função da cláusula penal – ou pena privada – tanto no âmbito negocial quanto no âmbito legislativo, nada mais é do que a de tutelar o interesse juridicamente protegido no âmbito das relações intersubjetivas, como sancionar o violador do direito alheio.

Essa a razão pela qual, inclusive, no art. 608, do Código Civil, não interessa a prova do quantum do dano, nem mesmo do dano em si, basta a infração legal para ensejar a aplicação da penalidade que, ao fim e ao cabo, destina-se a exortar a eticidade nas relações negociais, tanto por parte de quem seja parte, quanto de terceiros que delas tenha conhecimento.

A esse respeito, são oportunas a lições de Baratella, para quem a pena privada prescinde da efetiva ocorrência do dano, pois além de sanção é revestido também de função deterrente, o que justifica a sua aplicação e eficácia independentemente de expressa manifestação das partes.[32]

Vale, ainda, o registro de que o referido artigo (608 do Código Civil) está inserido dentro de capítulo destinado ao contrato de prestação de serviços, e, por isso, não vale como cláusula geral no sistema jurídico brasileiro, embora sirva como importante ponto de partida para este debate.

2. O regime jurídico do artigo 500 do código comercial brasileiro

O Código Comercial brasileiro (Lei nº 556/1850) prescreve, no artigo 500, regra bastante interessante (e anterior ao próprio julgado inglês que originou a teoria do terceiro cúmplice, em 1852): "O capitão que seduzir ou desencaminhar marinheiro matriculado em outra embarcação será punido com a multa de cem mil réis por cada indivíduo que desencaminhar, e obrigado a entregar o marinheiro seduzido, existindo a bordo do seu navio; e se a embarcação por esta falta deixar de fazer-se à vela, será responsável pelas estadias da demora".

31 Baratella, Mª G., *Le pene private,* Giuffrè: Milano, 2006, p. 69.

32 Baratella, Mª G., *Le pene private,* Giuffrè: Milano, 2006, p. 38.

Por este artigo, o capital do navio que, intervindo no contrato de um marinheiro com outro capitão, seduzir ou desencaminhar o marinheiro, será punido com multa de cem mil réis, além de ser obrigado a devolver o marinheiro e arcar com as despesas de estadia do navio caso ele não possa zarpar por conta do aliciamento.

A mais antiga regra do direito brasileiro sobre o tema estabelece um valor de multa a ser pago ao capitão prejudicado, independentemente da comprovação de prejuízo. Tal qual explicitado na regra do art. 608 do Código Civil (que naturalmente possui raiz nesta regra do Código Comercial, de quase um século e meio antes), esta multa possui natureza de cláusula penal compensatória, o que parece uma tradição do direito brasileiro nesta temática. Além da multa, o aliciador poderá ainda ter de arcar com as despesas de estadia da embarcação (mediante comprovação do nexo causal e do prejuízo) e, ainda, ter de devolver o marinheiro seduzido.

IV. FUNDAMENTOS PARA O RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DE TERCEIRO PELA INTERFERÊNCIA NA RELAÇÃO CONTRATUAL ALHEIA

No Brasil, três vertentes são acolhidas como fundamento para a responsabilidade civil do terceiro que interfere na relação contratual alheia: a) a que considera existir um deve erga omnes de respeito ao contrato (teoria da oposição); b) a teoria da função social do contrato, que o considera como fato social e, portanto, a interferência indevida de terceiro configura abuso de direito; e c) a que fundamenta a responsabilidade civil do terceiro cúmplice na boa-fé objetiva.

Os defensores da teoria da oposição, consideram que o contrato não pode ser considerado apenas nos seus efeitos jurídicos, pois, como realidade concreta, fato social, a sua existência abrange não apenas as partes, mas também a coletividade, com efeitos erga omnes. O terceiro sujeita-se a um dever de não intervir na esfera de atividade de outrem, dever este, evidentemente, de natureza extracontratual, fundado no *neminem laedere*.

Como explica Alvino Lima, o contrato, "como fato social, em virtude de sua existência, conferindo direitos e deveres, não pode deixar de produzir certas repercussões relativamente a terceiros; não pode deixar de ser logicamente oponível contra terceiros, não quanto aos seus efeitos diretos, imediatos, mas os indiretos, nascidos do jôgo de interferências entre êles e as situações marginais. Há um dever jurídico de não interferir ou impedir o cumprimento do contrato;

trata-se de um ilícito gerador de responsabilidade que no direito inglês denomina-se 'tort of interference'.[33]

A teoria da responsabilidade civil do terceiro cúmplice com base na função social do contrato tem pontos de colidência com a teoria da oposição, na medida em que ambas reconhecem o contrato como fato social, portanto, não encerrado na relação instaurada entre as partes, mas permeável às condicionantes sociais.

A função social, entretanto, seria a razão pela qual se reconhece o contrato como fato social, e a justificativa para limitar o princípio da relatividade dos efeitos contratuais. A flexibilização do princípio da relatividade, por sua vez, implica o reconhecimento do abuso do direito de contratar, quando este direito é exercido em detrimento de relação jurídica anteriormente existente. A função social do contrato impõe, assim, deveres aos novos contratantes de respeitar as relações jurídicas já existentes, com o objetivo de promover os interesses socialmente relevantes.[34]

Como a abusividade no exercício de direito configura ato ilícito, surge, ao terceiro cúmplice, o dever de indenizar os danos ocasionados pela contratação espúria.

Para os defensores da boa-fé objetiva como fundamento da responsabilidade civil do terceiro cúmplice, a aplicação extracontratual desse princípio "impõe aos terceiros o dever de respeito às situações jurídicas anteriormente constituídas das quais têm ciência, impedindo-os de colaborarem com o devedor ou de induzi-lo ao inadimplemento contratual, celebrando com ele contrato incompatível com a situação jurídica já existente. Em outras palavras, do princípio da boa-fé objetiva decorre a obrigação negativa (dever de abstenção) dos terceiros de

33 Lima, A., *A interferência de terceiros na violação do contrato,* in *Revista de Direito Civil Contemporâneo,* vol. 5/2015, out-dez 2015, p. 307-325

34 Diverge, desse posicionamento, Nunes de Souza, E., (*Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo, Revista de Direito Privado,* vol. 54, 2013, pp.65-98), para quem o terceiro cúmplice deve ser responsabilizado apenas com base na boa-fé objetiva, instrumento principiológico, ao seu ver, mais afinado com a ideia de tutela externa do crédito. Em suas palavras: "Conquanto reconhecida por autorizada doutrina, a vinculação da função social do contrato à possibilidade de tutela externa do crédito oculta, em si, certa contradição. Com efeito, se a função social surgiu como mecanismo de arrefecimento do caráter absoluto dos direitos subjetivos, forma de inserir o interesse social em um âmbito no qual, anteriormente, apenas o interesse das partes era respeitado, não faria sentido usar o argumento da função social do contrato para fortalecer o vínculo contratual, protegendo uma ou ambas as partes da interferência externa de terceiros. Não se pretende dizer, com isso, que os contratantes não devem, em certa medida e em determinadas situações, receber esse tipo de proteção - apenas se tem entendido que essa tutela é conferida, não pela função social do contrato, mas pelo simples controle de abusividade da conduta do terceiro que, por exemplo, incentiva o inadimplemento (fala-se, nessa hipótese, em "terceiro cúmplice"). E esse abuso será mais facilmente identificado pelo prisma da boa-fé objetiva do que, propriamente, da função social do contrato.

não lesionarem o direito de crédito de que têm conhecimento, preservando as obrigações previamente assumidas pelo devedor."[35]

No mesmo sentido pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça em julgado sobre o tema:

" *Administrativo e processual civil. Recurso especial. Sistema Financeiro da Habitação. FCVS. Caução de títulos. Quitação antecipada. Exoneração dos mutuários. Cobrança superveniente pela Caixa Econômica Federal, sucessora do BNH. Doutrina do terceiro cúmplice. Eficácia das relações contratuais em relação a terceiros. Oponibilidade. Tutela da confiança.* (...) 2. Princípio da relatividade dos efeitos do contrato. Doutrina do *terceiro cúmplice.* Tutela externa do crédito. O tradicional princípio da relatividade dos efeitos do contrato (res *inter alios acta*), que figurou por séculos como um dos primados clássicos do direito das obrigações, merece hoje ser mitigado por meio da admissão de que os negócios entre as partes eventualmente podem interferir na esfera jurídica de terceiros - de modo positivo ou negativo -, bem assim, tem aptidão para dilatar sua eficácia e atingir pessoas alheias à relação *inter partes*. As mitigações ocorrem por meio de figuras como a doutrina do *terceiro cúmplice* e a proteção do terceiro em face de contratos que lhes são prejudiciais, ou mediante a tutela externa do crédito. Em todos os casos, sobressaem a boa-fé objetiva e a função social do contrato. (...)." (STJ, REsp 468.062/CE, 2.ª T., j. 11.11.2008, rel. Min. Humberto Martins, *DJ* 01.12.2008).

Há, ainda, quem defenda a possibilidade de a parte afetada postular a nulidade absoluta do contrato celebrado entre aliciador e aliciado, sob o fundamento de causa ilícita (contrária aos bons costumes mercantis)[36]. Nos parece, todavia, que não é tecnicamente a solução adequada por dois motivos: (i) ninguém é obrigado a se manter na relação contratual, desde que arque com a indenização caso a descumpra e (ii) o contrato entre aliciado e aliciador não possui necessariamente causa ilícita ou motivo determinante ilícito, na medida em que as partes o celebraram para que produzisse efeitos jurídicos. Não se trata de afronta aos bons costumes, na medida em que a concorrência faz parte das atividades mercantis. A situação pode ser diferente se o aliciamento se der com a intenção de causar dano direto ao concorrente por conta da figura do aliciado, tal qual no caso Zeca Pagodinho ocorrido no Brasil. Para isso, precisa restar evidente que este foi o motivo determinante da relação jurídica entre aliciador e aliciado[37].

35 Grecco bandeira, P., *Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice,* in *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 8, vol. 30, abr. Jun 2007, Rio de Janeiro: Padma, p. 108.

36 Río, C. B., *Breve revisión de la responsabilidad por intereferencia de contratos del competidor em Chile. Revista Chilena de Derecho Privado* nº 19, dicembro 2012. Disponível na Plataforma Scielo https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722012000200005. Acessado em 31.07.2021.

37 Sobre o tema da causa contratual: Chiavassa, M., *Negócios Jurídicos com efeitos ocultos – Fiduciários, Indiretos e a Interposição Fictícia de Pessoas.* São Paulo: Lumen Juris, 2018.

V. CONCLUSÃO

A pesquisa realizada evidenciou a tendência dogmática de segregar o fundamento da responsabilidade civil do terceiro cúmplice pelo inadimplemento contratual a um ou outro instituto, como se pertencentes a realidades distintas e impermeáveis.

Segundo a verificação colhida, a teoria da oposição não consegue (ou não deseja) se comunicar com a teoria do princípio da função social do contrato, o mesmo ocorrendo em relação com a teoria do princípio da boa-fé objetiva.

Não vemos razão para essas posturas estanques, contraditórias com a noção do ordenamento jurídico como sistema uno e indissociável. Os princípios em cotejo, assim como a ideia subjacente à teoria da oposição, não são dicotômicos, mas, complementares.

Basta observar, como tivemos oportunidade de mencionar anteriormente, o fundamento sobre o qual se alicerça a teoria da oposição e a da função social do contrato: o contrato como fato social, juridicamente relevante. Ambas as teorias encontram amparo na importância das relações negociais no âmbito social, como produtora de movimentos e desenvolvimentos que excedem a simples satisfação dos interesses das partes, na medida em que têm reflexos na sociedade.

Uma operação de compra e venda não constitui fato isolado, sem implicações para terceiros, próximos ou remotos ao fato jurídico. Ao contrário, é um fenômeno econômico-social que precisa ser tutelado pelo ordenamento jurídico, exatamente para que possa produzir seus regulares e esperados efeitos, sem que ninguém possa praticar ato contrário a ele. É o reconhecimento de que o contrato possui uma função social, tal qual, aliás, proposto por Emilio Betti e consagrado no artigo 421 do Código Civil brasileiro. O próprio contrato e a expectativa criada de fiel execução tem implicações sociais. Basta observar, por exemplo, o efeito social ocasionado pela convicção de que os pactos não precisam ser obedecidos, como ocorre com a depauperação das relações negociais, derivadas do denominado inadimplemento eficiente.

Como bem observa Perlingieri, o direito somente encontra ressonância quando socialmente relevante, de modo que não é possível desconsiderar as implicações sociais das relações privadas, sejam elas quais forem[38].

Se a ideia da oponibilidade erga omnes não se afigura a mais adequada, isso não significa dizer que a base sobre a qual se estrutura a teoria seja descartável. E

38 Perlingieri, P., *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional,* trad. Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro, 2002.

tanto não o é, que a função social se lastreia nesse mesmo pressuposto, embora para atribuir de ilícito, o exercício da liberdade de contratar quando as partes conhecem a sua incompatibilidade com negócio jurídico anterior.

Mas o exercício abusivo de um direito incompatível com outro contrato, para além de violar a função social do contrato, também não significa distanciar-se da boa-fé objetiva, sobretudo nos seus aspectos de lealdade e de não prejudicar terceiros?

Parece-nos que sim, a assumir a boa-fé objetiva como fundamento para responsabilizar o terceiro cúmplice pelo inadimplemento contratual não implica o descarte da teoria da função social, pois, juntos formam o substrato lógico e sistemático da teoria que procura responsabilizar o ato contrário ao direito.

A autonomia privada não confere, ao particular, poderes ilimitados para a satisfação dos seus interesses, mas, apenas, na medida em que se coadune com os valores do ordenamento jurídico em voga. Por isso, o exercício da liberdade de contratar não pode ofender a função social do contrato, assim como não pode consubstanciar violação dos deveres laterais impostos pela boa-fé objetiva. A visão funcional do contrato e dos direitos, como um todo, permitem e autorizam a conjugação dos princípios como justificativas válidas e complementares para a responsabilização pretendida.

No caso da responsabilidade civil do terceiro cúmplice pelo inadimplemento contratual, constitui pressuposto necessário o prévio conhecimento da relação jurídica anterior, violada com a obrigação incompatível assumida juntamente com o devedor.

O conhecimento prévio antes aludido, a nosso ver, implica reconhecer que o terceiro cúmplice age culposamente, por violação da lei (arts. 186 e 187 CC brasileiro), seja em virtude do exercício abusivo do direito, seja pela ofensa à boa-fé objetiva, sendo responsabilizado, de acordo com a responsabilidade aquiliana, independentemente da intenção (dolo) de causar o dano.[39]

Como regra geral, duas são as responsabilidades existentes: (i) a responsabilidade extracontratual do aliciador, pela interferência na relação negocial alheia e (ii) a responsabilidade contratual do aliciado, que resulta no seu inadimplemento contratual.

39 A esse respeito, Bandeira, P. G., *Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice,* in *Revista Trimestral de Direito Civil,* ano 8, vol. 30, abr. Jun 2007, Rio de Janeiro: Padma, p. 108. Segundo a autora: "(...) não se exige que o terceiro cúmplice haja com dolo, ou seja, com intenção de prejudicar o credor, bastando apenas que conheça o crédito e, a despeito disso, celebre com o devedor contato incompatível com a obrigação por este previamente assumida."

No regime de aliciamento do artigo 608 do Código Civil, a responsabilidade parece recair quase que exclusivamente sobre o aliciador, que deverá indenizar a vítima pelo valor que ela teria a receber durante dois anos. Trata-se de indenização tabelada, cuja natureza jurídica parece ser aquela da cláusula penal compensatória, inclusive quanto à desnecessidade de comprovação efetiva do prejuízo pela vítima (art. 416 do Código Civil). Isso não afasta a possibilidade do aliciado ter de indenizar a vítima, caso os prejuízos se mostrem superiores ao valor da indenização prevista no próprio art. 608 do Código Civil.

Em qualquer regime de inadimplemento por terceiro cúmplice, aliciado e aliciador responderão solidariamente, nos termos do art. 942 do Código Civil, exatamente porque ambos são responsáveis pelo inadimplemento e pelo dano causado à vítima, ainda que a natureza jurídica seja distinta (contratual e extracontratual, respectivamente[40]).

40 "Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem opinião unânime sobre a natureza da responsabilidade do terceiro, conforme se verifica no julgado do REsp. nº. 886.077/RJ no qual se destacou que: 45 "[...] é cediço no E.STJ que, à luz dos artigos 46 e 292 do CPC é admissível, em princípio, que um mesmo dano derive de inadimplemento de um contrato e de ilícito extracontratual, por que responsável um terceiro. Isso ocorrendo, viável a cumulação de demandas em um mesmo processo, formando-se litisconsórciopassivo. [...]"." (Silvestre, G. F.. *A judicialização da teoria do terceiro cúmplice do inadimplemento no Brasil: análise de julgados.* DOI 10.128188/P.0304-2340.2018v72p259. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, nº 72, pp. 259-291, jan./jun. 2018).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Andrade Nery, R. M., *Introdução ao pensamento jurídico e a Teoria Geral do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Azevedo, Á. V., *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2009.

Azevedo, A. J., *Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual,* RT 750/113.

Bandeira, P. G., *Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice,* in Revista Trimestral de Direito Civil, ano 8, vol. 30, abril-jun 2007.

Baratella, M. G., *Le pene private,* Giuffrè: Milano, 2006.

Betti, E., *Teoria Generale del Negozio Giuridico*. Ristampa Università di Camerino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

Couto e Silva, C., *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006.

de Cupis, A., *Il danno: teoria generale della responsabilitá civile,* Milano, Giuffrè, 1970.

Ferrante, A., *Provecho del dolo ajeno y dolo de tercero: dos visiones diferentes de la indemnización.* In Estudios de Derecho Civil XV – XVII Jornadas Nacionales de Derecho. Madrid: Thomson Reuters, pags. 929/955.

Fernandes, R. R., *A responsabilidade de terceiros nas reações contratuais,* Revista de Direito Privado, vol. 50, abr-jun 2012

Fernández, G., *Interferencia de terceros en contratos ajenos*. Faculdade de Derecho de Pontificia Universidad Católica de Chile. *Disponível em http://derecho.uc.cl/es/noticias/derecho-uc-en-los-medios/13107-profesor-gonzalo-fernandez-interferencia-de-terceros-en-contratos-ajenos.* Acessado em 31.07.2021.

Ferraz Junior, T. S., *Destino do Contrato. In Revista do Advogado*, Ano III, nº 9, pag. 54 – Conferência pronunciada em 30 de abril de 1980, no Curso sobre Contratos, realizado pela AASP.

Gilmore, G., *La morte del contratto*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1999.

Gomes, O., *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Leonardi, F. R., *A produção dos efeitos contratuais e o contrato com efeito protetivo de terceiro (vertrag mit schutzwirkung für dritte): esboço dogmático e tentativa inicial de aproximação com situações concretas no direito brasileiro,* Revista de Direito Privado, vol. 30, Abr-jun 2007.

Leonardi, F. R., *É possível ir além da relatividade contratual*, Revista de Direito Privado, vol. 49, Jan-Mar 2012.

Lima, A., *A interferência de terceiros na violação do contrato,* Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 5, Out-dez 2015.

Lima, M. C., *Negócios Jurídicos com efeitos ocultos – Fiduciários, Indiretos e a Interposição Fictícia de Pessoas.* São Paulo: Lumen Juris, 2018.

Negreiros, T., *Teoria dos Contratos: novos paradigmas.* 2ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

Perligieri, P., *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional,* trad. Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro, 2002.

Reinig, G. H., *O escopo de proteção da norma como critério limitativo da responsabilidade civil por ato ilícito: algumas contribuições ao direito civil brasileiro a partir do direito civil alemão,* Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 14, jan-mar 2018.

Río, C. B., *Breve revisión de la responsabilidad por intereferencia de contratos del competidor em Chile.* Revista Chilena de Derecho Privado nº 19, dicembro 2012. Disponível na Plataforma Scielo https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722012000200005. Acessado em 31.07.2021.

Rodrigues Junior, O. L., *A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio res inter alios acta, função do contrato e a interferência alheia nos negócios jurídicos,* Revista dos Tribunais, vol. 821, mar, 2004

Roppo, V., *Il contratto,* seconda edizione, Milano, Giuffrè, 2011.

Silvestre, G. F., *A judicialização da teoria do terceiro cúmplice do inadimplemento no Brasil: análise de julgados.* DOI 10.128188/P.0304-2340.2018v72p259. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, nº 72, pp. 259-291, jan./jun. 2018.

Sousa, E. N., *Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo,* Revista de Direito Privado, vol. 54, 2013, pp.65-98.

STEINER, R. C., *Descumprimento Contratual – boa fé e violação positiva do contrato.* São Paulo: Quartir Latin, 2014.

STEINER, R. C., *Reparação de Danos: interesse positivo e interesse negativo.* São Paulo: Quartier Latin, 2018.

TEDESCHI, B. G., *L'interferenza del terzo nei rapporti contrattuali.* Milano: Giuffrè Editore, 2008.

URBANO, H. E., *A eficácia externa dos contratos e a responsabilidade civil de terceiros,* Revista de Direito Privado, vol. 43, jul-set 2010

"NULLITÀ SOPRAVVENUTA" (UNA BREVE RIFLESSIONE PROPOSITIVA)

"SUCCESSIVE NULLITY" (A BRIEF PROPOSITIVE REFLECTION)

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 552-579

Agnese
ALAMANNI

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Il contributo ha ad oggetto una riflessione propositiva sulla cosiddetta nullità sopravvenuta, valorizzando nei contratti ad efficacia non ancora esaurita la vigenza della fonte. Da ciò può dedursi che in ogni momento e fase dinamica del contratto sia implicito un costante ancoraggio alla sua giustificazione, che imporrebbe una reiterazione del giudizio di validità. Così che per i casi nei quali il contratto si ponga in un secondo momento in contrasto con regole di validità poste dall'ordinamento per effetto di una circostanza successiva alla sua formazione, pur in senso diacronico (rispetto all'origine), sia ravvisabile una ipotesi di nullità successiva.

PALABRAS CLAVE: Nullità sopravvenuta; contratti di durata; inefficacia; risoluzione del contratto; usura sopravvenuta.

ABSTRACT: *The object of the contributio is a proactive reflection of the successive nullity, valorizing - in the effective contracts - the source of the contract be active yet. From this it follows that even after the conclusion of the contract, the validity of the source can be reconsidered, if an imperative rule arises that implicates a problem of validity of the contract.*

KEY WORDS: *Supervening nullity; duration contracts; inefficacy; termination of the contract; supervening usury.*

SUMARIO.- I. IL PROBLEMA DELLA NULLITÀ SOPRAVVENUTA: PRECLUSIONI DOGMATICHE E RAGIONI DI CONTRASTO. ESIGENZA DI CHIARIFICAZIONE. 'CONTEMPORANEITÀ' DEL GIUDIZIO DI VALIDITÀ NEI CONTRATTI DI DURATA: LA PERSISTENTE RILEVANZA DEL 'TITOLO' E IL SUO LEGAME CON IL 'RAPPORTO'.– II. LE IPOTESI: IN TEMA DI USURA, FIDEIUSSIONE ED ALTRO; RICOSTRUZIONI E PUNTUALIZZAZIONI.- III. SUPERAMENTO DELLE OBIEZIONI SULLA CONFIGURABILITÀ DELLA NULLITÀ SUCCESSIVA. PRECISAZIONI SU 'RISOLUZIONE' E 'INEFFICACIA', QUALI ALTERNATIVE ALLA NULLITÀ. CONCLUSIONI.

I. IL PROBLEMA DELLA NULLITÀ SOPRAVVENUTA: PRECLUSIONI DOGMATICHE E RAGIONI DI CONTRASTO. ESIGENZA DI CHIARIFICAZIONE. 'CONTEMPORANEITÀ' DEL GIUDIZIO DI VALIDITÀ NEI CONTRATTI DI DURATA: LA PERSISTENTE RILEVANZA DEL 'TITOLO' E IL SUO LEGAME CON IL 'RAPPORTO'.

Nel processo della crisi e del ripensamento che investe, in generale, le categorie del diritto civile – come testimoniato da autorevoli riflessioni e diffuse prese di posizione – si è ritenuto di poterne apprezzare alcune significative manifestazioni con riguardo specifico alla nullità, attraverso l'analisi della cosiddetta nullità sopravvenuta. Con l'intento di contribuire ad una rimeditazione della categoria, del suo ruolo, della sua complessa dimensione, in una visuale evolutiva[1].

Sembrerebbe che nella spinta a rielaborare i tratti della nullità e gli stessi effetti che ne derivano si colga una sorta di conversione della insofferenza verso una figura dall'identità di difficile individuazione e caratterizzata dogmaticamente[2]. Per questa via si giunge spesso anche a reinterpretazioni ardite sul piano applicativo, indotte da una lettura assai elastica degli interessi sottostanti; occorre, pertanto, distinguere presupposti, contesti operativi e differenziate esigenze.

Con l'espressione "nullità sopravvenuta" ci si riferisce alle ipotesi in cui un atto valido si pone in un secondo momento in contrasto con regole di validità poste dall'ordinamento per effetto di una circostanza successiva alla sua formazione, che determini la mancanza di un elemento essenziale del contratto o la contrarietà con

1 Alcaro, F.: "La categoria della nullità", in *Professione e ricerca. Attualità e problematiche in materia di nullità relative*. Convegno di Bari 2008, Viverein, Bari, 2009, pp. 27 ss.

2 Cfr. in tal senso Sacco, R.: "voce Nullità e annullabilità", *N.ssimo Dig. Ital.*, 1965, pp. 456 ss.; Alcaro, F.: "La categoria", cit., pp. 27 ss.

• Alamanni Agnese
Dottore di ricerca presso Università degli Studi di Firenze.
Indirizzo di posta elettronica agnese.alamanni@virgilio.it

una norma imperativa[3]. È una figura che è stata ampiamente studiata in passato, ma che risulta essere sempre di grande attualità per le varie e trasversali applicazioni[4].

Ovviamente il problema non si pone ove la circostanza successiva sia una norma dotata del carattere retroattivo per espressa previsione del legislatore. In tal caso essa si applicherà pienamente ai contratti già stipulati e ancora in corso di esecuzione, i quali saranno invalidi ab initio. In tal caso non si pone, dunque, un problema di sopravvenienza della nullità, quanto piuttosto di efficacia della

3 Sul punto, peraltro, non vi è unanimità di vedute cfr ad esempio Carresi, F.: "Il contratto", in *Tratt. Cicu – Messineo*, Vol. XXI, t. 2, Giuffré, Milano, 1987, p. 623, secondo il quale la nullità sopravvenuta si ha solo solo qualora si verifichi un contrasto tra negozio e norme sopravvenute e non anche se venga meno in un momento successivo alla conclusione uno degli elementi essenziali.

4 Tra i primi a studiare il tema in ambito privatistico cfr. Ferrini, C.: "Sulla invalidazione successiva dei negozi giuridici", *Arch. giur.*, 1901, VII, pp. 201 ss.; Coviello, L.: *Manuale di diritto civile italiano, Parte generale*, Società Editrice Libraria, Milano, 1910, pp. 329 ss.; Fedele, A.: *Le invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 1943, p. 122; Stolfi, G.: *Teoria del negozio*, Cedam, Padova, 1947, pp. 63 ss.; Scognamiglio, R.: "Sull'invalidità successiva dei negozi giuridici", *Ann. Dir. compar.*, 1951, p. 55 ss., ora in *Scritti giuridici, I, Scritti di diritto civile,* Cedam, Padova, 1996, p. 209; Betti, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato Vassalli,* XV, Utet, Torino, 1960, pp. 307 ss.; Barbero, D.: *Sistema del diritto privato,* Utet, Torino, 1965, pp. 501 ss.; Donisi, C.: "In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico", *Riv. trim. d. proc. civ.*, 1967, p. 775; Messineo, F.: *Il contratto in generale*, in *Trattato Cicu-Messineo*, II, Giuffré, Milano, 1972, pp. 182 ss.; Rubino, D.: *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Edizioni Scientifiche Italiane, Roma-Napoli, 1978, pp. 97 ss.; Tommasini, R.: "Nullità (dir. priv.)", *Enc. dir.*, XXVIII, Giuffré, Milano, 1978, pp. 875 ss.; Danusso, G.:"Norme imperative sopravvenute e validità dei contratti", *Giur. it.*, 1987, pp. 53 ss.; Mariconda, V.: "La nullità del contratto", in Contratti in generale (a cura di G. Alpa e M. Bessone), Utet, Torino 1991, IV, p. 362. Per la dottrina più recente si veda Bianca, C.M.: *Il contratto*, in *Tratt. Diritto civile*, vol. 3, 2019, Giuffré, Milano, p. 611; Maspes, I.: "La nullità sopravvenuta", *Contratti e impresa*, 2018, p. 1348 ss.; Marchetti, G.: "La nullità "dinamica" dei contratti di durata", *Riv. dir. civ.* 2018, p. 1258 ss.; Sartoris, C.: "Il contratto di locazione. Oltre la nullità", *Nuov. Giur. Civ. Comm.*, 2018, p. 937; Giustolisi, C.: *La validità sopravvenuta*, Aracne, Rimini, 2016, pp. 56 ss.; Franceschelli, V.: *Della nullità del contratto. Artt. 1418-1423,* in *Comm. Schlesinger*, Giuffré, Milano, 2015, p. 77; Onorato, M.: *Nullità del contratto nell'intesa anticompetitiva*, Giuffré, Milano, 2012, p. 192; Russo, D.: *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008, pp. 159 ss.; Venosta, F.: "Nuovi profili della nullità", in *Tre studi sul contratto,* Giuffré, Milano 2008, p. 168; Ciatti, A.: *Retroattività e contratto. Disciplina negoziale e successione di norme nel tempo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, pp. 213 ss.; Maisto, F.: "La categoria della nullità sopravvenuta del contratto nel prisma delle teorie sul diritto intertemporale", in *Colloqui in ricordo di M. Giorgianni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, pp. 679 ss.; Gentili, A.: "Le invalidità", in *I contratti in generale*, (a cura di E. Gabrielli), II, Utet, Torino, 2006, pp. 1145 ss.; Mantovani, M.: *La nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto* (a cura di V. Roppo), IV, Giuffré, Milano, 2006, pp. 29 ss.; Di Marzio, F.: "Forma della nullità nel nuovo diritto dei contratti. Appunti sulla legislazione, sulla dottrina e sulla giurisprudenza dell'ultimo decennio"*, Giust. Civ.,* 2000, p. 465 ss.; Lamicela, M.: *Lo "ius supervenius" e la nullità sopravvenuta di clausole negoziali. Il contratto tra controllo genetico e controllo funzionale,* Cedam, Venezia, 2003, passim; Riccio, A.: "Nullità sopravvenuta del contratto", *Contratto e impr.*, 2000, pp. 628 ss.; Franzoni, F.: "Degli effetti del contratto", in *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori. Artt. 1374- 1381*, in *Il cod. civ. comm.* (diretto da P. Schlesinger), Giuffré, Milano, 1999, p. 24. In dottrina sono varie le riflessioni sul tema originatesi da numerose vicende giudiziali in relazione alle quali l'introduzione di modifiche normative hanno occasionato un acceso dibattito sull'applicabilità delle norme imperative sopravvenute ai contratti in corso di esecuzione e sulle conseguenze da ciò derivanti (si veda anche infra sub nota 7): si pensi ad esempio al tema della fideiussione omnibus, della c.d. usura sopravvenuta, dei contratti d'appalto o delle intese anticoncorrenziali, per citare quelli che hanno avuto una maggiore risonanza. Si veda ex multis Malvagna, U.: "L'usura originaria del tasso di mora comporta la gratuità dell'intero rapporto di credito ex art. 1815, co. 2, c.c.", *Diritto Bancario – Giurisprudenza*, 6 ottobre 2017, dirittobancario.it; Camerano, F.:"Ius superveniens e nullità sopravvenuta: rinuncia agli interessi moratori nei contratti d'appalto con enti pubblici", *Obbl. e contr.*, 2007, pp. 621 ss.; Id.: "L'usurarietà sopravvenuta", *Contratto e Impresa*, 2003, p. 1062; Taddei Elmi, G.: "Contratto e norme imperative sopravvenute: nullità o inefficacia successiva e sostituzione di clausole", *Obbl. e contr.*, 2006, pp. 33 ss.; ; Spagnaro, "Tassi di interessi divenuti usurari alla luca della l. n. 108/1996: nullità sopravvenuta o inefficacia?", *Nuova g. civ. comm.*, 2001, pp. 135 ss..; Di Marzio, F.: "Il trattamento dell'usura sopravvenuta tra validità, illiceità e inefficacia della clausola interessi", *Giust. civ.,* 2000, pp. 3099 ss.; Gazzoni, F.: "Usura sopravvenuta e tutela del debitore", *Riv. Not.*, 2000, pp. 1454 ss.

legge nel tempo, essendo il negozio colpito da nullità a causa dell'applicazione con effetto ex tunc della legge successiva[5].

La questione della nullità sopravvenuta o successiva, per il suo indubbio spessore dogmatico, è, in premessa, comprensibilmente condizionata da una varietà e molteplicità di assunti teorici a monte, il cui sviluppo segna le conclusioni divergenti cui si approda. Ma, contestualmente, è ineludibile la considerazione delle conseguenze che ne possono derivare sul piano della disciplina applicabile.

In questa sede, s'intende svolgere una riflessione propositiva, richiamando brevemente l'ampio dibattito che si è svolto e continua a svolgersi sul tema[6], risalente addirittura agli studi della pandettistica[7], ma che viene alimentato sempre da nuove ipotesi.

In dottrina sul tema si vedano anche gli scritti in ordine alla nullità sopravvenuta dell'atto amministrativo Romano, Santi.: "*Osservazioni sulla invalidità successiva degli atti amministrativi*", in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di Giovanni Vecchielli*, Giuffré, Milano, 1938, p. 435; Romanelli, A.: "Sulla cosiddetta invalidità successiva degli atti amministrativi", *Jus*, 1942, pp. 123 ss.; Gasparri, P.: *L'invalidità successiva degli atti amministrativi*, Nistri-Lischi, Pisa, 1939, p. 45; Benvenuti, F.: "Inefficienza e caducazione degli atti amministrativi", *Giur. compl. Corte Suprema Cass.*, 1950, pp. 916 ss.; Pagliari, G.: *Contributo allo studio della c.d. invalidità successiva degli atti amministrativi*, Giuffré, Milano, 1991, pp. 1 ss.; Falcon, G.: "Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo", *Dir. amm.*, 2003, pp. 1 ss..

5 Cfr in tal senso Gentili, A.: *Le invalidità*, cit., p. 1446; Roppo, V.: *Il contratto*, Milano, 2011, p. 704. In taluni casi è poi la stessa normativa a prevedere un termine entro cui le parti devono provvedere ad adeguare il contratto alla nuova disciplina, si pensi ad esempio, in materia di appalto all'art. 26, comma 5, d. legisl. 9 aprile 2008, n. 81, che oltre ad aver previsto l'obbligo di indicare, nei contratti di appalto, subappalto e somministrazione, i costi delle misure adottate per eliminare o ridurre i rischi in materia di salute e sicurezza sul lavoro a pena di nullità, ha introdotto una disposizione transitoria che regola l'applicazione della nuova disciplina ai contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della legge delega n. 123 del 2007, e ancora in corso di esecuzione, concedendo termine fino 31 dicembre 2008 per provvedere alla regolarizzazione del contratto.

6 Si rinvia, per un'utile e aggiornata ricognizione, anche bibliografica, ai contributi più recenti, particolarmente si veda Maspes, I.: "La nullità", cit., pp. 1348 ss.; Marchetti, G.: "La nullità", cit., pp. 1258 ss.

7 Si veda Windscheid, *Diritto delle Pandette*, trad. it. di Fadda e Bensa, I, Utet, Torino. 1930, p. 332; Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, Trad. di Scialoja, Utet, Torino, 1889, p. 629; Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, IV, Erlangen/Leipzig, Deichert, 1892, pp. 410 ss.; Karlowa, O.: *Das Rechtsgeschaft und sline Wirkung*, ☐ Kessinger Publishing, Berlino, rist. 2010, p. 121; per ulteriori indicazioni bibliografiche si rinvia a Scalisi, V.: "Inefficacia (diritto privato)", in *Enc. dir.*, Vol. XXI, Giuffré, Milano, 1971, p. 368 e Tommasini, R.: "voce Invalidità" (dir. priv.), *Enc. dir.*, XXII, Giuffré, Milano, 1972, p. 596.

È noto come vi siano sia in giurisprudenza [8]che in dottrina orientamenti divergenti in ordine alla ammissibilità della figura della nullità sopravvenuta[9] e come siano state proposte soluzioni alternative quali l'inefficacia pro futuro[10] o afferenti all'alveo della risoluzione[11].

Gli argomenti sui cui si fonda la tesi contraria all'ammissibilità della nullità successiva si basano essenzialmente sul rilievo che il vizio della invalidità, essendo un vizio genetico, debba essere coevo alla formazione del contratto[12].

Peraltro, è stato altresì rilevato che ammettendo l'operatività di una nullità sopravvenuta, si arriverebbe al paradosso di rimuovere gli effetti di un contratto

8 In giurisprudenza sono numerose le sentenze di merito e legittimità che si sono pronunciate in ordine alla nullità sopravvenuta cfr. vari riferimenti giurisprudenziali in tema di nullità sopravvenuta di un contratto per contrarietà ad una norma imperativa successiva alla sua conclusione, Riccio, A.: "Nullità sopravvenuta", cit, pp. 628 ss. In tema di usurarietà sopravvenuta si veda ex multis Cass. S.U. n. 24675 del 19 ottobre 2017 che, in relazione alla novella introdotta con la Legge n. 108/1996 e con rifermento a quanto previsto nella successiva l. n. 24 del 2001 di interpretazione autentica, hanno escluso il fenomeno dell'usura sopravvenuta (si veda infra, par. 2), Cass., 22 aprile 2000, n. 5286, in *Riv. not.*, 2000, p. 1447, con nota di Gazzoni, F.: "Usura sopravvenuta", cit., p. 145; Cass. 17 novembre 2000, n. 14899, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000, II, p. 621; sul tema della nullità successiva delle intese restrittive della concorrenza concluse prima dell'entrata in vigore della l. n. 287 del 1990, si veda ex multis Cass., 1° febbraio 1999, n. 827, in *Riv. Dir comm.*, 1999, II, pp. 192 ss., con nota di Guizzi, G.: "A proposito della nullità delle intese restrittive della concorrenza concluse prima dell'entrata in vigore della legge 287/90", *Riv. Dir comm.*, 1999, II, p. 183 ss. Sulla nullità sopravvenuta della clausola compromissoria per sopravvenuta indisponibilità del diritto, cfr. Cass., sez. un., 24 novembre 2015, n. 23983 e le pronunce del Trib. Bari, 8 giugno 2016, n. 3155, in De Jure; sulla nullità successiva in ordine alla fideiussione omnibus stipulata anteriormente alla data di entrata in vigore della legge 17 febbraio 1992, n. 154 cfr. Cass. 28 gennaio 1998, n. 831, in Foro it., 1998, p. 770, per la quale il principio di irretroattività della legge non impedisce, invece, che la nuova disciplina si applichi ai rapporti sorti durante il vigore della legge abrogata e destinati a durare ulteriormente, modificandone l'assetto con effetto ex nunc dal momento della sua entrata in vigore.

9 Favorevoli alla ammissibilità della nullità sopravvenuta cfr. Fedele, A.: "La invalidità", cit., p. 117 ss.; Stolfi, G.: "Teoria del negozio", cit., p. 63; Romano, Santi: "Osservazioni sulla invalidità", cit., pp. 431 ss. e 442 ss.; Donisi, C.: "In tema", cit., pp. 755 ss.; Venosta, F.: "Nuovi profili", cit., pp. 168-169; Gentili, A.: "Le invalidità", cit., p. 1445; Ferro, F.: "Condizione sospensiva unilaterale e ius superveniens: nullità o inefficacia sopravvenuta?", *Rass. dir. civ.*, 2004, pp. 898 ss. Si veda in dottrina tra coloro che, sebbene abbiano manifestato delle riserve, hanno comunque fatto delle aperture in ordine alla riconducibilità del fenomeno nell'alveo della nullità, cfr. in tal senso Mantovani, M.: "Le nullità", cit., pp. 29 ss.; Franceschelli, V.: "Della nullità", cit., p. 77 e Ciatti, A.: "Retroattività e contratto", cit., p. 219. Tra la dottrina che è invece contraria alla ammissibilità di una nullità sopravvenuta si veda Scognamiglio, R.: "Sull'invalidità", cit., pp. 55 ss.; Tommasini, R.: "Nullità", cit., pp. 899 ss.; Danusso, G.: "Norme imperative", cit., p. 53; Mariconda, G.: "La nullità", cit., p. 362; Franzoni, F.: "Degli effetti", cit., p. 24; Lamicela, M.: "Lo ius superveniens", cit., pp. 56 s.

10 In questo senso si veda Romanelli, A. "Sulla cosiddetta", cit., p. 145; Barbero, D.: "Sistema del diritto", cit., pp. 501 ss.; Tommasini, R.: "Invalidità", cit., p. 591 e Id. Nullità (dir. priv.), cit., p. 900; Scalisi, V.: "Inefficacia", cit., pp. 367 ss.; Mariconda, V.: "La nullità", cit., p. 362; Lamicela, M. "Lo ius", cit., p.; Roppo, V.: "Il contratto", cit., p. 704; Ruvolo, M.: "Successione di leggi nel tempo e fideiussioni omnibus stipulate prima dell'entrata in vigore della legge 154/92", *Corr. giur.*, 2006, pp. 1252 ss.

11 Cfr Roppo, V.: *Il contratto*, cit., p. 704. i quali ritengono che sotto il profilo operativo la figura sia assimilabile alla risoluzione. Si veda anche Bianca, C.M.: *Il contratto*, cit., p. 611, il quale, sebbene non escluda che il contratto inizialmente valido possa diventare successivamente affetto da invalidità, però riconduce l'inefficacia derivante da invalidità successiva a una vicenda risolutiva poiché trae titolo da un fatto successivo al perfezionamento ed all'efficacia del contratto.

12 Scognamiglio, R.: "Sulla invalidità", cit., p. 56; Franzoni, F.: "Degli effetti", cit., p. 24, il quale nega che un vizio genetico possa sopravvenire alla stipulazione del negozio perché ciò significherebbe far retroagire la legge nel tempo. Cfr. Di Marzio, F.: "Il trattamento", cit., p. 3110, il quale evidenzia che la cosiddetta nullità sopravvenuta non essendo coeva all'atto, bensì funzionale, il che contrasta con l'essenza stessa della figura.

che prima della sopravvenienza era valido e all'assurdo di avere un contratto che sarebbe contemporaneamente valido e invalido[13].

Sul presupposto di questi rilievi critici, è stato pertanto sostenuto che un atto valido diviene intangibile da parte di qualunque circostanza sopravvenuta, con la conseguenza che un fatto sopravvenuto potrebbe incidere soltanto sui suoi effetti[14] ovvero sul rapporto in corso e giammai sull'atto[15].

Come visto si discute della concepibilità stessa della 'nullità sopravvenuta' o 'successiva' muovendo solitamente dal rilievo della indefettibile originarietà della nullità, in ragione della ricostruzione della sua natura, tale da costituire di per sé un ostacolo logico alla sua configurabilità[16].

Ma occorrerà tuttavia chiedersi in che termini, se e quando la nullità possa definirsi 'tecnicamente' sopravvenuta, ove si ritenga che essa, ricorrendo, sia sempre 'contemporanea' al sorgere dell'atto[17], nella sua configurazione.

Occorre intanto distinguere: se il contratto ha esaurito i suoi effetti, il problema, com'è ovvio, nei limiti della 'coerenza', non dovrebbe porsi[18]; se il contratto è di

13 Cfr. Scognamiglio, R.: "Sulla invalidità", cit., pp. 55-56.

14 In questo senso si era espresso Romanelli, A.: "Sulla cosiddetta", cit., p. 144 s.; si veda anche Tommasini, R.: "Invalidità", cit., p. 593; Roppo, V.: "Il contratto", cit., p. 704 e Lamicela, "Lo ius", cit., p. 63.

15 In questo senso si veda anche Valle, L.: "La categoria dell'inefficacia del contratto", *Contratto e impr.*, 1998, p. 1227. La dottrina distingue l'inefficacia in senso lato, che si configura quando l'improduttività degli effetti negoziali è conseguenza dell'invalidità nel negozio, dall'inefficacia in senso stretto, svincolata dalla nozione di invalidità e determinata dalla mancanza di una circostanza esterna rispetto ai costituenti del negozio e a cui è subordinata la produzione di effetti, si veda in tal senso Scognamiglio, R.: "voce Inefficacia (dir. priv.)", in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Treccani Libri, Roma, 1989, p. 2; Roppo, V.: *Il contratto*, cit., p. 689; Bianca, C.M.: *Il contratto*, cit., pp. 610-611; Mantovani, M.: "Le nullità", cit., p. 18. Sulle cause dell'inefficacia in senso stretto si veda anche Scalisi, V.: "Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità", *Riv. Dir. Civ*., 2003, p. 216. Per i quali i vizi sopravvenuti, non priverebbero il contratto della validità originaria, ma darebbero origine a una forma di inefficacia in senso stretto, sebbene peculiare in quanto successiva

16 Maisto, F.: "La categoria", cit., p. 679; Franzoni, F.: "Degli effetti", cit., pp. 24 ss; Mariconda, V.: "La nullità", cit., p. 362; Franceschelli, V.: "Della nullità", cit., pp. 76 ss.

17 Scognamiglio, R.: "Sulla invalidità", cit., pp. 565 ss.,.

18 Cfr. per ampi riferimenti Marchetti, G.: "La nullità dinamica", cit., p. 1263 la quale ha evidenziato come la maggior parte degli autori che si sono occupati del problema convengono nell'affermare che esso riguarda soltanto i negozi a effetti differiti in tutto o in parte, cfr Messineo, F.: "Il contratto", cit., p. 182; Gentili, A.: "Le invalidità", cit., p. 1446; Roppo, V.: "Il contratto", cit., p. 704; Putti, P.: "Le nullità contrattuali", in *Diritto civile*, (diretto da Lipari – Rescigno), coord. da Zoppini, Vol. III, Obbligazioni, Tomo II, Il contratto in generale, Giuffré, Milano 2009, p. 926; Mantovani, M.: "Le nullità", cit.,, p. 31; Maisto, F.: "La categoria", cit., p. 682; Romano, Santi: "Osservazioni sulla invalidità", cit., p. 436; Donisi, C.: "In tema", cit., p. 765, secondo il quale sarebbe possibile ammettere una ipotesi di nullità sopravvenuta solo quando il negozio abbia "concluso il suo ciclo formativo",e quando il negozio nei confronti del quale si produce la vicenda non si sia ancora esaurito per la presenza di "una causa impeditiva della completa realizzazione della funzione negoziale". Sulla necessità che la formazione del negozio sia conclusa perché possa parlarsi di nullità sopravvenuta si veda anche Fedele, A.: "Le invalidità", cit., p. 122. Diversamente invece Betti, E.: "Teoria generale", cit., p. 307 e anche Rubino, D.: *"La fattispecie", cit.,* p. 97, hanno ammesso l'operatività della figura anche per le fattispecie a formazione progressiva. Si veda anche Ferro, F.: "Condizione sospensiva", cit., p. 885 ss., secondo il quale il problema rileverebbe parimenti per i contratti sottoposti a condizione sospensiva, non essendosi ancora esaurito il rapporto contrattuale.

durata (o anche ad esecuzione differita)[19], quindi vigente, il suo rilievo si manifesta nei termini seguenti: intervenendo una circostanza qualificata o una norma che renda 'difforme' il contratto in corso (per profili vari relativi ai requisiti dell'atto o al suo 'regolamento', al suo disvalore etc.), la 'sopravvenuta' 'incongruità' viene oggettivamente ad emergere apprezzandosi nello svolgersi del rapporto, ma pur sempre in quanto sorretto da un titolo (non esauritosi) che continua ad esprimere nell'attualità il suo vigore, per cui si pone, dal momento della sopravvenienza, la ragione di una nuova e autonoma valutazione, approdante eventualmente alla constatazione della sua inidoneità.

Ci s'interroga, in tale contesto, se possa esserci spazio e congruenza per una visione, in chiave d'invalidità, centrata sulla contraddizione fra il 'prima' e il 'dopo' rispetto alla stipula e se non si smentisca il principio per cui l'invalidità si radicherebbe solo, necessariamente, all'origine con riguardo al titolo su cui sorge la vicenda contrattuale.

Potrebbe, intanto, al riguardo, argomentarsi che il contratto valido è e resta tale, fino al momento in cui intervenga un 'fatto' o un precetto che imponga, per il futuro, seppur con valutazione 'contemporanea', un apprezzamento sulla sua idoneità, senza riflessi retroattivi: quest'ultimo dato, decisivo, smentirebbe, in concreto, il rilievo per cui se il contratto è sorto validamente non può conoscere variazioni qualificative, se non per il futuro. E in realtà, - come si dirà - il contratto nato validamente non vede cancellata questa sua origine, in quanto, a fronte della cosiddetta nullità sopravvenuta, esso fino a quel momento è e resta assolutamente integro ed efficace.

Si deve peraltro tener conto, anche per un più completo inquadramento della problematica, della difficoltà (o impossibilità), in generale, di rintracciare in termini costanti i profili di una concezione unitaria della nullità e di una disciplina uniforme, considerando non solo le obiezioni al riguardo elaborate diffusamente dalla

19 Per la nozione di contratti a effetti differiti si veda ex multis Scognamiglio, R.:, "Contratti in generale", in *Tratt. Grosso – Passarelli*, Giuffré, Milano 1972, pp. 193-194: tale figura ricorre "ogni qualvolta gli effetti (finali) del contratto debbono prodursi, in forza di una disposizione delle parti o della legge, soltanto al verificarsi di un evento successivo (e spesso incerto) in cui il contratto viene concluso". Lo stesso Autore aveva affermato come la questione dell'ammissibilità della invalidità successiva non si ponga per i negozi a effetti differiti in termini diversi che per quelli efficaci, si veda Scognamiglio, R.: "Sulla invalidità", cit., p. 56. Per la distinzione nell'ambito dei contratti a esecuzione istantanea, in cui "l'esecuzione del contratto si concentra, per ciascuna delle parti, in un'unica operazione o in unico effetto", cfr. Roppo, V.: *Il contratto*, cit., p. 51. Escludono che le circostanze sopravvenute incidano sui contatti a esecuzione istantanea immediata o che siano comunque esauriti cfr in tal senso Betti, E.: "Teoria generale", cit., p. 3026, secondo il quale "se l'effetto del negozio è immediato e istantaneo, non è concepibile, e, comunque non è rilevante un postumo difetto del negozio che ormai ha esaurito la sua funzione genetica". In dottrina è stato anche sostenuto che la nullità successiva sia riferibile oltre che ai negozi a effetti differiti, anche a quelli che diano eccezionalmente luogo a effetti instabili, suscettibili di essere eliminati. L'Autore. riconduce all'ambito della nullità sopravvenuta, la normativa dettata dalla legge sul condono edilizio per il caso nel quale il diniego di sanatoria intervenga ex art. 35, comma 12, l. n. 47 del 28 febbraio del 1985, n. 47 dopo la conclusione del contratto ma entro 24 mesi dalla presentazione della domanda di sanatoria, cfr in tal senso Cataudella, A.: "Nullità «formali» e nullità «sostanziali» nella normativa sul condono edilizio", in *Scritti sui contratti* (a cura di A. Cataudella), Cedam, Padova, 1998, p. 172.

dottrina e le posizioni pur variabili e oscillanti della giurisprudenza, ma soprattutto le crescenti, divergenti discipline di settore che hanno messo in crisi la identificabilità di uno statuto generalizzabile a tutte le ipotesi in cui si evoca il nomen 'nullità'[20]. Si pensi, esemplificando, alle nullità in materia societaria, ex art. 2379 c.c., a quelle in ambito matrimoniale, ex art. 117 ss., e successorio, con riguardo agli atti mortis causa, particolarmente al codice del consumo e ad altri settori, quali, ad esempio, quello edilizio e quello bancario-finanziario.

Dunque, forme e tipologie di nullità speciali, di protezione, governate da norme particolari, tali da giustificare la formula, ormai diffusa, 'delle nullità'[21]. Emerge dunque un panorama frastagliato e articolato, di cui occorre tener conto in ogni caso per una corretta diagnosi[22].

Ciò che si descrive come invalidità sopravvenuta merita dunque di essere relativizzata e correttamente indagata, apparendo la questione frutto anche di taluni fraintendimenti: in che modo, infatti, essa si pone ed è intesa? Avendo riguardo allo svolgimento del contratto di durata, può dedursi che per ogni momento e fase dinamica di esso sia implicito un costante ancoraggio alla sua giustificazione, in ragione, appunto, della pendenza del rapporto che impone la reiterazione del giudizio di validità[23]. Quindi, è da ritenere che la durata, esprimendo una precisa

20 Cfr. per tali rilievi, ex multis, Alcaro, F.: "La categoria", cit., pp. 27 ss.; Di Majo, A.: "La nullità", in *Trattato Bessone*, *Il contratto in generale*, VII, Utet, Torino, 2002, pp. 128 ss.; Scalisi, V.: "Nullità e inefficacia nel diritto europeo dei contratti", *Europa e dir. privato,* 2001, pp. 491 ss.; Sacco, R.: *"Nullità e annullabilità",* in *Dig. Dir. priv.*, vol. XII, Utet, Torino, 1995, p. 293 ss; Franceschelli, V.: "Della nullità", cit., pp. 83 ss.. Cfr. Anche Sartoris, C.: "Il contratto di locazione. Oltre la nullita", *Nuov. Giur. Civ. Comm.*, 2018, p. 938 la quale evidenzia come vi sia stato un proliferare di nuove ipotesi di nullità, che manifestano la tendenza del legislatore a ricorrere a detto rimedio per esigenze di tutela o di sanzionare l'inadempimento di un obbligo comportamentale e che hanno definitivamente segnato il discostamento sempre più profondo, dal paradigma classico della nullità codicistica. Si veda anche Vettori, G.: "Asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità", *Riv. dir. priv.*, 2003, pp. 249 ss.; Passagnoli, G.: "Il contratto illecito", in *Trattato del contratto*, (diretto da Roppo), II, *Regolamento*, (a cura di G. Vettori), Giuffré, Milano, 2006, pp. 452 ss.; Benedetti, G.: "La rescissione", in *Trattato Bessone*, *Il contratto in generale*, Utet, Torino, 2007, pp. 48 ss.; Roppo, V.: "La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf", *Danno e resp.*, 2008, pp. 538 ss.; Scalisi, V.: *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Giuffré, Messina, 2011, pp. 391 ss.; Imbruglia, D.: *La regola di adeguatezza e il contratto*, Milano, 2017, p. 501; Russo, D.: "Profili evolutivi", cit., p. 267.

21 Cfr. ex multis Alcaro, F.: "La categoria", cit., pp. 27 ss.; Fedele, A.: "La invalidità", cit., p. 326; Allara, M.: *La teoria generale del contratto,* 2' rist., Utet, Torino, 1955, p. 47; Iudica, G.: *Impugnative contrattuali e pluralità di interessati*, Cedam, Padova, 1973, p. 91, il quale già negli anni '70 riteneva "preferibile affermare che in luogo della nullità, come categoria logico-sistematica, oppure come fattispecie unitaria di diritto positivo, esistono "le nullità", e cioè più statuti delle invalidità"; Irti, N.: "Concetto giuridico di comportamento e invalidità dell'atto", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, pp. 1053 ss.; Scalisi, V.: "Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia", *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 843; Id.: "Il contratto e le invalidità", in *Atti del Convegno Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?,* Treviso, 23-24-25 marzo 2006, *Riv. dir. Civ.*, 2006, 6, p. 237; Id.: "*Il contratto"*, cit., p. 184; Id.: "Nullità e inefficacia nel diritto europeo dei contratti", *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 505, che scrive come proprio la nullità europea sancisce il definitivo passaggio dalla nullità alle nullità E così anche Gentili, A.: "Le invalidità", cit., p. 1438. Sulla diversa disciplina applicabile ai vari casi di nullità cfr Roppo, V.: "Il controllo sugli atti di autonomia privata", *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 487; Id., "Il contratto", cit., pp. 693 ss.

22 Alcaro, F.: "La categoria", cit., pp. 27 ss.

23 Cfr. Russo, D.: "Profili evolutivi", cit., pp. 159 ss. il quale sostiene che il vizio invalidante non debba necessariamente ed esclusivamente sussistere nel momento in cui l'atto è compiuto, in ragione del fatto che il giudizio di invalidità può essere svolto anche successivamente fintantoché l'atto non abbia cessato di

dimensione giuridica, riproponga costantemente, nello svolgersi della vicenda, l'attualità del suo fondamento, pur in senso diacronico (rispetto all'origine)[24].

Ove quel fondamento venisse meno, in tutto o per una parte, si avrebbe infatti un diverso modulo, ma, in via di principio, solo da quel determinato momento[25]. La sopravvenienza inciderebbe allora su una fase nuova (e successiva) del rapporto, quindi pro futuro[26].

Se si volesse, dal punto di vista delle categorie, al riguardo parlare – come spesso si è proposto - di 'risoluzione' in quanto l'evento inciderebbe sul rapporto, o di 'inefficacia' sopravvenuta, anche al fine di non incorrere nei problemi ricostruttivi (appunto) della nullità successiva, ed in quanto, tecnicamente, la sopravvenienza si potrebbe ritenere riferibile comunque non alla struttura del contratto, ma alla sua vicenda[27], il problema tuttavia sarebbe nella sostanza destinato a riproporsi, determinandosi quell'inefficacia, pur sempre, in ragione della sopravvenienza de qua[28]. E se l''inefficacia', allora, può apparire qualifica in linea con la ritenuta incidenza solo sugli effetti, una tale visione merita tuttavia di essere complessivamente ripensata e precisata, per quanto si dirà.

Il concetto d'inefficacia indubbiamente si appalesa dogmaticamente neutro in quanto di per sé riferibile a situazioni varie, non omogenee (cfr. ad es., a parte implicitamente l'art. 1418, gli, artt. 1353, 1414, 2901 c.c.) e quindi meglio compatibile anche con la pregressa validità del contratto, ma una volta chiarito che la sopravvenuta negativa valutazione opererebbe non retroattivamente, lasciando integra la fase precedente del rapporto, esplicatosi sulla base di un determinato,

produrre i suoi effetti. Infatti, "la natura programmatica dell'atto di autonomia privata implica il rifiuto della logica valevole per il mero fatto nel mentre impone un costante raffronto col sistema dei valori espressi dall'ordinamento fin quando gli interessi programmati non trovano compiuta realizzazione". Nello stesso senso, Majello, U.: "La patologia", cit., p. 354 e Maspes, I.: "La nullità", cit., p.1356, la quale evidenzia come il contratto di durata abbia una funzione programmatica diretta a regolare i rapporti fra le parti in una fase successiva alla sua conclusione, con la conseguenza che il giudizio di validità dello stesso deve essere reiterato finché lo stesso non abbia esaurito i suoi effetti e che la nullità oltre ad essere sincronica, ossia contestuale alla stipulazione del negozio, possa anche essere diacronica e manifestarsi in un momento successivo. In tal senso si veda anche Onorato, M.: "Nullità del contratto" cit., pp. 195 ss.

24 Onorato, M.: "Nullità del contratto" cit., p.195; Russo, D.: "Profili evolutivi", cit., p. 159. Cfr. anche Maisto, F.: "La categoria", cit., p. 680 e Gentili, A.: "Le invalidità", cit., p. 1450, il quale ha osservato che se un negozio regola diacronicamente i comportamenti delle parti non c'è niente di strano che col passare del tempo muti il giudizio che la legge dà del contratto e di conseguenza anche il carattere doveroso dei comportamenti che altrimenti le parti dovrebbero ancora tenere. In senso sostanzialmente analogo si veda anche Ciatti, A.: "Retroattività e contratto", cit., p. 218.

25 Cfr anche Donisi, C.: "In tema", cit., pp. 762-772, il quale ha parlato di "negozio vitale": in considerazione della natura teleologica del negozio, l'atto perdura nel tempo accanto agli effetti che produce fino a quando non abbia realizzato lo scopo per cui è stato creato, continuando a essere il termine di riferimento delle vicende ad esso attinenti. Il negozio persiste, dunque, nella realtà giuridica come fenomeno "vivo e vitale" pur avendo concluso il ciclo di formazione e, pertanto, è idoneo a essere oggetto di un nuovo giudizio di disvalore in una fase successiva a quella del perfezionamento.

26 Cfr. Cass. 26/01/2006 n. 1689 in *Banca Data Jursi data.*

27 Cfr. Scalisi, V.: "*Inefficacia*", cit., pp. 368 ss.

28 Critico in tal senso Gentili, A.: "Le invalidità", cit., p. 1447. Si veda anche Roppo, V.: "Il contratto", cit., p. 703.

qualificato 'atto', la categoria proposta in termini di nullità (sopravvenuta) può essere vagliata o comunque più correttamente motivata.

In realtà, occorre risalire alle premesse di una tale impostazione.

Nel contesto di una visione dinamica sequenziale, ragionando in termini di correlazione fra 'atto' e 'rapporto', si può evidenziare che il primo non esaurisce il suo rilievo iniziale, trattandosi di contratto di durata, e quindi la sopravvenienza eventuale si manifesta sì nella fase dinamica del rapporto, ma in quanto pur sempre retto puntualmente e costantemente dalla sua fonte: non si verifica perciò la contraddizione paventata di un contratto nato valido e poi riassorbito in un'invalidità successiva, non potendo lo scrutinio arrestarsi all'inizio, allorché l'effetto del contratto non si sia contestualmente prodotto ed esaurito[29].

Al riguardo, è intanto opportuno procedere ad un chiarimento sistematico. Non sembra condivisibile l'assunto per cui la 'sopravvenienza', insorgendo o manifestandosi nella pendenza dello svolgimento del rapporto, inciderebbe solo sugli effetti: decisivo è indagare se essa, intrinsecamente, concerna direttamente ed ex professo gli effetti del contratto e non l'atto quale fonte, in ragione della natura o qualità dell'evento sopravvenuto, pur potendosi dubitare della tenuta, in assoluto, di quella distinzione, come sopra rilevato.

Nella ipotesi della risoluzione, è indubbio che l'anomalia che si verifica (ad es. l'inadempimento, etc.) è logicamente posteriore e distinta rispetto alla fisiologia dell'atto. Ove, invece, l'evento o fatto sopravvenuto pur attenendo alla vicenda attuativa, investa intrinsecamente i presupposti fondativi dell'atto, allora non potrà valorizzarsi il riferimento diretto al 'rapporto' quale luogo naturale e proprio della sua incidenza: si pensi ad un precetto di legge sopravvenuto che precluda il compimento di una certa attività, o che limiti l'operatività di una determinata pattuizione. Non potrebbe in tal senso sostenersi che quel precetto investa solo gli effetti del contratto per il fatto di essere sopraggiunto: e ciò in quanto l'incidenza è sulla programmazione e sul contenuto stessi del contratto.

Si pensi, fra l'altro, più in generale, alle varie ipotesi presenti oggi in molti settori nei quali la nullità è prevista, in funzione sanzionatoria anche di comportamenti di un contraente o di censura di lacune del regolamento, a scopo di tutela del consumatore o dell'utente-contraente debole (cfr. art. 30 e art. 23, c. 3, TUF 1998,

29 Cfr. Gentili, A.: "Le invalidità", cit., p. 1447 ss.; Rossi e Conti: "La relazione tra causa e sopravvenienza: il concetto di causa dinamica nei contratti di durata e temporalmente rilevanti e le sopravvenienze a rilevanza causale", *Foro pad*., 2017, p. 34 ss. Contra, Scognamiglio, R.: "Sulla invalidità", cit., pp. 211-212.

n. 58; art. 2 d. lgs. 2005, n. 122; art. 52 Codice consumo): e ciò a prescindere dalla coerenza del richiamo della nullità in tali situazioni e dell'orientamento sotteso[30].

Resta il dato per cui la sopravvenienza può non esplicarsi solo sul 'sinallagma funzionale', ove si evidenzi la intervenuta illegittimità stessa dell'elemento fondativo del regolamento contrattuale.

Si rivela allora decisiva la ratio complessiva che sottende l'intervento normativo incidente sul contratto – ove non siano specificati la sanzione e il rimedio – per valutare le conseguenze che ne derivano in punto di disciplina.

Non è quindi conducente e persuasivo il criterio per cui, rispetto ad un evento 'modificativo' venutosi a manifestare nello svolgersi del rapporto, si argomenti che non potrebbe aversi riguardo alla validità del contratto, ma solo alla sua attuazione, e conseguentemente alla 'risoluzione' di esso[31].

Se lo scrutinio in ordine alla validità si compie - com'è necessario – alla genesi dell'atto, con riguardo ad una determinata configurazione posta dall'ordinamento, l'ammissibilità e concepibilità di un'invalidità successiva non inficia la diagnosi iniziale, in quanto, trattandosi di vicenda non esaurita, la verifica – come già precisato – è sempre imposta in ragione dello svolgimento in corso e di quello successivo: si potrebbe, in tal caso, parlare, di volta in volta, dello scrutinio di un 'nuovo inizio' titolato e quindi pur sempre di un'invalidità 'contemporanea' ad esso, ove il 'fatto' che la produce sopravvenga[32]. Intendendosi la 'contemporaneità' predicata riferibile dunque non solo alla genesi dell'atto, ma ad ogni ipotesi di (nuova) valutazione che sia resa necessaria ed imposta da una sopravvenienza e quindi di un conseguente giudizio (di volta in volta) coevo ad essa.

Ne deriva che l'incidenza sugli effetti in corso non è in realtà (sempre) svincolata dall'incidenza sull'atto/fonte[33], che esprime in continuità il suo vigore e che quindi, se valutato poi negativamente, darà luogo ad una nullità, ma non in contraddizione logica, nei termini tradizionalmente intesi.

30 Cfr. Sicchiero, G.: *La risoluzione per inadempimento*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Giuffré, Milano 2007, pp. 53 ss., per l'analisi delle ipotesi normative e per la discussione sull'alternativa risoluzione/nullità.

31 In senso contrario si veda Rossi – Conti, "La relazione", cit., pp. 34 ss., secondo i quali, dalle premesse di cui sopra nel testo, deriva la necessità di prevedere lo scioglimento del vincolo contrattuale per il verificarsi nel corso del rapporto di un difetto funzionale della causa secondo il modello della risoluzione, non potendo ammettersi la nullità sopravvenuta.

32 Contra, Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2020, p. 998; Franzoni, F.: "Degli effetti", cit., p. 24; Di Marzio, F.: "Il trattamento", cit., p. 3110; Id. "Forme della nullità", cit., p. 465 ss.; Scognamiglio, R.: "Sulla invalidità", cit., p. 210.

33 In tale direzione, fra gli altri, Gentili, A.: "Le invalidità", cit., p. 1447, secondo il quale non sarebbero distinguibili e separabili il contratto e gli effetti.

II. LE IPOTESI: IN TEMA DI USURA, FIDEIUSSIONE ED ALTRO; RICOSTRUZIONI E PUNTUALIZZAZIONI.

Tra i molteplici ambiti di applicazione, tra i più noti si può menzionare quello dell'usura sopravvenuta, che si manifesta allorché gli interessi, inizialmente pattuiti in relazione ad un mutuo, dovessero risultare superiori al tasso soglia nel corso del rapporto, in base ad una disciplina superveniens[34].

Sul tema, in seguito all'emersione di vari orientamenti[35], è intervenuta non molti anni fa anche una sentenza a Sezioni Unite della Cassazione (19/10/2017 n. 24675) che ha statuito nel senso dell'irrilevanza e dell'inconfigurabilità della

34 Il tema dell'usura sopravvenuta si origina, come noto, con la promulgazione del Lg. n. 108 del 1996 che ha introdotto un limite normativo ai tassi di interesse praticabili nelle diverse operazioni di finanziamento con un un duplice meccanismo sanzionatorio, penalistico (art. 644 c.p.) e civilistico (art. 1815, comma 2, c.c.) e la previsione di un meccanismo di individuazione di un tasso limite oggettivo, benché mutevole nel tempo, perché affidato a rilevazioni trimestrali del tasso mediamente praticato dagli istituti di credito per categorie omogenee di operazioni (TEGM – Tasso Effettivo Globale Medio), maggiorato da uno spread (TSU – Tasso Soglia Usura). Il fenomeno dell'usura sopravvenuta si può verificare in due specifiche ipotesi, sotto il profilo di ius superveniens, ossia come questione di applicabilità, ai rapporti antecedenti l'intervento normativo, del nuovo limite di soglia, o per contratti stipulati dopo ma che abbiano pattuito un tasso originariamente lecito, che vada a superare la soglia relativa a singoli trimestri. In dottrina sul tema sono molteplici i contributi ex multis Bartolomucci, P.: "L'usura sopravvenuta al vaglio delle Sezioni Unite", *Giur. It.*, 2018, p. 41; Di Biase, A.: "Profili civilistici dell'usura bancaria nell'elaborazione della giurisprudenza italiana", *Contratti*, 2018, pp. 331 ss.; Salanitro, U.: "Dal rigetto dell'usura sopravvenuta all'affermazione del principio di simmetria: la strategia delle Sezioni Unite", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 84 ss.; Morisi, L.: "*L'usurarietà sopravvenuta*", *Contratti*, 2017, pp. 573 ss.; Dolmetta, U.: "Sugli effetti civilistici dell'usura sopravvenuta", *Il Caso.it*, 2014, pp. 3 e ss.; Mucciarone, G.: "Usura sopravvenuta e interessi moratori usurari tra Cassazione, ABF e Banca d'Italia", *Banca, borsa, tit. cred*., 2014, pp. 438 ss.; Maniaci, A.: "Contratti in corso e usurarietà c.d. sopravvenuta", *Contratti*, 2001, pp. 157 ss.; Fauceglia, G.: "L'usura sopravvenuta nella Cassazione Sezioni Unite n. 24675/2017: più interrogativi che risposte", *Banca, borsa, tit. cred.,* 2018, pp. 310 ss.; Salvi, G.: "L'usura sopravvenuta al vaglio delle Sezioni Unite tra negazionismo e correzione del contratto", *Nuova Giust. civ. comm.* 2017, pp. 801 ss.; Pagliantini, S.: "L'usurarietà sopravvenuta e il canone delle SS. UU.: ultimo atto?", *Corriere giuridico*, 2017, pp. 1489 ss.; Id.: "La saga (a sfaccettature multiple) dell'usurarietà sopravvenuta tra regole e principi", 02/2017, *www.cortedicassazione.it*; Pistelli, F.: "L'usura sopravvenuta tra invalidità e inefficacia", *Persona e mercato*, 2016, pp. 38-39; Semeraro, M.: "Usura originaria, usura sopravvenuta e interessi moratori", *Riv. dir. bancario*, 2015, p. 19; Farina, V.: "Ius variandi ed interessi usurari nell'apertura di credito in conto corrente", *Riv. dir. banc*., dirittobancario.it, 2014, p. 29; Colavincenzo, D.: *Nullità e rescissione dei contratti usurari*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli 2011, pp. 36 ss.; Camerano, F.: "L'usurarietà sopravvenuta", cit., p. 1062; Nardelli, G.:"In tema di nullità e validità sopravvenuta", *Giur.. it*., 2003, pp. 2035 ss; Passagnoli, G.: "Il contratto usurario tra interpretazione giurisprudenziale ed interpretazione autentica", in AA.VV.*: Squilibrio e usura nei contratti*, (a cura di Vettori), Cedam, Padova 2002, pp. 30 ss.; Di Marzio, F.: "Il trattamento", cit., pp. 3099 ss.; Malvagna, U.: "L'usura originaria", cit.; Spangaro, A.: "Tassi di interessi divenuti usurari alla luce della l. n. 108/1996: nullità sopravvenuta o inefficacia?", *Impresa.,* 2000, pp. 1942 ss.

35 A favore della rilevanza della fattispecie si erano pronunciate la maggioranza delle decisioni di legittimità, si veda Cass. 602-603/2013, Cass. 17150/2016, Cass. 9405/2017. Invece per un'inefficacia ex nunc, con esclusione della rilevabilità d'ufficio, Cass. 1126/2000, Cass. 2149/2006, Cass. 17854/2007 e a favore della irrilevanza giuridica, Cass. 26499/2009, Cass. 22204/2013, Cass. 801/2016. Si richiama anche l'orientamento emerso nella giurisprudenza arbitrale, sull'applicabilità del rimedio di buona fede, cfr in tal senso ABF Collegio di Roma 52/2017, ABF Collegio di Napoli 4664/2016, ABF Collegio Napoli 1758/2015, ABF Collegio di Coordinamento 77/2014, in ordine al quale le S.U. della Suprema Corte hanno affermato che il criterio della buona fede in executis opera in fase di "realizzazione dei diritti scaturenti dal contratto". Ciò vale a dire che una violazione della clausola generale non sarebbe riscontrabile nel mero esercizio di diritti che il contratto legittimamente riconosce al finanziatore, quanto nella "presenza di particolari modalità o circostanze" tali da rendere "scorretta ai sensi dell'art. 1375 c.c." la pretesa di interessi divenuti successivamente superiori al tasso soglia (la giurisprudenza arbitrale ha qualificato, ad esempio, scorretta quella conseguente alla pattuizione di una clausola floor per un tasso molto vicino al limite di soglia). Pertanto, il giudice di merito è chiamato a valutare se la pretesa degli interessi da parte del mutuante contrasti, in ragione delle particolari modalità o circostanze del caso concreto, con il generale dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto. Così che i principi di buona fede e di solidarietà, quale fonte di

pretesa usura sopravvenuta, asserendosi che "non si verifica la nullità o l'inefficacia della clausola contrattuale di determinazione del tasso degli interessi stipulata anteriormente all'entrata in vigore della predetta legge (n. 108/1996) o della clausola stipulata successivamente per un tasso non eccedente tale soglia, quale risultante al momento della stipula"[36]. Principio questo, invero, affermato (anche) in considerazione dell'interpretazione autentica della legge n. 108 del 1996 da parte del D.L. n. 394 del 29/12/2000, (convertito con la L. n. 24 del 24/02/2001), che ha fissato quale momento rilevante per la valutazione di usurarietà quello della pattuizione e non del pagamento[37].

integrazione degli obblighi contrattuali, potrebbero operare come limite alla esigibilità di interessi divenuti successivamente usurari: cfr. Mucciarone, G.: "Usura sopravvenuta", cit., pp. 438 ss.

36 Cfr. per una attenta analisi Maspes, I.: "La nullità", cit., pp. 1348 ss la quale rileva che nell'ottica di dar continuità all'orientamento che nega la configurabilità dell'usura sopravvenuta, la Suprema Corte sottolinea come il divieto imperativo di percepire interessi sopra soglia sia contenuto esclusivamente all'interno degli artt. 644 c.p. e 1815 c.c., i quali presuppongono una nozione di interessi usurari per come stabilito nell'art. 2 della legge 108/1996. Orbene, la legge di interpretazione autentica ha inteso circoscrivere alla fase genetica del rapporto non solo la sanzione, ma il vero e proprio campo di applicazione di queste disposizioni escludendo, di fatto, che un superamento successivo della soglia possa configurare un contrasto con un divieto imperativo di legge tale da comportare la nullità o l'inefficacia della clausola. Ciò non significa, allo stesso tempo, negare la configurabilità di altri strumenti di tutela del mutuatario, al ricorrere degli specifici presupposti della disciplina codicistica (come la nullità delle clausole vessatorie o la riducibilità degli interessi di mora, per il tramite della manifesta eccessività della clausola penale).

37 Così recita l'art. 1 del d.l. n. 394 del 2000, convertito dalla l. n. 24/2004: "Ai fini dell'applicazione dell'art. 644 del codice penale e dell'art. 1815, secondo comma, del codice civile, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento". La legittimità della norma di interpretazione autentica è stata riconosciuta da Corte Cost. 25 febbraio 2002, n. 29, in F. it., 2002, c. 934 ss., la quale ha affermato l'estraneità all'ambito di applicazione di detta norma di ulteriori istituti e strumenti di tutela del mutuatario, secondo la generale disciplina del Codice civile. Tale inciso ha costituito l'appiglio per le tesi che, nonostante il dettato della l. n. 24/2001, hanno cercato comunque di attribuire rilevanza giuridica all'usura sopravvenuta, alcune sul piano della validità del contratto, altre su quello dell'efficacia. Nella giurisprudenza di merito recentemente, allineandosi all'orientamento maggioritario, secondo cui la variazione unilaterale che comporti il superamento dei tassi soglia non può essere ricondotta alla figura dell'usura c.d. Sopravvenuta cfr. Trib. Mantova 6 ottobre 2020, secondo il quale l'usurarietà originaria, nell'ambito di un rapporto di conto corrente, va verificata sia con riferimento al momento della stipula del contratto sia con riguardo alle eventuali successive pattuizioni modificative, concordate o unilaterali; si veda in tal senso ex multis anche Trib. Padova, 12 agosto 2014, n. 2600, in www.dirittobancario.it; Trib. Padova, 29.11.2019, in Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza, 6905 – pubb. 02.12.2019; Trib. Roma, 23.10.2019, in Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza, 22605 – pubb. 30.10.2019; Trib. Padova, 09.11.2018, in Il Caso.it, Sez. Giur., 21137 – pubb. 29.01.2019; Trib. Torino, 20.04.2017, in Il Caso.it, I, 17999 – pubb. 23.09.2017; Trib. Lanciano 09.06.2016, in Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza, 15222 – pubb. 14.06.2016. Sul punto recentemente si veda Morisi, L.: "Usura e interessi di mora: in medio stat virtus?", *I Contratti*, 2021, p. 127, il quale ribadisce come le stesse Sezioni Unite in tema di usura sopravvenuta, abbiano affermato che la nozione civilistica di interesse usurario va definita per relationem a partire dall'art. 644 c.p., integrato dal meccanismo previsto dalla L. n. 108/1996 e specificato dalla L. n. 24/2001, con la conseguenza che il vaglio usurario va compiuto al momento della stipula del contratto. L'Autore evidenzia come vi sia una duplicazione degli strumenti rimediali riconosciuti a favore del debitore, ovvero l'accertamento di una nullità concreta e di una astratta. La prima potrà essere dichiarata quando, a seguito dell'inadempimento, sia richiesto al debitore inadempiente un tasso moratorio che, in ragione della specificità del rapporto (durata dei ritardi, numero e ammontare delle rate inadempiute) sia effettivamente usurario: la clausola sarà colpita da nullità e nulla sarà dovuto. La seconda invece potrà essere proposta già alla conclusione del contratto, quando ancora né l'inadempimento né la pretesa creditoria siano ancora attuali, al fine di far dichiarare l'usurarietà dell'interesse oratorio pattuito, prima che siano sopraggiunte le condizioni per l'applicabilità dello stesso: in questo caso, però, la sentenza si limiterà ad accertare l'usurarietà astratta del tasso moratorio e dunque, anche in presenza di siffatta declaratoria, il debitore non sarà legittimato a non adempiere né a pretendere che nessun interesse gli sia applicato.

Ma da tale pronuncia, oggetto di discussione, si evince in ogni caso l'esistenza del problema posto dalla sopravvenienza di una norma imperativa e della sua possibile soluzione, in ragione della sua incidenza sulla sopravvivenza o meno del contratto, con ogni implicazione consequenziale, anche in ordine all'applicazione del tasso d'interesse[38].

Un'altra ipotesi - a parte, fra le altre[39], quelle note delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori (ex art. 1469 bis c.c. e ora artt. 33 ss. cod. consumo del 2005[40]) e delle intese antitrust, restrittive della concorrenza, (ex art. 2 L. 287/1990)[41], - in cui si è posto il problema che si sta considerando è quella, ben esplorata, della fideiussione, a seguito della introduzione della legge n. 56/1992 (art.10) che ha modificato gli artt. 1938 e 1956 c.c. nel senso di imporre, per il primo, la indicazione di un importo massimo garantito in relazione ad obbligazioni future o condizionali e, per il secondo, prevedendosi l'invalidità della rinuncia preventiva del garante ad avvalersi della liberazione di cui al 1° comma dell'art. 1956.

Si domandava quale, a questo punto, la sorte dei contratti e delle clausole difformi già stipulati[42]? La Corte Costituzionale (n. 204 del 27/6/1997) riconobbe

38 Dolmetta, U.: "Sugli effetti civilistici", cit., p. 620 il quale riconduce il caso ad un'ipotesi di nullità parziale sopravvenuta, escludendo che l'applicabilità dell'art. 1419, comma 2, c.c. sia condizionata all'anteriorità della legge rispetto al contratto, rileva come l'obbligazione degli interessi non si esaurisca in una sola prestazione, ma si concreti in una serie di prestazioni successive e, in particolare, che ai fini della qualificazione usuraria dell'interesse il momento rilevante sia la dazione e non la stipula del contratto.

39 Cfr. in ordine alla nullità della clausola compromissoria a seguito della sopravvenuta indisponibilità del diritto, Cass. S.U., 24/11/2015, n. 23983, in *Banche Dati Juris Data*; si veda anche Cass. 17/02/2014 n. 3665, in *Banche Dati Juris Data*; sulla 'nullità sopravvenuta' della clausola compromissoria nello statuto di società di persone in contrasto con il D. lgs. del 17/01/2003 n. 5. Si veda in ordine ai contratti di appalto Camerano, F.: "Ius superveniens" cit., pp. 621 ss.; Taddei Elmi, G.: "Contratto e norme", cit., pp. 33 ss. I giudici di legittimità hanno ritenuto colpita da nullità, operante con effetti ex nunc, la clausola di rinuncia da parte dell'appaltatore agli interessi moratori spettanti in ragione del ritardato pagamento del committente contenuta in un contratto di appalto stipulato prima dell'introduzione della l. n. 741/1981, che all'art. 4 ha sancito la nullità dei patti in deroga alla disciplina legale degli interessi per i ritardi nei pagamenti spettanti all'appaltatore di opere pubbliche, cfr. Cass. 10 maggio 2005, n. 9747, in Obbl. e contr., 2006, p. 33. Cfr. anche Cass. 1/2/1999, n. 827, in *Banche Dati Juris Data.*

40 La questione della nullità sopravvenuta è emersa, altresì, in ordine alla disciplina delle clausole vessatorie introdotta dalla l. 6 febbraio 1996, n. 52 in materia di contratti dei consumatori, ponendosi anche qui il problema della applicabilità ai contratti anteriormente stipulati e in corso di esecuzione alla data della sua entrata in vigore, si veda App. Roma, 7 maggio 2002, in *Assicurazioni*, 2002, II, p. 142. Contraria al riconoscimento di una nullità sopravvenuta invece Cass. 24 luglio 2001, n. 10086, in *Resp. civ.*, 2002, p. 108; Cass. 18 luglio 2002, n. 10436, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, p. 1266.

41 Ancora, si è discusso se la disciplina relativa alla nullità delle intese restrittive della libertà di concorrenza sancita dall'art. 2, comma 3, l. 10 ottobre 1990, n. 287, trovasse applicazione anche per i contratti anteriormente stipulati e in corso di esecuzione alla data della sua entrata in vigore. In senso non favorevole inizialmente Cass. 28 luglio 1995, n. 8251, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1411, invece favorevole alla nullità sopravvenuta di tali contratti con efficacia ex nunc la giurisprudenza successiva cfr. Cass. 1° febbraio 1999, n. 827, in F. it., 1999, p. 831 In dottrina cfr. Libonati, B.: "Intese orizzontali e aperture in tema di concorrenza e di mercato nella giurisprudenza della cassazione", *Giur. it.*, 1999, p. 1230; Afferini, G.: "Le intese restrittive anteriori alla legge antitrust: legge retroattiva o nullità speciale?", *Giur. it.*, 2000, p. 939; Parrella, F.: "Disciplina antitrust nazionale e comunitaria, nullità sopravvenuta, nullità derivata e. nullità virtuale delle clausole dei contratti bancari a valle", *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1996, p. 507.

42 Cfr. sul problema, Ruvolo, M.: "Successioni di legge", cit., p. 1252 ss.; Timpano, V.: "Jus supervenius, rapporti fideiussori in corso e nullità sopravvenuta", *I contratti*, 2001, p. 802 ss., il quale è favorevole alla tesi della nullità sopravvenuta delle fideiussioni omnibus aperte e della nullità sopravvenuta parziale delle clausole

la natura innovativa della legge, discendendone quindi la validità delle fideiussioni sorte precedentemente.

L'orientamento della Cassazione fu quindi nel senso che la validità ed efficacia della fideiussione rimanessero integre, venendo meno solo per il periodo successivo, impregiudicati dunque gli effetti già prodottisi[43] .

Se poi, al riguardo, fosse stata sostenuta – salva l'espressa indicazione contraria del legislatore – la natura interpretativa (e non innovativa) della nuova norma, con conseguente sua applicazione anche per il passato, la conclusione, pur di esito diverso, non avrebbe modificato il ragionamento fin qui condotto. Infatti, in tal caso, egualmente non si sarebbe potuto argomentare in termini – se non in senso puramente diacronico – di invalidità 'sopravvenuta', considerando che l'effetto retroattivo individuerebbe ab initio l'invalidità originaria del contratto e quindi non potrebbe sostenersi che un atto nato validamente abbia poi subìto una inversione qualificativa. Si manifesterebbero naturalmente gli inconvenienti relativi alle conseguenze sugli atti compiuti medio termine, con le connesse pretese ripristinatorie (e eventualmente sostitutive-riparatorie), ma non si tratterebbe

derogatorie all'art. 1956 c.c. Cfr. anche Spataro, M.: "Nullità della clausola di deroga all'art. 1956 c.c. prima e dopo la legge n. 154/92", *I contratti,* 1997, p. 582. In senso contrario si veda Franzoni, F.: "Fideiussione omnibus e ius superveniens", *Contratto e impr.*, 1993, p. 428 ss., che ha negato la possibilità che le norme sopravvenute incidano sulla validità dei contratti anteriori, ritenendo che la questione debba essere, invece, risolta attraverso l'interpretazione di buona fede delle clausole difformi dalla nuova disciplina.

43 Cfr. in tal senso Cass. n. 1586 20/01/2017. In senso conforme si veda anche Cass. 9 febbraio 2007, n. 2871, in *Mass. Giust. Civ.*, 2007, p. 2, la quale ha statuito che nella controversia inerente alla validità ed alla efficacia di una fideiussione prestata in favore di un istituto di credito per tutte le obbligazioni derivanti da future operazioni con il debitore principale, la sopravvenienza della legge 17 febbraio 1992, n. 154 (il cui art. 10, modificando l'art. 1938 cod. civ., impone la fissazione dell'importo massimo garantito) - se non tocca la validità e l'efficacia della fideiussione fino al momento dell'entrata in vigore del citato art. 10, con la conseguente responsabilità del fideiussore per le obbligazioni verso la banca a carico del debitore principale prima della predetta data - determina, per il periodo successivo, la nullità sopravvenuta della convenzione con essa in contrasto; pertanto, la mancata predeterminazione, con espressa dichiarazione di volontà, dell'importo massimo garantito esclude che il fideiussore possa essere chiamato a rispondere dei debiti sorti a carico del debitore principale dopo l'entrata in vigore dell'art. 10 citato. (Enunciando il principio di cui in massima, la Corte ha demandato al giudice del rinvio il compito di accertare quale sia stato, dopo l'entrata in vigore della legge n. 154 del 1992, lo sviluppo dei rapporti tra la banca ed il debitore principale e di stabilire, conseguentemente, l'effetto delle rimesse del debitore principale rispetto all'obbligazione del fideiussore, tenendo conto che le risultanze degli estratti conto successivi alla sopravvenuta invalidità della fideiussione sono rilevanti sia per la determinazione finale del debito garantito, ove risulti che l'apertura di credito abbia avuto ulteriore corso anche dopo la cessazione della garanzia fideiussoria, sia per l'individuazione delle operazioni di segno attivo alle quali attribuire carattere solutorio rispetto all'obbligazione del fideiussore, ove al contrario emerga la cessazione dell'apertura di credito già garantita e la concessione di ulteriore diverso credito non garantito dal fideiussore). Cfr. Cuccovillo, M.: "Nullità sopravvenuta della fideiussione omnibus, apertura di credito ed efficacia delle rimesse in conto corrente", *Obbligazioni e Contratti*, 2008, p. 317. Si veda anche Cass. 29 ottobre 2005, n. 21101, in *I contratti*, 2006, II, p. 275, con nota di Angiuli, A.: "La fideiussione "omnibus" tra silenzio del fideiussore e scorrettezza del creditore", *I contratti*, p. 775; Cass. 28 novembre 2003, n. 18234, in *Mass. Giust. Civ.*, 2003, p. 11; Cass. 14 luglio 2010, n. 16561 e Cass. n. 831 del 28/1/1998, in Banche dati Iuris Data. La giurisprudenza di legittimità ha così affermato in più decisioni che nelle controversie inerenti alla validità e alla efficacia di una fideiussione omnibus, la sopravvenienza della l. n. 154 del 92, non avrebbe toccato la validità e l'efficacia della fideiussione fino al momento della sua entrata in vigore, ma avrebbe determinato la sua nullità per il periodo successivo, ferma restando la possibilità per le parti di stipulare una nuova convenzione fideiussoria con indicazione dell'importo massimo garantito in conformità a quanto statuito dal novellato art. 1938 c.c.

tecnicamente di una sequenza contraddittoria, radicandosi la valutazione esclusivamente nella genesi dell'atto.

Un'altra ipotesi più recente, apparentemente da considerare, è quella introdotta dal Codice della crisi d'impresa e della insolvenza (D. Lgs. 12/01/2019 n. 14) con riguardo alla modifica apportata (dall'art. 386) all'art. 4 del D. Lgs. n. 122 del 2005, comma 1, per cui a copertura dei danni subiti dall'edificio "Il costruttore è delegato a contrarre e a consegnare all'acquirente all'atto di trasferimento della proprietà "*a pena di nullità del contratto che può essere fatta valere solo dall'acquirente*" una polizza assicurativa…"

Quindi, se al momento della stipula della compravendita - e non del contratto preliminare, come invece è già previsto (art. 2 della legge n. 122) per il rilascio della fideiussione – non risulta consegnata al notaio rogante la polizza assicurativa (come da sua comunicazione all'acquirente di non averla ricevuta in vista della stipula del contratto definitivo), si prevede la nullità (relativa) del contratto: ma, allora, non si tratta, tecnicamente, di un caso di nullità sopravvenuta: lo sarebbe se si considerasse il preliminare nella sua sequenza sostanziale con il definitivo. Essendo però riferita alla vendita stipulanda, può concludersi che qui – ove stipulata - la nullità sarebbe tecnicamente contemporanea e non già successiva[44].

Tema di analisi della figura in oggetto si ha anche in ordine al contratto di locazione non registrato, fattispecie per la quale è prevista la nullità considerata dipendente da un fatto estrinseco al rapporto, oltre che successivo alla sua conclusione[45]. Il contratto nasce valido ed efficace ai sensi dell'art. 1325 cod. civ., ma diventa, successivamente, nullo, una volta decorso il termine per la sua registrazione, senza che tale adempimento venga posto in essere[46].

Ritornando al discorso di fondo, in sostanza, l'aporia potrebbe evidenziarsi se, di fronte alla sopravvenienza di una norma modificativa del giudizio di validità, se ne affermasse per ipotesi, ope legis, la retroattività – e non dunque per via interpretativa – con incidenza sugli atti già compiuti ed esauritisi.

44 Cfr. nella giurisprudenza di merito sulla nullità sopravvenuta del contratto preliminare di un immobile da costruire Trib. Milano, sez. IV, ord. 8 settembre 2015, Trib. Milano, sez. IV, 25 novembre 2015, n. 13269 e Trib. Milano, Sez. IV, 25 novembre 2015, n. 13278, in *Contratti*, 2017 p. 325 con nota di Maspes, I.: "Nullità sopravvenuta del preliminare di compravendita di un immobile da costruire", *I contratti*, 2017, p. 326.

45 Nardelli, G.: "In tema", cit., p. 2035.

46 In tema di locazioni la questione si era posta anche con l'entrata in vigore dell'art. 79 della legge 27 luglio 1978, n. 392, in forza del quale i patti diretti ad attribuire al locatore un canone maggiore da quanto previsto nella legge stessa dovevano essere considerati nulli e che il conduttore poteva ripetere le somme versate in eccedenza (Cass., 15 gennaio 2002, n. 377, in *Giur. it*., 2002, 1589). Sul punto in giurisprudenza si veda Cass. civ. Sez. III, 14 dicembre 2002, n. 17952 e Trib. Bergamo Sez. III, 21 gennaio 2003, in Banche Dati Juris Data, secondo le quali non sarebbe possibile aversi una validità sopravvenuta di un contratto precedentemente nullo nella parte in cui viene stabilito un canone di locazione al di sopra dei limiti previsti dalla legge.

Quando, invece, in ragione di una norma interpretativa che, 'rileggendo' l'idoneità iniziale di un atto, pervenga ad un esito qualificativo difforme o, trattandosi di contratto di durata, si provveda pro-futuro per l'invalidità (insorta) del suo regolamento (o di una parte), la pretesa contraddizione è destinata a svanire.

In tale visuale, la prospettazione di un'ipotesi di 'risoluzione' nei casi sopra esaminati, sul presupposto che l'evento nuovo non potrebbe che incidere sul rapporto, non sembra persuasiva esponendosi alle obiezioni sopra indicate, nel senso di dover rilevare comunque la persistenza essenziale di un 'titolo' che opera a fondamento del rapporto di durata, titolo che non può che essere direttamente investito. Ed inoltre si disconoscerebbe in quel modo la eventualità che le sopravvenienze possano anche, in senso qualitativo, diversamente manifestarsi, non solo in termini invalidatori ma anche in senso tecnicamente e propriamente risolutori, ad esempio, per una impossibilità sopravvenuta della prestazione ex art. 1463 c.c. e art. 1256 c.c.

Ma quali – al di là dei distinti statuti teorici – le conseguenze apprezzabili delle diverse qualificazioni, a seguito della sopravvenienza, in termini, a seconda dei punti di vista, di nullità, d'inefficacia, di risoluzione? Emergono alcuni profili disciplinari: vi è infatti da determinare la legittimazione a far valere la declaratoria dell'eventuale nullità e la conseguente improduttività degli effetti degli atti eventualmente compiuti dopo la sopravvenienza invalidante. Il Giudice potrebbe (o dovrebbe) rilevare d'ufficio la nullità, se di essa si tratti; ed ancora, viene in rilievo il profilo della prescrizione (o meno) della relativa azione e l'opponibilità della declaratoria ai terzi aventi causa[47].

Ciò che, peraltro, emerge fondamentalmente è legato alla questione della irretroattività o meno della sopravvenuta invalidità e quindi alla salvezza degli effetti già prodottisi, con ogni consequenziale eventuale ammissibilità, o preclusione, di pretese di tipo rimediale o recuperatorio-restitutorio.

III. SUPERAMENTO DELLE OBIEZIONI SULLA CONFIGURABILITÀ DELLA NULLITÀ SUCCESSIVA. PRECISAZIONI SU 'RISOLUZIONE' E 'INEFFICACIA', QUALI ALTERNATIVE ALLA NULLITÀ. CONCLUSIONI.

Al fondo, la visuale della immodificabilità del giudizio di validità iniziale dell'atto sembra, in realtà, avere una giustificazione dogmatica essenzialmente nel disconoscimento della logica di adeguamento di ogni vicenda dinamica dipendente, quando, invece, è proprio tale vicenda, assunta nella pienezza e completezza dei

47 Cfr. Gentili, A.: "Le invalidità", cit., p. 1451.

suoi presupposti, a postulare l'attualità di un monitoraggio al sopraggiungere di un 'fatto' nuovo[48]. Ove si ragionasse nei termini indicati si evidenzierebbe come l'aporia della nullità sopravvenuta non si configuri come tale, superandosi impostazioni dogmatiche astrattamente concepite senza il riscontro degli itinerari effettivi e specifici della dinamica contrattuale. E forse si manifesta anche una certa suggestione 'naturalistica' nella concezione della immutabilità del giudizio originario, quando, invece, esso esprime sempre, in ogni caso, la conformità o difformità rispetto all'ordinamento giuridico, assunto nell'attualità di un determinato momento, nel quadro della sua evoluzione e vitalità.

Il 'prima' e il 'dopo' nella valutazione del contratto registrano dunque un mero rilievo temporale, ma non sono significanti di una sostanza giuridica contraddittoria, differenti essendo i rispettivi presupposti da considerare.

'Sopravvenuta' non è tecnicamente l'invalidità, ma la norma (o il 'fatto') che la prevede: e quando essa viene introdotta, incide sì sull'atto, ma per effetto di una nuova conseguente valutazione – imposta dalla sopravvenienza – di esso assunto nel *vigore* della sua attualità di 'fonte', a partire da quel momento in poi, senza rielaborazione o revisione del giudizio ex tunc[49]. Cosicché deve essere rivisto l'assunto – come già sopra chiarito – secondo il quale la sopravvenienza, manifestandosi nel corso del rapporto, darebbe sempre luogo ad un'ipotesi di risoluzione[50] o d'inefficacia[51]. L'incidenza, invece, investe il regolamento e quindi il titolo che lo costituisce, prima che riflettersi sugli effetti nel loro svolgimento. Non si tratta, in definitiva, di ribaltare la concezione dell'originanarietà del giudizio di nullità, ma di applicarla correttamente, vagliandone, di volta in volta, la sussistenza dei presupposti.

Ciò rilevato, occorre dar conto, da altro punto di vista, anche dell'orientamento diffuso che tende comunque a superare la visuale esclusiva della struttura dell'atto per concentrarsi direttamente sul rapporto e sulle modalità di svolgimento della vicenda contrattuale, adottando criteri di valutazione dell'idoneità complessiva dell'operazione sottostante tesi al riscontro della sua adeguatezza funzionale nonché della conformità ai canoni della ragionevolezza.

48 Adotta il concetto di "nullità dinamica", Marchetti, "La nullità" cit., specialmente p. 1297.

49 Donisi, "In tema di", cit., pp. 764 ss.; Windscheid, "Diritto delle Pandette", cit., p. 332; Van Tuhr, "Der allgemeiner" cit., 1914, pp. 277 ss.; Ferrini, C.: "Sulla invalidità", cit., p. 223; Betti, E.: "Diritto romano", Utet, Torino, 1960, pp. 488 ss.; Cariota Ferrara, L.: *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, Napoli, 1948, p. 360, note 12 e 13; Fedele, A.: "La invalidità", cit., pp. 124, 132; Messineo, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957, p. 623; Tondo, S.: "voce Invalidità e inefficacia del negozio giuridico", in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 1002; Santoro Passarelli, G.: *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1997, p. 250.

50 Bianca, C.M.: "Il contratto", cit, p. 611; Tommasini, R.: "Nullità", *cit.*, pp. 900 ss.; Id., "Invalidità", cit., pp. 593 ss.

51 Scalisi, V.: "Inefficacia", cit., pp. 368 ss.

Viene dunque in tal modo a mutare la prospettiva valutativa[52] destinata a specificarsi in una pluralità di articolazioni, nell'interferenza di regole e di criteri[53] di vario tenore, indebolendosi così il riferimento esclusivo e assoluto all'originarietà del cardine strutturale con prevalenza di una logica di 'regolamento' più che di 'fattispecie'[54].

Da questo angolo visuale, il sintagma 'nullità successiva o sopravvenuta', o anche il recupero (più neutro) del nomen 'caducità'[55], ove adottato, appare, nella dinamica che prefigura, ancora meno incoerente o contraddittorio rispetto alle impostazioni tradizionali, orientate verso l'idea della esaustività e definitività del giudizio iniziale sull'atto.

A ben riflettere, in conclusione, vi è da notare che il problema della sopravvenienza 'ostativa' non si esaurisce comunque nella disputa, pur rilevante, sulla qualificazione ritenuta più congrua, in linea con le categorie classiche, come costruite sul piano dogmatico. S'intende dire che ove si neghi la ravvisabilità e la concepibilità stessa di una nullità successiva o sopravvenuta, la questione non per questo verrebbe meno adottando sostitutivamente e nominalmente l'*inefficacia* o la *risoluzione*, quali categorie corrispondenti alla ritenuta incidenza sul rapporto invece che sull'atto. Si finirebbe in tal modo con l'eludere il problema sostanziale dell'analisi delle conseguenze derivanti e soprattutto della pertinenza e adeguatezza della disciplina applicabile[56].

Ove, in ogni caso, per quanto si è tentato di rappresentare, il riferimento, in relazione a determinati presupposti, alla nullità successiva, rettamente interpretata[57], non appaia né contraddittorio né illogico per i contratti di durata, ribadendosi la continuità e l'esigenza di un giudizio costantemente rinnovantesi sulla 'fonte', nello svolgersi della sua vicenda, le conclusioni cui si è pervenuti potrebbero ritenersi ragionevolmente giustificate.

52 Lipari, N.: *Le categorie del diritto civile*, Giuffré, Milano, 2013, p. 183.

53 Perlingieri G., *L'inesistenza della distinzione fra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, *passim*.

54 Cfr. Scalisi, V.; "*Il contratto*", cit, p. 184 ss.; cfr. anche Alcaro, F.: "La categoria", cit., pp. 27 ss.

55 Maspes, *op. cit.*, p. 1374 ss.; Betti, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, rist., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002, pp. 475 ss.

56 Fra gli altri, sul punto, Roppo, V.: "*Il contratto*", cit., p. 704; Mantovani, M.: "Le nullità", cit., p. 35 ss.; Gentili, A.: "Le invalidità", cit., pp. 1451 ss.

57 In senso favorevole, Carresi, F.: "Il contratto", cit., p. 623.

BIBLIOGRAFIA.

Afferini, G.: "Le intese restrittive anteriori alla legge antitrust: legge retroattiva o nullità speciale?", *Giur. it.*, 2000

Alcaro, F.: "La categoria della nullità", in *Professione e ricerca. Attualità e problematiche in materia di nullità relative*. Convegno di Bari 2008, Viverein, Bari, 2009

Allara, M.: *La teoria generale del contratto,* 2ª rist., Utet, Torino, 1955

Angiuli, A.: "La fideiussione "omnibus" tra silenzio del fideiussore e scorrettezza del creditore", *I contratti*

Barbero, D.: *Sistema del diritto privato,* Utet, Torino, 1965

Bartolomucci, P.: "L'usura sopravvenuta al vaglio delle Sezioni Unite", *Giur. It.*, 2018

Benedetti, G.: "La rescissione", in *Trattato Bessone*, *Il contratto in generale*, Utet, Torino, 2007

Benvenuti, F.: "Inefficienza e caducazione degli atti amministrativi", *Giur. compl. Corte Suprema Cass.*, 1950

Betti, E.: "*Teoria generale del negozio giuridico*", in Trattato Vassalli, XV, Utet, Torino, 1960;

Bianca, C.M.: "Il contratto", in *Tratt. Diritto civile*, vol. 3, 2019, Giuffré, Milano

Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, IV, Erlangen/Leipzig, Deichert, 1892

Camerano, F.: "L'usurarietà sopravvenuta", *Contratto e Impresa*, 2003, pp. 1062 ss.

Camerano, F.: "Ius superveniens e nullità sopravvenuta: rinuncia agli interessi moratori nei contratti d'appalto con enti pubblici", *Obbl. e contr.*, 2007, pp. 621 ss.

Cariota Ferrara, L.: *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, Napoli, 1948

Carresi, F.: "Il contratto", in *Tratt. Cicu – Messineo*, Vol. XXI, t. 2, Giuffré, Milano, 1987

Cataudella, A.: "Nullità «formali» e nullità «sostanziali» nella normativa sul condono edilizio", in *Scritti sui contratti* (a cura di A. Cataudella), Cedam, Padova, 1998.

Ciatti, A.: *Retroattività e contratto. Disciplina negoziale e successione di norme nel tempo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007

Colavincenzo, D.: *Nullità e rescissione dei contratti usurari*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli 2011

Coviello, L.: *Manuale di diritto civile italiano, Parte generale*, Società Editrice Libraria, Milano, 1910

Cuccovillo, M.: "Nullità sopravvenuta della fideiussione omnibus, apertura di credito ed efficacia delle rimesse in conto corrente", *Obbligazioni e Contratti*, 2008, pp. 317 ss.

Danusso, G.: "Norme imperative sopravvenute e validità dei contratti", *Giur. it.*, 1987, pp. 53 ss.

Di Biase, A.: "Profili civilistici dell'usura bancaria nell'elaborazione della giurisprudenza italiana", *Contratti*, 2018, pp. 331 ss.

Di Majo, A.: "La nullità", in *Trattato Bessone*, *Il contratto in generale*, VII, Utet, Torino, 2002, pp. 128 ss.

Di Marzio, F.: "Forma della nullità nel nuovo diritto dei contratti. Appunti sulla legislazione, sulla dottrina e sulla giurisprudenza dell'ultimo decennio", *Giust. Civ.,* 2000, pp. 465 ss.

Di Marzio, F.: "Il trattamento dell'usura sopravvenuta tra validità, illiceità e inefficacia della clausola interessi", *Giust. civ.,* 2000, pp. 3099 ss.

Dolmetta, U.: "Sugli effetti civilistici dell'usura sopravvenuta", *Il Caso.it*, 2014, pp. 3 ss.

Donisi, C.: "In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico", *Riv. trim. d. proc. civ.*, 1967, pp. 775 ss.

Falcon, G.: "Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo", *Dir. amm.*, 2003, pp. 1 ss.

Farina, V.: "Ius variandi ed interessi usurari nell'apertura di credito in conto corrente", *Riv. dir. banc.*, 2014, pp. 29 ss.

FAUCEGLIA, G.: "L'usura sopravvenuta nella Cassazione Sezioni Unite n. 24675/2017: più interrogativi che risposte", *Banca, borsa, tit. cred.,* 2018, pp. 310 ss.

FEDELE, A.: *Le invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 1943

FERRINI, C.: "Sulla invalidazione successiva dei negozi giuridici", *Arch. giur.*, 1901, VII, pp. 201 ss.

FERRO, F.: "Condizione sospensiva unilaterale e ius superveniens: nullità o inefficacia sopravvenuta?", in *Rass. dir. civ.*, 2004, pp. 898 ss.

FRANCESCHELLI, V.: "Della nullità del contratto. Artt. 1418-1423", in *Comm. Schlesinger*, Giuffré, Milano, 2015, pp. 77 ss.

FRANZONI, F.: "Degli effetti del contratto", in *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori. Artt. 1374- 1381*, in *Il cod. civ. comm.* (diretto da P. SCHLESINGER), Giuffré, Milano, 1999, pp. 24 ss.

FRANZONI, F.: "Fideiussione omnibus e ius superveniens", *Contratto e impr.*, 1993, pp. 428 ss.

GASPARRI, P.: *L'invalidità successiva degli atti amministrativi*, Nistri-Lischi, Pisa, 1939

GAZZONI, F.: "Usura sopravvenuta e tutela del debitore", *Riv. Not.*, 2000, pp. 1454 ss.

GENTILI, A.: "Le invalidità", in *I contratti in generale*, (a cura di E. GABRIELLI), II, Utet, Torino, 2006, pp. 1145 ss.

GIUSTOLISI, C.: *La validità sopravvenuta*, Aracne, Rimini, 2016

IMBRUGLIA, D.: *La regola di adeguatezza e il contratto*, Milano, 2017

IRTI, N.: "Concetto giuridico di comportamento e invalidità dell'atto", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, pp. 1053 ss.

IUDICA, G.: *Impugnative contrattuali e pluralità di interessati*, Cedam, Padova, 1973

KARLOWA, O.: *Das Rechtsgeschaft und sline Wirkung*, Kessinger Publishing, Berlino, rist. 2010

LAMICELA, M.: *Lo "ius supervenius" e la nullità sopravvenuta di clausole negoziali. Il contratto tra controllo genetico e controllo funzionale,* Cedam, Venezia, 2003

Libonati, B.: "Intese orizzontali e aperture in tema di concorrenza e di mercato nella giurisprudenza della cassazione", *Giur. it.*, 1999, p. 1230

Lipari, N.: *Le categorie del diritto civile*, Giuffré, Milano, 2013

Maisto, F.: "La categoria della nullità sopravvenuta del contratto nel prisma delle teorie sul diritto intertemporale", in *Colloqui in ricordo di M. Giorgianni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, pp. 679 ss.

Majello, U.: "La patologia discreta del contratto annullabile", *Riv. dir. civ.*, 2003, pp. 354 ss.

Malvagna, U.: "L'usura originaria del tasso di mora comporta la gratuità dell'intero rapporto di credito ex art. 1815, co. 2, c.c.", *Diritto Bancario – Giurisprudenza*, 6 ottobre 2017, dirittobancario.it

Maniaci, A.: "Contratti in corso e usurarietà c.d. sopravvenuta", *Contratti*, 2001, pp. 157 ss.

Mantovani, M.: "La nullità e il contratto nullo", in *Trattato del contratto* (a cura di V. Roppo), IV, Giuffré, Milano, 2006, pp. 29 ss.

Marchetti, G.: "La nullità "dinamica" dei contratti di durata", *Riv.dir.civ.*, 2018, p. 1258 ss.

Mariconda, V.: "La nullità del contratto", in *Contratti in generale* (a cura di G. Alpa e M. Bessone), Utet, Torino 1991, IV, pp. 362 ss.

Maspes, I.: "La nullità sopravvenuta", *Contratti e impresa*, 2018, p. 1348 ss.

Maspes, I.: "Nullità sopravvenuta del preliminare di compravendita di un immobile da costruire", *I contratti*, 2017, p. 326

Messineo, F.: "Il contratto in generale", in *Trattato Cicu-Messineo*, II, Giuffré, Milano, 1972, pp. 182 ss.

Messineo, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Giuffré, Milano, 1957

Morisi, L.: "Usura e interessi di mora: in medio stat virtus?", *I Contratti*, 2021, pp. 127 ss.

Morisi, L.: "*L'usurarietà sopravvenuta*", *Contratti*, 2017, pp. 573 ss.

Mucciarone, G.: "Usura sopravvenuta e interessi moratori usurari tra Cassazione, ABF e Banca d'Italia", *Banca, borsa, tit. cred*., 2014, pp. 438 ss.

Nardelli, G.: "In tema di nullità e validità sopravvenuta", *Giur. it*., 2003, pp. 2035 ss.

Onorato, M.: *Nullità del contratto nell'intesa anticompetitiva*, Giuffré, Milano, 2012

Pagliantini, S.: "L'usurarietà sopravvenuta e il canone delle SS. UU.: ultimo atto?", *Corriere giuridico*, 2017, pp. 1489 ss.

Pagliantini, S.: "La saga (a sfaccettature multiple) dell'usurarietà sopravvenuta tra regole e principi", 02/2017, *www.cortedicassazione.it*

Pagliari, G.: *Contributo allo studio della c.d. invalidità successiva degli atti amministrativi*, Giuffré, Milano, 1991

Parrella, F.: "Disciplina antitrust nazionale e comunitaria, nullità sopravvenuta, nullità derivata e. nullità virtuale delle clausole dei contratti bancari a valle", *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1996, pp. 507 ss.

Passagnoli, G.: "Il contratto usurario tra interpretazione giurisprudenziale ed interpretazione autentica", in AA.VV.: *Squilibrio e usura nei contratti*, (a cura di G. Vettori), Cedam, Padova, 2002, pp. 30 ss.

Passagnoli, G.: "Il contratto illecito", in *Trattato del contratto*, (diretto da V. Roppo), II, *Regolamento*, (a cura di G. Vettori), Giuffré, Milano, 2006, pp. 452 ss.

Perlingieri G., *L'inesistenza della distinzione fra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013

Pistelli, F.: "L'usura sopravvenuta tra invalidità e inefficacia", *Persona e mercato*, 2016, pp. 38-39

Putti, P.: "Le nullità contrattuali", in *Diritto civile*, (diretto da N. Lipari e P. Rescigno e coord. da A. Zoppini), Vol. III, *Obbligazioni*, Tomo II, *Il contratto in generale*, Giuffré, Milano 2009.

Riccio, A.: "Nullità sopravvenuta del contratto", *Contratto e impr.*, 2000, pp. 628 ss.

Romanelli, A.: "Sulla cosiddetta invalidità successiva degli atti amministrativi", *Jus*, 1942, p. 123 ss.

ROMANO, SANTI: "*Osservazioni sulla invalidità successiva degli atti amministrativi*", in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di Giovanni Vecchielli*, Giuffré, Milano, 1938, pp. 435 ss.

ROPPO, V.: "Il controllo sugli atti di autonomia privata", *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, pp. 487 ss.

ROPPO, V.: "La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf", *Danno e resp.*, 2008, pp. 538 ss.

ROPPO, V.: *Il contratto*, Giuffré, Milano, 2011, pp. 693 ss.

ROSSI e CONTI: "La relazione tra causa e sopravvenienza: il concetto di causa dinamica nei contratti di durata e temporalmente rilevanti e le sopravvenienze a rilevanza causale", *Foro pad.*, 2017, pp. 34 ss.

RUBINO, D.: *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Edizioni Scientifiche Italiane, Roma-Napoli, 1978

RUSSO, D.: *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008, pp. 159 ss.

RUVOLO, M.: "Successione di leggi nel tempo e fideiussioni omnibus stipulate prima dell'entrata in vigore della legge 154/92", *Corr. giur.*, 2006, pp. 1252 ss.

SACCO, R.: *"Nullità e annullabilità", Dig. Dir. priv.*, vol. XII, Utet, Torino, 1995, p. 293 ss.

SACCO, R.: "voce Nullità e annullabilità", *N.ssimo Dig. Ital.*, 1965, p. 456 ss.

SALANITRO, U.: "Dal rigetto dell'usura sopravvenuta all'affermazione del principio di simmetria: la strategia delle Sezioni Unite", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 84 ss.

SALVI, G.: "L'usura sopravvenuta al vaglio delle Sezioni Unite tra negazionismo e correzione del contratto", *Nuova Giust. civ. comm.* 2017, pp. 801 ss.

SANTORO PASSARELLI, G.: *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1997

SARTORIS, C.: "Il contratto di locazione. Oltre la nullità", *Nuov. Giur. Civ. Comm.*, 2018, p. 937

SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, Trad. di Scialoja, Utet, Torino, 1889, p. 629

Scalisi, V.: "Il contratto e le invalidità", in *Atti del Convegno Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?,* Treviso, 23-24-25 marzo 2006, *Riv. dir. Civ.*, 2006, pp. 237 ss.

Scalisi, V.: *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Giuffré, Milano, 2011, pp. 391 ss.

Scalisi, V.: "Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia", *Riv. dir. civ.*, 2007, pp. 843 ss.

Scalisi, V.: "Inefficacia (diritto privato)", *Enc. dir.*, Vol. XXI, Giuffré, Milano, 1971, pp. 368 ss.

Scalisi, V.: "Nullità e inefficacia nel diritto europeo dei contratti", *Europa e dir. privato,* 2001, pp. 491 ss.

Scognamiglio, R.: "Sull'invalidità successiva dei negozi giuridici", *Ann. Dir. compar.*, 1951, pp. 55 ss., ora in *Scritti giuridici, I, Scritti di diritto civile,* Cedam, Padova, 1996, p. 209

Scognamiglio, R.: "voce Inefficacia (dir. priv.)", *Enc. giur. Treccani*, XVI, Treccani Libri, Roma, 1989, pp. 2 ss.

Scognamiglio, R.: "Contratti in generale", in *Tratt. Grosso – Passarelli*, Giuffré, Milano 1972, pp. 193-194;

Semeraro, M.: "Usura originaria, usura sopravvenuta e interessi moratori", *Riv. dir. bancario*, 2015, pp. 19 ss.

Sicchiero, G.: *La risoluzione per inadempimento*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Giuffré, Milano 2007, pp. 53 ss.

Spagnaro, "Tassi di interessi divenuti usurari alla luca della l. n. 108/1996: nullità sopravvenuta o inefficacia?", *Nuova g. civ. comm.*, 2001, pp. 135 ss.

Spangaro, A.: "Tassi di interessi divenuti usurari alla luce della l. n. 108/1996: nullità sopravvenuta o inefficacia?", *Impresa,* 2000, pp. 1942 ss.

Spataro, M.: "Nullità della clausola di deroga all'art. 1956 c.c. prima e dopo la legge n. 154/92", *I contratti,* 1997, pp. 582 ss.

Stolfi, G.: *Teoria del negozio*, Cedam, Padova, 1947

TADDEI ELMI, G.: "Contratto e norme imperative sopravvenute: nullità o inefficacia successiva e sostituzione di clausole", *Obbl. e contr.*, 2006, pp. 33 ss.

TIMPANO, V.: "Jus supervenius, rapporti fideiussori in corso e nullità sopravvenuta", *I contratti*, 2001, pp. 802 ss.

TOMMASINI, R.: "Nullità (dir. priv.)", *Enc. dir.*, XXVIII, Giuffré, Milano, 1978, pp. 875 ss.

TOMMASINI, R.: "voce Invalidità (dir. priv.)", in *Enc. dir.*, XXII, Giuffré, Milano, 1972, pp. 596 ss.

TONDO, S.: "voce Invalidità e inefficacia del negozio giuridico", in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, pp. 1002 ss.

VENOSTA, F.: "Nuovi profili della nullità", in *Tre studi sul contratto,* Giuffré, Milano 2008, pp. 168 ss.

VETTORI, G.: "Asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità", *Riv. dir. priv.*, 2003, pp. 249 ss.

WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. di Fadda e Bensa, I, Utet, Torino. 1930, p. 332

CONSENTIMIENTO DE LOS MENORES DE EDAD EN LAS REDES SOCIALES: ESPECIAL REFERENCIA A TIKTOK

THE CONSENT OF MINORS ON SOCIAL NETWORKS: SPECIAL REFERENCE TO TIKTOK

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 580-609

Jesús Daniel
AYLLÓN
GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: El uso masificado de las redes sociales trae consigo una ingente cantidad de consecuencias jurídicas tanto en el ámbito del derecho de los contratos, como en materia de protección de datos, así como en el ámbito del derecho de los consumidores. Más de la mitad de la población mundial hace uso de este tipo de plataformas digitales y, en especial, un colectivo que merece una especial protección por parte de los legisladores: los menores de edad. Tras un análisis de la normativa aplicable a los menores de edad en las redes sociales se hace alusión, de una manera más tangible, al uso de la red social de TikTok por este colectivo.

PALABRAS CLAVE: Redes sociales, consentimiento contractual, protección de datos, menores de edad, consumidor vulnerable.

ABSTRACT: *The massive use of social networks brings with it a huge number of legal consequences both in the field of contract law, as well as in terms of data protection, as well as in the field of consumer law. More than half of the world's population makes use of this type of digital platform and, especially, a group that deserves special protection from legislators: minors. After an analysis of the regulations applicable to minors in social networks, an allusion is made, in a practical way, to the use of the TikTok social network by minors.*

KEY WORDS: *Social networks, contractual consent, data protection, minors, vulnerable consumer.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS REDES SOCIALES Y LOS MENORES DE EDAD.- 1. Concurrencia de normativas: Derechos de los contratos, de protección de datos y de consumo (CC, RGPD y TRLGDCU).- 2. Normativa contractual: consentimiento contractual.- 3. Normativa de protección de datos: El consentimiento en el RGPD y LOPDGDD.- 4. Especial referencia al consentimiento del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (LOPJM).- 5. Normativa de Consumo: el menor como consumidor vulnerable.- III. LOS DATOS PERSONALES COMO CONTRAPRESTACIÓN.- IV. LOS MENORES DE EDAD Y LA RED SOCIAL TIK TOK.- 1. Calificación del contrato de usuario.- 2. Concurrencia de consentimientos de los menores en las RRSS.- 3. El tratamiento de datos de los menores en TikTok.- A) Los datos tratados por TikTok.- B) La nulidad del consentimiento para el tratamiento de datos.- C) ¿ Subsistencia del contrato de usuario con TikTok sin la cesión de datos personales?.- 3. Mecanismos de control sobre la prestación del consentimiento de los menores para una protección eficaz del interés superior del menor.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El uso hiperbolizado de las Redes Sociales por más de la mitad de la población mundial hace que nos planteemos el estudio del régimen jurídico de estas plataformas digitales y las repercusiones que su uso tienen en la esfera privada de las personas, tanto en ámbito del Derecho de los contratos, como en el Derecho de consumo, así como en la afectación a los Derechos de la personalidad de sus usuarios.

Dentro de los usuarios de las Redes Sociales tiene cabida un colectivo que merece una especial protección, el de los menores de edad.

La omnipresencia de internet ha determinado que los menores de edad incorporen las nuevas tecnologías a su vida cotidiana, lo que les hace verdaderos titulares de lo que la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y Garantías de los Derechos Digitales (LOPDGDD, en adelante) ha denominado Derechos Digitales. Además, han incorporado el internet a sus vidas desde edades muy tempranas para desplegar una cantidad ingente de actividades que contribuyen al desarrollo de su personalidad. El entorno virtual se ha convertido en el medio por excelencia de los menores de edad, siendo parte integrante de su vida[1]. La forma en la que los menores se desenvuelven en Internet y, por ende, en las redes sociales, determina una mayor facilidad en lo que se

1 Sánchez Gómez, A., "El marco normativo tradicional para la protección de los derechos de la personalidad del menor. ¿Alguna asignatura pendiente en el siglo XXI?", *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 11/2016,* Editorial Aranzadi (BIB 2016\85671).

• Jesús Daniel Ayllón García
Doctor en Derecho. Universidad de Cantabria
ayllonjd@unican.es

refiere a la vulneración de algunos de sus Derechos, como sería el de la protección de datos de carácter personal, su honor, intimidad o propia imagen.

Es por ello por lo que hoy se afirma que los menores están creciendo en la red y se habla de crecimiento virtual, identidad virtual o digital, o de biografía digital[2].

Precisamente, sobre estas cuestiones nos vamos a detener en las siguientes páginas. Empezaremos haciendo referencia de un modo genérico a lo que hemos denominado el régimen jurídico de las redes sociales, con una especial referencia a los menores de edad, abordando cuestiones como la concurrencia de distintos tipos de consentimiento; se hará alusión a la discutida cuestión en torno a si los datos personales pueden considerarse como contraprestación no dineraria en el entorno digital; y se terminará haciendo referencia expresa a las relaciones jurídicas (sobre todo contractuales y en materia de protección de datos) de los menores de edad con una de las redes sociales que más ha crecido desde que comenzó la pandemia de la Covid-19; la red social TikTok, desde una perspectiva más práctica.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS REDES SOCIALES Y LOS MENORES DE EDAD

El 55,1% de la población mundial ya es usuaria activa de las redes sociales. Esto supone que más de 4.300 millones de personas en todo el mundo emplean ya de forma habitual una red social[3], ya sea Facebook[4], YouTube[5], WhatsApp[6], FB Messenger[7], Instagram[8] o TikTok[9] entre otras muchas[10], tal y como se dispone en el Informe Digital 2021[11], que recoge los datos relativos a los usuarios de redes sociales a nivel mundial a fecha de enero de 2021.

2 Lage Coleto, M. "Integración social de los menores a través de internet", en AA.VV., *Menores e Internet*, (dir. por L. Burguera Ameave, K. Paul Larrañaga, G. Suarez Pertierra), Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2013, p. 118.

3 https://www.trecebits.com/2021/04/27/usuarios-de-redes-sociales-en-el-mundo-abril-2021/ (consultado el 24/10/2021).

4 2.740 millones de usuarios (enero de 2021).

5 2.291 millones de usuarios (enero de 2021).

6 1.200 millones de usuarios (enero de 2021).

7 1.300 millones de usuarios (enero de 2021).

8 1.221 millones de usuarios (enero de 2021).

9 689 millones de usuarios (enero de 2021).

10 Snapchat, Telegram, QQ, Pinterest, Twitter, WeChat u otras plataformas.

11 Puede consultarse en https://wearesocial.com/es/blog/2021/01/digital-2021-espana/ (consultado el 24/10/2021)

En España hay más de 46 millones de usuarios en redes sociales, de los cuales 2,4 millones de usuarios son menores de edad de entre 13 y 17 años[12]. Tal magnitud de usuarios de redes sociales merece una especial atención, ya que este colectivo presenta unas características que lo hacen merecedor de una especial protección en esta materia, al igual que en el resto del ordenamiento jurídico, debido a que si bien ostentan la madurez suficiente para ingresar en una de estas plataformas (ex arts. 162 y 1263 CC), quizás no tengan la plena consciencia de cuáles son las consecuencias, por ejemplo, de ceder el uso de sus datos de carácter personal (o para aquellos fines para los que los ceden) o de colgar una imagen o un video (también considerados datos personales) que pueda afectar a su Derecho al honor, intimidad personal y familiar, propia imagen, o al derecho a la protección de datos; Derechos todos ellos dotados de autonomía propia[13] aunque se regulen en un mismo precepto constitucional (art. 18 CE) y calificados como Derechos de la Personalidad.

Por todos es sabido que para acceder a cualesquiera de las redes sociales que se han mencionado (Facebook, Instagram, LinkedIn, Twitter, TikTok…) es necesario registrarse previamente rellenando un breve formulario y haciendo "click" en la resonada casilla que reza lo siguiente (o similar) "acepto los términos y condiciones de servicio y de privacidad"; acción esta última que la mayor parte de los usuarios marca sin ni si quiera haberse detenido a leer dichas condiciones.

Pues bien, a lo largo de las siguientes líneas, pretendemos analizar de manera crítica cuales son las relaciones jurídicas y las consecuencias que se derivan del registro en una red social, así como cuáles son las derivaciones de aceptar las políticas de privacidad sin haberlas leído previamente. Para ello, haremos un análisis general, pero centrándonos, sobre todo, en el ámbito de los menores de edad, por ser el colectivo más vulnerable y el que más utiliza estas plataformas digitales, sobre todo, desde la llegada de la pandemia de la Covid-19.

1. Concurrencia de normativas: Derechos de los contratos, de consumo y protección de datos (CC, TRLGDCU y RGPD)

Como comentábamos, previamente a acceder a una red social es necesario realizar un registro con unos datos básicos (rellenar datos de usuario como el nombre, correo electrónico, número de teléfono, ubicación…) y aceptar los términos y condiciones de servicio y de privacidad de la respectiva red social.

Ya adelantamos que en la mayor parte de las ocasiones, los usuarios de las redes sociales aceptan los términos y políticas de privacidad impuestos por

12 Informe Digital 2021, disponible online en https://wearesocial.com/es/blog/2021/01/digital-2021-espana/ (consultado el 24/10/2021)

13 STC 292/2000, de 30 de noviembre (RTC 2000/292).

las empresas que las gestionan sin llevar a cabo una lectura detenida, o sin ni siquiera leerlos, y, por tanto, sin detenerse a reflexionar acerca de los problemas legales que puedan derivarse de estas actuaciones[14]. La consecuencia directa de aceptar dichos términos y condiciones sin haberlos leído es que, desde el punto de vista estrictamente civil, desde que hemos consentido al hacer el click en la casilla correspondiente, quedamos vinculados a ese consentimiento ya que, si no lo hemos leído voluntariamente, habremos incurrido en negligencia[15], pero no en vicios del consentimiento. Otra cuestión diferente, que trataremos más adelante, es que esos términos y condiciones no cumplan, con independencia de si los hemos leído o no, los estándares legales que prevé el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos (RGPD, en adelante) y que, por ello, puedan ser declarados nulos, pudiendo llegar a ser también nula la relación contractual en determinadas situaciones.

Lo que en un principio puede parecer un mero formulario sin demasiada importancia, conlleva aparejadas consecuencias jurídicas de diferente índole.

De este modo, habría que diferenciar, de un lado, el consentimiento contractual; de otro lado, el consentimiento a efectos de ceder el uso de los datos de carácter personal; y, finalmente, habría que tener en cuenta también algunas disposiciones en materia de consumo, pues el usuario no deja de ser un consumidor de las redes sociales.

2. Normativa contractual: consentimiento contractual

En materia de Derecho contractual, la relación que se instituye entre el usuario y la red social es de naturaleza contractual y, por tanto, jurídicamente vinculante[16].

Las empresas que gestionan las redes sociales distinguen entre lo que se denomina "Servicio", en referencia a las prestaciones que se obligan a realizar en cumplimiento del contrato; y lo que denominan "Contenido", en alusión a la información y material que el usuario registrado publica en el uso de los servicios que se le prestan[17].

14 Sánchez Cano, M.J., y Romero Matute, Y., "El régimen jurídico de las redes sociales y los retos que plantea el acceso a dichas plataformas", *Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 13, núm. 1,* 2021, p. 1140.

15 Ayllón García, J.D., "Privacidad, smartphones y aplicaciones móviles: cuestiones controvertidas en torno al tratamiento de datos personales", *Actualidad Civil, núm. 5, Sección Derecho Digital, A fondo,* Editorial Wolters Kluwer, 2021 (LA LEY 5665/2021).

16 Puede consultarse, a modo ejemplificativo https://www.linkedin.com/legal/user-agreement?_l0es_ES, https://twitter.com/es/tos (consultado el 28/10/2021)

17 Sánchez Cano, M.J., y Romero Matute, Y., "El régimen jurídico…", cit., p.1141.

Puesto que estamos hablando de una relación contractual, en la misma han de concurrir los elementos esenciales de un contrato: consentimiento, objeto y causa (art. 1261 CC); deteniéndonos ahora, de manera exclusiva, en el consentimiento.

Para que exista un consentimiento válido, la legislación civil requiere que quien lo presta tenga la capacidad suficiente (lo que con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio[18], se conocía como capacidad de obrar plena) que es la aptitud que tienen todos los mayores de edad para la realización de actos jurídicos. Ahora bien, dicha capacidad no siempre es plena y, en algunas ocasiones, presenta limitaciones. En relación con las limitaciones legales de la capacidad, se sustentan en la edad (menores) y en las personas con discapacidad y, en ambos casos, se designará una institución jurídica para que complemente, asista y apoye en el proceso de toma de decisiones, siempre basados en la voluntad del curado. En este sentido hay que destacar que, con la última modificación normativa introducida por la Ley 8/2021 se instauran medidas de apoyo para las personas que requieran un complemento para alcanzar su capacidad plena, esto es, para los menores de edad y, sobre todo, para las personas que sufran de alguna discapacidad, ya que ahora, a estos últimos, ya no se les nombrará un representante legal directamente como se hacía anteriormente, sino un curador que le asista, puesto que esta nueva normativa contempla a las personas con discapacidad con los mismos derechos en la toma de decisiones que a los demás.

Además, en consonancia con la legislación civil, el consentimiento habrá de ser libre y consciente[19], por lo que no será válido si concurre alguno de los vicios del consentimiento previstos en el art. 1265 CC (error, violencia, intimidación o dolo).

De este modo, toda persona mayor de edad, que no precise de un apoyo o complemento de su capacidad, podrá registrarse en una red social (formalizar un contrato con una red social) siempre y cuando medie su consentimiento en los términos indicados.

Ahora bien, ya hemos comentado que los menores de edad también son usuarios de las redes sociales y, según lo expuesto no pueden, en un principio, prestar el consentimiento contractual por sí mismos al no tener capacidad de obrar, sino que precisarán de la representación de sus progenitores ex art. 162 CC, a excepción de los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo (se refiere al derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, puesto que ya

18 Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. BOE-A-2021-9233.

19 Vázquez de Castro, E., *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual,* Editorial Tirant lo Blanch, 2002, p. 77.

veremos que en relación a la protección de datos de carácter personal existe una normativa específica).

Sin embargo, en materia de consentimiento contractual no podemos quedarnos únicamente con este precepto, sino que el mismo hay que ponerlo en concordancia con el artículo 1263.1 CC, que es el que realmente se encarga de regular el consentimiento contractual de los menores de edad cuando dispone que no podrán prestar el consentimiento los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y "los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales".

De esta suerte, dado que el registro en una red social puede considerarse un contrato de la vida corriente propio de su edad conforme a los usos sociales[20] (hemos señalado que, tan solo en España, ya hay más de dos millones de usuarios menores de edad de redes sociales), podemos afirmar que los menores de edad podrán formalizar por sí mismos el registro/contrato con las redes sociales siempre y cuando tengan la madurez suficiente, si bien deberán de cumplirse, como veremos a continuación, las exigencias establecidas por el RGPD y por la LOPDGDD en materia de consentimiento para el tratamiento de datos, con la posibilidad de su correspondiente revocación.

3. Normativa de Protección de datos: El consentimiento en el RGPD y LOPDGDD

Como venimos adelantando, hay que distinguir entre el consentimiento contractual a la hora de registrarse en una red social, del consentimiento que se presta para el tratamiento de los datos de carácter personal. Aunque en la práctica aparezcan de manera conjunta en la misma pantalla donde uno se registra, tienen consecuencias jurídicas diferentes y, sobre todo, se rigen por normas diferentes.

En relación con este consentimiento, el considerando 32 RGPD establece que "debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal". A modo ejemplificativo, el RGPD establece que esto podría incluir marcar una casilla de un sitio web en internet, escoger parámetros técnicos para la utilización de servicios de la sociedad de la información, o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de

20 Toral Lara, E., "Menores y redes sociales: consentimiento, protección y autonomía", *Derecho Privado y Constitución, núm. 36*, 2020, pp. 195-197.

tratamiento de sus datos personales[21]. Además, el consentimiento debe darse para todas las actividades de tratamiento realizadas con el mismo o los mismos fines, es decir, cuando el tratamiento tenga varios fines, debe darse el consentimiento para todos ellos. Si el consentimiento del interesado se ha de dar a raíz de una solicitud por medios electrónicos, la solicitud ha de ser clara, concisa y no perturbar innecesariamente el uso del servicio para el que se presta.

De este modo el consentimiento para el tratamiento de datos de carácter personal es una manifestación de voluntad que ha de cumplir cuatro requisitos: ser libre, específico, informado e inequívoco.

En cuanto a "libre" se refiere a una elección y control reales por parte de los interesados. Si el sujeto no es realmente libre para elegir, se siente obligado a dar su consentimiento o siente que sufrirá consecuencias negativas si no lo da, entonces el consentimiento no puede considerarse válido[22].

En lo que se refiere a "específico", se reseña que, si el consentimiento se presta para más de un fin, habrá que prestar un consentimiento distinto para cada concreto fin.

Respecto a "informado", se exige un contenido mínimo que ha de ser dispuesto al usuario antes de prestar el consentimiento y ha de hacerse en un leguaje claro y sencillo para que el mensaje sea entendido fácilmente por un usuario medio tal y como establece el artículo 12 RGPD. De este modo, los responsables del tratamiento de datos no pueden emplear largas políticas de privacidad que sean difíciles de entender o declaraciones repletas de jerga legal que no puedan llegar a ser comprendidas por un ciudadano medio[23]. Ya adelantamos aquí que, a nuestro juicio, este es uno de los requisitos que no se suelen cumplir en la práctica.

Y, por último, en lo relativo a que la manifestación ha de ser "inequívoca", se refiere a que ha de hacerse mediante una declaración o una clara acción afirmativa por parte del usuario, esto es, el titular de los datos ha de haber tomado una medida deliberada para dar su consentimiento al tratamiento de sus datos, tal y como se dispone en el considerando 32 RGPD, sin que ello suponga que el consentimiento haya de ser expreso en todo caso[24], pues nosotros nos decantamos

21 Ayllón García, J.D., "Privacidad, smartphones…" cit. (LA LEY 5665/2021).

22 Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, del Grupo de Protección de Datos del artículo 29, adoptadas el 28 de noviembre de 2017, revisadas por última vez y adoptadas el 10 de abril de 2018, p. 6

23 Valdecantos, M., "El consentimiento como base legitimadora del tratamiento en el Reglamento europeo de protección de datos", en *Actualidad Civil, núm.º 5*, Editorial Wolters Kluwer, 2018 (LA LEY 4467/2018).

24 En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 139/1994, de 26 de febrero (recurso 478/1991) establece que la aceptación ha de ser, con independencia de la forma en que se manifiestan, en todo caso concluyente y definitiva para exteriorizar de forma inequívoca la voluntad de aceptar.

por la corriente que acepta el consentimiento tácito siempre y cuando se deduzca, de "facta concludentia", la intención de prestar dicho consentimiento[25].

Ahora bien, en materia de menores de edad, además de tener en cuenta lo señalado, hay que tener en cuenta una serie de disposiciones que tanto el RGPD como la LOPDGDD establecen específicamente para los menores de edad y que tiene la finalidad de darles esa súper protección que ya hemos tenido ocasión de señalar.

Si en materia de los Derechos personales del honor, intimidad personal y familiar y propia imagen y en materia de consentimiento contractual se tiene en cuenta el criterio de la madurez del menor, en materia de protección de datos, el legislador, tanto el europeo como el español, han optado por el criterio cronológico.

Si atendemos al art. 8 RGPD, será necesario que el menor de edad tenga, al menos 16 años para consentir por sí mismo el tratamiento de sus datos personales. En caso de ser menor de 16 años, se precisa la intervención preceptiva para el tratamiento de sus datos, o bien de sus progenitores o bien de sus representantes legales. No obstante, el RGPD da la opción a los Estados Miembros de establecer una edad inferior a los 16 años, pero nunca inferior a los 13, para que no sea necesario ese consentimiento de los progenitores o representantes legales y puedan ellos mismos consentir, todo ello en consonancia con el mayor reconocimiento que se quiere dar a la voluntad de los menores en la toma de sus decisiones. En relación con ello, la LOPDGDD ha hecho uso de esta facultad que le otorga el RGPD y ha establecido, en su artículo 7, una edad mínima de 14 años para que los menores de edad puedan prestar por sí mismos su consentimiento para el tratamiento de datos en España, siendo necesario el consentimiento de los progenitores o representantes legales únicamente para los menores de dicha edad.

En suma, en España, para que un menor de edad pueda consentir el tratamiento de sus datos de carácter personal por sí mismo, en virtud de la LOPDGDD en consonancia con el RGPD, tendrá que tener, al menos, 14 años. Por debajo de esa edad, el menor podrá formalizar todos aquellos contratos que conforme a los usos sociales le sean permitidos, si tiene la suficiente madurez para ello, pero necesitará la intervención preceptiva de sus progenitores o representantes legales para todas aquellas cuestiones relacionadas con la materia de protección de datos de carácter personal.

Este criterio cronológico ya había sido adoptado previamente en el mundo digital por algunas plataformas (como, por ejemplo, Facebook, siendo España el

25 Bustos Pretel, G., "Novedades de la nueva LOPD*", Aranzadi digital núm. 1/2020,* Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2020.

único país en el que esta red social elevó la edad de 13 a 14 años para poder ser usuario)[26], no solo para consentir el tratamiento de datos personales, sino como un requisito imprescindible para poder acceder a las redes sociales.

4. Especial referencia al consentimiento del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (LOPJM)

Además de los consentimientos previstos en los artículos 1263.1 CC, 8 RGPD y 7 LOPDGDD, nos encontramos con un régimen especial en relación al consentimiento prestado para la utilización de la imagen o nombre del menor (entendemos que también extensible a la protección de sus datos puesto que la imagen y el nombre son considerados también datos personales) aplicable a los medios de comunicación y previsto en la LOPJM.

La LOPJM dota, en este sentido, de una superprotección al menor de edad en cuanto a los medios de comunicación se refiere al establecer que, con independencia de que el consentimiento haya sido prestado por el menor maduro (o válidamente prestado por sus representantes legales cuando proceda), este será inválido (nulo) si la utilización de la imagen o nombre del menor le puede resultar perjudicial a instancia del Ministerio del Fiscal, que ostenta una legitimación independiente a la de los progenitores del menor en cuestión y que podemos llegar a entender que, en cierta medida, colisiona con el principio de capacidad del menor[27] y con esa mayor importancia que se le quiere dar a la voluntad del menor en la toma de sus propias decisiones.

Ahora bien, esta normativa resulta aplicable, tal y como hemos mencionado, a los medios de comunicación, pero entendemos que es extensible también a las redes sociales que estén configuradas con acceso abierto o masivas (o en otras palabras, redes sociales con perfil público), desde el momento en el que la visita al perfil de la red social del menor puede equipararse a la difusión que se produce en los medios de comunicación si llega, por ejemplo, a hacerse un perfil viral o, al menos, una publicación viral o "trending topic"[28]. La Agencia Estatal de Protección de Datos entiende en este mismo sentido que cuando se facilita el acceso al perfil a todos los miembros del servicio (perfil público), o cuando los datos son

26 Bueno de Mata, F.; Yamel Munive Cortés, E.; y Martín Ruani, F., "Estudio comparativo entre España, México y Argentina sobre la protección del menor en las redes sociales", *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenèutica e Teoría do Direito, núm 6, I,* 2014, p. 33.

27 De Verda y Beamonte, J.R., *Veinticinco años de aplicación de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen,* Editorial Thomson Aranzadi, 2007, p. 248.

28 El TJUE considera que no puede considerarse tratamiento de datos de naturaleza privada el que tenga por objeto una red social totalmente pública, por lo que resultan aplicables las reglas tanto de la LOPDGDD como de la LOPJM en relación con los medios de comunicación, pues en este caso no cabe duda de que las redes sociales con perfil público son equiparables a los medios de comunicación. (STJUE, Pleno, de 6 de noviembre de 2003. Asunto C-101/2001: Bodil Lindqvist ECLI:EU:C: 2003:596).

indexables por los motores de búsqueda (como puede ser Google, Bing o Yahoo, por ejemplo), el acceso sale de la esfera personal o doméstica[29] y, es por ello por lo que se pueden asemejar los medios de comunicación a las redes sociales con perfil público.

Hasta este momento hemos visto cómo lo que parecía un simple formulario de registro en una red social, contiene numerosas cuestiones jurídicas de diferente índole. Así, en el registro de una red social hay que atender a la normativa propia del consentimiento contractual (arts. 162 y 1263 CC), del consentimiento en materia de protección de datos (arts. 7 LOPDGDD y 8 RGPD) y del consentimiento regulado en la LOPJM, en este último supuesto, solo cuando intervengan menores de edad.

5. Normativa de Consumo: el menor como consumidor vulnerable

Por último, queremos hacer alusión a la relación entre el menor de edad y la normativa de consumidores ya que, los usuarios de redes sociales, ya sean mayores o menores de edad, son considerados como consumidores y usuarios de estas plataformas digitales por nuestra legislación[30].

En la mayor parte de las ocasiones, los menores de edad, debido a su falta de experiencia (e incluso los adultos, debido a su falta de conocimientos en materia contractual y de consumo), formalizan contratos no negociados individualmente, celebrados a través de plataformas digitales o marketplaces; contratos como, por ejemplo, el resultado del registro en una red social, que el consumidor no percibe como tales, sino meramente como un acceso gratuito a bienes o servicios digitales[31].

De este modo, son dos cuestiones las que hemos de analizar para determinar cuál es la normativa aplicable a la protección de los menores de edad en las redes sociales en materia de consumo.

En primer lugar, defendemos que el TRLGDCU es plenamente aplicable a las redes sociales, pues a través del RDL 7/2021 (con entrada en vigor en enero

29 Dictamen 5/2009, de 12 de junio, sobre redes sociales en línea. Disponible online en https://www.apda.ad/sites/default/files/2018-10/wp163_es.pdf (consultado el 23/10/2021).

30 Así quedó constatado en la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, traspuesta al ordenamiento jurídico español a través del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores.

31 García Pérez, R.M: "Bases jurídicas relevantes del tratamiento de datos personales en la contratación de contenidos y servicios digitales", *Cuadernos de Derecho Trasnacional, Vol. 12, núm. 1,* 2020, p. 876.

de 2022)[32] se amplía el ámbito de aplicación de esta normativa a los bienes con elementos digitales y a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, entendiendo que las redes sociales, entre otras transacciones, suministran dichos "contenidos" y "servicios" digitales, con las peculiaridades ya señaladas[33].

La segunda cuestión requiere de un mayor análisis. Hasta la entrada en vigor del Real Decreto Ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, se puede decir que los menores de edad no estaban protegidos como consumidores a través del TRLGDCU con un estatuto jurídico propio[34], pues su artículo 3 hacía referencia al consumidor como "las personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión". Este concepto de consumidor o usuario parecía ir referido tanto a mayores como a menores de edad, por lo que no existía una especial protección del menor como en otras ramas del ordenamiento jurídico, sino que tenía la misma protección que los adultos sin tener en consideración sus necesidades concretas. Ante la inexistencia de un estatuto jurídico específico del menor consumidor era necesario recurrir a las normas generales en materia de capacidad, recogidas en el ya citado art. 1263 CC. Sin embargo, tras la entrada en vigor del RDL 1/2021, se ha introducido el concepto de consumidor vulnerable. El segundo aparado del art. 3 TRLGDCU establece que "Asimismo, a los efectos de esta ley y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad". Pese a que los términos empleados en este precepto son abiertos, imprecisos, genéricos, que no definen lo que es un consumidor vulnerable, ni dan claves para su identificación[35] (deberá de desarrollarse jurisprudencial o reglamentariamente), entendemos que los menores de edad pueden considerarse consumidores vulnerables y, por tanto, que tienen un estatuto jurídico propio. A esta conclusión llegamos a través de una interpretación auténtica, pues ha sido el

32 Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores.

33 Sánchez Cano, M.J., y Romero Matute, Y., "El régimen jurídico…", cit., p.1141.

34 Navarro Mendizábal, I., "La protección del consumidor menor de edad", (coord. por I.E. Lázaro González, I.V. Mayoral Narros), *Infancia, publicidad y consumo*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004, p. 146-147.

35 García Hernando, J.A: "La falta de concreción y determinación del concepto de consumidor vulnerable en el RDL1/2021", *Diario La Ley,* núm. 9858, Sección Tribuna, Editorial Wolters Kluwer, 2021 (LA LEY 5306/2021).

propio legislador a través de la exposición de motivos quien ha establecido una relación, numerus apertus, de circunstancias personales, económicas, educativas o sociales que pueden considerarse para establecer la condición o no de vulnerable de un consumidor, entre las que se encuentran la edad. Quizás hubiera sido más acertado plasmarlo en el propio articulado siguiendo, por ejemplo, los modelos madrileño[36] y catalán[37], donde contemplan expresamente a los menores de edad como unos consumidores sujetos a una especial protección.

No obstante, que antes de esta reforma el menor no tuviese un estatuto jurídico propio en materia de consumo, no quiere decir que no se le protegiese como consumidor pues, aparte de que ya apuntamos que el artículo 3 TRLGDCU amparaba tanto a menores como mayores de edad, el menor viene actuando, sobre todo desde la era digital, como parte contractual de relaciones jurídicas, que en la mayoría de los casos podrían calificarse como relaciones jurídicas de escasa cuantía. Esto es lo que, en palabras de Morillas Fernández, podría denominarse como "emancipación social" del menor como consumidor: el menor de edad que consume de forma habitual y lo hace directamente, adquiriendo todo tipo de bienes y servicios, es una realidad que se da todos los días en nuestra sociedad desde hace tiempo[38].

Por lo tanto, en materia de redes sociales y menores de edad, además de la normativa en materia contractual del Código Civil y de la normativa de protección de datos, no podemos olvidarlos de la normativa propia del derecho de consumo, con la especial referencia al reciente concepto de consumidor vulnerable que hemos apuntado.

III. LOS DATOS PERSONALES COMO CONTRAPRESTACIÓN

Los datos personales ya forman parte de nuestros Derechos Fundamentales de la personalidad desde el momento en el que la informática ha cambiado el modo de almacenar los ficheros y posibilita cruzar los datos en ellos almacenados de manera automatizada, debiendo quedar la información así obtenida en el ámbito de control de las personas afectadas ya que, de ese modo, el uso que pueda darse a esta información sobre las personas sería adecuado y respetuoso con sus derechos. Hasta ahora, en Europa, se ha centrado la preocupación relativa al tratamiento y circulación de datos a la protección de los derechos de la personalidad. Evidentemente, el objetivo inicial en la regulación de los datos no podía ser otro. Ahora, la nueva dimensión comercial que adquieren los datos

36 Art. 4 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid.

37 Art. 121-3 Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña.

38 Morillas Fernández, M., "El menor como consumidor y su protección ante la publicidad televisiva", *Derecho y consumo: aspectos penales, civiles y administrativos* (dir. por L. Morillas), Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 721-722.

y la innovación que supone aplicar la inteligencia del dato a datos a gran escala, datos masivos, macrodatos o "big data", hace necesario que se trate de regular y potenciar la denominada economía del dato[39] que, en pocas palabras y somo conscientes que de una manera muy simplificada, se puede entender como aquella ciencia que entiende a los datos como verdaderos activos económicos.

En relación con la economía del dato o con la dimensión comercial de los datos, se viene planteando la cuestión de si es posible utilizar a los datos como la contraprestación dentro de un contrato oneroso.

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dejado sentado que por remuneración no ha de entenderse únicamente una cantidad dineraria, sino también otros contenidos que representen valor económico para el prestador[40]. La cuestión, por tanto, es determinar si los datos de carácter personal que un usuario de las redes sociales les cede a las mismas, puede tener un valor económico o no. En relación con esta discusión, entendemos que es innegable que el acceso online a bienes, contenidos o servicios digitales a cambio de datos personales (también a cambio de publicidad, descuentos o ventajas adicionales…) es una realidad económica innegable que convive con el tradicional sistema de contratación de base monetaria[41].

Sin embargo, no es doctrina pacífica el considerar a los datos como una contraprestación[42]. El Supervisor Europeo de Protección de datos, con ocasión de una opinión emitida sobre la decaída Propuesta de Directiva 634/2015[43], "advierte en contra de cualquier pronunciamiento en una norma europea que introduzca la idea de que las personas pueden pagar con sus datos personales del mismo modo que lo hacen con dinero"[44]. Dicha opinión supuso un cambio significativo en el tenor literal de la Directiva 770/2019[45], traspuesta al ordenamiento jurídico español a través del Real Decreto Ley 7/2021[46], si bien, únicamente, se trató de

39 Vázquez de Castro, E: "Titularidad y responsabilidad en la economía del dato", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías núm. 46/2018 parte Estudios Jurídicos.* Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2018. BIB 2018\7467.

40 STJUE, Sala Primera, de 19 de diciembre de 2013, Corman Collins SA vs. La Maison du Whisky SA: C/9-12 [ECLI:EU:C: 2013:860].

41 García Pérez, R.M: "Bases jurídicas", cit., pp. 876-877.

42 Castillo Parrilla, J.A., "Los datos personales como contraprestación en la reforma del TRLGDCU y las tensiones normativas entre la economía de los datos y la interpretación garantista del RGPD", *LA LEY mercantil, núm. 82, Sección Consumo, Doctrina*, Editorial Wolters Kluwer, 2021 (LA LEY 8528/2021).

43 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 634/2015, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales

44 Opinión SEPD 4/2017, *on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital contents*, de 14 de marzo de 2017.

45 Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.

46 Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento

un cambio en el tenor literal y no tanto sustantivo, en tanto la transposición introdujo el término "datos personales como contraprestación" en el art. 119 ter. TRLDCU. Este artículo se refiere a la resolución del contrato y en él, como hemos mencionado, se reconoce el papel de los datos personales como contraprestación, viviendo a asimilarlos con el pago de un precio determinado. Del mismo modo, distingue esta disposición entre los datos personales y los datos y contenidos no digitales suministrados o creados por el usuario (de la red social en este caso) mediante el empleo de los servicios que se le prestan, siendo estos últimos restituibles al usuario cuando se ponga fin al contrato[47], disponibles en forma accesible y sin que puedan ser utilizados por los responsables de las redes sociales.

Otro sector doctrinal entiende que, el consentimiento del interesado-consumidor (ex art. 6 RGPD) es la base de legitimación del tratamiento de los datos y que, por ello, desde la óptica contractual, el contrato de suministro es gratuito, no oneroso, pero sujeto al cumplimiento, por parte del consumidor, de una condición de Derecho público: el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales; consentimiento que difiere del proporcionado al aceptar las condiciones y términos del servicio, el cual permanece dentro del contrato[48].

En consonancia con todo lo expuesto, tal y como mencionamos antes, debemos tener en cuenta que tanto los mayores como los menores de edad formalizan contratos no negociados individualmente celebrados a través de plataformas digitales; contratos, como el registro en una red social, que en la mayor parte de las ocasiones no perciben como tales, sino meramente como un acceso gratuito a bienes o servicios digitales, cuando en realidad es, según lo que hemos comentado hasta el momento y en consonancia con lo defendido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, un contrato oneroso, cuya contraprestación no es económica, sino que consiste en el cesión y tratamiento de sus datos de carácter personal.

Como corolario, nosotros defendemos la postura de que los datos se han convertido en una auténtica contraprestación de naturaleza no dineraria, cuyo objeto principal es un bien dotado de una protección más que reforzada. Además, no podemos olvidarnos de las normas del Código Civil que establecen que el precio ha de ser cierto y en dinero "o signo que lo represente"; por lo tanto, nada impide que se permita que la contraprestación de un servicio pueda expresarse por medio de métodos distintos al dinero.

de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores. BOE-A-2021-6872.

47 García Hernández, A: "Datos personales como contraprestación: consecuencias", *Publicaciones Jurídicas. Centro de Estudios de Consumo*, 2021, pp. 5-6.

48 Manko, R. y Monteleone, S. *Contracts for the supply of digital content and personal data protection*, European Parliamentary Research Service, 2017, p. 8.

Y con esta premisa, extraída del art. 1445 C, en consonancia con el término "datos personales como contraprestación" del art. 119 ter TRLGDCU se deduce que el pago con datos personales constituye una auténtica contraprestación, dando lugar a verdaderos contratos onerosos y no a título gratuito como puede parecer a primera vista.

Lo hasta ahora tratado son algunas de las consecuencias jurídicas que conlleva el registro como usuario en una red social desde tres puntos de vista: desde el punto de vista del consentimiento contractual; desde el punto de vista de la normativa relativa a protección de datos de carácter personal y su tratamiento; y desde el punto de vista del derecho de los consumidores, todos ellos centrados en la figura del menor de edad.

A continuación, vamos a volcar sobre una red social concreta las consecuencias jurídicas que han sido apuntadas a lo largo de este trabajo; concretamente, veremos los efectos jurídicos que tiene que un menor de edad ingrese en la red social TikTok.

IV. LOS MENORES DE EDAD Y LA RED SOCIAL TIKTOK

Como consecuencia directa del uso hiperbolizado de las redes sociales que apuntábamos al comienzo de este trabajo, también es un hecho que las plataformas digitales donde compartir contenido audiovisual han experimentado un notable incremento de su uso en los últimos tiempos, sobre todo, a raíz de la pandemia de la Covid-19 y, mayormente, entre el colectivo más joven de nuestra sociedad; los menores de edad.

Una de estas plataformas digitales es la red social de TikTok donde sus usuarios pueden compartir vídeos de diferente índole acompañados de música, GIFs y efectos y donde, además, esos vídeos pueden ser originales o consistir simplemente en doblajes de audio que otros usuarios han subido previamente[49].

Al tratarse de una red social, tal y como hemos tenido ocasión de señalar, es necesario para su uso el registro en la aplicación web o móvil, lo que supone que el usuario que pretenda disfrutar de los servicios que proporciona TikTok debe aceptar las condiciones de servicio y de privacidad, lo que se traducía, tal y como se ha apuntado, en una auténtica relación de carácter contractual.

De este modo, al aceptar las condiciones de servicio y de privacidad, estamos formalizando un contrato con la plataforma TikTok, al igual que sucede con el resto de las redes sociales de este tipo (Facebook, Instagram, Twitter, etc.).

49 Puede consultarse más información sobre el funcionamiento de esta Red Social en https://www.tiktok.com/legal/privacy-policy-eea?lang=es (consultado el 09/11/2021).

Precisamente sobre las consecuencias jurídicas que tiene esta relación de carácter contractual es sobre las que nos vamos a detener a continuación.

En primer lugar, determinaremos qué tipo de relación contractual es, distinguiendo los distintos tipos de consentimientos que concurren en el íter de su perfeccionamiento, después analizaremos las cuestiones que se suscitan en torno al tratamiento de los datos personales de los menores de edad por parte de la plataforma TikTok; y terminaremos haciendo alusión a los posibles mecanismos de protección que pueden usarse para salvaguardar los derechos de los menores de edad en las redes sociales.

1. Calificación del contrato de usuario

Como venimos afirmando, la relación jurídica que se origina entre el usuario menor de edad y una red social, TikTok en este caso concreto, es de naturaleza contractual y, por tanto, jurídicamente vinculante.

Ahora bien, si damos un paso más allá de la mera calificación de relación contractual, entramos en el debate sobre si es un contrato lucrativo o si es un contrato de carácter oneroso. A primera vista, el menor hace uso de los servicios que le presta TikTok de manera gratuita, es decir, sin ningún tipo de contraprestación dineraria a cambio.

Sin embargo, ya apuntamos que cada vez es más habitual formalizar contratos que, aparentemente son percibidos como gratuitos para los usuarios[50] porque no les supone un sacrificio patrimonial monetario pero que, en el fondo, si que están, en este caso los menores de edad, cediendo sus datos y el tratamiento de estos como una forma de contraprestación a los servicios que le ofrece TikTok.

De este modo, si tenemos en cuenta que, por un lado, el artículo 1445 CC permite que el precio (la contraprestación en una transacción jurídica) sea o bien en dinero o bien en un signo que lo represente; por otro lado, que en virtud de la economía del dato se entiende que los datos tienen un valor económico y, por tanto, son un signo equivalente al dinero; y, por último, que los datos de carácter personal han sido calificados como el petróleo del S. XXI[51] por su valor patrimonial para los prestadores de servicios, nos encontramos ante un contrato con un marcado carácter oneroso, donde la contraprestación son los datos de carácter personal que el menor facilita a cambio de los servicios que TikTok le ofrece.

50 García Hernández, A: "Datos personales", cit., pp. 5-6.

51 Del Fresno García, M: "Internet como macromedio: la cohabitación entre los medios sociales y medios profesionales", *Revista de Pensamiento sobre Comunicación, Tecnología y Sociedad*, núm. 99, 2014, pp. 107-110.

2. Concurrencia de consentimientos de los menores en las RRSS

Tal y como hemos expuesto con anterioridad, es necesario diferenciar entre el consentimiento contractual para registrarse como usuario de una red social y el consentimiento para el tratamiento y la cesión de datos, más aún si estamos hablando de menores de edad que, como hemos visto, merecen una especial protección[52]. Por lo que es inevitable hablar en este tipo de relaciones contractuales de concurrencia de consentimientos.

Ahora bien, ya apuntamos que, el hecho de que exista concurrencia de consentimientos, no quiere decir que todos ellos deban prestarse del mismo modo y es aquí donde TikTok presenta ciertas discordancias con la ley, sobre todo, en materia de protección de datos, ya que en el ámbito del derecho contractual (el mero registro en la red social), el menor está legitimado en virtud de los arts. 162 y 1263.2 CC, en los términos ya señalados anteriormente, al considerarse que el registro en una red social por parte de un menor de edad es una transacción de la vida diaria y conforme a los usos sociales.

Además, en relación con los términos y condiciones de servicio, TikTok, en consonancia con la normativa en materia contractual y de consumidores, las presenta en diferentes formatos: uno en formato resumido con un lenguaje sencillo para el usuario medio; y otro más extenso y con mayores detalles para aquellos que así lo deseen consultar tanto de manera previa a registrarse como una vez registrados en la red social[53].

Será en el siguiente apartado donde analizaremos específicamente las discordancias que presenta TikTok en relación con la protección de datos de los menores de edad. Basta por el momento, a modo introductorio, con apuntar que en materia de protección de datos de menores de edad hay que tener en cuenta los arts. 8 RGPD y 7 LOPDGDD, así como la normativa general sobre los requisitos del consentimiento que ha de ser prestado para dichos fines.

3. El tratamiento de datos de los menores en TikTok

A) Los datos tratados por TikTok.

En relación con el tratamiento de datos por parte de TikTok, es necesario destacar que la propia red social informa sobre los distintos datos a tratar. De este modo, establece que almacena y trata, por un lado, los datos proporcionados por el usuario (fecha de nacimiento, nombre de usuario, dirección de correo

52 Toral Lara, E., "Menores y", cit. pp. 199-202.

53 Pueden consultarse las condiciones de servicio de TikTok, que han sido actualizadas a fecha de 5 de octubre de 2021, en https://www.tiktok.com/legal/terms-of-service?lang=es (consultado el 10/11/2021).

electrónico y/o número de teléfono, contraseña, fotografías, vídeos, grabaciones de audio, transmisiones en directo, ubicación, mensajes directos y participantes en la comunicación, contactos, datos de compras…); por otro lado, recaba también datos de manera automática (datos técnicos como modelo de dispositivo desde el que se accede a la plataforma, sistema operativo, patrones o ritmos de pulsación de teclas, dirección IP e idioma del sistema, la manera de interactuar con los servicios prestados, objetos o imágenes de las grabaciones que hace el usuario, partes del cuerpo…); y, por último, también captan datos de otras fuentes (anunciantes y socios de medición y datos, datos de plataformas de terceros si se accede a TikTok a través de las mismas, socios de integración cuando se comparte contenido de TikTok en otra aplicación y otros datos derivados, por ejemplo, de la función "encontrar amigos")[54].

Esos datos de carácter personal (nuestros vídeos, imágenes, la voz…) que estamos cediendo a TikTok al aceptar las condiciones de servicio y privacidad permiten a la red social utilizarlos para sus propios fines e, incluso, permite compartirlos o cederlos con terceros (socios, proveedores de servicios, socios publicitarios y entre el propio grupo empresarial de TikTok), tal y como puede consultarse en dichas condiciones[55].

Así, puede comprobarse cómo los datos que TikTok recaba sobre los usuarios, con independencia de que sean mayores o menores de edad, abarcan un amplio espectro de la vida diaria de sus usuarios, en nuestra opinión, mucho más allá de lo que tienen permitido, pues recordemos que pueden recabar datos para poder cumplir con los requisitos legales establecidos correspondientes y suministrar el servicio y, siempre y cuando no utilice los datos cedidos para otros fines, pues si se utilizan para otros fines, se precisará de un consentimiento específico y distinto para ello[56] y, ello no sucede en esta ocasión pues, como veremos, únicamente se presta un único consentimiento para el tratamiento de datos y sin distinguirlo del consentimiento contractual general; cuestión esta contraria a la ley y sobre la que nos detendremos a continuación.

B) La nulidad del consentimiento para el tratamiento de datos

Son dos los motivos por los que entendemos que el consentimiento prestado por los menores de edad para el tratamiento de sus datos personales en TikTok es contrario a la ley y, por tanto, debiera de declararse nulo.

54 La política de protección de datos puede consultarse en https://www.tiktok.com/legal/privacy-policy-eea?lang=es (consultado el 11/11/2021) en el apartado "Que datos recabamos".

55 https://www.tiktok.com/legal/privacy-policy-eea?lang=es (consultado el 11/11/2021).

56 Sánchez Lería, R: "El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015". *Revista de Derecho Patrimonial* num.45/2018, Editorial Aranzadi, S.A.U., 2018.

En primer lugar, consideramos que es nulo porque es contrario a los artículos 8 RGPD y 7 LOPDGDD, en relación con los requisitos para que los menores presten el consentimiento para el tratamiento de sus datos. Recordemos que el art. 8 RGPD establece que será necesario que los menores tengan 16 años para poder prestar el consentimiento por sí mismos en materia de protección de datos, pero al mismo tiempo permite a los Estados Miembros que rebajen dicha edad (nunca por debajo de los 13 años). España hizo uso de esta facultad y en el art. 7 LOPDGDD rebajó la edad a los 14 años, por lo que en España los menores de 14 años pueden prestar el consentimiento por sí mismos en materia de protección de datos. El problema se plantea con la cláusula que está contenida en la política de privacidad de TikTok relativa al tratamiento de datos personales de los menores, en el apartado "Usuarios más jóvenes" que dispone textualmente lo siguiente: "Usted debe tener al menos 13 años para utilizar los Servicios". De este modo, las condiciones de TikTok en España que establecen la edad mínima de 13 años para hacer uso de la red social son contrarias a la normativa establecida en el art. 7 LOPDGDD, suponiendo ello que el consentimiento prestado por los menores de edad en materia de tratamiento de datos cuando tengan 13 años es nulo por ser contrario a la Ley, siempre y cuando no medie el preceptivo consentimiento de los representantes legales o progenitores que establece la ley.

En segundo lugar, consideramos que es este consentimiento también es nulo por no reunir todos los requisitos previstos en el RGPD. Así, entendemos que es libre e informado, pero entendemos que ni es específico ni es inequívoco.

No es inequívoco porque no existe una acción positiva por parte del menor de edad (ni del adulto tampoco) que específicamente denote que quiere prestar el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales tal y como se prevé en el considerando 32 RGPD[57], porque cuando se registra no tiene que hacer una acción positiva (como puede ser marcar una casilla concreta para el tratamiento de datos), por lo que el consentimiento es nulo y no puede haber tratamiento de datos. Cuando el menor (o el adulto) se registra[58], únicamente se solicita una

57 El considerando 32 RGPD establece que "El consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal. Esto podría incluir marcar una casilla de un sitio web en internet, escoger parámetros técnicos para la utilización de servicios de la sociedad de la información, o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales. Por tanto, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento. El consentimiento debe darse para todas las actividades de tratamiento realizadas con el mismo o los mismos fines. Cuando el tratamiento tenga varios fines, debe darse el consentimiento para todos ellos. Si el consentimiento del interesado se ha de dar a raíz de una solicitud por medios electrónicos, la solicitud ha de ser clara, concisa y no perturbar innecesariamente el uso del servicio para el que se presta"

58 Para la redacción de este artículo se ha elaborado una cuenta de usuario en TikTok, el día 27 de octubre de 2021, con el objetivo de comprobar los extremos que aquí se están exponiendo, bajo el nombre de usuario de "investigandojcii". (https://www.tiktok.com/@investigandojcii?is_copy_url=1&is_from_webapp=v1&lang=es)

fecha de nacimiento, un correo electrónico o teléfono, que se confirme un código enviado a dicho correo o teléfono y que se haga click en "aceptar" para registrarse. Si bien es cierto que justo debajo (que no encima) del recuadro de "aceptar" nos encontramos con el siguiente tenor "al dar a aceptar estás confirmando que has leído las condiciones de servicio y la política de privacidad", aparece de manera secundaria (letra más pequeña que el resto del texto) y sin ninguna casilla que se tenga que marcar y, por tanto, sin necesidad de un acto positivo concreto para prestar el consentimiento.

Y, como decíamos y en consonancia con la manera en que se presenta la política de privacidad, tampoco es específico porque no hay un consentimiento específico ni para el tratamiento de datos personales, ni para cada tratamiento específico de los muchos que hace TikTok con los datos de sus usuarios al margen de los necesarios para prestar su servicio. En otras palabras, no es inequívoco porque se confunden o fusionan el consentimiento contractual con el relativo al a protección de datos, siendo ello también contrario a lo dispuesto en el considerando 32 RGPD.

No quedando dudas que el consentimiento para el tratamiento de datos prestado por los menores que tengan 13 años es nulo por ser contrario al art. 7 LOPDGDD y el prestado por los demás usuarios (de 14 años en adelante) es también nulo por no ser ni inequívoco ni específico en contra del considerando 32 RGPD, nos planteamos la cuestión de si, siendo nulo este consentimiento, también será nulo el consentimiento contractual o si, por el contrario, el registro en la red social será válido tras desaparecer el consentimiento para el tratamiento de datos.

C) ¿Subsistencia del contrato de usuario con TikTok sin la cesión de datos personales?

La respuesta a la cuestión que acabamos de plantearnos debe ser que el contrato de usuario con TikTok persiste, pese a que el consentimiento sobre el tratamiento de datos de carácter personal haya sido declarado nulo. Y ello por las siguientes dos razones.

En primer lugar, ya hemos manifestado que ambos consentimientos son independientes y, en este supuesto, el contrato de usuario (consentimiento contractual) puede seguir desplegando efectos sin la cláusula de tratamiento de datos personales, del mismo modo que sucede cuando una cláusula contractual es declarada nula por abusiva[59] pero el resto del contrato puede seguir desplegando

59 Incluso podría llegar a declararse nula por abusiva, en virtud del art. 83, párrafo 2° TRLGDCU, la cláusula que se refiere al consentimiento para el tratamiento de datos personales por entender que no es lo suficientemente transparente y que va en perjuicio del usuario de la red social.

efectos sin su existencia[60]. Situación distinta es que, expresamente, TikTok estableciese que la cesión y el tratamiento de datos es parte indispensable del contrato como, por ejemplo, si estableciese que es una contraprestación a cambio de sus servicios, en cuyo caso el contrato de usuario no podría seguir su curso sin dicha cesión datos. No obstante, esta situación resultaría, tal y como vamos a ver en la segunda de las razones, contraria a la normativa de protección de datos.

La segunda de las razones por la que el contrato de usuario debería de seguir desplegando efectos sin el consentimiento para el tratamiento de datos encuentra su fundamento en el artículo 6.3 LOPDGDD que establece que "No podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual". Cuando expusimos el amplio espectro de datos personales que TikTok recoge de sus usuarios vimos que, entre otros, estaban los objetos que estaban alrededor del usuario en sus videos, la marca y modelo del dispositivo desde el que accedían y otros tantos que nada tienen que ver con la prestación de servicios ni con el cumplimiento de las obligaciones legales que pueda tener TikTok, por lo que entendemos que el contrato de usuario podrá subsistir sin necesidad de recopilar gran parte de los datos que recopila[61].

Por lo tanto, la regla general es que, si el consentimiento para el tratamiento y cesión de datos de carácter personal llegara a declararse nulo, el contrato de usuario con TikTok seguirá desplegando efectos siempre y cuando esté legitimado para gestionar los datos estrictamente necesarios para poder prestar sus servicios y hacerse cargo de las correspondientes obligaciones legales.

4. Mecanismos de control sobre la prestación del consentimiento de los menores para una protección eficaz del interés superior del menor.

Para tratar de conseguir una protección efectiva de los derechos del menor de edad en el entorno digital, concretamente, en las redes sociales, sería conveniente que sean las propias plataformas digitales quienes introdujesen algunos mecanismos que permitan controlar quién realmente está prestando el consentimiento (para que los menores no puedan mentir sobre su edad a la hora de registrarse) y para

60 Así lo establece el art. 83 TRLGDCU: Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

61 Otra situación diferente sería si los datos que faltasen como consecuencia de la nulidad del consentimiento sobre el tratamiento y la cesión de datos fuesen los estrictamente necesarios para que TikTok pueda prestar sus servicios o para identificar al usuario, en cuyo caso sí debiera de extinguirse también el contrato de usuario.

controlar que quien presta el consentimiento tiene la suficiente capacidad para hacerlo.

O dicho en otras palabras, el responsable del fichero o tratamiento de los datos debería articular procedimientos que, a efectos prácticos, garanticen que se ha comprobado de modo efectivo la edad del menor y la autenticidad del consentimiento prestado, en su caso, por los padres, tutores o representantes legales. Todo ello en consonancia con el principio de responsabilidad proactiva y la normativa vigente[62]. Como puede observarse tras una lectura detenida del RGPD o de la LOPDGDD, no se impone ninguna pauta o sistema para ejecutar ese control, existiendo libertad por parte del responsable del tratamiento de datos. Sin embargo, dicha libertad se está traduciendo en la práctica en la no comprobación de estos extremos, por lo que más valdría que el legislador hubiera instaurado algún tipo de mecanismo, aunque fuese de manera subsidiaria para aquellos supuestos en los que los encargados del tratamiento de datos no ejecuten el control del que venimos hablando.

Con ello no queremos insinuar que no exista una protección de los derechos digitales de los menores, como los denomina la LOPDGDD, pues esta normativa establece un sistema de garantía y protección de los Derechos Fundamentales Digitales de los menores, pero es aún insuficiente y, únicamente nos queda esperar a que la sociedad se nutra de los conocimientos necesarios para comprender las ventajas, pero sobre todo los inconvenientes que acarrea el uso continuo de internet. Y ello únicamente podrá hacerlo si se impulsan políticas públicas que fomenten el desarrollo del Derecho Digital a una Educación Digital recogido en el art. 83 LOPDGDD y que va dirigido no solo a los menores de edad, sino también a todas aquellas personas sobre las que recae su consentimiento y protección, como pueden ser sus progenitores, tutores y, en ocasiones el Ministerio Fiscal, a los centros educativos, planes de estudio universitarios y administración pública en general[63].

Ahora bien, pese a que se ha apuntado que la protección de los menores en el ámbito de la protección de sus datos es aún insuficiente y hemos de esperar a que la sociedad adquiera mayores conocimientos sobre la materia, no supone que tengamos que estar de brazos cruzados esperándolo, sino que podemos contar con otro tipo de mecanismos que, temporalmente, suplan esa escasez de conocimientos digitales y que son, tal y como se ha señalado ya, los creadores de plataformas digitales quienes deberían de integrarlos en las mismas. Nos estamos refiriendo a sistemas de verificación del consentimiento paterno de tipo

62 Brito Izquierdo, N., "La protección legal de los derechos digitales de los menores: una responsabilidad de todos", *La Ley Derecho de Familia, núm. 23,* Editorial Wolters Kluwer, 2019 (LA LEY 11728/2019).

63 Burzaco Samper, M., *Protección de datos personales*, Editorial Dykinson, 2020, p. 225.

apriorístico (prestación de consentimiento a través de DNI-e o certificado digital) o formulados a posteriori (envío por correo electrónico de un consentimiento firmado manualmente), que controlen que efectivamente el consentimiento ha sido prestado, en cada caso concreto por quien corresponda[64].

Dichos mecanismos pueden consentir en el envío de un correo del correspondiente consentimiento firmado, de la realización de una llamada telefónica gratuita para comprobar la capacidad para consentir y la identidad de quien presta el consentimiento, el envío periódico de un recordatorio de consentimientos, la manifestación de voluntad con certificado digital, etc.; cuestiones todas ellas ya previstas en la normativa norteamericana COPPA (*Children's Online Privacy Protection Act of 1998*) y que podrían extrapolarse a nuestro ordenamiento jurídico sin mayores complicaciones.

V. CONCLUSIONES

El uso masificado de las redes sociales por parte de más de la mitad de la población trae aparejadas consecuencias jurídicas en distintos ámbitos del derecho, tales como el derecho de los contratos, de protección de datos y el derecho en materia de consumo.

A la hora de registrarse en una red social, acto que hemos calificado como una relación de carácter contractual vinculante entre el usuario y la plataforma digital, hemos visto como existe una cierta confusión de consentimientos debido, precisamente, a la existencia de una concurrencia de, al menos, dos consentimientos que hay que distinguir: el consentimiento contractual y el consentimiento para el tratamiento de los datos personales.

Por ello, se puede afirmar que en los supuestos basados en la aceptación de los términos y condiciones generales y políticas de privacidad impuestas unilateralmente por la empresa que se encarga de gestionar los contenidos digitales, esto es, impuestos unilateralmente por las redes sociales, con frecuencia existe confusión por parte del usuario entre: a) consentir el vínculo contractual para registrase (consentimiento contractual); b) aceptar que se ha recibido la información preceptiva sobre protección de datos (consentimiento informado previo); y c) autorizar el tratamiento de datos personales (consentimiento en materia de protección de datos).

Además, si los usuarios de las redes sociales son menores de edad, los mismos han de estar especialmente protegidos por resultar un colectivo más vulnerable que los adultos. De este modo, en relación con las redes sociales y los menores

64 Brito Izquierdo, N., "La protección", cit., (LA LEY 11728/2019).

de edad, entran en juego disposiciones específicas que proporcionan una mayor protección al menor de edad. Nos referimos a los artículos 162 y 1263 CC en materia de consentimiento contractual; a los arts. 8 RGPD y 7 LOPDGDD en materia de protección de datos; a la LOPJM en materia de protección de los derechos fundamentales de la personalidad de los menores de edad; y al art. 3 TRLGDCU en relación con la figura del menor como consumidor vulnerable. Todas estas disposiciones tienen en común que forman parte de lo que podemos denominar un "estatuto jurídico de super protección del menor" en las relaciones de este con el entorno digital.

Asimismo, no podemos olvidar el debate que se suscita en torno a si se debe o no aceptar el pago con datos personales a modo de contraprestación. Pese a que existe discusión doctrinal, nosotros entendemos que, precisamente, los usuarios de las redes sociales, al registrarse en las mismas, están formalizando un contrato que puede calificarse como oneroso, no porque les suponga un sacrificio patrimonial (ya que no hacen un pago en dinero por ello), sino porque como contraprestación están cediendo el uso de sus datos de carácter personal que, aunque no son dinero en sí, sí que tienen un importante valor económico para los prestadores de servicios digitales, pudiendo hablar, en estos términos, de la economía del dato.

A modo de conclusión, nos gustaría señalar que aún queda mucho camino por andar en materia de protección de datos de carácter personal en el entorno digital, sobre todo en el ámbito de los menores de edad. Hemos podido comprobar cómo, pese a la existencia de abundante normativa en esta materia, las redes sociales con mayor repercusión en la actualidad, concretamente TikTok en los términos que hemos analizado, no se ajusta completamente ni al RGPD ni a la LOPDGDD, entendiendo que, ya sea por la forma en que se presenta su política de privacidad o ya sea por ciertas cláusulas, pueden llegar a declararse nulas de pleno derecho todas aquellas disposiciones que tienen que ver con la protección de datos tanto de menores como de adultos, por no ajustarse a la ley y por no cumplir los requisitos que la ley exige para prestar el consentimiento, respectivamente.

Si bien toda la normativa a la que se ha hecho alusión establece un sistema de amparo en materia de protección de datos y un estatuto jurídico específico para los menores de edad, lo hace en términos generales sin proporcionar soluciones concretas, lo que se traduce en que no es un sistema efectivo en la práctica, por lo que proponemos que se acuda, hasta que haya políticas públicas que impulsen el derecho a la educación digital y el derecho a un acceso universal a internet para acabar con la denominada brecha digital, a soluciones previstas en ordenamientos jurídicos distintos del nuestro, como pueden ser las medidas de verificación del

consentimiento de tipo apriorístico o a posteriori contempladas en la normativa norteamericana COPPA.

En suma, las consecuencias jurídicas que se derivan de la interacción de los menores de edad con las redes sociales en el entorno digital traen consigo importantes cuestiones en materia de protección de datos, de derecho contractual y de derecho de los consumidores; cuestiones que, si bien están siendo abordadas por nuestros legisladores, tienen tal envergadura que resulta complicado dar solución a toda la problemática que se genera en torno a ello.

BIBLIOGRAFÍA

Ayllón García, J.D., "Privacidad, smartphones y aplicaciones móviles: cuestiones controvertidas en torno al tratamiento de datos personales", *Actualidad Civil, núm. 5, Sección Derecho Digital, A fondo,* Editorial Wolters Kluwer, 2021 (LA LEY 5665/2021).

Brito Izquierdo, N., "La protección legal de los derechos digitales de los menores: una responsabilidad de todos", *La Ley Derecho de Familia, núm. 23,* Editorial Wolters Kluwer, 2019 (LA LEY 11728/2019).

Bueno de Mata, F.; Yamel Munive Cortés, E.; y Martín Ruani, F., "Estudio comparativo entre España, México y Argentina sobre la protección del menor en las redes sociales", *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenèutica e Teoría do Direito, núm 6, I,* 2014, pp. 32-43.

Burzaco Samper, M., *Protección de datos personales*, Editorial Dykinson, 2020.

Bustos Pretel, G., "Novedades de la nueva LOPD*", Aranzadi digital núm. 1/2020,* Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2020 (BIB 2020\12174).

Castillo Parrilla, J.A., "Los datos personales como contraprestación en la reforma del TRLGDCU y las tensiones normativas entre la economía de los datos y la interpretación garantista del RGPD", *LA LEY mercantil, núm. 82, Sección Consumo, Doctrina*, Editorial Wolters Kluwer, 2021 (LA LEY 8528/2021).

De Verda y Beamonte, J.R., *Veinticinco años de aplicación de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen,* Editorial Thomson Aranzadi, 2007.

Del Fresno García, M: "Internet como macromedio: la cohabitación entre los medios sociales y medios profesionales", *Revista de Pensamiento sobre Comunicación, Tecnología y Sociedad*, núm. 99, 2014, pp. 107-109.

García Hernández, A: "Datos personales como contraprestación: consecuencias", *Publicaciones Jurídicas. Centro de Estudios de Consumo*, 2021, p. 1-15.

García Hernando, J.A: "La falta de concreción y determinación del concepto de consumidor vulnerable en el RDL1/2021", Diario La Ley, núm. 9858, Sección Tribuna, Editorial Wolters Kluwer, 2021 (LA LEY 5306/2021).

García Pérez, R.M: "Bases jurídicas relevantes del tratamiento de datos personales en la contratación de contenidos y servicios digitales", *Cuadernos de Derecho Trasnacional, Vol. 12, núm. 1,* 2020, pp. 875-907.

Lage Coleto, M. "Integración social de los menores a través de internet", en AA.VV., *Menores e Internet*, (dir. por L. Burguera Ameave, K. Paul Larrañaga, G. Suarez Pertierra), Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2013, pp. 111-135.

Manko, R. y Monteleone, S. *Contracts for the supply of digital content and personal data protection*, European Parliamentary Research Service, 2017.

Morillas Fernández, M., "El menor como consumidor y su protección ante la publicidad televisiva", *Derecho y consumo: aspectos penales, civiles y administrativos* (dir. por L. Morillas), Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 713-736.

Navarro Mendizábal, I., "La protección del consumidor menor de edad", (coord. por I.E. Lázaro González, I.V. Mayoral Narros), *Infancia, publicidad y consumo*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004, pp. 139-176.

Sánchez Cano, M.J., y Romero Matute, Y., "El régimen jurídico de las redes sociales y los retos que plantea el acceso a dichas plataformas", *Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 13, núm. 1,* 2021, pp. 1139-1148.

Sánchez Gómez, A., "El marco normativo tradicional para la protección de los derechos de la personalidad del menor. ¿Alguna asignatura pendiente en el siglo XXI?", *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 11/2016,* Editorial Aranzadi (BIB 2016\85671).

Sánchez Lería, R: "El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015". *Revista de Derecho Patrimonial* num.45/2018, Editorial Aranzadi, S.A.U., 2018.

Toral Lara, E., "Menores y redes sociales: consentimiento, protección y autonomía", *Derecho Privado y Constitución, núm. 36,* 2020, pp. 179-218.

Valdecantos, M., "El consentimiento como base legitimadora del tratamiento en el Reglamento europeo de protección de datos", en *Actualidad Civil, núm. 5*, Editorial Wolters Kluwer, 2018 (LA LEY 4467/2018).

Vázquez de Castro, E., *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual,* Editorial Tirant lo Blanch, 2002.

Vázquez de Castro, E: "Titularidad y responsabilidad en la economía del dato", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías núm. 46/2018 parte Estudios Jurídicos.* Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2018 (BIB 2018\7467).

PROBLEMAS QUE PLANTEAN LAS RECLAMACIONES FRENTE A AESA: ESPECIAL REFERENCIA A SU NATURALEZA JURÍDICA E IMPUGNACIÓN*

PROBLEMS RAISED BY CLAIMS AGAINST AESA: SPECIAL REFERENCE TO THEIR LEGAL NATURE AND CHALLENGE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 610-625

* Este artículo se ha desarrollado en el marco del Proyecto I+D *"Protección procesal de la vivienda familiar. Especial referencia a las medidas adoptadas con motivo de la pandemia del COVID-19"* (P20-00043), financiado por la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades, Junta de Andalucía (cofinanciado con Fondos FEDER); y, del Proyecto I+D+i UAL-FEDER *"Hacía una Justicia eficiente y sostenible: una aproximación multidisciplinar"* (UAL2020-SEJ-C1965), financiado por la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades, Junta de Andalucía (cofinanciado por el Programa Operativo FEDER 2014-2020).

Jesús Del
ÁGUILA
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: EL presente artículo centra su atención en los problemas que plantea la solución extrajudicial de conflictos en el transporte aéreo desde que se aprobara la Ley 7/2017, así como en la introducción del requisito de procedibilidad introducido por el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal al Servicio Público de Justicia, cuando pretendan ejercitarse acciones judiciales a través de los cauces del juicio verbal al amparo de la normativa de transportes, nacional e internacional.

Asimismo, se hace referencia a la naturaleza (seudo)administrativa de la reclamación iniciada por un pasajero frente a AESA, a la atribución de la competencia al orden contencioso-administrativo por el Proyecto de Orden Ministerial y a su posterior atribución al juzgado de lo mercantil competente, a través de la Ley 3/2020, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

PALABRAS CLAVE: ADR, AESA, transporte aéreo, pasajeros, compañías aéreas, gestores aeroportuarios.

ABSTRACT: *This article focuses its attention on the problems posed by the resolution extrajudicial conflicts in air transport since Law 7/2017 was approved, as well as on the introduction of the procedural requirement introduced by the Draft Law on Procedural Efficiency Measures to the Public Service of Justice, when they intend to take legal action through the channels of oral proceedings under the protection of national and international transport regulations.*

Likewise, reference is made to the (pseudo) administrative nature of the claim initiated by a passenger against AESA, to the attribution of jurisdiction to the contentious-administrative order by the Draft Ministerial Order and its subsequent attribution to the competent commercial court, through Law 3/2020, on procedural and organizational measures to deal with COVID-19 in the field of the Administration of Justice.

KEY WORDS: *ADR, AESA, air transport, passengers, airlines, airport managers.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PREVIAS.- II. PROBLEMAS EN LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS EN MATERIA AEROPORTUARIA.- 1. La falta de acreditación de AESA.- 2. Modificación de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 7/2017, encontrándose en trámite el Proyecto de Orden Ministerial.- 3. Competencia restringida de AESA.- 4. Acumulación de procedimientos y ejecución de la resolución por terceros no intervinientes.- 5. Ampliación del ámbito subjetivo a los pasajeros que no sean consumidores.- 6. Desigualdad en los efectos del procedimiento para las partes.- 7. Naturaleza (seudo) administrativo de la reclamación extrajudicial ante AESA y atribución de la competencia para la impugnación al orden civil.- 8. La introducción del requisito de procedibilidad en sede judicial.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La importancia de un riguroso estudio sobre la resolución extrajudicial de conflictos en el transporte aéreo viene haciéndose eco desde que en entró en vigor, la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, relativa a la resolución alternativa de conflictos en materia de consumo[1], que regula en la Disposición adicional segunda, las entidades de resolución alternativa en el ámbito de protección de los usuarios del transporte aéreo.

Con carácter general, el legislador español ha optado en la Ley 7/2017 por no forzar la utilización de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo, pues más bien se limita a fomentarlos. No obstante, cabe la posibilidad de que una norma distinta a la Ley 7/2017 establezca la obligatoriedad de las partes a someterse a un procedimiento de resolución alternativa, siempre que el resultado no excluya la posibilidad de acceder a la vía judicial (ex art. 9).

Si bien es cierto que el carácter general de la norma señala como voluntaria la acreditación de las entidades de resolución alternativa, hemos de señalar que en materia de protección de los usuarios del transporte aéreo, sí se señala la obligación de que una entidad especializada sea acreditada y notificada a la Comisión Europea, sin perjuicio de que otras entidades que den cobertura a otras reclamaciones en materia de consumo, puedan dar cobertura a este tipo de conflictos, pero en este último supuesto las partes deberán someterse voluntariamente a este tipo de procedimientos, mientras que si el pasajero opta por acudir a la entidad especializada, el procedimiento será de aceptación obligatoria para las compañía aéreas.

1 Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (BOE, núm. 268, de 4 de noviembre de 2017).

• Jesús Del Águila Martínez
Contratado predoctoral FPU de Derecho Procesal. Universidad de Almería.
jdm328@ual.es

A renglón seguido, se señala que, por orden de la persona titular del Ministerio de Fomento, se regulará el procedimiento de resolución alternativa de conflictos en materia aeroportuaria, y que aquel únicamente será de aceptación voluntaria y resultado vinculante para las compañías aéreas (ex DA segunda, ap. 2º).

El apartado tercero de la misma Disposición señala con carácter transitorio que, mientras entre en vigor la Orden Ministerial, la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (en adelante, AESA), deberá acomodar su funcionamiento y procedimiento a lo previsto en la Ley 7/2017, debiendo obtener la acreditación como entidad especializada conforme a los requisitos que señala dicha norma.

En cumplimiento de esta disposición, el Ministerio de Fomento dicta, en 2018, el Proyecto de Orden por la que se regula el procedimiento de resolución alternativa de litigios en materia de derechos de los usuarios del transporte aéreo establecidos en el ámbito de la Unión Europea, pero finalmente esta norma no llega a entrar en vigor.

Con todo lo anterior, en 2019, llega la pandemia sanitaria provocada por el Covid-19. Pandemia que lleva al legislador a la necesidad de realizar profundas reformas en esta materia, dado que la cancelación masiva de vuelos ha provocado un aumento considerable de los conflictos en los que pueden verse inmersos los pasajeros, frente a las compañías aéreas o los gestores aeroportuarios en sede extrajudicial, pero también en sede judicial. Y es que, dicha situación se hace más compleja, si cabe, debido a la ingente normativa nacional e internacional que regula el transporte aéreo, pues la naturaleza de estos conflictos trasciende, normalmente, de las fronteras nacionales. En vista a ofrecer una solución más eficaz y rápida a los pasajeros, entra en vigor la Ley 3/2020, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia[2]. A través de su Disposición final sexta, se modifica en muchos aspectos y amplia la Disposición adicional segunda de la Ley 7/2017.

Se mantiene la necesidad de que en la resolución alternativa de conflictos en los que resulten de aplicación los Reglamentos de la Unión Europea en materia de protección de los usuarios del transporte aéreo, sea acreditada y notificada la entidad especializada a la Comisión Europea, pero se amplía el ámbito de aplicación subjetivo de esta, atribuyéndole la competencia para conocer de las materias con arreglo que señala esta disposición, aunque los pasajeros no tengan

2 Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE, núm. 250, de 19 de septiembre de 2020).

la condición de consumidores y ya esté la compañía aérea establecida en la Unión Europea o fuera de ella.

Asimismo, se mantiene la posibilidad de que otras entidades que den cobertura a reclamaciones de consumo de todos los sectores económicos puedan conocer de estos conflictos, manteniendo la voluntariedad de ambas partes cuando opten por este tipo de procedimientos.

No obstante, se modifica la persona que debe dictar la Orden Ministerial. En efecto, se le atribuye la competencia a la persona titular del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, pero se mantiene que el procedimiento será de aceptación obligatoria y resultado vinculante para las compañías aéreas.

Por otra parte, se introduce la necesidad de que la entidad acreditada ponga fin al procedimiento mediante decisión motivada. Si transcurre el plazo de noventa días naturales, o en su caso, el de 120 días, en los supuestos en los que el conflicto sea de especial complejidad, se entenderá que la decisión es desestimada por silencio administrativo.

La resolución que dicte la entidad acreditada podrá ser impugnada por la compañía aérea ante el juzgado de lo mercantil competente, cuando estime que aquella no es conforme a Derecho y, como para el pasajero no es vinculante la decisión, debe entenderse sin perjuicio de las acciones civiles que pueda adoptar el pasajero frente a la compañía aérea.

La impugnación de la decisión en vía judicial por parte de la compañía aérea deberá de efectuarse dentro de los dos meses siguientes a su notificación o, cuando se solicite aclaración o corrección de la misma, desde la notificación de la respuesta a esta solicitud, o desde la expiración del plazo de diez días desde que esta se efectuó sin que se haya notificado respuesta expresa, siendo la tramitación de la demanda por los cauces previstos para el juicio verbal.

En cuanto al pasajero, siguiendo el principio de voluntariedad previsto en la Ley 7/2017, se introduce la posibilidad de que se retire en cualquier momento del procedimiento si no está satisfecho con su funcionamiento o tramitación, debiendo ser informado por la entidad acreditad de este punto al inicio del procedimiento.

En el caso de que la compañía aérea impugne la decisión, el pasajero no está obligado a comparecer en el proceso judicial, entendiéndose tácitamente que se remite a la decisión que dictó la entidad acreditada, estando exento en todo caso el pasajero de cargar con las costas del proceso.

Transcurrido un mes desde que se emita la decisión por la entidad especializada, y sin perjuicio del derecho de la compañía aérea de impugnar la decisión de la entidad, si la compañía aérea no cumpliera con la decisión, el pasajero podrá instar la ejecución ante el juzgado de lo mercantil competente. Y es que, la decisión debidamente certificada por la entidad acreditada tendrá la consideración de título ejecutivo extrajudicial, cuya ejecución será la prevista en el artículo 517.2, apartado 9º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil[3].

Se señala también la obligación de la compañía aérea de remitir a la entidad acreditada el justificante del cumplimiento de la decisión tan pronto como esta se produzca, señalando si ha impugnado la decisión ante el juzgado de lo mercantil competente.

Para concluir, ha de señalarse que, hasta que entre en vigor la Orden Ministerial, se mantiene que será AESA la que deba acomodar su funcionamiento y procedimiento a lo previsto en esta Ley con el fin de poder ser acreditada como entidad de resolución alternativa de conflictos en materia aeroportuaria.

II. PROBLEMAS EN LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS EN MATERIA AEROPORTUARIA

En este apartado vamos a profundizar en los problemas que plantea la presentación de la reclamación ante AESA, haciendo hincapié en que el Proyecto de Orden Ministerial señala la naturaleza administrativa de la reclamación y atribuye la impugnación de la decisión al orden contencioso-administrativo y, posteriormente, la Ley 3/2020, atribuye la competencia al juzgado de lo mercantil.

1. La falta de acreditación de AESA

Para comenzar a hablar de AESA, ha de señalarse que es la entidad especializada o la Agencia estatal, que debe obtener la acreditación obligatoriamente para resolver los conflictos aeroportuarios a los que hace referencia la Ley 7/2017, siendo la encargada de la aviación civil en el ámbito territorial en España y la encargada de resolver las reclamaciones extrajudiciales que presenten los pasajeros en materia aeroportuaria.

El primer problema que se plantea es que, AESA, hasta el momento, no ha obtenido la acreditación como entidad especializada o, al menos, no aparece en

3 Dicho artículo señala como cajón de sastre, que llevarán aparejada ejecución: "las demás resoluciones procesales y documentos que, por disposición de esta u otra ley, lleven aparejada ejecución".

el listado de entidades acreditadas y notificadas por las autoridades competentes en España[4].

Ello no quita que la Ley 7/2017 permita la coexistencia de entidades acreditadas como entidades no acreditadas, pero con el límite de que las entidades que no estén acreditadas no serán competentes para resolver conflictos de carácter transfronterizo[5]. Y esta falta de acreditación se acentúa más en esta materia, teniendo en cuenta que muchos de los conflictos que se plantean son de carácter transfronterizo.

Entendemos que este incumplimiento se debe a que AESA ya existía con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley 7/2017, y a que el legislador no ha señalado el plazo para que esta deba obtener la acreditación obligatoria. Lo que sí está claro es que el Proyecto de Orden Ministerial no ha llegado a aprobarse en el Boletín Oficial del Estado y, aunque así hubiera sido, no hubiera podido aplicarse hasta que AESA no hubiera sido reconocida como entidad acreditada[6].

2. Modificación de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 7/2017, encontrándose en trámite el Proyecto de Orden Ministerial

El segundo problema que se plantea es, precisamente, la modificación realizada por la Ley 3/2020 en la Disposición adicional segunda de la Ley 7/2017 tras el Covid-19, encontrándose en trámite el proyecto de Orden Ministerial.

Con carácter previo a las medidas adoptadas por la Administración de Justicia frente al Covid-19, la citada disposición establecía que la Orden Ministerial por la que se regula el procedimiento de resolución alternativa de conflictos del transporte aéreo debía dictarse por la persona titular del Ministerio de Fomento.

En cumplimiento de este apartado el Ministerio de Fomento dicta el Proyecto de Orden Ministerial, pero estando en trámite de aprobación se paraliza por la crisis sanitaria. A mayor abundamiento, reanudados los plazos, se aprueba la Ley 3/2020, que cambia la cartera y atribuye la competencia para dictar la Orden a la persona titular del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana.

4 Puede consultarte el listado en: *https://www.mscbs.gob.es/consumo/rac/listadoEntNotCEuAutCEs.htm* (consulta realizada el 11 de noviembre de 2021).

5 Bonachera Villegas, R.: "Ámbito de aplicación de la Ley 7/2017, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo", en AA.VV.: *La Resolución Alternativa de Litigios en Materia de Consumo* (dirs., M.J. Ariza Colmenarejo y M.J. Fernández-Fígares Morales), Aranzadi, Navarra, 2018, p. 47; y, del Águila Martínez, J.: "La resolución extrajudicial de conflictos en el transporte aéreo tras la Ley 3/2020 de medidas procesales para hacer frente al Covid-19", Revista General de Derecho Procesal, 2021, núm. 55º, p. 7.

6 Así se señala en la Disposición final segunda del Proyecto de Orden Ministerial de 2018.

El problema que se plantea en este punto es que la futura Orden Ministerial no está en correlación con la nueva redacción otorgada por la Disposición final sexta de la Ley 3/2020.

En este aspecto, son dos las dudas que se nos plantean: por un lado, podría pensarse que la intención del legislador es que el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana dicte una nueva Orden Ministerial; y, por otro, que las modificaciones necesarias para acabar con la falta de correlación entre la normativa vigente y el Proyecto de Orden Ministerial, las llevará a cabo el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana.

3. Competencia restringida de AESA

El tercer problema deriva de que AESA no puede conocer de todos los conflictos que surjan en materia aeroportuaria. Y es que, el ámbito de aplicación objetivo de AESA se restringe únicamente a las reclamaciones que versen sobre denegación o embarque, cancelación o retraso de vuelos, incluidas las reclamaciones sobre prohibición de denegar embarque a una persona con discapacidad o movilidad reducida, conforme al Reglamento núm. 261/2004 y al Reglamento núm. 1107/2006, respectivamente[7].

En cambio, en sentido negativo, AESA no es competente para resolver las reclamaciones de los pasajeros que basadas en los siguientes motivos: por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato de transporte; por la inclusión de cláusulas y prácticas abusivas en el contrato de transporte aéreo, las prácticas comerciales desleales, la publicidad o la información precontractual o contractual; por protección de datos de carácter personal; por las reclamaciones de los pasajeros que versen sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente o las que versen sobre destrucción, pérdida, avería o retraso de los equipajes facturados en base a cualquier otra norma; y, por la reclamación perceptiva previa que el pasajero debe presentar a la compañía aérea.

En efecto, su competencia es bastante restrictiva, pues no podrá conocer de todas las reclamaciones en materia aeroportuaria, sino exclusivamente de las reclamaciones que versen sobre denegación de embarque, cancelación o de retraso de vuelos, incluidas las personas con discapacidad la reclamación verse sobre la prohibición de denegar embarque a una persona con discapacidad o movilidad reducida.

7 Reglamento (CE) núm. 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) núm. 295/91 (DOUE, núm. 46, de 17 de febrero de 2004); y, Reglamento (CE) núm. 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo (DOUE, núm. 204, de 26 de julio de 2006).

También quedan fuera de su competencia todas las demás reclamaciones que versen sobre el artículo 3, apartado 2 de la Ley 7/2017 [ex art. 4.1. f)], esto es, las reclamaciones que versen sobre la negociación o los intentos del pasajero de resolver el conflicto directamente ante los servicios de atención al cliente de la compañía aérea[8].

De lege ferenda, consideramos que el legislador podría tener en cuenta la posibilidad de aumentar las competencias, permitiendo que AESA sea competente para resolver de cualquier tipo de conflicto que surja en esta materia; de lo contrario, los pasajeros verán frustradas sus pretensiones en vía extrajudicial porque AESA no podrá conocer de muchas de las reclamaciones que se plateen en esta materia.

4. Acumulación de procedimientos y ejecución de la resolución por terceros no intervinientes

La Disposición adicional segunda no señala nada al respecto sobre la acumulación de acciones o la acumulación de procesos. No obstante, el Proyecto de Orden Ministerial sí señala la posibilidad de acumular los procedimientos que guarden identidad sustancial o íntima conexión, señalando expresamente que concurren estas circunstancias cuando guarden identidad sustancial o íntima conexión, entendiéndose por tal cuando las reclamaciones acumuladas versen sobre los mismos hechos (ex art. 15 POM).

Ahora bien, hemos de señalar que la posibilidad de que se tramiten conjuntamente varias reclamaciones no va ligada a la posibilidad de que se ejerciten acciones colectivas en este procedimiento extrajudicial, a modo en el que se llevan a cabo las acciones colectivas en sede judicial. Se trata, pues, de una acumulación de procesos o de reclamaciones en las que concurre una conexión objetiva por tener la misma causa de pedir, pudiendo esta acordarse de oficio o a instancia de parte.

Nada dice el proyecto sobre la posibilidad de que los pasajeros que no han formado parte del procedimiento extrajudicial puedan solicitar la ejecución de la decisión adoptada por AESA, bien en sede extrajudicial, bien en sede judicial, si la compañía aérea no cumple voluntariamente. En este último supuesto, entendemos que no es óbice que los pasajeros afectados por el mismo hecho puedan solicitar la ejecución ante el juzgado de lo mercantil competente, tal y como señala el apartado 4º de la disposición. Y es que, la decisión debidamente certificada por la

8 Para un mayor abundamiento sobre el ámbito objetivo de aplicación de AESA, vid., del Águila Martínez, J.: "La resolución", cit., pp. 9-11.

entidad acreditada tendrá la consideración de título ejecutivo conforme al artículo 519.2. 9º de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil.

En cambio, no sucederá del mismo modo para los gestores aeroportuarios, puesto que para ellos este ADR no es vinculante, por lo que no podrá pedirse directamente la ejecución de la decisión en vía judicial.

5. Ampliación del ámbito subjetivo a los pasajeros que no sean consumidores

El ámbito subjetivo se extiende a las reclamaciones que sean presentadas por un pasajero frente a los gestores aeroportuarios o frente a las compañías aéreas. Parece que el legislador ha optado por ampliar el ámbito de aplicación subjetivo con respecto a la Ley 7/2017, dado que AESA podrá conocer de las reclamaciones que presente un pasajero, aunque este último no tenga la condición de consumidor.

En efecto, la nueva disposición amplia el ámbito de aplicación subjetivo en su vertiente activa, incluyendo tanto a los consumidores como a los que no lo son. Salvo error por nuestra parte es de las pocas normas en materia de consumo que amplía el ámbito de aplicación subjetivo los que no tengan la condición de consumidor, especialmente cuando el mandato viene de la Ley 7/2017, una norma que protege con mayor intensidad a los consumidores frente a los que no lo son. Por ello, no nos queda claro que esta modificación vaya a prosperar en la futura Orden Ministerial.

6. Desigualdad en los efectos del procedimiento para las partes

El quinto problema que se nos plantea viene referido a los efectos que tienen las resoluciones dictadas por el director de AESA, puesto que tienen unos efectos distintos para las partes. Mientras que la participación en el procedimiento extrajudicial es de aceptación obligatoria y resultado vinculante para las compañías aéreas, para los pasajeros y para los gestores aeroportuarios es de aceptación voluntaria y resultado no vinculante[9].

Ello va a conllevar que el papel que desempeña AESA respecto a las partes es muy desigual. Mientras que para los pasajeros y los gestores aeroportuarios la función de la AESA parece asimilarse más a la de un mediador, para las compañías aéreas parece actuar más como un árbitro, sin perjuicio de que, en el arbitraje, la impugnación del laudo arbitral solo cabe por motivos tasados y en este tipo de procedimiento cabe la impugnación por cualquier motivo.

9 En Reino Unido y en Alemania se ha mantenido la participación voluntaria para las compañías aéreas en este ADR, pues deberán adherirse previamente. Vid., Nadal Gómez, I.: "La resolución alternativa de litigios en materia de transporte aéreo, en AA.VV.: *La Resolución Alternativa de Litigios en Materia de Consumo* (dirs., M.J. Ariza Colmenarejo y M.J. Fernández-Fígares Morales), Aranzadi, Navarra, 2018, p. 240.

Es cierto que el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya han señalado que la imposición de un ADR de forma vinculante no es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, si posteriormente se permite acudir a la vía judicial[10]. Tal y como se regula el procedimiento, ha de señalarse que este no es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, pues puede sustentarse en la protección de los pasajeros como parte débil de la relación de consumo y se permite la impugnación en sede judicial a los pasajeros, a las compañías aéreas y a los gestores aeroportuarios.

En este sentido, Bonachera Villegas señala que esta diferenciación puede deberse a que es AENA el único gestor aeroportuario que opera en todos los aeropuertos españoles[11]. Por su parte, Pérez Daudí, señala que a falta de una razón por parte del legislador de esta desigualdad de trato entre compañías aéreas y gestores aeroportuarios resulta contrario al artículo 14 de la Constitución Española, por lo que entiende que es inconstitucional[12].

Posición esta a la que nos adherimos íntegramente, pues tampoco puede justificarse la constitucionalidad del precepto en base a que AENA sea el único gestor aeroportuario que opera en todos los aeropuertos españoles, pues en el procedimiento extrajudicial son las compañías aéreas y los gestores aeroportuarios los que ostentan la parte pasiva del procedimiento.

7. Naturaleza (seudo)administrativa de la reclamación extrajudicial ante AESA y atribución de la competencia para la impugnación al orden civil

En último problema versa sobre la determinación de la naturaleza jurídica del procedimiento extrajudicial, que se inicia con la reclamación del pasajero frente a AESA. Reclamación, que puede dirigirse contra la compañía aérea o el gestor aeroportuario.

Tenemos claro que el conflicto es de naturaleza privada, pues se trata de resolver un conflicto entre el pasajero y la compañía aérea. Ahora bien, varios son los indicios que nos da el Proyecto de Orden Ministerial de que el procedimiento es de carácter administrativo o, al menos, de carácter (seudo)administrativo,

10 En este sentido, vid., las SSTC, núm. 147/1995 (RTC 1995,147), de 23 de noviembre, núm. 119/2014, de 16 de julio (RTC 20125603), núm. 8/2015, de 22 de enero (RTC 5610-2012) y, núm. 1/2018, de 11 de enero (RTC2578-2015). En lo que respecta a la jurisprudencia europea, también se permite la imposición de la mediación o de la conciliación con carácter previo a la vía judicial. Vid., las SSTJUE de 18 de marzo, asuntos acumulados C-317/08, C-318/08 y C-320/18 y, la de 14 de junio de 2017, asunto C- 75/16.

11 Bonachera Villegas, R.: "El Proyecto de Orden Ministerial por el que se regula la resolución alternativa de litigios en materia de los derechos de los usuarios de transporte aéreo", en AA.VV.: *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales* (dir. F. Jiménez Conde, coords. O. Fuentes Soriano y M.I. González Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p.261.

12 Pérez Daudí, V.: "La imposición ope legis y el derecho a la tutela judicial efectiva", *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2019, p. 33.

puesto que el usuario presenta la reclamación ante AESA, siendo este organismo de naturaleza pública. Si bien es cierto, que este hecho por sí solo no nos puede llevar a determinar la naturaleza seudo-administrativa o administrativa de este procedimiento y su consiguiente impugnación en vía contencioso-administrativa.

Pero son muchos los indicios que nos da el Proyecto de Orden de que, si el pasajero inicia una reclamación, esta se convierte en administrativa. Ejemplo de cuanto exponemos es cuando la norma señala que, si el director de la Agencia no resuelve en el plazo de noventa días naturales, se entenderá que la reclamación ha sido desestimada por silencio administrativo (art. 18.3 POM).

A mayor abundamiento, la ampliación para dictar una resolución deberá atenerse a la prórroga prevista en el artículo 23 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas[13], en la que ya se hace alusión al concepto de "interesado". Concepto este que hace alusión a las relaciones que mantiene el ciudadano con las Administraciones Públicas.

La resolución de fondo que dicte el director de AESA es vinculante e inmediatamente ejecutiva para la compañía aérea, debiendo esta hacerla efectiva en el plazo máximo de un mes desde la notificación de la resolución y acreditando tal circunstancia ante AESA. Es más, el Proyecto de Orden atribuye la competencia a AESA para iniciar un procedimiento administrativo sancionador por infracción de las obligaciones que establece la Ley de Seguridad Aérea.

Asimismo, el Proyecto de Orden en ciernes, que dicho sea de paso es anterior a la entrada en vigor de la Ley 3/2020, señala que frente a las resoluciones dictadas por AESA, conforme a lo que señala el artículo 4 por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, solo cabrá recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio de la posibilidad de interponer recurso potestativo de reposición previsto en el artículo 123 de la Ley 39/2015, debiendo interponerse ante AESA en el plazo máximo de un mes a contar desde el día siguiente de la notificación de la resolución.

Si bien, posteriormente, la Ley 3/2020, de medidas procesales para hacer frente al Covid-19, atribuye la competencia al juzgado de lo mercantil cuando la compañía aérea pretenda impugnar la decisión de AESA, sin perjuicio de las acciones civiles que tenga el pasajero.

Hasta el momento no tenemos duda de que la impugnación de un acto administrativo por los motivos que hemos señalado se llevará a cabo ante

13 **Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE, núm. 236, de 02 de octubre de 2015).**

la jurisdicción-contencioso-administrativa, sin perjuicio del eventual recurso potestativo de reposición.

No obstante, la solución que se nos ocurre ante esta contradicción entre ambas normas, es que el legislador atribuye la competencia por razón del objeto al juzgado de lo mercantil, dado que el artículo 86 ter 2, apartado a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, señala que los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden civil cuando se trate de pretensiones que se promuevan al amparo de la normativa en materia de transportes, nacional o internacional [ex. art. 86 ter 2, ap. a)].

Y esta atribución de competencia tiene también sentido si lo entendemos como una atribución de carácter especial, pues no podemos olvidar que lo que se somete al procedimiento extrajudicial es el conflicto que nace de un contrato privado entre el pasajero y la compañía aérea o gestor aeroportuario, aunque la resolución se haya dictado por un órgano administrativo, esto es, es director de AESA.

En cuanto a la contradicción entre la naturaleza administrativa de la reclamación y su atribución al juzgado de lo mercantil en caso de impugnación por la compañía aérea, entendemos que es una excepción y que el legislador pretende aplicar el artículo 86, ter 2, letra a), pues de lo contrario, la impugnación de un acto administrativo debería realizarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio de las acciones civiles que llevara a cabo el pasajero, pues no podemos olvidar que para este último no es vinculante.

Y es que, entendemos que, si el pasajero opta por acudir directamente a la vía judicial, el conocimiento de la reclamación judicial sería atribuido al juzgado de lo mercantil por el precepto que hemos señalado anteriormente.

Por ello, esta previsión del Proyecto es contraria al artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, por ello, nula. Nos mostramos proclives a que se le atribuya la competencia a un órgano administrativo para conocer de la reclamación, pero la revisión de la impugnación que eventualmente realice AESA no puede ser competencia del orden contencioso-administrativo, sino del orden civil[14].

De hecho, esta previsión se tuvo en cuenta con la Ley 3/2020, que atribuyo directamente la competencia para conocer de la impugnación al orden civil y mercantil, a pesar de encontrarse en trámite el Proyecto de Orden Ministerial, que atribuía la competencia al orden contencioso-administrativo, porque, además,

14 En el mismo sentido, Pérez Daudí, V.: "La imposición", cit., p. 35.

ha de tenerse en cuenta que la Ley 3/2020 y que el Proyecto de Orden Ministerial no ha entrado en vigor.

8. La introducción del requisito de procedibilidad en sede judicial

Tras la crisis sanitaria provocada por el Covid-19, el prelegislador español aprueba, el 15 de diciembre de 2020, el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficacia Procesal al Servicio Público de Justicia. Dicho Anteproyecto, propone reformas que afectan directamente a los medios adecuados de solución de conflictos e incide en la necesidad de realizar previamente una actividad negocial con carácter previo a la interposición de la demanda, debiendo acompañar a la misma el documento procesal que acredite el intento de haber acudido a un medio adecuado de solución de conflictos.

La norma justifica su inclusión en el ordenamiento jurídico español haciendo referencia a la avalancha de demandas presentadas en los juzgados de lo mercantil a consecuencia de la cancelación masiva de vuelos provocada por el Covid-19.

Ha de señalarse que la introducción del requisito de procedibilidad resulta constitucional si se permite acudir posteriormente a la vía judicial, por lo que no resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en la Constitución Española.

El Anteproyecto pretende introducir en la Ley de Enjuiciamiento Civil la imposición del requisito de procedibilidad a través del apartado 2º de la Exposición de Motivos (ap. 3º), por lo que, si finalmente esta norma entra en vigor, podrán inadmitirse a trámite las demandas de juicio verbal cuando no se cumplan los requisitos de admisibilidad que, para casos especiales, puedan establecer las leyes.

Y este es uno de los casos especiales que señala la norma, siendo obligatoria la actividad negocial, cuando la reclamación verse sobre cancelación, denegación, embarque o retraso susceptible de indemnización al amparo del Reglamento (CE) 261/2004, al que ya hemos hecho referencia o si se refiere a las materias que contiene el Convenio de Montreal, de 28 de mayo de 1999[15].

EL requisito de procedibilidad es de carácter bidireccional, pues será necesario que ambas partes acrediten la actividad negocial. Para AESA se entiende cumplido el requisito de procedibilidad cuando haya dictado decisión motivada. Para el pasajero, en cambio, se entenderá cumplido con la reclamación previa que realiza a la compañía aérea (art. 7 POM).

15 Para un abundamiento exhaustivo sobre las materias que contiene el Convenio de Montreal, vid., DEL ÁGUILA MARTÍNEZ, J.; "La resolución", cit., p. 23.

Debemos hacer referencia a que el Anteproyecto solo hace referencia al requisito de procedibilidad para las compañías aéreas y para los pasajeros, sin incluir a los gestores aeroportuarios, pero entendemos que, por extensión y equiparación a las compañías aéreas, también deberán acreditar el intento de dicha actividad mediante decisión motivada.

Debemos hacer referencia también a que el Proyecto de Orden Ministerial permitía inicialmente y con carácter previo a este Anteproyecto, el ejercicio de acciones en sede judicial directamente para hacer valer sus derechos frente a la compañía aérea y los gestores aeroportuarios (art. 5.1 POM). Siendo así, entendemos que la futura Orden Ministerial debería tener en cuenta la instauración del requisito de procedibilidad para evitar contradicciones entre ambas normas.

BIBLIOGRAFÍA

Bonachera Villegas, R.: "Ámbito de aplicación de la Ley 7/2017, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo", en AA.VV.: *La Resolución Alternativa de Litigios en Materia de Consumo* (dirs., M.J. Ariza Colmenarejo y M.J. Fernández-Fígares Morales), Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 43-66.

Bonachera Villegas, R.: "El proyecto de Orden Ministerial por el que se regula la resolución alternativa de litigios en materia de los derechos de los usuarios de transporte aéreo", en AA.VV.: *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales* (dir. F. Jiménez Conde, coords. O. Fuentes Soriano y M.I. González Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 261-268.

Del Águila Martínez, J.: "La resolución extrajudicial de conflictos en el transporte aéreo tras la Ley 3/2020 de medidas procesales para hacer frente al Covid-19", Revista General de Derecho Procesal, 2021, núm. 55º, pp. 1-25.

Nadal Gómez, I.: "La resolución alternativa de litigios en materia de transporte aéreo, en AA.VV.: La Resolución Alternativa de Litigios en Materia de Consumo (dirs., M.J. Ariza Colmenarejo y M.J. Fernández-Fígares Morales), Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 225-275.

Pérez Daudí, V.: "La imposición ope legis y el derecho a la tutela judicial efectiva", InDret, Revista para el análisis del Derecho, 2019, pp. 1-33.

EL CONSUMIDOR ESPECIALMENTE VULNERABLE: DE LA PROTECCIÓN CLASS-BASED A LA PROTECCIÓN STATE-BASED

THE ESPECIALLY VULNERABLE CONSUMER: FROM CLASS-BASED PROTECTION TO STATE-BASED PROTECTION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 626-653

Rosa BARCELÓ COMPTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: El presente estudio centra su atención en la regulación, desde un punto de vista sustantivo, de la figura del consumidor especialmente vulnerable y de su protección. El legislador español ha querido dar un paso adelante mediante la introducción de dicha figura en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU). Así, la opción escogida ha sido la de incorporar un concepto dinámico del consumidor vulnerable (protección "state-based"), alejado de la concepción tradicional caracterizada por una perspectiva basada exclusivamente en las características individuales (protección "class-based"), que no consideraba factores externos relativos a la situación o contexto contractual y que también son parte de esta multidimensionalidad de la vulnerabilidad.

Asimismo, este artículo analiza la ausencia destacable del consumidor vulnerable en la Directiva de contenidos digitales y constata la necesidad de adoptar una nueva perspectiva de la protección de este perfil de consumidor en la Directiva de prácticas comerciales desleales. Finalmente, este trabajo propone avanzar, también, en la adopción de iniciativas de autorregulación tales como los códigos de buenas prácticas o los estándares que permitan a las propias organizaciones desarrollar prácticas inclusivas como herramientas de protección del consumidor en situaciones vulnerables.

PALABRAS CLAVE: Consumidor especialmente vulnerable, directiva de contenidos digitales, directiva de prácticas comerciales desleales, vulnerabilidad class-based, vulnerabilidad state-based, parte débil del contrato.

ABSTRACT: *This study focuses on the regulation, from a substantive point of view, of the figure of the vulnerable consumer and his or her protection. The Spanish legislator has taken a step forward by introducing this concept in the "Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios" (TRGLDCU). Thus, the option chosen has been to incorporate a dynamic concept of the vulnerable consumer ("state-based" protection), far removed from the traditional conception characterised by a perspective based exclusively on individual characteristics ("class-based" protection), which did not consider external factors relating to the contractual situation or context and which are also part of this multidimensionality of vulnerability.*

This article also analyses the notable absence of the vulnerable consumer in the Digital Content Directive and notes the need to adopt a new perspective on the protection of this consumer profile in the Unfair Commercial Practices Directive. Finally, this paper also proposes progress in the adoption of self-regulatory initiatives such as codes of good practice or standards that allow organisations to develop inclusive practices as tools for consumer protection in vulnerable situations.

KEY WORDS: *Vulnerable consumer, digital content directive, unfair business-to-consumer commercial practices directive, class-based vulnerability, state-based vulnerability, contract's weaker party.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN: DERECHO PRIVADO EUROPEO Y MERCADO DIGITAL ÚNICO. II. CONSUMIDOR VULNERABLE Y DERECHO PRIVADO EUROPEO. 1. La destacada ausencia de la figura del consumidor vulnerable en la DCD. 2. El consumidor vulnerable como destinatario de prácticas comerciales desleales. III. LA RECEPCIÓN DE LA VULNERABILIDAD EN EL DERECHO DE CONSUMO ESPAÑOL. 1. La incorporación del consumidor especialmente vulnerable en el TRGLDCU 2. Las manifestaciones del consumidor vulnerable en el Código de Consumo de Cataluña. IV. CONCLUSIÓN. LA NUEVA PERSPECTIVA DE LA VULNERABILIDAD: DE LA PROTECCIÓN *CLASS-BASED* A LA PROTECCIÓN *STATE-BASED*.

I. INTRODUCCIÓN: DERECHO PRIVADO EUROPEO Y MERCADO DIGITAL ÚNICO[1]

El legislador comunitario se ha propuesto abordar el impacto de la revolución digital sobre el Derecho privado[1]. Precisamente, en el entorno digital, una protección adecuada de la figura del consumidor es hoy día indispensable para el desarrollo del mercado interior[2]. Es el art. 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) el que sirve de base jurídica a las medidas de armonización que tienen como objetivo el establecimiento de dicho mercado. A su vez, el art. 169 TFUE, dispone el fundamento para toda una serie de acciones en el ámbito de la protección de los consumidores. Con relación a esto último, y en cumplimento de su competencia en dicha materia, la UE aprobó Directivas tales como la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y la Directiva 2011/83 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.

Junto con el "hard law" compuesto por Directivas y Reglamentos ex art. 288 TFUE existe una suerte de Ius Commune, un Derecho contractual que va más allá de lo contenido en el dicho "hard law". Este Derecho privado europeo se ha ido consolidando en forma de "soft law", de propuestas armonizadoras de origen académico que incluso llegaron a constituir una propuesta de reglamento sobre

1 *Esta publicación es parte del Proyecto de I+D+I (PID 2019-107195RB-I009) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación: *Cumplimiento de los contratos y realidad digital: la adaptación del derecho contractual para la prevención de conflictos transfronterizos.* PID 2019-107195RB-I00.
También es el resultado de las actividades del *Grup de Recerca consolidat Dret civil català i dret privat europeu* (2017 SGR 997).
ARROYO AMAYUELAS, E: "¿Hacia Dónde va El Derecho Privado Europeo?," *Iura Vasconia*, 2020, núm. 17 , p. 526.

2 Así, SCHULZE, R., DE FRANCESCHI, A: "New Challenges and Perspectives," en AA.VV.: *Digital Revolution- New Challenges for Law* (SCHULZE, R., DE FRANCESCHI, A, eds.), Nomos - C.H.Beck, Múnich, 2019, pp. 4-5.

• Rosa Barceló Compte
Investigadora postdoctoral, Universidad de Barcelona
rbarcelo@ub.edu

el Derecho europeo de la compraventa[3]. Dicha propuesta decayó por el camino pero ha constituido la base de la Directiva 2019/770, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (en adelante, DCD), que se encuentra ahora mismo en el centro de la discusión sobre el desarrollo que ha de tener el Derecho contractual europeo[4] [5].

Afrontar, desde el prisma que se ha apuntado, la cuestión de la protección del consumidor ha permitido a varios autores predicar la construcción de un principio de protección de la parte débil del contrato[6].

En el ámbito del *acquis communautaire*, Reich considera el principio de protección de la parte débil como unos de los principios generales del Derecho civil europeo, identificando a la parte débil en el trabajador y en el consumidor[7].

3 A escala mundial, el CESL era una de las primeras propuestas en incluir el contenido digital en un sistema contractual completo. Así, Schulze, R: "Nuevos retos para el Derecho de contratos europeo y cuestiones específicas acerca de la regulación del suministro de contenidos digitales" en AA.VV: *La Europeización Del Derecho Privado: Cuestiones Actuales*, (Arroyo Amayuelas, E. y Serrano de Nicolás, Á, eds.), Marcial Pons. Col·legi de Notaris de Catalunya, Algete, 2016, p. 18.

4 , Schulze, R: "The New Shape of European Contract Law," *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 4, 2015, p. 139 y sig.

5 Es sabido que el nuevo Derecho privado europeo se desarrolla mediante dos abordajes: el primero, mediante la introducción de normas supranacionales tales como la Directiva de contenidos digitales (*acquis communautaire*) y, el segundo, mediante una transformación informal que reconstruye el discurso de los ordenamientos jurídicos del *ius commune* de los Estados miembros (*acquis commun*). Con relación a este último y también con la idea de elaboración de un Código civil europeo, véase la Resolución de 6 de mayo de 1994, que establece la necesidad de armonizar determinados sectores del Derecho privado de los Estados miembros, cfr. DOCE C 205, 25 de julio de 1994, p. 518-519. Dicha idea construcción de un código de tal magnitud no reunió el consenso necesario y, por ello, un grupo de académicos liderados por el profesor Ole Lando convergieron en la redacción de unos Principios de Derecho contractual europeo (PECL); por todo véase Lando, O., y Beale, H: *Principles of European Contract Law, Parts I and II* , Kluwer, The Hague, 2000. La existencia en el seno de la Unión de regímenes civiles tan dispares como el anglosajón, de creación jurisprudencial, o el europeo continental rebajó las expectativas más estimulantes y logró que el trabajo se canalizara través de la formulación de una serie de principios, definiciones o reglas, relativas a aspectos comunes a todo el *acervo*, especialmente en materia contractual (los PECL y el Marco Común de Referencia – MCR o CFR, por sus siglas en inglés-). En relación con el relevo que significó el Marco Común de Referencia para los Principios Lando o Principios de Derecho contractual europeo (PECL), véase el estudio que hace González Pacanowska, I: "Los Principios Lando," in *Derecho Contractual Europeo: Derecho Contractual Europeo: Problemática, Propuestas y Perspectivas*, (Bosch Capdevila, E., ed.), Bosch, Barcelona, 2009, p. 166 y sig. Esta idea de principios fue auspiciada por varias comunicaciones de la Comisión Europea entre los años 2001 y 2004 [entre otras, véase la COM (2004) 651 final, *Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas de futuro*] que dieron lugar, precisamente, al nacimiento del MCR. El borrador de Marco Común de Referencia (DCFR, por sus siglas en inglés) sirvió de inspiración para la propuesta de instrumento facultativo en el ámbito del Derecho contractual europeo, la normativa común de compraventa europea (COM (2011) 635 final. *Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea*) que finalmente no prosperó. Véase, por todo, Schulze, R., Stuyck, J, en VV.AA: *Towards a European Contract Law*, Schulze, R., Stuyck, J (eds), Sellier. European Law Publishers, Munich, 2011, p. 6 y 9 y sig. También, sobre el tránsito del DCFR al CESL, Beale, H: "The Story of EU Contract Law," en VV.AA: *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law* (ed. C. Twigg-Flesner, C, ed.), Edward Elger Publishing, Chaltenham-Northampton:, 2016, p. 437 y sig.

6 Hondius, E: "The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis" *Journal of Consumer Policy*, 2004, nº 27, p. 246. También, identificando consumidor como parte débil de la relación contractual, véase el caso C-249/98, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, párrafos 25, 27.

7 Reich, N: *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge: Intersentia, 2013, p. 47-48 y 56-57.

Para dicho autor, pues, las normas de consumo son, *per se,* una expresión del principio de protección de la parte débil del contrato[8].

Dicha idea se relaciona con la dimensión política en el seno del Derecho contractual[9]; así, el afán de redactar un Código civil europeo que homogeneizara el derecho contractual de los Estados miembros resultó en una actividad legislativa y doctrinal (el llamado *acquis communautair*e o acervo comunitario), intensa durante la segunda mitad de la década de los años ochenta[10], que ha terminado diluida en proyectos menos ambiciosos; ejemplo de ello es la aprobación de la Directiva de contenidos/servicios digitales y la de la compraventa de bienes[11] (Directivas 2019/770 y 2019/771, respectivamente), habiendo fracasado en cambio, como se ha dicho, la propuesta de Reglamento de normativa común de compraventa europea (CESL)[12]. Paralelamente, la refacción de los códigos civiles de los Estados o las codificaciones de nuevo cuño incorporan previsiones normativas que evidencian, precisamente, una tendencia hacia la moralización de las relaciones privadas: ello se aprecia, por ejemplo, en la proyección de la buena fe como principio general del ordenamiento jurídico y en figuras jurídicas tales como la ventaja injusta o la alteración sobrevenida de circunstancias[13], que plantean una protección que va más allá del Derecho de consumo[14].

La permeabilidad creciente de las normas al principio de justicia contractual tiene una clara manifestación en la existencia de regulaciones dirigidas a la protección

8 El consumidor como expresión de la parte débil del contrato la encontramos, entre otras, en la STJUE de 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13, Monika Kušionová y SMART Capital, a.s., pár. 47 y 48.

9 Hesselink, M.W: "The Politics of a European Civil Code," *Europeal Law Journal*, 2004, vol. 10, núm. 6, p. 5 y sig.). Así, señala Grochowski, M., (2020): "European Consumer Law after the New Deal: A Trypthich", *Yearbook of European Law*, vol. 39, nº1, p. 395, que la protección de la parte débil ha sido uno de los fundamentos políticos más importantes del Derecho privado europeo y uno de sus rasgos más distintivos.

10 La preparación y elaboración de un Código civil europeo común de Derecho privado nació a través de la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989, que instaba a dar comienzo a los trabajos de preparación para elaborarlo, cfr. DOCE C 158, de 26 de junio de 1989. Sin embargo, la idea de un código contractual a nivel europeo había germinado en un ambiente más informal en los años setenta, tal y como se señala en Lando, O and Beale, H, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, … cit., p. xi.

11 Mak, C: *Fundamental Rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2008, p. 174-176

12 Constatando la necesidad de poseer un texto europeo de referencia como podía haber sido el CESL; así lo pone de relieve Zimmermann, R: "The Significance of the Principles of European Contract Law," *European Review of Private Law*, Vol. 28, núm. 3, 2020, p. 495.

13 Lurger, B: "The Social Side of Contract Law and the New Principle of Regard and Fairness," en VV.AA: *Towards a European Civil Code* [Hartkamp, A, Hesselink, M.W, Hondius, E, Mak, C, Du Perron, E (eds)] Kluwer Law international, Alphen aan Den Rijn, 2011, p. 365-366. Véase, también, Reich, N: *General Principles of EU Civil Law…* cit., p. 189 y sig.

14 El Derecho civil también identifica intereses privados a través de categorías que no son la de consumidor; por ejemplo, mediante una actividad inherente a la persona o por una característica personal de esta: así, el Código civil catalán protege el interés superior del menor en los ámbitos personal, familiar y patrimonial (*ex* art. 211-6 Código civil de Cataluña, en adelante CCCat) o el cónyuge o conviviente en pareja estable en situación de debilidad en los *prenuptial agreements* o pactos en previsión de futura ruptura (art. 231-20.5 CCCat). Con relación a esto último, véase Rubio Gimeno, G: *Autorregulación de La Crisis de Pareja (Una Aproximación Desde El Derecho Civil Catalán,* Dykinson, Madrid, 2015, p. 67-69.

del consumidor (cláusulas abusivas, derecho de desistimiento, conformidad con el contrato). La protección de la parte débil del contrato se ampara en lo previsto en el art. 114.3 TFUE, que enuncia la necesidad de proteger a los consumidores con el fin de fortalecer, a su vez, el funcionamiento del mercado interior[15]. Parece claro, pues, que un desarrollo propicio del mercado interior dependerá, en mayor o menor grado, del diseño de las normas que deban operar en el mismo[16]. La digitalización ha planteado, además, la necesidad de reforzar los marcos de protección al consumidor y, en especial, al consumidor vulnerable.

El objetivo del presente trabajo es analizar la concreción de la protección dispensada al consumidor especialmente vulnerable desde un punto de vista sustantivo. En primer lugar (I y II), la atención se centra en el entorno digital y se pretende analizar si la nueva regulación sobre los contenidos digitales garantiza, al consumidor especialmente vulnerable, un buen acceso a los contenidos/servicios digitales, acceso indispensable para impulsar la economía digital de la UE. Además, el artículo examinará la definición contenida de consumidor vulnerable en la DPCD e incidirá en la multidimensionalidad de la vulnerabilidad de consumo y en la necesidad de avanzar hacia una nueva perspectiva del consumidor vulnerable que acoja una perspectiva más dinámica.

En segundo lugar (III), el artículo examinará la recepción de la figura del consumidor vulnerable en el contexto del Derecho de consumo español (TRLGDCU y el Código de Consumo de Cataluña).

Finalmente (IV), el artículo propondrá una nueva definición de consumidor vulnerable relacionada con la perspectiva *state-based* en la línea de la incorporada recientemente por el TRLGDCU.

II. CONSUMIDOR VULNERABLE Y DERECHO PRIVADO EUROPEO

Que la transformación digital está cambiando de forma radical la forma de consumir de los consumidores es evidente[17]. En el entorno digital, la toma de

15 Weatherill, S, Vogenauer, S and Weingerl, P: "Private Autonomy and Protection of the Weaker Party," en AA.VV: *General Principles of Law European and Comparative Perspectives* (Weatherill, S., Vogenauer, S, eds.), Hart publishing, Oxford, 2019, p. 257.

16 Hesselink, M.W: "Unjust Conduct in the Internal Market On the Role of European Private Law in the Division of Moral Responsibility between the EU, Its Member States and Their Citizens," *Yearbook of European Law* 25, 2016, núm. 1, p. 424-425: "The internal market cannot be complete and function properly in a justice vacuum. In particular, it cannot protect and entrench market freedoms and the freedom to conduct a business without also protecting vulnerable market agents (e.g. small businesses) against unfair exploitations and other unfair conduct. Whether this means that the internal market should be subject to a general standard of conduct 'characterized by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction' or to more specific rules and principles is an open question (probably we need both)".

17 Y así lo pone de manifiesto la COM (2020) 696 final, "Nueva Agenda del Consumidor. Reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible", p. 11.

decisiones desinformadas es frecuente y, en ocasiones, el nivel de protección y equidad que tienen los consumidores fuera de línea no es comparable con el que tienen en línea. Por todo ello, la Comisión europea está decidida a adaptar las normas que regulan la economía digital con el objetivo de crear un espacio digital más seguro para los consumidores, en el que sus derechos estén protegidos, y garantizar unas condiciones de competencia equitativas que faciliten la innovación para ofrecer servicios mejores y más novedosos a los consumidores. En este sentido, la Comisión ya ha dado luz a la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (en adelante, DSA), y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE, que define nuevas y mayores responsabilidades y refuerza la rendición de cuentas de los intermediarios y las plataformas en línea. La norma sobre servicios digitales debe garantizar que los consumidores estén protegidos de una forma eficaz contra los productos, los contenidos y las actividades ilícitas en las plataformas en línea de la misma manera que lo están fuera de línea. A su vez, la Comisión también está trabajando en una propuesta de acto jurídico que establezca los requisitos para la inteligencia artificial que garantice un alto nivel de protección de los intereses de los consumidores[18].

De igual modo, la Directiva sobre la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores (en adelante, Directiva 2019/2161) y la DCD constituyen, también, pasos importantes para abordar el desafío de la transformación digital con relación a la protección que debe dispensarse al consumidor.

En el entorno digital algunos consumidores pueden ser particularmente vulnerables y, por ello, necesitarán una protección específica. Sin embargo, y como veremos a continuación, la DCD prescinde del consumidor vulnerable en su articulado.

Con todo, la Comisión sí que ha decidido abordar las necesidades específicas de los consumidores, y, en especial, de aquellos más vulnerables tal y como se señala en la COM (2020) 696 final, "Nueva Agenda del Consumidor. Reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible", indicando que

18 Asimismo y recientemente, la Directiva 2019/2161/UE, de 27 de noviembre, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión, pretende mejorar la aplicación de las normas de protección de los consumidores de la Unión Europea, y por ello modifica cuatro directivas básicas en materia de protección de los derechos de los consumidores: la Directiva 93/13 de cláusulas abusivas, la Directiva 98/6 de indicación de precios, la Directiva 2005/29 de prácticas comerciales desleales y la Directiva 2011/83, sobre los derechos de los consumidores. Sin embargo, la Directiva 2019/2161 ha desaprovechado la ocasión de afrontar la nueva perspectiva de la vulnerabilidad. Solamente hace referencia al consumidor vulnerable en el cdo 54, destacando que las ventas fuera de establecimiento contractual suelen dirigirse a "personas de edad avanzada u otros consumidores vulnerables".

"algunos grupos de consumidores en determinadas situaciones pueden ser particularmente vulnerables y necesitar salvaguardias específicas" (pág. 18).

Durante los últimos años, el abordaje legislativo del legislador europeo en materia de protección del consumidor se ha canalizado a través de los deberes de información que se han impuesto a la parte fuerte de la relación con el objetivo de reequilibrar las posiciones contractuales. Sin embargo, la doctrina ha cuestionado su efectividad[19]. Así, el incremento de esa masa de información que ha de suministrarse al consumidor es insuficiente en muchas situaciones contractuales, sobre todo en el ámbito digital.

1. La destacada ausencia de la figura del consumidor vulnerable en la DCD

La DCD dimensiona el objeto del contrato situándolo en el centro de su atención[20]: así, el contenido o servicio digital (que ya se enunciaba en el decaído proyecto del CESL)[21] ha cristalizado (en nuestro entorno), finalmente, en un texto positivo cuya transposición en el Derecho nacional se ha producido mediante el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores.

Así, el legislador español ha incorporado la Directiva antes mencionada y la Directiva 2019/771, de 20 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes (en adelante, DCV). Sendas Directivas, partiendo de la base de un alto nivel de protección de las personas consumidoras, comparten como objetivo armonizar determinados aspectos relativos a los contratos de compraventa de bienes y de suministro de contenidos o servicios digitales, en aras de lograr un auténtico mercado único digital, reforzar la seguridad jurídica y reducir los costes de las transacciones, en particular, para las pequeñas y medianas empresas.

19 Carrasco Perera, Á: "Desarrollos futuros del derecho de consumo en España, en el horizonte de la transposición de la Directiva de Derechos de los Consumidores", en VV. AA: *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidore*s, Cámara Lapuente, S (Dir.), Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2012, p. 314.

20 Si comparamos la DCD con la Directiva sobre los derechos de los consumidores (Directiva 2011/83, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, en adelante DDC), esta última destaca por el establecimiento de la información precontractual que el empresario debe facilitar al consumidor en los contratos a distancia y en los contratos fuera de establecimiento, así como en los contratos distintos a estos. Es decir, la DDC dirige su atención a la formación de un consentimiento informado. Por el contrario, como se ha visto, la DCD -más allá de que establezca normas armonizadas con relación a la conformidad-, acoge la necesidad de establecer normas específicamente para el suministro de contenidos y servicios digitales.

21 Véase un resumen del origen más remoto que antecede a la DCD en Cámara Lapuente, S: "El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la propuesta de directiva de 9.12.2015," *InDret* , 2016, volumen 3, p. 9 y 10.

La revolución digital en el seno del Derecho contractual europeo se sitúa pues, en la actualidad, en la regulación de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales[22]. El objetivo principal de la DCD es armonizar las normas sobre la conformidad de los contenidos/servicios digitales con el contrato y las medidas correctoras en caso de falta de conformidad.

El entorno digital plantea la necesidad de reforzar los marcos de protección a favor del consumidor ya que en dicho contexto serán necesarios determinados conocimientos en materia tecnológica de los que pueden carecer gran parte de los consumidores. La Estrategia para un Mercado Único Digital [COM (2015) 192 final] estableció un amplio marco con el fin de facilitar la integración de la dimensión digital en el mercado interior, promoviendo la mejora del acceso de los consumidores y las empresas a los bienes y servicios en línea en toda Europa y en la que ya se proponía la necesidad de armonizar las normas de la UE con relación a la compra en línea de contenidos digitales[23].

En este entorno digital en el que los consumidores contratan a diario, será frecuente detectar conductas injustas que exploten la situación de debilidad del consumidor. La asimetría en el poder de las partes es connatural a este marco digital; podemos afirmar que es un efecto natural del funcionamiento tecnológico de las plataformas[24]. En este escenario propio de la era digital serán comunes las relaciones fisiológicamente asimétricas (situaciones en las que el control de la información y la capacidad de anticipación serán claramente superiores en una de las partes, en el empresario y, más concretamente, en la plataforma)[25].

22 Schulze, R: "Supply of digital content. A new challenge for European contract law," en VV.AA: *European Contract Law and the Digital Single Market The Implications of the Digital Revolution*, De Franceschi, A (ed.), Intersentia, Cambridge, 2017, p. 127 y sig.

23 COM (2015) 192 final.

24 Sobre la responsabilidad de las plataformas de intermediación véase Arroyo Amayuelas, E: "La responsabilidad de los intermediarios en internet: ¿puertos seguros a prueba de futuro?," en VV.AA: *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, [Arroyo Amayuelas, E y Cámara Lapuente, S (eds)], Marcial Pons. Col·legi de Notaris de Catalunya, Madrid, 2020, p. 343 y sig. En cuanto al rol de las plataformas en las relaciones contractuales del mercado digital, Grundmann, S y Hacker, P: "The Digital Dimension as a Challenge to European Contract Law – The Architecture," en VV:AA: *European Contract Law in the Digital Age*, Grundman, S. (Ed), Intersentia, Cambridge, 2018, p. 22-26.

25 Sobre las relaciones asimétricas en contratos entre particulares y la aplicación de la cláusula *rebus*, véase Rubio Gimeno, G: "Riesgo contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias," en VV.AA: *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Gramunt Fombuena, Florensa i Tomàs, C.E (eds.), Dykinson, Madrid, 2017, p. 209."editor":[{"dropping-particle":"","family":"Gramunt Fombuena","given":"Mariló","non-dropping-particle":"","parse-names":false,"suffix":""},{"dropping-particle":"","family":"Florensa i Tomàs","given":"Carles E.","non-dropping-particle":"","parse-names":false,"suffix":""}],"id":"ITEM-1","issued":{"date-parts":[["2017"]]},"publisher":"Dykinson","publisher-place":"Madrid","title":"Riesgo contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias","type":"chapter"},"uris":["http://www.mendeley.com/documents/?uuid=b49548fe-7200-4d16-a95f-525b61a698c7"]}],"mendeley":{"formattedCitation":"Gemma RUBIO GIMENO, "Riesgo Contractual y Alteración Sobrevenida de Las Circunstancias," in Codificación y Reequilibrio de La Asimetría Negocial, ed. Mariló Gramunt Fombuena and Carles E. Florensa i Tomàs (Madrid: Dykinson, 2017

La protección del consumidor la menciona brevemente el cdo 8 de la DCD cuando establece que los consumidores deben gozar de derechos armonizados en materia de suministro de contenidos y servicios digitales que les proporcionen un elevado nivel de protección. Dicho nivel elevado es advertido ya por el art. 114.3 TFUE, como se ha dicho. El hecho de garantizar a los consumidores un mejor acceso a los contenidos y servicios digitales es indispensable para impulsar la economía digital de la UE. En este sentido, normas tales como las relativas a la conformidad con el contrato, a las medidas correctoras en casos de falta de conformidad o de incumplimiento del suministro y a las modalidades para exigir las medidas correctoras, así como a la modificación de los contenidos/servicios digitales (normas todas ellas contenidas en la DCD), permitirán a los consumidores gozar de un alto nivel de protección y de un mayor bienestar. El régimen de la conformidad con el contrato adquiere relevancia como manifestación de la justicia sustantiva y se construye como un derecho esencial para la protección del consumidor. En un contexto digital es imprescindible para el consumidor que aspectos relativos a las cualidades y características de funcionamiento de los servicios o contenidos digitales se presenten en base a unos criterios estandarizados que cumplan todos los contenidos o servicios digitales del mismo tipo[26].

Sea como fuere, la DCD omite cualquier referencia a un consumidor especialmente vulnerable. Así, por ejemplo, dentro de los requisitos objetivos, la norma sobre la integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales en el entorno digital del art. 9 no distingue entre consumidor medio y consumidor vulnerable. Con relación a ello, la integración de los contenidos o servicios digitales en el entorno digital del consumidor no constituirá una falta de conformidad si la incorrecta integración no fuere por una deficiencia en las instrucciones sino por una no bien resuelta integración por parte del consumidor. Consumidores especialmente vulnerables, como personas mayores con un nivel bajo de formación educativa y con pocos conocimientos digitales o consumidores que no sean capaces de comprender bien las instrucciones pueden tener ciertas dificultades con la integración de los contenidos/servicios digitales en su entorno digital.

Es cuestionable la ausencia de la referencia al consumidor vulnerable en la DCD. Loos *et al* apuntan, además, que en un entorno digital los menores de edad deberían configurarse como consumidores vulnerables[27] e incluso proponen

26 Twigg-Flesner, C: "Conformity of Goods and Digital Content/Services," en VV.AA: *El derecho privado en el nuevo paradigma digital,* Arroyo Amayuelas, E y Cámara Lapuente, S (eds), Marcial Pons. Col·legi de Notaris de Catalunya, Madrid, 2020, p. 52-53.

27 Loos, M.B.M *et al*, "Comparative Analysis, Law & Economics Analysis, Assessment and Development of Recommendations for Possible Future Rules on Digital Content Contracts With an Executive Summary of the Main Points", Report, Amsterdam: University of Amsterdam, Centre for the Study of European Contract Law, Repo, 2011, p. 138 y sig. Además, si bien es cierto que los menores de edad son muy activos digitalmente, ello no significa que sean, necesariamente, un consumidor plenamente informado.

un sistema de verificación de la edad[28]. Algunos grupos de consumidores en determinadas situaciones (como las descritas en el párrafo precedente) pueden ser particularmente vulnerables en el entorno digital y en su papel de contratantes y necesitar, por ello, salvaguardas específicas.

2. El consumidor vulnerable como destinatario de prácticas comerciales desleales

En el ámbito de las prácticas comerciales, la categoría de consumidor como parte débil, sin matices, ha sido superada y la doctrina ya distingue entre consumidor medio o responsable y consumidor vulnerable[29][30]. La Directiva 2005/29/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (en adelante, DPCD) considera al consumidor vulnerable como la excepción del concepto de consumidor medio[31]. En dicho texto legal, el art. 5.3 describe así a estos consumidores vulnerables *"un grupo claramente identificable de consumidores especialmente vulnerables (…) por padecer una dolencia física o un trastorno mental, o por su edad o su credulidad"*[32]. Dicha concepción debe ser revisada y adaptada a la nueva realidad, especialmente, la digital. A ello dedicaremos los siguientes párrafos. En este sentido, la DPCD fue la pionera en la introducción de la cuestión de la vulnerabilidad de los consumidores en el ordenamiento jurídico español, haciendo hincapié en la influencia indebida que pudiera ejercerse sobre los consumidores cuya voluntad no esté totalmente formada.

La Guía para la implementación/Aplicación de la DPCD evidencia la distinción entre un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento

28 *Ibidem*, p. 243-244.

29 Véase las distintas acepciones que para ambas categorías acuña Micklitz, H.W: "Do Consumers and Businesses Need a New Architecture of Consumer Law? A Thought-Provoking Impulse," *EUI Working Papers LAW no* 2012/23, 2012, p. 19 y sig; Mak, V: "Standards of Protection: In Search of the 'Average Consumer' of EU Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive," *TISCO Working Paper Series on Banking, Finance and Services*, 2010, núm. 4, p. 1 y sig. En un mismo sentido, Lurger, B: "Old and New Insights for the Protection of Consumers in European Private Law in the Wake of the Global Economic Crisis," en VV.AA: *The Foundations of European Private Law*, Hart publishing, Oxford, 2011, p. 105-107.

30 Hesselink, M.W: "Post-Private Law," en VV.AA: *Varieties of European Economic Law and Regulation, Studies in European Economic Law and Regulation*, Purnhagen, K, Rott, P., (eds.), Springer international publishing, London, 2014, p. 33.

31 Así, Šajn, N: *Vulnerable Consumers*, Briefing of the European Parliament, 2021 p. 2. Lo cuestiona Kaprou, E: "The legal definition of vulnerable consumers in the UCPD: Benefits and limitations of a focus on personal", en Riefa, C, Saintier, S: *Vulnerable consumers and the law*, Routledge, Oxon, 2020, p. 52-53.

32 Y el cdo 19 de la DPCD indica que: "*Cuando determinadas características como la edad, una dolencia física o un trastorno mental o la credulidad hagan que los consumidores sean especialmente sensibles a una práctica comercial o al producto correspondiente y, con toda probabilidad, únicamente el comportamiento económico de tales consumidores sea susceptible de distorsión merced a la práctica en cuestión en un sentido que el comerciante pueda prever razonablemente, debe garantizarse que estén adecuadamente protegidos, para lo cual es necesario que la práctica se evalúe desde la perspectiva de un miembro medio de ese grupo*".

y perspicaz[33] y el consumidor vulnerable, al que se debe garantizar un nivel de protección más alto[3435]. La DPCD introdujo, palmariamente, esta distinción.[3637]. Sin embargo, fue el Tribunal de Justicia de la Unión Europea quién terminó construyendo el concepto, sobre todo el de consumidor medio (*average consumer*), a través de su jurisprudencia (véase, por ejemplo, *Gut Springenheide y Tusky*[38]). E incluso, antes de la adopción de la DPCD (que distingue hasta tres categorías de consumidor[39]), el TJUE ya hacía referencia al consumidor especialmente vulnerable (p.ej, en *Buet*[40]).

Observamos, pues, que es desde la perspectiva de la práctica comercial, fuera de las relaciones contractuales, donde se han diseñado mecanismos dirigidos a la atención del consumidor vulnerable. Sin embargo, la determinación del nivel de deslealtad de una práctica se establece en base a la perspectiva del miembro medio de ese grupo vulnerable de destinatarios (así, cdos 18 y 19 y art. 5.3 DPCD).

La Nueva Agenda del Consumidor presentada por la Comisión [COM (2020) 696 final, de 13 de noviembre], señala la importancia de abordar las necesidades específicas de los consumidores. En la misma indica que la vulnerabilidad de los consumidores puede deberse a "circunstancias sociales o características particulares de consumidores individuales o grupos de consumidores, tales como su edad, género, estado de salud, alfabetización digital, capacidad de cálculo o situación económica".

33 SWD (2016) 163/2, *Guía para la Implementación/aplicación de la Directiva 2005\29\CE relativa a las prácticas comerciales desleales*, que acompaña al documento Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Un enfoque global dirigido a estimular el comercio electrónico transfronterizo para las empresas y los ciudadanos europeos* [COM (2016) 320], p. 45 y sig. Véase, también, el art. 5 de la DPCD.

34 SWD (2016) 163/2, *Guía… cit*., p. 50 y sig.

35 El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 18 de abril de 2015 (RJ 2015 \1351) hace referencia a la noción de "consumidor primerizo" en el sentido de destacar que el consumidor medio rara vez tiene la posibilidad de comparar directamente las marcas y que debe confiar en la imagen imperfecta que conserva en la memoria, por lo que normalmente no se detiene a examinar los diferentes detalles (FJ 7°). Pero este consumidor primerizo no lo equipara con el consumidor vulnerable de la DCPD. En la SAP Barcelona de 26 de mayo de 2017 (JUR\2017\183126) se distingue entre tres categorías de consumidor: cualificado, medio y vulnerable. Sobre el consumidor medio, véase: STS de 15 de noviembre de 2017 (RJ 2017\4730), STS de 10 de marzo de 2014 (RJ 2014\1467); STS de 7 de abril de 2014 (RJ 2014\2184); STS de 15 de diciembre de 2015 (RJ 2016\73); STS de 3 de junio de 2016 (RJ 2016\2306); STS de 16 de enero de 2017(RJ 2017\22); y STS de 5 de abril de 2017 (RJ 2017\2669), entre otras.

36 Véase, por ejemplo, el cdo 18 de la DPCD.

37 Sobre el consumidor vulnerable, Waddington, L.: "Vulnerable and Confused: The Protection of Vulnerable Consumer under EU Law," *European Law Review,* 2013, núm. 6, pp. 757-782. En nuestro contexto y, más reciente, véase Hernández Díaz-Ambrona, M.D.: "El hipotecante no deudor y el consumidor en materia de energía eléctrica como consumidores vulnerables," *Revista Del Ministerio Fiscal,* 2017, núm.4, pp. 76-101.

38 *Gut Springenheide y Tusky*, C-210/96, especialmente el párrafo 31.

39 Para el estudio de las distintas categorías de consumidor que distingue la DPCD es especialmente relevante la obra de Duivenvoorde, BB: *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*, Springer International Publishing AG, Cham, 2015. Apunta el autor que el prototipo de consumidor a proteger por el TJUE sigue siendo el consumidor medio.

40 *Buet*, C-382/87.

Al hilo de todo ello, la Comisión europea, haciéndose eco de las pruebas de la economía conductual[41] señala que deben abordarse las prácticas comerciales que pasan por alto el derecho de los consumidores a tomar decisiones informadas, que hacen un uso fraudulento de sus sesgos de comportamiento o que distorsionan sus procesos de toma de decisiones. Estas prácticas incluyen el uso de patrones oscuros (diseños de interfaces de usuarios que tienen la finalidad de manipular a los consumidores), y de determinadas prácticas de personalización que a menudo se basan en la elaboración de perfiles, la publicidad encubierta, el fraude, la información falsa o engañosa y los comentarios manipulados de consumidores. Estas prácticas pueden afectar prácticamente a todos los consumidores[42]. Las estrategias de márqueting utilizadas por las empresas no se basan tanto ya en una perspectiva de clase (género o edad) sino que analizan las características de los consumidores de una determinada realidad demográfica y examinan el comportamiento, los valores, las opiniones y los intereses de estos consumidores. Ello forma parte de los denominados perfiles de persuasión[43], es decir, la recopilación y el tratamiento de los datos de los consumidores en combinación con el análisis del comportamiento de los consumidores y de sus sesgos cognitivos se utiliza para influir sobre los mismos e impulsarles a tomar decisiones que pueden ir en contra de sus propios intereses.

Así pues, las obligaciones de transparencia serán importantes para abordar las asimetrías de información; ello implicará orientaciones adicionales sobre la aplicabilidad de la DPCD y la Directiva 2011/83. Con relación a ello, la Directiva 2019/2161 ha introducido determinados requisitos de transparencia respecto de los principales parámetros para determinar la clasificación en la DPCD: así, se añado un art. 4 bis. que impone la obligación, cuando se ofrezca a los consumidores la posibilidad de buscar productos ofrecidos por distintos comerciantes o consumidores sobre la base de una consulta en forma de palabra clave, expresión u otro tipo de dato introducido, independientemente de dónde se realicen las transacciones en último término, de facilitar, en una sección específica de la interfaz en línea que sea fácil y directamente accesible desde la página en la que se presenten los resultados de la búsqueda, "información general relativa a los principales parámetros que determinan la clasificación de los productos presentados al consumidor como resultado de la búsqueda y la importancia relativa de dichos parámetros frente a otros". Y se añade, como apartado 6

41 COM (2020) 696 final, p. 21.

42 Helberger, N., et al.: *EU Consumer protection 2.0. Structural asymmetries in digital consumer markets*, BEUC (The European Consumer Organisation), Brussels, Marzo 2021, p. 6.

43 El reto es establecer un concepto de vulnerabilidad que acoja todas las formas en las que el consumidor puede verse afectado de forma adversa sin que pueda prevenirlo. La vulnerabilidad no sólo se origina con relación a las características del consumidor sino, también, según las relaciones que el consumidor tenga con otros actores del entorno digital. Así, Riefa, C., Saintier, S.: "In search of (access to) justice for vulnerable consumers" en Riefa, C., Sainiter, S. (eds): *Vulnerable consumers and the law. Consumer protection and Access to justice*, Routledge, Oxon, 2020, p. 5.

del mismo artículo, "cuando un comerciante facilite el acceso a las reseñas de los consumidores sobre los productos, se considerará esencial la información acerca de si el comerciante garantiza que las reseñas publicadas pertenezcan a consumidores que hayan realmente utilizado o adquirido el producto".

La aproximación al consumidor vulnerable en el ámbito de las prácticas comerciales ha sido analizada por la doctrina desde una óptica multidisciplinar. Así, por ejemplo, Kaprou señala que desde un punto de vista propio del márketing se puede señalar que la concepción de la vulnerabilidad ha pasado de estar basada en la clase ("class-based approach", así, asimilar a las personas mayores o al sexo femenino como vulnerables en su totalidad), a caracterizarse según un estado transitorio ("state-based approach")[44]. El punto de vista "class-based" ignora factores que contribuyen a incrementar la vulnerabilidad del consumidor tales como las características del mercado en el que se está contratando.

Decimos, pues, que la configuración del consumidor vulnerable puede abordarse desde una doble perspectiva: por una parte, la que hace referencia a las características individuales del consumidor (por ejemplo, sexo, desempleo, edad), que es la vulnerabilidad "class-based" porque hace referencia a características individuales y, por otra, la que sugiere poner el centro de atención en la situación, en el contexto, señalando que todos los consumidores pueden ser vulnerables debido a la interacción entre sus características individuales, las circunstancias personales y el mercado en el que estén contratando. Esta perspectiva es más dinámica, más circunstancial, ya que los consumidores pueden transitar por este estado de vulnerabilidad ("state-based").

Esta fragilidad del consumidor puede ocurrir debido a acontecimientos que disminuyen temporalmente su capacidad para tomar decisiones racionales en el mercado, por ejemplo, estar de luto por la pérdida de un ser querido, pasar por un divorcio, enfrentarse a una enfermedad grave u otros acontecimientos vitales estresantes. Es decir, con relación a esta cuestión deben sumarse otros elementos externos que pueden crear vulnerabilidades. Podemos hablar de la multidimensionalidad de la vulnerabilidad de consumo. En el estudio de la Comisión Europea titulado "Consumer vulnerability across key markets in the European Union"[45], se consideran como factores que contribuyen a la vulnerabilidad los siguientes: los relativos al comportamiento (por ejemplo, la confianza, la credulidad, la impulsividad, las habilidades computacionales), los factores que hacen referencia al acceso (el uso de internet), los que se relacionan con el mercado (así, y por

44 Kaprou, E., (2021): "The legal definition", cit., p. 54, aunque para dicha autora la perspectiva "class-based" tiene ventajas ya que determina claramente quién debe ser considerado como vulnerable.

45 London Economics, VVA Consulting y Ipsos Mori consortiu (Directorate-General for Justice and Consumers of the European Commission): *Consumer vulnerability across key markets in the European Union*, Final report, enero 2016, p. 50-51.

ejemplo, no ser capaz de leer los términos y las condiciones, no comparar las ofertas de otros proveedores, no ser conocedor de las condiciones contractuales o tener dificultad para obtener o evaluar la información que se les procura. Además, los consumidores suelen ser más vulnerables en mercados complejos como el de las finanzas o el del sector energético[46]) y, finalmente, los que aparecen vinculados con alguna situación (el desempleo, la discapacidad o enfermedades de larga duración).

Podemos decir que la vulnerabilidad puede ser permanente, temporal o esporádica o a largo o corto plazo. Las habilidades y necesidades de los consumidores varían a lo largo del tiempo, particularmente cuando el consumidor tiene que afrontar un cambio de circunstancias sobrevenidas o una necesidad urgente o una situación compleja.

Volviendo al contexto digital, la doctrina ya afirma que, en este entorno, el consumidor vulnerable es la regla general y el consumidor medio la excepción, a diferencia de lo mantenido por la DPCD[47].

A su vez, se insiste en señalar que la vulnerabilidad forma parte intrínseca de la sociedad digitalizada ya que las páginas web, aplicaciones y el entorno digital en el que el consumidor navega a diario están diseñados para identificar e incluso crear vulnerabilidades[48]. El resultado de ello es, una vez más, una asimetría en el poder de negociación de las partes: la vulnerabilidad de los consumidores se identifica o se crea porque los mismos interactúan con los empresarios en un entorno digital que aprende de aquéllos y se adapta a ellos. Pensemos, por ejemplo, en una aplicación de gimnasia que el consumidor instala en su teléfono inteligente: se adapta al consumidor y tiene incluso la capacidad de persuadirle sugiriéndole nuevas actividades o nuevos retos que en muchos casos pueden significar una

46 Šajn, N: "Vulnerable Consumers", cit., p. 3. Además, como señala Helberg, N, et al, "EU Consumer protection", cit., p. 2, en particular, en la economía de los datos, caracterizada por los productos y servicios conectados y automatizados impulsados por la inteligencia artificial, los consumidores están expuestos a situaciones y prácticas comerciales complejas para las que la definición de vulnerabilidad de la DCPD es insuficiente para protegerlos. Así lo señalaba también la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012, sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables (2011/2272(INI), párrafo 21. Y, en el párrafo 27, expresaba que "(…) las explicaciones que se ofrecen en la publicidad de productos de inversión financiera sobre los riesgos subyacentes son, a menudo, insuficientes y ponen demasiado énfasis en beneficios potenciales que no suelen materializarse, por lo que los consumidores de productos de servicios financieros corren el riesgo de perder su capital (…)".

47 Helberg, N, et al, "EU Consumer protection", cit., p. 10 y sig. También, BEUC: "BEUC's preliminary input for the consumer agenda 2021-2027. Response to the Roadmap Consultation", 2020, p.1, indica que la complejidad de los mercados actuales y el aumento de poder de los dominantes en el mercado, cuestionan que un consumidor informado sea, a su vez, un consumidor que esté protegido y empoderado, ya que el círculo digital en el que se mueve el consumidor lo monitoriza de tal forma que lo empuja hacia un comportamiento comercialmente deseado por la empresa.

48 Helberg, N, et al, "EU Consumer protection", cit., p. 19-20. En el entorno de las apps o de las plataformas como Facebook o Instagram, las empresas coleccionan y analizan nuestros datos, y, como resultado, pueden identificar, así, cuáles son nuestras vulnerabilidades (por ejemplo, piénsese en las aplicaciones de salud o de fitness como *Sweat*, *Alo Moves* o *Headspace* que, en su modalidad de pago, recogen muchos datos de las actividades del consumidor cuando el mismo hace uso de dicha aplicación).

nueva contratación. Así, el consumidor vulnerable ha de constituir el sujeto al que van dirigidas las normas dictadas desde el enfoque del entorno digital ya que esta desigualdad entre el consumidor y la plataforma es estructural.

Por todo ello, la normativa de prácticas comerciales desleales será crucial en la determinación de la equidad y la lealtad de estas prácticas señaladas. A tal fin, será necesaria una nueva dimensión del concepto de consumidor: medio, aquel que razonablemente pueda enfrentarse de forma informada, observadora y circunspecta con este tipo de prácticas indicadas más arriba; en otro sentido, vulnerable, cuando dichas prácticas le sean directamente perjudiciales. La vulnerabilidad en el entorno digital es permanente si el consumidor está constantemente monitorizado debido a su interacción con el entorno digital.

Para avanzar en esta línea de la perspectiva "state-based" podemos acoger la definición de consumidor vulnerable acordada por la Comisión europea en el estudio citado más arriba[49], que concluyó que todos los consumidores pueden ser consumidores vulnerables, y propuso la siguiente definición (la traducción es nuestra): "Un consumidor que, como resultado de sus características sociodemográficas, sus características de comportamiento, su situación personal o su entorno de mercado: a) tiene un mayor riesgo de experimentar resultados negativos en el mercado; b) tiene una capacidad limitada para maximizar su bienestar; c) tiene dificultades para obtener o asimilar información; d) tiene menos capacidad para comprar, elegir o acceder a productos adecuados; o e) es más susceptible a ciertas prácticas de marketing".

En el contexto de las prácticas comerciales la doctrina más autorizada ha sugerido la utilización de los códigos de conducta como instrumento de protección de la parte más débil: el consumidor vulnerable. Así, el incumplimiento por el empresario de un compromiso incluido en un código de conducta debe considerarse, también, una práctica comercial engañosa (en este sentido se expresa el art. 6.2 b) DPCD)[50]. En un mismo sentido se propone el uso de estándares como herramienta de protección del consumidor en situaciones vulnerables[51]. Así, la Organización Internacional para la normalización (ISO, por sus siglas en inglés), inspirándose en el modelo británico (BS 18477 de la "British

49 London Economics, VVA Consulting and Ipsos Mori consortiu: "Consumer vulnerability", cit., p. XX.

50 Kaprou, E., (2021): "The legal definition", cit., p. 65-66. En el contexto catalán destacamos el Código de buenas prácticas de la economía colaborativa elaborado por la Agencia Catalana de Consum, con el objetivo de crear un entorno de confianza en el cual todos los agentes que intervienen en las relaciones vehiculadas a través de una plataforma digital, ya sean particulares o profesionales, puedan disponer de unas reglas de juego estables y seguras. Se puede consultar aquí: http://economia.gencat.cat/web/.content/70_economia_catalana/arxius/economia-collaborativa/codigo buenas-practicas.pdf. (consulta: 11-11-2021).

51 Hunter, J.: "The role of voluntary standards in improving outcomes for consumer in vulnerable situations" en Riefa, C, Saintier, S: *Vulnerable consumers and the law*, Routledge, Oxon, 2020, p. 137-154. La autora pone como ejemplo el estándar BS18477, de la British Standard Institution, el Organismo Nacional de Normalización del Reino Unido, estándar que debe permitir a los proveedores de servicios detectar y dar suporte a individuos que potencialmente son vulnerables. La verificación de servicios inclusivos demuestra

Standard Institution", BSI), en el seno del grupo ISO PC/311, está desarrollando el ISO 22458, un estándar relativo a los requisitos y directrices para el diseño y la prestación de un servicio inclusivo[52]. Este grupo ha identificado cinco de categorías que permiten identificar factores de riesgo de vulnerabilidad y son las siguientes[53]:

Características personales: edad (por ejemplo, la juventud puede asociarse con la inexperiencia y el deterioro cognitivo empeora con la edad), sexo, cultura, localización demográfica y personalidad (credulidad o impulsividad, por ejemplo).

Salud y capacidad: salud física (sufrir una enfermedad terminal), deterioro físico, deterioro cognitivo o la salud mental (así, la depresión).

Acceso y habilidades: idioma, alfabetización, habilidades técnicas/digitales (no tener acceso a internet o la falta de conocimiento o confianza en el uso de las nuevas tecnologías).

Eventos vitales: una caída en los ingresos mensuales (jubilación, despido), el sinhogarismo, ser víctimas de abusos, una ruptura de la relación sentimental (divorcio), un cambio de la situación de vida (por ejemplo, la maternidad o paternidad).

Condiciones externas: medio ambiente, condiciones de mercado, comportamiento de las organizaciones.

La adopción del estándar implicará que la organización que se adhiera al mismo desarrollará orientaciones para mejor las dificultades a las que se enfrenta el consumidor y las posibles consecuencias, efectos y daños que podrían producirse como resultado de la vulnerabilidad, de modo que puedan responder adecuadamente para mitigar los riesgos y satisfacer las necesidades de estos consumidores. En este sentido, ya en la Resolución del Parlamento Europeo de 22 de mayo de 2012 [(2011/2272(INI), "Refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables"], el Parlamento instaba a las empresas a promover y elaborar iniciativas de autorregulación que reforzaran los derechos de los consumidores vulnerables, garantizándoles un acceso mejor a la información y desarrollar prácticas que potenciaran el que todos los consumidores pudieran comprender y evaluar un acuerdo.

que la empresa cumple con la norma BS 18477 y proporciona un servicio inclusivo disponible y de fácil acceso para todos los consumidores por igual, independientemente de sus circunstancias personales.

52 Los estándares son documentos publicados que definen buenas prácticas de las organizaciones que deben seguirlas en el contexto de la venta y suministro de servicios y permiten demostrar si una organización ha tenido éxito o no en las prácticas efectuadas con relación a lo establecido por el estándar y también si razonablemente ha seguido los pasos establecidos en el mismo para proteger a los consumidores.

53 Véase ISO- ISO/DIS 22458, ISO/PC 311: "Draft International Standard. Consumer vulnerability-Requirement and guidelines for the design and delivery of an inclusive service", 2021, p. 17.

III. LA RECEPCIÓN DE LA VULNERABILIDAD EN EL DERECHO DE CONSUMO ESPAÑOL

1. La incorporación del consumidor especialmente vulnerable en el TRGLDCU

Por todos es sabido que el concepto de consumidor (normal, por contraposición al consumidor vulnerable) acoge una protección abstracta del mismo, no situacional; es decir, es consumidor toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión (art. 3.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en adelante TRLGDCU).

Recientemente, el Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, ha decidido considerar el concepto de persona consumidora vulnerable en la normativa de defensa de las personas consumidores, atendiendo al mandato constitucional del art. 51.1 CE[54]. Así, en el preámbulo de dicho Real Decreto se constata la necesidad de garantizar un mayor grado de protección a los consumidores en determinados supuestos en los que los mismos se ven afectados por una especial vulnerabilidad que puede incidir en su toma de decisiones e, incluso, forzarlos a aceptar ciertas condiciones contractuales que en otra situación no aceptarían. Además, tras el impacto social y económico sobre las prácticas de consumo a raíz de la pandemia de la COVID-19, la tutela eficaz de los derechos de las personas consumidoras se ha vuelto más acuciante. La norma reciente establece un concepto general de consumidor vulnerable aunque admite expresamente que puedan existir otras definiciones de consumidor vulnerable en normativas sectoriales[55]. Es, además, un concepto dinámico: es decir, una persona puede ser vulnerable en un determinado ámbito de consumo, pero no en otros, y esa misma condición de vulnerabilidad puede variar a lo largo del tiempo (así, si cambian,

54 El art. 3.2 TRLGDCU reza lo siguiente: "Asimismo, a los efectos de esta ley y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad".

55 García Hernando, J.A: "La falta de concreción y determinación del concepto de consumidor vulnerable en el RDL 1/2021", *Diario La Ley*, 2021, nº9858, p. 2, cita el ejemplo del RD 897/2012, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica. Dice dicho autor que ello genera desajustes por lo que nos podemos encontrar con un consumidor que es vulnerable en el mercado eléctrico por estar en posesión del título de familia numerosa y, sin embargo, puede ser discutida su condición de consumidor vulnerable al no contemplarse ni en la definición ni en la exposición de motivos del RDL 1/2021 la condición de miembro de familia numerosa como causa de vulnerabilidad.

por ejemplo, las circunstancias sociales o económicas que la determinaron)[56]. Observamos que dicha incorporación toma como referencia la establecida por la comunicación de la Comisión sobre la Nueva Agenda del Consumidor y constata la necesidad de prever las circunstancias que generan que los derechos de estos consumidores necesiten una protección reforzada.

Así, la definición incorporada por el art. 3.2 TRGLDCU se define por comparación con el otro consumidor, el normal, que es el que no se encuentra en dicha situación de especial vulnerabilidad. El consumidor vulnerable se encuentra en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección. La Exposición de Motivos del RD Ley 1/2021 enumera algunos de estos colectivos que merecen una protección extra: personas de determinada edad, sexo, origen nacional o étnico, lugar de procedencia, las personas alérgicas o con algún tipo de intolerancia alimenticia, las víctimas de violencia de género, las familias monoparentales, las personas desempleadas, las personas con algún tipo de discapacidad, las personas enfermas, las minorías étnicas o lingüísticas, las personas desplazadas temporalmente de su residencia habitual, la población migrante o los solicitante de protección internacional. La pertenencia a dicha categoría no implica que estos consumidores serán vulnerables, sino que dependerá de la situación concreta y de si pueden ejercer o no sus derechos en condiciones de igualdad en comparación con otro sujeto que no pertenezca a ese colectivo. La fragilidad del consumidor vulnerable viene condicionada, pues, por aspectos tales como la dificultad para obtener o asimilar información, una menor capacidad para comprar, elegir o acceder a productos adecuados o una mayor susceptibilidad a dejarse influir por prácticas comerciales.

A partir de dicho concepto se modifican algunos artículos del TRLGDCU con el fin de adaptarlos a la nueva realidad del consumidor vulnerable.

Así, el TRGLDCU hace referencia al consumidor vulnerable en el ámbito del derecho a la información: el art. 18.2, en materia de etiquetado y presentación de los bienes y servicios o en materia de información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios, que en el art. 20.2 señala que dicha oferta deberá facilitarse a los consumidores, principalmente cando se trate de personas especialmente vulnerables, "en términos claros, comprensibles, veraces y en un formato fácilmente accesible, de forma que aseguren su adecuada comprensión y permitan la toma de decisiones óptimas para sus intereses"; también en materia de control de la calidad (art. 43) y de la información previa al contrato[57].

56 Marín López, M.J: "El concepto de consumidor vulnerable en el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios," *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, 2021, núm. 37 p. 114.

57 Trujillo Villamor, E: "Reforma de la ley de consumidores: atención a los consumidores vulnerables", *Centro de Estudios de Consumo -publicaciones jurídicas*, 2021, p. 2 y sig.

Sin embargo, es cuestionable la ausencia de la referencia a la vulnerabilidad con relación a las normas sobre garantías y servicios posventa (así, conformidad de los bienes y de los contenidos o servicios digitales, arts. 115 y sig), normas que se incardinan en el contexto digital.

Vemos, pues, que el legislador insiste en reforzar los deberes de información precontractuales[58] como mecanismos de protección del consumidor vulnerable en aras a facilitar una igualdad en las condiciones de negociación, pero ha perdido la ocasión de reforzar la protección del consumidor vulnerable en el ámbito de las garantías postventas y, concretamente, en materia de conformidad con el contrato (art. 115 y sig) y de modificación de los contenidos/servicios digitales (art. 126 y sig). Sin embargo, y a pesar de que la protección del consumidor especialmente vulnerable no se haya dispensado expresamente en dicho extremo, entendemos que la definición incorporada de consumidor especialmente vulnerable por el art. 3.2 TRLGDCU y la mención de dicho consumidor en el preámbulo del Real Decreto-ley 1/2021, permiten afirmar que será posible rendir esta protección extra del consumidor vulnerable también en estos otros ámbitos del texto legal.

2. Las manifestaciones del consumidor vulnerable en el Código de Consumo de Cataluña

El Código de Consumo de Cataluña (en adelante, CConsCat) también opta por integrar distintos tipos de consumidor en el seno de su regulación[59]. En efecto, el legislador catalán parece decidido a integrar distintas categorías dentro del modelo, aparentemente homogéneo, de consumidor. Gramunt destaca la inspiración del art. 111-2 c) CConsCat en la DPCD, introduciendo la noción de "grupo" en relación con un conjunto de personas consumidoras que pueden resultar especialmente sensibles a una práctica comercial[60]. Es relevante la referencia a la vulnerabilidad del citado artículo (vulnerabilidad según cual sea la situación de inferioridad e indefensión en la relación de consumo). Así, dicho artículo (111-2 c) equipara a personas mayores a personas especialmente vulnerables, sin ningún matiz[61]. Dicha afirmación, así, merece una reinterpretación ya que no sólo la edad provocará (o no) una situación de debilidad que merezca una especial protección, sino que serán varios los elementos los que harán que esa persona sea merecedora (o

58 Sobre la inconveniencia de los deberes de información contractual, véase Carrasco Perera, Á: "Desarrollos futuros" cit., p. 314.

59 Véase el art. 111-2 a) CConsCat.

60 Gramunt Fombuena, M: "Las personas mayores como colectivo especialmente protegido en el ámbito del consumo," *Revista de Bioética y Derecho,* 2019, núm. 45, p. 154, apuntando dicha autora que lo que, con toda probabilidad, conllevará que únicamente el comportamiento económico de tales consumidores sea susceptible de distorsión como consecuencia de la ejecución de esa determinada práctica comercial según la razonable previsibilidad del comerciante.

61 Así también la definición del art. 5.3 DCPD habla de la edad como factor de vulnerabilidad, véase SWD (2016) 163/2, cit., p. 48.

no) de dicho amparo[62]. En este sentido, la Comisión Europea insiste en que la vulnerabilidad es situacional y que, por ello, un consumidor puede ser vulnerable en una determinada situación pero no en otra[63]. Suponer que a partir de cierta franja de edad (que no está determinada normativamente, a diferencia de la minoría de edad) uno ya pertenece a un colectivo especialmente protegido y merece ser objeto, por tanto, de una especial protección da lugar a soluciones tuitivas fácilmente arbitrarias. Además, como se ha dicho, la vulnerabilidad debe caracterizarse por ser un concepto dinámico y, por lo tanto, la variación de las circunstancias sociales o económicas puede conllevar la pérdida de dicha condición.

Cabe señalar, sin embargo, que ya el propio CConsCat introdujo en el art. 251-6.3, haciendo referencia a los precios de los servicios, una referencia a la vulnerabilidad situacional. Así, dicho art. dice "No es poden cobrar preus abusius, especialment si les circumstàncies particulars del cas minven la llibertat d'elecció de la persona consumidora". Así pues, este concepto, dinámico, se enmarca dentro de la concepción "state-based", y permite, así, construir un concepto de vulnerabilidad menos rígido que el que se basa exclusivamente en la perspectiva "class-based".

Más allá del CConsCat también encontramos referencias a la vulnerabilidad "state-based" en la regulación de la figura de la ventaja injusta del Código civil de Cataluña (CCCat). El art. 621-45 CCCat, señala -entre otros factores-, la situación de vulnerabilidad económica o de necesidad imperiosa, o si la parte que sale perjudicada era incapaz de prever las consecuencias de sus actos, manifiestamente ignorante o carente de experiencia, como circunstancias que, junto con otros factores[64], dan pie a la posibilidad de rescindir el contrato por ventaja injusta. La idea final es que el consentimiento que preste el consumidor para contratar no sólo sea libre y exacto, sino también consciente: un consentimiento con conocimiento de causa[65]. E incluso fuera ámbito contractual, y en el ámbito del Derecho de familia, el legislador catalán recorre a instrumentos de reequilibro de asimetría negociales con la finalidad de garantizar que las partes puedan efectivamente decidir acerca de la conveniencia o no de celebrar un contrato y acerca de la determinación de los contenidos; ello es así en el supuesto de los pactos celebrados fuera de convenio regulador: el art. 233-5.2 CCCat condiciona la eficacia de dichos acuerdos

62 Gramunt Fombuena, M: "Las personas mayores", cit., p. 155, citando dicha autora factores como el nivel socioeconómico o la formación recibida.

63 Véase Jourová, V: "Understanding Consumer Vulnerability in the EU's key markets", Brussels, 2016, accessible en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/consumer-vulnerability-factsheet_en.pdf

64 El aprovechamiento de estas circunstancias por la parte fuerte de la relación y la obtención, debido a ello, de un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta. Véase Barceló Compte, R: *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato*, Barcelona, Marcial Pons, 2019, p. 107 y sig.

65 Arnau Raventós, L., (2015): "Formación de la voluntad: riesgos de captación, y "decisión con conocimiento de causa"", en Pereña Vicente, M., Delgado Martín, P: *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015 p. 433

a que cada cónyuge cuente con asistencia letrada independiente; la ausencia de dicho asesoramiento hace nacer un derecho de desistimiento durante un plazo general de tres meses posteriores al acuerdo. Lo que se esgrime, a favor de este deber, es que esta eventual restricción de la autonomía privada se justifica por el abuso que el cónyuge económicamente más fuerte puede ejercer sobre el débil, precisamente en un contexto (producida la ruptura) que es proclive a conducir a una situación de debilidad a una de las partes[66].

IV. CONCLUSIÓN. LA NUEVA PERSPECTIVA DE LA VULNERABILIDAD: DE LA PROTECCIÓN *CLASS-BASED* A LA PROTECCIÓN *STATE-BASED*

Según se observa en las páginas precedentes, y a propósito de la protección del consumidor vulnerable, se propone avanzar hacia una revisión de la definición de este consumidor en la normativa de prácticas comerciales desleales que acoja la perspectiva "state-based", basada en un enfoque multidimensional de la vulnerabilidad y que contempla una batería plural de factores como origen de esa fragilidad del consumidor.

Asimismo, y como medidas concretas de protección el consumidor vulnerable en el entorno digital, será necesario abordar soluciones novedosas en forma de iniciativas de autorregulación tales como la adopción de códigos de buenas prácticas o el uso de estándares que permitan a las propias organizaciones desarrollar prácticas inclusivas e incluso identificar a las personas o colectivos que pueden ser vulnerables en determinadas situaciones o en determinados contextos.

Finalmente, la fotografía que se obtiene de la protección del consumidor vulnerable en el ordenamiento jurídico español y, concretamente, en el TRGLDCU, se limita a ciertos ámbitos de dicho texto. Sin embargo, entendemos que la no previsión expresa de dicha figura en otros extremos del mismo texto legal no debe significar que la protección del consumidor vulnerable no pueda dispensarse sobre estos otros extremos.

66 Rubio Gimeno, G (2015): *Autorregulación de la crisis de pareja (Una aproximación desde el Derecho civil catalán)*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 61. Véase, también, Rubio Gimeno, G: "La contratación entre cónyuges o convivientes en los pactos sobre ruptura de pareja: ¿un negocio naturalmente asimétrico?», en Serrano De Nicolás, Á (Dir): (dir.) *Nuevas perspectivas iusprivatistas a los 40 años de la Constitución de 1978*, Marcial Pons, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, São Paulo, 2021, p. 152.

BIBLIOGRAFÍA

Arnau Raventós, L., (2015): "Formación de la voluntad: riesgos de captación, y "decisión con conocimiento de causa"", en Pereña Vicente, M., Delgado Martín, P: *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

Arroyo Amayuelas, E: "¿Hacia Dónde va El Derecho Privado Europeo?," *Iura Vasconia*, 2020, núm. 17.

Arroyo Amayuelas, E: "La responsabilidad de los intermediarios en internet: ¿puertos seguros a prueba de futuro?," en VV.AA: *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, [Arroyo Amayuelas, E y Cámara Lapuente, S (eds)], Marcial Pons. Col·legi de Notaris de Catalunya, Madrid, 2020.

Barceló Compte, R: *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato*, Barcelona, Marcial Pons, 2019.

Beale, H: "The Story of EU Contract Law," en VV.AA: *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law* (ed. C. Twigg-Flesner), Edward Elger Publishing, Chaltenham-Northampton:, 2016.

BEUC: "BEUC's preliminary input for the consumer agenda 2021-2027. Response to the Roadmap Consultation", 2020.

Carrasco Perera, Á: "Desarrollos futuros del derecho de consumo en España, en el horizonte de la transposición de la Directiva de Derechos de los Consumidores", en VV. AA: *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidore*s, Cámara Lapuente, S (Dir.), Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2012.

Cámara Lapuente, S: "El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la propuesta de directiva de 9.12.2015," *InDret* , 2016, volumen 3.

García Hernando, J.A: "La falta de concreción y determinación del concepto de consumidor vulnerable en el RDL 1/2021", *Diario La Ley*, 2021, nº9858.

González Pacanowska, I: "Los Principios Lando," in *Derecho Contractual Europeo: Derecho Contractual Europeo: Problemática, Propuestas y Perspectivas*, (Bosch Capdevila, E., ed.), Bosch, Barcelona, 2009.

Gramunt Fombuena, M: "Las personas mayores como colectivo especialmente protegido en el ámbito del consumo," *Revista de Bioética y Derecho,* 2019, núm. 45.

Grochowski, M., (2020): "European Consumer Law after the New Deal: A Trypthich", *Yearbook of European Law*, vol. 39, nº1.

Grundmann, S y Hacker, P: "The Digital Dimension as a Challenge to European Contract Law – The Architecture," en VV:AA: *European Contract Law in the Digital Age*, Grundman, S. (Ed), Intersentia, Cambridge, 2018.

Helberger, N., et al.: *EU Consumer protection 2.0. Structural asymmetries in digital consumer markets*, BEUC (The European Consumer Organisation), Brussels, Marzo 2021.

Hernández Díaz-Ambrona, M.D.: "El Hipotecante No Deudor y El Consumidor En Materia de Energía Eléctrica Como Consumidores Vulnerables," *Revista Del Ministerio Fiscal,* 2017, núm.4.

Hesselink, M.W: "Unjust Conduct in the Internal Market On the Role of European Private Law in the Division of Moral Responsibility between the EU, Its Member States and Their Citizens," *Yearbook of European Law* 25, 2016, núm. 1.

Hesselink, M.W: "Post-Private Law," en Purnhagen, K, Rott, P., (Eds): *Varieties of European Economic Law and Regulation, Studies in European Economic Law and Regulation*, Springer international publishing, London, 2014.

Hesselink, M.W: "The Politics of a European Civil Code," *Europeal Law Journal*, 2004, vol. 10, núm. 6.

Hondius, E: "The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis" *Journal of Consumer Policy*, 2004, nº 27.

Hunter, J.: "The role of voluntary standards in improving outcomes for consumer in vulnerable situations" en Riefa, C, Saintier, S: *Vulnerable consumers and the law*, Routledge, Oxon, 2020.

ISO- ISO/DIS 22458, ISO/PC 311: "Draft International Standard. Consumer vulnerability-Requirement and guidelines for the design and delivery of an inclusive service", 2021.

Jourová, V: Understanding Consumer Vulnerability in the EU's key markets, Brussels, 2016.

Lando, O., y Beale, H: *Principles of European Contract Law, Parts I and II* , The Hague, Kluwer, 2000.

London Economics, VVA Consulting y Ipsos Mori consortiu (Directorate-General for Justice and Consumers of the European Commission): *Consumer vulnerability across key markets in the European Union*, Final report, enero 2016.

Loos, M.B.M *et al*, "Comparative Analysis, Law & Economics Analysis, Assessment and Development of Recommendations for Possible Future Rules on Digital Content Contracts With an Executive Summary of the Main Points", Report, Amsterdam: University of Amsterdam, Centre for the Study of European Contract Law, Repo, 2011.

Lurger, B: "The Social Side of Contract Law and the New Principle of Regard and Fairness," en VV.AA: *Towards a European Civil Code* [Hartkamp, A, Hesselink, M.W, Hondius, E, Mak, C, Du Perron, E (eds)] Kluwer Law international, Alphen aan Den Rijn, 2011.

Lurger, B: "Old and New Insights for the Protection of Consumers in European Private Law in the Wake of the Global Economic Crisis," en VV.AA: *The Foundations of European Private Law*, Hart publishing, Oxford, 2011.

Mak, C: *Fundamental Rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2008.

Mak, V: "Standards of Protection: In Search of the 'Average Consumer' of EU Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive," *TISCO Working Paper Series on Banking, Finance and Service*s, 2010, núm. 4.

Marín López, M.J: "El concepto de consumidor vulnerable en el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios," *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, 2021, núm. 37.

Micklitz, H.W: "Do Consumers and Businesses Need a New Architecture of Consumer Law? A Thought-Provoking Impulse," *EUI Working Papers LAW no* 2012/23, 2012.

Reich, N: *General Principles of EU Civil Law* ,Cambridge: Intersentia, 2013.

Riefa, C., Saintier, S.: "In search of (access to) justice for vulnerable consumers" en Riefa, C., Sainiter, S. (eds): *Vulnerable consumers and the law. Consumer protection and Access to justice*, Routledge, Oxon, 2020.

Rubio Gimeno, G: "La contratación entre cónyuges o convivientes en los pactos sobre ruptura de pareja: ¿un negocio naturalmente asimétrico?», en Serrano De Nicolás, Á (Dir): (dir.) *Nuevas perspectivas iusprivatistas a los 40 años de la*

Constitución de 1978, Marcial Pons, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, São Paulo, 2021.

Rubio Gimeno, G: "Riesgo contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias," en VV.AA: *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Gramunt Fombuena, Florensa i Tomàs, C.E (eds.), Dykinson, Madrid, 2017, p. 209."editor":[{"dropping-particle":"","family":"Gramunt Fombuena","given":"Mariló","non-dropping-particle":"","parse-names":false,"suffix":""},{"dropping-particle":"","family":"Florensa i Tomàs","given":"Carles E.","non-dropping-particle":"","parse-names":false,"suffix":""}],"id":"ITEM-1","issued":{"date-parts":[["2017"]]},"publisher":"Dykinson","publisher-place":"Madrid","title":"Riesgo contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias","type":"chapter"},"uris":["http://www.mendeley.com/documents/?uuid=b49548fe-7200-4d16-a95f-525b61a698c7"]}],"mendeley":{"formattedCitation":"Gemma RUBIO GIMENO, "Riesgo Contractual y Alteración Sobrevenida de Las Circunstancias," in Codificación y Reequilibrio de La Asimetría Negocial, ed. Mariló Gramunt Fombuena and Carles E. Florensa i Tomàs (Madrid: Dykinson, 2017

Rubio Gimeno, G (2015): *Autorregulación de la crisis de pareja (Una aproximación desde el Derecho civil catalán)*, Dykinson, Madrid, 2015.

Šajn, N: *Vulnerable Consumers*, Briefing of the European Parliament, 2021 p. 2. Lo cuestiona Kaprou, E: "The legal definition of vulnerable consumers in the UCPD: Benefits and limitations of a focus on personal", en Riefa, C, Saintier, S: *Vulnerable consumers and the law*, Routledge, Oxon, 2020.

Schulze, R., De Franceschi, A: "New Challenges and Perspectives," en AA.VV.: *Digital Revolution- New Challenges for Law*, (Schulze, R., De Franceschi, A, eds.), Nomos - C.H.Beck, Múnich, 2019.

Schulze, R., Stuyck, J: *Towards a European Contract Law*, Sellier. European Law Publishers, Munich, 2011.

Schulze, R: "Supply of digital content. A new challenge for European contract law," en VV.AA: *European Contract Law and the Digital Single Market The Implications of the Digital Revolution*, De Franceschi, A (ed.), Intersentia, Cambridge, 2017.

Schulze, R: "Nuevos Retos Para El Derecho de Contratos Europeo y Cuestiones Específicas Acerca de La Regulación Del Suministro de Contenidos Digitales," en AA.VV: *La Europeización Del Derecho Privado: Cuestiones Actuales*, (Arroyo Amayuelas, E., y Serrano de Nicolás, Á., eds.), Algete, Marcial Pons. Col·legi de Notaris de Catalunya, 2016.

SCHULZE, R: "The New Shape of European Contract Law," *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 4, 2015.

TRUJILLO VILLAMOR, E: "Reforma de la ley de consumidores: atención a los consumidores vulnerables", *Centro de Estudios de Consumo -publicaciones jurídicas*, 2021.

TWIGG-FLESNER, C: "Conformity of Goods and Digital Content/Services," en VV.AA: *El derecho privado en el nuevo paradigma digital,* ARROYO AMAYUELAS, E y CÁMARA LAPUENTE, S (eds), Marcial Pons. Col·legi de Notaris de Catalunya, Madrid, 2020.

WADDINGTON, L.: "Vulnerable and Confused: The Protection of Vulnerable Consumer under EU Law," *European Law Review,* 2013, núm. 6.

WEATHERILL, S, VOGENAUER, S and WEINGERL, P: "Private Autonomy and Protection of the Weaker Party," en AA.VV: *General Principles of Law European and Comparative Perspectives* (WEATHERILL, S., VOGENAUER, S, eds.), Hart publishing, Oxford, 2019

ZIMMERMANN, R: "The Significance of the Principles of European Contract Law," *European Review of Private Law*, Vol. 28, núm. 3, 2020, p. 495.

BLOCKACHAIN E DIRITTO DEI CONTRATTI: CRITICITÀ E PROSPETTIVE

BLOCKCHAIN AND CONTRACT LAW: CRITICAL ISSUES AND PROSPECTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 654-689

Chiara IORIO

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Il presente contributo si propone di indagare la persistente attualità delle categorie ereditate dalla tradizione civilistica con riferimento alla contrattazione "smart" nel contesto di una Blockchain.

Appurato che l'automatismo delle transazioni non può escludere l'applicazione del diritto e l'intervento regolatore dell'ordinamento, la ricerca si propone di qualificare giuridicamente lo "smart contract", verificandone la compatibilità con i concetti di "accordo" e di "adempimento". L'attenzione sarà, da ultimo, rivolta all'applicabilità dei rimedi tradizionali alle transazioni "smart".

PALABRAS CLAVE: Blockchain; smart contracts; innovazione tecnologica; intelligenza artificiale; categorie giuridiche; accordo; adempimento; rimedi.

ABSTRACT: *This essay aims at investigating whether the conceptual schemes inherited from civil law tradition are still able to be applied with reference to the automated transactions in the digital realm. The research will move from the legal qualification of the smart contracts stored on a Blockchain, and it will verify the persistent application of the legal categories of "agreement" and "fulfilment", as well as the compatibility of the traditional remedies.*

KEY WORDS: *Blockchain; smart contracts; technological innovation; artificial intelligence; legal categories; agreement; fulfilment; remedies.*

SUMARIO.- I. PER INTRODURRE: IL CYBERSPAZIO E IL "DIRITTO DEI PRIVATI".- II. BLOCKCHAIN E SMART CONTRACTS: CARATTERI ESSENZIALI.- III. IL CONTRATTO NELL'ETÀ DELLA TECNICA.- IV. L'AUTONOMA EFFETTIVITÀ DELLO SMART CONTRACT: DALLA «LEX MERCATORIA» ALLA «LEX CRYPTOGRAPHIA»?.- V. LA VIA DEI LEGISLATORI INTERNI E SOVRANAZIONALI.- VI. SMART CONTRACTS: CRITICITÀ E PROSPETTIVE.- 1. Natura giuridica dello smart legal contract.- 2. Il problema degli intermediari.- 3. Divergenza tra volontà e rappresentazione.- 4. Divergenza tra realtà e rappresentazione.- VII. QUALI RIMEDI?.– VIII. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

I. PER INTRODURRE: IL CYBERSPAZIO E IL "DIRITTO DEI PRIVATI".

In una sua densa pagina, Widar Cesarini Sforza rilevava l'esistenza di una "medesima sostanza spirituale", tanto nell'ordinamento giuridico che si identifica con la volontà normativa statuale, quanto negli altri ordinamenti che si connettono a volontà normative private[1]. A quasi un secolo di distanza, la teorizzazione di un "diritto dei privati", costituito da un complesso di norme elaborato da autorità non statali, continua ad offrire spunti per la ricostruzione del concetto di «giuridicità» anche nel contesto dell'attuale rivoluzione digitale[2].

L'a-territorialità di internet, invero, si scontra con i confini[3] spaziali del diritto tradizionale, ponendo in crisi le fondamenta della sovranità. Si consuma evidente lo iato tra la "validità" della regola – garantita dal rispetto delle procedure formali per la sua produzione – e la sua "effettività". Privata del "dove" applicativo ed esecutivo[4], la norma non è in grado di regolare la dimensione globale della rete[5].

1 Cesarini Sforza, W.: *Il diritto dei privati,* originariamente pubblicato nella *Rivista italiana di scienze giuridiche*, 1929, IV, pp. 43 ss, poi edito da Giuffrè, Milano, 1963, e da ultimo ripubblicato da Quodlibet, Macerata, 2018. Ma sulla coesistenza di una pluralità di ordinamenti, cfr. Romano, S.: *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze 1962. In arg., Orlandi, M.: "Istituzione e linguaggio", *Riv. int. fil. dir.*, 2020, n. 2, p. 301.

2 Galgano, F.: "I caratteri della giuridicità nell'epoca della globalizzazione", in AA.VV.: *Diritto, politica e realtà sociale nell'epoca della globalizzazione* (a cura di G. Torresetti), EUM, Macerata, 2008, p. 183 si interroga sulla questione, in uno scenario in cui "le autorità politiche arretrano di fronte alle autorità tecnocratiche" così producendo "un effetto sconvolgente sugli aspetti politici e giuridici degli stessi Stati".

3 Irti, N.: "Le categorie giuridiche della globalizzazione", *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 627.

4 Irti, N.: *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Ed. Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 5; Id., *L'ordine giuridico del mercato*, Ed. Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 150, rileva che "lo spazio telematico è sciolto dalla fisicità: non tanto sta oltre i confini territoriali, quanto non ha confini".

5 Sul rapporto tra globalizzazione e diritto, cfr. Patti, S.: "La globalizzazione del diritto e il contratto", *Obbl. contr.*, 2009, p. 495; Galgano, F.: "Globalizzazione dell'economia e universalità del diritto", *Pol. dir.,* 2009, p. 177; Vignola, M.: "Quale diritto nell'era della globalizzazione?", *Dir. uomo*, 2008, n. 2, p. 48; Iudica, G.: "Globalizzazione e diritto", *Contratto e impr.*, 2008, p. 867; Gambaro, A.: "Alcuni appunti sugli aspetti istituzionali della c.d. globalizzazione", *Sociologia dir.*, 2005, n. 2, p. 24; La Porta, U.: *Globalizzazione e diritto. Regole giuridiche e norme di legge nell'economia globale - Un saggio sulla libertà di scambio e i suoi limiti*, Liguori ed., Napoli, 2005; Di Ciommo, F.: "La responsabilità civile in internet. Prove di governo dell'anarchia tecnocratica", *Resp. civ.*, 2006, p. 550; Irti, N.: *Nichilismo giuridico,* Ed. Laterza, Roma-Bari, 2005, p. 22; P. Laghi, *Cyberspazio e sussidiarietà*, ESI, Napoli, 2015, spec. pp. 12 ss.

• Chiara Iorio
Assegnista di ricerca in diritto privato; Università degli Studi di Macerata, Italia
e-mail: c.iorio@unimc.it

L'ineffettività del diritto positivo favorisce la normazione spontanea della navigazione online[6]. S'impone una "Lex Informatica"[7], vale a dire una "new digital common law", costituita dalle regole tecniche e dagli standard, elaborati dalla comunità internazionale degli internauti, che rinvengono i propri limiti nella sola architettura della rete[8]. I confini tra regolazione tecnica e giuridica divengono sempre meno netti.

Il sistema piramidale delle fonti del diritto è ulteriormente scosso dall'emersione di forme di regolamentazione provenienti da "sottosistemi sociali", di matrice economica e tecnologica, dotati di poteri para-normativi e para-giurisdizionali[9], in grado di incidere sulle posizioni giuridiche soggettive dei singoli e di porsi in concorrenza con gli ordinamenti nazionali e sovranazionali. Si considerino, ad esempio, i poteri attribuiti ai motori di ricerca in relazione alle richieste di de-indicizzazione di dati immessi in rete. L'accoglimento della istanza volta a far valere il c.d. diritto all'oblio[10], come noto, passa attraverso un delicato bilanciamento degli interessi in gioco (diritto del pubblico all'informazione, da un lato, e diritto del singolo alla cancellazione di dati relativi a vicende non più attuali, dall'altro[11]), che

6 Cfr. Wright, A. e De Filippi, P.; "Decentralizes Blockchain technology and the rise of Lex Cryptographia", 2015, https://ssrn.com/abstract=2580664 or http://dx.doi.org/ 10.2139/ssrn.2580664, spec. pp. 45 ss, i quali fanno all'uopo riferimento ai sistemi di licenze (quali Free/Open Source Software) spontaneamente elaborati in rete e suscettibili di avere applicazione universale.

7 Reidenberg, J. R.: "Lex Informatica: The formulation of information policy rules through technology", *Tex. Law Review,* 1998, vol. 76, pp. 553 ss; Jhonson, D.R. e Post, D.: "Law and Borders – The rise of Law in Ciberspace"*, Stan. Law Review,* 1996, vol. 48, pp. 1367 ss.; Froomkin, M.: "The Internet as a Source of Regulatory Arbitrage", in AA.VV.: *Borders in Cyberspace* (a cura di B. Kahin e C. Nesson), MIT Press, Cambridge, 1997. Riflettono circa le fonti tramite cui regolare l'internet Rossello, C.: "La governance di Internet tra diritto statuale, autodisciplina, soft law e lex mercatoria", in AA. VV.: *Commercio elettronico* (a cura di C. Rossello, G. Finocchiaro, E. Tosi,) in *Tratt. dir. priv.* (diretto da M. Bessone), Giappichelli, Torino, 2007, vol. XXXII, p. 3 ss.; Finocchiaro, G.: "Lex mercatoria e commercio elettronico. Il diritto applicabile ai contratti conclusi su Internet", *Contr. impr.*, 2001, pp. 571 ss.

8 Finocchiaro, G.: "Lex mercatoria e commercio elettronico", cit., p. 598, la quale – con riferimento alla commistione tra regole tecniche e giuridiche nella regolamentazione della rete, fa l'esempio, nelle reti P3P, dei c.d. cookies, il cui impiego è in grado di condizionare le azioni dell'utente in rete e, quindi, l'esercizio di un diritto. Si riporta, ancora, l'esempio delle c.d. default rules, che si applicano automaticamente in mancanza di una scelta in senso contrario, con riferimento al trattamento dei contenuti, dei dati personali e dei diritti di proprietà intellettuale.

9 Si interrogano circa l'imporsi di nuove forme di autorità privata a seguito della rivoluzione tecnologica Sirena, P., Patti, F.P.: "Smart contracts and automation of private relationships", *Bocconi Legal studies research paper* N. 3662402, Luglio 2020, pp. 2 ss; in argomento, si veda anche Gambino, F.: "The Blockchain technology between the law of contemporaneity and the new power structure", in AA. VV.: *Legal technology transformation. A practical assessment*, (a cura di A. Caligiuri), Editoriale scientifica, Napoli, 2020, pp. 223 ss, il quale osserva che, nel contesto della globalizzazione giuridica e della rivoluzione tecnologica, la giuridicità appare "to be contended between conflicting powers which, through their conditioning and prescriptive nature, *de facto* assume the authoritative force of a legislator".

10 Per un inquadramento, anche dal punto di vista storico-evolutivo, del diritto all'oblio, si rinvia a Di Ciommo, F.: "Diritto alla cancellazione, diritto di limitazione del trattamento e diritto all'oblio", in AA.VV.: *I dati personali nel diritto europeo* (a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto), Giappichelli, Torino, 2019, pp. 373 ss.

11 Sulla questione, delicatissima, del bilanciamento tra le due istanze si è pronunciata più volte la giurisprudenza interna, e, da ultimo, la stessa Cassazione a Sezioni Unite, con la sentenza del 22.7.2019, n. 19681, in *Giust. Civ.*, 2019, p. 1, con nota di Finocchiaro, G.: "Le S.U: sul diritto all'oblio; in *Corriere Giur.*", 2019, p. 1195, con nota di Cuffaro, V.: "Una decisione assennata sul diritto all'oblio"; in *Foro it.*, 2019, I, p. 3071, con nota di Pardolesi, R.: "Oblio e anonimato storiografico: usque tandem...?"; in *Danno e Resp.*, 2019, p. 604 con nota di Muscillo, D.: "Oblio e divieto di lettera scarlatta"; di Bonetta, A.: "Diritto al segreto del disonore.

la Corte di Giustizia Europea, a partire dal caso "Google Spain"[12], ha demandato allo stesso service provider. Un soggetto privato è, così, onerato di un potere direttamente incidente su diritti fondamentali della persona, nell'ambito di vicende in cui egli stesso appare portatore di interessi economici[13].

Analogo potere di compressione del diritto d'espressione e della identità in rete[14] è ravvisabile in capo a Facebook, cui spetta la decisione – unilaterale, non motivata né comunicata alla controparte – circa la permanenza di contenuti e profili sulla piattaforma[15], nonché la risoluzione di eventuali ricorsi proposti dagli iscritti. L'istituzione di un sistema para-giurisdizionale è completata, da ultimo, dalla possibilità di impugnare le decisioni, rese dal social network, dinanzi ad un Comitato di controllo indipendente (ancorché nominato da Facebook), secondo vincoli procedurali e scansioni temporali precisamente individuati dal provider[16].

Tali rilievi spingerebbe ad accogliere l'opinione di chi invita a dilatare semanticamente il concetto di diritto[17], così da ricondurvi anche le regole

"Navigazione a vista" affidata ai giudici di merito", p. 614; e di Calabrese, G.: "Rievocazione storica e diritto all'oblio", p. 620.

12 Corte di Giustizia Europea, 13.5.2014 (C-131/12, *Mario Costeja González* e *AEPD* contro *Google Spain* e *Google Inc.*), in https://eur-lex.europa.eu/ legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:62012CJ0131; su cui, ex *multis*, Palmieri, A.- Pardolesi, R.: "Diritto all'oblio all'occultamento in rete: traversie dell'informazione ai tempi di Google", *Foro it*., 2014, p. 16.

13 Ciò determina, peraltro, anche il rischio di un pericoloso conflitto con l'interesse economico del motore di ricerca. Cfr. sul punto D'Alberti, D.: "Google e le nuove autorità private: la metamorfosi dal fatto al diritto", *Riv. dir. civ*., 2021, n. 4, p. 745.

14 Cfr., in tema, Trib. Bologna, 10.3.2021, in *www.dirittodiinternet.it*, che ha condannato Facebook al pagamento di 14.000 euro a titolo di risarcimento per il danno subito dall'utente a seguito dell'immotivata cancellazione del suo profilo social, rilevando che l'iscrizione al social rappresenta uno strumento di proiezione dell'identità personale degli utenti.

15 Ai sensi delle Condizioni generali di contratto (le c.d. Dichiarazione dei diritti e delle responsabilità), Facebook, nel dettaglio, si riserva il diritto di risolvere unilateralmente il rapporto laddove l'utente violi le norme di comportamento elencate – secondo una enumerazione non tassativa – all'art. 3 (non intraprendere azioni contrarie alla legge, iniziative di marketing multilivello, immettere virus, denigrare, intimidire o molestare altri utenti, pubblicare contenuti pornografici o incitanti l'odio o eccessivamente violenti o informazioni finanziarie sensibili), ovvero nel caso in cui le azioni dell'utente "non rispettano nella forma e nella sostanza la presente Dichiarazione o creano dei rischi legali per la società" (art. 14, rubricato "Risoluzione"). Tali decisioni vengono esercitate discrezionalmente, senza l'attivazione di un contraddittorio, e senza la preventiva comunicazione all'utente, il quale ne ha conoscenza soltanto al momento in cui effettui il tentativo di accesso al proprio profilo social. In tema, cfr. Perlingieri, C.: *Profili civilistici dei social networks*, ESI, Napoli, 2014, pp. 13 ss.; Astone, F.: "Il rapporto tra gestore e singolo utente: questioni generali", *AIDA*, 2011, pp. 116-117; Virga, W.: "Inadempimento di contratto e sanzioni private nei social network", *AIDA*, 2011, p. 222 ss.; Sammarco, P.: "Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d'uso dei servizi del web 2.0", *Dir. inf*., 2010, p. 634; Agnino, F.: "Fino a che punto è possibile disporre contrattualmente dei propri diritti?", *Giur. merito*, 2012, p. 2557; Pollicino, O.: "L'«autunno caldo» della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale", *Federalismi.it,* 16 ottobre 2019, n. 19, il quale discute di una "privatizzazione della giustizia digitale su scala globale". Si rinvia pure a Grandinetti, O.: "Facebook vs. CasaPound e Forza Nuova, ovvero la disattivazione di pagine social e le insidie della disciplina multilivello dei diritti fondamentali", *Medialaws,* 4 febbraio 2021, per l'analisi delle tre ordinanze con le quali il Tribunale di Roma ha censurato la disattivazione delle pagine di due associazioni di estrema destra da parte di Facebook.

16 https://oversightboard.com

17 Teubner, G.: "Ordinamenti frammentati e costituzioni sociali", in AA. VV.: *Il diritto frammentato* (a cura di A. Febbrajo, F. Gambino), Giuffré, Milano, 2013, p. 380.

autonomamente prodotte dai soggetti privati[18], qualificabili come sistemi autopoietici in grado di costituzionalizzare se stessi mediante meccanismi riflessivi[19]. Bisognerebbe, dunque, rinunciare a rincorrere l'ideale della coerenza normativa[20], per accogliere la prospettiva – meno rassicurante ma più realistica – di un pluralismo giuridico globale: una "inter-normatività" diffusa in centri ad alta specializzazione, il cui scontro – inevitabile – non può essere risolto a priori, ma richiede l'individuazione, di volta in volta, di un criterio di comunicazione e interferenza, al fine di determinare una forma di compatibilità tra gli ordinamenti. Sarebbe necessario, ancora, bilanciare l'esigenza di certezza del diritto – da intendersi come valore non assoluto, ma graduabile – a seconda delle peculiarità del caso concreto, onde assecondare la flessibilità e la rapidità del contesto sociale di riferimento[21].

Tali interrogativi si moltiplicano in relazione allo sviluppo della tecnologia Blockchain, con la quale parrebbe essere giunto al compimento un "diritto privato prodotto da privati"[22].

II. BLOCKCHAIN E SMART CONTRACTS: CARATTERI ESSENZIALI.

La Blockchain si presenta come un sistema autosufficiente e integralmente disintermediato. Si tratta di un registro – funzionale allo scambio e alla registrazione di transazioni – distribuito, condiviso tra i diversi utenti della rete (i c.d. nodi), replicabile, decentralizzato e del tutto privo di intermediari: la validazione degli scambi è, infatti, assoggettata – in modo indelebile e immodificabile – alla approvazione da parte della maggioranza dei client che partecipano alla catena[23] (i cc.dd. nodi). Il funzionamento del sistema, dunque, non riposa sulla

18 In arg., cfr. Criscuolo, F.: *L'autodisciplina: autonomia privata e sistema delle fonti*, ESI, Napoli, 2000, pp. 48 ss.; indaga i rapporti tra atti di autonomia privata e esercizio dell'autorità Del Prato, E.: *I regolamenti privati*, Giuffré, Milano 1988.

19 Teubner, G.: "Ordinamenti frammentati", cit., p. 383 afferma che i sistemi giuridici transazionali si costituzionalizzano, diventando auto-sufficienti, per mezzo di meccanismi riflessivi di produzione normativa, con tale termine intendendosi "un meccanismo che viene applicato a se stesso, come per esempio la normazione di normazione). Si assiste, dunque, alla autonoma creazione, sia di norme primarie specialistiche (vale a dire norme di diritto sostanziale in ambiti specifici), che di norme secondarie, vale a dire autonome regole per la produzione normativa, l'interpretazione e l'applicazione del diritto. Da ciò, il doppio processo di riflessività che connota i sistemi privati. Il processo di costituzionalizzazione non statale si verifica nel momento in cui i "meccanismi riflessivi di tipo sociale (che determinano i propri scopi razionali attraverso l'auto-applicazione, vengono giuridicizzati mediante il loro collegamento ai meccanismi riflessivi di tipo giuridico".

20 Teubner, G.: "Ordinamenti frammentati", cit., p. 384, parla, invero, di una "società senza vertice o un centro".

21 Di Ciommo, F.: "Civiltà tecnologica, mercato ed insicurezza: la responsabilità del diritto", *Riv. critica dir. priv.*, 2010, n. 4, p. 565, il quale richiama il concetto di "certezza del diritto graduabile" di Hart, H.: *The Concepts of Law*, Clarenon Law, Oxford, 1961.

22 Grossi, P.: "Globalizzazione, diritto, scienza giuridica", *Foro it.*, 2002, p. 196, il quale discute di una "re-privatizzazione del pianeta giuridico".

23 Per un inquadramento del meccanismo di funzionamento della *Blockchain*, anche dal punto di vista tecnico, per il momento si rinvia a Sarzana di Sant'Ippolito, F., Nicotra, M.: *Diritto della blockchain, intelligenza*

tradizionale fiducia degli utenti verso una autorità dotata di poteri di controllo, ma su un meccanismo di c.d. trustless trust, eretto sul consenso tra pari (il c.d. shared consensus) [24] e sulla efficienza garantita dall'impianto tecnologico su cui è strutturato il database.

Si consideri, a scopo esemplificativo, il bitcoin[25]. Trattasi di una moneta virtuale, alternativa a quella tradizionale, non emessa da una Banca centrale, ma estratta (c.d. mining) dai nodi di una Blockchain all'esito della risoluzione di complesse operazioni logaritmiche. Pur non potendo tecnicamente essere considerato come "moneta"[26], il bitcoin possiede un intrinseco valore di acquisto, essendo accettato su base convenzionale come mezzo di pagamento di beni e servizi. L'impiego della criptovaluta, dunque, non poggia sulla fiducia degli utenti verso l'ente centrale emittente. Esso è stimolato, piuttosto, dall'affidamento che i soggetti – in posizione di parità reciproca (c.d. sistema peer to peer) – ripongono verso l'architettura del sistema, vale a dire verso il codice informatico che ne è alla base[27]. Il consenso, in

artificiale e *IoT*, Giuffré, Milano, 2018, p. 9; Battaglini, R., Tullio Giordano, M.: *Blockchain* e *smart contract. Funzionamento, profili giuridici* e *internazionali, applicazioni pratiche*, Giuffré, Milano, 2019, p. 15; Giuliano, M.: "La blockchain e gli smart contracts nell'innovazione del diritto nel terzo millennio", *Dir. inf.*, 2018, p. 989; De Filippi, P., Wright, A.: *Blockchain and the law. The rule of code*, Harvard Univ. Press., Harvard, 2018, spec. pp. 13 ss; Fauceglia, D.: "Il problema dell'integrazione dello smart contract", *Contr.*, 2020, n. 5, p. 591.

24 I meccanismi di consenso sono molteplici. Il più noto è quello che si basa sulla c.d. "proof of work", in cui i nodi sono chiamati a risolvere una complessa operazione matematica, potendo, all'esito, validare le transazioni, aggregandole ad un blocco e quindi registrandole sulla Blockchain, e incamerando un compenso in bitcoin. In argomento, Cuccuru, P.: "Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract", *NGCC*, 2017, n. 1, p. 107. Esistono, ad ogni modo, altri meccanismi di consenso, quali la "proof of stake" o la "proof of authority", per la cui illustrazione si rinvia a Gaschi, A., Portale, V.: "La definizione di blockchain e distributed ledger", in AA. VV.: *Blockchain* e *smart contract* (a cura di R. Battaglini, M. T. Giordano), Giuffré, Milano, 2019, p. 19

25 Ideato da Nakamoto, S.: "Bitcoin: A Peer-to- Peer Electronic Cash System", 2008, in https://bitcoin.org/bitcoin.pdf.

26 Per la verità, la qualificazione giuridica di Bitcoin è assai discussa in dottrina. Contro la sua ricostruzione quale moneta va rilevato che Bitcoin assolve solo ad una delle tre funzioni tradizionalmente attribuite alla moneta, vale a dire quella di mezzo di pagamento. Non, invece, quella di «unità di conto» (essendo la criptovaluta ancora accettata da una modesta entità di utenti), né quella di riserva di valore, stante la volatilità del suo valore sul mercato (così, in giurisprudenza, Trib. Firenze 19 dicembre 2018, in *Contratti*, 2019, n. 6; in favore dell'attribuzione della natura di moneta al Bitcoin, in giurisprudenza App. Brescia, sez. I, decr. 24 ottobre 2018, in *Società*, 2019, 1, p. 26 ss). Tanto premesso, si oscilla tra la qualificazione del Bitcoin in termini di "bene immateriale" (in giurisprudenza Ta.r. Lazio del 28 gennaio 2020, n. 1077, in *giustizia-amministrativa.it*), di prodotto finanziario (in giurisprudenza, Trib. Verona 24 gennaio 2017, in *Banca, borsa* e *tit. cred*., 2017, p. 467), di documento informatico, ovvero di mezzo di pagamento: cfr., per un inquadramento complessivo e i necessari richiami di dottrina, Bocchini, R.: "Lo sviluppo della moneta virtuale: primi tentativi di inquadramento e disciplina tra prospettive economiche e giuridiche", *Dir. inf.*, 2017, p. 27; Rinaldi, G.: "Approcci normativi e qualificazione giuridica delle criptomonete", *Contr. impr.*, 2019, n. 1, p. 257; Pernice, C.: *Digital Currency* e *obbligazioni pecuniarie*, ESI, Napoli, 2018; Calzolaio, E.: "La qualificazione del bitcoin: appunti di comparazione giuridica", *Danno resp.*, 2021, n. 2, p. 188; De Stasio, V.: "Verso un concetto europeo di moneta legale: valute virtuali, monete complementari e regole di adempimento", *Banca borsa tit. cred*., 2018, p. 747; Semeraro, M.: "Moneta legale, moneta virtuale e rilevanza dei conflitti", *Riv. dir. banc*., 2019, II, p. 239; Rubino de Ritis, M.: "Obbligazioni pecuniarie in criptomoneta", *Giustiziacivile.com*, 2018.

27 Sul tema, cfr. Cian, M.: "La criptovaluta - Alle radici dell'idea giuridica di denaro attraverso la tecnologia: spunti preliminari", *Banca, borsa, tit. cred*., 2019, pp. 315 ss., il quale evidenzia che, nel sistema tradizionale, il corso fiduciario della moneta è connesso alla presenza di una entità emittente in grado di assicurare la irriproducibilità ad libitum, e, quindi, la scarsità. Nel caso delle criptovalute, che nella loro manifestazione originaria mancano di un emittente, la "funzione monetaria è assicurata allora non già dalla fiducia riposta dalla comunità dei consociati in un soggetto emittente (o dalla sovranità esercitata dallo stesso sulla comunità), ma dalla fiducia nelle modalità tecniche di un'emissione che risulta "acefala", ma predefinita".

altri termini, sta nella certezza circa la "unicità digitale"[28] della "moneta", assicurata dal sistema crittografico a chiave asimmetrica che garantisce la tracciabilità e l'immutabilità della transazione e scongiura fenomeni di c.d. double spending.

La fiducia generata dalla certezza della transazione è, del resto, alla base del meccanismo di funzionamento degli "smart contracts": protocolli informatici che, operando secondo una logica condizionalistica ("if-then"), innescano una automatica esecuzione al ricorrere di condizioni preimpostate nell'algoritmo[29].

Il contratto "smart" pone plurime questioni sotto il profilo giuridico, prime tra tutte quella della sua classificabilità secondo le categorie dogmatiche note. Va chiarito, in via preliminare, se tale protocollo, ad onta della nomenclatura, possa essere qualificato come "contratto" e, nell'affermativa, quale sia la disciplina ad esso applicabile.

III. IL CONTRATTO NELL'ETÀ DELLA TECNICA.

È facile rilevare che la storia del contratto sia, da sempre, strettamente connessa allo sviluppo tecnologico[30] e che le categorie consegnate dalla tradizione abbiano, sino ad ora, manifestato la propria tenuta, adattandosi ed assecondando le innovazioni[31].

La contrattazione di massa ha comportato il tramonto della concezione volontaristica del contratto in favore di una sua interpretazione marcatamente

28 Calzolaio, E.: "La qualificazione del bitcoin", cit., p. 188.

29 La letteratura di riferimento è copiosa. Per il momento, si rinvia a Jannsen, A.U., Patti, F.P.: "Demistificare gli smart contracts", *Orizz. dir. civ. comm.*, 2020, p. 31; Remotti, G.: "Blockchain smart contract. Un primo inquadramento", ivi, pp. 189 s.; Rampone, F.: "«Smart contract»: né «smart», né «contract», *Riv. dir. priv.*, 2020, p. 241; Cerrato, S.: "Appunti su smart contract e diritto dei contratti", *Banca borsa tit. cred.*, 2020, p. 370; Faini, F.: "Blockchain e diritto: la catena del valore tra documenti informatici, smart contracts e data protection", *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 297; Carbone, E.: "Macchine pensanti e contratti non umani", *Foro it.*, 2020, c. 240 ss.; Longobucco, F.: "Smart contract e "contratto giusto": dalla soggettività giuridica delle macchine all'oggettivazione del fatto-contratto. Il ruolo dell'interprete", *federalismi.it*; Caggiano, I.A.: "Il "Contratto" nel mondo digitale", *NGCC*, 2018, p. 1152.; Pardolesi, R., Davola, A.: "«Smart contract»: lusinghe ed equivoci dell'innovazione purchessia, *Foro it.*, 2019, c. 195; Finocchiaro, G.: "Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 441; Di Ciommo, F.: "Smart contract e (non-) diritto. Il caso dei mercati finanziari," *Nuovo diritto civile*, 2019, n. 1, 257.

30 Sul tema Musio, A.: "La storia non finita dell'evoluzione del contratto tra novità tecnologiche e conseguenti esigenze di regolazione", *NGCC*, 2021, n. 1, pp. 226 ss.

31 Di recente, riflettono sulla attualità delle "categorie" Gentili, A.: "Crisi delle categorie e crisi degli interpreti", *Riv. dir. civ.*, 2021, n. 4, p. 633; Busnelli, F. D.: "Quale futuro per le categorie del diritto civile", *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 1; Lipari, N.: *Le categorie del diritto civile,* Giuffré, Milano, 2013, p. 5; Irti, N.: "La crisi della fattispecie", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 36; Castronovo, C.: *Eclissi del diritto civile,* Giuffré, Milano, 2015, p. 13; Di Raimo, R.: "Categorie della crisi economica e crisi delle categorie civilistiche. Il consenso e il contratto nei mercati finanziari derivati", *Giust. civ.,* 2014, p. 1095; Guarnieri, A.: "Le categorie ordinanti del diritto civile (a proposito di Rodolfo Sacco, Il fatto, l'atto, il negozio)", *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 547. Ma sulla storicità e relatività delle categorie, Perlingieri, G.: "Venticinque anni della Rassegna di diritto civile e la «polemica sui concetti giuridici». Crisi e ridefinizione delle categorie", in AA.VV.: *Temi e problemi della civilistica contemporanea* (a cura di P. Perlingieri), ESI, Napoli, 2005, p. 543.

oggettivizzata[32], ma non ne ha fatto venir meno – secondo l'impostazione maggioritaria – il contenuto minimo essenziale, rappresentato dalla partecipazione volitiva del contraente[33]. Si pensi alla disciplina circa la conclusione del contratto, che – anche se concepita per regolamentare trattative affatto differenti rispetto a quelle rese possibili dallo sviluppo tecnologico – è stata pacificamente ritenuta applicabile all'acquisto mediante apparecchi automatici[34], prima, e alla negoziazione telematica[35], poi. Pur nella specificità – e nelle criticità – derivanti dall'impiego del mezzo internet, dunque, è parso agevole ricondurre anche gli accordi in rete alla dogmatica tradizionale.

L'avvento degli smart contracts parrebbe scardinare siffatta impostazione. Nel caso di contratti conclusi da algoritmi alimentati da "deep learning" (e quindi in grado di apprendere dall'esperienza dell'utente e assumere decisioni non prevedibili ex ante) la tecnologia non si limita a costituire il mezzo della contrattazione, ma integra la stessa volontà negoziale, dando vita ad un sistema

32 Circa l'evoluzione e il superamento del dogma volontaristico, Bianca, C. M.: *Diritto civile,* 3, *Il contratto*, Giuffré, Milano, 2019, p. 34; Roppo, V.: *Il contratto,* in *Tratt. dir. priv.* (a cura di G. Iudica, P. Zatti), Giuffré, Milano, 2011, p. 39.

33 Sul tema, si rinvia al noto scambio di opinioni interpretative che vide contrapposti, da un lato, Irti, N.: "Scambi senza accordo", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, pp. 347 ss., e, dall'altro, Oppo, G.: "Disumanizzazione del contratto?", *Riv. dir. civ.*, 1998, n. 1, pp. 525 ss., con successiva replica Irti, N.: "«È vero ma...» (replica a Giorgio Oppo)", *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 273 ss.; ancora in senso contrario rispetto a quest'ultima opinione, Bianca, C. M.: *Il contratto*, cit., p. 43, a seguito della quale Irti, N.: "Lo scambio di foulard (replica semiseria al Prof. Bianca)", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 601 ss., e quindi Bianca, C.M.: "Acontrattualità dei contratti di massa?", *Vita not.*, 2001, pp. 1120 ss; infine, Gazzoni, F.: "Contatto reale e contatto fisico (ovverosia l'accordo contrattuale sui trampoli)", *Riv. dir. comm. dir. gen. obbl.*, 2002, p. 655 ss.; poi anche in *Studi in onore di C.M. Bianca*, 3, Giuffré, Milano, 2006, p. 313 ss.

34 Si rinvia ai fondamentali studi di Cicu, A.: "Gli automi nel diritto privato", *Il Filangieri*, 1901, pp. 561 ss e poi in *Scritti minori*, II, Giuffré, Milano, 1965; Scialoja, A.: *L'offerta a persona indeterminata ed il contratto concluso mediante automatico*, S. Lapi ed., Città di Castello, 1902, pp. 150 ss.

35 La dottrina si è a lungo interrogata circa la formazione del contratto online, giungendo ad elaborare molteplici tassonomie classificatorie. Si distingue, più nel dettaglio, tra contratto informatico (in cui internet rappresenta unicamente il veicolo che consente la conclusione del contratto, sicché sono pacificamente applicabili le regole di cui agli artt. 1326 ss c.c.) e contratto telematico (in cui lo strumento informatico influisce sul processo di formazione dell'accordo; si pensi alla negoziazione c.d. point and click). Quest'ultima fattispecie è, poi, ulteriormente distinta in contratti telematici in senso ampio (che si caratterizzano per la prestazione di un servizio in via telematica) e in senso stretto (in cui il contratto si forma grazie agli impulsi elettronici scambiati dai terminali a distanza). Il contratto telematico pone il problema della adattabilità dei procedimenti di formazione dettati dal codice civile: Gambino, A. M.: *L'accordo telematico*, Giuffré, Milano, 1997; Delfini, F.: *Contratto telematico e commercio elettronico,* Giuffré, Milano, 2002; Follieri, F.: *Il contratto concluso in Internet*, ESI, Napoli, 2005; Franceschelli, V.: *Computer e diritto*, Maggioli ed., Rimini, 1989; Giova, S.: *La conclusione del contratto via Internet*, ESI, Napoli, 2000; Albertini, L.: "Osservazioni sulla conclusione del contratto tramite computers e sull'accettazione di un'offerta in Internet", *Giust. civ.,* 1997, p. 21; Sandulli, P.: "Analisi delle norme a tutela dell'impresa e del consumatore in materia di commercio elettronico", *Giust. civ.,* 2000, n. 5, p. 243; Perlingieri, G.: "Il contratto telematico", in AA. VV.: *Manuale di diritto dell'informatica* (a cura di D. Valentino), ESI, Napoli, 2016, p. 274; Gentili, A.: "L'inefficienza del contratto telematico", *Riv. dir. civ.*, 2000, n. 6, p. 747; Furgiuele, L.: "Contratti a conclusione telematica", in AA. VV.: *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie. I. Gli scambi* (a cura di F. Bocchini), Giappichelli, Torino, 2003, p. 172; Favale, R.: "La conclusione del contratto telematico", *Giur. merito*, 2013, p. 12; Damiani, E.: "Note in tema di conclusione del contratto mediante sistemi automatici (spunti per una rilettura delle tesi di Antonio Cicu)", *Rass. dir. civ.*, 2020, p. 757; Pennasilico, M.: "La conclusione dei contratti online tra continuità e innovazione", *Dir. inf.*, 2014, p. 805; Tosi, E.: *Contratti informatici, telematici e virtuali,* Giuffré, Milano, 2010; Scognamiglio, C.: "La conclusione e l'esecuzione del contratto telematico", in AA. VV.: *La conclusione e l'esecuzione del contratto telematico* (a cura di S. Sica, P. Stanzione), Giuffré, Milano, 2002, p. 73.

regolatorio totalmente automatizzato e apparentemente non bisognoso delle garanzie apprestate dall'ordinamento giuridico.

IV. L'AUTONOMA EFFETTIVITÀ DELLO SMART CONTRACT: DALLA «LEX MERCATORIA» ALLA «LEX CRYPTOGRAPHIA»?

L'automatismo che governa l'intera vicenda contrattuale, in effetti, parrebbe garantire autonoma effettività allo smart contract, il quale si atteggerebbe a micro-ordinamento retto dalle sole regole tecniche della programmazione e indipendente dall'applicazione di quelle legali.

L'autosufficienza del contratto intelligente emerge, anzitutto, sotto il profilo della sua interpretazione. Il carattere deterministico e unidirezionale del codice, invero, assicura la certezza circa il significato delle clausole espresse in linguaggio informatico e pone al riparo dalla ambivalenza semantica che connota il linguaggio naturale. È, così, scongiurato il rischio di contrasti – da risolvere in via giudiziale – circa l'interpretazione di una data pattuizione.

L'auto-effettività dello smart contract discende, poi (e soprattutto), dalla garanzia del puntuale ed esatto adempimento della prestazione, che non è subordinato ad un atto di cooperazione della controparte, né necessita di alcun intervento giudiziale, innescandosi automaticamente al ricorrere della condizione preimpostata dal programmatore. È, dunque, esclusa per definizione la possibilità dell'inadempimento.

Nel caso dello smart contract lanciato su Blockchain, il meccanismo di validazione temporale e l'impiego della doppia chiave asimmetrica, peraltro, certificano la provenienza delle dichiarazioni da parte di un determinato utente, nonché il momento di perfezionamento del contratto, così rendendo inutile l'intermediazione di un pubblico ufficiale che dia "pubblica fede" all'atto, attestando la veridicità dei fatti avvenuti in sua presenza[36].

Nell'ottica della autonomia del contratto smart dall'ordinamento giuridico, va pure letta la diffusione di meccanismi di c.d. ODR ("Online Dispute Resolution"), che consentono la risoluzione "on chain" di controversie sorte tra le parti di

36 Remotti, G.: "Blockchain e smart contract", cit., pp. 189 ss; sul tema del rapporto tra blockchian e funzione notarile, si rinvia a Damiani, E.: "Blockchain application in general private law: the Notarchain case", *Legal technology transformation*, cit., p. 229.

un contratto intelligente[37], tramite arbitrati su piattaforma[38], ovvero sistemi di crowdsourcing[39]. Una eventuale impugnazione, in sede giudiziale, dello smart contract – si afferma – minerebbe l'efficienza e il determinismo su cui è strutturata la Blockchain e lederebbe il sistema di fiducia che ne è alla base[40].

Torna attuale la teorizzazione del "diritto dei privati", che qui si esplica nella elaborazione della c.d. "Lex Cryptographia"[41] – evoluzione ultima della Lex Mercatoria[42] – costituita dall'insieme di regole derivanti (e amministrate) da smart contracts e da organizzazioni decentralizzate e potenzialmente anonime (le c.d. DAO). Tale regolazione, non derivando da una autorità nazionale, supera il problema dei limiti di una disciplina vincolata ai confini territoriali a fronte del "non luogo" della rete (e dei Registri Distribuiti)[43]. E tuttavia, fondandosi sul determinismo dettato dall'algoritmo, pone il quesito circa l'opportunità di una normazione caratterizzata dalla assoluta prevalenza della tecnica[44]. Quest'ultima, invero, si sottrae al canale di formazione democratica della legge, sacrificando, in nome dell'efficienza, la salvaguardia delle garanzie giuridiche e dei diritti fondamentali.

Qualora il diritto abdicasse alla propria funzione ordinante in favore della tecnica[45], si verificherebbe una inversione del rapporto tra regola e regolato, con la

37 In argomento, Schmitz, A.J., Rule, C.: "Online Dispute Resolution for Smart Contracts", *Journal of Dispute Resolution*, 2019, pp. 103 ss; Sirena, P., Patti, F. P.: "Smart contracts and automation", cit., p.4, evidenziano che tali sistemi di risoluzione delle controversie non integrano una forma di potere giudiziario, ma rappresentano il ritorno ad un passato pre-Westfalia, in cui il potere giurisdizionale non emanava dall'autorità statale, ma era un servizio privato basato sul consenso.

38 Tra cui "Sagewise" o "OpenBazar", che consentono alla parte di congelare l'esecuzione del contratto e demandare la risoluzione della questione insorta ad un arbitro anonimo: Schmitz, A. J., Rule, C.: "Online Dispute", cit., pp. 116 ss.

39 Ibidem. In questi casi la definizione della controversia è rimessa al voto (in forma anonima) di utenti che impegnano all'uopo un dato ammontare di criptovaluta, e ottengono una ricompensa economica nel caso in cui la lite sia decisa in conformità alla preferenza individualmente espressa. È questo il meccanismo di funzionamento di sistemi di ODR quali "Kleros" (su cui cfr. anche George, W.: "Why Kleros needs a native token", *Medium*, 7 giugno 2018), *Aragon* e *Jur.io*.

40 Ibidem. il registro, invero, si connota per l'evidenza di una "single version of truth for everyone, da cui discende l'esclusiva rilevanza di quanto rappresentato dal codice).

41 Wright, A., De Filippi, P.: "Decentralizes Blockchain technology", cit., spec. pp. 48 ss.

42 Il parallelo è immediato se si considera che le ragioni sottese allo sviluppo delle suddette regole consuetudinarie nel Medioevo – la necessità di assecondare la speditezza dei traffici tra i mercanti, tramite regole snelle, efficienti e quindi in grado di adattarsi a vicende non confinate entro un limite territoriale – sono tornate ad imporsi, in modo pressoché speculare, nel contesto attuale. In arg., Galgano, F.: *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Il Mulino, Bologna, 1993, p. 12.

43 Efficacemente sintetizzato nel rilievo di Burnstein, M.R.: "Conflicts on the Net: Choice of Law in Transnational Cyberspace", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1996, p. 80, per il quale "The trouble with cyberspace (. . .) is that there is no 'there', there". Il problema della necessaria territorialità del diritto ("che ha bisogno del «dove»") a fronte delle specificità della rete è al centro delle riflessioni di Irti, N.: *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Ed. Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 1 ss.

44 Il problema del "controllo" della tecnica è stato al centro delle riflessioni della dottrina americana sin dalla fine degli anni Novanta. Cfr. Lessig, L.: *The Constitution of Code: Limitations on Choice-based critiques of Cyberspace Regulation*, cit., p. 191. Si rinvia pure alle riflessioni di Finocchiaro, G.: "Lex mercatoria e commercio elettronico", cit., p. 571.

45 Si rinvia all'uopo al magistrale dialogo tra Irti, N., Severino, E.: *Dialogo su diritto e tecnica*, Ed. Laterza, Roma-Bari, 2001. Ma sul punto si veda pure Mengoni, L.: "Diritto e tecnica", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p.

conseguenza che quanto tecnicamente possibile dovrebbe ritenersi, per ciò solo, anche lecito e legalmente vincolante[46].

Una simile conclusione non appare, tuttavia, sostenibile.

Va, infatti, osservato che l'infallibilità dello smart contract conduce all'impossibilità di invertire l'esecuzione automatica, anche nel caso in cui la stessa sia contraria a buona fede, il contratto sia illecito, o sia frutto dell'abuso del contraente professionista ai danni del consumatore. L'automatismo esecutivo sarebbe idoneo a determinare, dunque, un ambito libero dall'applicazione dei principi fondamentali dell'ordinamento (primo fra tutti, quello di uguaglianza e di solidarietà[47]), interno e sovranazionale[48]. D'altra parte, va pure condiviso il monito di chi[49] rileva la necessità di discernere tra determinismo assicurato dalla tecnologia, da un lato, e la garanzia della certezza del diritto[50], dall'altro.

La ricomprensione degli smart contracts all'interno dell'ordinamento giuridico appare, dunque, funzionale a collegare al singolo atto di autonomia una qualificazione e determinati effetti giuridici. Essa assicura, poi, che la regola privata

1; Di Ciommo, F.: "Internet e crisi del diritto privato: tra globalizzazione, dematerializzazione e anonimato virtuale", *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 117; Passagnoli, G.: "Ragionamento giuridico e tutele nell'intelligenza artificiale", *Persona e mercato*, 2019, p. 79.

46 In questo senso, sarebbe inverato quanto Lessing, L. (*Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, New York, 1999), alla fine del secolo scorso, riassumeva nello slogan "Code is law".

47 Il contratto illecito, come noto, in quanto in contrasto con norme imperative di carattere proibitivo, viola i "principi giuridici ed etici fondamentali dell'ordinamento" (Cass. 23.5.1987, n. 4681, in *Giur. it.*, 1988, I, 60; Cass. 3.4.1989, n. 1613, in *Foro it.*, 1989, I, 1460). In dottrina, Galgano, F.: *Tratt. dir. civ.,* CEDAM, Padova, 2009, p. 331, per il quale il concetto di illiceità esprime una "esigenza di difesa dei valori fondamentali della società: di difesa dei valori che sono di natura collettiva, che attengono cioè alla pacifica e civile convivenza tra gli uomini e al loro progresso economico e sociale, sia di irrinunciabili valori di natura individuale, relativi alla libertà, alla dignità, alla sicurezza dei singoli". Allo stesso modo, la disciplina a tutela dei consumatori (e, più nel dettaglio, la nullità di protezione) si pone a presidio di valori fondamentali dell'ordinamento, quali "il corretto funzionamento del mercato (art. 41 cost.) e l'uguaglianza almeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 cost.) – che trascendono quelli del singolo" (Così, Cass. 17.1.2017 n. 923, in *DeJure).* La imprescindibilità dei valori menzionati, anche dal punto di vista ermeneutico, è centrale nella riflessione di Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4^ ed., ESI, Napoli, 2020, p 23 ss; Id., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, ESI, Napoli, 2005, p. 25 ss.

48 In un simile quadro, torna quanto mai attuale l'autorevole riflessione (Bianca, C. M.: *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977) sulla legittimità e i poteri delle «autorità private» e sulla correlativa esigenza – affermata dal noto studioso – di individuarne i limiti nel rispetto del diritto d'uguaglianza e nel necessario collegamento con l'ordinamento giuridico.

49 Gambino, F.: "The Blockchain technology", cit., spec. p. 226. L'A. puntualizza che "Blockchain expresses much more than the continuous succession of two facts schematized into a law. In other words, precisely by virtue of its sure and immediate functionality, this technology can be compared to causality in natural law by making almost *certain* the probability of the effects consequent to specific facts. However (…) it is the legislator who decides the *legal* consequences of our behaviours".

50 Circa il ruolo della certezza del diritto quale garanzia per i consociati, cfr. Lopez De Oñate, F.: *La certezza del diritto*, 2^ ed., Giuffré, Milano, 1968, p. 47; Corsale, M.: *La certezza del diritto*, Giuffré, Milano, 1970, p. 33; Bertea, S: "La certezza del diritto nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo", *Mat. stor. cultura giur.,* 2001, p. 131; Bobbio, N.: *Il positivismo giuridico*, Il Mulino, Bologna, 1970, p. 74; Irti, N.: "Un diritto incalcolabile", *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 11: ma sul punto, e in senso contrario, cfr. altresì Grossi, P.: "Sulla odierna "incertezza" del diritto", *Giust. civ.*, 2014, 4, p. 921. Ritiene che la "certezza del diritto" non sia un dato acquisito dell'ordinamento fondato sulla normazione per fattispecie, ma un "obiettivo" cui deve tendere l'interprete attraverso l'ancoraggio al complesso sistema e ai suoi valori normativi, Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile,* ESI, Napoli, 2015, spec. p. 36.

sia assoggettata ai valori dell'ordinamento e alla applicazione dei rimedi dallo stesso predisposti.

V. LA VIA DEI LEGISLATORI INTERNI E SOVRANAZIONALI.

La necessità di raccordare l'innovazione tecnologica con il sistema giuridico è avvertita dalla stessa Unione Europea. È noto che, già da tempo – con le Risoluzioni del 3 ottobre 2018[51] e del 13 dicembre 2018[52] – il Parlamento ha puntualizzato la necessità di "creare fiducia attraverso la disintermediazione", evidenziando criticità e potenzialità derivanti dalla diffusione delle DLT e degli smart contracts. Più di recente, con la Risoluzione del 20 ottobre 2020 (recante raccomandazioni alla Commissione riguardo alla legge sui servizi digitali)[53], il Parlamento ha stigmatizzato il diffuso impiego di tali strumenti in assenza di un "adeguato quadro giuridico", per la derivante "incertezza in merito alla legittimità di tali contratti e alla loro applicabilità in situazioni transfrontaliere". Da ciò, l'invito, rivolto alla Commissione, a fornire "orientamenti atti a garantire la certezza del diritto per le imprese e i consumatori", con specifico riferimento – tra gli altri – alla garanzia "di un adeguato equilibrio e parità tra le parti dei contratti intelligenti", onde tutelare la parte più debole e scongiurare accordi di cartello, anche mediante la predisposizione di misure atte ad assicurare la sospensione o l'inversione dell'esecuzione automatica dell'accordo. Si è, altresì, evidenziata l'opportunità di aggiornare la Direttiva 2011/83/UE, al fine di chiarire se i contratti intelligenti rientrino nell'eccezione di cui all'art. 3, paragrafo 3, lett. i) e definire requisiti di certificazione notarile e modalità per l'esperimento del diritto di recesso.

La necessità di raccordare la diffusione delle DLT con il sistema giuridico aveva, del resto, spinto taluni legislatori interni già da tempo a disciplinare la tecnologia in esame.

Nel nostro ordinamento, l'art. 8-*ter* della L. 12/19 – di conversione del D.L. 135/18 (c.d. Decreto Semplificazioni) – definisce, al suo primo comma, le "Tecnologie basate sui registri distribuiti" come quelle "tecnologie e protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturalmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia, verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili". Il secondo comma, poi, qualifica

51 "Risoluzione del Parlamento europeo del 3 ottobre 2018 sulle tecnologie di registro distribuito e blockchain: creare fiducia attraverso la disintermediazione" (2017/2772(RSP)).

52 "Risoluzione del Parlamento europeo del 13 dicembre 2018 sulla blockchain: una politica commerciale lungimirante" (2018/2085(INI)).

53 Su cui, Maugeri, M.: *Smart contracts e disciplina dei contratti*, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 41.

lo smart contract come "un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse". Si precisa che "gli smart contracts soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia Digitale con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto".

Tale formulazione si presta a più di un rilievo critico, anche volendo prescindere dalla (discussa) opportunità di un provvedimento di carattere definitorio in materia (in quanto in contrasto con il principio di neutralità tecnologica[54]), ovvero dalla mancata pubblicazione, allo stato attuale, delle linee guida da parte dell'Agenzia per l'Italia Digitale. Emergono, infatti, imprecisioni terminologiche e concettuali, tanto con riguardo al carattere di inalterabilità attribuito ai Registri Distribuiti (peculiarità che, a rigore, è propria solo delle Blockchains[55]), quanto con riferimento al meccanismo di conclusione dello smart contract[56], o ai suoi requisiti di forma[57].

Maggiormente completa appare la regolamentazione adottata dalla Repubblica di Malta, che – accogliendo le indicazioni di parte della dottrina – distingue, anzitutto, tra smart contract in senso informatico (definito come un "protocollo informatico") e in senso giuridico, per tale intendendosi l'accordo concluso "in tutto o in parte in forma elettronica" e "automatizzabile e applicabile mediante

54 In argomento, Finocchiaro, G.: "Intelligenza Artificiale e protezione dei dati personali", *Giur. it*., 2019, pp. 1670 ss.

55 Bellomia, V.: "Il contratto intelligente: questioni di diritto civile", *www.judicium.it*, p. 4, la quale insiste su ulteriori profili critici riguardanti requisiti tecnici. Si rinvia al contributo in parola per approfondimenti e per gli opportuni richiami bibliografici.

56 Il secondo comma è sembrato a molti non chiaro, nella parte in cui, prescrivendo che "l'esecuzione (n.d.r. dello smart contract) vincola automaticamente le parti", parrebbe collegare la nascita del vincolo all'adempimento della prestazione. Il che ha indotto taluno a ritenere che la norma abbia introdotto un tertium genus di conclusione del contratto, alternativo al modello consensualistico e alla traditio dei contratti reali (Come ritiene Nicotra, M.: "L'Italia prova a normare gli smart contracts, ecco come: pro e contro", *www.agendadigitale.eu/documenti/litalia*, 14 gennaio 2019); a detta di altri il termine "esecuzione" andrebbe qui inteso come traduzione dell'inglese "to run" (vale a dire avvio del programma informatico) sicché la registrazione nell'elaboratore costituirebbe il momento di nascita del vincolo (Cfr. De Caria, R.: "The Legal Meaning of Smart Contracts", *European Review of Private Law*, 2019, 731).

57 L'ultimo periodo del secondo comma, collegando il rispetto del requisito formale all'osservanza della procedura prevista dalle emanande Linee guida, appare malamente coordinato con il Codice per l'amministrazione digitale (su questo punto insiste Finocchiaro, G.: "Intelligenza Artificiale e protezione dei dati personali", cit., p. 1670). Rispettando i requisiti posti dall'art. 1 CAD, invero, lo smart contract può senz'altro essere qualificato come documento informatico e, in quanto tale, soddisfa il requisito della forma scritta (ed ha quindi l'efficacia probatoria di cui all'art. 2702 c.c.), nel caso in cui vi sia apposta una firma digitale, o diverso tipo di firma elettronica (anche avanzata), ai sensi di quanto previsto dall'art. 71 CAD. Delle due l'una: o la disposizione di cui all'art. 8-ter è da ritenersi pleonastica (Come hanno ritenuto Parola, L.- Merati, P., Gavotti, G.: "Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte", *Contratti*, 2018, 685) ovvero, a voler restituire un significato autonomo alla disposizione, bisognerebbe dedurre che il legislatore abbia inteso demandare alle Linee guida la previsione di requisiti aggiuntivi in tema di smart contract. In tale ultima accezione, dovrebbe concludersi che il contratto intelligente non potrebbe mai integrare il requisito della forma scritta, se non adottato in conformità alle linee guida dell'AgID. Di talché, allo stato attuale, mancando ancora tale intervento dell'agenzia, gli smart contract non sarebbero idonei a soddisfare il requisito formale (Cfr., Bellomia, V.: "Il contratto intelligente", cit., p. 3).

un codice informatico", se del caso in seguito a "input e controllo umano"[58]. Al fine di chiarire ogni equivoco circa l'autonomia del sistema DLT, tale regolazione specifica che i contratti intelligenti possono essere "anche eseguibili mediante metodi giuridici ordinari o in combinazione di entrambi".

Anche negli Stati Uniti[59] diversi ordinamenti hanno regolamentato la tecnologia in parola, attribuendo (come la California[60] o il Tennessee[61]) ai documenti inseriti su Blockchain la qualificazione di "electronic records" (vale a dire documenti elettronici) ai sensi della disciplina dettata dall'UETA, ovvero (come nel caso del Nevada[62] e Ohio[63]) specificando che le firme elettroniche o gli smart contract registrati su Blockchain sono da considerarsi come giuridicamente vincolanti, o ancora (come in Arizona[64]) prevedendo che al contratto non possa essere negata efficacia giuridica solo perché espresso, anche parzialmente, in uno smart contract[65].

VI. SMART CONTRACTS: CRITICITÀ E PROSPETTIVE.

Nel paragrafo precedente si è osservato come il nostro ordinamento abbia percorso la via della regolamentazione delle Tecnologie basate sui Registri Distribuiti. Ne è derivata una disciplina alquanto controversa, in cui il linguaggio prettamente informatico prevale su quello giuridico, ingenerando molteplici interrogativi per l'interprete. Lo smart contract, invero, non è qualificato come "contratto", o "accordo", ma – tecnicamente – come un "programma per elaboratore". Se dal piano definitorio si passa a quello del funzionamento le ambiguità non diminuiscono, posto che la formulazione legislativa non evoca il concetto di "adempimento", prevedendo che il contratto smart "opera" e si "esegue automaticamente", laddove quest'ultima espressione (appartenente, ancora, al lessico informatico) farebbe riferimento – secondo l'opinione dei più – alla "iscrizione" del codice nel Registro Distribuito.

58 Act XXX of 2018, "Innovative Technology Arrangements and Services Act", all'art. 2 dà pure una definizione della DLT come "a database system in which information is recorded, consensually shared, and synchronised across a network of multiple nodes".
In argomento, Rinaldi, G.: "Smart contract: meccanizzazione del contratto nel paradigma della blockchain", AA.VV.: *Diritto e intelligenza artificiale* (a cura di G. Alpa), Pacini ed., Pisa, 2020, p. 343.

59 In argomento, Stazi, A.: *Automazione contrattuale e "contratti intelligenti. Gli smart contracts nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 129.

60 *Cal. AB 2658*; Nev. Rev. Stat. Ann. § 719.090.

61 *Tenn. Code. Ann.* § 47-10-202 (26 marzo 2018).

62 *Nev. Rev. Stat. Ann.* § 719.09.0.

63 *Ohio. Rev. Cod. Ann.* § 1306.01 (G).

64 *Ariz. Rev. Stat. Ann.* § 44-7061 (2018).

65 Per un commento alla disciplina, cfr. Maugeri, M.: *Smart contract e disciplina dei contratti*, cit., pp 39 ss.

Ciononostante, la locuzione "predeterminati dalle parti" e il verbo "vincola", evocando un sostrato volontaristico, sembrerebbero ricondurre il programma informatico in una dimensione contrattuale. Non è chiaro, tuttavia, se l'accordo, nell'intenzione del legislatore, coincida con lo smart contract, o sia dallo stesso presupposto.

A fronte del silenzio della legge, le categorie civilistiche tradizionali – prime tra tutte quelle, appunto, di "accordo" e di "adempimento" – sono compatibili con la contrattazione algoritmica? E, in caso affermativo, come coniugare i requisiti tecnici del programma con quelli per la sua validità in senso giuridico? E quali i rimedi applicabili a fronte di vizi dello smart contract?

Nei paragrafi che seguono verranno indirizzati tali problemi, con specifico riferimento ai contratti smart lanciati su Blockchain, i quali realizzano la completa automazione e cristallizzazione della vicenda contrattuale (dalla formazione alla esecuzione). Sicché, se pare indubitabile che lo smart contract possa esistere anche all'esterno di un Registro Distribuito[66], il suo inserimento sul Database ne amplifica le potenzialità d'impiego, suscitando – pertanto – anche maggiore interesse sotto il profilo della speculazione dottrinale[67].

1. Natura giuridica dello smart legal contract.

Considerata la multiforme fenomenologia dello smart contract, appare possibile operare una prima partizione, a seconda che il protocollo informatico si limiti ad eseguire "i termini di un contratto", ovvero incorpori esso stesso la volontà contrattuale. Nel primo senso – quello più vicino alle intenzioni del suo ideatore[68] – lo smart contract non costituisce un contratto in senso proprio, ma lo presuppone, configurandosi quale mezzo per l'esecuzione dell'accordo già perfezionatosi. Si pensi alla previsione, in seno ad un contratto di assicurazione per i danni causati dalla circolazione del proprio veicolo, di un protocollo informatico in grado di attivarsi al momento in cui dovesse verificarsi un sinistro stradale[69]; si consideri, ancora, nel caso di acquisto di un biglietto aereo, la predisposizione di

66 Lo evidenzia diffusamente Di Ciommo, F.: "Smart contract e (non-) diritto", cit., pp. 257 ss.

67 Lo chiarisce bene Stazi, A.: *Automazione contrattuale e "contratti intelligenti,* cit., p. 120; cfr. anche Bellomia, V.: "Il contratto intelligente", cit., p. 6.

68 Szabo, N.: "Smart contract", 1994, in *https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html,* descrive lo smart contract un protocollo informatico "che esegue i termini di un contratto": un software, dunque, che incorpora obbligazioni contrattuali, al fine di garantirne l'auto-esecuzione, ovvero di attivare rimedi automatizzati nell'ipotesi di inadempimento.

69 Indaga le applicazioni degli smart contracts nel settore assicurativo e finanziario Battelli, E.: "Le nuove frontiere dell'automatizzazione contrattuale tra codici algoritmici e big data: gli smart contracts in ambito assicurativo, bancario e finanziario", *Giust. civ.,* 2020, 4, pp. 681 ss.

un codice che, ricorrendo un ritardo aereo o la cancellazione del volo, indennizzi automaticamente il viaggiatore, ai sensi del Reg. UE 261/2004[70].

Venendo alla seconda ipotesi, può ulteriormente distinguersi, a seconda che lo smart contract sia il risultato della negoziazione, condotta dalle parti, tramite il linguaggio della programmazione, ovvero sia il frutto di una determinazione integralmente algoritmica.

Nella prima fattispecie lo smart contract rappresenta il documento informatico[71] attraverso il quale le parti esprimono il proprio intento di vincolarsi ad una esecuzione automatica: non viene meno, dunque, l'accordo, come tradizionalmente inteso. Il problema circa l'identificabilità della parte – non percepibile nel registro, essendo ciascuno individuato mediante una stringa crittografica di lettere e numeri – potrebbe essere superato de iure condendo attraverso la predisposizione, da parte della piattaforma, di strumenti che consentano l'identificazione degli utenti[72].

Diverso è il caso in cui le parti demandino ad un algoritmo, alimentato da tecnologia self-learning, la scelta dell'an e del quomodo della contrattazione. Quid iuris se l'algoritmo assuma delle decisioni imprevedibili, non riconducibili alle direttive preimpostate dall'utente?

Non pare all'uopo convincente, né peraltro necessario al fine di imputare il contratto all'agente umano che si sia avvalso dell'algoritmo, il riferimento all'istituto della rappresentanza. Da un lato, infatti, quest'ultima presuppone la necessaria capacità naturale del rappresentante, che non sembrerebbe – nonostante talune suggestioni di autorevole dottrina[73] e le proiezioni del Parlamento europeo[74] –

70 In argomento, Janssen, A. U., Patti, F.P.: "Demistificare gli smart contracts", cit. pp. 31 ss.

71 L'art. 1, comma 1, CAD, definisce il documento informatico come il "documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti"; il documento elettronico, ai sensi del Reg.eIDAS n. 910/2014 è "qualsiasi contenuto conservato in forma elettronica, in particolare testo o registrazione sonora, visiva o audiovisiva". Circa l'idoneità dello smart contract a soddisfare il requisito della forma scritta, si rinvia a Bellomia, V.: "Il contratto intelligente", cit., p. 6.

72 Stazi, A.: *Automazione contrattuale* e *"contratti intelligenti,* cit., p. 144.

73 Si veda la suggestiva proposta di Teubner, G.: *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, ESI, Napoli, 2019, spec. pp. 125 ss, il quale ipotizza l'attribuzione ai robot di una capacità giuridica parziale. Ma si consideri pure Benedetti, A. M.: "Contratto, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari", *Riv. dir. civ.*, 2021, 3, pp. 411 ss., il quale parla di "rappresentanza robotica". Secondo l'A., se il robot sceglie (sulla base del programma impostato dalle parti), non sarebbe peregrino il riconoscimento, in capo a lui, di una capacità di intendere e di volere; agirebbe come fosse un rappresentante, le cui scelte dovrebbero produrre effetti in capo agli utenti che ne hanno programmato l'azione.

74 Il Parlamento europeo, con una risoluzione del novembre 2017 [Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL))], ha evidenziato come il fatto che i robot svilupperanno, al massimo nei prossimi 10-15 anni, «capacità di apprendere dall'esperienza e di prendere decisioni quasi indipendenti» renda insoddisfacente la loro qualificazione alla stregua di «meri strumenti nelle mani di altri attori» (fabbricante, l'operatore, il proprietario, l'utilizzatore, ecc.); si tratterebbe piuttosto di "agenti" in grado di alterare l'ambiente in cui operano. Si prospetta la necessità della presenza di una "scatola nera", che «registri i dati su ogni operazione effettuata dalla macchina, compresi i passaggi logici che hanno contribuito alle sue decisioni», rendendo sempre possibile «ricondurre i calcoli di un sistema di intelligenza artificiale a

allo stato ipotizzabile con riguardo all'algoritmo[75]. Dall'altro lato, la circostanza che sia pur sempre l'uomo a programmare il software (stabilendo le condizioni della contrattazione) salvaguarda la partecipazione volitiva della parte, così assicurando l'esistenza del sostrato minimo per la configurabilità di un accordo in senso proprio[76].

Quest'ultimo si colloca, più precisamente, a monte della conclusione algoritmica del contratto intelligente, consistendo nell'intesa (id est nell'accordo configurativo di tipo normativo[77]) con cui le parti concordano di avvalersi della contrattazione "intelligente".

Una simile conclusione è suggerita pure dalla formulazione del nostro articolo 8-*ter* L. 12/19 che – come si accennava – menzionando gli "effetti «predeterminati» dalle parti", evoca la sussistenza di un accordo (sottinteso nel participio "predeterminati"), a monte; la precisazione che l'esecuzione "vincola automaticamente le parti" va – quindi – intesa nel senso (non informatico, ma giuridico) che l'adempimento è innescato senza la necessità di alcun intervento umano e secondo le istruzioni programmate dai contraenti. Non sembra, dunque, che il legislatore abbia introdotto deroghe al meccanismo di formazione del contratto. Sicché lo smart contract potrà essere concluso – proprio come autorevole dottrina già rilevava con riferimento ai contratti cibernetici[78] – tramite lo schema ordinario ex art. 1326[79], ovvero mediante inizio di esecuzione, come previsto dall'art. 1327 c.c.[80]

una forma comprensibile per l'uomo», per identificare quali, tra uomini e macchine siano da considerare «responsabili in ultima istanza». Si giunge, cosí, a valutare l'attribuzione della "personalità elettronica" alla macchina.

75 Contraria alla configurazione della rappresentanza è Finocchiaro, G.: "Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale", cit., p. 445.

76 Sulla nozione di "accordo", *ex multis*, Di Majo, A.; "Accordo contrattuale e dintorni", in AA.VV.: *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, I, ESI, Napoli, 2006, p. 570; Del Prato, E.; *Requisiti del contratto. Art. 1325 c.c..*, in *Il Codice Commentario* Schlesinger, Giuffré, Milano, 2013, p. 45; Santoro Passarelli, F.: *Dottrine generali*, p. 135; Galgano, F.: *Il contratto*, CEDAM, Padova, 2020, p. 121; Scognamiglio, R.: *Dei contratti in generale,* in *Commentario al c.c.* Scialoja-Branca, Zanichelli ed., Bologna-Roma, 1970; p. 66; Bianca, C. M.: *Il contratto*, cit., p. 320; Roppo, V.: *Il contratto*, cit., p. 316.

77 Così, Benedetti, A. M.: "Contratto, algoritmi", cit., p. 415. Ma cfr. anche Finocchiaro, G.: "Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale", cit., p. 441, la quale si domanda, proprio in ragione della non sempre determinabilità ex ante del contenuto de contratto concluso dall'algoritmo, se si tratti di volontà in senso stretto e anticipatamente dichiarata, ovvero di un sistema di assunzione del rischio.

78 Clarizia, R.: "I contratti e l'informatica", in AA.VV.: *I contratti informatici* (a cura di R. Clarizia), UTET, Torino, 2007, p. 19, sostiene – con riferimento ai contratti informatici – che non si assista alla "morte della negoziazione", ma solo ad un suo diverso atteggiarsi, in conseguenza della peculiarità del fenomeno informatico.

79 Stazi, A.: *Automazione contrattuale* e *"contratti intelligenti*, pp. 146 ss; Finocchiaro, G., Bomprezzi, C.: "A legal analysis of the use of blockchain technology for the formation of smart legal contracts", *MediaLaws – Riv. di diritto dei media*, 2020, p. 117.

80 Stazi, A.: *Automazione contrattuale* e *"contratti intelligenti*, cit., pp. 149, sottolinea che la conclusione mediante esecuzione possa configurarsi nel caso del caricamento di un bene digitale (come una criptovaluta) o una rappresentazione digitale di un bene offline. In senso contrario al perfezionamento dello smart contract ex art. 1327, Cerrato, S.: *Appunti*, cit., p. 392.

2. Il problema degli intermediari.

Chiarita la riconducibilità dello smart contract nell'ambito della categoria contrattuale, vanno evidenziate ulteriori criticità insite nella contrattazione algoritmica.

Si consideri, anzitutto, il problema della "lingua"[81]. Come intuitivo, l'univocità semantica del linguaggio informatico, se scongiura contrasti interpretativi, non consente l'inserimento di clausole generali, e/o concetti elastici, i quali rimandano ad un criterio di valutazione non traducibile sotto forma del codice[82]. Ciò fa sì che, perlomeno allo stato attuale, lo smart contract non sia suscettibile di essere impiegato per operazioni economiche complesse, sicché solo parte del regolamento contrattuale è, nei fatti, automatizzabile tramite algoritmo.

In secondo luogo, la difficile comprensibilità – per l'utente-tipo – del linguaggio informatico reca con sé una contraddizione e un problema applicativo.

Sotto il primo profilo, il necessario intervento di un tecnico – indispensabile per tradurre i termini dell'accordo in codice – rischia di reintrodurre un elemento di intermediazione in una vicenda la cui specificità dichiarata consiste proprio nell'attuazione di una integrale disintermediazione. Quest'ultima è ulteriormente intaccata dal ricorso – anch'esso indefettibile – agli "oracoli", i quali trasmettono dal mondo "offchain" le informazioni relative all'avveramento delle condizioni previste, al fine di innescare l'esecuzione automatica dello smart contract.

La duplice intermediazione mina la pretesa autonomia del sistema Blockchain, introducendo il problema relativo alla rilevanza, o meno, dei vizi della volontà, ovvero delle divergenze tra sistema legale e sistema informatico.

Si consideri l'ipotesi dell'errore degli intermediari, il quale può rilevare: (a) nel caso in cui il tecnico traduca malamente in codice l'intento della parte, la quale si troverà vincolata ad un accordo difforme da quello che la stessa si è rappresentata; (b) nel caso in cui l'oracolo erri.

Ne discende un duplice interrogativo: quello se elementi di carattere soggettivo (quali una erronea formazione della volontà) possano avere rilievo in un sistema (quello dei Registri Distribuiti) basato sulla fiducia delle parti su quanto reso manifesto dal codice, ovverosia su quanto appare oggettivamente nella Blockchain;

81 Ciascuno dei benefici derivanti dall'impiego del contratto intelligente (evidenziati al par. n. 2), in effetti, reca con sé contraddizioni che smentiscono l'idoneità dello stesso a porsi come fonte di un ordinamento autosufficiente e dotato di autonoma effettività.

82 Cuccuru, P.: "Blockchain ed automazione contrattuale", cit., pp. 107 ss.

nonché quello di come regolare la divergenza tra la realtà del mondo fenomenico e quella cristallizzata nel Registro distribuito.

Temi classici della teoria generale del diritto – quello delle divergenze tra stato di fatto e stato di diritto, nonché tra volontà e rappresentazione – si ripropongono all'interprete in un contesto del tutto innovativo, chiedendo delle soluzioni che possano coniugare il rispetto dei principi generali dell'ordinamento con le specificità del sistema DLT.

3. Divergenza tra volontà e rappresentazione.

Va indagata, anzitutto, la possibilità di invalidare lo smart contract nel caso, cui si è fatto cenno, della infedele codificazione del protocollo informatico da parte del tecnico.

La questione può essere agilmente risolta tramite il ricorso ai principi generali: nel bilanciamento tra la tutela del contraente errante, da un lato, e tutela dell'affidamento della controparte circa il significato obiettivo del codice, dall'altro, le specificità della blockchain conducono alla prevalenza di quest'ultima. Più in particolare, il soggetto che immetta nel database una dichiarazione negoziale impiegando il linguaggio del codice ne risulterà vincolato in base al principio di autoresponsabilità[83], la cui applicazione è massimizzata proprio nel contesto informatico. Il legislatore, del resto, ha già espresso l'intento di responsabilizzare gli utenti che scelgano di far uso della tecnologia: si pensi, ad esempio, all'art. 32 C.A.D., che grava il titolare del dispositivo di firma elettronica e il certificatore di obblighi e responsabilità per i danni provocati a terzi dalla custodia e dall'utilizzo della firma[84].

Resta, come ovvio, ferma la responsabilità (contrattuale) del tecnico verso il contraente "smart", così come sono fatte salve le eventuali ipotesi di decettività del comportamento dell'altra parte[85].

83 In base a tale principio "chi pone in essere un'attività negoziale è responsabile non soltanto per le conseguenze dannose direttamente ad essa collegate, ma anche per le altre, ad essa solo indirettamente riferibili, anzi il più delle volte dipendenti dalla natura dei mezzi e delle modalità di espressione della volontà negoziale, più che dal contenuto stesso di siffatta manifestazione". Così, Clarizia, R., "I contratti e l'informatica", cit., p. 16. L'A. evidenzia che tale principio generale muta in parte la propria fisionomia quando la materia negoziale si avvale dell'informatica: in questo caso, invero, "il soggetto assume tutti i rischi e le responsabilità inerenti a quella attività nel suo insieme e riguardo alle sue singole fasi, senza potersi esonerare eccependo di non aver avuto conoscenza né consapevolezza delle conseguenze derivanti da quella attività". Circa il fondamento e i limiti del principio di autoresponsabilità, e il suo necessario rapporto con la tutela dell'affidamento, cfr. Bianca, C. M.: *Il contratto*, cit., p. 23.

84 Clarizia, R.: "I contratti e l'informatica", cit., p. 8.

85 Maugeri, M.: *Smart contract*, cit., p. 61.

Il contratto intelligente sarà, infine, regolarmente annullabile nel caso in cui l'errore dovesse risultare riconoscibile alla controparte, oltre che essenziale, secondo la disciplina codicistica[86].

4. Divergenza tra realtà e rappresentazione.

Analogo problema riguarda il caso dello smart contract concluso dal minore. Anche in questo caso la conformazione della Blockchain, in cui non si relazionano persone ma stringhe alfanumeriche, fa sì che la dichiarazione vada intesa per come la stessa di manifesta, nel suo significato obiettivo[87], con conseguente irrilevanza delle eventuali incapacità negoziali.

La questione, in effetti, non è nuova, essendosi già posta – in termini sostanzialmente assimilabili – con riferimento alla contrattazione telematica: anche in questo caso, l'assenza di un incontro tra persone reali ha condotto da tempo la dottrina a prospettare una più intensa tutela dell'affidamento[88], con conseguente impossibilità di invalidare il contratto concluso dall'incapace online. Come nel caso del contratto telematico, allora, anche nello smart contract concluso onchain "ciò appare deve considerarsi reale" [89].

Una discrepanza tra realtà (del mondo fenomenico) e rappresentazione (sul Database) si verifica pure nel caso in cui l'oracolo erri, in ipotesi comunicando l'avvenimento di un presupposto di fatto in realtà non accaduto, e così innescando l'automatica esecuzione, o conclusione, dello smart contract.

86 Circa il significato della "riconoscibilità dell'errore", cfr. Cataudella, A.: *I contratti. Parte generale,* Giappichelli, Torino, 2019, p. 104; Pietrobon, V.: *Errore, volontà, affidamento*, CEDAM, Padova, 1990, p. 165; Sacco, R.: *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano* (diretto da F. Vassalli) VI, 2, UTET, Torino, 1975, p. 517; Del Prato, E.: "Le annullabilità", in *Trattato del contratto*, *Rimedi* (a cura di A. Gentili), Giuffré, Milano, 2006, p. 262; Gentili, A.: "L'annullabilità", in AA.VV.: *I contratti in generale* (a cura di E. Gabrielli) II, UTET, Torino, 1999 p. 1609; Santoro Passarelli, F.: *Dottrine generali*, cit., p. 162; Barcellona, P.: *Profili dell'errore nel negozio giuridico*, Giuffré, Milano, 1962, pp. 88 ss.

87 Sulla teoria della dichiarazione, Roppo, V.: *Il contratto,* cit., p. 40.

88 Nardi, S: "Accordo concluso online dal minore d'età", *www.comparazioneedirittocivile.it*, gennaio 2019.

89 Ibidem. In effetti, la divergenza tra la verità del mondo fenomenico e quella rappresentata in Blockchain evoca il presupposto di fatto alla base dell'operatività del principio dell'apparenza del diritto. Quest'ultimo, nella sua essenza, rimanda ad un quid relazionale: è "l'apparire dell'irreale come reale dentro un campo di pubblica esperienza, in virtù di rapporti socialmente riconosciuti di significazione non simbolica" (Così, Falzea, A.: voce *Apparenza*, in *Enc. dir.*, II, Giuffré, Milano, 1958, p. 682; ma cfr. pure Bessone, M., Di Paolo, M.: voce *Apparenza*, in *Enc. giur.*, II, 1988, Giuffré, Milano, p. 1; Sacco, R.: voce *Apparenza*, in *Digesto disc. priv. - Sez. civile*, I, UTET, Torino, 1987, p. 357; Galgano, F., Visintini, G.: *Effetti del contratto -Rappresentanza - Contratto per persona da nominare*, in *Commentario c.c. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Roma-Bologna, 1993, p. 222; Cassano, G.: "L'apparenza del diritto fra dottrina e giurisprudenza: la rappresentanza apparente", *Contr.,* 2003, p. 72 ss.; Rajneri, E.: "Il principio dell'apparenza giuridica", *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 311; Pecciantı, R.: "Riflessioni sull'apparenza giuridica nella rappresentanza", *Rass. dir. civ.*, 1993, p. 774). È altrettanto noto che tale principio richiede che, al di là delle ipotesi tipiche, la rappresentazione apparente sia imputabile (c.d. apparenza colposa) al soggetto che la subisce. Tale requisito è senz'altro presente nel caso in esame, in cui la conclusione del contratto smart da parte del minore consegue ad una negligenza del genitore, che ha reso accessibili al minore le chiavi d'accesso al database e, se del caso, al proprio conto corrente online. Ciò conduce a tutelare l'affidamento del terzo (in buona fede) sulla effettività della situazione apparente, sicché non dovrebbero residuare spazi per l'annullamento del contratto.

Si pensi all'erronea trasmissione circa il ritardo di un volo, che determini il contestuale accredito dell'indennizzo previsto dal Reg. 261/2004. In tale caso, invero, si assisterebbe alla immutabile e irreversibile esecuzione, nel Registro Distribuito, di una prestazione basata su un elemento inesistente nel mondo reale: da ciò, per l'appunto, ancora una divergenza tra la realtà e la sua rappresentazione, fronteggiabile con l'esperimento del solo rimedio restitutorio.

Diverso è il caso in cui l'oracolo erri nel comunicare l'avvenuta realizzazione di un presupposto cui le parti avevano rimesso la conclusione del contratto. Fattispecie, questa, che – riguardando il perfezionamento di un accordo sulla base di un presupposto di fatto non esistente – richiama l'istituto della presupposizione[90], che dovrebbe condurre alla risoluzione dello smart contract[91].

Si giunge, per tale via, alla questione più spinosa: quella della compatibilità dei rimedi tradizionali, pensati con riferimento all'agire umano[92], con l'immutabilità del sistema Blockchain.

VII. QUALI RIMEDI?

L'automatismo esecutivo dello smart contract determina, anzitutto, la non esperibilità di qualsivoglia forma di autotutela in via d'eccezione. Si generalizza, in

90 Tale istituto si configura nel caso in cui le parti diano "per certe determinate situazioni – passate, presenti o future – alle quali fanno riferimento e sulle quali fondano, in tutto o in parte, l'assetto di interessi dettato col contratto": così. Cataudella, A.: *Il contratto*, cit., p. 169. In argomento, Branca, G.: "Considerazioni pratiche sulla presupposizione", *Foro it*., 1962, I, c. 239; Stolfi, G.: "Il principio di buona fede", in *Prolusioni*, CEDAM, Padova, 1979, p. 203; Scognamiglio, C.: *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, CEDAM, Padova, 1992, p. 256; Rodotà, S.: *Le fonti di integrazione del contratto,* Giuffré, Milano, 2004, p. 214; Caccavale, C.: *Giustizia del contratto e presupposizione,* Giappichelli, Torino, 2005, p. 10.

91 La presupposizione "rimane una figura densa di ambiguità" (così, Del Prato, E.: *Le basi del diritto civile,* Giappichelli, Torino, 2020, p. 192). E infatti "essa è stata molto analizzata alla ricerca del «perché» il contratto si scioglie, ma decisamente meno riguardo al «come» esso si scioglie" (ibidem). Una parte della giurisprudenza individua il rimedio applicabile in caso di presupposizione nella risoluzione per eccessiva onerosità (Cass. 11 marzo 2006, n. 5390, in *Contr.*, 2006, p. 1079; Cass. 10 febbraio 2003, n. 1952, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 1536); una parte della dottrina fa leva sull'interpretazione del contratto secondo buona fede e ne individua il proprium nell'esigenza di tutelare le parti contro indebite ripartizioni di rischi (Bessone, M.: *Adempimento e rischio contrattuale*, Giuffré, Milano, 1975, p. 237, il quale nega che la prestazione sia esigibile nel caso in cui l'adempimento "richieda un sacrificio che sta al di là del limite implicito dell'economia dell'affare"); altri suggeriscono, invece, nel caso in cui la circostanza – data come presupposta ma venuta meno – incida sulla funzione concreta del contratto, il rimedio della risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione (Del Prato, E.; *Le basi,* cit., p. 190; Camardi, C.: *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Giuffré, Milano, 1997, p. 92), del recesso unilaterale (Bianca, C. M.: *Il contratto*, cit., p. 467). Non manca chi invoca l'inefficacia, l'annullabilità, una generica invalidità, la nullità per mancanza di causa, l'inesistenza, il risarcimento del danno e la rideterminazione giudiziale del contenuto dell'accordo (per un quadro delle opinioni si rinvia a Nicolussi, A.: "Presupposizione e risoluzione", *Eur. e dir. priv.*, 2001, p. 843).

92 Sulla questione è interessante la decisione *Quoine Pte Ltd v B2C2 Ltd* (in https://www.supremecourt.gov.sg/news/case-summaries/quoine-pte-ltd-v-b2c2-ltd-2020-sgcai-02. Il caso (che è stato ampiamente commentato, soprattutto in relazione alla qualificazione giuridica del bitcoin come property. In arg. Giuliano, M.: "Criptovaluta e trust", *Trusts e attività fiduciarie,* luglio 2021, p. 381) ha spinto la Court of Appeal di Singapore a confrontarsi con la difficoltà di applicare concetti (quali quelle di "riconoscibilità dell'errore" ovvero di "accordo") e rimedi (quello dell'annullamento) pensati con riferimento alla peculiarità dell'uomo, a fronte di una negoziazione esclusivamente algoritmica. La strada percorsa dai giudici è quella di responsabilizzare il programmatore, anticipando il rilievo dell'esistenza dell'errore (di una parte) e della relativa riconoscibilità (in capo alla controparte) al momento della istruzione del codice.

tal senso, l'operatività della clausola "solve et repete"[93], pure al di fuori dei limiti dettati dall'art. 1462 c.c.: l'adempimento dello smart contract, invero, è inevitabile anche nel caso in cui l'accordo sia nullo, annullabile o rescindibile.

La cristallizzazione delle transazioni nei blocchi della Blockchain mal si sposa, poi, con i rimedi manutentivi e ablativi.

La rettifica del contratto annullabile in caso d'errore, o la riduzione ad equità del contratto (rescindibile o divenuto eccessivamente oneroso) sembrano difficilmente conciliabili con l'immutabilità del sistema dei Registri Distribuiti. Non minori criticità si pongono in relazione ai rimedi caducatori nelle ipotesi delle sopravvenienze: una impossibilità sopravvenuta della prestazione, o la sua eccessiva onerosità, non potrebbero produrre lo scioglimento del contratto "intelligente" che abbia già avuto automatica esecuzione al ricorrere delle condizioni programmate. Analoga è l'ipotesi di uno smart contract illegale o illecito, il quale sarà immediatamente eseguito e non più eliminabile su Blockchain, rendendo esperibile la mera tutela restitutoria[94].

Da ciò, una duplice possibilità: (a) arrendersi alla inapplicabilità dei rimedi ablativi e propugnare la generalizzazione di quello restitutorio; ovvero (b) prevedere, in sede di programmazione dell'algoritmo, un dettagliato set di sopravvenienze invocabili dalle parti (dinanzi all'oracolo, ovvero ad un arbitro "onchain") al fine di bloccare l'automatica esecuzione del protocollo informatico[95].

In tale ultima direzione si muovono le piattaforme attualmente esistenti, nelle quali si sperimentano algoritmi di "autodistruzione" dello smart contract, ovvero funzioni (quali quelle di c.d. "callcode" o "enum") che consentono di intervenire sul codice informatico, modificandone il contenuto. Quest'ultima possibilità potrebbe essere impiegata, ad esempio, ai fini dell'applicazione del GDPR, da cui potrebbe discendere la necessaria rettifica, l'aggiornamento, o ancora la cancellazione dei dati su Blockchain[96].

Va, infine, precisato che la rescindibilità dello smart contract appare difficilmente ipotizzabile. E ciò, non tanto in astratto, potendosi programmare nell'algoritmo un nutrito ventaglio di ipotesi configurabili come "stato di necessità" o di "pericolo",

93 Di Sabato, D: "Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale", *Contr. impr.*, 2017, 2, p. 401.

94 Maugeri, M.: *Smart contract,* cit., p. 66; sulla esperibilità del solo rimedio risarcitorio, Federico, A.: "Equilibrio e contrattazione algoritmica", *Rass. dir. civ.*, 2021, p. 509.

95 Su tale aspetto insiste particolarmente Stazi, A.: *Automazione contrattuale*, p. 110.

96 Il rapporto tra Blockchain e protezione dei dati personali è particolarmente problematico e non può essere affrontato nei limiti del presente contributo. Si rinvia agli approfondimenti di: Palladino, A.: "L'equilibrio perduto della blockchain tra platform revolution e GDPR compliance", *mediaLaws - Riv. dir. media*, 2019, p. 150; Gambino, A. M.- Bomprezzi, C.: "Blockchain e protezione dei dati personali", *Dir. inf.*, 2019, p. 619; Frezza, G.: "Blockchain, autenticazione e arte contemporanea", *Dir. fam. pers.*, 2020, p.489; Rampone, F.: "I dati personali in ambiente blockchain tra anonimato e pseudonimato", *Ciberspazio e dir.*, 2018, p. 459.

azionabili dal contraente all'occorrenza, onde bloccare l'esecuzione di un contratto; così come pure potrebbe impostarsi un parametro oggettivo per la misurazione della iniquità della prestazione. Tuttavia, la circostanza che il negozio sia concluso sulla piattaforma da utenti individuati mediante il riferimento ad una mera stringa di codice rende, in concreto, difficilmente configurabile il requisito soggettivo dell'approfittamento.

VIII. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

La negoziazione "smart" rappresenta lo stadio ultimo del processo di oggettivazione dell'accordo e di esaltazione dell'autonomia privata, quale strumento propulsivo dell'innovazione tecnologica[97]. Può discutersi se, alla luce di questa evoluzione, debba riconsiderarsi l'opinione di quanti, già da tempo, prospettavano di includere tra le fonti del diritto classiche – oramai incapaci di regolamentare la realtà globalizzata – lo stesso contratto[98]. Di certo la commistione – anch'essa già studiata – tra diritto e tecnica si presenta oggi in una nuova veste, richiedendo al giurista una riflessione consapevole. Lo studio circa l'attualità delle categorie tradizionali – nella presente sede condotto con specifico riferimento ai concetti di "accordo" e ai rimedi – appare essenziale, proprio al fine di orientare i giudizi di responsabilità, in un contesto che vede la componente umana sovrastata da quella tecnologica. Si è già osservato che quest'ultima, da mero strumento, diviene in grado di limitare il godimento dei diritti, conformare la volontà contrattuale e condizionarne l'espressione.

Del resto, gli interrogativi che emergono in ambito contrattuale (quelli relativi alla imputazione della volontà negoziale) non differiscono dai quesiti che si pongono in relazione ai criteri per il riparto della responsabilità civile derivante dall'uso di "smart devices". In entrambi i casi emerge una medesima opzione di fondo: se orientare il criterio di giudizio sull'uomo che, a monte, abbia progettato il prodotto (nel caso della R.C.[99]) o istruito il software (nel caso della negoziazione

97 Alpa, G.: "New economy e libere professioni: il diritto privato e l'attività forense nell'era della rivoluzione digitale", *Contr. impr.*, 2000, p. 1180: «Il contratto diviene così – nella sua figura regolamentare – non solo il mezzo più diffuso per la realizzazione di contatti e rapporti nella società dell'informazione, ma anche il mezzo per fissare le regole inerenti il luogo e il tempo della conclusione»; nello stesso senso anche Galgano, F.: "Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio", *ivi*, 2000, p. 189.

98 Finocchiaro, G.: "Lex Mercatoria", cit., p. 610 osserva che "nella società globalizzata è necessario ripensare non solo il diritto, ma anche le fonti del diritto e la dottrina delle fonti del diritto: gli strumenti di riflessione che fornisce la teoria delle fonti di matrice positivistica appaiono inadeguati a misurare il diritto della globalizzazione".

99 Quanto alla responsabilità civile nell'era dell'intelligenza artificiale, si rinvia – ex multis – a Ruffolo, U.: "Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo", *Giur. it.*, 2019, 7, p. 1657; Naddeo, F.: "Intelligenza artificiale: profili di responsabilità", *Compar. dir. civ.*, 2020, 3, p. 1141; Porcelli, M.: "Tecnologie robotiche e responsabilità per danni tra prospettive reali e falsi miti", *Tecn. dir.*, 2020, 2, p. 506; Capilli, G.: "Responsabilità e robot", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 3, p. 621; Salanitro, U.: "Intelligenza artificiale e responsabilità. La strategia della commissione europea", *Riv. dir. civ.*, 2020, 6, p. 1246; Ratti, M.: "Riflessioni in materia di responsabilità civile e danno cagionato da dispositivo intelligente alla luce dell'attuale scenario

algoritmica), ovvero se sindacare la scelta effettuata dallo stesso algoritmo, se del caso giungendo ad ipotizzare una sua – seppur anche parziale – personalità giuridica.

Ad oggi, l'approccio "umano-centrico"[100] – invocato dalle istituzioni europee – resta ancora quello di gran lunga prevalente. La sfida è quella di continuare a riaffermarne le ragioni nei tempi che verranno.

normativo", *Contr. impr.*, 2020, 2, p. 1174; Finocchiaro, G.: "Intelligenza artificiale e responsabilità", *ivi*, p. 713; Costanza, M.: "L'intelligenza artificiale e gli stilemi della responsabilità civile", *Giur. it.*, 2019, 7, p. 1686.

100 Cfr. "Ethics Guidelines for trustworthy AI" pubblicato l'8 aprile 2019 dall'High-Level Expert Group on Artificial Intelligence nominato dalla Commissione Europea nel giugno 2018. In arg. Alpini, A.: "Sull'approccio umano-centrico all'intelligenza artificiale. Riflessioni a margine del «Progetto europeo di orientamenti etici per una IA affidabile»", *Comp. dir. civ.*, 2019, p. 1 ss.

BIBLIOGRAFIA

Agnino, F.: "Fino a che punto è possibile disporre contrattualmente dei propri diritti?", *Giur. merito*, 2012, p. 2557 ss.

Albertini, L.: "Osservazioni sulla conclusione del contratto tramite computers e sull'accettazione di un'offerta in Internet", *Giust. civ.,* 1997, p. 2 ss.

Alpa, G.: "New economy e libere professioni: il diritto privato e l'attività forense nell'era della rivoluzione digitale", *Contr. impr.*, 2000, p. 1180 ss.

Alpini, A.: "Sull'approccio umano-centrico all'intelligenza artificiale. Riflessioni a margine del «Progetto europeo di orientamenti etici per una IA affidabile»", *Comp. dir. civ.*, 2019, p. 1 ss.

Astone, F.: "Il rapporto tra gestore e singolo utente: questioni generali," *AIDA*, 2011, p. 116 ss.

Barcellona, P.: *Profili dell'errore nel negozio giuridico*, Giuffré, Milano, 1962.

Battaglini, R., Tullio Giordano, M.: *Blockchain e smart contract. Funzionamento, profili giuridici e internazionali, applicazioni pratiche*, Giuffré, Milano, 2019.

Bellomia, V.: "Il contratto intelligente: questioni di diritto civile", *www.judicium.it.*

Benedetti, A. M.: "Contratto, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari", *Riv. dir. civ.*, 2021, 3, p. 411 ss.

Bertea, S: "La certezza del diritto nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo", *Mat. stor. cultura giur.,* 2001, p. 131 ss.

Bianca, C. M.: "Acontrattualità dei contratti di massa?", *Vita not.*, 2001, p. 1120 ss.

Bianca, C. M.: *Diritto civile,* 3, *Il contratto*, Giuffré, Milano, 2019.

Bianca, C. M.: *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977.

Bobbio, N.: *Il positivismo giuridico*, Il Mulino, Bologna, 1970.

Bocchini, R.: "Lo sviluppo della moneta virtuale: primi tentativi di inquadramento e disciplina tra prospettive economiche e giuridiche", *Dir. inf.*, 2017, p. 27 ss.

Burnstein, M. R.: "Conflicts on the Net: Choice of Law in Transnational Cyberspace", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1996, p. 80 ss.

Busnelli, F. D.: "Quale futuro per le categorie del diritto civile", *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 1 ss.

Caccavale, C.: *Giustizia del contratto e presupposizione,* Giappichelli, Torino, 2005.

Caggiano, I. A.: "Il "Contratto" nel mondo digitale", *NGCC*, 2018, p. 1152 ss.

Calzolaio, E.: "La qualificazione del bitcoin: appunti di comparazione giuridica", *Danno resp.*, 2021, n. 2, p. 188 ss.

Capilli, G.: "Responsabilità e robot", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 3, p. 621 ss.

Carbone, E.: "Macchine pensanti e contratti non umani", *Foro it.*, 2020, c. 240 ss.

Castronovo, C.: *Eclissi del diritto civile,* Giuffré, Milano, 2015.

Cataudella, A.: *I contratti. Parte generale,* Giappichelli, Torino, 2019.

Cerrato, S.: "Appunti su smart contract e diritto dei contratti", *Banca borsa tit. cred.*, 2020, p. 370 ss.

Cian, M.: "La criptovaluta - Alle radici dell'idea giuridica di denaro attraverso la tecnologia: spunti preliminari", *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, pp. 315 ss.

Cicu, A.: "Gli automi nel diritto privato", *Il Filangieri*, 1901, pp. 561 ss.

Clarizia, R.: "I contratti e l'informatica", in AA.VV.: *I contratti informatici* (a cura di R. Clarizia), UTET, Torino, 2007.

Corsale, M.: *La certezza del diritto*, Giuffré, Milano, 1970.

Costanza, M.: "L'intelligenza artificiale e gli stilemi della responsabilità civile", *Giur. it.*, 2019, 7, pp. 1686 ss.

Criscuolo, F.: *L'autodisciplina: autonomia privata e sistema delle fonti*, ESI, Napoli, 2000.

Cuccuru, P.: "Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract", *NGCC*, 2017, n. 1, pp. 107 ss.

D'Alberti, D.: "Google e le nuove autorità private: la metamorfosi dal fatto al diritto", *Riv. dir. civ.*, 2021, n. 4, pp. 745 ss.

Damiani, E.: "Blockchain application in general private law: the Notarchain case", in AA. VV.: *Legal technology transformation. A practical assessment*, (a cura di A. Caligiuri), Editoriale scientifica, Napoli, 2020, pp. 229 ss.

Damiani, E.: "Note in tema di conclusione del contratto mediante sistemi automatici (spunti per una rilettura delle tesi di Antonio Cicu)", *Rass. dir. civ.*, 2020, pp. 757 ss.

De Filippi, P., Wright, A.: *Blockchain and the law. The rule of cod*e, Harvard Univ. Press., Harvard, 2018, pp. 13 ss.

De Stasio, V.: "Verso un concetto europeo di moneta legale: valute virtuali, monete complementari e regole di adempimento", *Banca borsa tit. cred.*, 2018, pp. 747 ss.

Del Prato, E.: "Le annullabilità", in *Trattato del contratto*, *Rimedi* (a cura di A. Gentili), Giuffré, Milano, 2006, pp. 262 ss.

Del Prato, E.; *Requisiti del contratto. Art. 1325 c.c.*., in *Il Codice Commentario* Schlesinger, Giuffré, Milano, 2013.

Del Prato, E.: *I regolamenti privati*, Giuffré, Milano 1988.

Delfini, F.: *Contratto telematico e commercio elettronico,* Giuffré, Milano, 2002.

Di Ciommo, F.: "Civiltà tecnologica, mercato ed insicurezza: la responsabilità del diritto", *Riv. critica dir. priv.*, 2010, n. 4, pp. 565 ss.

Di Ciommo, F.: "Diritto alla cancellazione, diritto di limitazione del trattamento e diritto all'oblio", in AA.VV.: *I dati personali nel diritto europeo* (a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto), Giappichelli, Torino, 2019, pp. 373 ss.

Di Ciommo, F.: "Internet e crisi del diritto privato: tra globalizzazione, dematerializzazione e anonimato virtuale", *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 117 ss.

Di Ciommo, F.: "La responsabilità civile in internet. Prove di governo dell'anarchia tecnocratica", *Resp. civ.*, 2006, pp. 550 ss.

Di Ciommo, F.: "Smart contract e (non-) diritto. Il caso dei mercati finanziari," *Nuovo diritto civile*, 2019, n. 1, pp. 257 ss.

Di Majo, A.; "Accordo contrattuale e dintorni", in AA.VV.: *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, I, ESI, Napoli, 2006, pp. 570 ss.

Di Raimo, R.: "Categorie della crisi economica e crisi delle categorie civilistiche. Il consenso e il contratto nei mercati finanziari derivati", *Giust. civ.,* 2014, pp. 1095 ss.

Di Sabato, D: "Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale", *Contr. impr.*, 2017, 2, pp. 401 ss.

Faini, F.: "Blockchain e diritto: la catena del valore tra documenti informatici, smart contracts e data protection", *Resp. civ. prev.*, 2020, pp. 297 ss.

Fauceglia, D.: "Il problema dell'integrazione dello smart contract", *Contr.*, 2020, n. 5, pp. 591 ss.

Favale, R.: "La conclusione del contratto telematico", *Giur. merito*, 2013, pp. 12 ss.

Finocchiaro, G., Bomprezzi, C.: "A legal analysis of the use of blockchain technology for the formation of smart legal contracts", *MediaLaws – Riv. di diritto dei media*, 2020, pp. 117 ss.

Finocchiaro, G.: "Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, pp. 44 ss.

Finocchiaro, G.: "Intelligenza Artificiale e protezione dei dati personali", *Giur. it.*, 2019, pp. 1670 ss.

Finocchiaro, G.: "Lex mercatoria e commercio elettronico. Il diritto applicabile ai contratti conclusi su Internet", *Contr. impr.*, 2001, pp. 571 ss.

Follieri, F.: *Il contratto concluso in Internet*, ESI, Napoli, 2005.

Franceschelli, V.: *Computer* e *diritto*, Maggioli ed., Rimini, 1989.

Froomkin, M.: "The Internet as a Source of Regulatory Arbitrage", in AA.VV.: *Borders in Cyberspace* (a cura di B. Kahin e C. Nesson), MIT Press, Cambridge, 1997.

Furgiuele, L.: "Contratti a conclusione telematica", in AA. VV.: *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie. I. Gli scambi* (a cura di F. Bocchini), Giappichelli, Torino, 2003, pp. 172 ss.

Galgano, F.: "Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio", *Contr. impresa*, 2000, pp. 189 ss.

Galgano, F.: "Globalizzazione dell'economia e universalità del diritto", *Pol. dir.,* 2009, pp. 177 ss.

Galgano, F.: "I caratteri della giuridicità nell'epoca della globalizzazione", in AA.VV.: *Diritto, politica e realtà sociale nell'epoca della globalizzazione* (a cura di G. Torresetti), EUM, Macerata, 2008, pp. 183 ss.

Galgano, F.: *Il contratto*, CEDAM, Padova, 2020.

Galgano, F.: *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Il Mulino, Bologna, 1993.

Gambaro, A.: "Alcuni appunti sugli aspetti istituzionali della c.d. globalizzazione", *Sociologia dir.*, 2005, n. 2, pp. 24 ss.

Gambino, A. M.: *L'accordo telematico*, Giuffré, Milano, 1997.

Gambino, F.: "The Blockchain technology between the law of contemporaneity and the new power structure", in AA. VV.: *Legal technology transformation. A practical assessment*, (a cura di A. Caligiuri), Editoriale scientifica, Napoli, 2020, pp. 223 ss.

Gaschi, A.- Portale, V.: "La definizione di blockchain e distributed ledger", in AA. VV.: *Blockchain e smart contract* (a cura di R. Battaglini, M. T. Giordano), Giuffré, Milano, 2019, pp. 19 ss.

Gazzoni, F.: "Contatto reale e contatto fisico (ovverosia l'accordo contrattuale sui trampoli)", *Riv. dir. comm. dir. gen. obbl.*, 2002, pp. 655 ss.

Gentili, A.: "Crisi delle categorie e crisi degli interpreti", *Riv. dir. civ.*, 2021, n. 4, pp. 633 ss.

Gentili, A.: "L'inefficienza del contratto telematico", *Riv. dir. civ.*, 2000, n. 6, pp. 747 ss.

Giova, S.: *La conclusione del contratto via Internet*, ESI, Napoli, 2000.

Giuliano, M.: "La blockchain e gli smart contracts nell'innovazione del diritto nel terzo millennio", *Dir. inf.*, 2018, pp. 989 ss.

Grandinetti, O.: "Facebook vs. CasaPound e Forza Nuova, ovvero la disattivazione di pagine social e le insidie della disciplina multilivello dei diritti fondamentali", *Medialaws,* 4 febbraio 2021.

GROSSI, P.: "Globalizzazione, diritto, scienza giuridica", *Foro it.*, 2002, pp. 196 ss.

GROSSI, P.: "Sulla odierna "incertezza" del diritto", *Giust. civ.*, 2014, 4, pp. 921 ss.

GUARNIERI, A.: "Le categorie ordinanti del diritto civile (a proposito di Rodolfo Sacco, Il fatto, l'atto, il negozio)", *Riv. dir. civ.*, 2007, II, pp. 547 ss.

HART, H.: *The Concepts of Law*, Clarenon Law, Oxford, 1961.

IRTI, N., SEVERINO, E.: *Dialogo su diritto e tecnica*, Ed. Laterza, Roma-Bari, 2001.

IRTI, N.: "«È vero ma...» (replica a Giorgio Oppo)", *Riv. dir. civ.*, 1999, pp. 273 ss.

IRTI, N.: "La crisi della fattispecie", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, pp. 36 ss.

IRTI, N.: "Le categorie giuridiche della globalizzazione", *Riv. dir. civ.*, 2002, pp. 627 ss.

IRTI, N.: "Lo scambio di foulard (replica semiseria al Prof. Bianca)", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, pp. 601 ss.

IRTI, N.: "Scambi senza accordo", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, pp. 347 ss.

IRTI, N.: "Un diritto incalcolabile", *Riv. dir. civ.*, 2015, pp. 11 ss.

IRTI, N.: *L'ordine giuridico del mercato*, Ed. Laterza, Roma-Bari, 2009.

IRTI, N.: *Nichilismo giuridico,* Ed. Laterza, Roma-Bari, 2005.

IRTI, N.: *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Ed. Laterza, Roma-Bari, 2006.

IUDICA, G.: "Globalizzazione e diritto", *Contratto e impr.*, 2008, pp. 867 ss.

JANNSEN, A.U., PATTI, F.P.: "Demistificare gli smart contracts", *Orizz. dir. civ. comm.*, 2020, pp. 31 ss.

JHONSON, D. R., POST, D.: "Law and Borders – The rise of Law in Ciberspace", *Stan. Law Review,* 1996, vol. 48, pp. 1367 ss.

LA PORTA, U.: *Globalizzazione e diritto. Regole giuridiche e norme di legge nell'economia globale - Un saggio sulla libertà di scambio e i suoi limiti*, Liguori ed., Napoli, 2005.

LESSING, L.: *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, New York, 1999.

Lipari, N.: *Le categorie del diritto civile,* Giuffré, Milano, 2013.

Longobucco, F.: "Smart contract e "contratto giusto": dalla soggettività giuridica delle macchine all'oggettivazione del fatto-contratto. Il ruolo dell'interprete", *federalismi.it*.

Lopez De Oñate, F.: *La certezza del diritto*, 2^ ed., Giuffré, Milano, 1968.

Maugeri, M.: *Smart contracts* e *disciplina dei contratti,* Il Mulino, Bologna, 2021.

Mengoni, L.: "Diritto e tecnica", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, pp. 1 ss.

Musio, A.: "La storia non finita dell'evoluzione del contratto tra novità tecnologiche e conseguenti esigenze di regolazione", *NGCC*, 2021, n. 1, p. 226 ss

Naddeo, F.: "Intelligenza artificiale: profili di responsabilità", *Compar. dir. civ.*, 2020, 3, p. 1141 ss.

Nakamoto, S.: "Bitcoin: A Peer-to- Peer Electronic Cash System", 2008, *https://bitcoin.org/bitcoin.pdf*

Oppo, G.: "Disumanizzazione del contratto?", *Riv. dir. civ.*, 1998, n. 1, pp. 525 ss.

Orlandi, M.: "Istituzione e linguaggio", *Riv. int. fil. dir.*, 2020, n. 2, pp. 301 ss.

P. Laghi, *Cyberspazio e sussidiarietà*, ESI, Napoli, 2015.

Pardolesi, R., Davola, A.: "«Smart contract»: lusinghe ed equivoci dell'innovazione purchessia, *Foro it.*, 2019, cc. 195 ss.

Passagnoli, G.: "Ragionamento giuridico e tutele nell'intelligenza artificiale", *Persona e mercato*, 2019, pp. 79 ss.

Patti, S.: "La globalizzazione del diritto e il contratto", *Obbl. contr.*, 2009, pp. 495 ss.

Pennasilico, M.: "La conclusione dei contratti online tra continuità e innovazione*", Dir. inf.*, 2014, pp. 805 ss.

Perlingieri, C.: *Profili civilistici dei social networks*, ESI, Napoli, 2014.

Perlingieri, G.: "Il contratto telematico", in AA. VV.: *Manuale di diritto dell'informatica* (a cura di D. Valentino), ESI, Napoli, 2016, pp. 274 ss.

Perlingieri, G.: "Venticinque anni della Rassegna di diritto civile e la «polemica sui concetti giuridici». Crisi e ridefinizione delle categorie", in AA.VV.: *Temi e problemi della civilistica contemporanea* (a cura di P. Perlingieri), ESI, Napoli, 2005, pp. 543 ss.

Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile,* ESI, Napoli, 2015.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4^ ed., ESI, Napoli, 2020.

Perlingieri, P.: *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, ESI, Napoli, 2005.

Pietrobon, V.: *Errore, volontà, affidamento*, CEDAM, Padova, 1990.

Pollicino, O.: "L'«autunno caldo» della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale", *Federalismi.it,* 16 ottobre 2019, n. 19.

Porcelli, M.: "Tecnologie robotiche e responsabilità per danni tra prospettive reali e falsi miti", *Tecn. dir.*, 2020, 2, pp. 506 ss.

Rampone, F.: "«Smart contract»: né «smart», né «contract», *Riv. dir. priv.*, 2020, pp. 241 ss.

Ratti, M.: "Riflessioni in materia di responsabilità civile e danno cagionato da dispositivo intelligente alla luce dell'attuale scenario normativo", *Contr. impr.*, 2020, 2, pp. 1174 ss.

Reidenberg, J. R.: "Lex Informatica: The formulation of information policy rules through technology", *Tex. Law Review,* 1998, vol. 76, pp. 553 ss.

Remotti, G.: "Blockchain smart contract. Un primo inquadramento", *Oss. dir. civ.*, pp. 189 ss.

Rinaldi, G.: "Approcci normativi e qualificazione giuridica delle criptomonete", *Contr. impr.*, 2019, n. 1, pp. 257 ss.

Pernice, C.: *Digital Currency e obbligazioni pecuniarie*, ESI, Napoli, 2018.

Rodotà, S.: *Le fonti di integrazione del contratto,* Giuffré, Milano, 2004.

Romano, S.: *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze 1962.

Roppo, V.: *Il contratto,* in *Tratt. dir. priv.* (a cura di G. Iudica e P. Zatti), Giuffré, Milano, 2011.

Rossello, C.: "La governance di Internet tra diritto statuale, autodisciplina, soft law e lex mercatoria", in AA. VV.: *Commercio elettronico* (a cura di C. Rossello, G. Finocchiaro, E. Tosi,) in *Tratt. dir. priv.* (diretto da M. Bessone), Giappichelli, Torino, 2007, vol. XXXII, pp. 3 ss.

Rubino de Ritis, M.: "Obbligazioni pecuniarie in criptomoneta", *Giustiziacivile.com*, 2018.

Ruffolo, U.: "Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo", *Giur. it*., 2019, 7, pp. 1657 ss.

Sacco, R.: *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano* (diretto da F. Vassalli) VI, 2, UTET, Torino, 1975, pp. 517 ss.

Salanitro, U.: "Intelligenza artificiale e responsabilità. La strategia della commissione europea", *Riv. dir. civ.*, 2020, 6, pp. 1246 ss.

Sammarco, P.: "Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d'uso dei servizi del web 2.0", *Dir. inf.*, 2010, p. 634.

Sandulli, P.: "Analisi delle norme a tutela dell'impresa e del consumatore in materia di commercio elettronico", *Giust. civ.,* 2000, n. 5, pp. 243 ss.

Sarzana di Sant'Ippolito, F., Nicotra, M.: *Diritto della blockchain, intelligenza artificiale e IoT*, Giuffré, Milano, 2018, pp. 9 ss.

Schmitz, A. J.- Rule, C.: "Online Dispute Resolution for Smart Contracts", *Journal of Dispute Resolution*, 2019, pp. 103 ss.

Scialoja, A.: *L'offerta a persona indeterminata ed il contratto concluso mediante automatico*, S. Lapi ed., Città di Castello, 1902.

Scognamiglio, C.: "La conclusione e l'esecuzione del contratto telematico", in AA. VV.: *La conclusione e l'esecuzione del contratto telematico* (a cura di S. Sica, P. Stanzione), Giuffré, Milano, 2002, pp. 73 ss.

Scognamiglio, C.: *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, CEDAM, Padova, 1992.

SCOGNAMIGLIO, R.: *Dei contratti in generale,* in *Commentario al c.c.* Scialoja-Branca, Zanichelli ed., Bologna-Roma, 1970.

SEMERARO, M.: "Moneta legale, moneta virtuale e rilevanza dei conflitti", *Riv. dir. banc.*, 2019, II, pp. 239 ss.

STAZI, A.: *Automazione contrattuale e "contratti intelligenti. Gli smart contracts nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2019.

TEUBNER, G.: "Ordinamenti frammentati e costituzioni sociali", in AA. VV.: *Il diritto frammentato* (a cura di A. FEBBRAJO, F. GAMBINO), Giuffré, Milano, 2013, p. 380.

TEUBNER, G.: *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, ESI, Napoli, 2019.

TOSI, E.: *Contratti informatici, telematici e virtuali*, Giuffré, Milano, 2010.

VIGNOLA, M.: "Quale diritto nell'era della globalizzazione?", *Dir. uomo*, 2008, n. 2, pp. 48 ss.

VIRGA, W.: "Inadempimento di contratto e sanzioni private nei social network", *AIDA*, 2011, pp. 222 ss.

WRIGHT, A., DE FILIPPI, P.; "Decentralizes Blockchain technology and the rise of Lex Cryptographia", SSRN 2580664.

DESDE LA PROTECCIÓN DE DATOS DE LOS CONSUMIDORES A LAS ORGANIZACIONES COMO CONSUMIDORES DE DATOS PERSONALES

FROM CONSUMER DATA PROTECTION TO ORGANIZATIONS AS CONSUMERS OF PERSONAL DATA

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 690-713

Raquel PÉREZ DÍAZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Desde sus orígenes el derecho a la protección de datos de carácter personal y su regulación han pretendido paliar la incidencia negativa que para la privacidad conllevaban los avances tecnológicos; comprobándose, actualmente, que junto al objetivo de que los interesados (titulares de los datos personales) mantengan el control sobre sus datos, debe prestarse especial atención y fijarse como objetivo evitar que el uso de los datos personales pueda conllevar un control sobre los interesados, al descubrirse la potencialidad de los datos para el logro de objetivos y mejora de los resultados de negocio.

PALABRAS CLAVE: Protección de datos, datos personales, consumidores, comercio electrónico, contratación online, transparencia, consentimiento.

ABSTRACT: *From its origins the right to the protection of personal data and its regulation have tried to alleviate the negative impact that technological advances entailed for privacy; verifying, currently, that together with the objective that the interested parties (holders of personal data) maintain control over their data, special attention must be paid and the objective should be to avoid that the use of personal data may lead to control over the interested parties, when discovering the potential of the data to achieve objectives and improve business results.*

KEY WORDS: *Data protection, personal data, consumers, electronic commerce, online contracting, transparency, consent.*

SUMARIO.- I.- INTRODUCCIÓN. II. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. III.- PRINCIPALES PROBLEMÁTICAS Y DEFICIENCIAS DETECTADAS EN PLATAFORMAS Y TIENDAS ONLINE. IV.-EL DATO COMO ACTIVO. V.- CONCLUSIÓN.

I.- INTRODUCCIÓN

El imparable crecimiento del consumo en el mercado digital, tanto de productos y servicios que podríamos considerar "tradicionales" como de los nuevos productos, servicios y contenidos digitales que surgen a partir del desarrollo tecnológico, genera importantes desafíos en diferentes ámbitos jurídicos y entre ellos, destacamos aquellos vinculados a la protección de datos de carácter personal, pues el mundo digital no solo no es ajeno a la privacidad, sino que impacta directamente sobre ella, de una forma inalcanzable para el mercado tradicional u offline. Tanto es así, que teniendo en cuenta un escenario en el que la globalización y el desarrollo tecnológico propiciaron una recogida e intercambio de datos sin precedentes, el legislador comunitario se ha visto obligado en la necesidad de afrontar dicho desafío a través del Reglamento General de Protección de Datos (UE) 2016/679 679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de datos de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante Reglamento General de Protección de datos o RGPD), a fin de mitigar la preocupante pérdida del control que sobre sus datos personales poseen los interesados en el mundo digital y, la consiguiente, merma del derecho a la protección de datos y de otros derechos fundamentales estrechamente vinculados a éste, como son: en primer término, los derechos al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar, y, en segunda instancia, los derechos a la igualdad, no discriminación y libertad personal.

Partiendo del marco normativo básico de referencia – Reglamento (UE) 2016/679, Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD) y Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI)–, inicialmente, se abordarán los requerimientos previstos en la normativa de protección de datos para llevar a cabo las operaciones de procesamiento de datos personales derivadas de las contrataciones de bienes y servicios online, haciendo hincapié en como los principios rectores del tratamiento contribuyen

• Raquel Pérez Díaz
Profesora Ayudante Doctora. Área de Derecho Civil.
Universidad de Oviedo
perezdraquel@uniovi.es

en el logro del objetivo que se marcó el legislador europeo de devolver a los interesados el control sobre sus datos personales. En base a los requerimientos normativos, se analizarán las deficiencias que, frecuentemente, se localizan en las plataformas y tiendas online en lo que se refiere a transparencia y legitimación del tratamiento; ya sea desde las carencias en el cumplimiento del principio de transparencia tanto a nivel de contenido como a nivel de comprensión del alcance que conlleva la aceptación de las políticas de privacidad, la captación excesiva de datos, el desequilibrio de las partes intervinientes, hasta los supuestos en los que esos fallos en la presentación de la preceptiva información o en la debida proporcionalidad pueden derivar en problemas de licitud para el tratamiento.

Continuaremos planteando la problemática que podría conllevar el condicionamiento al que se ve sometido el consumidor, ya que, a partir de la aplicación de las tecnologías emergentes sobre su información personal junto a técnicas de marketing y prospección comercial, podría ponerse en entredicho la libertad de elección del consumidor, siendo evidente muestra de ello las cada vez más frecuentes secciones de "recomendaciones" o similares. Conocer las capacidades de procesamiento de datos de tecnologías como big data, apta para crear una serie a medida de las tendencias o gustos que han mostrado los consumidores, nos lleva a preguntarnos si, realmente, consumimos lo que necesitamos y/ o queremos o si consumimos lo que quieren vendernos y nos hacen pensar que necesitamos y/o queremos, colocando ante nosotros el producto, servicio o contenido, induciéndonos a adquirirlo aunque no lo necesitemos.

Por último, debemos tener en cuenta que el comercio electrónico y sus implicaciones en materia de protección de datos no finalizan con el cumplimiento por las organizaciones de los principios y obligaciones establecidos en la normativa de aplicación, pues los datos personales se han convertido en un activo de gran valor, muy codiciado por una gran mayoría de las entidades, ya que su análisis puede reportarles importantes beneficios, convirtiéndose en objeto de comercio y mercantilización. Así, encontraremos un gran número de bienes, servicios y contenidos que pueden obtenerse por los consumidores sin contraprestación económica, pagándose en datos[1] que, llegado el momento, serán objeto de aprovechamiento para colocar ante nosotros el siguiente producto de su campaña. La nueva normativa de protección de datos, sin duda, ha proporcionado respuesta a parte de los retos que inspiraron su aprobación, pero en apenas tres años desde su plena aplicación ha mostrado importantes lagunas para hacer frente a las capacidades y aplicaciones de las nuevas tecnologías y al creciente valor de los datos personales, por lo que se analizarán sus implicaciones con la normativa de

1 Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.
Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica

protección al consumidor y las problemáticas para las que las citadas normativas no han abordado o, bien, no han proporcionado respuestas legales plenamente satisfactorias.

II.- EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

Sin ahondar en el origen y evolución del derecho a la protección de datos, pues no es el objeto del presente trabajo, simplemente indicar que desde sus orígenes ha pretendido responder a la interferencia que la tecnología supone para la privacidad, desde la fotografía instantánea[2] hasta el reto actual que supone la inteligencia artificial y otras tecnologías o usos disruptivos. Así, el derecho a la protección de datos de carácter personal se ha construido en los ordenamientos jurídicos europeos a partir derecho a la autodeterminación informática, concepto cuyo origen podemos encontrar en el Tribunal Constitucional alemán; y que se reitera en nuestra Constitución Española (CE) en su artículo 18 apartado 4 "La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos", consolidando la independencia del derecho a la protección dedatos personales de otros derechos fundamentales como el derecho a la intimidad y a lapropia imagen, con los que guarda una estrecha relación[3]; y, configurándose, conforme al criterio expresado en la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 94/1998, de 4 de mayo[4] (en línea con el concepto que continúa reflejándose en la normativa de referencia), como el derecho de los titulares de los datos a controlar el uso que se hace de los mismos[5], y, precisamente, al efecto y con el espíritu de devolver a los interesados (o titulares de los datos personales) el control sobre sus datos personales, tras detectarse la insuficiencia del marco normativo del momento ante un escenario de recogida, procesamiento e intercambio masivo y sin precedentes propiciado por las nuevas tecnologías y los nuevos usos de las tecnologías preexistentes, se

2 En 1890 los jueces norteamericanos Samuel Warren y Louis Brandeis recogen la primera mención al derecho a la protección de datos de carácter personal, en su artículo "The Right to Privacy", mostrando su preocupación por la invasión en la privacidad que se derivaba de ciertos avances tecnológicos como la fotografía, pero, especialmente, por el alcance de la prensa y los límites que, según entendían estaba sobrepasando.

3 STC 292/2000, de 30 noviembre (RTC 2000, 292): "Este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del artículo 18 apartado 1 CE con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establece la Ley." (…) "De este modo, el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros puede afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual." (…)

4 Primera referencia en la jurisprudencia española al derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

5 Ibidem: "el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona a decidir cuáles de estos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quien posee esos datos personales y para qué." (…)

aprueba el Reglamento Europeo de Protección de Datos[6], y, por consiguiente, y en cumplimiento del mandato del legislador comunitario, se procede a la adecuación de ordenamiento jurídico nacional, a través de la aprobación de la Ley Orgánica 3/2018.

Previamente a entrar a analizar determinados aspectos de la nueva normativa de protección de datos y su repercusión, implicaciones y problemáticas en el ámbito del consumidor, conviene clarificar el concepto de dato de carácter personal, y, especialmente, mostrar su alcance a nivel práctico. Según las definiciones proporcionadas por el artículo (art.) 4.1 RGPD, se entiende por dato personal "toda información sobre una persona física identificada o identificable ("el interesado"); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo, un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona". Con ello, y a sensu contrario, se puede concluir que todos aquellos datos que se encuentren disociados no se consideran personales, y en este caso, no se aplicará la regulación de protección de datos dado que se trata de datos pertenecientes a una persona que no se puede identificar.

Respecto al alcance del concepto de dato personal, resulta de gran utilidad para su comprensión detenerse en dos puntos:

- En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la normativa incluye en el concepto de dato personal aquellas informaciones que, incluso, indirectamente, puedan conllevar la identificación del interesado, precisándose dicho proceso de identificación indirecta en las orientaciones proporcionadas por el Grupo de Trabajo del artículo 29 al señalar "el que determinados identificadores se consideren suficientes para lograr la identificación es algo que depende del contexto de la situación de que se trate. (…) Incluso una información auxiliar, como, por ejemplo, "el hombre que lleva un traje negro", puede identificar a alguno de los transeúntes que esperan en un semáforo"[7].

6 Considerando 6 RGPD: "La rápida evolución tecnológica y la globalización han planteado nuevos retos para la protección de los datos personales. La magnitud de la recogida y del intercambio de datos personales han aumentado de manera significativa (…)".
Considerando 7 RGPD: "(…) las personas físicas deben tener el control de sus propios datos personales. Hay que reforzar la seguridad jurídica y práctica para las personas físicas, los operadores económicos y las autoridades públicas".

7 Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales, adoptado el 20 de junio, por el Grupo de Trabajo del artículo 29 (01248/07/ES, WP 136).

- En segundo lugar, debemos conocer la amplitud real del concepto "dato personal", pues más allá de las informaciones identificativas obvias como son el nombre y apellidos, el DNI u otros identificadores únicos (imagen, huella dactilar, dirección IP, entre otros), se engloban múltiples informaciones relativas al interesado, como es el caso de los datos relativos al consumo energético[8], concretamente, los datos relativos a la curva de carga horaria asociados al CUPS (código universal de puntos de suministro); conclusión que, incluso con una mayor amplitud, se extendería a los datos de consumo en el comercio electrónico (tiendas online), de las plataformas online (servicios streaming) o del uso de determinadas tecnologías (aplicaciones corporativas vinculadas a pulseras de actividad)m pues no solo nos proporcionará información relativa al momento de uso, sino también información relativa a los gustos y preferencias del consumidor, poder adquisitivo, hábitos de consumo o, entre otros, quizás incluso hasta información relativa al estado de salud del interesado.

Para concluir, debe tenerse en cuenta con el concepto de "dato personal", que si bien en el nuevo marco legal desaparecen los antiguos niveles de seguridad de los datos, actualmente se establecen ciertas garantías añadidas para los llamados datos de categorías especiales[9] ("datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física"), a los que, en cierto modo, se asemejan los datos relativos a condenas e infracciones penales.

III.- PRINCIPALES PROBLEMÁTICAS Y DEFICIENCIAS DETECTADAS EN PLATAFORMAS YTIENDAS ONLINE

Definido el concepto y alcance de "dato personal" y, por consiguiente, el objeto de protección de la normativa vigente, se analizarán las principales implicaciones y problemáticas que se derivan para el comercio electrónico de la aplicación de la normativa de protección de datos de carácter personal.

a.- Respecto a los principios rectores del tratamiento:

8 STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, 12 Jul. 2019, (ECLI:ES:TS:2019:2484), FJ 3: "Los datos de consumo de energía eléctrica individualizados y con desglose horario, permiten a quien tenga acceso a esa información y la vincule con la identidad del titular del contrato de suministro, conocer los hábitos de conducta privados de dicho consumidor, tales como las horas ordinarias de entrada y salida del domicilio, la hora en la que se va a dormir, las zonas horarias en las que más actividad en la vivienda o en el local de negocio, el nivel de electrificación, la utilización de aparatos de refrigeración o calefacción, incluso si vive solo/a o no, entre otros. En definitiva, proporciona una información objetiva que afecta a la esfera privada de cada consumidor y que puede proporcionar unas pautas de comportamiento diario de una persona".

9 Art. 9 apartado 1 RGPD.

El Reglamento (UE) 2016/679, en su art. 5[10], recoge los principios aplicables a toda actividad que conlleve el procesamiento de datos personales, y que pueden concretarse en los siguientes puntos:

- Principios de licitud, lealtad y transparencia: Tratar los datos de forma leal, lícita y transparente, esto es, encontrándose el interesado informado de los términos y condiciones en los que se producirá el tratamiento de sus datos, ajustándose dicho tratamiento a la expectativa razonable del interesado en base a la información proporcionada y al amparo de alguna de alguna de las bases de legitimación determinadas por la propia normativa (y, en su caso, bajo alguna de las excepciones a la prohibición general de tratamiento de categorías especiales de datos personales).

- Principio de limitación de la finalidad: Recoger los datos bajo una finalidad determinada, quedando, a priori, restringido su uso para otras finalidades diferentes de la finalidad original para la cual fueron recabados.

- Principio de exactitud: Ejecutar el tratamiento sobre datos personales veraces o exactos y actualizados.

- Principio de minimización: Ajustar la recogida y el posterior tratamiento de datos personales a aquellas informaciones que resulten imprescindibles para atender a la finalidad a la que servirán.

- Principio de limitación del plazo de conservación: Limitar la conservación de los datos personales al plazo estrictamente necesario para las finalidades del tratamiento.

10 Art.5 RGPD: "1. Los datos personales serán: a) tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado («licitud, lealtad y transparencia»); b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines; de acuerdo con el artículo 89, apartado 1, el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos no se considerará incompatible con los fines iniciales («limitación de la finalidad»); c) adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados («minimización de datos»); d) exactos y, si fuera necesario, actualizados; se adoptarán todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan («exactitud»); e) mantenidos de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de los datos personales; los datos personales podrán conservarse durante períodos más largos siempre que se traten exclusivamente con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, sin perjuicio de la aplicación de las medidas técnicas y organizativas apropiadas que impone el presente Reglamento a fin de proteger los derechos y libertades del interesado («limitación del plazo de conservación»); f) tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas («integridad y confidencialidad»). 2. El responsable del tratamiento será responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 y capaz de demostrarlo («responsabilidad proactiva»)".

- Principios de integridad y confidencialidad: Garantizar la seguridad de los datos y preservarlos de accesos indebidos o no autorizados.

- Y, por último, principio de responsabilidad proactiva: Tener la capacidad de demostrar que se está cumpliendo con los requerimientos establecidos por la normativa.

En el ámbito del consumo online, el cumplimiento de esos principios, al menos, en toda su extensión, plantea ciertos problemas, pues no siempre se respeta el mandato del legislador. ¿Conoce el interesado el uso que se está haciendo de sus datos? ¿Conoce el interesado la existencia de un tratamiento que afecta a sus datos personales? ¿Conoce para que se van a utilizar sus datos personales? ¿Se restringe el uso de los datos a la gestión y ejecución de la transacción comercial? ¿Únicamente se recogen aquellos datos imprescindibles para llevar a cabo la prestación del servicio? ¿Es consciente del valor que tienen sus datos personales?

La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha tenido ocasión de pronunciarse en diferentes ocasiones sobre las deficiencias que se presentan en el consumo de contenidos y en la contratación electrónica[11] [12], siendo posible resaltar las siguientes deficiencias:

A nivel de transparencia, partiendo del contenido exigido por la normativa vigente, concretamente, en los arts. 13 y 14 del RGPD, prácticamente todos los puntos plantean carencias en la práctica.

Conforme a lo establecido en el citado art. 13, cuando los datos son obtenidos directamente del propio interesado, se facilitará la siguiente información, a fin de que éste conozca los términos en los que se desarrollará el tratamiento de sus datos personales:

- Identidad y datos de contacto del responsable de tratamiento y, en su caso, de su representante.

- Datos de contacto del delegado de protección de datos.

- Fines del tratamiento y base jurídica del tratamiento.

- En su caso, los intereses legítimos del responsable o de un tercero sobre los que pretende sustentarse el tratamiento de los datos personales.

11 De forma más reciente, a partir del Plan de Inspección de Oficio sobre contratación a distancia en operadores de telecomunicaciones y comercializadoras de energía.

12 Informe sobre políticas de privacidad en internet, adaptación al RGPD, publicado por la Agencia Española de Protección de Datos en septiembre de 2018.

- Destinatarios o categorías de destinatarios.

- Intención del responsable de transferir datos personales a un tercer país u organización internacional y la existencia o ausencia de una decisión de adecuación de la Comisión, o, en su caso, referencia a las garantías adecuadas o apropiadas y a los medios para obtener una copia de éstas o al lugar en que se hayan puesto a disposición.

- Periodo de retención o plazo durante el cual se conservarán los datos personales o, cuando no sea posible, los criterios utilizados para determinar este plazo.

- Derechos legales del interesado en materia de protección de datos.

- En su caso, la existencia del derecho a retirar el consentimiento en cualquier momento, sin que ello afecte a la licitud del tratamiento basado en el consentimiento previo a su retirada.

- Derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control.

- Si la comunicación de datos personales es un requisito legal o contractual, o un requisito necesario para suscribir un contrato, y si el interesado está obligado a facilitar los datos personales y está informado de las posibles consecuencias de no facilitar tales datos.

- Existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, y, en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado.

En aquellos casos en los que los datos no son obtenidos del propio interesado, además de la información anterior, se informará al interesado sobre los siguientes extremos:

- Categorías de datos personales de que se trate.

- Fuente de la que proceden los datos personales y, en su caso, si proceden de fuentes de acceso público.

El problema no radica únicamente en las carencias sobre en el contenido exigido por la normativa (colocándose a la cabeza la falta de mención sobre los destinatarios de los datos, así como la referencia a los plazos durante los cuales los datos serán objeto de tratamiento y conservación por el Responsable de Tratamiento; lo que, a su vez, deriva en un incumplimiento o cumplimiento

deficiente del principio de limitación del plazo de conservación), sino también sobre la forma de presentación de dicha información, en ocasiones, oscura e incomprensible para el usuario medio, o de forma vacía o excesivamente genérica, maquillando los textos a fin de dar una apariencia de legalidad; no permitiendo, ya sea de una u otra forma, conocer al interesado la extensión y condiciones del tratamiento.

A fin de evitar la llamada fatiga informativa, el antiguo Grupo de Trabajo del artículo 29 (GT 29), en sus Directrices sobre transparencia, recomienda que en el contexto online se presente la información a los usuarios en diferentes capas[13], al igual que se recoge en la LOPDGDD[14].

En ocasiones, podría incluso plantearse la situación de que el interesado tan siquiera conozca la existencia del tratamiento (como, por ejemplo, ocurre con la monitorización que se realiza a través de las cookies), ya sea porque no todas las finalidades aparecen correctamente identificadas en la política de privacidad o, directamente, porque se desarrollan en segunda instancia, reutilizándose los datos para otras finalidades diferentes de la/ original/ es, teniendo algunas de ellas una gran repercusión para el interesado, como sucede en el caso de tratamientos que impliquen decisiones automatizadas que produzcan efectos jurídicos o afecten significativamente al interesado, elaboración de perfiles o la aplicación de técnicas de scoring. Asimismo, deben tenerse en cuenta los supuestos en los que las organizaciones emplean técnicas para el enriquecimiento de los datos de sus sistemas mediante la combinación de diferentes fuentes de información, como ejemplifica la AEPD con la Base de Datos de Consumidores y Puntos de

13 Directrices sobre la transparencia en virtud del RGPD del Grupo de Trabajo del artículo 29, adoptadas el 29 de noviembre de 2017, revisadas por última vez y adoptadas el 11 de abril de 2018: "En concreto, el GT29 recomienda que se utilicen declaraciones/avisos de privacidad estructurados en niveles para enlazar con las distintas categorías de información que se debe facilitar al interesado, en lugar de mostrar toda esta información en un solo aviso en pantalla, a fin de evitar la fatiga informativa. Las declaraciones/ avisos de privacidad estructurados en niveles pueden ayudar a resolver la tensión entre la integridad y la comprensión, en particular al permitir que los usuarios naveguen directamente a la sección de la declaración/aviso que desean leer".

14 Art. 11 de la LOPGDD: "1. Cuando los datos personales sean obtenidos del afectado el responsable del tratamiento podrá dar cumplimiento al deber de información establecido en el artículo 13 del Reglamento (UE) 2016/679 facilitando al afectado la información básica a la que se refiere el apartado siguiente e indicándole una dirección electrónica u otro medio que permita acceder de forma sencilla e inmediata a la restante información. 2. La información básica a la que se refiere el apartado anterior deberá contener, al menos: a) La identidad del responsable del tratamiento y de su representante, en su caso. b) La finalidad del tratamiento. c) La posibilidad de ejercer los derechos establecidos en los artículos 15 a22 del Reglamento (UE) 2016/679. Si los datos obtenidos del afectado fueran a ser tratados para la elaboración de perfiles, la información básica comprenderá asimismo esta circunstancia. En este caso, el afectado deberá ser informado de su derecho a oponerse a la adopción de decisiones individuales automatizadas que produzcan efectos jurídicos sobre él o le afecten significativamente de modo similar, cuando concurra este derecho de acuerdo con lo previsto en el artículo 22 del Reglamento (UE) 2016/679. 3. Cuando los datos personales no hubieran sido obtenidos del afectado, el responsable podrá dar cumplimiento al deber de información establecido en el artículo 14 del Reglamento (UE) 2016/679 facilitando a aquel la información básica señalada en el apartado anterior, indicándole una dirección electrónica u otro medio que permita acceder de forma sencilla e inmediata a la restante información. En estos supuestos, la información básica incluirá también: a) Las categorías de datos objeto de tratamiento. b) Las fuentes de las que procedieran los datos".

Suministro (Base de Datos creada de acuerdo con lo establecido en el art. 7 del Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre) y proveedores externos de repertorios telefónicos.

Otro problema recurrente, se deriva de la recogida innecesaria de datos personales, tanto en aquellos casos en los que se captan, directamente, del interesado, como en aquellos en los que se obtienen a partir de otras fuentes, y, en este caso a su vez, se plantean problemas, tanto para quien recaba datos que pudieran considerarse excesivos a fin de personalizar la oferta para el interesado, como de las entidades que recaban datos innecesarios y que no se emplearán en sus procesos de negocio.

Respecto a los plazos de conservación, el problema detectado por la AEPD, no se agota con la ausencia o deficiencia de la debida información sobre los plazos de conservación o "criterios utilizados para determinar este plazo" en las políticas de privacidad, sino que se extiende a la aplicación efectiva del principio de conservación, pues las entidades carecen de políticas de retención y, aún contando con calendarios de conservación definidos, no los ejecutan. Asimismo, se presenta habitualmente la situación de que las entidades, en aquellos casos en los que amparan el tratamiento en el consentimiento del interesado, no bloquearan ni suprimirán los datos personales hasta que medie una petición por parte del interesado; no siendo ésta una práctica muy recomendable, aconsejándose por parte de la propia agencia que se realicen expurgos una vez haya transcurrido "un periodo de tiempo razonable" o "se implanten procedimientos de revisión periódica".

En el ámbito de la contratación online, nos encontramos ante una particularidad que complica la problemática legal, especialmente, en el ámbito de protección de datos de carácter personal, hablamos de la difuminación de las fronteras físicas y la consiguiente convergencia de diferentes ordenamientos jurídicos. Así, al margen del desconocimiento que pueda presentarse en los titulares de los datos, a nivel de las posibles transferencias internacionales[15] que se lleven a cabo sobre sus datos personales y, especialmente, de la repercusión que conlleva la ejecución de tratamientos transfronterizos en los que participan países sin un nivel de protección adecuado; e incluso, quizás, en algunas ocasiones, derivado de la pérdida de control sobre la cadena de suministro, un desconocimiento por parte de los propios responsables de tratamiento de la existencia de dichas transferencias internacionales; actualmente, nos encontramos con el problema añadido de la incertidumbre jurídica que genera que el marco del Escudo de Privacidad entre la

15 Tal como indica la AEPD: Las transferencias internacionales de datos suponen un flujo de datos personales desde el territorio español a destinatarios establecidos en países fuera del Espacio Económico Europeo (los países de la Unión Europea más Liechtenstein, Islandia y Noruega).

Unión Europea – Estados Unidad y Suiza haya quedado invalidado[16], el hecho de que se esté cuestionando la validez de las cláusulas contractuales tipo (opción hacia la que recurrieron la mayor parte de las organizaciones que se vieron afectadas por la anulación del Privacy Shield) y la sombra de que bajo la prerrogativa de la seguridad nacional, el Gobierno de Estados Unidos podrá acceder a la información albergada por todas las empresas norteamericanas con independencia de la localización de sus servidores[17].

De todos los supuestos anteriormente expuestos podrían derivarse graves problemas para la licitud del tratamiento, muy especialmente, en aquellos casos en los que el tratamiento pretenda sustentarse sobre el consentimiento del interesado, pues no debemos olvidar que dicho consentimiento deberá ser, en todo caso, informado. Conscientes de la problemática existente, la AEPD ha publicado, en septiembre de 2018, el "Decálogo para la adaptación al RGPD de las políticas de privacidad en Internet", de gran utilidad para una correcta elaboración (o, en su caso, adaptación a la normativa vigente) de las Políticas de Privacidad online.

Para finalizar, las referencias al cumplimiento de los principios rectores, deberá hacerse mención a la problemática que puede suponer en la contratación online ofrecer garantías sobre la identificación del interesado contratante, a fin de evitar supuestos de repudio e, incluso, suplantaciones de identidad (problema que persiste en los procesos posteriores a la contratación); la AGPD ha detectado una creciente inquietud en las organizaciones sobre la identificación del contratante y las soluciones técnicas para evitar suplantaciones de identidad, poniéndose sobre la mesa la utilización de tecnologías de reconocimiento facial y la firma manuscrita electrónica[18] y sus implicaciones legales, pues introduciría la utilización

16 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 16 de julio de 2020 (Asunto C-311/18), por la que se anula la Decisión 2016/1259 de la Comisión que declaraba el nivel adecuado de protección del esquema del Escudo de Privacidad (Privacy Shield) para las transferencias internacionales de datos a EEUU.

17 Ley de Aclaración del Uso Legal de Datos en el Extranjero (CLOUD Act) "Este proyecto de ley enmienda el código penal federal para especificar que un proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas (ECS) o servicios informáticos remotos (RCS) debe cumplir con los requisitos existentes para preservar, respaldar o divulgar el contenido de una comunicación electrónica o registros de no contenido o información perteneciente a un cliente o suscriptor, independientemente de si la comunicación o el registro se encuentran dentro o fuera de los Estados Unidos" (Aclaración de la Ley de Uso Legal de Datos en el Extranjero o la Ley CLOUD - https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/4943).

18 Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica: "La firma electrónica avanzada es la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede utilizar, con un alto nivel de confianza, bajo su exclusivo control".

de datos biométricos[19][20]. Así como el reto que conlleva asegurar la integridad de los documentos de contratación y la acreditación de ésta en sí misma.

b.-Respecto a las bases de legitimación del tratamiento:

Conforme a lo establecido en el art. 6 RGPD "el tratamiento solo será lícito si se cumple, al menos, una de las siguientes condiciones":

- Consentimiento del interesado.
- Necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales.
- Necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento.
- Necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física.
- Necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento.
- Necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero.

De la lectura del citado precepto, se descarta la aplicación al ámbito del comercio electrónico de ciertas bases de legitimación (interés vital y cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes *públicos* conferidos al responsable); entendiéndose que, en principio, el tratamiento de datos personales derivado de la transacción comercial se ejecutará al amparo de

19 Art. 4 apartado 14 RGPD: "Datos biométricos: datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos".

20 Plan de inspección de oficio sobre contratación a distancia en operadores de telecomunicaciones y comercializadores de energía de la AGPD - Recomendaciones: "Es importante que se utilicen sistemas con garantías adicionales del estilo de lo definido en el en la normativa del PSD2: autenticación reforzada del cliente (basada en la utilización de dos o más elementos categorizados como conocimiento -algo que solo conoce el usuario-, posesión -algo que solo posee el usuario– e inherencia - algo que es el usuario- (…) Puede interpretarse que de acuerdo con el art. 4 del RGPD el concepto de dato biométrico incluiría la identificación y la verificación/autenticación (verificación uno contra uno, verificación uno contra varios). Sin embargo y, con carácter general, los datos biométricos únicamente tendrán la consideración de categoría especial de datos en los supuestos en que se sometan a tratamiento técnico dirigido a la identificación biometría (uno a varios) y no en el caso de verificación/autenticación biométrica (uno a uno). No obstante, esta Agencia considera que se trata de una cuestión compleja, sometida a interpretación, respecto de la cual no se pueden extraer conclusiones generales, debiendo atenderse al caso concreto según los datos tratados, las técnicas empleadas para su tratamiento y la consiguiente injerencia en el derecho a la protección de datos (…)".

la ejecución de un contrato o, en su caso, del cumplimiento de las obligaciones del Responsable del Tratamiento, por ejemplo, en materia contable, fiscal o de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, entre otras. Pero, ¿Realmente se agotan las actividades de tratamiento con la transacción comercial? Es más, ¿Empieza el tratamiento de datos personales a partir de la petición de servicio o se han procesado datos con anterioridad?

En aquellos casos en los que los usos previstos de los datos personales vayan a exceder de la ejecución del contrato, la prestación del servicio contratado y del cumplimiento de las obligaciones legales, se precisará del sustento legal de otras bases de legitimación, como el interés legítimo del Responsable de Tratamiento (o, incluso, de un tercero) o el consentimiento del interesado.

Habida cuenta de que los problemas que pudieran derivarse del interés legítimo como base legal para el tratamiento, en esencia, no difieren demasiado de la problemática que pudiera presentar en el comercio offline, es decir, desequilibrio de intereses con prevalencia de los derechos de los interesados sobre el interés alegado por el Responsable de Tratamiento; merece la pena detenerse sobre el consentimiento del interesado como base de legitimación del tratamiento y, concretamente, sobre su adecuación a las premisas establecidas por el RGPD[21], esto es: libre, específico, informado e inequívoco; detectándose deficiencias en todas y cada una de las premisas mencionadas[22].

- En primer lugar, se plantean ciertas dudas sobre la libertad de otorgamiento del consentimiento del interesado[23], pues, en ocasiones, se aprecia cierto desequilibrio entre las partes al no poder apreciarse/ valorarse por el usuario el alto precio que está pagando por el uso de ciertos servicios o el acceso a ciertos contenidos digitales; a lo que debe añadirse un cada vez más generalizado "permiso inconsciente" del usuario[24], como sucede en el caso de los banners habilitados para la aceptación de las políticas de cookies.

21 Art. 4 apartado 11 RGPD "toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen".

22 Directrices 5/2020 sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, adoptadas el 4 de mayo de 2020 por el Comité Europeo de Protección de Datos.

23 Quedando aún pendiente determinar la incidencia que tendrá en el ámbito de la protección de datos y de sus clausulados "la lucha librada durante las últimas épocas por aflorar las cláusulas abusivas y lograr su supresión de los contratos (...)". La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y a nueva Directiva de suministro de contenidos digitales). De Barrón Arniches, P.: "La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales)", Cuadernos Europeos de Deusto, núm. 61, 2019, p.59.

24 Ibidem, p.56.

- Respecto al carácter específico que debe predicarse del consentimiento, la normativa exige cierta granularidad, es decir, otorgar al usuario la posibilidad de aceptar el tratamiento de forma selectiva e independiente para cada una de las finalidades y rehusar de la típica formula genérica "he leído y acepto el tratamiento de mis datos personales".

- Sin entrar a analizar cada uno de los aspectos esenciales[25] que requieren para hablar de consentimiento informado, es posible concluir que las carencias señaladas a nivel de transparencia en el apartado anterior nos conducen al incumplimiento de la tercera premisa.

- Por último, quedaría pendiente valorarse el carácter inequívoco del consentimiento (entendido como acción afirmativa), tratándose con toda probabilidad de uno de los principales desafíos para la adecuación a la normativa de los medios de obtención del consentimiento en el entorno online, pues el uso de casillas premarcadas, la redacción de los clausulados presuponiendo la aceptación y requiriendo de una acción para desistir u oponerse al tratamiento, las deficiencias en la identificación de las acciones de las que se desprenderá la aceptación o el uso del consentimiento diferido[26], continúan lastrando el cumplimiento de la normativa de protección de datos en el mundo digital.

Al igual que ocurría en el caso de la presentación de la debida información a través de las Políticas de Privacidad, el Responsable de Tratamiento debe prestar especial atención al diseño y a la forma en la que presenta a los interesados los mecanismos de consentimiento, evitando ambigüedades, clarificando el medio o acción de la que se inferirá el consentimiento e intentando evitar la fatiga del usuario, ya que tal y como señala el Comité Europeo de Protección de Datos[27]: "En el ámbito digital, muchos servicios requieren datos personales para funcionar, de ahí que los interesados reciban cada día múltiples solicitudes de consentimiento que requieran una respuesta mediante un clic o deslizando el dedo por la pantalla. El

25 Directrices 5/2020 sobre el consentimiento…:
"i. la identidad del responsable del tratamiento,
ii. el fin de cada una de las operaciones de tratamiento para las que se solicita el consentimiento,
iii. qué (tipo de) datos van a recogerse y utilizarse,
iv. la existencia del derecho a retirar el consentimiento,
v. información sobre el uso de los datos para decisiones automatizadas de conformidad con el artículo 22, apartado 2, letra c), cuando sea pertinente, e
vi. información sobre los posibles riesgos de transferencia de datos debido a la ausencia de una decisión de adecuación y de garantías adecuadas, tal y como se describen en el artículo 46".
En idénticos términos, Considerando 42 del Reglamento (UE) 2016/679.

26 Aún tras la plena aplicación del Reglamento (UE) 2016/679 (25/05/2018) la Agencia Española de Protección de Datos, en su Guía sobre el uso de cookies, recogió el consentimiento diferido como un medio válido para expresar por el usuario su conformidad al uso de cookies. Dicha postura se corrigió, alineándose con el concepto de consentimiento inequívoco recogido por la normativa, en una segunda edición de la Guía sobre el uso de cookies publicada por el mismo organismo en 2020.

27 Ibidem.

resultado puede ser que el interesado se canse de hacer clic: si aparece demasiadas veces, el efecto real de advertencia de los mecanismos de consentimiento se va perdiendo. En consecuencia, las preguntas sobre consentimiento ya no se leen. Esto supone un riesgo especial para los interesados, ya que, habitualmente, el consentimiento se pide para acciones que son, en principio, ilegales sin dicho consentimiento. El RGPD impone a los responsables la obligación de desarrollar maneras de abordar este tema".

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, cuando nos enfrentemos a un tratamiento que implique categorías especiales de datos, se precisará de un consentimiento "explícito"[28], cobrando especial relevancia ante la proliferación del uso de técnicas que implican el uso de datos biométricos para asegurar la identidad del interesado y evitar el repudio de la contratación (en esencia, reconocimiento facial y firma manuscrita electrónica).

Para finalizar, en lo que al consentimiento se refiere, deben tenerse en cuenta dos últimas notas predicables del consentimiento:

- De un lado, su carácter revocable, conforme a lo establecido en el artículo 7 apartado 3 RGPD[29], clarificando el Comité Europeo de Protección de Datos las garantías a tener en cuenta en el mundo online al señalar en las ya citadas directrices sobre el consentimiento "cuando el consentimiento se obtenga por medios electrónicos mediante un único clic del ratón, deslizando el dedo por una pantalla o pulsando una tecla, los interesados deben poder, en la práctica, retirar su consentimiento de manera igualmente sencilla. Cuando el consentimiento se obtenga mediante el uso de una interfaz de usuario específica de algún servicio, [por ejemplo, a través de un sitio web, una aplicación, una cuenta de inicio, una interfaz de un dispositivo de IdC (internet de las cosas) o por correo electrónico], no hay duda de que el interesado debe poder retirar el consentimiento a través de la misma interfaz electrónica, ya que cambiar a otra interfaz con el único fin de retirar el consentimiento requeriría un esfuerzo injustificado".

28 Ibidem: "El término explícito se refiere a la manera en que el interesado expresa el consentimiento. Significa que el interesado debe realizar una declaración expresa de consentimiento. Una manera evidente de garantizar que el consentimiento es explícito sería confirmar de manera expresa dicho consentimiento en una declaración escrita. Cuando proceda, el responsable podría asegurarse de que el interesado firma la declaración escrita, con el fin de eliminar cualquier posible duda o falta de prueba en el futuro. No obstante, dicha declaración firmada no es el único modo de obtener el consentimiento explícito y no puede decirse que el RGPD prescriba declaraciones escritas y firmadas en todas las circunstancias que requieran un consentimiento explícito válido. Por ejemplo, en el contexto digital o en línea, un interesado puede emitir la declaración requerida rellenando un impreso electrónico, enviando un correo electrónico, cargando un documento escaneado con su firma o utilizando una firma electrónica".

29 Art. 7 apartado 3 RGPD: "El interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento. La retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada. Antes de dar su consentimiento, el interesado será informado de ello. Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo".

- De otro lado, que el principio de responsabilidad proactiva exige a los responsables del tratamiento la capacidad de acreditar sus niveles de cumplimiento, aspecto que alcanzaría a la acreditación de la obtención en sí misma del consentimiento, del alcance de dicho consentimiento y de la información proporcionada al interesado/ titular de los datos; detectándose, en demasiadas ocasiones, una absoluta incapacidad de los responsables para evidenciar cuándo y como se obtuvo el consentimiento.

IV.- EL DATO COMO ACTIVO

Cada vez en mayor medida, todo tipo de organizaciones con independencia de su tamaño y sector de actividad van otorgando un mayor peso a la información y a los datos personales como valor estratégico y activo esencial sobre el que, no sólo, se sustentaran sus procesos de negocio, sino que, a su vez, posibilitará la optimización de dichos procesos y mejorará su competitividad, contribuyendo, en definitiva, en la obtención de mejores resultados.

Recuperando la referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional alemán en la que situamos el origen del derecho a la protección de datos en el ámbito europeo "un dato carente en sí mismo de interés puede cobrar un nuevo valor de referencia, y en esa medida ya no existe, bajo las condiciones de elaboración automática de datos, ningún datos sin interés"[30], dejando así patente la potencialidad y el valor de los datos; lo que nos sitúa ante un escenario de mercantilización de los datos, en el que las organizaciones son consumidoras de datos y, como tales, aceptan el dato como medio de pago.

Un conjunto de datos correctamente estructurado enriquecerá los procesos de toma de decisiones de las organizaciones, redundando en el logro de los objetivos y la obtención de mejores resultados, pues nos permitirá adecuar la oferta al consumidor, estudiar y subsanar las deficiencias del servicio y proceder a su optimización; incluso, a través de la utilización de tecnologías como Big Data seremos capaces de adelantarnos y predecir futuras necesidades y tendencias del mercado; así, por ejemplo, encontramos la serie "House of Cards" producida por la plataforma Netflix a partir de los resultados obtenidos de un algoritmo de análisis de los gustos y preferencias que habían venido mostrando sus propios usuarios; o, como la cadena de supermercados americanos Walmart descubría, a través de la minería de datos, un curioso patrón de ventas que consistía en que las ventas de tartas de fresa se multiplicaban por siete antes de un huracán.

30 El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información. Herrán Ortiz A.I.: "El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información" Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm. 26, 2003, p. 14. Traducción de Daranas Peláez, M.: "Jurisprudencia constitucional extranjera. Tribunal Constitucional alemán. Ley del Censo". Boletín de Jurisprudencia Constitucional, núm. 33, 1984, p. 155.

Si bien es el mercado digital donde se produce la captación de esas informaciones, y, en general, donde se consume dicha información, finalmente, cualquier tipo de organización podrá convertirse en consumidora de datos, pues las técnicas de data science permitirá extraer información muy valiosa para todo tipo de organizaciones. Aunque, en ocasiones, se trabaja sobre datos estadísticos (e, irreversiblemente, disociados), las organizaciones deben prestar especial atención al origen legítimo de dichos datos y, en su caso, al cumplimiento de los requerimientos/ deberes de información que se establecen para con el interesado, cuando los datos no hayan sido proporcionados por el propio interesado.

Como consecuencia de ese creciente interés de las organizaciones en los datos personales, se vienen planteando numerosos contenidos y servicios a los que el usuario accede de forma gratuita o, mejor dicho, sin contraprestación económica, hablándose del dato personal como medio de pago y dándose la circunstancia de que el usuario, en gran parte de los casos, no es ni mínimamente consciente, no sólo de la repercusión de la difusión de los datos (sobre-exposición en redes sociales), sino que tampoco son conscientes "de que los facilitan ni para qué exactamente; la imposible equivalencia entre dinero y datos, pues dar los *últimos no priva al titular de darlos a otra persona ni es posible determinar el valor generado* con sus datos, a efectos de la obligación de restitución"[31].

La generalización de internet y, muy especialmente, del uso de los smartphones, conlleva a su vez la generalización de aplicaciones como Google, Gmail, Facebook, Instragram, Tik Tok, Wallapop, y un largo etcétera, que ofrecen servicios gratuitos a los usuarios, a los que deben añadirse múltiples dispositivos electrónicos y aplicaciones informáticas vinculadas a dichos dispositivos permanentemente receptivas a la captación de todo tipo de informaciones: localización, constantes vitales, actividad física, consumos, contactos, intereses, etcétera; pero, ¿Son realmente gratuitos estos servicios?, ¿Cómo obtienen sus grandes resultados estas organizaciones? La respuesta está en la venta de datos generales sobre los usuarios, sobre sus intereses, su actividad en la red. Pero, ¿Sabemos exactamente qué tipo de datos se venden? Gran parte de las políticas de privacidad que se examinaron por la AEPD, coinciden en que la cesión de datos hacia terceros versará sobre datos anónimos; no obstante, debe tenerse en cuenta que la aparición y el uso de técnicas como Big Data conlleva un gran riesgo de reidentificación de los interesados[32].

31 Sancho López, M.: "El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?", *InDret* 1, 2018.

32 González Guerrero, L. D.: "Control de nuestros datos personales en la era del Big Data: el caso del rastreo web de terceros", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 21, núm. 1, 2019, pp. 209-244. Universidad del Rosario – "(…) existen diversos estudios que demuestran la facilidad de correlacionar datos para particularizar una persona y conocer diversos aspectos de su vida privada, como opiniones y creencias políticas".

La mercantilización de los datos ha conllevado la aparición de novedosas profesiones, como son los data brokers o corredores de información, cuya actividad consiste en la recopilación de datos personales que, posteriormente, venderán, y, por consiguiente, nuevos mercados, los llamados "Data Marketplace"; tratándose de un negocio en pleno despegue y cuyo volumen de negocio se situó en 2019 en los 26 billones de dólares[33].

Así, ante esta creciente mercantilización de los datos personales, su valor indeterminado y la inconsciencia de los usuarios sobre captación, el legislador europeo ha incorporado en la normativa relativa a contratos de suministro de contenidos y servicios digitales mención expresa al dato como medio de pago[34], extremo que parece entrar en colisión con lo establecido en el artículo 7 apartado 4 RGPD respecto a las condiciones para el consentimiento cuando señala que, al analizar la libertad del consentimiento "se tendrá en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato"[35]; planteándose por ello como reto añadido a los derivados del uso de tecnologías emergentes, la conjugación entre la nueva realidad del dato como medio de pago y su debida protección.

La Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019 tiene su transposición en el ordenamiento jurídico nacional, a través del Real Decreto – ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores; que entrará en vigor el 1 de enero de 2022, pretendiendo dar respuesta a una realidad cada

33 Daria R.: "El futuro de los mercados de datos", 31 de diciembre de 2019, https://rubygarage.org/blog/big-data-marketplaces

34 Ver art. 3 apartado 1 de la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales "La presente Directiva también se aplicará cuando el empresario suministre o se comprometa a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y este facilite o se comprometa a facilitar datos personales al empresario, salvo cuando los datos personales facilitados por el consumidor sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales con arreglo a la presente Directiva o para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que está sujeto, y el empresario no trate esos datos para ningún otro fin".

35 Pronunciamiento que se recoge en el art. 6 apartado 3 LOPDGDD: "No podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual".

vez más generalizada, tal y como señala en su Exposición de Motivos[36], y extender la aplicación de la protección de la normativa de consumo a esta nueva realidad[37].

El uso que se prevé realizar de esos datos personales objeto de comercio, su potencialidad y las implicaciones que pueden derivarse para los propios titulares de los datos personales son, en gran medida, desconocidas; planteándose como un nuevo reto para el legislador, que deberá conjugar los ámbitos de protección, tanto de la normativa de protección de datos de carácter personal como de la normativa de consumo[38]; pues más allá de un inocente perfilado para ofrecernos el producto que más se ajusta a nuestros intereses, deberíamos plantearnos si ese conocimiento tan profundo que puede alcanzarse del sujeto a través de los numerosos datos que, de una u otra forma, lanzamos a la red permitirá:

- Determinar qué vamos a hacer o como vamos a actuar dadas ciertas circunstancias.

- Determinar si serán capaces de condicionar nuestras elecciones.

- Y si podrán afectar a diferentes ámbitos de nuestra vida personal y profesional, generándose problemas de discriminación a partir del análisis de nuestros datos personales, como podría ser la pérdida de oportunidades laborales o las negativas de contratación de servicios financieros o de aseguramiento, entre otros.

Esa diversidad de usos y las consecuencias que pueden presentarse para los titulares de los datos, especialmente, el hecho de que se esté sobrepasando la línea del perfilado hacia el condicionamiento, debería de centrar el debate sobre el ordenamiento jurídico actual y los necesarios límites que deben imponerse ante una situación, cuanto menos, preocupante; pero, es difícil obtener protección de

36 Exposición de Motivos del Real Decreto- Ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención de blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores: "Esta modalidad, cada vez más habitual en el mercado digital, debe tener en cuenta que la protección de datos personales es un derecho fundamental, por lo que los datos personales no pueden considerarse mercancía y su tratamiento debe cumplir las obligaciones aplicables e conformidad con 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE".

37 Ibidem: "Estos contratos han cobrado gran relevancia en los últimos años, sin que la normativa de consumo se haya adaptado a sus particularidades. En este contexto, es preciso tener en cuenta que los contenidos o servicios digitales se suministran también cuando el consumidor no paga un precio como tal, pero facilita datos personales al empresario. Estos contratos no cuentan en la actualidad con regulación específica, pues la consideración tradicional de contrato no contemplaba estos supuestos. Es por ello urgente y necesario cubrir este vacío, tanto por la necesidad de tener un marco jurídico estable y armonizado a nivel de la Unión Europea al respecto, como por la necesidad de ofrecer a los consumidores o usuarios una protección integral en sus distintas formas de contratación".

38 Helberger, N.: "Profiling and targeting consumers in the Internet of Things - A new challenge for consumer law", 6 de febrero de 2016. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2728717

quien puede verse beneficiado por la situación, pues solo hace falta recordar la particularidad que supone que un ordenamiento jurídico en el que se estima que el consentimiento expreso de los interesados no será suficiente para levantar la prohibición general de tratamiento de ciertos datos de categorías especiales (entre ellos, aquellos relativos a la ideología)[39], diese a su vez cabida a que los partidos políticos pudiesen recopilar información de páginas web y redes sociales, elaborar bases de datos y contactar con los interesados afectados, sin su consentimiento previo. Dicha prerrogativa concedida a los partidos políticos llego al Tribunal Constitucional[40], que, dando prevalencia al derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, determinó que, si bien es lícito que los partidos políticos conozcan las tendencias de la población para decidir su estrategia y agenda política, en ningún caso podrá entenderse que esos "legítimos intereses" amparen tratamientos abusivos, desproporcionados y tendentes a orientar la voluntad del electorado[41].

Lo anterior, perfectamente, podría trasladarse al ámbito privado y deja patente que la tendencia actual sobrepasa el interés de las organizaciones de, simplemente, conocer ciertas informaciones sobre la población (ya sea en su conjunto o referida a un público concreto de un producto/ servicio); enfocándose los esfuerzos hacia predecir, determinar y controlar el comportamiento humano, pasando esta capacidad prácticamente desapercibida para gran parte de la población[42]; debiendo plantearnos una última pregunta, ¿Consumimos, escuchamos, vemos, leemos lo que queremos? Y más importante aún, ¿Podemos ver la realidad por nosotros mismos o solo vemos lo que nos muestran? ¿Tenemos un pensamiento propio o condicionado?

Para finalizar y, en cierta medida sino afianzar si al menos dotar de contenido las preguntas anteriormente planteadas y traerlas desde la ciencia ficción a la

39 Art. 9 apartado 1 LOPDGDD: "A los efectos del artículo 9.2.a) del Reglamento (UE) 2016/679, a fin de evitar situaciones discriminatorias, el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico. (…)".

40 STC 76/2019, de 22 de mayo 2019, (RTC 2019,76). Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo respecto del apartado primero del art. 58 bis de la LOPDGDD, del régimen electoral general, incorporado por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. Protección de datos personales, principio de seguridad jurídica, vertiente negativa de la libertad ideológica y derecho a la participación política: nulidad del precepto legal que posibilita la recopilación por los partidos políticos de datos personales relativos a las opiniones políticas de los ciudadanos.

41 Circular 1/2019, de 7 de marzo, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales relativos a opiniones políticas y envío de propaganda electoral por medios electrónicos o sistemas de mensajería por parte de partidos políticos, federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores al amparo del artículo 58 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

42 Schneier, B.: Datos y Goliat. Las batallas ocultas para recopilar tus datos y controlar tu mundo, 2015. Nueva York: WW Norton & Company: "la manipulación psicológica, basada en la información personal y en el control de los sistemas, solo mejorará. Peor aún, será tan buena, que no nos daremos cuenta de su presencia".

realidad, nada mejor que un claro ejemplo real, tanto de la potencialidad de los datos personales estructurados como del interés que despiertan en todo tipo de organizaciones y de la falta de conocimiento y de control sobre su uso por parte de los interesados: el escándalo de Cambridge Analytica. En 2013, la entidad Cambridge Analytica promovió, a través de la aplicación Facebook, el desarrollo de un test de personalidad a través del que se recopilaron datos de más de 250.000 personas, en general, ciudadanos americanos y, a su vez, de los contactos de éstos (sin el consentimiento de éstos últimos), concretamente, se captaron datos sobre actualizaciones de estados, "likes", e, incluso, mensajes privados, con un alcance final estimado del 15% de la población de Estados Unidos. Los datos obtenidos a través del citado test, posteriormente, fueron vendidos a una tercera entidad que, usando técnicas de perfilado, logró perfiles psicológicos que resultaron de vital importancia para una última y preocupante acción, el condicionamiento del voto de los afectados a través del llamado "dominio informativo", durante la campaña a la presidencia norteamericana que enfrentó a Donald Trump como Hillary Clinton. Ese dominio informativo, conforme a las explicaciones dadas desde la propia entidad, es invisible e imperceptible, y consiste en controlar todas las fuentes de información que rodean al sujeto, y de esta forma influir en la forma en la que se comportarán y reaccionaran, esto es, en que votarán.

V.- CONCLUSIÓN

A mi juicio, el uso masivo continuo de internet y de aplicaciones ofreciendo servicios gratuitos a los usuarios conlleva una obtención de todo tipo de información indirecta para las organizaciones sin que los consumidores sean conscientes de la importancia que tienen sus datos como materia prima, convirtiéndose actualmente, su tratamiento en mercancía para las empresas, por ello, es urgente que el suministro de contenidos digitales cuente a su vez con regulación específica que garantice los derechos de los consumidores o usuarios en este ámbito pero interrelacionada a la vez con la regulación específica de la protección de datos, de manera tal que no se consiga influir en el comportamiento del ser humano cuando consume.

LA PROTECCIÓN DEL USUARIO EN EL JUEGO ONLINE

USER PROTECTION IN ONLINE GAMING

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 714-731

Marta VIEDMA
ANSA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: En los últimos años se ha producido un impresionante auge de las actividades relacionadas con el contrato de juego y apuesta, especialmente en la modalidad online. En la oferta masiva de juegos, las empresas comercializan la participación y son ellas las que diseñan y estructuran las ganancias y pérdidas, limitándose los participantes (consumidores), simplemente a adherirse a la oferta. La mecánica de estos contratos de adhesión, a largo plazo, solo beneficia a los operadores de juegos de azar, situando a los participantes en una situación de desequilibrio respecto al operador. Por todo lo expuesto, es necesario aspirar a una normativa integral para que los operadores en sus actuaciones y en la redacción de las cláusulas y Condiciones Generales, atiendan a los principios de legalidad, de información, de utilidad de la información y de responsabilidad.

PALABRAS CLAVE: Alea, Azar, Cláusula abusiva, Contrato de adhesión, Ley del Juego, Juego online.

ABSTRACT: *The work studies user protection in online gambling contracts. In recent years, there has been an increase in activities related to the gambling and betting contract, especially in the online mode. In the massive offer of gambling and betting, the companies commercialize the participation, and design and structure the gains and losses. The participants (consumers) just stick to the offer. The mechanics of these adhesion contracts, in the long term, only benefit gambling operators, placing the participants in a situation of imbalance with respect to the operator. Therefore, it is necessary to aspire to comprehensive regulations so that operators, in their actions and in the drafting of the clauses and General Conditions, act in accordance with the principles of legality, information, usefulness of information and responsibility.*

KEY WORDS: *Alea, Abusive clause, Adhesion contract, Gambling law, Gaming, Online gambling.*

SUMARIO.- I. JUEGO Y AZAR. II. CONTEXTO NORMATIVO III. EL FACTOR DEL AZAR EN LOS CONTRATOS ALEATORIOS IV. PROBLEMÁTICA EN TORNO AL CONTRATO DE JUEGO: EL CONTRATO DE ADHESIÓN. V. LA PROTECCIÓN DEL USUARIO EN LAS COMUNICACIONES COMERCIALES DE LAS ACTIVIDADES DE JUEGO HACIA UNA NORMATIVA INTEGRAL EN LA PROTECCIÓN DEL USUARIO EN EL JUEGO ONLINE

I. JUEGO Y AZAR

En los últimos años se ha producido un impresionante auge de las actividades relacionadas con el contrato de juego y apuesta tanto en las modalidades presencial como online, siendo esta última la que ha experimentado un enorme repunte. Muchos factores inciden en este incremento de la contratación de juegos, apuestas y azar en general: la publicidad, la liberalización del sector, la facilidad de acceso online, el cambio en la percepción del deporte y de la comercialización de sus resultados, la pérdida de la calificación de actividades prohibidas… Además, con el tiempo, el juego y la apuesta que podían tener un componente social y puramente lúdico, han ido perdiendo esa connotación y hoy la motivación primordial del que participa en el juego se encuentra en el aspecto económico y no en el aspecto social[1].

Desde una perspectiva sociológica, puede decirse que coexisten en la sociedad dos visiones del juego; para la primera el juego se percibe como un mero entretenimiento que permite entablar relaciones sociales positivas y dar cauce al desarrollo de habilidades personales de diversa índole. Según una segunda perspectiva el juego en los adultos se entiende como una práctica inútil y generadora de desasosiegos y problemas y de escasa o nula satisfacción duradera. Estas dos visiones se corresponden con dos realidades en el ámbito del juego; las separa la misma línea que diferencia el juego responsable del que no lo es y también la que separa el juego saludable del juego problemático que puede llegar a ser patológico[2].

La generalización de las modernas tecnologías de la información ha situado en la mano de casi todos los ciudadanos la posibilidad de acceder a múltiples formas de juego online, con apuesta o sin ella, con dinero o sin él. Casinos siempre

1 Algarra Prats, E.: *El contrato de juego y apuesta,* Dykinson, Madrid, 2012, pp. 11 – 15.

2 Barroso Benítez, C.: *Las bases sociales de la ludopatía* (tesis doctoral), Universidad de Granada, 2003, pp. 127-128.
Disponible en: https://digibug.ugr.es/handle/10481/635, última vez consultado el 15 de noviembre de 2021.

• Marta Viedma Ansa
Investigadora predoctoral
Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Pública de Navarra
viedma.106182@e.unavarra.es

abiertos y accesibles desde cualquier espacio o lugar con internet representan un escenario abonado para la masiva participación en juegos y apuestas.

Cuando el juego empieza a suscitar la ilusión de un rápido y fácil enriquecimiento y evoca formas de rivalidad en las que el jugador se siente atraído por la tensión que mezcla sanción y recompensa y en la que el azar aparece como un elemento especial, que el jugador cree poder controlar y hasta ganar, se está ya en el territorio del juego problemático. Los problemas del juego se presentan normalmente en los juegos de azar con remuneración económica y en general puede decirse que el carácter oneroso es el factor que precipita su conversión en anómalo.[3]

El juego en general es cualquier actividad en la que un individuo arriesga un objeto o algo de valor, por lo general, dinero, a cambio de la posibilidad de conseguir otro objeto o dinero de valor superior. La Dirección General del Juego define el juego como la actividad en la que, con el fin de obtener premio, se arriesga dinero u otros objetos económicamente evaluables sobre resultados futuros e inciertos dependientes, en alguna medida, del azar y con independencia de que predomine en ellos el grado de destreza de los jugadores[4]. En casi todos los tipos de juegos intervienen factores de azar, pero en los juegos de técnica el respeto a unas reglas, la capacidad y el entrenamiento de los participantes son determinantes del resultado[5]. En el juego profesional es un jugador de ventaja el que dispone de información privilegiada (un corredor de apuestas en carreras de caballos o un corredor de la bolsa de valores), los riesgos están medidos y limitados y la disciplina es central, por lo cual la destreza del sujeto ocupa un lugar prioritario respecto al factor azar.

Es sólo en los juegos que son estrictamente de azar –de absoluta alea- donde existe una independencia entre la conducta del sujeto y el éxito o fracaso final. Y son precisamente estos juegos en los que el azar juega un mayor papel (o todo) aquéllos que despiertan mayor atractivo y en los que las probabilidades de entrar

3 García Ruiz, P.: *et al*., "Consumos de riesgo: menores y juegos de azar online. El problema del "juego responsable"*, Política y Sociedad,* vol. 53, núm. 2, 2016, p. 562: Sin duda, los juegos de azar generan beneficios económicos para el Estado, ya sea por los ingresos procedentes de impuestos o por la creación de puestos de trabajo. Pero tales beneficios llevan asociados diversos tipos de costes no sólo económicos sino también sociales. Entre estos cabe destacar, por un lado, problemas asociados al juego en general, que incluyen conductas delictivas, como el fraude y la malversación, y también una mayor incidencia de suicidios, rupturas familiares, suspensiones de pagos, quiebras, etc.; y, por otro lado, problemas asociados al juego patológico, como el mayor riesgo de padecer alcoholismo, de cometer delitos relacionados con drogas o de violencia doméstica".

4 En definición de la Dirección General de Ordenación del Juego (DCOJ) de España: Juego es la actividad en la que, con el fin de obtener premio, se arriesga dinero u otros objetos económicamente evaluables sobre resultados futuros e inciertos dependientes, en alguna medida, del azar y con independencia de que predomine en ellos el grado de destreza de los jugadores.
Disponible en https://www.ordenacionjuego.es/es/juego-participantes, última vez consultado el 15 de noviembre de 2021.

5 Así, por ejemplo, en el ajedrez, el azar se limita a la posibilidad de jugar blancas o negras; el resto es habilidad, técnica e inteligencia.

en el juego problemático se incrementan. La creencia de tener alguna posibilidad de conocer el resultado del azar sea por la vía de un "cálculo de probabilidades" o por la de la mera superstición, suscita un mágico atractivo en muchos jugadores que erróneamente perciben que tienen más probabilidades que los demás participantes en el juego[6].

El auge de la participación en juegos de azar y apuestas y la proliferación de los cauces por los que se puede tener acceso a participar en los mismos, ha revelado una problemática preocupante que se manifiesta fundamental aunque no únicamente en los jóvenes[7]. El usuario, merece ante un panorama como el que hoy presenta el juego en España una atención especial.

II. CONTEXTO NORMATIVO

En España la concepción del juego ha cambiado de forma sustancial. El contrato de juego y apuesta presenta en la actualidad una regulación en el Código civil (arts. 1798 a 1801) desfasada y desbordada por la regulación del juego en Ley especial, en concreto por la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego (LRJ).

El objeto de esta Ley es la regulación de la actividad de juego en sus distintas modalidades, que se desarrolle en el ámbito estatal con el fin de garantizar la protección del orden público, luchar contra el fraude, prevenir conductas adictivas, proteger los derechos de los menores y salvaguardar los derechos de los participantes en los juegos. Regula, en particular, la actividad de juego cuando se realiza a través de canales electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos, en la que los medios presenciales tienen un carácter accesorio, es decir, regula principalmente las actividades de juego que se realizan en la modalidad online.

La LRJ protege al usuario mediante la limitación o prohibición de determinadas actividades privadas. En su artículo 6 apartado primero, recoge tres supuestos de prohibición objetiva de actividades de juego. En primer lugar, aquellas actividades que por su naturaleza o por la razón de su objeto, atenten contra la dignidad de las personas, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, contra los derechos de la juventud y de la infancia o contra cualquier derecho o libertad reconocido constitucionalmente. En segundo lugar, las actividades que se

6 En el juego patológico, o ludopatía, la actividad parece dirigida a controlar las leyes del azar, es recurrente y origina en forma progresiva diferentes trastornos en la vida personal y social del sujeto afectado.

7 Megías Quirós, I.: "Jóvenes, juegos de azar y apuestas, una aproximación cualitativa*", FAD, Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud*, Madrid, 2020, p. 7.
Disponible en: https://www.adolescenciayjuventud.org/publicacion/jovenes-juegos-de-azar-y- apuestas/, última vez consultado el 15 de noviembre de 2021.
Asimismo, Pérez Camarero, S.: "Juventud y juegos de azar. Una visión general del juego en los jóvenes", *Instituto de la Juventud*, Madrid, p. 3.
Disponible en: http://www.injuve.es/observatorio/ocio-y-tiempo-libre/juventud-y-juegos-de-azar- una-vision-general-del-juego-en-los-jovenes, última vez consultado el 15 de noviembre de 2021.

fundamenten en la comisión de delitos, falta o infracciones administrativas. Y, por último, aquellas que recaigan sobre eventos prohibidos por la legislación vigente.

Además, en su apartado segundo, se ha dado un paso más y se ha recogido una lista de consideraciones subjetivas, con el fin de proteger a algunos grupos de usuarios de los efectos perniciosos del juego, y, con el objetivo de perseguir la integridad del mismo, evitando que aquellos que están directamente implicados en el juego puedan participar y empañar, en su caso, la limpieza de las competiciones o del papel fundamental del regulador del juego.[8] Por ello, desde un punto de vista subjetivo, se prohíbe la participación en los juegos objeto de la LRJ a:

Los menores de edad y los incapacitados legalmente o por resolución judicial, de acuerdo con lo que establezca la normativa civil, y las personas que voluntariamente hubieren solicitado que les sea prohibido el acceso al juego o que lo tengan prohibido por resolución judicial firme.

Los accionistas, propietarios, partícipes o titulares significativos del operador de juego, su personal directivo y empleados directamente involucrados en el desarrollo de los juegos, así como sus cónyuges o personas con las que convivan, ascendientes y descendientes en primer grado, en los juegos que gestionen o exploten aquéllos, con independencia de que la participación en los juegos, por parte de cualquiera de los anteriores, se produzca de manera directa o indirecta, a través de terceras personas físicas o jurídicas.

Los deportistas, entrenadores u otros participantes directos en el acontecimiento o actividad deportiva sobre la que se realiza la apuesta, y los directivos de las entidades deportivas participantes u organizadoras respecto del acontecimiento o actividad deportiva sobre la que se realiza la apuesta.

Los jueces o árbitros que ejerzan sus funciones en el acontecimiento o actividad deportiva sobre la que se realiza la apuesta, así como las personas que resuelvan los recursos contra las decisiones de aquellos.

El presidente, los consejeros y directores de la Comisión Nacional del Juego, así como a sus cónyuges o personas con las que convivan, ascendientes y descendientes en primer grado y a todo el personal de la Comisión Nacional del Juego que tengan atribuidas funciones de inspección y control en materia de juego. Y, por último, cualesquiera otras personas que una norma pueda establecer.

Con el fin de garantizar la efectividad de las prohibiciones subjetivas, recae en la Comisión Nacional del Juego, el establecimiento de las medidas que, de

8 AA.VV.: *En torno al Juego de Azar. Actividad, Regulación y Actores* (dirigido por Alberto Palomar Olmeda), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 396.

acuerdo con la naturaleza del juego y potencial perjuicio para el participante, puedan exigirse de los operadores para la efectividad de las mismas.

Por su parte, en la normativa que rige la defensa de consumidores y usuarios se hace referencia expresa al juego online en sede de contratos a distancia. Expresamente el art. 93 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su apartado c) excluye de su ámbito de aplicación sobre contratos celebrados a distancia: "los contratos de actividades de juego por dinero que implique apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, los juegos de casino y las apuestas". Por lo que la protección de los consumidores en el juego online se regula actualmente por los principios que recoge el art. 8 de la Ley del Juego[9]. Este precepto titulado "La protección de los consumidores y políticas de juego responsable" dispone una serie de principios que deberán tenerse en cuenta para la explotación de los juegos online. No aporta nada más, dejando la responsabilidad de la elaboración y el cumplimiento de dicho mandato (con abundantes conceptos jurídicos indeterminados) en manos de la industria del juego. Por otro lado, el art. 7 de la LRJ remite, en materia de publicidad de los juegos online, a la aprobación de un reglamento posterior para establecer las condiciones de la actividad publicitaria y sus límites.

Por ello, sin perjuicio del marco normativo y de corregulación preexistente, resultó necesario desarrollar el Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego, con el fin de reforzar la exigibilidad y el alcance material del marco actualmente aplicable a las actividades publicitarias de la totalidad de los operadores de juego de ámbito estatal, y a las actuaciones en materia de juego seguro o responsable llevadas a cabo por estas entidades. Esta norma tiene por objeto el desarrollo de los artículos 7 y 8 de la Ley 13/2011 de 27 de mayo, de regulación del juego, y responde a una clara vocación de protección de la salud pública, de los menores de edad, de los consumidores y de la sociedad en su conjunto.

9 Artículo 8 LRJ. La protección de los consumidores y políticas de juego responsable.
1. Las políticas de juego responsable suponen que el ejercicio de las actividades de juego se abordará desde una política integral de responsabilidad social corporativa que contemple el juego como un fenómeno complejo donde se han de combinar acciones preventivas, de sensibilización, intervención y de control, así como de reparación de los efectos negativos producidos.
Las acciones preventivas se dirigirán a la sensibilización, información y difusión de las buenas prácticas del juego, así como de los posibles efectos que una práctica no adecuada del juego puede producir.
Los operadores de juego deberán elaborar un plan de medidas en relación con la mitigación de los posibles efectos perjudiciales que pueda producir el juego sobre las personas e incorporarán las reglas básicas de política del juego responsable. Por lo que se refiere a la protección de los consumidores:
a) Prestar la debida atención a los grupos en riesgo.
b) Proporcionar al público la información necesaria para que pueda hacer una selección consciente de sus actividades de juego, promocionando actitudes de juego moderado, no compulsivo y responsable.
c) Informar de acuerdo con la naturaleza y medios utilizados en cada juego de la prohibición de participar a los menores de edad o a las personas incluidas en el Registro General de Interdicciones de Acceso al Juego o en el Registro de Personas Vinculadas a Operadores de Juego.
2. Los operadores no podrán conceder préstamos ni cualquier otra modalidad de crédito o asistencia financiera a los participantes.

III. EL FACTOR DEL AZAR EN LOS CONTRATOS ALEATORIOS

Juego y apuesta se ubican en el Tit. XIII d el Lib. IV CC bajo la denominación de los contratos aleatorios o de suerte. En ese título se engloban el contrato de alimentos, el de renta vitalicia, el juego y la apuesta. Fuera de esta ubicación es también contrato aleatorio el contrato de seguro regulado por normas mercantiles. Aun siendo una categoría artificial, es cierto que en todos ellos existe como elemento determinante y eje estructural de sus regímenes el elemento aleatorio.

Todos los juegos presentan desde luego la característica de que la prestación patrimonial del jugador está subordinada a la verificación de un hecho futuro e incierto. Este evento -que puede depender exclusivamente de la suerte o quizá también de la suerte y de la habilidad del jugador-, constituye el riesgo, el alea del contrato.

En algunos contratos aleatorios –significativamente el contrato de seguro- el riesgo asegurado existe antes de la conclusión del contrato y el alea sólo estriba en la fecha de la producción de ese riesgo lo cual provocará una incidencia negativa sobre el patrimonio de uno de los contratantes (en el seguro de vida, la muerte del asegurado). En el contrato de renta vitalicia el alea afecta al momento cronológico de la muerte de la persona: la prestación de la renta se prolongará mientras el rentista siga vivo -elemento incierto-.

Sin embargo, en el juego de azar el riesgo se crea artificialmente por las partes en cuanto que son las partes mismas las que al empezar a jugar crean la posibilidad de una ganancia o de una pérdida[10]. En la oferta masiva de juegos, la empresa comercializa la participación en juegos y es ella la que diseña y estructura ganancias y pérdidas, limitándose el participante (consumidor) simplemente a adherirse a la oferta. Pero en cualquier caso el alea afecta a la percepción misma de una eventual contraprestación y al importe de su cuantía. No hay un evento que no se sabe cuándo se cumplirá, sino que la incertidumbre versa sobre el hecho mismo de que se cumpla un evento (que gane tal o cual equipo, que salga uno u otro número de la lotería, que coincidan dos o más dibujos de la máquina "tragaperras" …)

Las propias características del juego de azar tal como se presentan en la actualidad provocan una percepción errónea de la actividad misma y de sus consecuencias económicas. Es difícil para el usuario contar con una información real y un conocimiento exacto de cómo se desenvuelve y funciona la apuesta. A ello se une que las estrategias publicitarias y de marketing ocultan la exclusiva finalidad recaudatoria de algunos juegos y se muestren de una manera amable con

10 Iurilli, C.: *I Contratti di gioco e scommessa all'epoca del disturbo da gioco,* Roma, Wolters Kluwer, 2020, citando a Buttaro, L., "Del Giuoco e della Scommessa"*, en "Commentario del Codice Civile",* a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 22.

los potenciales jugadores. Es por ello que cuanto más se juegue, más probabilidad se tiene de perder, que es algo que los jugadores suelen obviar, o incluso negar, como mecanismo justificador de su problemática.

No puede perderse de vista que el juego sirve a una necesidad psicológica para toda persona en la medida en que permite descargar ansiedad, facilita la huida respecto de otras preocupaciones y suministra una necesaria y grata excitación. Lo que para un individuo con plena capacidad y libertad estos efectos no tienen en principio que suponer un problema, puede implicar un gran factor de riesgo en personas que no son capaces de controlar –por falta de entera consciencia o de total libertad- el recurso fácil a estos cauces de gratificación[11]. Tener una inicial experiencia ganadora es un factor determinante en el juego, al igual que la participación en formas continuas de juego que pueden proporcionar una alta frecuencia de refuerzo en un corto periodo de tiempo (máquinas recreativas, loterías continuas…).

A partir de aquí podría entrarse en el terreno más grave y preocupante de la ludopatía que por su amplitud, complejidad y especificidad no puede ser objeto de esta comunicación. Pero no cabe duda de que cualquier solución normativa que se adopte para proteger al usuario frente al juego de azar ha de tener en mente ese eventual panorama.

Es preciso además llevar a cabo una tarea de coordinación de las normas reguladoras del juego en España con el fin de lograr un régimen coherente que proteja a los consumidores. Y es que su protección se hace necesaria no sólo desde una perspectiva patrimonial o económica (pueden existir pérdidas patrimoniales de notable importancia) sino desde una perspectiva de salud[12].

IV. PROBLEMÁTICA EN TORNO AL CONTRATO DE JUEGO: EL CONTRATO DE ADHESIÓN

En la oferta y comercialización masiva de juegos, las empresas unilateralmente diseñan el modo de participación y estructuran las ganancias y pérdidas, limitándose los participantes (consumidores) -que rara vez leen los términos y condiciones de contratación- simplemente a adherirse a la oferta.

11 En este sentido, Iurilli, C.: *I Contratti,* cit., p. 276, opina que "Anche talune pronunce di merito con cui si attrobuisce rilevanza al llamado rischio "di impulsività" che determinerebbe una tendenza al coinvolgimento ed alla sperimentazione di emozzioni "senza razionalità". Dunque l'incapacità gestionale collegata ad una ipotesi di disturbo da gioco discenderebbe quasi prevalentemente dalla tendenza del beneficiario a dedicarsi, in manera irrefrenabile, ad attività di gioco e scommesse, e ad altri strumenti ludici equivalenti.

12 García Ruiz, P.: *et al.*, *Consumos de riesgo, cit.*, p. 562: "En efecto, la adicción al juego, aunque afecta fundamentalmente al jugador, también genera costes para la sociedad en su conjunto. El juego patológico destruye a quien lo practica y deteriora el modo de vida de quienes rodean al jugador. Entre los costes sociales del juego podemos destacar los costes económicos relacionados con la ludopatía, que la sociedad y que en última instancia el Estado va a tener que hacer frente."

En la práctica totalidad, el contrato de juego tiene la naturaleza de contrato de adhesión y se formaliza por la aceptación expresa y ciega de las cláusulas por parte del adherente. Dichas condiciones, tienen que figurar en el documento que habilite al jugador para participar, o deben encontrarse a disposición del público en general. Pero, el problema que se plantea, es el valor que se le debe otorgar a esa adhesión cuando el juego o apuesta es establecida por una sola de las partes y cómo atajar determinadas prácticas agresivas y abusivas por parte del organizador del juego.

Las casas de apuestas diseñan el contenido de sus condiciones generales únicamente en beneficio propio (algunas condiciones ya han sido declaradas abusivas por jueces y tribunales en varias sentencias). Estos fallos se fundamentan en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Muchas de las prácticas abusivas objeto de litigio, han sido las de limitar el acceso a la web de determinadas casas de apuestas a jugadores con un nivel de ganancias superior a la media, así como el cambio por parte de los operadores de las cuotas que inicialmente ofrecen para un evento basándose en que se trata errores de cálculo, con el perjuicio económico que ello conlleva al jugador. Frente a dichas prácticas, son varias las condenas a las casas de apuestas a que eliminen la restricción a los jugadores que han sido expulsados sin motivación suficiente y a que paguen los premios a las cuotas ofrecidas inicialmente antes de modificarlas de manera unilateral.

En este sentido se pronuncian dos sentencias muy recientes.16[13] En ellas, los juzgados de Primera Instancia, números 4 y 11 de Oviedo, declaran abusivas las cláusulas por las que las casas de apuestas se reservaban el derecho a limitar la cuenta de los usuarios, aplicar restricciones e incluso llegar a cerrarla.

En primer lugar, declaran la nulidad de la cláusula de "Condiciones generales" de su página web, por la que "se reserva el derecho de denegar, total o parcialmente, cualquier apuesta realizada a su entera discreción", indicando que "todas las apuestas son realizadas a entera discreción y riesgo del cliente". En segundo lugar, también declaran nula la cláusula de las condiciones generales de la página, por la que la empresa "se reserva el derecho de cerrar o suspender el registro de usuario de un cliente en cualquier momento y por cualquier motivo", de igual modo que quedan anuladas las restricciones realizadas en la cuenta de apuestas del usuario, reconociendo su derecho a participar como apostante sin límite, tal como exigía la demanda. Basan su justificación en los artículos 82 y 85 del TRLDCYU.

13 SJPI de Oviedo 28 junio 2021 y SJPI de Oviedo 6 julio 2021. Disponibles en: https://www.lawandtrends.com/noticias/civil/la-justicia-declara-abusivo-penalizar-a-los-clientes- de-casas-de-apuestas-cuando-ganan-1.html última vez consultado el 15 de noviembre de 2021.

El art. 82 TRLGDCYU, en su apartado 4º, dispone que en todo caso son abusivas las cláusulas que: vinculen el contrato a la voluntad del empresario, limiten los derechos del consumidor y usuario, determinen la falta de reciprocidad en el contrato, impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

Por su parte, el 85 TRLDCYU, en su apartado 3º establece que son abusivas las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato.

Con base en los preceptos mencionados, se concluye que las cláusulas objeto de litigio están expresamente prohibidas por el TRLDCYU porque se faculta al empresario a modificar unilateralmente los términos de la relación contractual de manera arbitraria. Y, esta modificación unilateral y arbitraria, contraviene a su vez el art. 1256 CC, que establece que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

En resumen, las sentencias recogen que "las cláusulas objeto de litigio establecidas por las casas de apuestas son abusivas, al permitir al empresario suspender el registro de usuario o denegar total o parcialmente cualquier apuesta cuando pueda existir un riesgo para él de pérdida económica, de manera que con estas condiciones se garantizaría no incurrir en pérdidas y privaría al jugador de obtener ganancias que es la finalidad perseguida cuando alguien se da de alta en este tipo de páginas web. Dichas clausulas generan (pese a las exigencias de la buena fe) un desequilibrio importante para el consumidor, toda vez que, el cliente razonablemente no habría suscrito estas condiciones en el marco de una contratación individual porque con ellas se limita, cuando no impide, la posibilidad de obtener ganancias ya que cuando por su historial de apuestas resulte que está obteniendo beneficios económicos que puedan poner en peligro los intereses de la empresa esta podrá rechazar todas o algunas de las apuestas que quiera realizar el cliente frustrando sus legítimas expectativas".

No obstante, no todas las sentencias se han pronunciado a favor del consumidor. La STS 11 marzo 2021[14] falló en sentido favorable al operador autorizado que anuló las apuestas efectuadas por parte de un apostante, después de celebrarse el evento deportivo, porque había detectado un error en el cálculo de la cuota ofertada. Por lo que no permitió al apostante cobrar su premio, por aprovecharse de un error de la casa de apuestas que garantizaba el éxito de la apuesta.

14 STS 11 marzo 2021 (ROJ 1036/2021)

La Sala argumenta que la actuación del apostante al realizar las apuestas, aprovechando que, en los términos en que se había ofertado la cuota,la probabilidad de acierto era muy alta, a primera vista no constituye un acto contrario a la buena fe, ni un abuso de derecho. Simplemente se trata de un acto de perfeccionamiento de un contrato de apuestas, a la vista de las condiciones ofrecidas por la empresa de apuestas.

Sin embargo, en el caso en cuestión, lo realmente relevante es el volumen de apuestas realizadas por el apostante (78) y la desproporción existente entre el riesgo asumido y el beneficio obtenido, en el marco de un contrato aleatorio en el que el error en la determinación de la cuota garantizaba el éxito de la apuesta. El apostante se percató enseguida del error de cálculo realizado por la empresa, que de alguna manera desvirtuaba la aleatoriedad del contrato. Realizó en un periodo muy corto de tiempo un número elevado de apuestas, aprovechando el error que eliminaba prácticamente la aleatoriedad y le aseguraba el acierto (realizó 78 apuestas en menos de cuatro días, por un importe de 684,38 euros, y obtuvo un premio de 2.773.164 euros).

En consecuencia, la Sala llega a la conclusión de que la realización de algunas apuestas y su consiguiente beneficio no tacharía el comportamiento del apostante de contrario a la buena fe. Sin embargo, argumenta que, en el caso en cuestión, la actuación del apostante es un abuso que el derecho no puede amparar debido a la desproporción y magnitud de apuestas realizadas, que dejan entrever que el usuario se había percatado del error por parte de la casa de apuestas, siendo su actuación contraria a la buena fe.

Se debe añadir, que, a la imposición por parte de los operadores autorizados de determinadas cláusulas en su beneficio propio, se une que los consumidores tienden a percibir erróneamente el contenido del contrato al que se adhieren: ya sea por el funcionamiento del alea en el que participan o porque carecen del conocimiento preciso sobre este tipo de contratos. Es difícil contar con una información real y un conocimiento exacto de cómo se desenvuelve y funciona la apuesta.

Estas cogniciones erróneas incluyen: la falta de comprensión de que la mayoría de los resultados de juego son aleatorios e independientes de los resultados pasados, que casi todas las formas de juego tienen retornos esperados negativos, que las probabilidades tienen un sesgo inevitable en contra del jugador y que para la mayoría de estos juegos no hay métodos o estrategias de comportamiento que puedan influir en estos resultados aleatorios o que permitan evitar las pérdidas.

En el juego de azar, el alea y el azar se crea artificialmente por el operador autorizado en cuanto que es el mismo el que estudia la posibilidad de que tenga

lugar una ganancia o una pérdida -solo él sabe las probabilidades de ganar o perder que tiene el participante que se adhiere al contrato-. Son conceptos variables que son muy difíciles de asimilar por el participante porque están diseñados de forma algorítmica, cuya fórmula no conoce el participante. Son actividades que están dotadas de una importante complejidad en lo que se refiere a la gestión y comprensión del alea y a asimilar la probabilidad de obtener una ganancia. A ello, se une que el diseño del juego está en constante cambio por la empresa que lo comercializa y lo que lo que hoy puede parecer sencillo (o no especialmente complejo) un cambio posterior puede alterar las posibilidades de ganancia.

La mecánica de estos contratos de adhesión, a largo plazo, solo beneficia a los operadores de juegos de azar, situando a los participantes en una situación de desequilibrio y vulnerabilidad respecto al operador.

V. LA PROTECCIÓN DEL USUARIO EN LAS COMUNICACIONES COMERCIALES DE LAS ACTIVIDADES DE JUEGO

La proliferación de establecimientos y de ofertas de juego sin discriminación de ningún tipo, puso de manifiesto la necesidad de una regulación para proteger al usuario, cuando los operadores autorizados llevaran a cabo estrategias de publicidad y de marketing totalmente agresivas, suministrando una información sesgada al usuario.

Para hacer frente a dicha problemática, precisamente se aprobó el pasado noviembre de 2020, el Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego. Se ha pretendido así, dar respuesta a la necesidad que se había generado durante los últimos años -con especial incidencia durante la época de confinamiento en la modalidad online- el fenómeno de la extensión de los juegos de azar y apuestas. El objetivo de esta norma es proteger, por un lado, la salud pública y, por otro, a los consumidores (con especial mención a los colectivos más vulnerables, entre ellos las menores de edad, jóvenes y personas con conductas patológicas). El RD ha establecido un régimen muy estricto para la publicidad en la comercialización de juegos.

Están sujetas a la regulación sobre las comunicaciones comerciales de las actividades de juego que establece el RD, las entidades que desarrollen una actividad de juego comprendida en el ámbito de aplicación de la LRJ[15], y en lo relativo

15 Artículo 2 LRJ. Ámbito de aplicación.
1. Dentro del objeto definido en el artículo anterior, se incluyen en el ámbito de aplicación de esta Ley las siguientes actividades de juego cuando la actividad desarrollada tenga ámbito estatal:
Las actividades de juego de loterías, apuestas y otras cualesquiera, en las que se arriesguen cantidades de dinero u objetos económicamente evaluables en cualquier forma, sobre resultados futuros e inciertos, y que permitan su transferencia entre los participantes, con independencia de que predomine en ellos el grado de destreza de los jugadores o sean exclusiva o fundamentalmente de suerte, envite o azar.

al Título I[16], aquellas personas físicas o jurídicas, privadas o públicas, que difundan comunicaciones comerciales de las actividades de juego o de sus operadores[17]. No obstante, el RD establece un régimen distinto para los operadores de juego autorizados en función de su carácter público (SELAE y ONCE) o privado.[18] Excluye a estas entidades de carácter público de las previsiones que se establecen en su Título

I. Por lo tanto, aunque el RD establece un régimen muy estricto para los operadores de juego privados, no lo hace con las entidades de carácter público, porque atienden a fines sociales o a intereses generales. Por ello, considero que el RD no ampara al consumidor en las comunicaciones comerciales de las actividades de juego llevadas a cabo por las entidades públicas.

Entre las previsiones que incluye este RD, encontramos las siguientes:

Se prohíbe todo anuncio de juegos y apuestas en medios de comunicación a excepción de un tramo horario (1 a 5 de la mañana).

Las rifas y concursos, en los que la participación se realiza mediante una contraprestación económica.
Los juegos de carácter ocasional, que se diferencian del resto de los juegos previstos en los apartados anteriores por su carácter esporádico.
Las actividades de juego transfronterizas, esto es, las realizadas por las personas físicas o jurídicas radicadas fuera de España que organicen u ofrezcan actividades de juegos a residentes en España. Se incluyen asimismo en el ámbito de aplicación de esta Ley las actividades de publicidad, promoción y patrocinio relativas a las actividades de juego relacionadas en el presente apartado.
Téngase en cuenta las exclusiones que realiza la LRJ en el apartado 2º art. 2 LRJ.

16 El Título I de la norma establece un conjunto de medidas para proteger y restringir la exposición de los menores y otros colectivos vulnerables a las comunicaciones comerciales de las actividades de juego en función de los canales de difusión, así como para proporcionar una adecuada percepción del juego como actividad de riesgo potencial. De la misma forma, el RD permite prevenir la generación de conductas de juego irreflexivo o compulsivo, y garantizar que la información a los jugadores es veraz y suficiente para formarse una idea cierta y no distorsionada de lo que implica la actividad del juego.

17 A través de cualquier medio o soporte, como prestadores de servicios de comunicación audiovisual o electrónica, prestadores de servicios de la sociedad de la información, incluidos afiliados, páginas web y redes sociales, y cualquier otro medio de comunicación, o, participen en fases intermedias de la elaboración, transmisión o difusión de comunicaciones comerciales, como redes publicitarias, agencias de publicidad o prestadores de servicios de intermediación.

18 El RD establece en su disposición adicional segunda un régimen específico para la ONCE. En su apartado segundo, recoge que las disposiciones previstas en el Título I del RD no serán de aplicación a la ONCE respecto a las comunicaciones publicitarias, de imagen, de patrocinio y de promoción, incluidas las efectuadas en redes sociales, que realice dicha entidad referidas a las razones sociales
«ONCE», «Grupo Social ONCE» así como al resto de entidades que se integren en el «Grupo Social ONCE» o denominación que las sustituya, relativas a las actividades de prestación de servicios especializados para personas ciegas y con deficiencia visual grave y a las actividades de solidaridad con otras personas con discapacidad, siempre que en dichas comunicaciones no haya referencias a la actividad o a productos de juego.
Por otro lado, la Disposición adicional tercera también establece un régimen específico sobre las comunicaciones comerciales sobre actividades de interés público promovidas por la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado, S.M.E., S.A. En atención al fomento de fines de interés general en actividades, entre otras, de carácter social, cultural y deportivo que realiza la SELAE como consecuencia de su naturaleza jurídico-pública. A las comunicaciones publicitarias que realice (siempre y cuando no haya referencias a la actividad o a productos de juego) no les resultarán aplicables las disposiciones previstas en el Título I del presente Real Decreto, a las comunicaciones publicitarias, de imagen, de patrocinio y de promoción relativas a actividades de interés público promovidas por la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado, S.M.E., S.A., incluidas las efectuadas en redes sociales.

Las personas famosas o de notoriedad pública no pueden hacer ni participar en anuncios de juegos y apuestas.

Se prohíben los bonos de captación. El gancho utilizado para la captación del cliente se basa esencialmente en atraer a jugadores con una premisa muy sencilla: la casa de apuestas le concederá un bono para realizar nuevas apuestas, siendo su valor igual o superior al de la cantidad que haya depositado el consumidor –con una cantidad límite, típicamente no superior a 150 euros–. De este modo, el ingreso que realiza un jugador, por ejemplo, de 20 euros, acaba convirtiéndose a sus ojos en 40 euros. A medida que aumenta el ingreso, aumenta en igual proporción el abono, de tal forma que, si se ingresan, por ejemplo, 60 euros, el jugador en su cuenta ve reflejados 120 euros, percibiendo la sensación de ser un trato ventajoso, ya que sus cantidades se doblan. Dado que estos bonos normalmente solo se conceden en una única ocasión y bajo la premisa de ser nuevo cliente, se presenta como apetecible o beneficioso optimizar estas bonificaciones únicas.

Por último, en el ámbito de los patrocinios, se prohíbe que estos se realicen en camisetas o equipaciones deportivas.

Por su parte, el Título II, en desarrollo de las previsiones del artículo 8 LRJ, introduce, la figura del responsable del juego seguro. Además, se establecen una serie de obligaciones de información sobre juego seguro, que deberán ser de fácil acceso para los participantes en esta actividad, así como la habilitación de un servicio telefónico de atención al cliente en el que se pueda prestar asistencia en materia de juego seguro. La norma determina la necesidad de que los operadores incorporen mecanismos de detección de comportamientos de riesgo de los participantes en los juegos.[19]

VI. HACIA UNA NORMATIVA INTEGRAL EN LA PROTECCIÓN DEL USUARIO EN EL JUEGO ONLINE

La ausencia de una protección absoluta del consumidor y la creciente preocupación social en relación con las graves consecuencias que el consumo de algunos juegos de azar y apuestas puede comportar en determinadas personas, ha servido de impulso en la búsqueda de protección de los colectivos más vulnerables y de las personas que pueden estar experimentando un problema con el juego. Todo ello evidenciado por la necesidad de reforzar la exigibilidad y el alcance material del marco actualmente aplicable a las actuaciones en materia de juego seguro o responsable llevadas a cabo. En este contexto, se ha aprobado

19 Disponible en: https://www.ordenacionjuego.es/es/noticia-RD-comunicaciones-comerciales, última vez consultado el 15 de noviembre de 2021.

recientemente el borrador del proyecto del RD por el que se regula el desarrollo de entornos más seguros de juego que se publicó el pasado 12 de julio de 2021.

Se pretende adoptar un conjunto de medidas a fin de ofrecer un marco regulatorio lo más completo posible sobre la materia, trasladando, además, a este cuerpo normativo, aquellas medidas sobre juego responsable o seguro recogidas en el Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre. El proyecto tiene por finalidad ahondar en el desarrollo del artículo 8 de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, relativo a la protección de los consumidores y políticas de juego responsable o seguro, adaptando este ámbito de la actividad de juego a las realidades de un mercado que, transcurridos diez años desde su regulación, se encuentra ya consolidado.

En el borrador del RD se establecen más mecanismos de prevención para todos los jugadores y especialmente para los jóvenes. Como ejemplo, se van a mencionar alguna de las previsiones que contiene el borrador del proyecto. Entre las medidas establecidas, su artículo 10 prohíbe la inclusión en los planes o programas para clientes privilegiados de participantes jóvenes. El artículo 12 establece que los jugadores tendrán que definir antes de comenzar una sesión "online" ciertos parámetros sobre cómo va a ser la partida: deberán fijar el tiempo máximo que están dispuestos a jugar y la cantidad máxima que están decididos a gastar. Por otro lado, el artículo 14 dispone que, durante la sesión de juego, la persona usuaria deberá recibir, al menos una vez cada treinta minutos, mensajes informativos periódicos y dinámicos de lectura obligatoria para poder continuar jugando.

Por su parte, el artículo 6 del borrador, bajo la rúbrica "el plan de medidas activas de juego seguro", dispone que "los operadores, en los términos previstos en los artículos 8 y 10.2 de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, deben elaborar un plan de medidas activas de juego seguro que formará parte del plan operativo al que se someterá su actividad y en el que se concretará de forma expresa la implementación que el operador realiza del conjunto de medidas que se establecen en este real decreto. Dicho plan deberá estar permanentemente actualizado y a disposición de la autoridad encargada de la regulación del juego." El problema que se plantea, es la viabilidad de hacer efectivas las previsiones que contiene el RD, ya que son los operadores autorizados los que tienen que tener a su alcance los recursos necesarios para llevar a la práctica todas las medidas previstas en el RD. Medidas que, a mi juicio, son complejas de implementar a corto plazo.

Con la aprobación y entrada en vigor de este RD, se estaría un paso más cerca de conseguir una normativa integral en la regulación del juego. Sin embargo, por el momento no existe una protección absoluta del consumidor en todas las problemáticas que plantea la actividad.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: En torno al Juego de Azar. Actividad, Regulación y Actores (dirigido por Alberto Palomar Olmeda), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 396.

Algarra Prats, E.: El contrato de juego y apuesta, Dykinson, Madrid, 2012.

Barroso Benítez, C.: Las bases sociales de la ludopatía (tesis doctoral), Universidad de Granada, 2003, pp. 127-128.

García Ruiz, P.: et al., "Consumos de riesgo: menores y juegos de azar online. El problema del "juego responsable", Política y Sociedad, vol. 53, núm. 2, 2016

Iurilli, C.: I Contratti di gioco e scommessa all'epoca del disturbo da gioco, Roma, Wolters Kluwer, 2020

Megías Quirós, I.: "Jóvenes, juegos de azar y apuestas, una aproximación cualitativa", FAD, Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud, Madrid, 2020

Pérez Camarero, S.: "Juventud y juegos de azar. Una visión general del juego en los jóvenes", Instituto de la Juventud, Madrid

RITORNO AL FUTURO. LA TUTELA DEL CONSUMATORE NEI FOREIGN CURRENCY LOANS

BACK TO THE FUTURE. CONSUMER PROTECTION IN THE FOREIGN CURRENCY LOANS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 732-747

Federico
PISTELLI

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: La diffusione di finanziamenti indicizzati al cambio fra valute ha sollevato, in numerosi ordinamenti dell'Unione Europea, il problema della tutela del consumatore avverso l'assunzione del rischio di cambio. Il paper muove dall'insufficienza del dato normativo eurounitario per interrogarsi sulla compatibilità dei rimedi previsti per le clausole abusive nell'affrontare il fenomeno in esame. In particolare, è passata in esame la dinamica fra convenzioni sul rischio e clausole che definiscono l'oggetto principale del contratto.

PALABRAS CLAVE: Diritto del consumo, prestiti in valuta estera, rischio di cambio, giudizio di vessatorietà, regola di adeguatezza.

ABSTRACT: *The recent developement of foreign currency loans' market in several European countries raised a debate regarding the need to protect consumers against the increasing of exchange rate risk. The paper aims at pointing out the inadequacy of the MCD Directive to tackle the abovementioned issue and further analyses the precondition for the application of the remedies for unfair clauses in consumer contracts. In particular, an ad hoc analyis is devoted to the interaction between risk-related clauses and core terms of the contract.*

KEY WORDS: *Consumer law, foreign currency loans, exchange rate risk, unfairness test, suitability rule.*

SUMARIO.- I. IL MERCATO EUROPEO DEI FINANZIAMENTI IN VALUTA.- 1. La mancanza di un rimedio avverso il rischio di cambio.- II. LE CLAUSOLE DI INDICIZZAZIONE.- 1. Doppia indicizzazione e rischio cambio.- III. VESSATORIETA' E TRASPARENZA NELLA LENTE DELLA CORTE DI GIUSTIZIE.- IV. OLTRE LA CONVERSIONE.- 1. Oggetto del contratto e determinatezza del rischio.- 2. La distribuzione del rischio oltre il binomio speculazione-immeritevolezza.

I. IL MERCATO EUROPEO DEI FINANZIAMENTI IN VALUTA

Il fenomeno dei finanziamenti in valuta straniera si è sviluppato inizialmente come fenomeno relativo alle sole economie del Centro e dell'Est Europa. La particolare struttura del mercato creditizio di questi Stati favoriva difatti l'attrazione di flussi di capitale straniero come misura per far fronte alla carenza di depositi in valuta domestica nel coprire la domanda di liquidità della clientela[1].

Ragioni di convenienza economica hanno poi spinto anche ordinamenti che adottano la moneta unica ad interessarsi a questa categoria di prestiti[2]: specialmente i finanziamenti espressi in determinate valute – su tutte il Franco Svizzero (CHF) – si contraddistinguevano difatti per il particolare favore delle condizioni, relativamente al tasso di interesse e limitata volatilità sul medio-lungo periodo.

1 La valuta di riferimento dei prestiti varia significativamente nei diversi Paesi dell'Unione. Gran parte degli ordinamenti dell'Est-Europa e del Baltico (ad es. Bulgaria, Romania, Lituania, Lettonia) hanno adottato l'euro come valuta estera di riferimento per l'indicizzazione o la denominazione dei prestiti, principalmente in virtù del regime di cambio fisso con la moneta europea. In altri ordinamenti (ad es., Austria, Ungheria, Polonia, Grecia) un ruolo assolutamente predominante è stato assunto dalla valuta elvetica. In Ungheria, il numero di finanziamenti espressi in franchi svizzeri ha costituito, nel 2008, il 90% del portafoglio complessivo dei finanziamenti erogati dalle banche (il dato è riportato da Heged□s, J. et al.: *National Report for Hungary TENLAW: Tenancy Law and Housing Policy.*, in *Multi-level Europe*, 12, consultabile in, http://www.tenlaw.uni-bremen.de/reports/HungaryReport_09052014.pdf); per una panoramica sulla situazione complessiva del mercato immobiliare in Ungheria e sulle risposte normative di contrasto alla crisi, Fej□s, A.: *Mortgage credit in Hungary*, in *EuCML*, 2017, p. 139 ss..

2 A livello europeo, uno studio approfondito sulla diffusione dei mutui in valuta estera nel periodo 2007-2011 è stato condotto da Ye□in, P.: *Foreign Currency Loans and Systemic Risk in Europe*, in *Federal Reserve Bank of St. Louis Review*, 2013, p. 219-236. Per ulteriori contributi sul tema, si veda Brown, M.- De Haas, R.: *Foreign Banks and Foreign Currency Lending in Emerging Europe*, in *Economic Policy*, 2012, 27(69), pp. 57-98; Fidrmuc, J.- Mariya, H.- Helmut, S.: *Households' Foreign Currency Borrowing in Central and Eastern Europe*, in Working Paper Austrian Central Bank, 171, luglio 2011. Ad ulteriore riprova del rilievo assunto dall'esposizione al mercato dei cambi, lo stesso legislatore italiano, nell'aprire il mercato dei capitali agli enti locali (Lg. 23 dicembre 1994, n. 724), ha previsto l'obbligo di garantire sin dal momento della loro emissione tutti i prestiti in valuta estera attraverso una speculare operazione di swap a copertura del rischio di cambio (art. 2 D.M. 5 luglio 1996, n. 420). Per una ricostruzione più ampia del fenomeno dell'indebitamento in valuta degli enti locali si rimanda più ampiamente a Pistelli, F.: *La scommessa irrazionale dell'ente locale*, in *Persona e Mercato*, IV, 2020, p. 397 ss.

• Federico Pistelli
Assegnista di Ricerca in Diritto Privato presso
Università degli Studi di Roma Tre

Il sistema, apparentemente poggiato su di una stabile architettura retta da un processo di pressione concorrenziale fra i) promozione del *right of housing*, ii) condizione globale di ampia liquidità del mercato e iii) mito del prestito *risk free*, non ha però tardato a manifestare la fragilità del proverbiale gigante dai piedi d'argilla.

Dal lato degli intermediari finanziari, la fiducia riposta nell'idoneità della garanzia fondiaria a coprire interamente l'esposizione assunta, anche in ipotesi di eccessivo indebitamento della controparte, si è mostrata del tutto insostenibile quando fosse il sistema stesso ad entrare in crisi. In condizioni di illiquidità, infatti, il mercato non è stato in grado di garantire il pronto realizzo dell'asset in un orizzonte di breve periodo e senza notevoli sacrifici di valore. Sul versante della clientela, la svalutazione dell'euro rispetto al franco svizzero ha implicato un aumento vertiginoso degli oneri imposti dal finanziamento, specie in sede di estinzione anticipata o surroga del mutuo[3].

1. La mancanza di un rimedio avverso il rischio di cambio

Data la portata sistemica assunta dal problema dei finanziamenti in valuta, il legislatore europeo è intervenuto con l'adozione della direttiva europea sui finanziamenti immobiliari ai consumatori, primo atto con il quale si è voluto dedicare una disciplina specifica della figura dell'indicizzazione alla valuta straniera (*Mortgage Credit Directive*, MCD). Lo si è fatto, peraltro, attribuendo centralità

3 Il caso più emblematico è rappresentato dalla vicenda che ha interessato il cambio Euro-Franco Svizzero. In particolare, il forte interesse alimentatosi sul mercato per gli indebitamenti nella valuta elvetica (considerata un porto sicuro, al riparo dalle conseguenze della crisi sul dollaro e sulla moneta unica europea) ha comportato un progressivo apprezzamento del Franco Svizzero ed una sua conseguente sopravvalutazione rispetto alle altre monete diffuse sul territorio europeo. Nell'agosto del 2011, la SNB (Schweizerische Nationalbank) ha pertanto intrapreso una serie di misure di politica monetaria dirette ad una riduzione straordinaria dei tassi di interesse e ad una espansione della liquidità sul mercato, al fine di scongiurare il rischio che l'eccessivo apprezzamento della moneta svizzera si riflettesse negativamente sul settore dell'export. Quest'intensa riduzione dei tassi, fino al raggiungimento di valori prossimi all'interesse negativo, ha determinato, come risultato, una forte espansione del credito. Il culmine di queste misure si è avuto il 6 settembre 2011 con la decisione, da parte della SNB, di fissare un valore minimo (floor) di 1,20 Franchi per Euro al cambio tra le due valute, misura che, secondo la Banca Centrale Europea, "*has been taken by the Swiss National Bank under its responsibility*" (cfr. ECB Press Release, Statement of the Governing Council of the ECB on the decision of the Swiss National Bank, 6 settembre 2011, https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2011/html/pr110906.en.html). La misura era volta, principalmente, a rafforzare i margini di guadagno delle imprese nazionali di esportazione nel periodo di deflagrazione della crisi ed era attuata, in concreto, attraverso l'acquisto di euro da parte della SNB, quando il tasso di cambio fra valute scendeva sotto alla suddetta soglia. Il floor è stato mantenuto sino al 15 gennaio 2015, quando la SNB ha deciso di abbandonare la politica di difesa del cambio. Nel comunicato stampa diffuso dall'autorità nazionale svizzera, viene sottolineato come "*The minimum exchange rate was introduced during a period of exceptional overvaluation of the Swiss franc and an extremely high level of uncertainty on the financial markets. This exceptional and temporary measure protected the Swiss economy from serious harm. Recently, divergences between the monetary policies of the major currency areas have increased significantly – a trend that is likely to become even more pronounced. The euro has depreciated considerably against the US dollar and this, in turn, has caused the Swiss franc to weaken against the US dollar. In these circumstances, the SNB concluded that enforcing and maintaining the minimum exchange rate for the Swiss franc against the euro is no longer justified*." (SNB Press Release, Swiss National Bank discontinues minimum exchange rate and lowers interest rate to –0.75%, Zurigo, 15 gennaio 2015, disponibile all'indirizzo: https://www.snb.ch/en/mmr/reference/pre_20150115/source/pre_20150115.en.pdf).

alla dimensione del rischio, tanto nella prospettiva individuale, quanto in quella di sistema, creando un ponte tra di esse attraverso la nozione di "prestito responsabile"[4]. La direttiva segue tuttavia l'approccio classico del diritto privato europeo. In essa non si individua il rimedio previsto a fronte della violazione di norme applicabili al contratto[5].

A ciò non fa eccezione la previsione dedicata ai finanziamenti in valuta straniera.

Il nuovo quadro regolamentare, dopo aver fornito una definizione del suo ambito di applicazione[6], dedica un'unica disposizione al contenimento del rischio di cambio. Secondo l'art. 23, par. 4, il prestatore ha l'obbligo di comunicare al consumatore le variazioni di valore dell'importo totale o delle rate periodiche residue a suo carico, quando esse superino il 20 % del valore che si avrebbe se si applicasse il tasso di cambio tra la valuta del contratto di credito e la valuta domestica al tempo della conclusione del contratto di credito. Questa comunicazione è funzionale a render nota al cliente la possibilità di esercitare il diritto alla conversione del finanziamento al cambio attuale, ovvero ad altra data fissata nel contratto. La disposizione fa comunque salva la possibilità per il legislatore nazionale di disporre un set di tutele aggiuntive rispetto al solo diritto alla conversione[7], salvo il limite della irretroattività di tali misure rispetto alla trasposizione della direttiva nell'ordinamento nazionale[8].

Sebbene la disposizione abbia comunque rappresentato un significativo passo in avanti nel contrasto all'assunzione di rischi eccessivi legati al cambio[9], permangono

4 Per una recente disamina dell'applicazione della regola del merito creditizio in europa, v., Van 't Hof A.: *The First Years of the Creditworthiness Assessment Under the Mortgage Credit Directive: is it enough?*, in *EuCML*, 2021, p. 4 ss. In Italia, v., Pagliantini, S.: *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*), in *Contratto e Impresa. Europa*, 2014, pp. 532 ss.

5 Caso C-604/1, *Genil 48 SL e Comercial Hostelera de Grandes Vinos SL contro Bankinter SA e Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*, 13 maggio 2013, secondo cui "*al riguardo, occorre rilevare che, pur se l'articolo 51 della direttiva 2004/39 prevede l'adozione di misure o l'irrogazione di sanzioni amministrative a carico delle persone responsabili nel caso in cui le disposizioni adottate in attuazione di tale direttiva non siano rispettate, esso non specifica né che gli Stati membri debbano prevedere conseguenze contrattuali in caso di conclusione di contratti in violazione degli obblighi derivanti dalle disposizioni di diritto nazionale attuative dell'articolo 19, paragrafi 4 e 5, della direttiva 2004/39, né quali possano essere tali conseguenze. Orbene, in assenza di normativa dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro disciplinare le conseguenze contrattuali della violazione di tali obblighi, fermo restando il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività*".

6 La Direttiva MCD, all'art. 4, n. 28 definisce "«prestito in valuta estera»: un contratto di credito in cui il credito: a) è denominato in una valuta diversa da quella in cui il consumatore percepisce il suo reddito o detiene gli attivi con i quali dovrà rimborsare il finanziamento, o b) è denominato in una valuta diversa da quella dello Stato membro in cui il consumatore risiede."

7 È il caso, ad esempio, dell'ordinamento francese, che consente al consumatore di contrarre un prestito in una valuta diversa dall'euro solo nel caso in cui percepisca i propri redditi o detenga asset nella valuta straniera (salvo che il rischio di cambio sia sostenuto da un soggetto diverso dal consumatore), v., Art. L313-64 Code de la Consommation (introdotto con Ordonnance n. 2016-351 del 25 marzo 2016, art. 3).

8 Il legislatore italiano ha optato per il recepimento del rimedio della conversione utilizzando il limite del 20% indicato nella direttiva. La disposizione è stata recepita con l'introduzione dell'art. 120 quaterdecies TUB (D.Lgs. 21 aprile 2016, n. 72), accompagnato dalla Delibera CICR del 29 settembre 2016.

9 I primi report sulla attuazione della Direttiva in alcuni ordinamenti hanno evidenziato una progressiva diminuzione, lato intermediari, nell'offerta di prestiti in valuta straniera, Amayuelas, E. A.- Anderson M.:

ancora dubbi sul riconoscimento di questo presidio come strumento generale di tutela della clientela bancaria. Il problema del trattamento delle clausole di indicizzazione al cambio sembra difatti solo marginalmente risolto dall'entrata in vigore delle suddette disposizioni, per due principali ragioni di fondo.

La prima attiene al limitato ambito di applicazione della disposizione rispetto alla totalità dei rapporti indicizzati alla valuta estera. Dato lo stretto legame fra l'insorgenza della crisi globale e la genesi del dibattito sulla regolazione di questa figura, la direttiva muove dal primario scopo di contrasto al fenomeno del sovraindebitamento del consumatore legato alla concessione irresponsabile di prestiti immobiliari[10]. Questo aspetto limita così la portata della disciplina ivi prevista al solo cliente "consumatore" e ai soli rapporti garantiti da ipoteca o altra garanzia analoga, finalizzati all'acquisto, alla conservazione di un diritto di proprietà o alla costruzione di un immobile[11]. Ciò sta a significare che, salva l'estensione della tutela in sede di trasposizione della direttiva oltre i limiti dell'armonizzazione minima, la generalità della clientela *retail* non potrà fare affidamento sullo strumentario predisposto dalla MCD.

La seconda ragione riguarda la tipologia di contenzioso in essere. Come già analizzato, il meccanismo di indicizzazione più diffuso nell'area europea è quello che fa riferimento al cambio con la valuta elvetica. Per effetto della svalutazione dell'euro sul franco svizzero, la quasi totalità dei rapporti conclusi a tassi favorevoli nella prima metà degli anni duemila è divenuta insostenibile per i clienti in corso di rapporto. In assenza di meccanismi di tutela stragiudiziale, la via più immediata per i mutuatari di far valere le proprie pretese è stata quella di ricorrere ad organismi giurisdizionali ed arbitrali. Anche a seguito dell'entrata in vigore delle disposizioni nazionali di recepimento della direttiva, l'esercizio del diritto alla conversione si è rivelato uno strumento di tutela del tutto inadeguato a coprire il rischio derivante da esposizioni già maturate, stante la sua natura non retroattiva[12].

II. LE CLAUSOLE DI INDICIZZAZIONE

In ottica contrattuale, il profilo valutario può connotare in vario modo la relazione di credito fra banca e cliente: denomina la moneta in cui è espresso il finanziamento all'interno del documento contrattuale, stabilisce l'entità della

The impact of mortgage credit directive in Europe, Barcellona, 2017, in particolare English Report (IV.2.6.), Maltese Report (III.4.2.) e Irish Report (III.8).

10 In questo senso si è espressa all'interno delle Frequently Asked Questions (FAQs) sul "*White Paper on the Integration of EU Mortgage Credit Markets*" (2007), "*Commission did not consider it appropriate to propose a directive to regulate the mortgage market due to the political sensitivity of this issue, and the complexity of finding an appropriate level of harmonisation*".

11 Art. 3, par. 1, lett. a) e b), Direttiva MCD.

12 La direttiva MCD prevede, come norma di chiusura, la sua non applicabilità ai rapporti in essere prima del 26 marzo 2016.

somma materialmente consegnata al cliente, così come del relativo obbligo di restituzione, e determina il tasso del corrispettivo dovuto per il godimento del denaro. L'identificazione della – o delle – valuta/e di riferimento del contratto rientra nella piena sfera di autonomia dei privati e non è priva di incidenza sul piano giuridico e della regolazione del rapporto.

La forma più semplice è quella in cui la banca eroga direttamente il finanziamento in moneta straniera, secondo un modello analogo a quello previsto dall'art. 1278 c.c., definito debito di valuta estera: l'ipotesi è, ad esempio, quella in cui le parti convengano per l'accensione, in Italia, di un mutuo per 1 milione $. Salvo espressa pattuizione contraria, è riconosciuta la facoltà del debitore di restituire il prestito per il valore nominale della valuta indicata nel contratto (nell'es., debito di 1 mln. $ pagato nella stessa valuta), ovvero di convertire il debito di moneta estera nella valuta avente corso legale nello Stato, al cambio vigente al momento della scadenza dell'obbligazione (sempre secondo l'es., debito di 1 mln. $ pagato nel corrispondente controvalore in €).

Lo stesso effetto può però essere realizzato senza che intercorra alcun trasferimento effettivo di valuta straniera fra le parti, unicamente per mezzo di un meccanismo di tipo finanziario[13]. Sebbene la prassi abbia elaborato una estrema varietà di operazioni di finanziamento che coinvolgono meccanismi di conversione con la valuta estera, due sono le strutture più impiegate.

Una prima è quella che consente di "denominare" il prestito in valuta estera[14]. In questo caso, pur trattandosi di una somma erogata e restituita in moneta domestica, il valore del finanziamento – e dunque del debito maturato dal prenditore di denaro – è espresso dal contratto nella divisa straniera e viene adempiuto dal debitore attraverso un corrispondente quantitativo di moneta domestica (nel consueto esempio, debito di 1 mln $ erogato nel corrispondente valore in € e ripagato nella medesima valuta sulla base del cambio €/$).

Una diversa e più articolata struttura è quella che consente di "indicizzare" il prestito alla valuta straniera. Diversamente dalla precedente, la clausola di indicizzazione è un accordo che integra il contenuto del contratto, attraverso la determinazione del parametro esterno sulla cui base calcolare la prestazione (in

13 A livello puramente descrittivo, queste fattispecie sono definite come "foreign currency-linked loans", v. Mańko, R.: *Unfair terms in Swiss franc loans. Overview of European Court of Justice case law,* European Parliamentary Research Service, March 2021, PE 689.361; Mišćenić, E.: *Currency Clauses in CHF Credit Agreements: A 'Small Wheel' in the Swiss Loans' Mechanism*, in *EuCML*, 2020, p. 226 ss.

14 Sulla figura del prestito in valuta straniera, può farsi riferimento a Maffeis, D.: *Direttiva 2014/17/UE: rischio di cambio e di tasso e valore nella componente aleatoria nei crediti immobiliari ai consumatori*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2016, I, p. 190 ss.; De Gioia Carabellese, P.- Chessa, C.: *La direttiva 2014/17/UE in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, p. 1434 ss.; Azzarri, F.: *I «prestiti in valuta estera» nella direttiva 2014/17/UE sui «contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali»*, in *Oss. dir. civ. e comm.*, 2015, p. 200 ss.; Roppo, V.: *Iscrivibilità di ipoteca per somma denominata in moneta estera*, in *Riv. dir. priv.*, 1996, p. 55 ss.

moneta domestica) dovuta dal debitore. Attraverso di essa, le parti concordano che un finanziamento denominato in moneta nazionale (*money of contract*) debba essere altresì ripagato nella stessa valuta (*money of payment*), ma per l'ammontare necessario ad acquistare il corrispondente capitale in moneta straniera, solitamente al cambio fissato al momento della conclusione del contratto di finanziamento. Tanto la somma con cui è denominato il contratto, quanto quella delle relative rate di ammortamento è espressa – in questa ipotesi – nella valuta domestica. Tuttavia, il valore del debito complessivo del mutuatario è parametrato al rapporto di conversione con la valuta estera al tempo di accensione del finanziamento. Anche le rate dovute in ammortamento del mutuo sono espresse nella valuta domestica, ma il loro valore è parametrato al cambio con la divisa domestica alla singola scadenza. Tale complesso meccanismo realizza, per via indiretta, lo stesso effetto che si produrre – in termini di esposizione al cambio tra le due valute – ove un debito denominato in valuta nazionale fosse erogato e ripagato nella valuta estera. Detto più semplicemente, la clausola di indicizzazione ha l'effetto di modificare l'ammontare del finanziamento in dipendenza del variare del rapporto di cambio fra le due valute di riferimento.

1. Doppia indicizzazione e rischio cambio

Un significativo contenzioso si è sviluppato rispetto ad una particolare meccanismo di "doppia" indicizzazione, al tasso ed al cambio.

Secondo un primo, il canone viene determinato in misura variabile, pari al tasso di interesse a cui un panel di banche si concedono reciprocamente prestiti: è il caso, ad esempio, del tasso dei prestiti in moneta elvetica sul mercato di Londra (LIBOR CHF). La clausola, nonostante il riferimento alla valuta straniera, espone le parti unicamente ad un rischio su tasso di interesse; l'entità della prestazione è difatti ancorata ad una variabile finanziaria suscettibile di oscillazione nei singoli periodi di riferimento, che niente ha però a che vedere con il rapporto euro-franco svizzero. Dal punto di vista giuridico e matematico, un prestito così conformato è in tutto e per tutto identico ad un finanziamento con tasso indicizzato ad un qualunque altro benchmark, quale ad esempio l'EURIBOR[15].

15 Ai fini della assunzione di un rischio di cambio, non si ravvisa difatti alcuna distinzione tra due ipotetici finanziamenti, dei quali il primo sia indicizzato all'EURIBOR 6m, il secondo al LIBOR CHF 6 mesi. Assumendo che entrambi i rapporti siano convenuti il 3 dicembre 2018, con uno *spread* applicato sul variabile del 3%, il primo meccanismo di indicizzazione condurrebbe all'applicazione di un tasso del 2,73% (EURIBOR 6m -0,27% al 3 dicembre 2018, cui va sommato lo *spread* contrattuale del 3%), il secondo del minor tasso del 2,212% (LIBOR CHF 6 mesi -0,788% al 3 dicembre 2018, sommato al medesimo *spread* contrattuale del 3%). L'esempio dimostra, di conseguenza, che in nessuno dei due casi sussiste un rischio specificamente legato al cambio con la valuta straniera, quanto esclusivamente quello riferito alla variabilità del parametro di indicizzazione del tasso. La prestazione rimane difatti in euro, con la sola peculiarità per cui il suo ammontare è determinato, nel primo caso, nella variazione dei tassi variabili per i depositi in euro, nel secondo da quella sui depositi in franchi svizzeri.

Gli accordi di doppia indicizzazione includono però un patto ulteriore, spesso definito di "rischio cambio" [16]. L'effetto di queste pattuizioni è quello di introdurre, rispetto alla indicizzazione semplice, un elemento aggiuntivo di *differenzialità* - relativamente all'importo delle singole rate e dell'estinzione in via anticipata – fra la valuta domestica e quella valuta straniera.

Le parti convengono che, a scadenze prestabilite (solitamente semestrali o annuali), operi un meccanismo di confronto fra il tasso di cambio convenzionale (T^0) – i.e. quello fra euro e franco svizzero al momento dell'accensione del finanziamento – e quello effettivo del momento (T^x). L'importo delle sei o dodici rate scadute (a seconda della frequenza dei conguagli), è così assunto come base di calcolo per determinare uno scambio di flussi finanziari fra le parti, pari alla differenza, a ciascuna scadenza della rata, fra il tasso di cambio storico (T^0) e quello attuale (T^x). I conguagli fra cambio storico (T^0) e singole scadenze di pagamento (T^0 - T^1; T^0 - T^2; T^0 - T^3; T^0 - T^x) vanno così a confluire all'interno di un deposito fruttifero a seconda dei diversi scenari: *i*) nel caso in cui il tasso storico sia inferiore a quello attuale ($T^0 < T^x$), il cliente sarà tenuto a corrispondere alla banca la differenza *positiva* tra i due; *ii*), ove il tasso storico sia superiore a quello attuale ($T^0 > T^x$), sarà invece il concedente (banca) a dover versare la corrispondente differenza *negativa*. In termini di impatto economico, il debitore è tenuto a versare una maggior quantità di valuta domestica nel caso in cui la valuta straniera si apprezzi. All'opposto, qualora sia la valuta domestica ad apprezzarsi rispetto a quella straniera, l'entità della prestazione dovuta dal debitore diminuirà in misura corrispondere all'aumento del potere d'acquisto della divisa domestica.

In ottica puramente orientata al risultato economico della clausola, questo complesso meccanismo produce un effetto analogo a quello che si avrebbe qualora l'indebitamento fosse direttamente denominato ed erogato nella valuta estera[17]. Si spiega, inoltre, il motivo per cui questo meccanismo sia definito di doppia indicizzazione, finanziaria – per la differenza fra Libor CHF in T^0 e Libor CHF T^x) – e valutaria – per la differenza nel rapporto di cambio euro-franco svizzero a T^0 e quella a T^x).

16 È ad esempio il caso di Trib. Roma, ord., 3 gennaio 2017, in *Corr. Giur.*, 2017, p. 1098, con nota di De Pamphilis, M.: *Profili di nullità nei mutui indicizzati alla valuta estera*. Anche l'Arbitro Bancario e Finanziario si è espresso negli stessi termini, v., ABF, Collegio Milano, 28 marzo 2018, n. 6999; Collegio Napoli, 14 marzo 2018, n. 5874; Collegio Milano, 8 luglio 2013, n. 3645.

17 L'aggiustamento del canone dovrebbe, dunque, andare a compensare il rischio di oscillazione del rapporto di cambio fra le due valute. Se il CHF si apprezza rispetto all'Euro, la banca dovrà far fronte al pagamento della provvista con una maggior quantità di moneta, andando di conseguenza ad incrementare l'importo dovuto attraverso il canone mensile. Specularmente, qualora l'euro si apprezzi rispetto al CHF, sarà necessaria una minor quantità di moneta per l'adempimento della prestazione da parte della banca, la quale sarà tenuta a versare al cliente *leasee* la suddetta differenza di valore. V., Gallone, G.: *Il tasso minimo e i "derivati incorporati", o presunti tali, nei contratti bancari e commerciali: riflessioni tecniche oltre l'opzione floor vanilla*, in *Giurimetrica*, 2016, p. 20, secondo cui "*più banalmente potrebbe darsi che quel mutuo o leasing integri, nella sostanza economica, un finanziamento in valuta estera, regolato in euro attraverso operazioni implicite di cambio valuta a pronti* […]".

III. VESSATORIETA' E TRASPARENZA NELLA LENTE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Al di là del rimedio della conversione del rapporto alla valuta nazionale e proprio in virtù della sua inidoneità a fornire una risposta adeguata al fenomeno analizzato nei paragrafi precedenti, il diritto dei consumatori è andato alla ricerca di una risposta all'interno della disciplina sulle clausole abusive[18].

L'apparato di tutele predisposto dalla Direttiva 93/13 è stato tuttavia concepito in un contesto profondamente diverso da quello di diffusione delle convenzioni di indicizzazione. Anzitutto per le considerazioni di carattere socioeconomico già svolte e per la nuova configurazione politica dell'Unione nel corso dell'ultimo ventennio[19]. Ma specialmente per il mutato dibattito giuridico attorno al rilievo del *private enforcement* come misura complementare di tutela nell'ambito del mercato regolato[20].

Il nuovo contesto impone infatti di risolvere alcuni problemi di fondo, attraverso lo sviluppo di un'interpretazione dinamica delle disposizioni sui rimedi. Uno degli interrogativi centrali affrontati dalla Corte di Giustizia concerne, in particolar modo, il perimetro del sindacato sulle clausole di indicizzazione nei contratti dei consumatori: detto altrimenti, se il patto determini il sorgere di un'obbligazione

18 La disciplina sulle clausole abusive è frutto del compromesso fra le diverse legislazioni nazionali, con un indubbio ruolo da protagonista del sistema francese e di quello tedesco. In particolare, la formulazione della direttiva manifesta evidenti reminescenze con la legislazione tedesca sulle "Condizioni generali del contratto" (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, AGB-Gesetz) incorporata all'interno del BGB (§§ 305-310), a seguito della *Modernizierung* del 2002, secondo cui "*Bestimmung in AG sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen*" (cfr. § 9 AGB-G 1979). La disciplina francese sembra invece orientarsi nel senso di attribuire una maggior rilevanza alla categoria del *contrat d'adhésion*, nella misura in cui il consumatore non sia in grado di influenzare in concreto il contenuto del contratto; a differenza dunque della disciplina tedesca, ove la valutazione si fonda maggiormente sulla natura della clausola, in Francia il presupposto di applicazione della normativa di protezione consiste nella condizione di strutturale squilibrio fra le posizioni dei contraenti. Inoltre, la direttiva attua un compromesso nella misura in cui estende il controllo ai cd. single-use terms, ma esclude (contrariamente alla soluzione adottata in Francia) le convenzioni che siano state oggetto di trattativa individuale.

19 È peraltro interessante notare come la maggior parte delle decisioni della Corte di Giustizia sulle convenzioni di indicizzazione coinvolga ordinamenti che, al tempo dell'entrata in vigore della Direttiva sulle clausole abusive, non erano parte dell'Unione Europea (Ungheria, Polonia, Romania, Croazia e Slovacchia).

20 La complementarità di queste prospettive è stata richiamata, di recentissimo, dalla Corte di Cassazione nella già richiamata decisione 23655/2021 sul caso dei mutui indicizzati *Barclays*. Nel riconoscere valore di prova legale ai provvedimenti AGCM che statuiscono sull'antigiuridicità di una clausola nei contratti dei consumatori, la Corte ha modo di esprimere il suo dissenso dall'orientamento consolidato nelle sezioni del Consiglio di Stato, secondo cui *public* e *private enforcement* presentano natura e finalità distinte e che operano, pertanto su piani autonomi e distinti (v., *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4773). Correttamente, i giudici di legittimità riconoscono alle regole poste a tutela della concorrenza "una struttura duplice, pubblica e privata", che, sul piano della disciplina positiva, si traduce in un "dovere di motivazione e di specifica confutazione in capo al giudice ordinario […] chiamato ad occuparsi dello stesso regolamento contrattuale oggetto del provvedimento amministrativo e giudicato non chiaro e comprensibile dall'Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato". Sul punto v. altresì, in materia di violazione di obblighi informativi nei confronti dell'investitore, Cass. Civ., Sez. I, 28 luglio 2020, n. 16126, Rel. Campese, in *dirittobancario.it*.

essenziale a definire la natura del contratto (*core term*), ovvero se si tratti di una previsione di carattere accessorio (*ancillary term*)[21].

In un primo momento, la Corte si è mostrata reticente nell'assumere una posizione netta sul punto (*Kásler v OTP*)[22], rimandando alla valutazione del giudice *a quo* il compito di indagarne la collocazione della clausola di indicizzazione nel quadro complessivo del rapporto.

Nelle pronunce successive, la posizione si è però fatta più marcata.

Nella misura in cui risultino chiare ed intellegibili,[23] le convenzioni di indicizzazione non sono ritenute assoggettabili al sindacato di abusività poiché definiscono un elemento essenziale del contratto, la cui assenza va a denaturare il rapporto per come concepito dalle parti (*Andriciuc v Banca Românească*)[24]: è dunque legittimo che il giudice nazionale, qualora accerti l'opacità della meccanismo di indicizzazione, privi di validità l'intero rapporto, poiché altrimenti non sopravvivrebbe senza di esso (*Dziubak v Raiffeisen Bank*)[25]. Questa netta presa posizione è stata però in parte rivista in esito ad una pronuncia più recente (*OTP Bank v Ilyés and Kiss*)[26]. L'ulteriore complicazione derivava da una novella di diritto ungherese che imponeva la sostituzione, con effetti retroattivi e valevole per tutti i rapporti di finanziamento in valuta, del tasso di cambio contrattuale con quello stabilito dalla Banca Nazionale di Ungheria[27]. L'ambito del giudizio di abusività non si estende difatti alle clausole che riproducono disposizioni legislative o regolamentari e, di conseguenza, anche la disposizione di indicizzazione, per come integrata dalla normativa ungherese, sembrerebbe coperta dalla medesima deroga. Tuttavia, la Corte dà nuovamente prova della particolare restrittività

21 Gòmez Pomar, F.: *Core versus Non-Core Terms and Legal Controls over Consumer Contract Terms: (Bad) Lessons from Europe?*, in *ERCL*, 2019, p. 177 ss.; Jensen, N.: *Unfair contract terms*, in *Commentaries on European Contract Law*, cit., p. 982-983; Hesselink, M.: *Unfair Terms in Contracts between Business*, in *Towards a European Contract Law*, Schulze, R.- Stuyck, J. (a cura di), München, 2011, p. 133.

22 Caso C-26/13, *Kásler v OTP*, 30 aprile 2014.

23 In particolare, ABF Collegio di Coordinamento, 29 luglio 2015, n. 5866, nel solco della sentenza Kàsler, secondo cui "è necessario intendere il requisito *secondo cui una clausola contrattuale deve essere redatta in modo chiaro e comprensibile nel senso di imporre non soltanto che la clausola in questione sia intelligibile per il consumatore su un piano grammaticale, ma anche che il contratto esponga in maniera trasparente il funzionamento concreto del meccanismo di conversione della valuta estera al quale si riferisce la clausola in parola, nonché il rapporto fra tale meccanismo e quello prescritto da altre clausole relative all'erogazione del mutuo, di modo che il consumatore sia in grado di valutare, sul fondamento di criteri precisi ed intelligibili, le conseguenze economiche che gliene derivano*". Sul percorso della Corte di Giustizia con riferimento al profilo dell'informazione al consumatore, v., Pagliantini, S.: *I mutui indicizzati ed il mito del consumatore "costituzionalizzato": la "dottrina" della Corte di giustizia da* Árpád Kásler a Dziubak, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2019, p. 1258 ss.

24 Caso C-186/16, *Andriciuc v Banca Românească*, 20 settembre 2017.

25 Caso C-260/18, *Dziubak v Raiffeisen Bank,* 3 ottobre 2019. Per un commento critico, v., Esposito, F.: *Dziubak Is a Fundamentally Wrong Decision: Superficial Reasoning, Disrespectful of National Courts, Lowers the Level of Consumer Protection*, in *ERCL*, 2020, 16(4), pp. 538–551.

26 Caso C-51/17, *OTP Bank v Ilyés and Kiss*, 20 settembre 2018.

27 Per una ricostruzione in dettaglio della vicenda relativa alla norma di diritto ungherese, v., D'Amico, G.: *La Corte di Giustizia e la vicenda (ungherese) dei mutui in valuta estera stipulati con un consumatore*, in *I contratti*, 2020, pag. 5 ss.

con cui guarda all'applicazione della suddetta deroga, ritenendo che essa operi unicamente in rapporto a quella parte della clausola che è coperta dalla legislazione ungherese, mentre non precluderebbe al giudice di valutarne la restante parte. In altre parole, la convenzione che regola il meccanismo di indicizzazione deve leggersi in collegamento con le altre disposizioni che regolano lo stesso profilo e che determinano, nel loro insieme, la misura del rischio assunta da ciascuna delle parti contrattuali.

IV. OLTRE LA CONVERSIONE

Come già anticipato in apertura, il problema del rischio di cambio ha una portata ben più ampia dei soli accordi che coinvolgano consumatori e professionisti.

È noto come la perdita di neutralità soggettiva che ha caratterizzato lo sviluppo della disciplina europea del contratto sui mercati regolati si sia imperniata sulla distinzione fra «consumatore» e «professionista». Queste figure si contraddistinguono come antecedenti logici e cronologici delle ulteriori forme di sotto-classificazioni che sono emerse nel tempo.

Cronologici, in quanto queste figure risultano essere le prime ad aver assunto un rilievo giuridico e politico all'interno delle fonti primarie europee, che elevano ad obiettivo dell'Unione quello di "*promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori*" (art. 169, TFUE). Logici, in quanto la qualificazione soggettiva delle figure nei singoli settori del mercato regolato mostra di non abbandonare mai del tutto l'idea di un loro riconducibilità, di fondo, alle categorie comuni del consumatore e del fornitore di servizi in senso lato: il turista, il cliente, l'utente, l'investitore, il risparmiatore, l'assicurato, altro non sarebbero, dunque, che articolazioni soggettiva di una medesima figura di "consumatore", al quale sono da ricollegarsi però, articolazioni con un differente grado di intensità della disciplina di protezione.

È altrettanto noto che la legislazione europea, nella individuazione dei tratti caratteristici del consumatore – i.e. l'essere "*persona fisica*" che "*agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale*" – definisce una linea di armonizzazione minima che lascia spazio agli Stati Membri, in sede di trasposizione, di estenderne il perimetro soggettivo e oggettivo. Alla luce di ciò, numerosi ordinamenti hanno sviluppato nozioni più ampie ed anti-letterali del dato normativo per abbracciare una nozione di "debolezza" economica che tenesse conto di un'asimmetria *lato sensu* nei rapporti tra professionisti e clientela retail, come l'"impresa debole"[28]. La stessa Corte di Giustizia, in un recente *ârret*, ha

28 Il legislatore tedesco ha esteso l'ambito del *Inhaltskontrolle* previsto dai §§ 307 ss. BGB oltre ai contratti stipulati dal consumatore persona fisica (*Verbrauchersverträge*), per ricomprendervi altresì quelli conclusi tra

ritenuto peraltro compatibile con la *ratio* della disciplina a tutela dei consumatori l'estensione a soggettività diverse da quelle indicate dalla Direttiva 93/13 delle misure di protezione ivi previste[29]. Altri ordinamenti hanno invece intrapreso la strada di riconoscere un rilievo giuridico ad ulteriori fattispecie di asimmetria nelle sole ipotesi tipiche; è, ad esempio, il caso della legge italiana sulla sub-fornitura (lg. 18 giugno 1998, n. 192)[30]. Se dunque è vero, da un lato, che il diritto europeo abbraccia una nozione più ampia ed elastica di protezione dell'asimmetria contrattuale, è altrettanto vero che i limiti e le tutele particolari riconosciute nel contesto delle convenzioni di indicizzazione – i.e. il diritto alla conversione, l'opacità e la vessatorietà del meccanismo di cambio – presuppongono comunque la qualifica del cliente come consumatore. Ragioni di giustizia sostanziale e di stabilità del sistema finanziario inducono però a guardare oltre la sola prospettiva del consumatore, interrogandosi sui limiti che le clausole incontrano, più in generale, nella contrattazione con le fasce di clientela più esposte.

1. Oggetto del contratto e determinatezza del rischio

L'indicizzazione del valore delle prestazioni delle parti all'andamento di un parametro finanziario opera, dal punto di vista della struttura del contratto, come meccanismo di determinazione del contenuto del negozio. In particolare, gli accordi di indicizzazione, costituiscono, in ottica contrattuale, atti di determinazione dell'oggetto *per relationem*[31]. Il rischio di cambio – analogamente a quello sul tasso o sul corso azionario - assunto dalle parti per mezzo di una convenzione di indicizzazione permea difatti la struttura del contratto e ne definisce, di conseguenza, il contenuto i) in via mediata, poiché l'indice rappresenta il mezzo per la designazione descrittiva dell'oggetto, ii) indiretta, poiché il suo andamento non è influenzato in alcun modo dalla volontà delle parti[32] e iii) attraverso elementi

imprenditori, ove una parte non abbia predisposto le condizioni generali del contratto (*der Vertragspartner des Verwenders*), adottando una visione particolarmente ampia del controllo giudiziale sulle clausole che realizzino una *unangemessene Benachteiligung* tra le parti. Nella dottrina tedesca vi è comunque chi segnala una non esatta sovrapposizione fra il controllo delle AGB-Klauseln nei contratti con un consumatore e quello nei contratti fra professionisti, v., Westphalen, F.: *Trennlinie zwischen AGB-Klauseln im Verbraucherrecht und in unternehmerischen Bereich*, in *BB*, 2017, p. 2051.

29 CGUE, Prima Sezione, 2 aprile 2020, Condominio di Milano, via Meda contro Eurothermo SpA, C-329/19 (ECLI:EU:C:2020:263).

30 L'art. 9, comma 1, sanziona con la nullità i patti attraverso cui sia realizzato un abuso "*da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi*".

31 Sulla figura, Di Pace, P.: *Il negozio per relationem*, *Torino*, 1940; Giordano Mondello, A.: *Il testamento per relazione*, Milano, 1966; Irti, N.: *Disposizioni testamentarie rimesse all'arbitrio altrui*, Milano, 1967, p. 199 ss.; Messineo, F.: *Il contratto in generale*, Milano, 1968, p. 516 ss.

32 Due decisioni dell'Autorità Antitrust Europea hanno censurato la condotta di alcuni fra i principali istituti creditizi nell'area dell'Unione (Barclays, Deutsche Bank, Societè Generalè, RBS e Credit Agricole, HSBC e JPMorgan Chase) consistente in pratiche ed accordi diretti alla manipolazione del tasso EURIBOR, v., Commissione Antitrust Europea, decisione C(2013)8512/1, 4 dicembre 2013 e decisione 7 dicembre 2016. La condotta anticoncorrenziale è stata realizzata attraverso accordi e pratiche concordate al fine di influenzare i parametri di eterointegrazione dei contratti di finanziamento a tasso variabile nel periodo intercorrente fra il 29 settembre 2005 ed il 30 maggio 2008. Sul punto, Calabrese, G.: *Effetti della*

estrinseci, poiché al fine di determinare il contenuto del contratto è necessario ricorrere a circostanze che risiedono al di fuori del documento contrattuale.

Attraverso il ricorso allo schema della *relatio*, le parti hanno difatti reso necessario il concorso di una fonte esterna al fine di mettere all'opera il "congegno determinativo", identificando così il modo d'essere del negozio[33]. Questa modalità di determinazione dell'oggetto comporta il sorgere di una situazione di sospensione, rispetto alla quale il contratto stabilisce un parametro - presente o futuro - in grado di sciogliere la situazione di incertezza e dar luogo così all'esecuzione delle prestazioni dovute[34]. Si intuisce di conseguenza che, per poter definire *determinabile* l'oggetto del contratto, occorre che le parti abbiano esplicitato in modo chiaro e non ambiguo il procedimento attraverso cui opera la *relatio*. Un conto è difatti parlare di imprevedibilità nella misura della prestazione, che non costituisce un vizio nella formazione della regola negoziale, altro conto è invece parlare di indeterminatezza della stessa.

Il rinvio alla fonte esterna, mediante il quale le parti – come detto - perseguono una finalità di gestione del rischio di inflazione, svalutazione o apprezzamento della moneta se, da un lato, risulta materialmente incompatibile con un'indicazione "in cifra" del tasso del rapporto, dall'altro, richiede comunque che la sua espressione avvenga in termini obiettivamente individuabili ed attuabili in modo non equivoco[35]. Ciò vale a dire che l'omessa indicazione, nel contratto, di una percentuale numerica che rappresenta l'entità del tasso si giustifica solo in ipotesi di ricorso, a tal fine, alla quotazione futura di un titolo, ovvero all'andamento di un tasso di mercato o di cambio fra valute a precise scadenze temporali, purché la

manipolazione dell'Euribor sul mutuo bancario a tasso variabile, in *Nuov. Giur. civ. comm*., 2018, I, p. 316 ss.; Di Biase, A.: *Il problema della legittimità dei mutui a tasso variabile Euribor: tra illecito antitrust e indeterminatezza dell'oggetto del contratto*, in *Nuov. Giur. civ. comm*., 2013, p. 181 ss. Ad ogni modo, l'esistenza della patologia riscontrata dall'Autorità Antitrust non muta l'impostazione della regola ed anzi conferma il profilo di necessaria autonomia del parametro di riferimento per l'indicizzazione del tasso, rispetto alla volontà dei contraenti.

33 Irti, N.: *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 230. Nonché Falzea, A.: *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 304, secondo cui "*Quando per la determinazione dell'oggetto del rapporto il negozio rimanda ad un ulteriore evento futuro, poiché l'oggetto del negozio è dato dal bene attuale nel senso già precisato, la necessità dell'evento si richiede soltanto per il sorgere del rapporto e non già per il perfezionamento dell'atto: il quale ultimo risulta completo, anche riguardo all'oggetto, quando il bene che deve formare l'oggetto del rapporto, risulti programmato dai contraenti nelle modalità prescritte dal diritto positivo*".

34 V., Gabrielli, E.: *L'oggetto del contratto*, sub artt. 1346-1347 c.c., in Il Codice civile. Commentario, Schlesinger, P. (a cura di), Milano, 2015, p. 121 ss.

35 In senso analogo si è espressa, di recente, la Corte di Cassazione, sanzionando con l'invalidità una clausola di determinazione del tasso di interesse che operava un rinvio non ben precisato ad un "top rate", ossia al tasso applicato dall'istituto di credito alla fascia di clientela ritenuta più rischiosa (collocata all'opposto del cd. prime rate). La Corte di legittimità ha ritenuto difatti che "*l'esigenza di trasparenza sottesa alla norma è compatibile con meccanismi di relatio che consentano alle parti di modulare il rapporto in funzione di termini esterni, indipendenti dalla loro azione e non puntualmente predeterminabili, altrettanto non può dirsi ove venga in questione la mancata esplicitazione, nel corpo del documento contrattuale, del tasso di interesse che la banca abbia intenzione di praticare (e che la stessa dichiari essere desumibile da altri elementi); in questa seconda ipotesi il rinvio urta con la precitata ratio della norma, giacché rappresenta lo strumento attraverso cui viene celata una condizione economica del rapporto*", v., Cass., 26 giugno 2019, n. 17110, in *Giust. Civ. mass*., 2019.

fonte della determinazione sia individuata in modo oggettivo e sia conoscibile da entrambe le parti.

2. La distribuzione del rischio oltre il binomio speculazione-immeritevolezza

Il problema della distribuzione asimmetrica del rischio, specie in ambito finanziario, è da qualche tempo oggetto di scrutinio da parte della giurisprudenza di legittimità nella lente della meritevolezza[36]. Questa circostanza ha portato al consolidarsi di alcuni parametri guida nella conduzione di questo giudizio: la parità di posizione delle parti, il rispetto del principio di solidarietà e di non prevaricazione.

Occorre però anteporre una precisazione sul contenuto di questo giudizio, o meglio, sulla non equivalenza fra la finalità di speculazione e immeritevolezza del contratto. Non è difatti trascurabile una certa pre-comprensione, da parte degli interpreti, nell'approccio al problema degli accordi di trasferimento del rischio, nel senso di ritenere immeritevoli gli accordi che si basino su una finalità comune alle parti di speculare sull'andamento di un mercato[37]. In quest'ottica, sembra che la recente presa di posizione delle Sezioni Unite abbia quantomeno contribuito a chiarire che gli accordi di trasferimento del rischio siano contraddistinti da una causa variabile, idonea a rispondere tanto ad esigenze di speculazione, quanto di copertura. Ciò sta a significare che il vaglio di meritevolezza non può arrestarsi unicamente alla ricerca di una esposizione che quell'accordo è preordinato a coprire, poiché può essere il contratto stesso a creare un valore e a determinare l'esposizione ad un rischio.

Fatta questa premessa, sembra dunque possibile individuare tre scenari per condurre il giudizio di meritevolezza nei riguardi di un accordo di indicizzazione.

Il modello dell'indicizzazione, nella sua forma semplice, assolve ad una funzione in linea con gli anzidetti parametri – i.e. di parità e non prevaricazione fra le parti-: esso consente, al finanziato, di ottenere un prestito analogo ad uno contratto nella valuta estera pur in assenza di uno scambio "reale" di divise fra le parti e, al finanziatore, di compensare gli effetti derivanti dall'esposizione al mercato

36 Per quanto in dottrina vi sia consapevolezza che il "problema dell'individuazione dei criteri di meritevolezza che i contraenti intendono realizzare mediante il contratto è indubbiamente il problema centrale del concetto di autonomia privata" (Ferri, G.B.: *Meritevolezza dell'interesse* e *utilità sociale*, nota a Corte App. Milano, 29 dicembre 1970, in *Riv. dir. comm*., 1971, p. 87), sul tema, è noto, si osserva una grande incertezza. Per una prima panoramica si vedano, sin d'ora, Gazzoni, F.: *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo* e *funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ*., 1978, I, p. 57-74; Costanza, M.: *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. impr*., 1987, p. 427-430; Guarneri, A.: *Il contratto immeritevole* e *il rasoio di Occam*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2018, p. 253; Breccia, U.: *Interessi non meritevoli di tutela*, in *Il contratto in generale*, Alpa, G., Breccia, U., Liserre, A. (a cura di), III, 1999, p. 89; Bianca, M.: *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. civ*., 2011, I, p. 789; Garofalo, A. M.: *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, in *Riv. dir. civ*., 2012, p. 5.

37 In questo senso, v., "*avendo la clausola rischio cambio finalità aleatorie ed eminentemente speculative, incoerenti rispetto all'effettiva necessità del contratto di leasing, ne va dichiarata l'invalidità ex art. 1322 c.c., secondo comma, c.c.*", Corte App. Trieste, 15 aprile 2021, n. 119, in *dirittobancario.it*.

della valuta di riferimento rapportando il cambio attuale a quello storico. Nessun dubbio, dunque, sul fatto che la figura della indicizzazione sia riconosciuta di per sé meritevole di tutela.

Abbiamo però avuto modo di precisare che il meccanismo di indicizzazione possa assumere forme differenti ed attribuire alla parte finanziatrice un diritto di incidere *medio tempore* sulla distribuzione del rischio. E', ad esempio, il caso in cui l'intermediario congegni il meccanismo differenziale non agganciandolo al fixing del giorno di stipula del contratto, ma fissandolo in modo arbitrario, così da sfruttare una posizione di indebito vantaggio sulla controparte rispetto all'evoluzione dei tassi. O ancora, l'ipotesi in cui il finanziatore si riservi la facoltà di esercitare uno *ius variandi* nel corso del rapporto rispetto al parametro di indicizzazione. In sostanza, pare altrettanto indubbio non riconoscere la meritevolezza di meccanismi di indicizzazione accompagnati da convenzioni che consentono ad una parte di mutare nel corso del rapporto il parametro di riferimento, sbilanciando l'assetto dei rischi per come configurato in sede di accensione del finanziamento.

Fra queste due ipotesi vi è però una zona grigia. In essa si collocano quei regolamenti che definiscano una distribuzione non omogenea fra rischi, dovuta al fatto che una parte assume un rischio difficile o impossibile da materializzarsi. Ipotizziamo, sempre nella logica della indicizzazione al cambio, di uno scambio di differenziali in cui una delle parti risponda senza limiti di un apprezzamento della valuta straniera oltre una soglia difficilmente materializzabile mentre, all'opposto, non vi sia alcun limite al rischio in caso di ribasso. Un regolamento così congegnato offre una copertura al soggetto finanziato a fronte di un rischio la cui verificazione appare del tutto inverosimile e assume pertanto una funzione puramente decettiva. La parte finanziata rimane difatti completamente esposta a fronte di scenari ben più plausibili e rispetto ai quali, il contratto, non prevede alcun meccanismo di controllo del rischio[38]. Appare pertanto limitante soffermarsi esclusivamente sulla dimensione quantitativa del rischio assunto da ciascuna parte – i.e. delle conseguenze derivanti dai passibili scenari –, occorrendo vagliarne anche la dimensione qualitativa – i.e. della probabilità di verificazione degli scenari in cui ciascuna parte risponde –. Ove, dunque, il contratto copra una parte da un rischio impossibile, il meccanismo di indicizzazione alla valuta estera pare del tutto privo di meritevolezza. Ma persino nelle ipotesi in cui il rischio effettivamente esista, ma la sua verificazione sia del tutto inverosimile, pare comunque potersi ravvisare una responsabilità dell'istituto per violazione dei doveri di condotta, specialmente nelle ipotesi in cui l'offerta commerciale si sia incentrata sul vantaggio economico di un tasso di interesse iniziale più contenuto.

38 L'ipotesi in esempio è quella che contraddistingue gran parte dei rapporti di finanziamenti indicizzati al cambio con il franco svizzero. Solitamente il finanziatore risponde difatti in ipotesi del tutto inverosimili di apprezzamento dell'euro rispetto al franco svizzero, mentre approfitta dell'aumento del tasso nell'ipotesi inversa, mancando un qualunque limite all'esposizione del finanziato.

LA PROTECCION CONTRACTUAL DEL CONSUMIDOR: LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR Y SUS EFECTOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL

THE CONTRACTUAL PROTECTION OF THE CONSUMER: THE DELIMITATION OF THE CONCEPT OF CONSUMER AND ITS EFFECTS ON CONTRACT LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 748-779

Héctor
BUENOSVINOS
GONZÁLEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: "Consumidores, por definición, somos todos". Así comenzaba el discurso que J.F Kennedy dio el 15 marzo de 1962 ante el Congreso americano. No le faltaba razón. ¿Qué es ser consumidor? ¿Quién es consumidor? Parece una respuesta fácil. Su protección impregna la mayoría de los textos constitucionales de la mayoría de los estados siendo conscientes de la globalización en la que vivimos y de la necesidad de cuidarles frente a las prácticas empresariales agresivas y audaces que limitan la posición del consumidor. Podemos comprar un artículo, adquirir un servicio o vender un bien desde el otro lado del mundo, pero no todos somos consumidores de igual forma.

La sociedad demanda una nueva concepción adaptada a las nuevas formas de contratar ampliando su protección en un mercado cada vez más globalizado y ágil. La importancia de esta materia ha dado lugar a miles de reclamaciones ante los Tribunales (sector bancario, aerolíneas, suministros, telefonía, entre otros) siendo éstos los encargados de fijar nuevas delimitaciones y requisitos para concluir si el contratante ostenta la condición de consumidor en un contrato. La importancia de proteger al consumidor en las relaciones contractuales ha dado lugar a la creación, por primera vez en España, del Ministerio de Consumo, el cual, entre otras iniciativas, ha logrado aprobar una nueva categoría de consumidor denominada el "consumidor vulnerable".

PALABRAS CLAVE: Consumidor, protección, nuevo, reforma, social.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL NACIMIENTO DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR: APROXIMACIÓN HISTÓRICA.- III. EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA.- IV. DELIMITACIONES AL CONCEPTO: SUPUESTOS PRÁCTICOS REALES ESTUDIADOS POR LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y EUROPEA.

I. INTRODUCCIÓN

Es notorio y público la globalización mundial en la compra y venta de bienes o disfrute de servicios. Actualmente, una persona puede comprar un artículo en otro lugar del mundo sin moverse de su casa o concertar los servicios de una empresa. Sin embargo, no todos estos consumidores serán protegidos de igual forma y en igualdad de condiciones. Por ello, en los últimos años los legisladores han promovidos numerosas normas de protección del consumidor, tanto en el ámbito nacional como europeo. El legislador es consciente de que el consumidor ostenta la posición débil en la relación contractual y que nuestra Sociedad necesita de mecanismos de protección al consumidor.

Las nuevas formas de contratación y los diferentes bienes y servicios actuales han propiciado la creación de figuras jurídicas que hace apenas medio siglo era imposible pensar que existirían. Hoy en día, desde su casa, una persona puede contratar a una empresa de servicios de transporte para sus desplazamientos en un viaje de ocio en cualquier país del mundo; puede adquirir un dispositivo electrónico comprado en una página web americana cuyo bien tiene salida desde China; o puede adquirir un billete de avión con destino Nueva York y escala Helsinki. En todos estos ejemplos, la delimitación del concepto de consumidor puede variar y su protección también.

Los Tribunales españoles han resuelto miles de reclamaciones en la última década en materia bancaria y financiera, el sector aéreo, suministros de hogar (electricidad, gas, etc), telefonía móvil y comunicaciones, entre otros. El estudio de supuestos reales ha permitido que los órganos judiciales analicen e interpreten la diversa casuística delimitando el concepto de consumidor y los requisitos para que un contratante ostente dicha condición en una relación contractual.

A este respecto, procede citar el voto particular del Magistrado Don Francisco Javier Orduña Moreno en la STS Pleno 3 junio 2016[1] sobre la declaración de

1 STS Pleno 3 junio 2016 (nº 367/2016. Rec nº 2121/2014). Base de datos CENDOJ: 28079119912016100010 (https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp)

• Héctor Buenosvinos González
Doctorando Universidad Vigo
hector.buenosvinos@hotmail.com

nulidad de pleno derecho por abusiva de una cláusula limitativa de los tipos de interés (¨cláusula suelo") incluida en un préstamo hipotecario con garantía inmobiliaria suscrito entre la entidad financiera Banco Pastor SAU (actualmente, integrado por fusión de absorción en el Banco Santander SA) y una persona física cuyo destino fue la prestación de un determinado importe con el fin de constituir y crear su empresa, concretamente, una farmacia.

El Pleno del Tribunal Supremo concluyó que la demandante no actuaba en el contrato como consumidora, sino como empresaria a los efectos del actual artículo 3 LGDCU[2], por lo que no era posible analizar la posible abusividad de la cláusula contractual litigiosa desde esta perspectiva, no siendo aplicable los controles de protección del consumidor. La sentencia del Alto Tribunal desestimó el recurso de la parte demandante recurrente confirmando la SAP A Coruña – sección cuarta 29 mayo 2014[3], la cual había estimado, a su vez, el recurso de la entidad bancaria y desestimando la demanda de primera instancia.

El voto particular del magistrado F.J Orduña Moreno se plantea en el mismo contexto contractual del supuesto litigioso con base en un ejemplo práctico (página 9 a 18 de la citada resolución): dos hermanos suscriben un préstamo hipotecario con la misma entidad financiera e idénticas condiciones contractuales. Ambos, sin experiencia financiera en la contratación de estos productos ni formación en la materia. Uno de ellos, concierta el préstamo con la finalidad de comprar una vivienda que constituirá su residencia habitual; el otro, como empresario autónomo, con la finalidad de adquirir un local en el que instalará un kiosko de prensa siendo éste su negocio y su actividad profesional constituyendo su modo de vida. El magistrado se plantea la protección que se impregna en la operación contractual en uno y otro supuesto, a pesar de que las condiciones contractuales y los conocimientos financieros de ambos son idénticos. La única diferencia es el destino del préstamo hipotecario, principal requisito para que un contratante ostente la condición de consumidor o empresario en la relación contractual.

Actualmente, toda la normativa nacional española y europea delimita el concepto de consumidor en base al destino y finalidad de la contratación, siendo indiferente otros requisitos objetivos o subjetivos.

2 Real Decreto 1/2007, de 16 noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Publicada en el Boletín Oficial del Estado Español nº 287, 30 noviembre 2007.

3 SAP A Coruña – sección cuarta 29 mayo 2014 (nº 166/2014. Rec nº 93/2014). Base de datos CENDOJ: 15030370042014100195 (https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp)

II. EL NACIMIENTO DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR: UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICA

1. Aproximación histórica del nacimiento del concepto de consumidor en occidente

Algunos historiadores se remontan al antiguo Egipto para identificar los primeros gérmenes sobre la protección del consumidor. Los egipcios cultivaban su culto al cuerpo por cuestiones religiosas, pero también de salud (para protegerse de la luz del sol abrasador del norte de África) utilizando un rudimentario maquillaje (polvos, pinturas…). Los historiadores han verificado la posibilidad de que existiera competencia entre los fabricantes de tales productos de maquillaje ofreciéndolos de mayor calidad debido a la demanda de los consumidores.

Una segunda aproximación, se remonta al Imperio de Babilonia (Mesopotamia, 1.692 a. C) con el código Hammurabi[4]. El rey babilonio que da nombre a este código promulgó una legislación fuerte para proteger a los compradores de bienes. Así, por ejemplo, la ley nº 228 establecía que "Si un arquitecto hizo una casa para otro y la terminó, el hombre le dará por honorarios dos siclos de plata por SAR de superficie.", o la ley nº 229 "Si un arquitecto hizo una casa para otro, y no la hizo sólida, y si la casa que hizo se derrumbó y ha hecho morir al propietario de la casa, el arquitecto será muerto", o la ley nº 232 "Si le ha hecho perder los bienes, le pagará todo lo que se ha perdido, y, porque no ha hecho sólida la casa que construyó, que se ha derrumbado, reconstruirá a su propia costa la casa." o la ley nº 233 decía que "Si un albañil construyó una casa para un hombre y no realizó el trabajo correctamente y el muro se derrumbó, ese albañil fortificará el muro a su costa."

Asimismo, hablar de nuestro orígenes en Occidente, es remontarnos a Roma y al derecho romano. Las relaciones sociales en aquel tiempo propiciaron la necesidad de una regulación legal amparada en el "contractus". Aquellos contratos romanos también han evolucionado hasta nuestro días y, aunque se conserva en cierta manera su esencia (por ejemplo, comprar un kilo de naranjas en Roma es el mismo acto que comprarlas en la España del siglo XXI) su regulación normativa, derechos y obligaciones del comprador y del vendedor han evolucionado con una nueva regulación que quiere adaptarse a la nueva sociedad. Asimismo, la evolución social ha provocado la aparición de nuevas formas contractuales, como por ejemplo, el uso y utilización de "drones" o la compra de productos de inversión (valores, acciones, etc.).

4 Código Hammurabi: considerado el primer conjunto de leyes de la historia. El rey Hammurabi enumera las leyes que ha recibido del Dios Marduk para fomentar el bienestar de sus súbditos, unificando las leyes existentes.

No obstante, el concepto "social" de consumidor no llegó hasta el siglo XIX y XX. La revolución industrial y la mejora de las condiciones laborales y sociales provocaron que el ciudadano medio pudiera adquirir con más frecuencia y a un precio más asequible para el bolsillo de los trabajadores bienes y servicios para satisfacer sus necesidades personales y familiares Así, el ciudadano comenzó a demandar mejoras sociales cuando compraba un vehículo, un reloj o el kilo de naranjas en la tienda del barrio. El ciudadano se había convertido en consumidor. La Sociedad se convirtió en consumista.

2. El consumidor en Estados Unidos: su influencia al resto del mundo

La complejidad social e histórica mundial conllevó a que la evolución del consumidor tuviera diferencias y similitudes en distintas partes del mundo. En los estados europeos de nuestro entorno tuvo una evolución más lenta durante los primeros años del siglo XX, alcanzando su mayor explosión legislativa y regulatoria a mediados del siglo XX, después de la segunda guerra mundial, y con los inicios de la Unión Europea. En cambio, "al otro lado del charco", las primeras iniciativas sociales comenzaron a finales del siglo XIX, en la ciudad de Nueva York con la creación de la "Primera Liga de consumidores" fundada en 1891 por la activista Josephine Lowell. Años más tarde, Florence Kelley - la primera mujer inspectora de Fábricas en Estados Unidos - se convertiría en la Secretaria de la organización entre 1899 – 1932, cuyo principal objetivo fue la organización colectiva de los consumidores proporcionando información sobre la producción de bienes de consumo. Entre sus logros, podemos destacar que esta organización fue la primera en crear un mecanismo que permitiera al consumidor conocer si el producto adquirido había pasado por una inspección técnica previa, asegurándose que se encontraba en perfectas condiciones higiénicas y de calidad; fueron denominadas "Etiquetas de calidad de la Liga".

Asimismo, los primeros años del siglo XX, se promulgaron en EEUU algunas leyes para controlar la venta de alimentos, en especial, la carne. En 1914 se crea la Comisión Nacional del Comercio y en 1927 se crea la primera Agencia de control de los alimentos y medicamentos. En ese mismo año se lanzan varias campañas publicitarias para concienciar a los ciudadanos de la importancia de un consumo responsable. En 1927 se publica el libro "Your Money's Worth: A study in the waste of the consumer's dollar" (El valor de su dinero: un estudio sobre el desperdicio del dólar del consumidor), escrito por el economista estadunidense Stuar Chase y el activista estadunidense Frederick J. Shlink. Esta obra gozó de gran popularidad iniciando un movimiento de protección al consumidor que culminó en 1929 con la creación por los mismos autores de la organización "Consumer´s Research" (Investigación del Consumidor) cuya finalidad principal era probar y consumidor productos y publicar sus resultados en una revista

mensual denominada "Consumers 'Research Bulletin" (Boletín de investigación del consumidor). La publicación de sus revistas mensuales (también llamadas, boletines) fue tan popular que, en sus inicios en 1927 tenía 565 suscriptores y en 1932 ya eran 42.000 suscriptores. Posteriormente, S.Chase y F.J.Shlink crearon en 1936 la primera Organización americana de consumidores, actualmente en vigor, como miembro independiente y sin ánimo de lucro que trabaja para garantizar la protección del consumidor en la transparencia y equidad en el mercado (se puede visitar en www.consumerunion.org).

Pero, sin duda, el acontecimiento más importante en la protección de consumidores en el siglo XX fue el discurso que John Fitzgerald Kennedy, Presidente de los Estados Unidos, promulgó en el Congreso de EUU el 15 de marzo de 1962 en favor de la defensa de los derechos de los consumidores: "Consumidores somos todos. El Estado Tiene la especial obligación de estar alerta en lo que se refiere a las necesidades de los consumidores y de hacer progresar sus intereses"[5]. Su discurso fue tan importante que en 1983 la Organización de Naciones Unidas (ONU) instituyó el 15 de marzo el "Día del Consumidor". De esta forma, se reconocía la relevancia política y económica del consumidor como pieza clave en el desarrollo productivo siendo necesario la intervención de la Administración Pública para promulgar leyes en favor de su protección. Dos años más tarde, el 9 de abril de 1985, la Asamblea General de las Naciones Unidades adoptó las directrices para la protección de consumidor consideradas hoy en día por la mayoría de los estados como derechos fundamentales de reconocimiento internacional, inspiradores de las legislaciones de todos los países del mundo, y entre ellos, España.

También se creó la Comisión Federal de Comercio ("Federal Trade Commission", siglas en inglés FTC). Asimismo, reformó los programas vigentes en la época en diferentes ámbitos de consumo, como por ejemplo, la alimentación y producción de alimentos, la vivienda, seguridad y transporte, y control de precios, pero no dictó una norma básica y esencial sobre la protección del consumidor, como si han hecho la práctica totalidad de los estados como España. A partir de este momento, se promulgaron las conocidas "Little FTC Acts" ("Pequeñas Actas") por la Comisión Federal de Comercio basadas en las leyes federales americanas que continúan en vigor actualmente.

3. El consumidor en Europa

El sistema americano fue exportado a Europa, prueba de ello es el consorcio fundado por cuatro organizaciones de consumidores europeas, además, de

5 El discurso completo íntegro original de J.F Keneddy así como una copia impresa de la declaración grabada, y más corta que el discurso leído en el Congreso, se encuentra disponible en la página web oficial de su fundación: https://www.jfklibrary.org/asset-viewer/archives/JFKPOF/037/JFKPOF-037-028

la organización americana denominado "Internacional Consumers Research & Testing" ("Organización Internacional de investigación y experimentación de consumidores") creada en Reino Unido en 1990 y formado por más de 35 organizaciones de consumidores internacionales cuyo principal objetivo era facilitar la cooperación entre sus miembros y promover la investigación y las pruebas en el campo de los bienes y servicios de consumo. Los fundadores fueron: "Consumer Reports" (EEUU), "Association des Consommateurs Test-Achats SC" (Bélgica), "Consumemtenbond" (Países Bajos); "Stifung Warentest" (Alemania), "UFC, Que Choisir" (Francia), "Which?" (Reino Unido). Actualmente, esta organización está compuesta por miembros de todos los continentes. En 1990 también se creó CONSEUR, también denominado EUROCONSUMERS, una corporación privada e independiente con sede en Luxemburgo formada por organizaciones de consumidores de Bélgica (Association Belge des Consomateurs, Test Acharts y ECC Belgium), España (OCU), Italia (Altro Consumo y Soldi), y Portugal (Deco Proteste). A pesar de ser un grupo europeo, es miembro la organización brasileña Proteste.

Aunque existían algunos movimientos sociales e iniciativas legislativas en la primera mitad del siglo XX en Europa, lo cierto es que los distintos acontecimientos bélicos en el viejo continente (dos guerras mundiales, la denominada "Revolución Rusa" y el avance del fascismo) impidieron que en los estados europeos evolucionara en la misma sintonía que en EEUU. En cuanto a España, tras la Guerra Civil 1936 – 1939 y el inicio del periodo dictatorial de Franco que duró hasta 20 noviembre 1975, no tuvo influencia alguna legislativa ni social de los movimientos y progresos que el Europa estaba llevando a cabo. De hecho, durante la dictadura apenas se aprobaron leyes en la materia, destacando solo la "legislación antitrust" aprobada en la Ley 10/1963 de 29 julio, sobre la represión de las prácticas restrictivas de la competencia y la Ley 61/1964 de 11 junio, Estatuto de la publicidad, así como en las aisladas actuaciones legislativas e interpretativas del Tribunal Supremo de aquel entonces como por ejemplo la regulación disciplinaria de los agentes que intervienen en el mercado y su publicaciones protegiendo al consumidor de publicidad engañosa.

Uno de los hitos europeos importantes en Europa fue la creación de la Carta Magna de Protección del Consumidor aprobada por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa de 17 de mayo de 1973 mediante la Resolución 543/73. Supuso el inicio de la protección del consumidor de la Europa Comunitaria así como la Resolución de la Comunidad Económica Europea CEE de 14 de abril 1975 relativa al programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores. Desde entonces, el legislador comunitario, preocupado por el devenir de los acontecimientos sociales y la evolución de nuestra Sociedad, ha promulgado diversas leyes e

iniciado trabajos de investigación en favor del consumidor como parte débil del contrato. Estos trabajos se han iniciado, sobre todo, en la última década, en interés del consumidor europeo o de aquellas operaciones contractuales realizadas en suelo europeo. Podemos destacar el "Plan de acción trienal" (1989 - 1992), los denominados "Libros Verdes" creados por la Comisión de las Comunidades Europeas (departamento de Servicio de Política de los Consumidores) y os diferentes tratados de constitución y unión en los que siempre se fija como materia esencial de la Unión la política de los consumidores.

Aunque sin duda, uno de los hitos más importantes y recientes fue el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) de 26 octubre 2012 cuyo artículo 12 establece que "Al definirse y ejecutarse otras políticas y acciones de la Unión se tendrán en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores." Por primera vez, la Unión Europea (UE) consideraba las reivindicaciones de los consumidores como "exigencias" siendo necesario desarrollar una política de protección mayor acorde – además – con las actuales directivas comunitarias y la jurisprudencia emanada por el Tribunal de Justicia de Unión Europea (TJUE). Al igual que lo hacia el Tratado fundacional de Unión Europea de Maastricht de 29 julio 1992, el TFUE desarrolla en su Título XV cuya rúbrica es la "Protección de los consumidores" (artículo169) el contenido para promover los objetivos de la Unión en materia de consumo.

El TFUE establece que la política sobre la protección de consumidores sea una competencia compartida entre la UE y sus estados miembros, de forma que, tal y como dispone su artículo 114, las decisiones sobre la legislación de consumo de cada estado miembro se tomarán previa consulta al Comité Económico y Social Europeo (CESE). Ésta medida no quiere decir que un estado miembro no pueda legislar internamente sobre consumo, pero dicha legislación nacional no podrá ser nunca incompatible con legislación europea. Asimismo, el derecho nacional de cada estado miembro podrá ampliar y mejorar la protección del consumidor, siempre y cuando, de nuevo, no sea incompatible con legislación comunitaria. Esta premisa reviste de vital importancia, pues, la normativa nacional de cada estado ha dado lugar a diversos pronunciamientos del TJUE en materia de consumo dirimiendo si las legislaciones nacionales de algunos estados miembros eran contrarias o incompatibles a la legislación europea, entre ellas, la española.

Durante los primeros años del siglo XXI, la iniciativa legislativa en la Unión Europea ha sido muy activa. Se han continuado con la creación legislativa sobre la protección del consumidor, reforzando su posición en el mercado, y además, se han aprobado otras leyes para proteger al consumidor en campos como la tecnología, internet, entre otros. Asimismo, se han creado otros "libros verdes", como por ejemplo, sobre la protección de los consumidores en la UE (2001);

sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en derecho civil y mercantil (2002), y estrategia en materia política de los consumidores en la Comunidad Europea (2002-2006). También reviste de importancia la creación de algunos organismos como por ejemplo, el Comité de los Consumidores, el Grupo Consultivo Europeo de los consumidores.

El núcleo de las políticas europeas ha sido y es la protección de los consumidores y mejorar la información de consumo. La EU se ha marcado como objetivo armonizar las políticas y normativas sobre protección de los consumidores de cada estado miembro. Una de las novedades más importantes en los últimos años ha sido garantizar a todo consumidor su protección, independientemente del lugar de la UE o del resto del mundo en que realice la compra o el acto de consumo. A este respecto, ha sido un actor esencial el TJUE en su interpretación de las directivas europeas. Por ejemplo, en supuestos como la compra de un billete de avión de una compañía aérea europea pero comprado fuera de la UE y con escala en Europa y destino no europeo. Actualmente, la Comisión europea se encuentra trabajando en la elaboración de una directiva que englobe las cuatro principales directivas europeas sobre información del producto, condiciones contractuales, entrega, devolución reparaciones, garantiza y anulación de una compra.

3. La Resolución 70/186, de 22 de diciembre 2015, sobre la protección del consumidor dictada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU)

La Asamblea General de la ONU, en su septuagésimo período de sesiones, abordó como tema 18 a) del programa la protección del consumidor tomando nota del mandato encomendado a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo en su décimo tercer período de sesiones, celebrado en Doha (Catar) del 21 al 26 de abril 2012. La Asamblea reafirmó las directrices de su protección fijada en las anteriores resoluciones 1981/62 de 23 julio 1981 y 38/147 de 19 diciembre 1983 como un conjunto valioso de principios para establecer las principales características que deben tener las leyes de protección del consumidor, las instituciones encargadas de aplicarlas y las políticas al respecto. La Asamblea General también decidió establecer un grupo intergubernamental de expertos en derecho y política de protección del consumidor en el marco de la Conferencia sobre Comercio y Desarrollo, con la misión de actuar como mecanismo institucional internacional encargado de la aplicación de las Directrices.

La ONU reconoció que desde ésta última resolución de 2015 habían pasado treinta años y aunque la protección del consumidor ha aumentado, su avance ha sido desigual en todos los países del mundo. Asimismo, la ONU es consciente que la diversidad cultural y económica influye en la protección al consumidor y considera que existe un consenso general para dictar una serie de directrices en la materia. Igualmente, la ONU reconoce que las legislaciones deben continuar

protegiendo al consumidor de conductas o prácticas engañosas y desleales con sólidos ordenamientos jurídicos adaptables a las nuevas realidades como por ejemplo el comercio electrónico y la era digital. Por tanto, fijó doce directrices en protección de consumidor.

En el contenido de la resolución, la ONU también se ha detenido en el estudio del término de consumidor y concluye que "A los efectos de las presentes directrices, el término "consumidor" hace referencia, por lo general, a una persona física, con independencia de su nacionalidad, que actúa principalmente con fines personales, familiares o domésticos, si bien se reconoce que los Estados Miembros podrán adoptar diferentes definiciones para abordar necesidades internas específicas." ¿Por qué la ONU ha tenido la necesidad de definir al consumidor? Lo cierto es que desconocemos si en la Asamblea hubo un debate sobre el concepto de consumidor pero es, cuanto menos, llamativo que considere necesario aludir al concepto sin perjuicio de que los estados puedan adoptar definiciones diferentes. Y, es que, en mi opinión, su concepto es demasiado genérico y difuso, a diferencia del resto de legislaciones mundiales que utilizan definiciones más detalladas y concretas. La definición de la ONU nada aporta a la legislación existente y se olvida de otros supuestos o requisitos que se están aplicando en los países. Por ejemplo, no tiene en cuenta la jurisprudencia que el TJUE emana en los últimos años sobre ello. De hecho, la coletilla "por lo general" da lugar a interpretar que caben excepciones en la definición. El uso de conceptos como fines personales, familiares o domésticos oscurece aún más la figura del consumidor teniendo en cuenta que las relaciones contractuales en la que una persona participa son cada vez más complejas y arduas con aristas muy diferentes en el mercado actual. En conclusión, en mi opinión, la definición que ofrece la ONU es vaga, confusa, imprecisa y demasiado genérica para las necesidades de la realidad actual.

4. El consumidor en Iberoamérica

En los países iberoamericanos de habla castellana y portuguesa, el movimiento pro consumidor también se ha visto influenciado por los acontecimientos sociales e históricos aunque con menos homogeneidad en el conjunto de estados latinoamericanos que en los países europeos. Un estudio profundo de cada estado y zona geográfica requiere un análisis pormenorizado. No obstante, debido a la extensión de este artículo, citaremos sólo aquellos acontecimientos más relevantes.

Especialmente notable es la protección del consumidor en Brasil. Desde la década de 1970 y 1980 se ha promovido la creación de organizaciones de consumidores sin ánimo de lucro y los primeros organismos públicos cuya actividad divulgadora influiría en la aprobación de la ley 7347/1985, de 24 de julio 1985, conocida como la "Lei da Ação Civil Pública" ("Ley de Acción Civil Pública"). La figura del

consumidor y su protección ha sido regulada en la constitución federal brasileña de 5 octubre 1988 cuya protección se ha desarrollado en un importantísimo Código de Protección al Consumidor ("Código de Proteçâo e Defesa do Consumidor"), instrumento jurídico que, de momento, no se ha utilizado en Europa – y tampoco en España – para agrupar todas las normas sobre consumo. Se trata de una técnica legislativa napoleónica que ha quedado en desuso.

En Argentina, los movimientos de la clase obrera y la creación de sindicatos de los trabajadores en un país en proceso de reindustrialización desde mediados del siglo XX propició que el movimiento denominado "Peronismo" comenzará a aplicar políticas intervencionistas con el objetivo de proteger al consumidor más pobre. Algunos historiadores consideran a este periodo como "nuevo consumo obrero". El Gobierno argentino preocupado por ello, inició campañas educativas y divulgativas importantes durante finales de la década 1970 y en 1980; sin embargo, a pesar de todos estos esfuerzos, no es hasta el 22 de septiembre 1993 cuando se promulgó la ley nº 24.240 de Defensa del consumidor. Con base a esta nueva normativa, se crearon instituciones públicas de protección y tras la reforma constitucional en 1994, Argentina incluyó por primera vez en su Carta Magna la protección al consumidor (artículo 42 y 43) en la misma sintonía que otros estados americanos de su entorno y Europa había realizado décadas anteriores.

Otros estados del cono sur como Chile, Uruguay o Paraguay tuvieron un desarrollo más tardío. A diferencia de Argentina y Brasil, no existen movimientos sociales de importancia siendo el gobierno el precursor de la defensa del consumidor. En Chile se creó el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) y en Uruguay la Dirección de Defensa del Consumidor en primer lugar, y posteriormente el Área de Defensa del Consumidor (ADECO). Sin embargo, no es hasta finales de la década de 1990 cuando se promulgan las primeras leyes de prevención y protección al consumidor como la chilena ley nº 19.496 de fecha 28 enero1997, sobre la protección del consumidor y en Uruguay, aunque existían anteriormente algunas leyes sobre la inspección de medicamentos y alimentos y la regulación de precios sobre todo en los bienes de primera necesidad[6]. En ninguno de estos dos estados se recoge su protección sus textos constitucionales, aunque en Chile recientemente - el 25 octubre de 2020 – se ha aprobado en plebiscito popular la creación de una mesa constituyente que elabore un nuevo texto constitucional, dejando atrás la actual Carta Magna del dictador Augusto Pinochet Ugarte. Estoy seguro que los encargados de esta importante encomienda incluirán en la misma la protección del consumidor, lo cual, propiciará la aprobación de normas en la materia y sobre la delimitación del consumidor.

6 Destaca la ley nº 17.189 de 30 septiembre 1999, sobre las normas relativas a las relaciones de consumo· la cual fue derogada al año siguiente por la ley nº 17.250 de 11 agosto de 2000, de la defensa del consumidor.

Paraguay ha seguido la estela de sus países vecinos. El pensamiento pro consumidor se desarrolló tardíamente. No es hasta la entrada en vigor de la actual Constitución de 20 de junio 1992 cuando este país regula por primera vez la figura del consumidor elevándolo a rango constitucional aunque de forma farragosa y difusa. En realidad, Paraguay no aprueba la primera norma en favor del consumidor hasta el 18 de junio 1998 con la Ley nº 1.334 de defensa del consumidor y usuario.

En Centroamérica y los países andinos, a excepción de Perú, no han tenido una gran evolución en el derecho de consumo. Su aparición es muy residual y tardía. A penas existen algunas pequeñas organizaciones de empresarios y de agricultores, así como grupos en defensa de los derechos de los indígenas. No existe como tal un pensamiento consumista, por lo que sus ciudadanos no conciben como derecho fundamental la protección del consumidor. En el caso de Perú, es la excepción. La actual Constitución peruana de 29 de diciembre 1993 si regula la protección del consumidor (artículo 65). Al igual que Brasil, el 1 de septiembre 2010 aprobó el Código de protección y defensa del consumidor como marco normativo básico en el régimen económico social peruano. Hace apenas diez años que se promulgó este código, mientras que en EEUU, Europa u otros estados de su entorno sur hacía décadas del desarrollo normativo en la materia de consumo.

En Colombia, la noción de consumidor fue más paulatina. Aunque en la década de 1980 se dictó alguna norma que regulaba las relaciones de consumo, no es hasta el 2 de diciembre 1982 cuando se dicta el decreto nº 3.466 con el nombre "Por el cual se dicta normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones" definiendo en su texto el concepto de consumidor. Tras la aprobación de la vigente carta magna de 4 julio 1991 su artículo 78 establece como derecho fundamental la protección del consumidor. A pesar de esta garantía constitucional, no es hasta 2011 cuando se aprueba la primera norma específica conocida como el Estatuto del Consumidor (ley nº 1480 de 12 de octubre 201).

Respecto a Venezuela, el país que hoy conocemos, es muy diferente al país del siglo XX. Podemos calificar a este país como pionero en la protección del consumidor, pues ya desde la primera mitad del siglo XX promulgó diversas leyes sobre el mercado y el comercio, la calidad de los alimentos y el control de costes, por ejemplo. Aunque no es hasta finales del siglo XX cuando por primera vez aprueba un marco normativo especifico de consumidor con la Ley de Protección al Consumidor, de 21 de mayo 1992. Se trata de una ley dibujada al estilo europeo, exportando el sistema del viejo continente, orientado directamente a proteger al consumidor. Su configuración fue una revolución respecto al resto de estados latinoamericanos de su entorno. Asimismo, se crea

el organismo Superintendencia de Protección al Consumidor y el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor (IDEC). Tres años más tarde, la ley fue modificada posteriormente, incluyendo la figura del "usuario" como sujeto distinto al consumidor y estableciendo procedimientos sancionadores.

Con la llegada al Gobierno de Hugo Chávez en 1999, todo cambió ya que la aprobación de su actual texto constitucional prohibió expresamente los monopolios (artículo 113) y estableció el derecho de todo consumidor para disponer de bienes y servicios de calidad, información adecuada del producto y no engañosa, y libertad de elección (artículo 117). La política intervencionista de Venezuela ha dado lugar a considerar que el derecho de consumo en Venezuela ha evolucionado a medio camino entre el derecho público y privado utilizando instrumentos de ambos ámbitos en favor del consumidor Actualmente, se encuentra en vigor la nueva ley nº 37.930 de protección al consumidor y usuario de 1 de abril 2004 que ha servido de base para aprobar otras en favor de los derechos de los consumidores más específicas[7]. El actual Gobierno venezolano de Nicolás Maduro ha continuado con la política intervencionista.

En el entorno de los países del Caribe, Cuba, ha sido uno de los primeros países de América en legislar en favor del consumidor. A pesar de los acontecimientos políticos y sociales que han marcado la historia de este país es uno de los estados americanos más sensibles en cuestiones sociales. En la denominada "Revolución", se promulgó la ley nº 697 de 22 de enero 1960 de Protección al consumidor para controlar el alza de los precios de artículos básicos de consumo y durante la década de 1960 se crean algunos sistemas y oficinas de control sobre los alimentos y el abastecimiento, modelo que continuará en décadas posteriores. En los años 1990, la iniciativa reguladora de protección al consumidor progresa aumentando la sensibilización de los cubanos en la protección de sus derechos como consumidores con importantes iniciativas publicitarias y educativas creando el Sistema de Inspección de la Protección al Consumidor en los Órganos de la Administración Central del Estado y Entidades Nacionales[8]. Actualmente, los denominados "Lineamientos"[9] se han ocupado de la protección del consumidor (por ejemplo, "Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución" epígrafe XII sobre la política para el comercio, Lineamiento Núm. 313). Estos Lineamientos se han ido actualizado, por lo que en 2016 la protección del consumidor se estableció en el nuevo capítulo XIII relativo al "Perfeccionamiento del Sistemas y Órganos de Dirección" con el fin de fortalecer aún más la protección

7 Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 27 de mayo 2008 o la Ley de reforma parcial de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 1 de febrero 2010.

8 Mediante la resolución nº 1 del Ministerio de Comercio Interior de 3 de enero 2002.

9 Instrumento jurídico de contenido económico y político cuyo objetivo es reformar un modelo económico sin abandonar el prisma social.

con medidas fijadas por las administraciones locales. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos de Cuba por mejorar la protección del consumidor, su legislación es poca y muy dispersa sin que su texto constitucional recoge de forma expresa la protección de los consumidores como derecho fundamental, aunque parece que pueda dilucidarse en la regulación dedicada a los derechos económicos, sociales y culturales. Los esfuerzos de Cuba en materia de consumo siguen sin ser suficientes. El gobierno cubano no ha promulgado ninguna ley de protección del consumidor, y los grupos de trabajo y los lineamientos dictados en la materia no han dado sus frutos, aunque se han dictado algunas normas sobre la materia, como por ejemplo, la reciente instrucción nº 5/2019 de 24 septiembre 2019 sobre la "compensación al consumidor y los tiempos de garantía de los productos y servicios".

Puerto Rico es otro de los enclaves del Caribe con una regulación establece en materia de consumo. La particularidad de este país se encuentra determinada por su historia con influencia directa de EEUU del que es estado asociado independiente desde 1917, por lo que la noción de consumidor no se desarrolla en Puerto Rico hasta el discurso de John Fitzgerald Kennedy de 15 marzo 1962.

Ni la constitución de EEUU ni la de Puerto Rico regulan o hacer alguna mención al consumidor. Este hecho es sorprendente, pues a pesar de que EEUU ha sido un estado pionero en materia de consumo – y por extensión, Puerto Rico – sus textos constitucionales no reconocen expresamente el derecho de los consumidores. No obstante, en los últimos años se han creado mesas de trabajo para aprobar el marco normativo en esta materia. El 14 agosto 2009, la senadora puertorriqueña y presidenta de la Comisión de Asuntos del Consumidor del Senado de Puerto Rico, Lornna Soto Villanueva, presentó ante el Senado de EEUU un proyecto para crear un Código de Consumidor (propuesta nº 1.047). No fue aprobada, por lo que actualmente, Puerto Rico no cuenta con ninguna normativa específica en protección del consumidor. Se ha limitado a promulgar leyes individuales sobre bienes y servicios concretos como la compra de vehículos, seguridad alimentaria, entre otros.

A pesar de ello, Puerto Rico cuenta con el Departamento de Asuntos del Consumidor (DACO) creado en 1973 el cual ha promulgado la Carta de Derechos del Consumidor de mayo de 1985[10]. Conviene destacar también que DACO elabora periódicamente planes estratégicos en la protección del consumidor. Entre las metas establecidas en el último plan 2017-2020 podemos destacar la promoción y divulgación de los derechos del consumidor para lograr que estén completamente informados así como ampliar y mejorar la transparencia en los procesos burocráticos, o simplificar los reglamentos y manuales administrativos.

10 Modificada en dos ocasiones para adaptarse a los tiempos: el 14 de febrero de 1992 y el 15 de marzo de 1994.

Asimismo, en la Cámara de Representantes de Puerto Rico se ha creado la Comisión permanente de asuntos federales y del consumidor, banca y seguros cuya principal función es el control y revisión de los derechos de los consumidores en cualquier ámbito y área, como la contratación bancaria y seguros, precios, prácticas desleales y engañosas, etc. Por tanto, no tardará mucho en que Puerto Rico, por fin, apruebe su primera ley en defensa y protección del consumidor.

En cuanto a la República Dominicana, la influencia europea sobre la materia llegó bastante tarde, pues no es hasta hace apenas quince años cuando el parlamento dominicano aprobó la primera ley sobre la protección del consumidor. Se trata de la ley General nº 358, de 9 de septiembre 2005, de Protección de los Derechos del Consumidor o Usuario. A esta ley se le conoce como la Ley Pro Consumidor; según su proyecto de ley, las autoridades dominicanas se comprometieron a aplicar las directrices sobre la defensa del consumidor aprobadas por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, mediante resolución número 39/248, del 9 de abril de 1985, así como a dar cumplimiento al Acuerdo de Marrakech sobre la organización mundial del comercio. Asimismo, se creó el Instituto Nacional Pro Consumidor. Se trata de un claro ejemplo de influencia internacional en el ordenamiento jurídico e iniciativa legislativa de un estado soberano y libre.

La Republica Dominicana fue consciente de la fuerte globalización mundial que requería de la creación de instrumentos legales para proteger al consumidor y de la creación mediante de esta ley del Instituto Nacional Pro Consumidor. A pesar de contar en su historia reciente hasta con hasta 31 textos constitucionales y numerosas reformas, no es hasta la Constitución de 26 de enero 2010 cuando por primera vez se reconoce el derecho de los consumidores (artículo 53) como un derecho fundamental La Carta Magna de 2010 se encuentra influencia por el derecho europeo, inspirada en el resto de constituciones de los estados europeos más avanzados, tanto por su estructura como en su contenido. A diferencia del resto de estados iberoamericanos y europeos, La Republica Dominicana promulgó su ley de protección al consumidor antes de otorgarle categoría constitucional.

La influencia de la declaración nº 39/248 de 9 de abril 1985 dictada por la ONU en la que se acordaron las directrices principales en la protección de consumidor, diez años después, Costa Rica promulgó su primera norma en la materia, la ley nº 7472 de 20 de diciembre 1994, de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Era la primera vez que Costa Rica regulaba la protección del consumidor, sus derechos e intereses. No obstante, Costa Rica ya había regulado en el artículo 46 de su Carta Maga de 1996 sobre la prohibición de monopolios en el comercio, la agricultura y la industria

La influencia costarricense en el resto de estados de Centroamérica ha sido patente pero más tardía. Así pues, por ejemplo, en el caso de Panamá no es hasta

hace doce años cuando se promulga la primera norma sobre la materia. El 31 de octubre de 2007, la Asamblea Nacional de Panamá aprobó la ley nº 45 denominada "Que dicta normas de protección al consumidor y defensa de la competencia" con el objetivo de "preservar el interés superior del consumidor". Esta coletilla final del art. 1 de la citada ley no es baladí, pues por primera vez se configura los intereses del consumidor como "superiores". Uno de los hitos importantes de esta norma es la consideración de interés público la defensa del consumidor, de manera que se convierte en preocupación pública instando a todas las administraciones de Panamá a velar por los intereses de los consumidores. Asimismo, se crea la "Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia" (ACODECO) como una entidad pública descentralizada del Estado, con personalidad jurídica propia, autónoma e independiente.

La vigente carta magna de 11 de octubre 1972 ha sido modificada en varias ocasiones; en materia de consumo, la revisión de 15 noviembre de 2004 incluyó en el artículo 49 la protección del consumidor como derecho individual y social de categoría constitucional. Si bien es cierto, su regulación es excesivamente genérica pues solamente se indica que la "Ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, su educación y los procedimientos de defensa del consumidor y usuario…" Resulta especial atención que, sin embargo, si establece en el artículo 72 la obligación del Estado de velar por el control de calidad de los productos alimenticios, químicos, farmacéuticos y biológicos, en las etapas de producción, importación y comercialización, lo cual, implica una situación de inferioridad de los nacionales panameños frente a las empresas de estos sectores que, además, generalmente son empresas transnacionales.

El sistema legal de protección al consumidor en Panamá es cuestionable, pues la protección que dispensa al consumidor es demasiado genérica prevaleciendo – incluso - la posición empresarial garantizada por el estado. Esta diferencia con el resto de estados americanos se debe a que Panamá protege esencialmente a la empresa e inversor – sobre todo extranjero – pues su sistema económico y legal es considerado por muchos estados como un "paraíso fiscal", entre ellos, la Unión Europea hasta el 5 de diciembre de 2017 en el que por primera vez se eliminó a Panamá de la "lista negra" de paraísos fiscales. Desde entonces, Panamá ha ido tomando decisiones para perder su consideración de paraíso fiscal comprometiéndose a cumplir y realizar determinadas acciones políticas y económicas "de alto nivel". Sin embargo, todavía, para muchos de los estados sigue estando en la lista negra, por ejemplo, para EEUU o Francia, pues a pesar de la decisión adoptada por la UE, estados que la forman siguen incluyendo a Panamá como un paraíso fiscal.

El resto de estados de Centroamérica han tenido una evolución similar y paralela en virtud de las de la declaración nº 39/248 de 9 de abril de 1985 dictada por la ONU, como Guatemala, Honduras y El Salvador promulgando sus primeras normas sobre la protección al consumidor a finales de 1980 y principios de 1990 y 2000[11].

En México, los movimientos culturales y sociales en materia de consumo han revestido de gran importancia. El decreto de fecha 3 de febrero 1983 que reforma parcialmente los artículos16, 25, 26, 27,28 y 73 de la Constitución mexicana refieren a los intereses del consumidor, aunque no se regule específicamente su protección como tal. En realidad, la carta magna mexicana no recoge el derecho del consumidor como fundamental, como derecho si han hecho otras constituciones del resto de estados americanos, y por supuesto, europeos. Se trata de una de las diferencias más importantes respecto de ordenamientos jurídicos internacionales.

No obstante, aunque México no proteja el derecho del consumidor en su carta magna, si ha promulgado leyes para garantizar su protección. La ley Federal de Protección del Consumidor de 22 de diciembre 1975 es una norma de contenido básico cuya principal crítica de la ciencia jurídica y social fue su falta de contenido expreso y específico en la protección del consumidor, llena de generalidades y pocas reflexiones. Por ese motivo, y a tenor de la declaración nº 39/248 de 9 de abril de 1985 dictada por la ONU, México decidió modificar su marco normativo para actualizarlo a la cultura de consumo mexicano aprobando la Ley Federal de Protección del consumidor de 18 de diciembre 1992, vigente en la actualidad, y se han creado instituciones públicas como el Instituto Nacional de Consumo. La cultura de consumo en México va más allá; en la actualidad, existen numerosas publicaciones y revistas sobre la materia con interesantes estudios sobre el consumidor, su evolución y la protección de sus intereses, así como la creación por parte del gobierno de programas nacionales de protección del consumidor.

11 Guatemala: el artículo119.lera i) de la Constitución de 31 mayo 1985 fija como obligación de Estado la protección del consumidor. Aunque en el periodo 1985 a 2003 se dictaron algunas normas de protección, no es hasta la aprobación del Decreto nº 6-2003 sobre la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, de 11 de febrero de 2003 cuando se dicta una norma específica.
Honduras: el Acuerdo gubernativo nº 264-1989 para la creación de una ley sobre el consumidor. El 7 de abril 1989 se dictó el decreto nº 41-1989 por el cual se aprobaba la Ley de protección al consumidor, derogando el decreto nº 91 de 7 de noviembre 1973 cuyo objetivo era regular los precios de los bienes en el mercado hondureño. Actualmente, en vigor el decreto nº 24-2008 sobre la Ley de protección al consumidor de 30 de abril 2008. No existe regulación en su Carta Magna.
El Salvador: su texto constitucional si regula como derecho fundamental de sus ciudadanos la defensa de los intereses del consumidor (artículo 101 y 110). El decreto nº 666, de 14 de marzo 1996, aprobó la Ley sobre la protección del consumidor, siendo reformada por la vigente ley aprobada mediante el decreto nº 776, de 18 de agosto 2005.

III. EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA

1. El concepto de consumidor

El término "consumidor" es un concepto socio-económico que el derecho ha tomado prestado para estudiar y caracterizar las relaciones jurídicas que merecen cierta protección a consecuencia de la posición que éste tiene en el mercado frente a los empresarios[12]. La doctrina ha distinguido las siguientes concepciones:

A) Consumidor ciudadano (interpretación amplia y multidisciplinar también denominada abstracta): se basa en la concepción que J.F Kennedy: "Todos, por definición, somos consumidores". Identifica al consumidor como un ciudadano en su más amplia percepción como individuo que forma parte de una sociedad económica, siendo éste el mayor grupo de la economía, que debe ser tutelado. Por ello, requiere una legislación que, no sólo proteja al sistema económico y sus operadores profesionales, sino también al ciudadano que consume y que es clave en el funcionamiento de la economía.

B) Consumidor cliente (interpretación restrictiva): en contraposición con la interpretación amplia, se parte de la idea de que el consumidor participa en una relación bilateral con el profesional que produce u ofrece el bien o servicio y la persona que lo adquiere (consumidor) fuera del ámbito de su actividad profesional y siempre para su uso propio que denominaremos "acto de consumo". Se considera que aunque exista esta relación bilateral, si el éste actúa dentro de su actividad profesional, no podremos calificarlo como consumidor ni dicha relación contractual será un acto de consumo.

C) Consumidor como destinatario final (interpretación más restrictiva): esta concepción es aún más restrictiva que la anterior pues parte solo de la idea del destinatario final. Solamente se tiene en cuenta a aquel ciudadano que adquiere un bien o un servicio para uso privado sin introducirlo posteriormente en el tráfico mercantil de nuevo.

D) Consumidor material: es uno de los conceptos menos desarrollados en la doctrina. Se trata de aquella persona que no contrata o adquiere un bien o servicio pero si lo usa o lo consuma. Por ejemplo, cuando nuestro padre compra una botella de vino o unas naranjas y nos la regala siendo nosotros quién las consuma.

En definitiva, el consumidor material es la persona que disfruta del bien o servicio y, por tanto, puede ejercer los derechos, garantías y acciones que puedan

12 Carlos Lasarte Álvarez, Javier Lete Archirica o Fernando Esteban De la Rosa.

corresponderle. Aplicando esta concepción, por ejemplo, se han aprobado leyes nacionales y directivas europeas sobre la responsabilidad civil de productos defectuosos. Siguiendo el ejemplo anterior, imaginemos que las naranjas que hemos regalado a nuestro amigo están en mal estado. Es éste, el consumidor final y material del bien y el legitimado para ejercitar acciones frente al profesional.

E) Consumidor como cliente potencial: se trata de una concepción novedosa introducida en la última década en el campo del derecho de la competencia desleal (derecho antitrust) con fundamento en el artículo 83.1 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea (hoy artículo 101 del TFUE) que prohíbe acuerdos y prácticas concertadas entre empresas y profesionales en perjuicio de los intereses del consumidor. Esta noción incorpora al término consumidor desde su prisma social utilizando aspectos sociológicos para conocer los clientes potenciales que en el futuro se convertirán en consumidores. Se trata de una de las concepciones con mayor proyección pues en la actual sociedad digital y tecnológica en la que vivimos, cada vez más, las empresas utilizan - compran y venden – los datos personales de los usuarios para conocer sus gustos y su forma de pensar y de entender el mundo.

Pensemos que, hoy en día, los anuncios publicitarios inundan las redes sociales e internet. En algún momento, cualquiera de nosotros se ha parado a pensar porqué le recomiendan en su red social (Twitter, Facebook, Instagram, Youtube, etc) un producto o servicio concreto. Seguramente, hallamos visitado una página web, dado un "me gusta" en una aplicación o leído una noticia en una periódico digital en el que se ofrece o se recomienda un producto concreto (un viaje, la compra de un vehículo o un libro, la reserva de un hotel…). A estas personas se les denomina "clientes potenciales" pues, aunque no lo son en ese momento, es posible que en el futuro sean consumidores del producto o servicio en cuestión. Por este motivo, en la actualidad, la práctica totalidad de empresas contratan los servicios de profesionales especializados en la materia (agencias de publicidad y marketing en su mayoría) para conocer sus posibles clientes potenciales y estudiar sus gustos. No es lo mismo vender un producto a un adolescente que a una persona de mediana edad, por ejemplo. En esta noción de consumidor influyen muchos factores como son los gustos, la ideología, la edad, el lugar en el que vivas, la red en la que se oferte el producto, etc.

Algún autor como Ricardo Pazos o José Bermejo Vera concluyen que el consumidor siempre debe analizarse su cualidad en la relación contractual desde los actos previos o preparatorios al contrato o dentro de su ámbito de actuación concreto. En esta misma línea, el catedrático Alberto Bercovith Cano defiende la construcción jurídica de consumidor según el ámbito en el que éste se desarrolle o actúe, concepción que persigue en los últimos años las directivas europeas. Por ejemplo, la definición de consumidor en materia de contratación bancaria

y cláusulas abusivas, la contratación fuera del establecimiento o local comercial, compra por internet, entre otras. José Eugenio Castañeda y Muñoz va más allá y partiendo de la tesis finalista, ofrece una distinción entre consumidor económico o extraeconómico. El primero de ellos actúa como consumidor al adquirir el producto con la finalidad de incorporar éste a un proceso productivo o de transformación, mientras que el segundo adquiere el producto sin que éste retorne al mercado; se trataría – en esta segunda clase – del que social o popularmente conocemos como consumidor.

Está claro que no es una tarea fácil determinar el concepto de consumidor. J.E Castañeda se plantea que si desde un punto de vista teórico y legislativo no existe unanimidad al respecto ¿Por qué no intentar una solución a través de los actos realizados por una persona? Es decir, plantea aplicar el criterio denominado "mutatis mutandis" ("cambiando lo que se debía cambiar" o lo que es lo mismo, hacer los cambios necesarios).

Si observamos la redacción de la anterior y primera española, la ley 26/1984 de 19 julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, su artículo 1 definía más ampliamente el término de consumidor y empresario del que lo hace el actual redacción (artículo 3 Ley 1/2007,16 noviembre): "…son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros."

Con estas premisas, también debemos de preguntarnos si una persona jurídica puede ser calificada como consumidor. En el derecho comunitario no se plantea esta opción[13], en España sí. A este respecto, Luis Diez-Picazo, definió al profesional no solo a las sociedades y empresas, sino a las personas jurídicas que carecen de ánimo de lucro que alcanzan sus fines institucionales a través de una actividad susceptible de considerarse profesional. En este mismo sentido, también podemos destacar a Juan Manuel Badenas Carpio. De hecho, esta consideración es la que se debate actualmente en los tribunales en muchos de los supuestos concretos que la jurisprudencia ha tenido que analizar en los últimos años. Por ello, Bercovith afirma

13 Por ejemplo, el actual artículo 2 de la Directiva Europea 93/13/CEE de 5 abril de 1993 define como consumidor a "toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional" y como profesional a "toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada."

que tiene un papel determinando el "ánimo de lucro" entendiendo éste como aquella motivación o intención para obtener una ganancia o beneficio individual o colectivo. Por tanto, para calificar a una persona física o jurídica como consumidor o profesional es necesario averiguar si la adquisición del bien o servicio se ha realizado con dicha intención incluso aunque después se introduzca de nuevo el bien o servicio en el mercado. No obstante, la doctrina considera – comparto su opinión – que los estados miembros de UE pueden aumentar la protección de consumidor siempre que la legislación nacional – como la española – no contradiga la comunitaria. Esta misma idea se mantiene en el derecho francés y que se expone con claridad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Francia[14] sobre la compra de unos equipos informáticos con opción a compra por el sindicato del control de leche de Mayenne formado por ganaderos y la empresa Europe Computer Systems (ECS). El Alto Tribunal francés concluyó que el código de consumidor nacional no excluye al profesional de considerarlo consumidor sin que ello vulnere el derecho comunitario.

Por ello, la doctrina española ha debatido sobre la armonización plena del derecho europeo y los estados miembros. Si existiera una armonización plena no se permitiría a los estados miembros como España una regulación que pudiera considerar a un profesional o persona jurídica consumidor. Esta situación se planteó por un tribunal italiano al TJUE resolviendo el tribunal europeo en su sentencia 22 noviembre 2001[15]. En esta resolución, se cita en el párrafo 14 al ordenamiento jurídico español y francés en cuanto el derecho nacional de ambos no excluye a los profesionales o personas jurídicas de considerarles consumidores. Por tanto, las autoridades jurídicas europeas son conscientes que los ordenamientos jurídicos nacionales discrepan del comunitario. El TJUE tenía la oportunidad de profundizar sobre este debate en relación con la armonización del derecho UE pero todo quedó en un intento pues en una escueta argumentación se remitió a la definición que el artículo 2 de la Directiva 93/13/CEE para desestimar las cuestiones planteadas por el tribunal italiano.

¿Qué concepción utiliza el ordenamiento jurídico español?

En España y, por supuesto, en Europa se han promulgado numerosas normas desde la concepción del consumidor como destinatario final. Es decir, no importa si el consumidor es un ciudadano o no que forma parte de nuestra sociedad o si éste ha adquirido por sí mismo el bien o servicio. Solo se tiene en cuenta el destino final; así, se plasma en la jurisprudencia nacional española y europea, tal y como analizamos en el epígrafe siguiente. El actual artículo 3 Ley 1/2007 de 16

14 Sentencia Tribunal de Casación (Court de Lassation), 15 marzo de 2005, Rec. 02-13-285

15 STJUE 22 noviembre 2001, C-541/99 Cape Snc vs Idealservice Srl acumulado C-542/99 Idealservice MN RE Sas vs Omai Srl (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A61999CJ0541)

noviembre, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, parte de esta tesis, definiendo el consumidor como "… las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial." Se trata de una definición muy amplia y genérica que no ha servido para dilucidar aquellos supuestos más dudosos que la jurisprudencia ha tenido que interpretar para dar soluciones en casos concretos. De igual forma, la doctrina mayoritaria se ha limitado a estudiar el concepto siempre desde el punto de partida del consumidor como destinatario final aplicando una tesis que en la actualidad jurisprudencial se ha detectado insuficiente.

2. El concepto de empresario

Para hablar del concepto de consumidor, tenemos también que hacerlo del empresario. En contraposición con la definición de consumidor podemos decir que el concepto de empresario siempre se ha definido en la norma desde un prisma negativo, es decir, todo aquel que no reúna las características y requisitos de consumidor será empresario. Así, se define en los citados artículos 1 Ley 26/1984 y actual artículo 3 Ley 1/2007. Sin embargo, como hemos expuesto, la vigente legislación introdujo matices importantes para poder calificar como consumidor no solo a las personas físicas sino también jurídicas, siempre y cuando no actúen con ánimo de lucro dentro de su actividad profesional. El problema es que a veces la línea de lo se supone que es su actividad profesional es difusa o delgada y deberá ser análisis en cada caso concreto, como veremos en el siguiente epígrafe.

En este sentido, también debemos estudiar si una administración pública puede ser considerada consumidora o empresaria a los efectos de la ley. La principal problemática surge cuando una empresa pública presta servicios públicos (por ejemplo, la empresa ADIF vende billetes de tren a través de empresas privadas en régimen de concesión temporal. A pesar de que la gestión de la venta se efectúa a través de una empresa privada, el servicio es ofertado y ofrecido por una empresa pública. Otros de los campos habituales en este tipo de escenarios es la atención sanitaria o la educación pública. En este sentido, se asimila a los usuarios de estos servicios públicos a los consumidores al estar en una posición contractual débil y de inferioridad frente a la administración pública. A este respecto, la directiva europea 80/723 de 25 junio d1980 relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas define a la empresa pública en su artículo 2como "cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen" y continua

diciendo: "Se presume que hay influencia dominante cuando los poderes públicos, directa o indirectamente , y respecto de la empresa; a) poseen la mayoría del capital suscrito de la empresa; b) disponen de la mayoría de los votos inherentes a las participaciones emitidas por la empresa; c) pueden designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa."

Esta directiva ha sido derogada por la actual 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre 2006 relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas. Su artículo 2.b) no ha cambiado la definición de empresa pública, manteniéndose exactamente la establecida en la anterior directiva de 1980. Así las cosas, se traspuso a nuestro ordenamiento jurídico las directivas comunitarias 2014/23y 2014/24 ambas de 26 febrero de 2014 mediante la ley 9/2017 de 8 noviembre, sobre los Contratos del Sector Público. En su artículo 3 se define a todas las entidades públicas que participan en la contratación del sector público. Es un precepto exhaustivo que no deja lugar a dudas para concluir cuando una administración pública participa como empresaria en una relación contractual con un consumidor o usuario.

IV. DELIMITACIONES AL CONCEPTO: SUPUESTOS PRÁCTICOS ESTUDIADOS POR LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y EUROPEA

Teniendo en cuenta que la legislación española parte de la concepción del consumidor como destinatario final, en los últimos años los tribunales han ido delimitando el concepto fijando criterios objetivos para configurar la condición de consumidor. Aunque parece una tarea fácil, la casuística práctica ha puesto en aviso a juristas y magistrados ante la falta de concreción del concepto de consumidor, encargándose los órganos judiciales de fijar límites y requisitos que, posteriormente, han sido plasmados en la reforma actual de la figura "consumidor vulnerable" introducida recientemente por el Ministerio de Consumo de España mediante el Real Decreto 1/2021 de 19 enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica.

Así, se incluye un segundo apartado en el vigente artículo 3 Ley 1/2007 la definición de "consumidor vulnerable" como "Asimismo, a los efectos de esta ley y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión

o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad."

Por primera vez, se incluyen criterios objetivos y subjetivos fijos en la definición de la noción de consumidor: i) criterio personal (la persona física o jurídica actué de forma individual o colectiva); ii) criterios subjetivos: circunstancias personales, económicas, educativas o sociales; iii) criterio geográficos: territoriales o sectoriales; iv) otros criterios: según el tiempo, situaciones de subordinación o indefensión. Muchos de estos criterios se han ido definiendo en los supuestos que se han analizado en este artículo y que la actual reforma ha plasmado. No obstante, en cierta medida, son criterios interpretativamente abiertos. No se trata de criterios cerrados, sino amplios pues en cada uno de ellos la interpretación casuística dará lugar a diferentes resultados según el caso concreto. No es lo mismo una persona que cierta formación universitaria que aquel que dejó de estudiar antes de obtener el graduado escolar; o un joven de quince años o una anciana; o una persona con ciertas necesidades económicas que acepta casi cualquier condición contractual con el fin de obtener una solución a su delicada situación, etc.

Aunque la reciente reforma de este 2021 ha ampliado los criterios para definir el concepto de consumidor, en realidad nos encontramos ante una subcategoría o segunda categoría de consumidor que, conforme la prueba de cada caso, tendrá su implicación práctica. Aquel que participe en el tráfico jurídico y económico con el fin de utilizar o introducir bienes y servicios en el mercado dentro de su actividad empresarial o profesional, continuará ostentando su condición de empresario a los efectos del vigente artículo 3 Ley 1/2007 y de la concepción finalista de nuestro ordenamiento jurídico nacional y comunitario.

1. Supuestos prácticos reales analizados en la jurisprudencia

A) El consumidor inversor: en algunos supuestos se ha planteado la incompatibilidad de ostentar la condición de consumidor y ser inversor. A este respecto, en numeras ocasiones el Tribunal Supremo en consonancia con el TJUE ha concluido que ser inversor no impide ser consumidor siempre que la inversión no tenga carácter profesional. Podemos citar las sentencias del TJUE de 10 de abril 2008 o 2 de abril 2020[16] y la sentencia del Tribunal Supremo de 3 junio 2018[17] . Esta resolución del Alto Tribunal resume perfectamente, con cita en la jurisprudencia comunitaria, el criterio que ya mantenía con anterioridad; por ejemplo, en su sentencia 10 marzo 2014 (nº 149/2014), 7 abril 2014 (nº 166/2014), 15 diciembre

16 STJUE 10 abril 2008, C-412/06, asunto Hamilton vs Volksbank Filder eG (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62006CJ0412); STJUE 2 abril 2020, C-500/18, asunto Reliantco Investment vs Reliantco Investment Limassol Sucursala Bucure□ti (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:62018CJ0500)

17 STS 3 junio 2018 (nº356/2018, Rec. 3518/2015). Base datos CENDOJ: 28079110012018100341 (https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp)

2015 (nº 688/2015), 3 junio 2016 (nº 367/2016), 16 enero 2017 (nº 16/2017), 5 abril 2017 (nº 224/2017), 7 noviembre 2017 (nº 594/2017). Lo relevante no es que el consumidor invierta con ánimo de lucro sino que la operación económica se realice dentro de un ámbito profesional. Así pues, la jurisprudencia comunitaria considera que la actividad inversora con intención lucrativa no debe ser un requisito de exclusión para que una persona ostente la condición de consumidor. El ejemplo más claro de inversión es la compra mediante préstamo hipotecario de un inmueble con el fin de alquilarlo y obtener un rédito o revenderlo posteriormente. Puede tratarse de una vivienda o local de negocio, pues el inversor solo tiene intención de lucrarse con el rendimiento que puede obtener sin que utilice esa vivienda o local para crear un negocio o empresa. No obstante, hay que tener en cuenta el matiz del "ánimo de lucro" referido en epígrafes anteriores, pues esta intención se enmarca siempre dentro de la esfera inversora del consumidor para darle rédito a su patrimonio siempre que no constituya su modo de vida, es decir, que los ingresos con los que vive no deriven de estas actividades, pues en ese caso, será considera profesional ya que los réditos que obtenga de tales inversiones serán su modo de vida.

B) El fiador que avala a un empresario: otro de los supuestos más habituales ha sido concluir si una persona que participa en una operación como fiador o avalista puede ostentar la condición de consumidor, si el avalado es una empresa o autónomo dentro de su actividad empresarial. Así pues el TJUE en su Auto 19 de noviembre 2015[18] matizó el criterio que el Tribunal Supremo mantenía hasta entonces, en cuanto el fiador no tiene porqué perder su condición de consumidor por el hecho de que el avalado sea una empresa, siempre que entre el fiador y el fiado no tengan vinculación funcional, laboral o empresarial. No parece que se trate del mismo supuesto aquel administrador de una sociedad que participa como persona física y fiador en la operación avalando a la misma empresa, que un padre como persona física y sin vinculación alguna con la sociedad, avale una operación de la empresa de su hijo. En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sus sentencias de 28 mayo y 19 abril.[19]

C) Los contratos con finalidad mixta: en la práctica, también nos encontramos ante supuestos denominados "modalidad mixta". Se trata de aquellas operaciones contractuales utilizadas con una doble finalidad: empresarial y de consumo. Imaginemos aquel autónomo albañil que decide reformar su vivienda y a su vez cancelar algunas deudas que ha contraído en su actividad laboral. La doctrina

18 Auto de Sala Sexta del TJUE 19 de noviembre 2015, C-74/15, Dimitru Torcau e Ileana Torcau vs Banca Comerciala Sampaolo Tomania S.A (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62015CO0074)

19 STS 28 mayo 2020 (nº 203/2020, Rec. 3120/2017. Base datos CENDOJ: 28079110012020100195, https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp) y 19 abril 2021 (nº 213/2021.Rec.3956/2017. Base datos CENDOJ: 28079110012021100207, https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp)

jurisprudencial ha concluido que para ostentar la condición de consumidor se debe analizar el porcentaje mayoritario para que se ha destinado la operación contractual. En el caso expuesto, si el albañil solicita 100.000 euros a la entidad bancaria y destina 70.000 euros para la reforma de su casa (acto de consumo) y 30.000 euros para la cancelación de las deudas empresariales (acto empresarial), éste no perderá su condición de consumidor en aquella operación. Así, ha resuelto el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de abril 2017.[20]

D) Las entidades deportivas: tampoco pierde la condición de consumidor una entidad deportiva siempre que no tenga ánimo de lucro empresarial. Así, lo ha concluido el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 abril 2021[21] cuando una asociación deportiva que concierta un préstamo hipotecario con una entidad bancaria y con la finalidad de utilizar el capital prestado para reformar sus instalaciones deportivas, lo cual no implica ánimo de lucro, pues entra dentro de sus finalidades no lucrativas el mantenimiento de sus propiedades. A criterio del Alto Tribunal, para que la entidad deportiva actuara como empresario, la mejora de sus instalaciones debería de enmarcarse dentro de una actividad de explotación económica de la entidad deportiva. Por tanto, no es lo mismo utilizar el dinero de la operación para mejorar las instalaciones de sus asociados que utilizan sus instalaciones deportivas que mejorar éstas para alquilarlas a terceros no asociados y obtener un rédito en ámbito empresarial fuera de sus finalidades como asociación deportiva.

E) Las sociedades cooperativas: aplicando el criterio de destino final anteriormente analizado, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 diciembre 2020[22] ha concluido que los socios de estas cooperativas no pierden su condición de consumidor si la sociedad se ha constituido con el fin de participar en una promoción inmobiliaria y destinar las viviendas de la promoción para uso propio adjudicándose cada socio una de ellas para uso propio. Es decir, la sentencia analiza un caso concreto en el que los demandantes habían creado una cooperativa con el único fin de construir un edificio que constituiría su vivienda habitual al término de la edificación. A pesar de que la cooperativa se constituye con ánimo de lucro, el Alto Tribunal considera que este ánimo es personal y no con fin de introducir las viviendas en el mercado y obtener un rédito por ellas (régimen de arrendamiento o de venta).

20 STS 5 de abril 2017 (nº 224/2017, Rec. 2783/2014. Base datos CENDOJ: 28079110012017100225, https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp)

21 STS 29 abril 2021 (nº232/2021, Rec.1619/2018. Base datos CENDOJ: 28079110012021100219, https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp)

22 STS 18 diciembre 2020 (nº 322/2020, Rec.5057/2017. Base datos CENDOJ: 28079110012020100366, https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp)

F) Las comunidades de propietarios o vecinos: a este respecto, el Tribunal Supremo**,** en su sentencia de 13 abril 2021[23], les reconoce su condición como consumidores en contra del criterio que el TJUE había adoptado en su reciente sentencia de 2 abril 2020 anteriormente citada. Entiende el Alto Tribunal que conforme a la normativa europea, se permite a los estados miembros regular el régimen jurídico de las comunidades de propietarios. Y es que tras la Ley 3/2014 de 27 marzo que modifica parcialmente la vigente Ley 1/2007, se incluye en el actual artículo 3 como consumidores a las entidades sin personalidad jurídica, como lo es, las comunidades de vecinos. Por tanto, siempre que ésta actúe fuera del ámbito empresarial o comercial sin ánimo de lucro, no pierde su condición como consumidor.

G) Otros supuestos prácticos: curioso supuesto también sobre el concepto de consumidor lo encontramos en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 junio 2021[24] considerando al Arzobispado de Burgos como consumidor en un contrato concertado por éste con una empresa suministradora de gas. Entiende el Alto Tribunal que la Diócesis, por su propia naturaleza, carece de ánimo de lucro y no realiza ninguna actividad empresarial o profesional. La problemática de este supuesto es distinguir si el gas se suministra solo a las viviendas de la Iglesia en la que residen sus párrocos y el resto del personal o también a los monumentos, museos, catedrales, etc. Es posible considerar al Arzobispo de Burgos como empresario si el contrato de gas tiene finalidad suministrar de éste a un museo o catedral, por ejemplo, del que obtiene un rédito con la venta de entradas. Es cierto que, para ello, debemos tener en cuenta los Concordatos que la Iglesia Española tiene suscrito con el Gobierno, pero no es descabellado concluir que en esos supuestos, esta confesión religiosa actúa como un verdadero empresario y que, en realidad – y con matices – efectúa una actividad empresarial.

Asimismo, debemos calificar de supuesto "dudoso" en aquellos en los que hay ausencia o falta de prueba o incluso, prueba parcial. En estos casos, el TJUE concluye en su sentencia 3 septiembre 2015[25] que si no se precisa en el contrato la finalidad del mismo y no existe tampoco prueba sobre ello, el contratante no pierde su condición de consumidor. En la jurisprudencia nacional, también podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 27 marzo

23 STS 13 abril 2021 (nº 201/2021, Rec.2111/2018). Base datos CENDOJ: 28079110012021100191, https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp)

24 STS 22 junio 2021 (nº 436/2021, Rec. 4715/2018. Base datos CENDOJ: 28079110012021100412, https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp)

25 STJUE 3 septiembre 2015, C-110/2014, asunto Hora□iu Ovidiu Costea/SC Volksbank România SA (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62014CA0110)

2019[26], la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 10 febrero 2016[27], la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense de 15 febrero 2017[28], la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 25 Octubre 2021[29] o la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid[30] En todas ellas, se desprende que ante la dudosidad – cuestión esencialmente probatoria – debe resolverse en beneficio del contratante concluyendo que es consumidor. Esta misma tesis, podría ser aplicada en aquellos supuestos de "modalidad mixta" anteriormente analizados en los que el porcentaje destinado de la operación a consumo y a actividad empresarial es en la misma proporción (por ejemplo, en el supuesto anteriormente citado, si el albañil destina 50.000 euros a la reforma de su vivienda y otros 50.000 euros al pago de deudas contraídas de su actividad profesional); o cuando éste porcentaje es prácticamente el mismo (siguiendo el mismo ejemplo, 55.000 euros destinado a consumo y 45.000 euros a una actividad empresarial). Esta postura jurisprudencial tiene su base en los principios comunitarios establecidos en la Carta de Derechos Europeos[31] (artículo 38) aplicando el principio "pro consumidor" siempre en aquellos casos dudosos. Es en realidad, una visión "buenista" del ordenamiento comunitario al pensar que el contratante siempre actúa de buena fe y dentro del marco jurídico correcto sin errar y sin intentar "engañar" en cierta manera a la otra parte del contrato.

En definitiva, nuestra actual legislación nacional y comunitaria y la jurisprudencia que la interpreta han concluido que debe ser un criterio objetivo el que defina y delimite la noción de consumidor examinando su posición en un contrato determinado teniendo en cuenta la naturaleza y su finalidad. En esta misma línea, podemos citar la sentencia del TJUE de 3 octubre 2019[32] y 10 diciembre 2020[33]; en ambas resoluciones se analizaba la influencia de los conocimientos formativos previos que una persona tiene para ostentar la condición de consumidor en una operación contractual. En este mismo sentido, podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo 16 marzo 2021[34] en la que se concluye que el hecho de que

26 SAP Zaragoza, sec. 5ª, 27 de marzo 2019 (nº 276/2019, Rec. 1133/2018).Base datos CENDOJ: 50297370052019100255, https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp

27 SAP Asturias, sec. 7ª, 10 febrero 2016 (nº 42/2016, Rec. 628/2015). Base datos CENDOJ: 33024370072016100037, https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp

28 SAP Ourense, sec. 1ª, 15 febrero 2017 (nº 50/2017, Rec. 533/2015). Base datos CENDOJ: 32054370012017100033, https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp

29 SAP Pontevedra, sec. 1ª, 25 octubre 2021 (nº 613/2021)

30 SAP Madrid, sec. 28º, 20 noviembre 2020 (nº 2345/2020, Rec. 3387/2018). Base datos CENDOJ: 28079370282020101798, https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp

31 Publicada en el Diario Oficial Comunidades Europeas el 18 diciembre 2000. Su contenido completo se puede consultar en https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

32 STJUE 3 octubre 2019, C-208/2018, asunto Petruchova. https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=218626&doclang=es

33 STJUE 10 diciembre 2020, C-774/2019, asunto AB y BB vs Personal Exchange International Limited. https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-774/19&language=ES

34 STS 15 marzo 2021 (nº 155/2021, Rec.2251/2018). Base datos CENDOJ: 28079110012021100137, https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp)

el demandante sea abogado en ejercicio con determinados conocimientos en el ámbito jurídico-legal no le excluye de ostentar la condición de consumidor, debiendo analizarse el destino de la operación y el resto de actos que engloban la contratación litigiosa.

2. El concepto de empresario en la jurisprudencia nacional y comunitaria.

A sensu contrario, al analizar el concepto de consumidor en todos los casos expuestos, la jurisprudencia nacional y europea han concluido que las personas jurídicas, empresas, sociedades o autónomos que actúen dentro de su actividad laboral o profesional no pueden ser nunca considerados como consumidores a la luz del actual artículo 3 Ley 1/2007 aplicando la noción del consumidor final. En este sentido, podemos citar las resoluciones del Tribunal Supremo de 3 junio 2029, 12 junio 2020 o 20 enero 2020[35], entre otras.

35 Respectivamente:
STS 3 junio 2019 (nº 307/2019, Rec. 3958/2016). Base datos CENDOJ: 28079110012019100293, https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp
STS 12 junio 2020 (nº 296/2020, Rec. 3490/2017).Base datos CENDOJ: 28079110012020100254, https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp
STS 20 enero 2020 (nº 26/2020, Rec. 2161/2017). Base datos CENDOJ: 28079110012020100019, https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp

BIBLIOGRAFÍA

Acedo Penco, A.: "*La noción de consumidor y su tratamiento en el derecho comunitario, estatal y autonómico. Breve referencia al concepto de consumidor en el derecho extremeño*", Anuario de la Facultad de Derecho de Universidad de Extremadura, Cáceres, 2000, núm. 18, pp. 297-340.

Acedo Penco, A.: *"Fundamentos Constitucionales de la protección jurídica de los consumidores en el ordenamiento español y de la Unión Europea"*, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla (México), junio 2012, núm.29, pp. 7-29.

Escajedo San Epifanio, L: *"La Base jurídica-constitucional de la protección de los consumidores en la Unión Europea"*, Revista de derecho político, 2007, núm.70, pp. 225-254.

Reyes López, M. J: *"Manual de derecho privado de consumo"* La ley (Wolters Kluwer), Madrid, noviembre 2016, 1º edición, pp. 63-80.

Manzano Chávez, L: *"Defensa del consumidor. Análisis comparado de los casos de Argentina, Brasil, Chile, Uruguay*", Revista Análisis y Propuestas – Consumidores y Ciudadanos, enero 2008, http://library.fes.de/pdf-files/bueros/chile/05458.pdf

Sánchez Legrán, P. y Luis Murillo, P: *"El movimiento de defensa de los consumidores en América Latina y el Caribe"*, Revista FACUA, Madrid, 2011, pp. 31-40.

Sosa Olán, H.: *"El concepto de consumidor en el ordenamiento jurídico europeo y español"*, Revista Ars Boni Et Aequi, Santiago de Chile, núm.2, Cap. III: *"Regulación de un sujeto Especial: concepto de consumidor"*, pp. 177 - 179.

Pazos Castro, R.: *"El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores"*, Santiago de Compostela, 2017, 1º edición, Cap. Tercero, apartado I, pp. 214 -268

Bermejo Vera, J: *"Aspectos Jurídicos de la Protección del Consumidor"*, 1978, Apartado II *"El consumidor como sujeto de derecho. Análisis crítico"*, pp. 258 – 263

Castañeda y Muñoz, J.E: *"Nota breve sobre el concepto de consumidor"*, Cuadernos de Estudios Empresariales, 2012, núm. 12, pp. 315- 321.

Momberg Uribe, R: *"Análisis crítico del proceso de armonización del derecho contractual en la Unión Europea"*, Chile, julio 2009, Vol. XXII, núm.1, pp. 9-33

Reyes López, M.J: *"GPS Consumo"*, Madrid, 2018, 2º Edición, Tirant lo Blanch (Coordinador: Pablo Pajin Echevarria), Cap. II: "Noción de consumidor y Usuario", pp. 69-78.

Bercovitz Rodriguez Cano, A: *""Marco histórico de la protección al consumidor: de los orígenes al siglo XXI"*, Revista Vlex, abril 2003, núm. 65, pp. 112-125.

BASE DE DATOS

https://www.poderjudicial.es/ (CENDOJ)

https://curia.europa.eu/juris/

https://eur-lex.europa.eu/

SUPUESTOS Y EFECTOS DE LA CONSIDERACIÓN DEL MENOR DE EDAD COMO CONSUMIDOR VULNERABLE ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE NNAS EN LA ELABORACIÓN DE LAS DISPOSICIONES GENERALES

ASSUMPTIONS AND EFFECTS OF THE CONSIDERATION OF THE MINOR AS A SPECIAL VULNERABLE CONSUMER REFERENCE TO THE RIGHT OF PARTICIPATION OF CHILDREN IN THE DEVELOPMENT OF THE GENERAL PROVISIONS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 780-807

Anna MASSONS RIBAS

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: El reciente Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, incluye entre los colectivos vulnerables a niños, niñas y adolescentes por su mayor sensibilidad a la publicidad y a las prácticas comerciales agresivas.

Su finalidad es garantizar con un grado mayor de protección a los derechos en determinados supuestos en los que la persona consumidora se ve afectada por una especial situación de vulnerabilidad que puede incidir en su toma de decisiones e, incluso, forzarla a aceptar ciertas condiciones contractuales que en otra situación no aceptaría.

Sin embargo, resulta desalentador observar cómo la vulnerabilidad se traduce únicamente en el reconocimiento de una "especial atención, que será recogida reglamentariamente y por la normativa sectorial que resulte aplicable en cada caso". Podría cuestionarse el acierto de centrar la protección de NNAs en la vulnerabilidad y no en su interés superior, ya que éste el principio que debe presidir toda actuación legislativa. En consecuencia, la condición de vulnerabilidad que se les otorga parece contraponerse a los principios que inspiran la ley.

PALABRAS CLAVE: Consumidor vulnerable; protección de menores; hipervulnerabilidad; derecho de participación; elaboración disposiciones generales.

ABSTRACT: *The recent Royal Legislative Decree 19/2021, of 19 January, on the Protection of Consumers and Users in situations of social and economic vulnerability, includes children and adolescents among vulnerable groups due to their greater sensitivity to advertising and aggressive commercial practices.*

Its purpose is to guarantee a higher degree of protection of rights in certain cases in which the consumer is affected by a special situation of vulnerability that may affect his or her decision-making and even force him or her to accept certain contractual conditions that in another situation he or she would not otherwise accept.

However, it is discouraging to observe how it only translates into the recognition of a "special attention, which will be taken up by regulation and by the sectoral regulations applicable in each case". It could be questioned whether it is right to focus the protection of children and adolescents on their vulnerability and not to their best interest., which is the principle that should govern all legislative action. Consequently, the condition of vulnerability granted to them seems to contradict the principles that inspire the law.

KEY WORDS: *Vulnerable consumer; protection of minors, hypervulnerability, right to participation, elaboration of general provisions.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN EL TRLGDCU.- 1. La protección del consumidor en la legislación vigente.- 2. El concepto de consumidor vulnerable.- III. LA SITUACIÓN DE NNAS COMO COLECTIVO VULNERABLE.- 1. El consumidor menor de edad. La capacidad contractual de los menores en la compraventa a tenor del art. 1263 CC.- 2. NNAs como consumidores vulnerables a tenor del Real Decreto-ley 1/2021.- IV. EFECTOS JURÍDICOS DERIVADOS DE LA CONSIDERACIÓN DE NNAS COMO CONSUMIDORES VULNERABLES.- 1. Especial atención a los derechos básicos del consumidor en supuestos de vulnerabilidad.- 2. El derecho de NNAs a ser informados y formados.- 3. El derecho a participar en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales.- A) La participación de NNAs consumidores.- B) El ejercicio del derecho de participación de NNAs.- a) El derecho a la información como elemento integrante de la participación.- b) El derecho de NNAs a ser escuchados/as.- c) El derecho a que la opinión de NNAs sea tenida en cuenta en la decisión que se adopte.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El reciente Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica incluye entre los colectivos vulnerables a niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNAs) por su mayor sensibilidad a la publicidad y a las prácticas comerciales agresivas.

En su Preámbulo, señala que las situaciones de vulnerabilidad se producen en aquellas personas que por sus "características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad". Su finalidad es garantizar con un grado mayor de protección a los derechos en determinados supuestos en los que la persona consumidora se ve afectada por una especial situación de vulnerabilidad que puede incidir en su toma de decisiones e, incluso, forzarla a aceptar ciertas condiciones contractuales que en otra situación no aceptaría.

Sin embargo, reconociendo el acierto de dotar de protección especial a colectivos especialmente vulnerables, cabe preguntarse sobre el contenido y los efectos que se derivan de la misma, atendiendo fundamentalmente a su falta de concreción y detalle, en especial, en el ámbito de la protección de menores.

El legislador adopta un entorno de protección dinámico que genera la existencia de límites de vulnerabilidad poco definidos: la consideración de consumidor

• Anna Massons Ribas
Investigadora Predoctoral, Universidad de Lleida
anna.massons@udl.cat

vulnerable puede responder tanto a circunstancias endógenas y permanentes como externas y transitorias atendiendo a las particulares condiciones del acto del consumo. Por ello, debemos plantearnos si los/las NNAs son en todo caso y en cualquier situación consumidores vulnerables.

Más todavía, teniendo en cuenta que el art. 1263 CC, fruto de la modificación por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, permite otorgar consentimiento contractual a los menores no emancipados, pero únicamente en aquellos contratos "relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales". Por ello, su capacidad contractual es ya limitada, ciñéndose a un ámbito de escasa vulnerabilidad y en el que, en principio, se mueven con soltura.

Por otra parte, podría cuestionarse el acierto de centrar la protección de los/las NNAs en la vulnerabilidad y no en su interés. Es el interés del menor el principio que debe presidir toda actuación legislativa: en este sentido, debe recordarse que la reforma de la legislación de protección de menores de 2015 responde precisamente a un cambio de paradigma - impulsado por la Convención de los Derechos del Niño - considerando a NNAs sujetos de derecho activos y participativos.

Todo ello nos lleva a reflexionar sobre el alcance de las nuevas previsiones y cuáles son las salvaguardas específicas que se introducen en aras de la vulnerabilidad.

De hecho, si el fundamento de la vulnerabilidad se centra, como así parece, en su dificultad de entender la información recibida y su mayor sensibilidad a la publicidad agresiva, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) constituye suficiente protección.

II. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN EL TRLGDCU

1. La protección del consumidor en la legislación vigente

El art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU), considera consumidores o usuarios a "[…] las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión"[1]. Añade también que son consumidores "[…] a efectos de esta norma las personas jurídicas y las

1 Según Lasarte Álvarez, C: *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dykinson, Madrid, 2007, p.102: "el concepto de consumidor, tal y como lo emplea el sistema jurídico, es un concepto originariamente económico, que el Derecho ha tomado prestado para caracterizar las relaciones jurídicas."

entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial".

Así, el consumidor o usuario definido en la ley, es la persona física o jurídica que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros[2].

La definición es el resultado de la necesaria armonización de la legislación interna con las Directivas europeas con el fin de aproximar la legislación nacional en materia de protección de consumidores y usuarios a la legislación comunitaria[3]. En concreto, responden a la terminología propuesta por la Directiva 2011/83/UE[4] que define el consumidor como "toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión", la Directiva 98/6/CE[5] que define al consumidor como "cualquier persona física que compre un producto con fines ajenos a su actividad comercial o profesional" o la Directiva 2005/29/CE[6] que define consumidor como "[…] cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión." [7]

Cabe señalar la especial incidencia que en la consolidación del concepto de consumidor han tenido las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)[8].

La concreción del concepto de consumidor resulta precisamente relevante a los efectos de señalar el destinatario de las normas de protección. Precisamente

2 Preámbulo III, TRLGDCU.

3 Preámbulo III, TRLGDCU.

4 Art. 2 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

5 Art. 2.e) Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores.

6 Art. 2.a) Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»).

7 Sosa Olán, H: "El concepto de consumidor en el ordenamiento jurídico europeo y español", *Ars boni et aequi*, 2011, núm. 2, p.180.

8 STJUE 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538; STJUE 25 de enero de 2018, C-498/16, ECLI:EU:C: 2018:37; STJUE 14 de febrero de 2019, C-630/17, ECLI:EU:C:2019:123; STJUE 2 de abril de 2020, asunto C-329/19, ECLI:EU:C:2020:263.

por su posición de destinatario final de un producto en un acto de consumo, y atendiendo a su especial situación de debilidad frente al empresario comerciante, dispone de una especial legislación protectora que le ampara ante actos abusivos o prácticas desleales de éste.

La protección otorgada por los consumidores y usuarios en España tiene carácter constitucional. La defensa de los consumidores es entendida como principio rector de la política social y económica[9], cuya garantía la Constitución Española (en adelante, CE) impone a los poderes públicos: el art. 51.1 CE, que acoge el principio general "pro consumatore", imponiendo a los poderes públicos la adopción de mecanismos eficaces para proteger la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los consumidores. Del mismo modo, en su apartado segundo, el art. 51 señala que: "Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca".

Ante esto, el legislador español otorga a consumidores y usuarios un conjunto de derechos básicos[10], de carácter irrenunciable[11], que se dirigen a proteger sus legítimos intereses: se prevé la indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos; se otorga el derecho a la información precontractual correcta sobre los diferentes bienes o servicios; se impone la formación para facilitar el conocimiento adecuado sobre el producto y el acto de consumo; se prohíbe la imposición de obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de sus derechos; se prohíben las prácticas comerciales desleales y la imposición de cláusulas abusivas…

2. El concepto de consumidor vulnerable

El art. 3.2 TRLGDCU, en la redacción introducida por el Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica (en adelante, Real Decreto-ley

9 STC 88/1986, de 1 de julio (ECLI:EU:TC:1986:88), fundamento jurídico 4°.

10 Art.8.1 TRLGDCU: "Son derechos básicos de los consumidores y usuarios y de las personas consumidoras vulnerables: a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad; b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos; c) La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos; d) La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute; e) La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, a través de las asociaciones, agrupaciones, federaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas; f) La protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial en relación con las personas consumidoras vulnerables."

11 Art. 10 TRLGDCU: "La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil."

1/2021) añade, tal y como se anuncia en el Preámbulo, el concepto de "persona consumidora vulnerable". En este sentido, se apunta que, en las relaciones concretas de consumo, son personas consumidoras vulnerables "[…] aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad"[12].

La propuesta del Real Decreto-ley 1/2021 contempla, de este modo, junto a la tradicional posición de debilidad objetiva o estructural de todo consumidor frente al empresario en los actos de consumo, aquellas circunstancias tanto endógenas como exógenas al propio sujeto que le sitúan en una posición de mayor debilidad que el consumidor no vulnerable y que, por ello, no le permiten ejercer los derechos que la ley le otorga al mismo nivel.

De este modo, la confluencia de la posición circunstancial de vulnerabilidad que le atribuye la reforma, junto a la posición objetiva de consumidor, que ya de por si conlleva una vulnerabilidad intrínseca o estructural, convierten al consumidor vulnerable en un sujeto "hipervulnerable", con doble vulnerabilidad o con vulnerabilidad agravada[13].

El Preámbulo del Real Decreto-ley 1/2021 y posteriormente el art. 3.2 TRLGDCU contemplan un variado elenco de situaciones que pueden dar lugar a posiciones de vulnerabilidad, atendiendo a las características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, del consumidor. El propio legislador apunta como tales, la edad, sexo, origen nacional o étnico, lugar de procedencia, violencia de género, familias monoparentales, personas desempleadas, discapacidad, enfermedad, lengua, población migrante o solicitante de protección internacional, carencias económicas o, entre otros, el más genérico riesgo de exclusión[14].

12 Art. 3.2. TRLGDCU.

13 En otros ordenamientos jurídicos como el argentino, el art. 1 de la Resolución 139/2020 del 27/5/2020 de la Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación considera como consumidores hipervulnerables "[…] a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores." Se añade, de este modo, a la vulnerabilidad estructural de todos los consumidores en el mercado, una tutela diferenciada para algunos de ellos que pueden encontrar agravada su situación por razón de su edad, género, condición psicofísica, nacionalidad, entre otras. Sin embargo, en este caso, la hipervulnerabilidad se reconoce por la simple pertenencia a un colectivo, con un carácter estático, alejándolo de la naturaleza dinámica de que le dota el legislador español.

14 Preámbulo I, Real Decreto-ley 1/2021.

La amplitud con que la ley señala las circunstancias de vulnerabilidad requiere de una especial atención a los diferentes supuestos y, aunque persigue una mayor protección para estas situaciones, introduce un elemento de indeterminación que aleja la detección automática y, en consecuencia, la seguridad y la inmediatez que serían deseables en supuestos de vulnerabilidad real.

Y ello es así porque, como el mismo legislador indica, las circunstancias que se detallan no convierten al consumidor en vulnerable de manera automática u objetiva: a tal efecto deberá atenderse a los particulares aspectos de origen personal, demográfico, social y factores relacionados con cada entorno de mercado, para concretar su condición de vulnerabilidad. De esta manera, "[…] un sujeto puede ser vulnerable únicamente cuando vive en un territorio (y no en otro), cuando contrata en un determinado sector (pero no en otro), o solamente en un determinado momento (y no en otros)"[15].

Por ello, la vulnerabilidad en el ámbito del consumo no es un concepto estático sino dinámico[16], sin carácter estructural ni permanente, debiendo, por ello, prestar especial atención a cada caso concreto. En consecuencia, si bien a tenor del art. 3 TRLGDCU podemos identificar colectivos de especial vulnerabilidad genérica[17], no debe presumirse que todos ellos lo sean en todo caso[18].

De hecho, únicamente deberán ser considerados vulnerables cuando la presencia de alguna de las circunstancias descritas les impida o limite el ejercicio de sus derechos como consumidores[19]. Por ello, lo que caracteriza en términos generales al consumidor vulnerable es que, sus circunstancias personales o materiales, lo sitúen en una especial posición "de subordinación, indefensión o desprotección" que le impida el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad[20].

15 Marín López, M.J: "El concepto de consumidor vulnerable en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", Revista CESCO de Derecho de Consumo, 2021, núm. 37, p. 114.

16 Preámbulo I, Real Decreto-ley 1/2021: "[…] los estudios académicos conciben la vulnerabilidad en el ámbito del consumo como un concepto dinámico, en el sentido de que no define a las personas o a los colectivos como vulnerables de una forma estructural ni permanente. De esta forma, una persona puede ser considerada vulnerable en un determinado ámbito de consumo, pero no en otros. Además, esa condición de vulnerabilidad podrá variar a lo largo del tiempo según puedan hacerlo las condiciones que la determinan, tanto las de tipo personal como las sociales o de contexto. En definitiva, las investigaciones especializadas confirman que cualquier persona puede ser vulnerable en algún momento de su vida respecto de alguna relación de consumo específica."

17 Menores, personas con discapacidad, mayores de edad, …

18 De igual modo, y aunque la ley no lo señala de manera expresa, idéntica afirmación deriva de la situación contraria: sujetos que no pertenecen a colectivos señalados como vulnerables, pueden serlo en un concreto acto de consumo. Así, "[…] cualquier persona puede ser vulnerable en algún momento de su vida respecto de alguna relación de consumo específica", Preámbulo I Real Decreto-ley 1/2021, que cita la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012, sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables (2011/2272(INI)).

19 En este sentido se pronuncia Marín López, M.J: "El concepto", cit., p.114.

20 Marín López, M.J: "El concepto…", cit., p. 113.

Únicamente cuando la concurrencia de las circunstancias anteriores sitúe al consumidor en posición de subordinación, indefensión o desprotección que le impida el ejercicio de sus derechos como consumidores en condiciones de igualdad con el consumidor no vulnerable, podremos hablar de consumidor vulnerable.

En definitiva, la finalidad del Real Decreto-ley 1/2021 es que el consumidor, aun en situaciones de especial indefensión, subordinación o desprotección, pueda ejercer los derechos que le otorga la legislación de protección de consumidores.

Responde, de este modo, al concepto de consumidor vulnerable que recoge la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012, sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables (2011/2272(INI))[21] y está avalado por el resto de textos emitidos por las instituciones europeas y, en particular, como señala el propio legislador en el Preámbulo de la reforma, por la Nueva Agenda del Consumidor[22] que subraya la necesidad de abordar las necesidades específicas de los consumidores que, por sus características o circunstancias, requieran una mayor protección para garantizar la toma de decisiones en las relaciones concretas de consumo acorde con sus intereses. La Nueva Agenda del Consumidor coloca en el centro de sus políticas y medidas la protección de las personas consumidoras que, por encontrarse en una situación de vulnerabilidad, no puedan adoptar una decisión acorde con sus intereses en una relación de consumo[23].

Sin embargo, del contenido de la reforma, y al margen de la previsión de una especial atención a los derechos básicos del consumidor cuando es vulnerable, el detalle concreto de las medidas que añade en defensa de los consumidores considerados vulnerables no parece responder el incremento de protección que persigue.

III. LA SITUACIÓN DE NNAS COMO COLECTIVO VULNERABLE

1. El consumidor menor de edad. La capacidad contractual de los menores en la compraventa a tenor del art. 1263 CC

Tras la reforma del Código Civil (CC) operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia,

21 Unión Europea. Parlamento Europeo, "Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012, sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables (2011/2272/INI))", de 13 de septiembre de 2013.

22 Unión Europea. Comisión Europea, "Nueva Agenda del Consumidor. Medidas en 2020-20205 para proteger a los consumidores europeos", de 13 de noviembre de 2020. Se trata de un marco estratégico actualizado sobre la política de protección de los consumidores de la Unión Europea (UE) con un planteamiento a largo plazo hasta 2025.

23 Preámbulo I, Real Decreto-ley 1/2021.

y en consonancia con los principios que la inspiran, el art. 1263 CC[24] reconoce al menor un ámbito de capacidad para realizar por sí mismo determinados actos que pertenecen al tráfico jurídico ordinario, reconociendo el consentimiento contractual a los menores no emancipados en aquellos contratos "relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales" [25].

Ello conlleva, siempre que el objeto contractual sean bienes y servicios "de la vida corriente y propios de su edad de conformidad con los usos sociales"[26] que los/las NNAs puedan ostentar la condición de consumidores y disfrutar, en consecuencia, de la protección que como tales les dispensa el TRLGDCU.

Sin embargo, a los efectos de su consideración como consumidores, debe concretarse cuál es el ámbito de consumo en el que pueden actuar atendiendo a la indeterminación de la fórmula utilizada por el legislador. La expresión "bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales" constituye un entramado de conceptos indeterminados que conforman una fórmula abierta: no establece un elenco cerrado de contratos sino que la cuestión relativa a la capacidad contractual de los menores deberá resolverse[27] valorando la capacidad natural de cada NNA en concreto, pero también las características sociales y económicas del entorno del menor y los usos imperantes en el momento de la conclusión del acto o del negocio jurídico[28].

No podemos olvidar que, a medida que la edad del menor aumenta, la gama de contratos, actos de relevancia económica, decisiones de índole personal y demás intervenciones generadoras de responsabilidad protagonizadas por el/la NNA crece paulatina y exponencialmente. Ello conlleva en primer lugar, reconocer al individuo, desde que tiene temprana edad, un campo de actuación particular, que se verá ampliado en la medida en que los usos sociales liguen esa creciente

24 Art 1263 CC: "Los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales"

25 Art. 1264 CC: "Lo previsto en el artículo anterior se entiende sin perjuicio de las prohibiciones legales o de los requisitos especiales de capacidad que las leyes puedan establecer."

26 Según Varela Castro, I.: "El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor", *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2016, núm. 2189, p.54 y 55: el legislador debería prescindir de la referencia a "los bienes y servicios de la vida corriente" para evitar confusiones con relación a si la capacidad del menor para contratar queda limitada a aquellos supuestos de escasa entidad económica o no. Considera adecuada la referencia a los usos sociales como criterio definidor de la capacidad para contratar del menor. Aun así, valora que sería necesaria la alusión a las condiciones de madurez del menor. Según el autor, hubiera resultado más acertado establecer la regla general de capacidad contractual mediante la referencia a los contratos que el menor pueda realizar por sí mismo porque las leyes se lo permiten y los contratos que pueda realizar de acuerdo con sus condiciones de madurez y los usos sociales y en todo caso en aras de su beneficio.

27 Lacruz Berdejo, J.L.: *Elementos de Derecho civil I, Parte General,* Dykinson, Madrid, 2010, p.885.

28 Nieto Alonso, A.: "Capacidad del menor de edad en el orden patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales", Revista de Derecho Civil, 2016, núm. 3, p.11.

capacidad de actuación autónoma con su edad. En segundo lugar, permitir que el menor de edad vaya tomando parte activa en el tráfico jurídico, pero mediante la realización de actuaciones que difícilmente podrán entrañar riesgos importantes para su persona y patrimonio. Y, por último, garantizar suficientemente el principio de seguridad jurídica, puesto que es precisamente una difundida valoración social acerca de estos actos que un menor puede ejercitar, en vinculación directa con su edad y capacidad natural, la que delimita el campo de actuación jurídicamente eficaz del individuo[29].

En suma, la nueva visión que aporta la reforma de 2015, de NNAs como sujetos de derechos con facultades intrínsecas de participación e incidencia en la realidad que les rodea, se traduce en la aceptación de que existen cierto tipo de transacciones elementales que son realizadas directa y ordinariamente por este colectivo. Nadie duda, en tales circunstancias, de su capacidad y aptitud para comprender el alcance y manifestar, a resultas, una voluntad completamente libre y vinculante[30].

2. NNAs como consumidores vulnerables a tenor del Real Decreto-ley 1/2021

Partiendo, pues, de su capacidad contractual, no debe desconocerse la importancia de la actuación de s NNAs como consumidores: estudios recientes muestran su creciente participación en los actos de consumo[31].

Sin embargo, a tenor de la legislación que analizamos, su vulnerabilidad no es ni debe de considerarse estructural por su pertenencia objetiva al colectivo de NNAs. Así, únicamente cuando sea su edad la que les sitúe en una posición de subordinación, indefensión o desprotección que les impida el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad, deberán ser considerados consumidores vulnerables. De este modo, su vulnerabilidad como tales deberá atenerse a idénticos criterios que los consumidores adultos, atendiendo a su formación, el acto concreto de consumo, el lugar, su situación económica, su entorno social…

Los menores no son ni pueden ser, en el ámbito de los actos de consumo, un colectivo estructuralmente vulnerable: su consideración como tales contrariaría

29 Ravetllat Ballesté, I.: "La capacidad de obrar de la persona menor de edad no emancipada a la luz del Libro II del Código civil de Cataluña (artículos 211-3 y 211-5)", *InDret, Revista para el análisis del derecho*, 2017, vol.3, p. 19.

30 Molina Fernández, E.: "Desmontando mitos sobre la participación desde la infancia: ¡sí se puede 2015!" en AA.VV.: *Ciudades con vida: infancia, participación y movilidad*, (coord. J.L. Villenca Higueras y E. Molina Fernández), Grao, Barcelona, 2015, p.58.

31 Martín Solares, R.: "Comportamiento económico y de consumo de los adolescentes", https://www.eleconomista.com.mx/opinion/Comportamiento-economico-y-de-consumo-de-los-adolescentes-20210526-0106.html

la legislación de protección de menores[32] que contempla a NNAs como sujetos activos y participativos bajo el paradigma de su capacidad. Basta recordar que la vigente redacción de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LOPJM), dota a NNAs de un marco jurídico basado en un mayor reconocimiento del papel que desempeñan en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo[33].

De acuerdo con el nuevo paradigma, su necesidad de protección no debe primar frente al ejercicio de sus derechos, y la garantía de su interés prioritario no debe esconder un afán proteccionista que lo aleje del ejercicio de sus capacidades. Por ello, la vulnerabilidad, sin desconocerse, debe limitarse a aquellos supuestos en que, efectivamente, se requiera una especial protección construyéndose como un concepto dinámico para aplicarse únicamente en aquellas situaciones de desprotección o abuso real.

No debe olvidarse, además, que las propias características de los actos de consumo que el art. 1263 CC faculta a NNAs a realizar de manera autónoma dificultan la identificación de su vulnerabilidad: en primer lugar, porque los actos de consumo se limitan a "los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales"; en segundo lugar, porque la mayoría de estos actos se realizan en entornos digitales que, en su mayoría, dominan a la perfección.

Sin embargo, y frente a ello, el legislador parece vincular su vulnerabilidad a su especial dificultad para entender la información recibida y su mayor sensibilidad a la publicidad y a las prácticas comerciales agresivas. Ello concuerda con los principios de la Nueva Agenda del Consumidor -en que se inspira el legislador- que señalan al menor de edad como consumidor vulnerable atendiendo a sus "necesidades específicas de información" y con la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012, que ya señalaba la dificultad de los grupos vulnerables para comprender las opciones de que disponen y el desconocimiento de sus derechos.

Por ello -al margen de la especial atención que, como cualquier otro consumidor vulnerable, merecen los derechos básicos que les otorga el art. 8 TRLGDCU- en el caso de NNAs conviene prestar una mayor atención al contenido, las características y la forma de la información que reciben sobre el producto que van a adquirir y, junto a ello, a su formación como consumidores.

32 CDN y LOPJM.

33 Preámbulo I, LOPJM.

IV. EFECTOS JURÍDICOS DERIVADOS DE LA CONSIDERACIÓN DE NNAS COMO CONSUMIDORES VULNERABLES

1.Especial atención a los derechos básicos del consumidor en supuestos de vulnerabilidad

Como ya se ha señalado, pese a la introducción de la figura del consumidor vulnerable y la extensa Exposición de Motivos con que lo justifica el legislador estatal, la reforma del TRLGDCU no le dota de una protección específica, sino que le atribuye idénticos derechos que al consumidor no vulnerable (art. 8 TRLGDCU).

Únicamente en el apartado segundo del mismo art. 8 TRLGDCU se impone a los poderes públicos:

- la promoción de políticas y actuaciones tendentes a garantizar los derechos de los consumidores vulnerables en condiciones de igualdad;

- una "especial atención" a los consumidores vulnerables, que será recogida reglamentariamente y por la normativa sectorial que resulte de aplicación en cada caso.

La vaguedad de la reforma requiere, efectivamente, de un desarrollo reglamentario que precise tanto las concretas circunstancias de vulnerabilidad en los diferentes ámbitos de consumo como el contenido de la "especial atención" que los poderes públicos deberán prestar a los consumidores vulnerables. De otro modo, no resulta contrastable el alcance de la misma.

Frente a ello, y en el caso de NNAs, entendemos que adquieren especial relevancia y tienen suma importancia dos elementos que derivan de su condición vulnerable.

Por una parte, si nos centramos en el caso de NNAs, y en consonancia con su consideración de vulnerables por su especial dificultad para entender la información recibida y su mayor sensibilidad a la publicidad y a las prácticas comerciales agresivas, resulta relevante el interés que manifiesta el legislador en el ámbito concreto del derecho a la información. Así, el Real Decreto-ley 1/2021 señala que[34], cuando los destinatarios de la información sean consumidores vulnerables la información debe ser clara, comprensibles, veraz, en un formato accesible, en un lenguaje comprensible y adaptada a las circunstancias en función

34 En su Preámbulo, cita la Nueva Agenda del Consumidor que contempla dicha necesidad. Lo concreta así mismo en los arts. 17, 18 y 60 TRLGDCU.

de la edad y la madurez del sujeto. Con todo ello, se pretende asegurar una adecuada comprensión y la toma de decisiones óptimas para sus intereses.

Ello concuerda con el art. 12 CDN[35] y la Observación nº 12[36] que incide precisamente en la importancia de la información que deben recibir NNAs para consolidar su papel de sujetos activos y participativos y, en particular, coincide al señalar los caracteres que debe revestir la misma.

Por otro lado, y aunque constituye un elemento que puede resultar irrelevante para los consumidores adultos que ya veían reconocido su derecho a la participación, el Real Decreto-ley 1/2021, con su mención explícita a los menores, abre la puerta a la participación de NNAs en la elaboración de las disposiciones generales que se dirijan a regular situaciones de consumo en las que su actuación sea relevante.

Por ello, al margen de la dificultad de concretar las situaciones en que NNAs van a resultar vulnerables en sus relaciones de consumo, resulta de especial transcendencia la previsión de su participación en la elaboración de disposiciones generales que, como tales, les afecten. Su opinión, en el proceso de elaboración deberá ser escuchada y, fundamentalmente, tomarse en consideración.

La participación del menor en el ámbito normativo constituye uno de los aspectos más relevantes que aporta la introducción del concepto de vulnerabilidad de los/las NNAs. De hecho, supone también la concreción del derecho a la participación que recoge de modo amplio la CDN en su art. 12, interpreta la Observación e incorpora el legislador estatal en la LOPJM.

2. El derecho de NNAs a ser informados y formados

El derecho de NNAs a ser informados y formados se concreta en conseguir que actúen, en su posición de consumidores vulnerables, en igualdad de condiciones que cualquier consumidor ordinario. Por ello, la especial dificultad para comprender alguna circunstancia tanto de la información del producto que van a adquirir como de las condiciones del contrato que concluirán, debe ser removida para que su decisión de compra sea consecuente con su voluntad.

Las vías para ello son tanto una especial atención en la claridad de la información transmitida como una formación adecuada para facilitar dicha comprensión.

35 Art 12 CDN: "Los Estados Partes garantizaran al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño."

36 Observación General N° 12 (2009) del Comité de los Derechos del Niño: el derecho del niño a ser escuchado.

En este sentido, ya el art. 8.1. d) TRLGDCU señala como derecho básico de todo consumidor el derecho a recibir una "[…] información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute."

Junto a ello y como complemento para el caso de los consumidores vulnerables, la reforma impone un refuerzo en la claridad, corrección y amplitud de la información del producto:

- Así, la reforma introduce un nuevo apartado 3 en el artículo 17[37], relativo al derecho a la información, formación y educación de los consumidores y usuarios, con la finalidad de considerar la referencia a las personas consumidoras vulnerables, de forma que se dispone que se prestará especial atención a aquellos sectores que, debido a su complejidad o características propias, cuenten con mayor proporción de personas consumidoras vulnerables entre sus clientes o usuarios, atendiendo de forma precisa a las circunstancias que generan la situación de concreta vulnerabilidad. Por ello, las campañas informativas o educativas divulgadas por las administraciones deberán prestar especial atención a sectores que cuenten con mayor proporción de consumidores vulnerables, como el financiero; y se señala que las especificidades de los consumidores vulnerables tendrán que ser tenidas en cuenta por parte de las administraciones a la hora de establecer mecanismos para la resolución de controversias entre el consumidor vulnerable y las empresas.

- Se modifica el apartado 2 del artículo 18[38], dedicado al etiquetado y presentación de los bienes y servicios, al objeto de determinar que, sin perjuicio de las exigencias concretas que se establezcan reglamentariamente y de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, que prestarán especial atención a las personas consumidoras vulnerables, todos los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores

37 Art. 17 TRLGDCU: "3. En el cumplimiento de lo dispuesto en los apartados anteriores, se prestará especial atención a aquellos sectores que, debido a su complejidad o características propias, cuenten con mayor proporción de personas consumidoras vulnerables entre sus clientes o usuarios, atendiendo de forma precisa a las circunstancias que generan la situación de concreta vulnerabilidad.".

38 Art. 18 TRLGDCU: "2. Sin perjuicio de las exigencias concretas que se establezcan reglamentariamente y de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, que prestarán especial atención a las personas consumidoras vulnerables, todos los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán ser de fácil acceso y comprensión y, en todo caso, incorporar, acompañar o, en último caso, permitir obtener de forma clara y comprensible, información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales, en particular sobre las siguientes:
a) Nombre y dirección completa del productor,
b) Naturaleza, composición y finalidad,
c) Calidad, cantidad, categoría o denominación usual o comercial, si la tienen,
d) Fecha de producción o suministro y lote, cuando sea exigible reglamentariamente, plazo recomendado para el uso o consumo o fecha de caducidad,
e) Instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, así como la correcta gestión de sus residuos, advertencias y riesgos previsibles."

y usuarios deberán ser de fácil acceso y comprensión y, en todo caso, incorporar, acompañar o, en último caso, permitir obtener de forma clara y comprensible, información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales, conforme se detalla en el mismo.

- Del mismo modo y con idéntica finalidad, se modifica el apartado 2 del artículo 20[39], relativo a la información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios, al objeto de precisar que, sin perjuicio de la normativa sectorial que en su caso resulte de aplicación, la información necesaria a incluir en la oferta comercial deberá facilitarse a los consumidores o usuarios, principalmente cuando se trate de personas consumidoras vulnerables, en términos claros, comprensibles, veraces y en un formato fácilmente accesible, de forma que aseguren su adecuada comprensión y permitan la toma de decisiones óptimas para sus intereses.

- Las políticas públicas que inciden en el ámbito del consumo y las prácticas comerciales orientadas a las personas consumidoras vulnerables estarán destinadas dentro del ámbito de las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios a prever y remover las circunstancias que generan la situación de vulnerabilidad, así como a paliar sus efectos, en particular en relación con las comunicaciones comerciales o información precontractual facilitada, la atención post contractual o el acceso a bienes o servicios básicos.

- Asimismo, se procede a modificar el artículo 43[40], relativo a cooperación en materia de control de calidad, con la finalidad de dotar al texto de

39 Art. 20 TRLGDCU: "2. A efectos del cumplimiento de lo previsto en el apartado anterior, y sin perjuicio de la normativa sectorial que en su caso resulte de aplicación, la información necesaria a incluir en la oferta comercial deberá facilitarse a los consumidores o usuarios, principalmente cuando se trate de personas consumidoras vulnerables, en términos claros, comprensibles, veraces y en un formato fácilmente accesible, de forma que aseguren su adecuada comprensión y permitan la toma de decisiones óptimas para sus intereses.
3. El incumplimiento de lo dispuesto en los apartados anteriores será considerado práctica desleal por engañosa en iguales términos a los que establece el artículo 7 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal."

40 Art. 43 TRLGDCU: "Los órganos de cooperación institucional con las comunidades autónomas, competentes por razón de la materia, podrán acordar la realización de campañas o actuaciones programadas de control de mercado, directamente o en colaboración con las asociaciones de consumidores y usuarios, especialmente en relación con:
a) Los bienes y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.
b) Los bienes y servicios que reflejen un mayor grado de incidencias en los estudios estadísticos o epidemiológicos.
c) Los bienes o servicios sobre los que se produzca un mayor número de reclamaciones o en los que, por el tipo de estas, quepa deducir razonablemente que existen situaciones especialmente lesivas para los derechos de los consumidores y usuarios o que afecten, en particular, a las personas consumidoras vulnerables.
d) Los bienes y servicios que sean objeto de programas específicos de investigación.
e) Aquellos otros bienes o servicios en que así se acuerde atendiendo a sus características, su especial complejidad o cualquier otra razón de oportunidad."

coherencia semántica y gramatical en relación con la nueva figura de persona consumidora vulnerable.

- Finalmente, se modifica el apartado 1 del artículo 60[41], sobre información previa al contrato, con la finalidad de prever de manera expresa lo relativo a la información a las personas consumidoras vulnerables, concretándose que el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y estableciéndose, sin perjuicio de la normativa sectorial que en su caso resulte de aplicación, los términos y formato en que deba ser suministrada dicha información, principalmente cuando se trate de personas consumidoras vulnerables, para garantizar su adecuada comprensión y que les permita la toma de decisiones óptimas para sus intereses. El incumplimiento de lo dispuesto será considerado práctica desleal por engañosa en iguales términos a los que establece el artículo 7 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

En realidad, y partiendo de la conveniencia de estas disposiciones, no debe de olvidarse que, el derecho a la información de NNAs, debe complementarse con la legislación de protección del menor que ya recoge el derecho del menor a ser informado y las características de dicha información. En particular, el art. 5 LOPJM apunta que la información debe ser adecuada a su desarrollo e impone a los poderes públicos un especial deber de velar por ello[42]. El derecho a la información

41 Art. 60 TRLGDCU: "1. Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato y oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas.
Sin perjuicio de la normativa sectorial que en su caso resulte de aplicación, los términos en que se suministre dicha información, principalmente cuando se trate de personas consumidoras vulnerables, además de claros, comprensibles, veraces y suficientes, se facilitarán en un formato fácilmente accesible, garantizando en su caso la asistencia necesaria, de forma que aseguren su adecuada comprensión y permitan la toma de decisiones óptimas para sus intereses."

42 Art. 5 LOPJM: "1. Los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo. Se prestará especial atención a la alfabetización digital y mediática, de forma adaptada a cada etapa evolutiva, que permita a los menores actuar en línea con seguridad y responsabilidad y, en particular, identificar situaciones de riesgo derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, así como las herramientas y estrategias para afrontar dichos riesgos y protegerse de ellos. 2. Los padres o tutores y los poderes públicos velarán porque la información que reciban los menores sea veraz, plural y respetuosa con los principios constitucionales. 3. Las Administraciones Públicas incentivarán la producción y difusión de materiales informativos y otros destinados a los menores, que respeten los criterios enunciados, al mismo tiempo que facilitarán el acceso de los menores a los servicios de información, documentación, bibliotecas y demás servicios culturales incluyendo una adecuada sensibilización sobre la oferta legal de ocio y cultura en Internet y sobre la defensa de los derechos de propiedad intelectual. En particular, velarán porque los medios de comunicación en sus mensajes dirigidos a menores promuevan los valores de igualdad, solidaridad, diversidad y respeto a los demás, eviten imágenes de violencia, explotación en las relaciones interpersonales, o que reflejen un trato degradante o sexista, o un trato discriminatorio hacia las personas con discapacidad. En el ámbito de la autorregulación, las autoridades y organismos competentes impulsarán entre los medios de comunicación, la generación y supervisión del cumplimiento de códigos de conducta destinados a salvaguardar la promoción de los valores anteriormente descritos, limitando el acceso a imágenes y contenidos digitales lesivos para los menores, a tenor de lo contemplado en los códigos de autorregulación de contenidos aprobados. Se garantizará la accesibilidad,

resulta fundamental, ya que es condición imprescindible para que existan decisiones claras por parte NNA[43]. La información debe ser inclusiva y adecuada al desarrollo NNA. Difundir una información correcta sobre los diferentes bienes y servicios, así como una correcta educación y divulgación, facilita el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo y disfrute (art. 8.1.d) TRLGDCU)[44] posibilitando que el consumidor tome una decisión sobre la contratación[45]. La información utilizando multilenguaje (dibujos, gráficos, …) puede facilitar la comprensión a la que tienen derecho.

Por otra parte, destacar la especial incidencia en la formación de los menores en su papel de consumidores. En este sentido, los poderes públicos vienen obligados a promover esta formación de manera amplia, promoviendo el conocimiento de sus derechos. En concreto, la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012, insta a la Comisión a que incluya la protección de NNAs entre las grandes prioridades de la Nueva Agenda del Consumidor, centrándose en particular en la publicidad agresiva o engañosa en la televisión y en línea.

Por otra parte, el Reglamento nº 254/2014[46] señala en su art. 3 la importancia de "mejorar la educación, información y sensibilización sobre sus derechos, desarrollar una base documental para la política de los consumidores y apoyar a las organizaciones de consumidores, teniendo también en cuenta las necesidades específicas de los consumidores vulnerables"; el art. 4 señala que dichos objetivos se lograran a través de las acciones subvencionables como la "mejora de la educación de los consumidores a lo largo de toda la vida" centrándose en particular en los consumidores vulnerables.

con los ajustes razonables precisos, de dichos materiales y servicios, incluidos los de tipo tecnológico, para los menores con discapacidad. Los poderes públicos y los prestadores fomentarán el disfrute pleno de la comunicación audiovisual para los menores con discapacidad y el uso de buenas prácticas que evite cualquier discriminación o repercusión negativa hacia dichas personas. 4. Para garantizar que la publicidad o mensajes dirigidos a menores o emitidos en la programación dirigida a éstos, no les perjudique moral o físicamente, podrá ser regulada por normas especiales. 5. Sin perjuicio de otros sujetos legitimados, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal y a las Administraciones públicas competentes en materia de protección de menores el ejercicio de las acciones de cese y rectificación de publicidad ilícita."

43 Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño. Comité de los Derechos del Niño, "Observación General nº12, sobre el derecho del niño a ser escuchado" de 20 de julio de 2009, p. 12 y Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño. Comité de los Derechos del Niño, "Observación general nº25, relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital" de 2 de marzo de 2011, p.12

44 Art. 8: "1. Son derechos básicos de los consumidores y usuarios y de las personas consumidoras vulnerables: […] d) La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute."

45 Preámbulo III, Ley 29/2009, de 30 de diciembre

46 Reglamento UE) nº 254/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre el Programa plurianual de Consumidores para el período 2014-2020 y por el que se deroga la Decisión nº 1926/2006/CE.

3. El derecho a participar en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales

A) La participación de NNAs consumidores

La participación del menor en el ámbito normativo constituye uno de los aspectos más relevantes que aporta la introducción de la vulnerabilidad de NNAs en la legislación de consumo. Su opinión, en el proceso de elaboración deberá ser escuchada y, fundamentalmente, tomada en consideración.

Cabe señalar que la participación de NNAs en la elaboración de normativa que le afecte en sus actos de consumo, deberá vehicularse, como señala el TRLGDCU, mediante su integración en asociaciones de consumidores. Este derecho, en el ámbito del consumo, no se ejerce individualmente, sino a través de las asociaciones, agrupaciones, federaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas (art. 8.1. e) TRLGDCU).

Para ello, los poderes públicos -prestando especial atención al colectivo de consumidores vulnerables- promocionarán políticas y actuaciones tendentes a garantizar este derecho en condiciones de igualdad, con arreglo a la concreta situación de vulnerabilidad en la que se encuentre el consumidor vulnerable, tratando de evitar, en cualquier caso, trámites que puedan dificultar el ejercicio del mismo (art. 8.2 TRLGDCU). En consecuencia, NNAs deben formar parte de estas asociaciones, agrupaciones, federaciones o confederaciones (art. 7.2 LOPJM[47]), o constituir asociaciones propias a tal efecto

Dichas asociaciones, que se integran en el Consejo de Consumidores y Usuarios[48], deberán ser escuchadas de manera preceptiva en los siguientes

47 Art. 7 LOPJM: "2. Los menores tienen el derecho de asociación que, en especial, comprende:
a) El derecho a formar parte de asociaciones y organizaciones juveniles de los partidos políticos y sindicatos, de acuerdo con la Ley y los Estatutos.
b) El derecho a promover asociaciones infantiles y juveniles e inscribirlas de conformidad con la Ley.
Los menores podrán formar parte de los órganos directivos de estas asociaciones. Para que las asociaciones infantiles y juveniles puedan obligarse civilmente, deberán haber nombrado, de acuerdo con sus Estatutos, un representante legal con plena capacidad. Cuando la pertenencia de un menor o de sus padres a una asociación impida o perjudique al desarrollo integral del menor, cualquier interesado, persona física o jurídica, o entidad pública, podrá dirigirse al Ministerio Fiscal para que promueva las medidas jurídicas de protección que estime necesarias."

48 Art. 38 TRLGDCU: "1. Como órgano nacional de consulta y representación institucional de los consumidores y usuarios a través de sus organizaciones, el Consejo de Consumidores y Usuarios integrará las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito supraautonómico que, atendiendo a su implantación territorial, número de socios, trayectoria en el ámbito de la protección de los consumidores y usuarios y programas de actividades a desarrollar, sean más representativas. Reglamentariamente se determinará la composición y funciones del Consejo de Consumidores y Usuarios. 2. La Administración fomentará la colaboración entre el Consejo de Consumidores y Usuarios y las asociaciones de consumidores que lo integran con las organizaciones de empresarios. 3. El Consejo de Consumidores y Usuarios articulará mecanismos de cooperación con los órganos de consulta y representación de los consumidores constituidos por las comunidades autónomas. A través de los mecanismos habilitados por el Consejo de Consumidores y Usuarios, éste y los respectivos órganos consultivos podrán colaborar en la elaboración de los dictámenes que les sean solicitados en trámite de audiencia."

casos (art 39.2 TLGDCU): "[…] a) Reglamentos de aplicación de esta norma, b) Reglamentaciones sobre bienes o servicios de uso y consumo, c) Ordenación del mercado interior y disciplina del mercado, d) Precios y tarifas de servicios, en cuanto afecten directamente a los consumidores o usuarios, y se encuentren legalmente sujetos a control de las Administraciones públicas, e) Condiciones generales de los contratos o modelos de contratos regulados o autorizados por los poderes públicos en servicios de interés general o prestados a los consumidores por empresas públicas, f) En los demás casos en que una ley así lo establezca."

Teniendo en cuenta que los menores de edad son considerados como consumidores vulnerables y, en consecuencia, deben tener representación en el Consejo de Consumidores y Usuarios, sus opiniones deberán tenerse en cuenta en función de su edad y madurez (art. 9 LOPJM)[49].

En este sentido, el art. 12 CDN trata de asegurar que los Estados Parte garantizarán que pueda expresarse libremente en todos los asuntos que le afecten.

Por tanto, las administraciones públicas deberán, en cumplimiento del mandato de la CDN, bien impulsar la integración de menores en las asociaciones ya constituidas, bien, al amparo de la LOPJM, potenciar la creación de asociaciones de consumidores de NNAs que puedan participar como tales en los procesos consultivos. De hecho, la LOPJM reconoce expresamente el derecho de los menores a formar parte de asociaciones y a promover asociaciones infantiles y juveniles.

49 Art. 9 LOPJM: "1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.
En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento. 2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos. Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente. 3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración."

Sin embargo, su participación en este ámbito se limita mediante la imposición de ciertos requisitos que no resultan muy acordes con el sentido del art. 12 CDN. Así, el art. 3 b de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, señala que "los menores no emancipados de más de catorce años con el consentimiento, documentalmente acreditado, de las personas que deban suplir su capacidad, sin perjuicio del régimen previsto para las asociaciones infantiles, juveniles o de alumnos en el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor."

B) El ejercicio del derecho de participación de NNAs

De hecho, las disposiciones del TRLGDCU suponen la concreción del derecho a la participación que recoge de modo amplio la CDN en su art. 12, interpreta la Observación General nº12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado[50] (en adelante, Observación General, nº12) e incorpora el legislador estatal en la LOPJM.

En el art. 12 CDN queda recogido de manera expresa el derecho de participación NNAs que se concreta, básicamente, en el derecho a ser escuchado. Así, la participación infantil representa la pieza clave que tiene su punto de partida en el cumplimiento de dicho artículo.

La legislación vigente otorga un doble significado al "derecho de participación del menor". Por un lado, para el reconocimiento de derechos sociales y políticos de NNAs y por otro, para el reconocimiento de la intervención de NNAs en aquellos asuntos que les afecten directa o individualmente. Ambos fundamentan su participación como consumidores vulnerables.

La participación, en sentido estricto, contiene una triple dimensión que se concreta en su derecho a ser informado, ser escuchado y que su voz sea debidamente tenida en cuenta en aquellos temas que lo incumben[51]. Estas tres dimensiones[52] las recoge en el ámbito estatal la LOPJM que reproduce, a su vez, el art. 12 CDN y, fundamentalmente la interpretación que realiza la Observación General nº 12. En este sentido, podemos afirmar que la participación del menor se traduce en:

50 Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño. Comité de los Derechos del Niño, "Observación General nº12, …", cit.

51 Massons-Ribas, A. et al.: "The Participation of Children and Adolescents in the Protection System; The Case of the Spanish Legislation", *Social Sciences*, 2021, núm.7, p. 6

52 Estas 3 dimensiones son las propuestas por Bouma, H. et. al.: "Meaningful participation for children in the Dutch child protection system: A critical analysis of relevant provisions in policy documents" *Child Abuse and Neglect*, 2018, núm. 79, p. 282

el derecho a ser informado, que implica que NNAs deben ser informados sobre el objeto y el proceso de participación y su posible incidencia en el resultado final;

el derecho a ser escuchado, que deberá practicarse en un entorno amigable, mediante lenguaje inteligible y con profesionales cualificados o expertos especialmente formados[53]. La creciente importancia y sensibilidad hacia este tema exige la especialización de los profesionales encargados;

el derecho a que la opinión expresada tenga una incidencia en la normativa aprobada: para ello, deberá explicarse el resultado de su participación y, en caso de no atenderse sus opiniones, la causa de ello.

Figura 1. Adaptada de Massons-Ribas et al. (2021).[54]

a) El derecho a la información como elemento integrante de la participación[55]

El derecho a la información, como primera dimensión de la participación, constituye la herramienta necesaria para garantizar la efectividad del mismo. Por ello, la información debe transmitirse en "lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias (…) sin discriminación alguna por edad, ni discapacidad o cualquier otra circunstancia" y deberá versar tanto sobre "lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento" (art. 9.1 LOPJM).

Respecto al contenido de la información, la LOPJM establece que NNAs deben recibir información sobre el ejercicio del derecho y de las consecuencias que puede tener el ejercicio de este (art. 9.1).

53 Art. 2 LOPJM: "5. Toda resolución de cualquier orden jurisdiccional y toda medida en el interés superior de la persona menor de edad deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular: […]
b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados."

54 Massons-Ribas, A. et al.: "The Participation", cit., p. 5

55 Massons-Ribas, A. et al.: "The Participation", cit., p. 6

b) El derecho de NNAs a ser escuchados/as [56]

La CDN concreta que NNAs deben ser escuchados en diversos ámbitos y situaciones. La escucha resulta esencial a fin de interpretar y aplicar correctamente en cada caso el interés superior NNA, valorando sus deseos, aspiraciones, expectativas, sentimientos y opiniones, dándole voz en los momentos oportunos. Así pues, la concreción del derecho a ser escuchado no debe quedar en la mera escucha, ni siquiera, en el establecimiento de un proceso garantista para ello. El art. 9 LOPJM recoge el "derecho a ser oído y escuchado", tanto en "el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado (el menor) y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social […]". El concepto de escucha en el marco de la CDN es más exigente, ya que no requiere únicamente una escucha pasiva, sino que incide en la interacción del adulto con el/la niño/a, haciendo a este partícipe del proceso de los razonamientos, conclusiones y decisiones que se derivan de la escucha.

Cabria preguntarse si en el ámbito legislativo resulta de aplicación la tradicional separación a los efectos de escucha de NNAs mayores y menores de 12 años. Así, recordemos que únicamente se contempla de manera inequívoca a partir de los 12 años entendiendo que, a esa edad, concurre ya suficiente madurez. Cuando la edad es inferior a 12 años, su derecho a ser escuchado queda sujeto a la decisión del órgano competente. Esta diferencia según la edad no responde al espíritu de la CDN que propone la escucha a todo/a NNA con independencia de su edad, valorando métodos alternativos de escucha. Así, bajo la consideración de la escucha como medio para el conocimiento de la voluntad, deseos y preferencias del/la NNA, debe buscarse la manera adecuada para conocerlos. Por ello en ningún caso debería entenderse la concreción de la edad de 12 años como una limitación a su participación, sino como una imposición a los poderes públicos a respetar de manera ineludible y directa, a partir de cierta edad, la voluntad de estos. La ley no niega la participación de NNAs menores de 12 años ni la transcendencia de su opinión, pero entiende que las dudas sobre su madurez imponen una valoración cautelosa de sus deseos y preferencias.

Sin embargo, carece de justificación a partir de los principios de la CDN, mantener la limitación de participación a los 14 años como establece la Ley de Asociaciones vigente.

Respecto a la forma de ser escuchado, la LOPJM propone un ambiente adecuado, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos y preservando la intimidad del menor (art. 9.1). Los/las NNAs pueden

56 Massons-Ribas, A. et al.: "The Participation", cit., p. 7

contar con la ayuda de intérpretes (art.9.2 LOPJM) e incluso expresar su opinión a través de formas no verbales de comunicación (art. 9.2 LOPJM).

c) El derecho a que la opinión de NNAs sea tenida en cuenta en la decisión que se adopte[57]

Los deseos, preferencias y voluntades manifestadas en la escucha deben ser tenidas en cuenta en las resoluciones, medidas o acuerdos adoptados. El art. 9.3 LOPJM establece que "en las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración". Por ello entendemos, aplicando analógicamente este artículo, que todas las decisiones que afecten a NNAs, deberán reproducir el resultado de la escucha y cómo dicha escucha ha incidido en la resolución adoptada. Así, en todo proceso participativo en que intervengan NNAs deberá concluir con el retorno de la incidencia de su participación: explicando cómo se ha tenido en consideración, cómo ha cristalizado, y, en caso contrario, justificando los motivos de su desestimación.

La trascendencia del reconocimiento de la participación que reconoce la reforma, radica en que la participación se incardina, precisamente, en un ámbito poco explorado: la adopción de disposiciones generales que les afecten directamente.

Sin embargo, se aprecia un interés creciente en este aspecto: basta señalar para ello la elaboración de la reciente Observación General nº 25 (2021) relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital (en adelante, Observación General nº 25), que es pionera en implementar la participación de los/las NNAs. Así, la Observación es fruto de un proceso de dos años que ha contado con la participación de Estados, organizaciones intergubernamentales, instituciones nacionales de derechos humanos, la sociedad civil, y, lo que es más importante, NNAs: más de 700 NNAs de entre 9 y 22 años, procedentes de 27 países, han participado con sus aportaciones, experiencias e ideas sobre cómo la tecnología digital afecta a sus vidas. Además de aportar su opinión, los/las NNAs han diseñado una versión de la Observación General adaptada para niños. Casi 300 NNAs procedentes de países de todo el mundo contribuyen a la creación de "In Our Own Words", una versión adaptada, fácil de usar y más fácil de comprender de la Observación General nº 25.

V.CONCLUSIONES

I. El Real Decreto-ley 1/2021 introduce el criterio de vulnerabilidad en el ámbito del consumo de las personas físicas, sin modificar en absoluto el concepto ya

57 Massons-Ribas, A. et al.: "The Participation", cit., p. 8

vigente de consumidor. La consideración de vulnerabilidad de un consumidor, que ya resulta protegido por su especial situación de debilidad frente al comerciante, lleva a plantearse en que consiste la especial protección con que se dota a estos consumidores vulnerables o, más concretamente, hipervulnerables.

II. El concepto de consumidor vulnerable es amplio, indeterminado y dinámico, en el sentido de que no define a las personas o a los colectivos de una forma estructural ni permanente. Así, una persona puede ser considerada vulnerable en un determinado ámbito de consumo, pero no en otros; en algún momento de su vida respecto de alguna relación de consumo específico, pero no siempre; en algún territorio, pero no en todos. La variación de las condiciones personales o de contexto incidirán en la vulnerabilidad del sujeto.

III. En particular, los/las NNAs se consideran vulnerables en sus actos de consumo atendiendo a su especial dificultad para entender la información recibida y su mayor sensibilidad a la publicidad y a las prácticas comerciales agresivas. Sin embargo, al respecto cabe recordar que el art. 1263 CC únicamente otorga validez a los contratos realizados por menores "relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales". Por ello, resulta difícil ubicar su vulnerabilidad real.

IV. Cabe señalar al respecto que el Real Decreto-ley 1/2021 no dota de una protección específica al consumidor vulnerable; el legislador le otorga la misma protección que al consumidor ordinario, pero únicamente añade conceptos como "especial protección" o "primordialmente" y remite al desarrollo reglamentario sectorial que resulte de aplicación en cada caso.

V. Sin embargo, si nos centramos en el caso de NNAs, y en consonancia con su consideración de vulnerables por su especial dificultad para entender la información recibida y su mayor sensibilidad a la publicidad y a las prácticas comerciales agresivas, resulta relevante el interés que manifiesta el legislador en el ámbito concreto del derecho a la información. Así, el Real Decreto-ley 1/2021 añade que, cuando los destinatarios de la información sean consumidores vulnerables la información debe ser clara, comprensibles, veraz, en un formato accesible, en un lenguaje comprensible y adaptada a las circunstancias en función de la edad y la madurez del sujeto. Con todo ello, se pretende asegurar una adecuada comprensión y la toma de decisiones óptimas para sus intereses.

VI. Ello concuerda con el art. 12 CDN y la Observación n °12 que incide precisamente en la importancia de la información que deben recibir NNAs para consolidar su papel de sujetos activos y participativos y, en particular, coincide al señalar los caracteres que debe revestir la misma.

VII. Por otro lado, y aunque constituye un elemento que puede resultar irrelevante para los consumidores adultos que ya veían reconocido su derecho a la participación, el Real Decreto-ley 1/2021 abre la puerta a la participación de NNAs en la elaboración de las disposiciones generales que se dirijan a regular situaciones de consumo en las que su actuación sea relevante.

VIII. Por ello, al margen de la dificultad de concretar las situaciones en que NNAs van a resultar vulnerables en sus relaciones de consumo, resulta de especial transcendencia la previsión de su participación en la elaboración de disposiciones generales que, como tales, les afecten. Su opinión, en el proceso de elaboración deberá ser escuchada y, fundamentalmente, tomarse en consideración.

IX. La participación del menor en el ámbito normativo constituye uno de los aspectos más relevantes que aporta la introducción del concepto de vulnerabilidad de NNA. De hecho, supone la concreción del derecho a la participación que recoge de modo amplio la CDN en su art. 12, interpreta la Observación e incorpora el legislador estatal en la LOPJM.

X. A tenor de todo ello, resulta evidente que la participación del menor se desglosa en tres dimensiones que deben ser respetadas: el menor debe ser informado convenientemente del objeto a tratar, el entorno donde se desarrollará, las personas participantes y la incidencia de su opinión; el menor debe ser escuchado por profesionales formados al efecto; la opinión del menor debe incidir en el resultado del proceso normativo, justificando la posición adoptada en el caso de que la opinión vertida no sea tenida en cuenta.

XI. La participación de NNAs en la elaboración de normativa que le afecte en sus actos de consumo, deberá vehicularse, como señala el TRLGDCU, mediante su integración en asociaciones de consumidores. Por tanto, las administraciones públicas deberán, en cumplimiento del mandato de la CDN, bien impulsar la integración de menores en las asociaciones ya constituidas, bien, al amparo de la LOPJM potenciar la creación de asociaciones de consumidores de NNAs que puedan participar como tales en los procesos consultivos. Sin embargo, carece de justificación, a partir de los principios de la CDN, mantener la limitación de participación a los 14 años como establece la Ley de Asociaciones vigente.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez, M.I. et al.: *Principales modificaciones legislativas en el marco de la protección de la infancia y la adolescencia en España*, Defensor del Pueblo Andaluz, Sevilla, 2016.

Bouma, H. et. al.: "Meaningful participation for children in the Dutch child protection system: A critical analysis of relevant provisions in policy documents" *Child Abuse and Neglect,* 2018, núm. 79.

Duplá Marín, M.T y Bardají Gálvez, D.: "El fundamento último de la protección al menor consumidor: la inexperiencia en el ámbito patrimonial", *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2007, núm. 11.

Lacruz Berdejo, J.L.: *Elementos de Derecho civil I, Parte General,* Dykinson, Madrid, 2010

Lasarte Álvarez, C: *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dykinson, Madrid, 2007

Marín López, M.J: "El concepto de consumidor vulnerable en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2021.

Massons-Ribas, A. et al.: "The Participation of Children and Adolescents in the Protection System; The Case of the Spanish Legislation", *Social Sciences*, 2021, núm.7.

Molina Fernández, E.: "Desmontando mitos sobre la participación desde la infancia: ¡sí se puede 2015!" en AA.VV.: *Ciudades con vida: infancia, participación y movilidad*, (coord. J.L. Villenca Higueras y E. Molina Fernández), Grao, Barcelona, 2015.

Nieto Alonso, A.: "Capacidad del menor de edad en el orden patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales", Revista de Derecho Civil, 2016, núm. 3.

Ravetllat Ballesté, I.: "La capacidad de obrar de la persona menor de edad no emancipada a la luz del Libro II del Código civil de Cataluña (artículos 211-3 y 211-5)", *InDret, Revista para el análisis del derecho*, 2017, vol.3.

Ruiz de Huidobro de Carlos, J.M.: "La capacidad de obrar de los menores" en AA.VV., *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia,* (coord. por C. Martínez García), Thomsom Reuters Aranzadi, Madrid, 2016.

Sosa Olán, H: "El concepto de consumidor en el ordenamiento jurídico europeo y español", *Ars boni et aequi*, 2011, núm. 2º.

Varela Castro, I.: "El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor", *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2016, núm. 2189

I DIRITTI DEI PASSEGGERI AEREI IN TEMPI DI PANDEMIA TRA CANCELLAZIONI STRAORDINARIE, RIMBORSI NEGATI E VOUCHER IMPOSTI

AIR PASSENGER RIGHTS IN TIMES OF PANDEMIC BETWEEN EXTRAORDINARY CANCELLATIONS, DENIED REIMBURSEMENTS AND FORCED VOUCHERS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 808-827

Luca E.
PERRIELLO

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: La pandemia da Covid-19 ha travolto il settore del trasporto aereo, costringendo molte compagnie a cancellare i voli in séguito ai provvedimenti restrittivi adottati dalle autorità o per altre cause connesse all'emergenza. I rimedi, di matrice europea, del rimborso del biglietto e del risarcimento del danno rischiano di esporre le compagnie a gravi crisi di liquidità e al rischio di fallimento. Lo scopo del presente contributo è ragionare sulla opportunità di prevedere voucher obbligatori sostitutivi del rimborso immediato, che il passeggero non potrebbe rifiutare a condizione che abbiano un contenuto ragionevole, in un'ottica complessiva di valorizzazione della concorrenza nel mercato del trasporto aereo in Europa.

PALABRAS CLAVE: Covid-19; trasporto aereo; voli; passeggeri aerei; cancellazioni; vouchers; rimborsi.

ABSTRACT: *The Covid-19 pandemic has taken its toll on air transport, forcing many airlines to cancel flights as a result of the restrictive measures adopted by the authorities or due to other reasons related to the emergency. The remedies, stemming from EU law, of ticket refunds and compensation for damages may expose carriers to serious liquidity crises and bankruptcy. The aim of this article is to discuss the opportunity to provide for compulsory vouchers in lieu of immediate reimbursement, which passengers could not refuse on condition that they have a reasonable content, with a view to enhancing competition in the European air transport market.*

KEY WORDS: *Covid-19; air transport; flights; air passengers; cancellations; vouchers; reimbursements.*

SUMARIO.- I. INTRODUZIONE.- II. I DIRITTI DEI PASSEGGERI AEREI IN CASO DI CANCELLAZIONE DEL VOLO.- III. I VOUCHER SOSTITUTIVI DEI RIMBORSI IN DENARO.- IV. I TRE SCENARI DETERMINATI DAL COVID-19 IN RELAZIONE AI CONTRATTI DI TRASPORTO AEREO.- V. POSSIBILI RIMEDI ATTUALI E PROSPETTIVE DI RIFORMA.

I. INTRODUZIONE

A partire da marzo 2020, le autorità pubbliche mondiali hanno adottato diverse misure restrittive della circolazione che hanno inciso considerevolmente sul settore del trasporto aereo. A livello globale il contenuto di tali provvedimenti è apparso molto variegato: mere raccomandazioni ad evitare i viaggi, divieti di viaggi non essenziali, restrizioni per gli stranieri soltanto o estese a chiunque. In alcuni casi, l'impatto è stato soltanto indiretto, come quando le autorità hanno requisito gli aerei per effettuare voli di rimpatrio di cittadini o il trasporto di merci essenziali (ad esempio, mascherine o medicinali)[1]. Le compagnie aeree hanno dovuto cancellare tutti o gran parte dei loro voli; altre volte, sono stati proprio i passeggeri a trovarsi nell'impossibilità di viaggiare per cause comunque connesse all'epidemia da Covid-19.

In questo contesto, il tema dei diritti dei passeggeri aerei in caso di cancellazione del volo ha acquisito una nuova dimensione. La disciplina di riferimento – che a livello europeo è costituita dal Regolamento (CE) n. 261/2004 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 febbraio 2004 che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato – si è rivelata non del tutto adeguata a far fronte alla valanga di richieste risarcitorie, o semplicemente di rimborso, per biglietti di cui i passeggeri non hanno potuto usufruire. Non tutte le compagnie hanno potuto far fronte a tali istanze, lamentando, giustamente, una crisi di liquidità senza precedenti e il rischio dell'esposizione a procedure di insolvenza, e facendo pressione sui legislatori per ottenere la possibilità di emettere voucher sostituitivi. Si sono levate le voci, già in passato molto forti, di protesta verso un Regolamento che non terrebbe in debito conto gli interessi delle compagnie, che anzi porrebbe a loro carico un sacrificio economico sproporzionato, tanto piú insostenibile in tempi di pandemia. Ma l'interpretazione letterale delle disposizioni di riferimento rende difficile una lettura "riduttiva" dei diritti dei passeggeri e una

1 Erotokritou, C. e Grigorieff, C.-I.: "EU Regulation No 261/2004 on Air Passenger Rights: The Impact of the COVID-19 on Flight Cancellation and the Concept of Extraordinary Circumstances", *Air & Space Law*, 2020, 45, pp. 123 ss., 124.

• Luca E. Perriello
Ricercatore di diritto privato, Università Politecnica delle Marche. Email: l.perriello@univpm.it

correlata valorizzazione delle legittime istanze delle compagnie, il cui benessere economico appare strettamente legato alla protezione (anche) dei consumatori.

Lo scopo del presente articolo è analizzare come il Covid-19 abbia inciso sui contratti di trasporto aereo e quali siano i rimedi utilizzabili per gestire una simile sopravvenienza. Ci si soffermerà, in primo luogo, sulla disciplina di matrice europea in materia di diritti attribuiti ai passeggeri aerei in caso di cancellazione del volo e sulla risposta del legislatore italiano dell'emergenza. Verranno, poi, distinti tre scenari che la pandemia ha determinato nel trasporto aereo e le criticità che essi pongono in relazione agli obblighi di rimborso e di risarcimento posti a carico dei vettori. L'articolo si concluderà con alcune riflessioni sul bilanciamento tra interessi delle compagnie aeree e dei passeggeri, e sui possibili rimedi, anche in una prospettiva di riforma della disciplina europea.

II. I DIRITTI DEI PASSEGGERI AEREI IN CASO DI CANCELLAZIONE DEL VOLO.

L'art. 5(1) del Reg. (CE) n. 261/2004 tratteggia dettagliatamente i diritti dei passeggeri in caso di cancellazione del volo, che si sostanziano nel diritto al rimborso del biglietto o all'imbarco su un volo alternativo (art. 8), diritto all'assistenza (art. 9), e risarcimento del danno (che il Reg. definisce «compensazione pecuniaria»). Atteso che in tempi pandemici il *rerouting*, l'imbarco su un volo alternativo, rimedio manutentivo che consente al vettore di eseguire le proprie obbligazioni contrattuali seppur con modalità temporali differenti, è difficilmente praticabile, è evidente che i diritti dei passeggeri si riducono essenzialmente al rimborso del biglietto e al risarcimento del danno.

La soluzione del rimborso è di immediata applicazione, essendo una conseguenza diretta della risoluzione del contratto di trasporto per l'inadempimento della compagnia. Essa troverebbe la sua giustificazione nell'arricchimento ingiustificato di cui si avvantaggerebbe la compagnia ove non restituisse il corrispettivo di una prestazione non eseguita[2].

Meno intuitiva è, invece, la funzione del risarcimento, che l'art. 7 determina in misura forfettaria, in ragione delle distanze da percorrere[3]. Poiché il risarcimento è del tutto sganciato dalla prova del danno effettivamente subìto dal passeggero, si tratterebbe di una pena inflitta al vettore per non aver adempiuto la propria prestazione, che perseguirebbe, al contempo, lo scopo di deterrenza dall'incorrere

2 Luzak, J.: "European Private Law: Up in the Air?", in AA.VV.: *Air Passenger Rights. Ten Years On* (a cura di M. Bobek e J. Prassl), Bloomsbury, Oxford, 2016, pp. 295 ss., 312.

3 E precisamente: a) 250 euro per tutte le tratte aeree inferiori o pari a 1.500 chilometri; b) 400 euro per tutte le tratte aeree intracomunitarie superiori a 1.500 chilometri e per tutte le altre tratte comprese tra 1.500 e 3.500 chilometri; c) 600 euro per le tratte aeree che non rientrano nelle lettere a) o b).

in situazioni simili in futuro[4]. In ogni caso, come chiarito anche dalla Corte di Giustizia[5], al passeggero spetterebbe, previa prova, anche il risarcimento del danno «individuale» (art. 12). Ne risulta la convivenza tra due sistemi risarcitori: la compensazione pecuniaria «standardizzata», identica per ogni passeggero e con funzione prevalentemente punitiva e deterrente; il risarcimento personalizzato, con funzione reintegrativa della perdita sofferta, la cui quantificazione richiede un'analisi caso per caso[6].

E tuttavia, nel sistema regolamentare, il risarcimento standardizzato incontra due importanti limitazioni. In primo luogo, la cancellazione del volo non è una ragione di per sé sufficiente a dar luogo alla compensazione pecuniaria[7], in quanto il passeggero ne ha diritto soltanto se la compagnia sia venuta meno ai propri obblighi informativi e non abbia offerto un imbarco su un volo alternativo nei termini previsti dall'art. 5(1)(c). Ma soprattutto, il vettore non è tenuto a risarcire il danno ove dimostri che «la cancellazione del volo è dovuta a circostanze eccezionali che non si sarebbero comunque potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso» (art. 5(3)).

Le circostanze eccezionali esonerano sí la compagnia dal risarcimento del danno, ma non anche dal rimborso del biglietto. La formulazione testuale dell'art. 5 è inequivocabile in tal senso. In ciò emerge l'approccio fortemente favorevole al passeggero del Regolamento, che non si può comprendere fino in fondo se non si tiene conto dell'evoluzione storica che ha portato alla sua adozione[8]. Il Trattato di Roma non obbligava la Comunità economica europea ad istituire politiche comuni

4 Osserva magistralmente Calabresi, G.: *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, trad. it. a cura di A. De Vita, V. Varano e V. Vigoriti, Giuffrè, Milano, 2015, p. 50, che «la funzione principale della responsabilità civile è quella di ridurre il piú possibile il costo dei sinistri e il costo per evitare i sinistri»

5 Corte giust., 13 ottobre 2011, *Aurora Sousa Rodríguez e altri* c. *Air France SA*, ECLI:EU:C:2011:652: «la nozione di "risarcimento supplementare", di cui all'art. 12 del regolamento n. 261/2004, deve essere interpretata nel senso che consente al giudice nazionale, alle condizioni previste dalla convenzione per l'unificazione di alcune norme relative al trasporto aereo [ndr Convenzione di Montreal del 1999] o dal diritto nazionale, di concedere il risarcimento del danno, incluso quello di natura morale, occasionato dall'inadempimento del contratto di trasporto aereo».

6 Il risarcimento del danno «individuale» è assoggettato alle disposizioni rilevanti della Convenzione di Montreal del 1999 (ufficialmente «Convenzione per l'unificazione di alcune norme relative al trasporto aereo internazionale»). Al riguardo, Corte giust., 10 gennaio 2006, *The Queen, ex parte International Air Transport Association e European Low Fares Airline Association* c. *Department for Transport della Convenzione di Montreal*, ECLI:EU:C:2006:10 ha avuto modo di precisare che, in nessun modo, gli autori della Convenzione di Montreal hanno «inteso sottrarre i detti vettori a qualsiasi forma di intervento, in particolare a quelle che possono essere previste dalle pubbliche autorità per risarcire, in modo uniforme e immediato, i danni rappresentati dai disagi dovuti ai ritardi nel trasporto aereo dei passeggeri, senza che essi debbano sopportare gli inconvenienti che comporta l'esperimento di azioni di risarcimento del danno dinanzi agli organi giurisdizionali» (§ 45). Sul tema dell'asserita esclusività della Convenzione di Montreal e dei suoi rapporti con la disciplina europea sul trasporto aereo *vid*., *ex multis*, Prassl, J.: "The European Union and the Montreal Convention: A New Analytical Framework", *Issues in Aviation Law and Policy*, 2013, 12(3), p. 381 ss.

7 Malenovský, J.: "Regulation 261: Three Major Issues in the Case Law of the Court of Justice of the EU", in AA.VV.: *Air Passenger Rights. Ten Years On* (a cura di M. Bobek e J. Prassl), cit., pp. 25 ss., 37.

8 Nota Huttunen, M.: "The Development of the Air Transport Policy of the European Union from the Point of View of the Consumer: From the Creation of the Internal Market to the Regulation of Consumer Rights Proper", in Benyon, F.S.: *Services and the EU Citizen*, Hart Publishing, Oxford, 2013, pp. 9 ss., 15, che «the

in materia di trasporto aereo, sí che i governi nazionali hanno a lungo trattenuto il potere di regolare il settore autonomamente. Fino alla metà degli anni '80, il mercato europeo del trasporto aereo è stato dominato da poche compagnie di bandiera, per lo piú di proprietà statale, che i governi hanno utilizzato per perseguire ingenti politiche industriali e di impiego. Alle compagnie si imponeva di servire rotte remote e poco redditizie, di acquistare aerei e componenti a livello locale e mantenere una forza lavoro elefantiaca; in cambio, le loro ingenti perdite venivano coperte dalla mano pubblica. In un contesto in cui, per l'assenza di concorrenza, i prezzi lievitavano e i consumatori avevano poche scelte, si è fatto strada un movimento per la deregolamentazione del settore, iniziato con la direttiva 87/601/EEC sulle tariffe per i servizi aerei di linea tra gli Stati Membri e continuato con un pacchetto di riforme nel decennio successivo, che ha consentito ai vettori aerei di operare con una licenza comune in Europa e di determinare liberamente le proprie tariffe[9].

E tuttavia, la particolarità di questo processo di liberalizzazione è che è stato puntualmente controbilanciato da una «ri-regolamentazione» a livello europeo, che ha rafforzato i diritti dei passeggeri aerei seguendo un percorso alternativo al diritto europeo dei consumatori. Non è un caso che il Regolamento è stato adottato sulla base dell'art. 100(2) TFUE, che attribuisce all'Unione competenze legislative in tema di trasporto aereo, non già dell'art. 114 TFUE, che consente l'adozione di misure di protezione del consumatore funzionali al mercato interno. Il differente fondamento legale rimarcherebbe l'indipendenza del sistema di tutela del passeggero dal diritto dei consumatori e la sua non necessaria strumentalità al rafforzamento del mercato interno[10]. Ciò si riflette, anche, nella scelta del legislatore europeo di non costruire la nozione di «passeggero» rilevante ai fini del Regolamento su quella di consumatore (anzi, nessuna definizione è data), sí da includere nel suo àmbito coloro che viaggiano per scopi professionali o imprenditoriali[11].

emergence of EU passenger rights cannot be understood without the context provided by the single EU aviation market».

9 Sul processo che ha portato alla liberalizzazione del mercato del trasporto aereo in Europa, di pari passo però con una sua *re-regulation vid.* O'Reilly, D. e Stone Sweet, A.: "The Liberalization and Reregulation of Air Transport", *Journal of European Public Policy*, 1998, 5, p. 447 ss. Al riguardo, nota Benyon, F.: "Regulation 261: The Passenger Framework", in AA.VV.: *Air Passenger Rights. Ten Years On* (a cura di M. Bobek e J. Prassl), cit., pp. 47 ss., 48, che poco dopo aver ottenuto la «freedom of the skies», alle compagnie è stato richiesto di rispettare alcuni obblighi per continuare ad esercitare quella libertà.

10 Cfr. Luzak, J.: "European Private Law: Up in the Air?", cit., p. 298 ss. Ma *vid.* Correia, V., "Air Passengers' Rights "Extraordinary Circumstances," and General Principles of EU Law: Some Comments After the *McDonagh* Case", *Issues in Aviation Law and Policy*, 2014, 13(2), pp. 245 ss., 249, il quale richiama l'obiettivo generale della protezione dei consumatori da tener conto nella definizione e attuazione delle politiche e attività dell'Unione (art. 12 TFUE), che costituirebbe la base di un «consumer-oriented approach» adottato costantemente dalla Corte di Giustizia e dal legislatore, e che si riflette anche nel considerando 1 del Regolamento n. 261/2004: «L'intervento della Comunità nel settore del trasporto aereo dovrebbe mirare, tra le altre cose, a garantire un elevato livello di protezione per i passeggeri. Andrebbero inoltre tenute in debita considerazione le esigenze in materia di protezione dei consumatori in generale».

11 Bech Serrat, J.M.: "Consumer Travel Law", in AA.VV.: *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law* (a cura di C. Twigg-Flesner), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016, pp. 360 ss., 362.

Il processo di liberalizzazione ha avuto il merito di privatizzare le vecchie compagnie di bandiera che agivano in regime di monopolio, di gestirle secondo criteri di efficienza, di aprire il mercato a nuovi operatori, favorendo l'emersione di quelli *low-cost*, che hanno reso i viaggi aerei piú accessibili per tutti. L'altra faccia della medaglia, la ri-regolamentazione in chiave *pro-passenger*, ha tuttavia posto un sacrificio economico eccessivo sui vettori aerei, soprattutto per l'obbligatorietà del rimborso del biglietto quandanche la cancellazione del volo dipenda dalla ricorrenza di «circostanze eccezionali». La dottrina non ha esitato a definire il Regolamento un «fallimento multiplo»[12], che avrebbe perfino ostacolato l'attuazione dei diritti dei passeggeri[13].

Dal canto loro, le compagnie hanno ripetutamente contestato il Regolamento, ma la Corte di Giustizia, nel noto caso che ha riguardato l'eruzione del vulcano islandese Eyjafjöll, che bloccò il trasporto aereo in Europa per diverse settimane, si è rifiutata di ammettere una categoria di circostanze «super-straordinarie» in grado di esonerare il vettore anche dall'obbligo di rimborsare il prezzo del biglietto cancellato e di prestare assistenza[14]. Pur soccombendo in giudizio, le compagnie aeree hanno però ottenuto il riconoscimento politico della necessità di riformare il Regolamento per l'ipotesi in cui circostanze eccezionali come la crisi della cenere vulcanica dovessero ripresentarsi in futuro[15] (riforme che, dieci anni dopo, allo scoppio della pandemia da Covid-19 non risultavano ancóra adottate).

Altre volte, la contestazione delle compagnie si è tramutata nella tattica di respingere sistematicamente le richieste di rimborso[16], trasferendo il contenzioso nelle corti nazionali dove i giudici sono indotti a sollevare rinvii pregiudiziali alla

12 «A multiple failure»: Arnold, K. e Mendes de Leon, P.: "EU Air Passenger Rights: Assessment of the Proposal of the European Commission for the Amendment of Regulation (EC) 261/2004 and of Regulation (EC) 2027/97", *Air and Space Law*, 2010, 35(2), pp. 91 ss., 110.

13 «Significant problems in the implementation of […] passenger rights»: Giesberts, L. e Kleve, G.: "Compensation for Passengers in the Event of Flight Delays", *Air and Space Law*, 2010, 35(4/5), pp. 293 ss., 303.

14 Corte giust., 13 gennaio 2013, *Denise McDonagh* c. *Ryanair Ltd*., ECLI:EU:C:2013:43, dove la Corte ha stabilito che l'eruzione di un vulcano, con conseguente chiusura dello spazio aereo, integra la nozione di «circostanze eccezionali», in presenza delle quali la compagnia non è tenuta a risarcire il danno da cancellazione, ma deve comunque onorare tutte le altre obbligazioni previste nel Regolamento. Definisce questo approccio marcatamente «consumer, user friendly»: Haanappel, P.P.C.: "Compensation for Denied Boarding, Flight Delays and Cancellations Revisited", *Zeitschrift für Luft-und Weltraumrecht*, 2013, 62, pp. 38 ss., 39.

15 «La crisi della cenere vulcanica ha sottolineato la necessità di chiarire e riesaminare determinati aspetti del regolamento, qualora tali circostanze straordinarie dovessero verificarsi nuovamente in futuro»: Risoluzione del Parlamento europeo del 29 marzo 2012 sul funzionamento e l'applicazione dei diritti acquisiti dei passeggeri aerei, in https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2012-0099_IT.html.

16 Denuncia la tendenza delle compagnie aeree di boicottare il Regolamento o, quanto meno, di non prenderlo sul serio: Van Dam, C.: "Air Passenger Rights after *Sturgeon*", *Air and Space Law*, 2011, 36(4/5), pp. 259 ss., 260. *Vid*. altresí Arnold, K.: "EU Air Passenger Rights: Assessment of the Proposal of the European Commission for the Amendment of Regulation (EC) 261/2004 and of Regulation (EC) 2027/97", *Air and Space Law*, 2013, 38(6), pp. 403 ss., 422, secondo cui le compagnie generalmente non risarciscono i passeggeri, a meno che non ci sia una richiesta specifica.

Corte di Giustizia, il piú delle volte pretestuosi, i quali sfruttano incertezze o incoerenze nel Regolamento, soprattutto quanto all'interpretazione del fumoso concetto di «circostanze eccezionali»[17]. Quando, poi, appare probabile che la Corte si pronunci in senso favorevole al passeggero, la compagnia tenta di evitare la formazione di precedenti sconvenienti assicurandosi un ritiro della domanda di pronuncia pregiudiziale attraverso la promessa di una transazione con il passeggero[18].

III. I VOUCHER SOSTITUTIVI DEI RIMBORSI IN DENARO.

È verosimile che molte di queste strategie verranno reiterate dalle compagnie nell'attuale momento storico, a fronte delle richieste di rimborso, se non di risarcimento, per voli cancellati per cause connesse alla pandemia. Ed infatti, già il 29 Aprile 2020, con un comunicato congiunto dodici Stati Membri hanno chiesto alla Commissione di consentire l'emissione temporanea di voucher in luogo di rimborsi in denaro per venire incontro alla crisi di liquidità del settore del trasporto aereo, a tal fine rendendosi necessaria una modifica del Regolamento, che richiede il consenso del passeggero per la sostituzione del rimborso con il voucher (art. 7(3))[19]. Si stima che dall'inizio della pandemia le perdite per le compagnie aeree a livello globale ammontino a circa 400 miliardi di dollari[20].

Nel tentativo di tutelare le imprese operanti nel settore dei trasporti e del turismo, nei primi giorni dell'emergenza pandemica, il legislatore italiano prevedeva nel decreto «cura Italia» (d.l. 17 marzo 2020, n. 18), all'art. 88 *bis*, comma 12, che l'emissione dei voucher «assolve i correlativi obblighi di rimborso e non richiede alcuna forma di accettazione da parte del destinatario». E tuttavia, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) ha prontamente censurato la normativa emergenziale per palese contrasto con la disciplina euro-unitaria, la quale richiede che il voucher sia accettato dal passeggero[21]. Solo qualche

17 Osserva Arnold, K., *o.u.c.*, p. 431, che «airlines, misusing the ignorance of the passengers, refer to extraordinary circumstances to be able to refuse claims».

18 Garben, S.: "The Turbulent Life of Regulation 261: Continuing Controversies Surrounding EU Air Passenger Rights", in AA.VV.: *Air Passenger Rights. Ten Years On* (a cura di M. Bobek e J. Prassl), cit., pp. 259 ss., 273, la quale dubita che questi comportamenti opportunistici possano predisporre, a lungo andare, la Corte di Giustizia in senso favorevole alle compagnie aeree.

19 Il testo del comunicato è disponibile in https://www.permanentrepresentations.nl/documents/publications/2020/04/29/joint-statement-on-airline-vouchers. Tecnicamente, l'art. 7(3) menziona il voucher come mezzo sostitutivo soltanto della «compensazione pecuniaria», ma la norma viene normalmente interpretata nel senso di richiedere il consenso del passeggero anche per l'emissione di voucher che sostituiscano i rimborsi immediati.

20 Per statistiche aggiornate *vid.* https://www.statista.com/topics/6178/coronavirus-impact-on-the-aviation-industry-worldwide/#dossierSummary__chapter2.

21 Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, «Segnalazione in merito alle criticità della disciplina d'emergenza di cui all'art. 88-*bis* del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modifiche dall'art. 1, comma 1, della legge 24 aprile 2020, n. 27» del 27 maggio 2020. L'Autorità, rilevando che la normativa censurata non potesse prestarsi ad interpretazioni costituzionalmente e comunitariamente orientate, ammoniva il legislatore che, a fronte del permanere della sua permanenza, in presenza di dinieghi

giorno prima, la stessa Commissione europea aveva richiamato gli Stati membri al principio comunitario che il rimborso tramite voucher è ammissibile solo se il passeggero acconsente[22]. Il controverso art. 88 *bis* è stato, dunque, modificato e, nella sua attuale formulazione, dispone che «l'emissione dei voucher a seguito di recesso esercitato entro il 31 luglio 2020 non richiede alcuna forma di accettazione da parte del destinatario» (comma 12). *A contrario*, può ricavarsi che tutti i voucher emessi successivamente devono essere accettati.

Nonostante i chiarimenti dell'AGCM e della Commissione europea, e il successivo adeguamento della normativa emergenziale, le compagnie aeree hanno perseverato nelle loro condotte illecite. Da ultimo, l'AGCM ha irrogato sanzioni a Ryanair (4,2 milioni), Easyjet (2,8 milioni) e Volotea (1,4 milioni) per pratiche commerciali scorrette connesse al mancato rimborso dei biglietti e al rilascio di voucher per voli cancellati dopo giugno 2020, dunque quando le limitazioni agli spostamenti erano in gran parte terminate. L'Autorità ha altresí rilevato che le compagnie hanno: i) ostacolato il riconoscimento del rimborso monetario (ad esempio, istituendo call center a pagamento o con lunghi tempi di attesa); ii) imposto la riprogrammazione del volo; iii) negato il rimborso dei voucher alla loro scadenza oppure non previsto una loro scadenza di almeno 18 mesi[23].

Stante il quadro legislativo e regolamentare sopra tratteggiato, è possibile immaginare tre scenari che coinvolgono il passeggero aereo ai tempi del Covid-19.

IV. I TRE SCENARI DETERMINATI DAL COVID-19 IN RELAZIONE AI CONTRATTI DI TRASPORTO AEREO.

Il primo è costituito dal passeggero che volontariamente decide di annullare il viaggio per cause connesse al Covid-19. Qui, è possibile registrare un approccio differenziato tra la normativa europea e quella interna, in quanto nel Regolamento non sussiste, per questa ipotesi, diritto al rimborso del biglietto, né al risarcimento del danno, dal momento che per «cancellazione del volo» si intende la «mancata effettuazione di un volo originariamente previsto e sul quale sia stato prenotato almeno un posto» (art. 2(l)). Per contro, la disciplina italiana appare senz'altro piú *pro-passenger*, riconoscendo ai passeggeri che si trovino in determinate situazioni connesse al Covid-19 (quarantena o permanenza domiciliare fiduciaria con

di rimborso e offerte di voucher, avrebbe tutelato i diritti dei consumatori disapplicando la normativa interna contrastante. Il testo del provvedimento può essere consultato in https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/ST23_segnalazione.pdf.

22 Raccomandazione (UE) 2020/648 della Commissione del 13 maggio 2020 relativa ai buoni offerti a passeggeri e viaggiatori come alternativa al rimborso per pacchetti turistici e servizi di trasporto annullati nel contesto della pandemia di Covid-19, in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32020H0648&from=IT.

23 I tre provvedimenti sanzionatori possono essere consultati in https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2021/5/PS11865-PS11830-PS11821-.

sorveglianza attiva da parte delle autorità sanitarie, provvedimenti di divieto di allontanamento, o che comunque abbiano programmato viaggi in aree interessate dal contagio), un diritto di recesso dal contratto di trasporto, con conseguente rimborso del biglietto o voucher (art. 88 *bis*)[24].

Piú problematico è sicuramente lo scenario in cui il volo sia cancellato dalla compagnia a causa di provvedimenti restrittivi adottati dalle autorità pubbliche per contenere il contagio dal Covid-19. Potrebbe discutersi se questa ipotesi integri le «circostanze eccezionali» che consentono alla compagnia di non risarcire il danno. Le statistiche danno contezza dell'importanza della nozione di «circostanze eccezionali», che rappresenta il 30% del contenzioso sul Regolamento ed impegna oltre il 70% delle risorse delle autorità nazionali[25].

L'assenza di una definizione legislativa dettagliata ha dato luogo ad una varietà di interpretazioni contrastanti negli Stati membri[26] e a proposte di modificare il Regolamento per includervi un elenco di circostanze eccezionali[27]. L'art. 5(3) del Regolamento si limita a richiedere che deve trattarsi di circostanze eccezionali «che non si sarebbero comunque potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso». Da questo punto di vista, è difficilmente dubitabile che le compagnie abbiano subìto il processo decisionale delle autorità pubbliche nell'imporre divieti e restrizioni a livello globale per molte settimane. Nient'altro è aggiunto nel testo del Regolamento, in particolare quanto all'imprevedibilità delle circostanze eccezionali. E tuttavia, le compagnie hanno talvolta cercato di difendersi allegando che l'evento che ha portato alla cancellazione del volo fosse imprevedibile[28]. Seguendo questa linea ermeneutica, l'epidemia da Covid-19 potrebbe esonerare la compagnia dall'obbligo risarcitorio: non è certo questa la prima epidemia che abbia mai interessato il trasporto aereo (si pensi all'epidemia di Sars nel 2002-2004 o di Mers nel 2012), sí da non potersi dire del tutto imprevedibile come *evento*, ma non c'è dubbio che non possono dirsi prevedibili le

24 Negli Stati Uniti, invece, la proposta «*The Cash Refunds for Coronavirus Cancellations Act 2020*» (https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/6965?s=1&r=7), presentata al Congresso il 13 maggio 2020, la quale prevedeva il diritto al rimborso anche per voli cancellati dal passeggero, non è stata piú approvata.

25 Prassl, J.: "Exceptionally Unexceptional: C-257/14 Corina van der Lans v Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV and the end of Regulation 261/2004's Exceptional Circumstances Defence", *EuCML Journal of European and Consumer Market Law*, 2016, 3, pp. 136 ss., 136.

26 Bobek, M.: "Uniform Rights? The Nature of Regulations Revisited", in AA.VV.: *Air Passenger Rights. Ten Years On* (a cura di M. Bobek e J. Prassl), cit., pp. 343 ss., 344.

27 Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 261/2004, disponibile in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52013PC0130. Mette, tuttavia, in dubbio che questo approccio possa ridurre l'incertezza intorno al Regolamento e, in ultima istanza, il contenzioso: Prassl, J.: "Reforming Air Passenger Rights in the European Union", *Air & Space Law*, 2014, 39(1), pp. 59 ss., 74-75.

28 Cfr. le argomentazioni della difesa della compagnia aerea nel caso inglese *Jet2.com Limited* c. *Ronald Huzar* [2014] EWCA Civ 791 (§ 21 ss.). Sembra ragionare in termini di imprevedibilità dell'evento anche Corte giust., 11 giugno 2020, *LE* c. *Transportes Aéreos Portugueses SA*, ECLI:EU:C:2020:460, § 43, dove si è ritenuto che il ritardo causato dal comportamento indisciplinato di un passeggero non fosse risarcibile.

sue *conseguenze*, disastrose dal punto di vista umano, sociale ed economico[29]. Sia la Sars che la Mers hanno avuto un tasso di mortalità superiore, ma non si sono diffuse cosí rapidamente e capillarmente come il Covid-19, né hanno richiesto significative restrizioni del trasporto aereo[30].

Senonché, la Corte di Giustizia fa costante riferimento ad un duplice parametro: i) che l'evento non sia inerente al normale esercizio dell'attività del vettore; e ii) che sfugga al suo effettivo controllo[31]. In tal modo, la Corte sembra sganciare l'eccezionalità dell'evento esonerante dalla colpa della compagnia. Non basta, quindi, che l'evento sia imprevedibile e inevitabile per ritenere l'eccezione fondata; occorre che esso non sia inerente all'attività del vettore. Anche un evento imprevedibile e inevitabile potrebbe, pertanto, fondare la responsabilità della compagnia[32]. E tuttavia, non si vede come una pandemia che ha causato milioni di morti nel mondo, con danni alla salute spesso irreversibili per coloro che sono sopravvissuti, con costi sociali ed economici senza precedenti, possa integrare i pur oggettivi parametri di responsabilità delineati dalla Corte di Giustizia[33].

Affermare la responsabilità delle compagnie in questi casi creerebbe un eccesso di deterrenza (*overdeterrence*), e dunque l'astensione dall'esercizio di attività socialmente utili, e incrementerebbe il rischio di fallimento, con la conseguenza che i passeggeri potrebbero non ricevere nessun risarcimento, né tantomeno il rimborso del biglietto. Se escono dal mercato le compagnie che offrono tariffe piú competitive a fronte di servizi di qualità inferiore, a pagarne le conseguenze sarebbero soprattutto i consumatori con minori risorse. Per contro, è prospettabile che le compagnie che abbiano una situazione patrimoniale e finanziaria piú solida, e

29 Twigg-Flesner, C.: "A Comparative Perspective on Commercial Contracts and the Impact of COVID-19: Change of Circumstances, Force Majeure, or What?", in Pistor, K.: *Law in the Time of Covid-19*, Columbia Law School, New York, 2020, pp. 155 ss., 162 s.

30 Trimarchi, A., Harakas, A. e Lawson, R.: "The Potential for Exposure of Air Carriers to Passenger Liability in Respect of Covid-19", *Air & Space Law*, 2020, 45, pp. 143 ss., 146.

31 Da ultimo, cfr. Corte giust., 12 marzo 2020, *A* e *altri* c. *Finnair Oyj*, ECLI:EU:C:2020:204, dove si è escluso che un difetto tecnico potesse costituire circostanza eccezionale tale da esonerare la compagnia dall'obbligo risarcitorio; Corte giust., 26 giugno 2019, *André Moens* c. *Ryanair Ltd.*, ECLI:EU:C:2019:535, dove si è affermato che la presenza di benzina sulla pista costituisca circostanza eccezionale; Corte giust., 17 aprile 2018, *Helga Krüsemann* e *a.* c. *TUIfly GmbH*, ECLI:EU:C:2018:258, per la quale non costituisce circostanza eccezionale lo sciopero selvaggio dei dipendenti della compagnia. Cosí anche la Comunicazione della Commissione "Orientamenti interpretativi relativi ai regolamenti UE sui diritti dei passeggeri nel contesto dell'evolversi della situazione connessa al Covid-19 (2020/C 89 I/01)", in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52020XC0318%2804%29.

32 Argomenta in tale direzione anche il giudice inglese Elias LJ nel caso *Huzar*, cit., per il quale il criterio soggettivo della prevedibilità porrebbe «a critical question in many compensation claims and would potentially involve lengthy litigation with, no doubt, expert witnesses being called on each side» (§ 46). Secondo il giudice, inoltre, l'obiettivo del Regolamento sarebbe quello di «compensate passengers for inconvenience, as the recitals make clear, and it is far from self evident that this requires compensation to be limited to cases of fault» (§ 40).

33 Anche la Commissione ha notato che «laddove le autorità pubbliche adottino misure volte a contenere la pandemia di Covid-19, tali misure non siano, per loro natura e origine, inerenti al normale esercizio dell'attività dei vettori e sfuggano al loro effettivo controllo»: Comunicazione della Commissione "Orientamenti interpretativi relativi ai regolamenti UE sui diritti dei passeggeri nel contesto dell'evolversi della situazione connessa al Covid-19 (2020/C 89 I/01)", cit.

che riescano ad onorare gli obblighi di rimborso e risarcimento, finiscano, in ultima istanza, per traslare i relativi costi sul prezzo dei biglietti. Già in tempi normali, si è rilevato che le compagnie trasferiscono sui passeggeri il costo dell'osservanza del Regolamento e che la previsione di un diritto alla «compensazione pecuniaria» forfettaria, per quanto estremamente favorevole, ha in realtà un prezzo, che i passeggeri corrispondono senza esserne del tutto consapevoli[34]. Sí che, quella che appare essere una misura di massimizzazione della protezione del consumatore finisce per danneggiarlo[35].

Il terzo e ultimo scenario è quello post-pandemico, in cui la compagnia potrebbe cancellare il volo per cause diverse dai provvedimenti restrittivi delle autorità ma in qualche modo connesse alla pandemia. Ad esempio, il volo è cancellato in quanto, a séguito delle defezioni dei passeggeri, risulta pressoché vuoto oppure per carenza di personale, perché contagiato o timoroso del contagio; o ancóra, scoppia un focolare in una zona dove la salute del personale non potrebbe essere garantita[36]. A ben vedere, ipotesi come queste potrebbero integrare eccessiva onerosità piuttosto che impossibilità sopravvenuta. Peraltro, i margini di invocabilità dell'impossibilità della prestazione appaiono essersi assottigliati nella seconda fase della pandemia iniziata nell'autunno del 2020, stante l'intensità minore dei provvedimenti restrittivi[37].

Resta, però, che queste ipotesi sono le piú complesse, in quanto andrà valutato caso per caso se si tratti di cancellazioni dovute a circostanze che non sono inerenti al normale esercizio dell'attività di trasporto aereo e che sfuggono al controllo della compagnia. Andrà accertato con particolare rigore il nesso causale tra le circostanze eccezionali e la cancellazione, e cioè che la compagnia non avrebbe potuto evitarla pur adottando tutte le misure del caso, e il relativo onere è a carico della compagnia.

Se la spettanza del risarcimento va esclusa nello scenario pandemico (ed eventualmente anche in quello post-pandemico), in ogni caso al passeggero spetterebbe il diritto al rimborso del biglietto, che, tuttavia, può mettere in seria difficoltà le compagnie aeree. Nel quadro normativo attuale, il rimborso può avvenire mediante voucher soltanto se c'è il consenso del passeggero.

34 Pazos, R.: "The Right to a Compensation in Case of Long Delay of Flights: A Proposal for a Future Reform", *European Review of Private Law*, 2019, 4, pp. 695 ss., 701.

35 Possono qui richiamarsi le parole di Bar-gill, O. e Ben-Shahar, O.: "Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law", *Common Market Law Review*, 2013, 50, pp. 109 ss., 113, secondo cui «all else equal, consumers are better off with more favourable provisions. But all else is not equal. Consumer protection comes at a price».

36 Gli esempi sono tratti da Erotokritou, C. e Grigorieff, C.-I.: "EU Regulation No 261/2004 on Air Passenger Rights", cit., p. 137.

37 Lo rileva Tuccari, E.: "La disciplina emergenziale dei contratti del settore turistico fra tutela dei viaggiatori, delle imprese e del paese", *Responsabilità civile e previdenza*, 2020, 6, pp. 1788 ss., 1802.

V. POSSIBILI RIMEDI ATTUALI E PROSPETTIVE DI RIFORMA.

Occorre, pertanto, interrogarsi sui possibili strumenti idonei a prevenire la crisi di liquidità e l'insolvenza a cui potrebbero andare incontro le compagnie nel gestione delle sopravvenienze da Covid-19 sui contratti di trasporto aereo. *De iure condito*, fermo il diritto del passeggero al rimborso, è possibile rendere i voucher più attrattivi, come suggerito dalla stessa Commissione[38], ad esempio prevedendo:

i) una validità temporale per un periodo di almeno 12 mesi, ma che il legislatore italiano ha portato a 24 mesi (art. 88 *bis* cit., come modificato dal d.l. n. 41/2021, c.d. «Sostegni»), con rimborso automatico se il voucher non è utilizzato;

ii) se il voucher ha una durata superiore a 12 mesi (es. 24 mesi), il passeggero dovrebbe avere il diritto di chiederne la conversione in denaro decorsi i 12 mesi;

iii) a discrezione della compagnia, il voucher potrebbe essere riscattato anche prima del decorso dei 12 mesi;

iv) il voucher dovrebbe essere trasferibile a terzi, senza costi aggiuntivi;

v) il voucher potrebbe essere emesso per un importo superiore al prezzo del biglietto cancellato;

vi) per l'ipotesi in cui la compagnia versi in stato di insolvenza, si dovrebbe prevedere una garanzia pubblica.

L'art. 88 *bis* cit. non prevede le clausole di cui ai nn. iii); iv); v), ma nulla osta ad una loro previsione con la precipua finalità di indurre i passeggeri all'accettazione dei voucher. Per contro, è stato istituito un fondo presso il Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo, con una dotazione di 5 milioni di euro per l'anno 2020 e 1 milione di euro per l'anno 2021, a garanzia dei voucher non utilizzati e non rimborsati a causa dell'insolvenza o del fallimento del vettore (art. 88 *bis*, comma 12 *ter*).

Rendendo i voucher piú attrattivi si riduce ma non si elimina il problema portato alla luce dalla pandemia, giacché, in caso di cancellazione del volo, rimarrebbe l'inderogabilità della risoluzione del contratto con conseguente obbligo di rimborso a carico della compagnia. Il rimedio ablativo si è, tuttavia, rivelato inadeguato perché espone le compagnie al rischio di fallimento. Si dovrebbe, allora, spostare l'attenzione su un rimedio di tipo conservativo, nella specie di una rinegoziazione del contratto di trasporto aereo per rispondere adeguatamente

38 Raccomandazione (UE) 2020/648 della Commissione del 13 maggio 2020, cit.

all'impatto che su di esso ha avuto la pandemia sia dal lato dei passeggeri che dal lato delle compagnie.

La soluzione, proposta da alcuni, sarebbe l'imposizione di un obbligo di rinegoziare i contratti le cui prestazioni siano divenute impossibili o eccessivamente onerose a causa della pandemia che, negli ordinamenti continentali, potrebbe fondarsi sulla clausola generale di buona fede o sui doveri di solidarietà costituzionale, volto a conservare il rapporto a fronte di cambiamenti indotti da circostanze sopravvenute[39]. Nella stessa direzione, il Principio n. 13 degli «ELI Principles for the Covid-19 Crisis» prevede testualmente che «Where, as a consequence of the COVID-19 crisis and the measures taken during the pandemic, performance has become excessively difficult (hardship principle), including where the cost of performance has risen significantly, States should ensure that, in accordance with the principle of good faith, parties enter into renegotiations even if this has not been provided for in a contract or in existing legislation»[40].

Tuttavia, una generalizzazione dell'obbligo di rinegoziare tutti i contratti il cui equilibrio sinallagmatico sia compromesso dalla pandemia non appare condivisibile, atteso che non sempre persiste tra le parti quel rapporto di fiducia e cooperazione, che è alla base non solo dell'adattamento del contratto ma anche del suo concreto funzionamento successivo[41]. Inoltre, il contraente debole, la cui posizione sarebbe tutelata da un obbligo di rinegoziazione, andrebbe sempre individuato in concreto, sulla base di un bilanciamento degli interessi in gioco[42]. Si faccia l'esempio di un contratto di locazione. Sarebbe errato ritenere che il conduttore sia sempre la parte debole, da proteggere attraverso l'imposizione di una rinegoziazione del canone. Quando la locazione è di «sussistenza» e il locatore non ha altre fonti di guadagno rispetto al canone percepito, una rimodulazione del canone sarebbe contraria ai suoi interessi, senza dubbio meritevoli di tutela. In queste ipotesi, sarebbe piú ragionevole che lo Stato si faccia carico delle difficoltà in cui sono incorsi molti conduttori nel continuare a corrispondere con regolarità i canoni.

39 Ragiona in questi termini Macario, F.: *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996, *passim*; posizione di recente ribadita in Id.: "Per un diritto dei contratti piú solidale in epoca di coronavirus", editoriale del 17 marzo 2020, *giustiziacivile.com*, 2020, n. 3. Ma *vid.* anche, con diverse argomentazioni, Patti, F.P.: "Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, p. 117 ss.; Maffeis, D.: "Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19", editoriale del 10 aprile 2020, *giustiziacivile.com*, 2020, n. 4; Benedetti, A.M. e Natoli, R.: "Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito", *dirittobancario.it*, 25 marzo 2020. Nella letteratura tedesca antecedente alla pandemia cfr. Horn, N.: "Die Anpassung langfristiger Verträge im internationalen Wirtschaftsverkehr", in Aa.Vv.: *Die Anpassung langfristiger Verträge*, Hermann Luchterhand Verlag, Frankfurt am Main, 1984, p. 9 ss.; Id.: "Neuverhandlungspflicht", *Archiv für die civilistische Praxis*, 1981, p. 255 ss.; Hartkamp, A.S.: "Einführung in das neue Niederländische Schuldrecht, I. Rechtsgeschäfte und Verträge", *Archiv für die civilistiche Praxis*, 1991, p. 396 ss.

40 Consultabili in https://www.europeanlawinstitute.eu/about-eli/covid-19-principles/.

41 Benatti, F.: "Contratto e covid-19: possibili scenari", *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 2020, 2, pp. 199 ss., 207.

42 Federico, A.: "Misure di contenimento della pandemia e rapporti contrattuali", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 12 *bis*, pp. 236 ss., 242; Cipriani, N.: "L'impatto del *lockdown* da COVID-19 sui contratti", *Rivista di diritto bancario*, 2020, 4, pp. 651 ss., 663.

Neanche il contratto di trasporto aereo può sfuggire al necessario bilanciamento degli interessi, e la prevalenza di un interesse rispetto all'altro può concorrere ad individuare il miglior rimedio per gestire le sopravvenienze contrattuali. Fondare un rimedio di tipo demolitivo (cioè, la risoluzione del contratto con conseguente diritto al rimborso) sull'assunto che il passeggero sia la parte debole del rapporto contrattuale[43] e che la protezione del consumatore debba essere massimizzata, è una facile conclusione, perché tale rimedio, nel caso concreto, potrebbe compromettere proprio gli interessi del passeggero. Come è stato giustamente osservato, la protezione del consumatore (o, per quanto qui interessa, del passeggero) non deve mai essere un obiettivo in sé ma un mezzo per raggiungere il suo benessere[44]. Dovrebbe essere, dunque, il benessere dei passeggeri e non la loro protezione, l'obiettivo della regolamentazione europea del trasporto aereo.

In realtà, i diritti dei passeggeri devono essere bilanciati con la libertà economica delle compagnie aeree. Può discutersi che quest'ultima costituisca un «diritto fondamentale»[45], ma è indubitabile che essa includa anche la libertà di operare in condizioni di mercato che non portino all'insolvenza, cioè la libertà di *non* fallire[46]. Il bilanciamento non deve necessariamente risolversi ai danni della compagnia neanche attraverso l'argomento, tratto dall'analisi economica del diritto, che le sopravvenienze contrattuali debbano essere a carico del soggetto che meglio può sopportarne il rischio («*better risk bearer*»), in quanto può prevederlo, prevenirlo o assicurarsi contro di esso[47]. Siamo davvero certi che la compagnia sia la parte contrattuale che meglio poteva prevedere la pandemia da Covid-19, assicurarsi o adottare misure preventive?

43 Karsten, J.: "Passengers, Consumers, and Travelers: The Rise of Passenger Rights in EC Transport Law and Its Repercussions for Community Consumer Law and Policy", *Journal of Consumer Policy*, 2007, 30, pp. 117 ss., 121 ss.

44 «People do not want protection, they want to be better off. That being so, the commitment to ensure protection, to consumers or passengers, seems misguided. Welfare should be the real goal»: Pazos, R.: "The Right to a Compensation in Case of Long Delay of Flights: A Proposal for a Future Reform", cit., p. 706. L'A. ritiene questo diverso approccio non incompatibile con il diritto europeo, atteso che l'art. 3(1) del Trattato sull'Unione Europea indica che l'Unione si prefigge, tra l'altro, di promuovere «il benessere dei suoi popoli» e l'art. 169(1) del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea fa riferimento alla promozione degli «interessi» dei consumatori.

45 Nel senso che la libertà di impresa, di cui all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, costituisca un «diritto fondamentale»: Corte giust., 18 luglio 2013, *Mark Alemo-Herron* e *altri* c. *Parkwood Leisure Ltd*, ECLI:EU:C:2013:521. Per una annotazione critica *vid.* Weatherhill, S.: "Use and Abuse of the EU's Charter of Fundamental Rights: On the Improper Veneration of 'Freedom of Contract'", *European Review of Contract Law*, 2014, 10(1), p. 167 ss.

46 Seppur con riferimento all'eruzione del vulcano islandese, avverte l'esigenza di tutelare gli interessi delle compagnie Abeyratne, R.: "Responsibility and Liability Aspects of the Icelandic Volcanic Eruption", *Air & Space Law*, 2010, pp. 281 ss., 291.

47 Si vedano, in particolare, Posner, R.A. e Rosenfield, A.M.: "Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis", *The Journal of Legal Studies*, 1977, 6(1), p. 83 ss. Ritiene, tuttavia, che l'analisi economica del diritto non è «so helpful in explaining the doctrine of impossibility», sul rilievo che la maggior parte dei rischi che determina impossibilità della prestazione non siano né prevedibili né assicurabili, Gordley, J.: "Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances", *American Journal of Comparative Law*, 2004, 52, pp. 513 ss., 524.

È evidente che il miglior bilanciamento sarebbe quello che le parti stesse farebbero. Ma una rinegoziazione volontaria del contratto di trasporto potrebbe avere costi transattivi elevati (perché le compagnie dovrebbero predisporre uffici appositi per gestire tutte le pratiche), tempi lunghi o un esito comunque negativo. Senonché, in difetto di un accordo, il punto di bilanciamento potrebbe rinvenirsi nell'attribuzione di uno *ius variandi* alla compagnia, purché ragionevole, in presenza di circostanze eccezionali che rendano impossibile o eccessivamente oneroso il viaggio. Il Regolamento andrebbe modificato per includervi una forma di rinegoziazione non soltanto unilaterale ma anche obbligatoria, in quanto potrebbe concretizzarsi nell'emissione di un voucher che il passeggero non potrebbe rifiutare ove sia dotato di un contenuto ragionevole, come sopra tratteggiato[48].

I vantaggi di questa soluzione "conservativa" sono indiscutibili non soltanto per le compagnie aeree, che possono cosí preservare la loro liquidità in un momento critico e ridurre il rischio di un'insolvenza che danneggerebbe gli stessi passeggeri perché le compagnie non potrebbero onorare le loro obbligazioni, ma soprattutto per i passeggeri medesimi, che possono cosí avvantaggiarsi di un mercato del trasporto aereo piú concorrenziale, perché un maggior numero di operatori, compresi quelli di dimensioni piú piccole, verrebbe salvato dal fallimento e posto nelle condizioni per continuare ad offrire tariffe competitive[49]. In tal modo, la libertà di impresa e la concorrenza verrebbero tutelate non in sé, ma per quel valore sociale che di cui effettivamente devono essere portatrici[50].

48 Valorizzano l'impiego dei voucher in periodo emergenziale, come strumento di «socializzazione» dei costi delle misure di contenimento del contagio: Tuccari, E.: "La disciplina emergenziale dei contratti del settore turistico fra tutela dei viaggiatori, delle imprese e del paese", cit., p. 1797, nonché Irti, C.: ""Contratti di soggiorno" e Covid-19. Parte prima. Nel periodo emergenziale", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 12 *bis*, p. 458 ss.

49 Osservano efficacemente Erotokritou, C. e Grigorieff, C.-I.: "EU Regulation No 261/2004 on Air Passenger Rights", cit., p. 140 s., che «while passengers must be protected, they must have the opportunity to travel in a competitive environment where airlines bankruptcies should not be caused by unbalanced rights and duties».

50 Corte giust., 13 gennaio 2013, *Denise McDonagh* c. *Ryanair Ltd*., cit., ha affermato che «la libertà d'impresa e il diritto di proprietà non risultano essere prerogative assolute, ma vanno considerati in relazione alla loro funzione nella società» (§ 60). La Corte ha, pertanto, disatteso la difesa di Ryanair, secondo cui l'obbligo di prestare assistenza ai passeggeri gravante sui vettori aerei in casi di cancellazione o ritardo del volo per circostanze eccezionali avrebbe l'effetto «di privare questi ultimi di una parte dei proventi del loro lavoro e degli investimenti da essi effettuati» (§ 59). Nel senso che la libertà di impresa non è in sé un diritto fondamentale, ma è funzionale ad altri obiettivi, di natura economica e non: M. Libertini, M.: "A "Highly Competitive Social Market Economy" as a Founding Element of the European Economic Constitution", *Concorrenza e mercato*, 2011, II, p. 491 ss.

BIBLIOGRAFIA

Abeyratne, R.: "Responsibility and Liability Aspects of the Icelandic Volcanic Eruption", *Air & Space Law*, 2010, p. 281 ss.

Arnold, K. e Mendes de Leon, P.: "EU Air Passenger Rights: Assessment of the Proposal of the European Commission for the Amendment of Regulation (EC) 261/2004 and of Regulation (EC) 2027/97", *Air and Space Law*, 2010, 35(2), p. 91 ss.

Arnold, K.: "EU Air Passenger Rights: Assessment of the Proposal of the European Commission for the Amendment of Regulation (EC) 261/2004 and of Regulation (EC) 2027/97", *Air and Space Law*, 2013, 38(6), p. 403 ss.

Bar-gill, O. e Ben-Shahar, O.: "Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law", *Common Market Law Review*, 2013, 50, p. 109 ss.

Bech Serrat, J.M.: "Consumer Travel Law", in AA.VV.: *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law* (a cura di C. Twigg-Flesner), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016, p. 360 ss.

Benatti, F.: "Contratto e covid-19: possibili scenari", *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 2020, 2, p. 199 ss.

Benedetti, A.M. e Natoli, R.: "Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito", *dirittobancario.it*, 25 marzo 2020

Benyon, F.: "Regulation 261: The Passenger Framework", in AA.VV.: *Air Passenger Rights. Ten Years On* (a cura di M. Bobek e J. Prassl), Bloomsbury, Oxford, 2016, p. 47 ss.

Bobek, M.: "Uniform Rights? The Nature of Regulations Revisited", in AA.VV.: *Air Passenger Rights. Ten Years On* (a cura di M. Bobek e J. Prassl), Bloomsbury, Oxford, 2016, p. 343 ss.

Calabresi, G.: *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, trad. it. a cura di A. De Vita, V. Varano e V. Vigoriti, Giuffrè, Milano, 2015

Cipriani, N.: "L'impatto del *lockdown* da COVID-19 sui contratti", *Rivista di diritto bancario*, 2020, 4, p. 651 ss.

Correia, V., "Air Passengers' Rights "Extraordinary Circumstances," and General Principles of EU Law: Some Comments After the *McDonagh* Case", *Issues in Aviation Law and Policy*, 2014, 13(2), p. 245 ss.

Erotokritou, C. e Grigorieff, C.-I.: "EU Regulation No 261/2004 on Air Passenger Rights: The Impact of the COVID-19 on Flight Cancellation and the Concept of Extraordinary Circumstances", *Air & Space Law*, 2020, 45, p. 123 ss.

Federico, A.: "Misure di contenimento della pandemia e rapporti contrattuali", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 12 *bis*, p. 236 ss.

Garben, S.: "The Turbulent Life of Regulation 261: Continuing Controversies Surrounding EU Air Passenger Rights", in AA.VV.: *Air Passenger Rights. Ten Years On* (a cura di M. Bobek e J. Prassl), Bloomsbury, Oxford, 2016, p. 259 ss.

Giesberts, L. e Kleve, G.: "Compensation for Passengers in the Event of Flight Delays", *Air and Space Law*, 2010, 35(4/5), p. 293 ss.

Gordley, J.: "Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances", *American Journal of Comparative Law*, 2004, 52, p. 513 ss.

Haanappel, P.P.C.: "Compensation for Denied Boarding, Flight Delays and Cancellations Revisited", *Zeitschrift für Luft-und Weltraumrecht*, 2013, 62, p. 38 ss.

Hartkamp, A.S.: "Einführung in das neue Niederländische Schuldrecht, I. Rechtsgeschäfte und Verträge", *Archiv für die civilistiche Praxis*, 1991, p. 396 ss.

Horn N.: "Neuverhandlungspflicht", *Archiv für die civilistische Praxis*, 1981, p. 255 ss.

Horn, N.: "Die Anpassung langfristiger Verträge im internationalen Wirtschaftsverkehr", in Aa.Vv.: *Die Anpassung langfristiger Verträge*, Hermann Luchterhand Verlag, Frankfurt am Main, 1984, p. 9 ss.

Huttunen, M.: "The Development of the Air Transport Policy of the European Union from the Point of View of the Consumer: From the Creation of the Internal Market to the Regulation of Consumer Rights Proper", in Benyon, F.S.: *Services and the EU Citizen*, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 9 ss.

Irti, C.: " "Contratti di soggiorno" e Covid-19. Parte prima. Nel periodo emergenziale", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 12 *bis*, p. 458 ss.

Karsten, J.: "Passengers, Consumers, and Travelers: The Rise of Passenger Rights in EC Transport Law and Its Repercussions for Community Consumer Law and Policy", *Journal of Consumer Policy*, 2007, 30, p. 117 ss.

Luzak, J.: "European Private Law: Up in the Air?", in AA.VV.: *Air Passenger Rights. Ten Years On* (a cura di M. Bobek e J. Prassl), Bloomsbury, Oxford, 2016, p. 295 ss.

M. Libertini, M.: "A "Highly Competitive Social Market Economy" as a Founding Element of the European Economic Constitution", *Concorrenza e mercato*, 2011, II, p. 491 ss.

Macario, F.: *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996

Maffeis, D.: "Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19", editoriale del 10 aprile 2020, *giustiziacivile.com*, 2020, n. 4

Malenovský, J.: "Regulation 261: Three Major Issues in the Case Law of the Court of Justice of the EU", in AA.VV.: *Air Passenger Rights. Ten Years On* (a cura di M. Bobek e J. Prassl), Bloomsbury, Oxford, 2016, p. 25 ss.

O'Reilly, D. e Stone Sweet, A.: "The Liberalization and Reregulation of Air Transport", *Journal of European Public Policy*, 1998, 5, p. 447 ss.

Patti, F.P.: "Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, p. 117 ss.

Pazos, R.: "The Right to a Compensation in Case of Long Delay of Flights: A Proposal for a Future Reform", *European Review of Private Law*, 2019, 4, p. 695 ss.

Posner, R.A. e Rosenfield, A.M.: "Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis", *The Journal of Legal Studies*, 1977, 6(1), p. 83 ss.

Prassl, J.: "Exceptionally Unexceptional: C-257/14 Corina van der Lans v Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV and the end of Regulation 261/2004's Exceptional Circumstances Defence", *EuCML Journal of European and Consumer Market Law*, 2016, 3, p. 136 ss.

Prassl, J.: "Reforming Air Passenger Rights in the European Union", *Air & Space Law*, 2014, 39(1), p. 59 ss.

Prassl, J.: "The European Union and the Montreal Convention: A New Analytical Framework", *Issues in Aviation Law and Policy*, 2013, 12(3), p. 381 ss.

Trimarchi, A., Harakas, A. e Lawson, R.: "The Potential for Exposure of Air Carriers to Passenger Liability in Respect of Covid-19", *Air & Space Law*, 2020, 45, p. 143 ss.

Tuccari, E.: "La disciplina emergenziale dei contratti del settore turistico fra tutela dei viaggiatori, delle imprese e del paese", *Responsabilità civile e previdenza*, 2020, 6, p. 1788 ss.

Twigg-Flesner, C.: "A Comparative Perspective on Commercial Contracts and the Impact of COVID-19: Change of Circumstances, Force Majeure, or What?", in Pistor, K.: *Law in the Time of Covid-19*, Columbia Law School, New York, 2020, p. 155 ss.

Van Dam, C.: "Air Passenger Rights after *Sturgeon*", *Air and Space Law*, 2011, 36(4/5), p. 259 ss.

Weatherhill, S.: "Use and Abuse of the EU's Charter of Fundamental Rights: On the Improper Veneration of 'Freedom of Contract' ", *European Review of Contract Law*, 2014, 10(1), p. 167 ss.

L'EVOLUZIONE DEL FORMALISMO NEGOZIALE NEI CONTRATTI BANCARI E FINANZIARI

THE EVOLUTION OF NEGOTIAL FORMALISM IN BANKING AND FINANCIAL CONTRACTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 828-853

Giovanni BERTI
DE MARINIS

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Il lavoro traccia le principali linee evolutive in tema di forma dei contratti bancari e finanziari, concentrandosi sui più recenti orientamenti della Corte di cassazione italiana. Si evidenzia, quindi, un progressivo cambio di atteggiamento della giurisprudenza volto a mitigare la rigidità dei vincoli formali interpretandoli in chiave funzionale.

PALABRAS CLAVE: Forma dei contratti; Evoluzione del formalismo; Contratti bancari; Contratti finanziari; Contratto monofirma.

ABSTRACT: *The work traces the main evolutionary lines in terms of the form of banking and financial contracts, focusing on the most recent judgements of the Italian Court of Cassation. The paper highlights the progressive change of attitude of the italian Courts aimed at mitigating the rigidity of formal constraints by interpreting them in a functional key.*

KEY WORDS: *Form of contracts; Evolution of formalism; Banking contracts; Financial contracts; Single-signature contract.*

SUMARIO.- I. IL NEOFORMALISMO CONTRATTUALE.– II. IL NEOFORMALISMO NEI CONTRATTI BANCARI E FINANZIARI: LE PROBLEMATICHE CONNESSE ALLA VALIDITÀ DEI C.DD. CONTRATTI MONOFIRMA.– III. EVOLUZIONE DEL VINCOLO FORMALE DA ELEMENTO DI STRUTTURA DEL CONTRATTO A STRUMENTO ATTO A PROCEDIMENTALIZZARE LA CONCLUSIONE DEI CONTRATTI BANCARI E FINANZIARI.– IV. SPUNTI DI RIFLESSIONE SULLE DISPOSIZIONI EMERGENZIALI IN TEMA DI SOTTOSCRIZIONE SEMPLIFICATA DEI CONTRATTI BANCARI E FINANZIARI.

I. IL NEOFORMALISMO CONTRATTUALE.

Una delle problematiche piú attuali che sono emerse all'interno dell'ordinamento italiano - e che, come tale, ha suscitato grande interesse nei commentatori – attiene l'evoluzione normativa e giurisprudenziale riguardante i profili formali dell'autonomia negoziale[1]. Questa, infatti, viene sempre piú spesso assoggettata a vincoli di natura formale che, principalmente per effetto dello stimolo proveniente da parte della normativa di origine comunitaria[2], si colorano di finalità e funzioni

1 Chinè, G.: "Il diritto comunitario dei contratti", in *Il diritto privato dell'Unione europea* (a cura di A. Tizzano), I, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, XXVI, Giappichelli, Torino, 2006, p. 796; Morelato, E.: *Nuovi requisiti di forma nel contratto*, Cedam, Padova, 2006, p. 1; Salvestroni, U.: "Spunti sul vecchio e nuovo formalismo", in Aa. Vv.: *Studi in onore di Giorgio Cian*, II, Cedam, Padova, 2010, pp. 2255 ss.; Fazio, E.: *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 63 ss.; De Rosa, R.: *L'analisi funzionale della forma*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 99 ss.; Addis, F.: "«Neoformalismo» e tutela dell'imprenditore debole", in *Scritti in onore di Lelio Barbiera* (a cura di M. Pennasilico), Esi, Napoli, 2012, pp. 25 ss. In tal senso la dottrina ha notato un'evidente evoluzione del vincolo di forma soprattutto in merito alle funzioni che lo stesso sembra ormai essere orientato a realizzare: Perlingieri, P.: "La forma legale del licenziamento individuale come «garanzia»", *Rass. dir. civ.*, 1986, pp. 1069 ss.; Rizzo, V.: *Le «clausole abusive» nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Esi, Camerino-Napoli, 1994, p. 538; Amagliani, R.: *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Esi, Napoli, 1999, pp. 74 ss.; Valentino, D.: *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Esi, Camerino-Napoli, 1999, pp. 243 ss.; Febbrajo, T.: *L'informazione ingannevole nei contratti del consumatore*, Esi, Camerino-Napoli, 2006, pp. 65 ss.; Polidori, S.: "Riflessioni in tema di forma dell'appalto privato", *Rass. dir. civ.*, 2007, pp. 702 ss.; Landini, S.: *Formalità e procedimento contrattuale*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 113 ss.; Pagliantini, S.: "La forma nei principi acquis del diritto comunitario dei contratti: textform, forme di protezione e struttura del contratto", in *I «princípi» del diritto comunitario dei contratti* (a cura di G. De Cristofaro), Giappichelli, Torino, 2009, pp. 108 ss.; Modica, L.: "Formalismo negoziale e nullità: le aperture delle Corti di merito", *Contr. impr.*, 2011, pp. 16 ss. Per una ricostruzione storica dell'evoluzione dei vincoli formali e della loro portata, si rinvia a Siniscalchi, A.M.: "Solemnitates e probationes all'alba della prima codificazione italiana", *Riv. dir. civ.*, 2005, I, pp. 378 ss.

2 Nonostante la normativa comunitaria abbia dato un deciso contributo all'introduzione di vincoli formali, non può tacersi l'autonoma attenzione riservata dal legislatore nazionale alla tematica delle forme negoziali. Si veda, ad esempio l'evoluzione che ha subíto, per esigenze evidentemente protettive, il contratto di locazione. In merito *vid.* Benincasa, M.: *Formalismo e contratto di locazione*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 122 ss.; Falabella, M.: "Locazione abitativa conclusa verbalmente e nullità dedotta dal locatore", *Giur. merito*, 2009, pp. 653 ss.; Piras, A.: "Locazione di immobili adibiti ad uso abitativo stipulata verbalmente e validità del contratto", *Riv. giur. sarda*, 2009, pp. 144 ss.; Scripelliti, N.: "Locazione di fatto e nullità per violazione di forma scritta", *Arch. loc. cond.*, 2010, pp. 630 ss.; Siniscalchi, A.M.: "La violazione dell'onere di forma nella locazione abitativa", *Obbl. contr.*, 2011, pp. 826 ss.; Treppaoli, M.: "La nullità per difetto di forma di un contratto di locazione abitativa a scopo transitorio", *Riv. giur. sarda*, 2011, pp. 132 ss.; Ferrara, F.: "Locazione abitativa e forma scritta", *Contratti*, 2016, pp. 468 ss.; Bellettato, S.: "Locazione abitativa e

• Giovanni Berti de Marinis
Professore Associato di Diritto dell'economia
Università degli Studi di Perugia
giovanni.bertidemarinis@unipg.it

nuove ed ulteriori rispetto a quelle che comunemente si assegnano alla forma del contratto[3].

La normale mutevolezza che caratterizza la disciplina dell'autonomia negoziale la quale, per ovvie ragioni, tende ad adattare il contratto alle sempre diverse esigenze socio-economiche che emergono in una certa epoca[4], sembra quindi contrassegnare anche l'elemento formale il quale si evolve di pari passo all'evoluzione della società[5].

Tale nuova tendenza ad imporre la necessaria formalizzazione dell'autonomia negoziale va inquadrata nel fenomeno che la dottrina ha definito con il termine di «neoformalismo» contrattuale[6] il quale riassume in sé tanto il proliferare quantitativo di vincoli formali quanto, soprattutto, la loro marcata funzionalizzazione quali strumenti di tutela del contraente debole[7]. Quando si parla di «neoformalismo»,

obblighi di forma", *Studium iuris*, 2016, pp. 207 s.; Laghi, P.: "Forma "ad essentiam" e nullità di protezione: declinazioni funzionali della forma nelle locazioni ad uso abitativo", *Contr. impr.*, 2017, pp. 256 ss.

3 Irti, N.: Idola libertatis, *Tre esercizi sul formalismo*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 28 ss.; Id.: *Studi sul formalismo negoziale*, Cedam, Padova, 1997, pp. 79 ss. Per qualche considerazione generale sulla rinnovata tendenza al formalismo, si veda anche Alpa, G.: "La rinascita del formalismo. Aspetti di diritto contrattuale", *Riv. dir. civ.*, 1984, I, pp. 461 ss.

4 La problematica rientra in quella, piú generale e articolata, che autorevole dottrina ha definito come «complessità dell'ordinamento». Si veda, in tal senso, Perlingieri, P.: *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Esi, Napoli, 1992, pp. 15 ss.; Id.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Esi, Napoli, 2006, pp. 180 s.

5 Si pensi, rimanendo nell'àmbito degli elementi essenziali del contratto, all'evoluzione subita dalla causa nelle riflessioni della dottrina e giurisprudenza interna che tende a valorizzarne la portata contrapposta all'altrettanto palese tendenza da parte della dottrina europea – chiaramente riscontrabile nelle varie elaborazioni di norme contrattuali comuni - ad eliminare tale elemento da quelli considerati essenziali per la valida conclusione di un contratto. Su tali problematiche, senza pretesa di esaustività, Gandolfi, G.: "Il progetto "pavese" di un codice europeo dei contratti", *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 465; Rascio, R.: "I principi di diritto europeo e la causa del contratto", *Eur. dir. priv.*, 2003, pp. 255 ss.; Ferri, G.B.: "Validità e patologie nel Code Européen des contrats", *ivi*, 2005, pp. 929 ss.; Sicchiero, G.: "Tramonto della causa del contratto?", in *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo* (a cura di G. Sicchiero), Cedam, Padova, 2005, pp. 1 ss.; Rolli, R.: *Causa in astratto e causa in concreto*, Cedam, Padova, 2008, pp. 109 ss.; Libertini, M.: "Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa", *Jus*, 2009, pp. 273 ss.; Laporta, U.: "La (salutare) nullità del contratto inutile", *Notariato*, 2010, pp. 48 ss.; Perlingieri, P.: "Diritto dei contratti e dei mercati", *Rass. dir. civ.*, 2011, pp. 898 s.

6 È il caso di segnalare come il termine «neoformalismo» riassuma in sé una molteplicità di vincoli – fra i quali la forma scritta del contratto, la necessaria formalizzazione delle informazioni precontrattuali e di quelle da fornire durante l'esecuzione del contratto, le formalità richieste per l'esercizio del diritto di recesso, i vincoli contenutistici riguardanti tanto il contratto quanto le informazioni, ecc.- che hanno in comune la finalità di procedimentalizzare l'autonomia negoziale al fine di tutelare il contraente svantaggiato. Su tale profilo, *vid.* Venosta, F.: *Tre studi sul contratto*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 94, ove afferma: «il formalismo diviene pretesa alla "oggettiva conformità" alle prescrizioni dell'ordinamento, quali che siano». Da ultimo, su tale fenomeno, *vid.* Tosi, E.: *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, Giuffrè, Milano, 2018, *passim*.

7 Tale irrigidimento formalista è stato notato, fra gli altri, da Rizzo, V.: "Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti", in *Studi in onore di Vincenzo Ernesto Cantelmo* (a cura di R. Favale e B. Marucci), Esi, Napoli, 2003, pp. 620 ss.; Jannarelli, A.: *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti fra imprese e fra imprese e consumatori*, in *Trattato di diritto privato europeo* (a cura di N. Lipari), III, Cedam, Padova, 2003, pp. 48 ss.; Marino, G.: "La forma del contratto fra codice civile e normativa comunitaria (seconda parte)", *Dir. form.*, 2003, p. 1775; Pagliantini, S.: "La forma del contratto, appunti per una voce", *Studi senesi*, CXVI, 2004, p. 116; Di Giovanni, F.: "La forma", in *I contratti in generale* (a cura di E. Gabrielli), II, in *Trattato dei contratti* (diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli), Utet, Torino, 2006, pp. 767 ss.; Breccia, U.: "La forma", in *Trattato del contratto* (a cura di V. Roppo), I, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 535 ss.; Venosta, F.: "Profili del neoformalismo negoziale: requisiti formali diversi dalla semplice scrittura", *Obbl. contr.*, 2008, pp. 872 ss.; Modica, L.: *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 119 ss.;

infatti, non si allude esclusivamente ai precetti che impongono la forma scritta per la conclusione del contratto[8] ma anche a tutti quei vincoli contenutistici, redazionali e lessicali che tanto nella fase contrattuale quanto in quella precontrattuale - pur con le peculiarità che caratterizzano il singolo elemento «neoformale» -, condividono la medesima finalità: rafforzare la tutela del contraente debole[9].

La disciplina dei contratti del consumatore[10], quella dei contratti del mercato finanziario[11] e dei contratti bancari[12] rappresentano, senza ombra di dubbio, evidenti profili di emersione di tale nuova accezione della forma del contratto.

Criscuolo, F.: *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Tratt. dir. civ. CNN* (diretto da P. Perlingieri), Esi, Napoli, 2008, pp. 221 ss. e spec. pp. 231 ss.

8 Per una distinzione fra forma e formalità dell'atto di autonomia, Landini, S.: *Formalità e procedimento contrattuale*, cit., pp. 25 ss.

9 Sul punto *vid.* Pagliantini, S.: "Art. 1350", in *Dei contratti in generale* (a cura di E. Navarretta e A. Orestano), II, in *Comm. cod. civ. Utet*, Utet, Torino, 2011, pp. 18 ss. Con diversità di opinione, cfr. Modica, L.: *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, cit., pp. 127 ss. e 251 ss.

10 A titolo meramente esemplificativo si vedano i contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento ripartito di beni immobili, artt. 69 ss. c. cons. (per come da ultimo modificati dal d.lg. 23 maggio 2011, n. 79 di recepimento della direttiva 2008/122/CE) la cui conclusione è assoggettata al vincolo di forma scritta sotto pena di nullità. Allo stesso modo, però, possono essere richiamati i contratti negoziati fuori dai locali commerciali, artt. 45 ss. c. cons.; i contratti a distanza, artt. 50 ss. c. cons.; i contratti di commercializzazione a distanza di servizi finanziari, artt. 67 *bis* ss. c. cons., i contratti rientranti nell'àmbito del commercio elettronico, art. 68 c. cons., i quali, pur non essendo assoggettati al vincolo della necessaria conclusione per iscritto, sono caratterizzati dalla previsione di ampi vincoli formali attinenti, ad esempio, le formalità imposte per le informazioni che il professionista deve dare al consumatore.

11 Art. 23 d.lg. 24 febbraio 1998, n. 58 (t.u.f.), e la normativa regolamentare di attuazione. Anche in questo caso, per alcuni riferimenti dottrinali che notano un ritorno al formalismo in tale àmbito, *vid*, fra gli altri, Lener, R.: "Dalla formazione alla forma dei contratti su valori mobiliari (prime note sul "neoformalismo" negoziale)", *Banca borsa tit. cred*., 1990, I, pp. 778 ss.; Di Majo, A.: "La correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare", *ivi*, 1993, I, p. 298; Costi, R: "Informazione e contratto nel mercato finanziario", *Riv. trim*., 1993, pp. 719 ss.; Buonocore, V.: "Contratti del consumatore e contratti d'impresa", *Riv. dir. civ*., 1995, I, pp. 1 ss.; Alpa, G.: "Decreto Eurosim: la tutela dei consumatori", *Soc*., 1996, pp. 1062 ss.; Rovito, V.: "Art. 23", in *Testo unico della finanza. Commentario* (a cura di G.F. Campobasso), I, Utet, Torino, 2002, p. 199; Miola, M.: "Art. 24", *ivi*, p. 216; Urbani, A.: "Forme di tutela del cliente", in *L'ordinamento finanziario italiano* (a cura di F. Capriglione), I, Cedam, Padova, 2005, pp. 316 ss.; Morlupo, P.: "La questione della forma dei servizi d'investimento", in *La tutela del consumatore dei servizi finanziari* (a cura di L. Di Nella), Esi, Napoli, 2007, pp. 87 ss.; Galgano, F.: *Trattato di diritto civile*, II, Cedam, Padova, 2009, p. 246; Baratella, M.G.: "La forma scritta e i c.d. contratti di intermediazione finanziaria nella ricostruzione giurisprudenziale", *Resp. civ.*, 2010, pp. 688 ss.; Bertolini, A.: "Problemi di forma e sanzioni di nullità nella disciplina a tutela dell'investitore. Perequazione informativa o opportunismo remediale?", *Resp. civ. prev.*, 2010, pp. 2336 ss. Sulle particolari tutele introdotte dalla direttiva MiFID, si rinvia a Capriglione, F.: *Intermediari finanziari, investitori, mercati. Il recepimento della MiFID. Profili sistematici*, Cedam, Padova, 2008, pp. 35 ss.; Pontiroli, L. e Duvia, P.: "Il formalismo nei contratti dell'intermediazione finanziaria ed il recepimento della MiFID", *Giur. comm*., 2008, I, pp. 151 ss. Per quanto concerne le problematiche della forma degli ordini di borsa si veda, fra gli altri, Sanzo, S.: "Evoluzione normativa in materia di forma degli ordini di borsa: le diverse fasi di un progressivo rigore a tutela dei "consumatori" e della trasparenza del mercato mobiliare", *Giur. it*., 1998, p. 302; Fiorio, P.: "Gli obblighi di comportamento degli intermediari al vaglio della giurisprudenza di merito", *ivi*, 2005, p. 765; Scoditti, E.: "Intermediazione finanziaria e formalismo protettivo", *Foro it*., 2009, cc. 190 ss. e, volendo, Berti de Marinis, G.: "Forma degli ordini e dovere di diligenza nel Testo Unico della Finanza", *Rass. giur. umbra*, 2009, pp. 1 ss.; Id.: "L'invalidità formale nei contratti di investimento", *Banca borsa tit. cred.*, 2013, II, pp. 37 ss.

12 Il riferimento è all'art. 117 d.lg. 1 settembre 1993, n. 385 (t.u.b.), e normativa regolamentare di attuazione. Copiosa è la bibliografia sul punto. Si veda, senza pretesa di esaustività, Nigro, A.: "La nuova normativa sulla trasparenza bancaria", *Dir. banca merc. fin*., 1993, p. 572; Giordano, U.M.: "La trasparenza nelle condizioni contrattuali nella nuova legge bancaria", *Riv. soc*., 1993, p. 1247; Fauceglia, G.: "La forma dei contratti relativi ad operazioni e servizi bancari e finanziari", *Riv. dir. comm*., 1994, I, p. 423; Majello, U.: "Art. 117", in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia* (a cura di F. Belli, G. Contento, A. Patroni Griffi, M. Porzio e V. Santoro), Zanichelli, Bologna, 2003, p. 1932 ss.; Messina, M.: *"Libertà di forma" e nuove forme negoziali*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 162 s.; Mazzini, F.: "Contratti bancari. Tutela del cliente",

Se come visto tale fenomeno non si limita alla sola normativa consumeristica, va segnalato che numerose risultano essere le ipotesi in cui anche contratti che devono essere necessariamente conclusi fra professionisti vengano assoggettati a vincoli formali in funzione del rilievo che anche al loro interno sia riscontrabile una posizione di debolezza di un imprenditore nei confronti dell'altro[13].

Tramontata la convinzione per cui soltanto il consumatore possa essere considerato contraente debole[14], non deve stupire che vincoli formali con evidenti finalità protettive vengano ad essere imposti anche nella disciplina dei contratti di subfornitura[15] e di *franchising*[16].

Dig. disc. priv., Sez. comm., agg. III, Utet, Torino, 2007, pp. 161 ss.; Callegari, M.: "Principi generali", in *Lezioni sui contratti bancari* (a cura di G. Cavalli e M. Callegari), Zanichelli, Bologna, 2008, pp. 45 ss.; Spena, A.: "Art. 117", in *Testo unico bancario* (a cura di M. Porzio, F. Belli, G. Losappio, M. Rispoli Farina e V. Santoro), Giuffrè, Milano, 2010, pp. 970 ss.; Bontempi, P.: "Forma e sostanza nei contratti bancari", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, pp. 292 ss.

13 Cfr. Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 51. Sulla non esclusività della qualificabiltà del consumatore quale unico soggetto debole, si veda, ancóra, Perlingieri, P.: "La tutela del "contraente debole" nelle negoziazioni immobiliari. Traccia di un possibile Convegno", *Rass. dir. civ.*, 2000, pp. 746 ss.; Id.: "La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam", in *Il diritto dei consumi* (a cura di P. Perlingieri e E. Caterini), I, Esi, Rende-Napoli, 2004, p. 13.

14 Rizzo, V.: *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Esi, Camerino-Napoli, 1983, pp. 103 ss. L'impostazione richiamata è frutto della radicata convinzione che quello di consumatore sia solo un aspetto della persona che non può essere scisso da quelle esigenze primarie delle quali ogni individuo è portatore e che impongono all'interprete di non arenarsi su definizioni prestabilite ma, piuttosto, di verificare le esigenze della persona alla luce dei princípi generali. In tal senso, Rizzo, V.: ""Indennizzo diretto" tra obiettivi condivisi, profili di criticità e proposte di riforma", *Rass. giur. umbra*, 2007, p. 442; Mezzasoma, L.: "Risarcimento diretto e rapporti con l'art. 2054 del codice civile", *ibidem*, p. 461; Mazzasette, F.: "La nozione di consumatore nel codice del consumo", in *Diritto dei consumi: realtà e prospettive* (a cura di G. Cavazzoni, L. Di Nella, L. Mezzasoma e V. Rizzo), Esi, Napoli, 2008, pp. 111 ss.; Id.: *Il codice del consumo tra diritto interno e diritto europeo*, Esi, Napoli, 2012, pp. 85 ss. La pluralità di «soggetti deboli» all'interno del nostro ordinamento è stata oggetto di attente riflessioni anche da parte di Marinelli, F.: "La tutela civile dei soggetti deboli", *Giust. civ.*, 1994, II, pp. 155 ss.

15 Art. 2, l. 18 giugno 1998, n. 192. In dottrina si rinvia a Ruffolo, U.: "Il contratto di subfornitura nelle attività produttive. Le nuove regole della legge 18 giugno 1998, n. 192: "correzione" della autonomia contrattuale a tutela del subfornitore come professionista debole?", *Resp. comun. impr.*, 1998, p. 406; Putti, P.M.: "Contratto di subfornitura: forma e contenuto", in *La subfornitura. Commento alla legge 18 giugno 1998, n. 192* (a cura di G. Alpa e A. Clarizia), Giuffrè, Milano, 1999, p. 75; Minervini, E.: "Le regole di trasparenza nel contratto di subfornitura", *Giur. comm.*, 2000, I, p. 116; Leccese, R.: "Subfornitura", *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, Agg. I, Utet, Torino, 2000, p. 753; Marino, G.: "La forma del contratto fra codice civile e normativa comunitaria (seconda parte)", cit., p. 1778; Mantucci, D.: *Profili del contratto di subfornitura*, Esi, Napoli, 2004, pp. 155 s.; Lombardi, O.: *Forma legale e tecniche formative del contratto. La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Esi, Napoli, 2005, pp. 63 s.; Graziani, B.: "Contratto di subfornitura: forma e contenuto", in *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive* (a cura di C. Berti e B. Graziani), Giuffrè, Milano, 2005, p. 52; Cagnasso, O. e Cottino, G.: *Contratti commerciali*, in *Tratt. dir. comm.* (diretto da G. Cottino), IX, Cedam, Padova, 2009, pp. 626 ss.; Renna, L.: "Subfornitura", *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg. VII, Utet, Torino, 2012, pp. 1021 ss.

16 In questo senso, *vid.* art. 3 l. 6 maggio 2004, n. 129. Per alcuni riferimenti dottrinali, si rinvia a Bortolotti, F.: "La nuova legge sul franchising, prime impressioni", *Contr. impr./Eur.*, 2004, p. 110; De Nova, G.: "La nuova legge sul franchising", *Contratti*, 2004, p. 763; Frignani, A.: *Franchising. La nuova legge*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 73; Quattrocchio, L.: "Forma e contenuto del contratto", in *Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale* (a cura di O. Cagnasso), Giappichelli, Torino, 2005, p. 98; Pandolfini, V.: "Gli obblighi informativi nella nuova legge sul franchising", *Contratti*, 2005, pp. 73 ss.; Viti, M.: "Il contratto di affiliazione commerciale (franchising)", in *Il diritto della distribuzione commerciale* (a cura di L. Di Nella, L. Mezzasoma e V. Rizzo), Esi, Napoli, 2008, pp. 548 s.; Fici, A.: "Il contratto di franchising", in *Commentario al codice civile* (diretto da E. Gabrielli), *Dei singoli contratti*, V, Utet, Torino, 2011, pp. 323 ss.; Sangiovanni, V.: "Contratto di affiliazione commerciale e doveri della parti", *Studium iuris*, 2011, pp. 393 ss. Rintracciano proprio nella debolezza contrattuale del *franchisee* l'esigenza di predisporre idonei strumenti di tutela Delli Priscoli, L.: *Franchising e tutela dell'affiliato*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 113; Vaccà, C.: "Franchising: una disciplina in cerca di identità", *Contratti*, 2004, p. 885. In generale sul tema, si veda Zanelli, E.: "Franchising", *Noviss. Dig. it*,

Un ritorno alla necessaria formalizzazione dei negozi[17] che, rallentando l'autonomia negoziale, si prefigge l'obiettivo di assottigliare l'intrinseco disequilibrio che caratterizza determinati rapporti contrattuali[18].

Emerge, dunque, l'attuale costante implementazione di vincoli formali in àmbiti prima lasciati alla totale libertà di forma. E non sembra assolutamente un caso che tale neoformalismo riguardi proprio quei settori economici ai quali partecipano soggetti professionali che manifestano uno spiccato interesse alla rapida conclusione del contratto. Ciò è dipeso dal fatto che la massificazione delle negoziazioni ha determinato l'instaurarsi di una profonda distanza fra contraenti imponendo, fra le altre cose, un ritorno alla forma (*rectius*: al formalismo) vòlto proprio ad indurre il contraente debole a non farsi risucchiare nel gorgo di negoziazioni non del tutto consapevoli[19]. Cambia quindi il ruolo assegnato all'elemento formale: non piú una forma equidistante ma una forma schierata dalla parte del contraente aderente. In una parola, una «forma di protezione»[20].

Va inoltre notato come, modernamente, i nuovi vincoli di forma si concentrano su negozi che hanno ad oggetto beni mobili e, soprattutto, servizi. Scompare quindi il costante parallelismo fra forma e trascrizione che lascia il passo a piú elaborate ricostruzioni che pongono in connessione il vincolo formale con le conseguenze rimediali derivanti dalla sua violazione. All'endiadi forma/trascrizione[21] si sostituisce quella forma/nullità (o, per meglio dire, forma di protezione/nullità di protezione) con tutte le difficoltà ermeneutiche che tale passaggio sta determinando.

Una forma che, come a breve si vedrà, appare sempre piú qualificabile quale ritorno ad un formalismo che fuoriesce dal contratto per abbracciare, di regola, l'intera negoziazione che appare costantemente scandita dalla previsione di oneri formali dal primo contatto fra i futuri contraenti fino alla conclusione dello stesso. La forma, cioè, è elemento percepibile all'interno dell'intero procedimento che porta due soggetti a vincolarsi reciprocamente attraverso un contratto.

app. III, Utet, Torino, 1982, pp. 884 ss.; Tonolo, S.: "Franchising internazionale", *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, agg. II, Utet, Torino, 2006, pp. 393 ss.; Cagnasso, O. e Cottino, G.: *Contratti commerciali*, cit., pp. 212 ss.

17 In tal senso Breccia, U.: *La forma*, cit., p. 536, ove nota: «che l'abbandono del formalismo abbia agevolato il commercio nel primato della buona fede e dell'equità è, fin dai tempi lontani, un fatto documentato, ma non rispecchia per intero le successive e diversificate tendenze di sviluppo dei mercati». Nello stesso senso M. Messina, *"Libertà di forma" e nuove forme negoziali*, cit., p. 112, la quale afferma: «si è pertanto osservato che il ritorno delle forme ha segnato un capovolgimento rispetto al *trend* introdotto dal diritto moderno che, sotto la spinta delle esigenze del commercio, aveva premuto per liberarsi di elementi di intralcio alla speditezza e la certezza dei traffici, tra i quali, in special modo, i rigori di tipo formale».

18 Morelato, E.: "Neoformalismo e trasparenza contrattuale", *Contr. impr.*, 2005, p. 597.

19 Cfr. Lener, R.: *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 4; Venosta, F.: *Tre studi sul contratto*, cit., p. 90.

20 Sul punto, Tucci, A.: "Conclusione del contratto e formalismo di protezione nei servizi di investimento", *Corr. giur.*, 2016, pp. 1117 ss.

21 Tale aspetto risulta evidente negli stessi lavori preparatori al Codice civile in relazione all'art. 1350 c.c.

Tutto ciò rende evidente come le peculiarità che caratterizzano l'elemento formale nell'attuale assetto ordinamentale non possano essere correttamente ricostruite senza dare primaria rilevanza alla rinnovata funzione assolta dal vincolo. La forma, cioè, è uno strumento necessario a perseguire un fine che ne condiziona profondamente la disciplina sia sostanziale che sanzionatoria[22].

II. IL NEOFORMALISMO NEI CONTRATTI BANCARI E FINANZIARI: LE PROBLEMATICHE CONNESSE ALLA VALIDITÀ DEI C.DD. CONTRATTI MONOFIRMA.

Volendo però circoscrivere l'attenzione al moderno atteggiarsi della forma all'interno dei contratti bancari e finanziari, va segnalato che tali riflessioni appassionano oggi gli studiosi del diritto civile sollecitati, in particolare, dal recente arresto delle Sezioni unite in tema di contratti di investimento c.dd. monofirma intendendo per tali quei negozi sui quali, in apparente contrasto con quanto disposto dall'art. 23 t.u.f.[23], figura esclusivamente la sottoscrizione del cliente e non quella dell'intermediario. Il contrasto giurisprudenziale sulla materia portato all'attenzione del supremo consesso[24], risolto poi nei medesimi termini che di seguito si vedranno anche in relazione ai vincoli formali che l'art. 117 t.u.b. impone per i contratti bancari[25], si compone, di fatto, in due distinti filoni. Il primo, di gran lunga maggioritario, aveva affermato la nullità dei contratti monofirma escludendo, di conseguenza, sia che tale carenza potesse essere sanata attraverso la dichiarazione del cliente di aver ricevuto una copia del contratto sottoscritta dal professionista, sia che potesse avere efficacia sanante la produzione in giudizio

22 Perlingieri, P.: *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Esi, Napoli, 1987, p. 45: «ogni come del diritto ha sempre un perché giuridicamente rilevante». *Vid*., di segno opposto, le considerazioni di Irti, N.: *Studi sul formalismo negoziale*, Cedam, Padova, 1997, pp. 88 s., il quale afferma: «lo scopo è stato valutato nella fase nomogenetica, e ora appare dimenticato e trasceso nella struttura dell'atto. "Che cosa è" non "perché è": conta ciò che è chiesto ("requisito"), non perché è chiesto».

23 La disposizione richiamata, nell'affermare che «I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori, sono redatti per iscritto [...] e un esemplare è consegnato ai clienti» e che la loro eventuale informalità è sanzionata con la nullità relativa, è stata interpretata da una parte della dottrina come una disposizione che non impone un vincolo di forma scritta *ad substantiam* da assolvere necessariamente nelle forme della scrittura privata. La norma introdurrebbe, sotto pena di nullità, un mero onere di documentazione. In questo senso sembra esprimersi, da ultimo, Pagliantini, S.: "Il contratto monofirma nella prospettiva dell'art. 1341 cod. civ.", *Nuova giur. civ. comm*., 2018, pp. 729 ss.

24 Si tratta dell'ordinanza di rimessione Cass., 27 aprile 2017, n. 10447, *Banca borsa tit. cred*., 2017, II, p. 535, con nota di Tucci, A.: "Una pura formalità. Dalla struttura alla funzione del neo-formalismo contrattuale" e con nota di Girolami, M.: "Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la parola alle Sezioni Unite". L'ordinanza è stata altresí pubblicata in *Contr*., 2017, p. 398 con nota di Maffeis, D.: "La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca". Va segnalato che tale ordinanza, non rimette alle Sezioni unite la questione sulla scorta di un contrasto giurisprudenziale di per sé inesistente, ma quale questione di massima importanza. In argomento *vid*., diffusamente, Pagliantini, S.: "Usi (e abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)", *Contr*., 2017, pp. 679 ss.; La Rocca, G.: "La "forma informativa" innanzi alle Sezioni unite", *Foro it*., 2017, cc. 2740 ss.

25 *Vid*, fin d'ora, Cass., 2 aprile 2021, n. 9196, *www.dejure.it*.

del contratto da parte dell'intermediario[26]. Il secondo, minoritario all'interno della giurisprudenza di legittimità[27] ma comunque presente nelle pronunce di merito[28], propendeva invece per qualificare come assolto il vincolo di forma con la sola sottoscrizione da parte del cliente evidenziando la natura meramente informativa del suddetto vincolo[29].

Le sezioni unite[30], affievolendo la rigidità del vincolo formale imposto dall'art. 23 t.u.f.[31], affermano la piena validità dei contratti monofirma e giungono a tale conclusione proprio valorizzando la funzione assolta dal vicolo di forma. Essendo questo individuato nell'esigenza di informare, afferma la Corte, nessun apporto funzionale può essere dato alla sottoscrizione del contratto da parte dell'intermediario ove lo stesso abbia consegnato una copia del negozio al cliente.

La sentenza è particolarmente controversa ma, a prescindere dalla correttezza o meno della soluzione, è innegabile una maggiore ed opportuna sensibilità della giurisprudenza verso l'esigenza di verificare il «perché» di un determinato vincolo formale al fine di individuare la sua disciplina sostanziale e sanzionatoria. Ma appare evidente, stando all'impostazione da ultimo assunta dalla Cassazione, come la forma di cui all'art. 23 t.u.f.- e connesse normative di settore – da forma del contratto si converte in un formalismo (redazione del contratto per iscritto, consegna dello stesso al cliente ed acquisizione della firma dello stesso)[32] fatto di

26 Fra le altre, Cass., 24 febbraio 2016, n. 3623; Cass., 24 marzo 2016, n. 5919; Cass., 11 aprile 2016, n. 7068; Cass., 27 aprile 2016, nn. 8395 e 8396; Cass., 19 maggio 2016, n. 10331 tutte in *www.dejure.it*. Con riferimento ai contratti bancari e, segnatamente, all'analogo vincolo formale stabilito dall'art. 117 del d.lg. 24 settembre 1993, n. 385, *vid.* Cass., 3 gennaio 2017, n. 36, *www.dejure.it*.

27 Si segnala, quale isolato precedenti, Cass., 22 marzo 2012, n. 4564, *www.djure.it*.

28 Con diversità di motivazione, *vid.* Trib. Roma, 4 febbraio 2011, *www.ilcaso.it*; Trib. Monza, 13 maggio 2013, *ivi*; Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2013, *Corr. giur.*, 2014, p. 63; Trib. Venezia, 8 luglio 2013, *Foro it.*, 2013, I, c. 3606; App. Venezia, 28 luglio 2015, *Foro pad.*, 2016, p.202, con nota di Di Miele, C.: "Il ruolo della forma nei contratti di intermediazione finanziaria nel caso di carenza di sottoscrizione"; App. Napoli, 28 dicembre 2016, *www.dejure.it*.

29 Ricostruisce lo stato della dottrina e della giurisprudenza sul punto, Ghionni Crivelli Visconti, P.: "La nullità dei contratti bancari e dei servizi di investimento privi di sottoscrizione dell'intermediario", *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 165 ss.

30 Cass. Sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898, *Banca borsa tit. cred.*, 2018, p. 275 con nota di Mirone, A.: "Le Sezioni Unite e il contratto c.d. monofirma", e di Chiarella, M.L.: "Le Sezioni Unite e l'assenza della forma nei contratti-quadro d'investimento". Senza pretesa di esaustività, *vid.* su tale pronuncia, D'Amico, G.: "La "forma" del contratto quadro ex art. 23 t.u.f. non è prescritta ad substantiam actus", *Contr.*, 2018, pp. 138 ss.; Pagliantini, S.: "Forma e modalità di un'informazione materializzata? Le SS. UU. Ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 t.u.f.", *ibidem*, p. 143 ss. In senso analogo, Cass., Sez. un., 23gennaio 2018, n. 1653, *www.dejure.it*; Modica, L.: "Il volto crudele, ma autentico, del formalismo "informativo"", *Foro it.*, 2018, I, cc. 1283 ss.; Amagliani, R.: "Nota breve a margine di Sezioni Unite 16 gennaio 2018, n. 898", *Contr.*, 2018, pp. 149 ss.

31 È interessante notare come, secondo parte della dottrina, tale esigenza di affievolimento del rigore formale sia necessaria proprio per non imbrigliare eccessivamente l'interesse del mercato a concludere affari. Si sofferma su tale esigenza, Medici, C.: "Sulla (contestata) validità dei contratti bancari aventi ad oggetto servizi di investimento sottoscritti dal solo cliente: monofirma allo sbaraglio?", *Foro it.*, 2018, I, c. 293. Il punto appare rilevante se messo in diretta relazione con le ragioni che, vigente il Codice del commercio, spingevano la dottrina dell'epoca a ritenere i vincoli formali delle inutili e controproducenti limitazioni. Sul punto, *vid. supra*.

32 Cfr., Mirone, A.: "Le Sezioni Unite e il contratto c.d. mono-firma", cit., p. 279 il quale parla di una forma-dovere di comportamento che non integra un requisito strutturale dell'atto. In senso analogo, D'Amico, G.:

adempimenti che si inquadrano proprio in quel «giusto processo di formazione del contratto» che funzionalizza ogni passaggio al raggiungimento del risultato prescelto sanzionando le eventuali violazioni se - e nella misura in cui – le stesse siano in grado di compromettere il raggiungimento dello scopo.

Nel ribadire l'astratta condivisibilità del metodo applicato dalla sentenza menzionata, non può mancarsi di rilevare come l'esattezza della decisione finale dipende, evidentemente, dalla corretta individuazione di quelle che sono le funzioni assolte dal vincolo nell'àmbito del procedimento progressivo di formazione del contratto all'interno di quello specifico mercato di riferimento[33]. Non sembra corretto, sotto tale punto di vista, affermare che le finalità assolte dal vincolo formale siano esclusivamente informative riguardando anche, al contrario, la necessità di far fronte ad esigenze di certezza del diritto che, soprattutto all'interno di rapporti negoziali complessi e che si protraggono nel tempo con costanti e significative modifiche diacroniche, appare elemento da salvaguardare[34]. Tale obiettivo, forse, potrebbe essere raggiunto con maggiore facilità riconoscendo la validità dei soli contratti sottoscritti da entrambe le parti[35]. Stando al disposto delle Sezioni unite, infatti, si avrebbe una completa riarticolazione del procedimento di formazione del contratto che si comporrebbe della redazione per iscritto dello stesso, della sua sottoscrizione da parte del cliente con contestuale consegna di una copia del negozio e dell'inizio dell'esecuzione del regolamento contrattuale da parte del soggetto professionale[36]. Una nuova «liturgia» nella formazione dei

"La "forma" del contratto quadro", cit., p. 140 ss.

33 È evidente che se si dovesse ritenere che la forma prescritta all'art. 23 t.u.f. abbia solo ed esclusivamente valoro informativo, non vi sarebbe alcuna criticità nel ritenere il vincolo formale assolto anche attraverso la mera sottoscrizione del cliente con contestuale consegna di una copia del contratto. Questa è la posizione da ultimo espressa da Scognamiglio, C.: "Contratti monofirma nei servizi di investimento e scopo di protezione della forma", *Nuova giur. civ. comm*., 2018, pp. 741 ss.

34 Sul punto *vid*., da ult., le riflessioni di Di Ciommo, F.: "Sulla giustizia ingiustizia (dalla giurisprudenza normativa alla giustizia del caso concreto): la vicenda emblematica delle nullità negoziali", *Foro it*., 2018, V, cc. 255 s. *Contra*, Dalmartello, A.: "La forma dei contratti di investimento nel canone delle Sezioni Unite: oltre il contratto «monofirma»", *Nuova giur. civ. comm*., 2018, p. 662, il quale ritiene assente tale funzione a causa dell'assenza, in tale àmbito, di regimi pubblicitari e, pertanto, ritiene che tale vincolo di forma realizzi esclusivamente funzioni di conoscibilità del contenuto negoziale.

35 In questo senso, Gaggero, P.: "Neoformalismo negoziale di "protezione" e struttura della fattispecie contrattuale", *Contr. impr*., 2016, p. 1480; Girolami, M.: "Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario", cit., p. 558; La Rocca, G.: "Sottoscrizione e "forma informativa" nei contratti del mercato finanziario", *Riv. dir. banc*., 2017, pp. 27 ss. La superfluità della sottoscrizione del professionista è invece difesa da Chiarella, M.L.: "Le Sezioni Unite e l'assenza della forma nei contratti-quadro d'investimento", cit., p. 299 ss.; Salanitro, U.: "Nullità per mancanza di forma e "contratti mediante corrispondenza"", *Nuova giur. civ. comm*., 2018, pp. 734 ss. e spec., p. 735 ove evidenzia come imporre la sottoscrizione anche al professionista agevola significativamente la possibilità per il cliente che, lungi dal voler far valere l'invalidità di uno o piú ordini, «intenda far valere l'inadempimento di un eventuale obbligo dell'intermediario, preliminare all'investimento e discendente direttamente dal regolamento contrattuale: prodotto in giudizio il documento in suo possesso, non sottoscritto dall'intermediario, il cliente si potrebbe trovare a dover contrastare una eventuale difesa che neghi la riferibilità del contratto, e quindi dello specifico obbligo, allo stesso intermediario». Cfr., sul punto, anche Mussuto, M.: "Contratto quadro monofirma: per le Sezioni Unite è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore", *www.dirittocivilecontemporaneo.it*, 2018.

36 Le Sezioni unite, nell'esprimere il principio di diritto, affermano che il consenso dell'intermediario «ben possa desumersi alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti» e descrive il processo di formazione del contratto in tal modo: da un lato la sottoscrizione del contratto da parte del cliente e, dall'altro, la consegna del documento negoziale, la raccolta della sottoscrizione del cliente e l'esecuzione

contratti bancari e finanziari che, di fatto, degradano la forma vincolata da elemento essenziale del contratto a fattore meramente procedurale reinterpretandola quale mero strumento di documentazione di un accordo che contribuisce a formare unitamente agli altri elementi che devono ricorrere.

Il problema da porsi è, però, che ruolo giochi la sottoscrizione della controparte qualificata in relazione al raggiungimento delle molteplici finalità assolte dal vincolo formale imposto dall'art. 23 tuf[37]. Sotto tale profilo, va segnalato come il cliente sia sovente fortemente interessato ad ottenere l'esecuzione del contratto rispetto alla quale l'esplicita assunzione da parte dell'intermediario tramite la sottoscrizione degli obblighi ivi cristallizzati appare di non secondaria importanza. L'assenza della sottoscrizione all'interno di tali contratti determina infatti delle incertezze che possono pregiudicare il cliente che, legittimamente e correttamente, voglia far valere i diritti scaturenti dal rapporto negoziale. Ci si dovrà chiedere, all'interno di un contratto monofirma: da che momento il contratto può essere considerato efficace nei confronti dell'intermediario? Può il cliente pretendere l'immediata esecuzione del contratto fin dal momento dell'avvenuta sottoscrizione unilaterale o è necessario, per la conclusione dello stesso, attendere la spontanea esecuzione da parte dell'intermediario? Su chi grava l'onere probatorio di ricostruire le eventuali modifiche del rapporto negoziale pattuite *medio tempore* attraverso contratti unilateralmente sottoscritti e non eseguiti da controparte o eseguiti solo parzialmente? Da quale momento tali eventuali modifiche risultano efficaci? In caso di contratto monofirma solo parzialmente eseguito, la manifestazione del consenso dell'intermediario per fatti concludenti va circoscritta solo alle clausole oggetto di esecuzione o a tutto l'accordo risultando, in tale ultimo caso, inadempiente per le prestazioni non eseguite? Può il cliente che voglia agire in sede monitoria nei confronti della controparte qualificata individuare in un contratto che rechi solo la sua firma la prova scritta richiesta dal codice di rito?

Sono domande che, prima o poi, si porranno all'attenzione della giurisprudenza ma che manifestano, fin d'ora, come forse la funzione assolta dai vincoli formali in àmbito bancario e finanziario non sia solo ed esclusivamente informativa. In tale contesto, ritenere del tutto ininfluente la sottoscrizione della controparte qualificata permette alla stessa di creare un clima di incertezza a lei estremamente favorevole.

Se l'esigenza dichiarata dalle Sezioni unite è quella di evitare «conseguenze distorte o anche opportunistiche» portate avanti da clienti che, per liberarsi dal contratto, ne facciano valere l'informalità senza aver subito alcun pregiudizio

del contratto da parte dell'intermediario. Le Sezioni unite richiamate sembrano far qui applicazione del disposto di cui all'art. 1327 c.c.

37 La stessa sentenza definisce come «non commendevole» la prassi delle controparti professionali di non sottoscrivere il contratto.

dalla stessa, sembra che la soluzione piú adeguata non sia quella di affermare la generalizzata validità dei contratti monofirma[38]. Ove il vizio di forma sia soltanto il cavillo utilizzato da parte dello scaltro cliente al fine di ottenere un ingiusto vantaggio, infatti, il problema risulterebbe risolvibile semplicemente – e con minori effetti collaterali - valorizzando l'abusività dell'esercizio dell'azione della nullità, senza con ciò precludere – con portata generale - l'esercizio della stessa in tutte le circostanze nelle quali la mancata sottoscrizione da parte del professionista abbia effettivamente generato una situazione di incertezza pregiudizievole per il cliente e che lo stesso ritenga opportuno rimuovere esperendo il rimedio demolitorio della nullità[39].

III. EVOLUZIONE DEL VINCOLO FORMALE DA ELEMENTO DI STRUTTURA DEL CONTRATTO A STRUMENTO ATTO A PROCEDIMENTALIZZARE LA CONCLUSIONE DEI CONTRATTI BANCARI E FINANZIARI.

Volendo iniziare a trarre qualche breve conclusione, va quindi segnalato che, in generale, il c.d. «neoformalismo» vede la rinascita non solo - e non tanto - di vincoli formali per la valida conclusione del contratto, ma di veri e propri formalismi che «ritualizzano» (ovviamente in chiave moderna) la procedura di formazione del contratto. Si fa riferimento all'adempimento meccanicistico - per molti aspetti inconsapevole - di vincoli relativi alla fornitura di informazioni da dare in tempo utile prima della conclusione del contratto su moduli a volte predisposti dallo stesso legislatore; alla compilazione – spesso guidata - di moduli per la profilatura del clientela; alla partecipazione del contraente a questionari che dovrebbero indicare il suo livello di conoscenza del mercato di riferimento; alla ridondanza di firme da apporre alle suddette documentazioni precontrattuali e contrattuali; alla necessità di uniformarsi ad un determinato lessico improntato alla trasparenza ecc. Tutto ciò procedimentalizza l'autonomia privata scandendola attraverso adempimenti che, per come applicati, assomigliano sempre piú a rituali la cui violazione genera un rimprovero da parte dell'ordinamento.

38 Sul punto, *vid.* le considerazioni di Salanitro, U.: "Nullità per mancanza di forma", cit., p. 737 ss. il quale, pur concordando con l'esigenza di trovare altrove lo strumento normativo per evitare «comportamenti opportunistici, volti a far valere il difetto di forma aldilà delle esigenze di protezione per cui è posto», lo rintraccia nella «ridefinizione delle regole probatorie» con cui far valere il regolamento contrattuale. Sull'esigenza di stimolare una rilettura del profilo della legittimazione ad agire del cliente nei casi di nullità relativa che tenga in considerazione la sussistenza di un interesse meritevole di essere tutelato, sia concesso il rinvio – pur se riferito alla fattispecie del c.d. uso selettivo delle nullità relative – a Berti de Marinis, G.: "Uso e abuso dell'esercizio selettivo della nullità relativa", *Banca borsa tit. cred.*, 2014, II, pp. 612 ss.; Id.: "Nullità relativa, protezione del cliente ed interessi meritevoli di tutela", *ivi*, 2016, II, pp. 283 ss.

39 Nonostante la tematica non sia oggetto della presente indagine, va segnalato che la problematica dell'ambito di operatività delle c.dd. nullità selettive è stata da ultimo composta da Cass., Sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314, *Banca borsa tit. cred.*, 2020, II, p. 705 alla quale si è poi uniformata la successiva giurisprudenza. *Vid.*, in tal senso, Cass., 17 maggio 2021, n. 13259, *Foro it.*, 2021, I, c. 2325.

Tale maniera di intendere modernamente la forma del contratto, sembra aver influenzato profondamente anche le modalità con cui la giurisprudenza ha da ultimo interpretato i vincoli di forma che le disposizioni bancarie e finanziarie riferiscono espressamente ai contratti conclusi in quei mercati. Appare infatti evidente che, nonostante la lettera della norma, gli orientamenti giurisprudenziali in tema di contratto monofirma convertono quello che originariamente era un elemento di struttura dell'atto, nella mera procedimentalizzazione delle modalità di conclusione dei contratti stessi che, quindi, sono validi se, una volta predisposti dal professionista e messi a disposizione del cliente, questi li abbia accettati apponendo la propria firma e la controparte professionale li abbia eseguiti.

In questo si nota un interessante parallelismo con la maniera con cui l'ordinamento tratta la forma degli atti processuali assoggettati ad una regolamentazione che, consacrata anche nel diritto processuale nel combinato disposto dell'art. 121 c.p.c. (non a caso rubricato «Libertà delle forme»)[40] con l'art. 156, comma 3 c.p.c., ha la sua fonte nelle precipue finalità pratiche assolte dal codice di rito. L'atto processuale, infatti, fa parte di un procedimento che ha quale scopo quello di giungere alla corretta soluzione della controversia. Il pragmatismo del diritto processuale ha sempre portato il legislatore a valorizzare il raggiungimento dell'obiettivo considerando inutile mettere in pericolo il procedimento a causa di vizi che non sono stati in grado, di fatto, di incidere negativamente sul raggiungimento dello scopo finale. La funzione della ricerca della giustizia propria del processo[41], giustifica una funzionalizzazione di tutti gli elementi che ne fanno parte. Tutto viene orientato al raggiungimento di tale scopo e, non è un caso, che proprio in relazione alla forma degli atti processuali sia stato espresso il principio di «strumentalità delle forme»[42], proprio a voler significare l'esigenza di valorizzare l'elemento formale in senso funzionale[43].

Nonostante il tecnicismo della materia ed il suo apparente formalismo, il processo civile appare caratterizzato quindi da una sensibilità che, per lungo tempo, è rimasta estranea alla cultura di diritto privato sostanziale ma che sembra oggi emergere, in tema di forma, proprio attraverso la nuova ricostruzione che l'elaborazione della moderna dottrina ha dato all'elemento in parola. Si assiste, infatti, ad una «procedimentalizzazione» del contratto scandita sovente da vincoli

40 Su tale problematica, Vullo, E.: "Art. 121", in *Codice di procedura civile commentato* (a cura di C. Consolo e F.P. Luiso), 3ª ed., Giuffrè, Milano, 2007, pp. 1144 ss.; Pellegrinelli, P.: "Art. 121", in *Codice di procedura civile ipertestuale* (a cura di L.P. Comoglio e R. Vaccarella), 2ª ed., Utet, Torino, 2008, pp. 599 ss.

41 Betti, E.: "Il processo come strumento di giustizia", *Ann. Fac. di Giurisprudenza dell'Università di Bari*, 1963, pp. 3 ss.

42 Montesano, L.: "Questioni attuali su formalismo, antiformalismo e garantismo", *Riv. trim.*, 1990, pp. 1 ss.

43 Cfr., Mancarelli, P.: "La nullità degli atti processuali ed il principio di strumentalità delle forme", *Arch. giur.*, 2002, p. 335, il quale afferma che l'art. 121 c.p.c. «è una norma di c.d. chiusura del sistema, nel senso che suggerisce qual è stata la *ratio* che ha informato il legislatore nella sua opera di tipizzazione degli atti, in modo che l'interprete, qualora dovesse trovarsi di fronte ad un atto non espressamente disciplinato nelle sue forme, vi si adegui».

formali che crea un parallelismo, pur con le dovute differenze, fra procedimento di formazione dei contratti bancari/finanziari e processo civile. In entrambi i casi, pur con le dovute distinzioni, ci si trova di fronte ad un insieme di atti ed attività normativamente imposte al fine di raggiungere un risultato. Al c.d. «giusto processo civile» si potrebbe cosí sostituire il «giusto processo di formazione del contratto» a voler intendere l'insieme di atti ed attività che, se espletati, rendono corretta la progressiva formazione del contratto. Come il fatto di garantire il «giusto processo civile» non garantisce l'emissione di una sentenza «giusta», cosí il «giusto processo di formazione del contratto» non garantisce di per sé la giustizia contrattuale ma, in entrambi i casi, ci troviamo di fronte ad una procedimentalizzazione che è funzionalizzata a raggiungere quell'obiettivo.

In tale contesto la forma, letta alla luce della moderna dottrina che ne ha esaltato le nuove ed inedite funzioni dalla stessa assolte, non può piú essere analizzata sotto un profilo statico (forma dell'atto) ma piuttosto sotto il profilo dinamico della capacità della stessa di dare un apporto positivo alla creazione di rapporti giuridici equilibrati.

IV. SPUNTI DI RIFLESSIONE SULLE DISPOSIZIONI EMERGENZIALI IN TEMA DI SOTTOSCRIZIONE SEMPLIFICATA DEI CONTRATTI BANCARI E FINANZIARI.

Che sia in corso una sostanziale rilettura del vincolo di forma lo dimostrano, da ultimo, le novità introdotte dalla normativa emergenziale volta a fronteggiare il diffondersi della pandemia da COVID-19. Nonostante si tratti di disposizioni che, per loro natura, sono destinate ad esaurire la loro efficacia una volta cessato lo stato di emergenza, le stesse sembrano però foriere di ulteriori considerazioni in relazione alle tematiche qui affrontate. Si tratta, in particolare dell'art. 4 del d.l. 8 aprile 2020, n. 23 e dell'art. 33 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 che, con disposizioni speculari, danno la possibilità ai clienti al dettaglio[44] che intendevano concludere contratti bancari e di investimento durante il *lockdown*, di assolvere i vincoli di forma stabiliti dalle disposizioni di settore richiamate, sostituendo la sottoscrizione con una e-mail anche non certificata recante la volontà di concludere il contratto accompagnata dall'invio in allegato di un documento di identità[45].

44 Sull'ambito di applicazione soggettivo della disposizione, si rinvia alle considerazioni di Sartori, F.: "Ambito soggettivo di applicazione della disciplina semplificata e spunti in tema di forma vincolata", in *Sistema produttivo e finanziario post Covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità* (a cura di U. Malvagna e A. Sciarrone Alibrandi), Pacini, Pisa, 2021, p. 257 ss.

45 Tale modalità di conclusione dei contratti viene equiparata dal legislatore all'apposizione di una firma digitale in deroga a quanto stabilito all'art. 20 del Codice dell'amministrazione digitale. Sul punto, Robustella, C.: "Emergenza sanitaria e intervento normativo sulla conclusione semplificata dei contratti del mercato finanziario", in *Sistema produttivo e finanziario post Covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità* (a cura di U. Malvagna e A. Sciarrone Alibrandi), cit., p. 247.

La ragione che ha giustificato tale presa di posizione da parte del legislatore emergenziale si rinviene, come pare evidente, nell'esigenza di evitare che il confinamento imposto dal virus, impedendo ai potenziali clienti di recarsi presso le filiali bancarie e di sottoscrivere i relativi contratti, potesse paralizzare il comparto bancario e finanziario ponendo però, per quello che qui interessa, due profili sui quali indugiare ulteriormente al fine di verificare l'evoluzione dei vincoli formali in parola.

In primo luogo, va evidenziato che tali disposizioni emergenziali risultano del tutto compatibili con l'orientamento giurisprudenziale che valuta formalmente validi i contratti c.d. monofirma[46]. Il portato di tale affermazione è, quindi, la possibilità che durante la pandemia si potessero assolvere i vincoli formali di cui alle norme bancarie e finanziarie di settore senza l'apposizione di alcuna formale sottoscrizione dei contratti bancari e finanziari. Mentre infatti la firma del professionista poteva essere sostituita dal procedimento di formazione del contratto stabilito dalle Sezioni unite, la firma del cliente – di regola necessaria – poteva però essere sostituita ai sensi della normativa emergenziale da una manifestazione del consenso effettuata tramite e-mail con le modalità sopra descritte. La peculiarità di tale eventualità è che i vincoli formali di cui all'art. 23 t.u.f. e 117 t.u.b. sono passati dal poter essere assolti tramite un contratto "monofirma", al poter essere validamente assolti anche per il tramite di contratti "senza-firma" se conclusi durante lo stato di emergenza.

A tale considerazione se ne somma un'altra di carattere, questa volta, sistematico. Infatti, se è vero che si tratta di norme dettate dalle contingenze del momento e che nel diritto dell'emergenza risulta necessario – ed in un certo senso auspicabile - procedere a bilanciare i contrapposti interessi in maniera nuova, proprio per le considerazioni sopra svolte, sembra opportuno chiedersi se in una prospettiva de *jure condendo* le misure adottate durante l'emergenza Covid-19 non possano diventare un futuro modello di semplificazione dell'attuale formalismo che presidia i contratti bancari e di investimento.

Partendo dal dato normativo, va in primo luogo segnalato che le disposizioni menzionate hanno sicuramente una portata temporanea essendo destinate a venir meno al cessare dell'emergenza sanitaria. Non può però trascurarsi l'impatto che le norme in parola potrebbero avere su una giurisprudenza ormai estremamente sensibile ad una valutazione del vincolo formale in chiave funzionale. L'apertura riscontrata nel diritto della crisi sanitaria, infatti, si fonda sulla convinzione legislativa per cui le esigenze "informative" del cliente risultano sostanzialmente rispettate

46 *Vid.*, sul punto, Tucci, A.: "Problemi esegetici delle disposizioni relative alla conclusione dei contratti del mercato finanziario in tema di forma semplificata e rinvio all'art. 20 comma 1-bis CAD", in *Sistema produttivo e finanziario post Covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità* (a cura di U. Malvagna e A. Sciarrone Alibrandi), cit., p. 253.

anche nell'ipotesi in cui lo stesso sia chiamato a manifestare la propria volontà negoziale tramite e-mail seguendo la procedura descritta poco sopra. Ma se così è, non sembra assolutamente da escludere che, pur in assenza di una specifica disposizione in tal senso, la creatività giurisprudenziale possa portare a qualificare comunque come rispettosa dell'art. 23 t.u.f. e dell'art. 117 t.u.b. tale modalità di conclusione dei contratti. Pur se in una fase di emergenza, e con il precipuo fine di agevolare la conclusione dei contratti nei mercati bancari e finanziari, il legislatore ha comunque ritenuto il procedimento di formazione dei contratti tramite e-mail quale valido succedaneo della sottoscrizione del cliente e, in quanto tale, comunque idoneo ad assicurare la realizzazione delle finalità informative che si ritiene siano tipiche dei menzionati vincoli formali.

Quello prospettato è, come pare evidente, uno dei possibili scenari futuri ma che appare, allo stato dei fatti, tutt'altro che difficile a realizzarsi di fronte ad una giurisprudenza che tratta i vincoli di forma con una certa malleabilità e li interpreta alla luce delle esigenze che di volta in volta sembrano emergere dai mercati[47].

47 Cfr., sul punto, le considerazioni di Tucci, A.: "Problemi esegetici delle disposizioni relative alla conclusione dei contratti del mercato finanziario in tema di forma semplificata e rinvio all'art. 20 comma 1-bis CAD", cit., p. 254.

BIBLIOGRAFIA

ADDIS, F.: "«Neoformalismo» e tutela dell'imprenditore debole", in *Scritti in onore di Lelio Barbiera* (a cura di M. PENNASILICO), Esi, Napoli, 2012, pp. 25 ss

ALPA, G.: "Decreto Eurosim: la tutela dei consumatori", *Soc.*, 1996, pp. 1062 ss.

ALPA, G.: "La rinascita del formalismo. Aspetti di diritto contrattuale", *Riv. dir. civ.*, 1984, I, pp. 461 ss.

AMAGLIANI, R.: "Nota breve a margine di Sezioni Unite 16 gennaio 2018, n. 898", *Contr.*, 2018, pp. 149 ss.

AMAGLIANI, R.: *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Esi, Napoli, 1999, pp. 74 ss.

BARATELLA, M.G.: "La forma scritta e i c.d. contratti di intermediazione finanziaria nella ricostruzione giurisprudenziale", *Resp. civ.*, 2010, pp. 688 ss.

BELLETTATO, S.: "Locazione abitativa e obblighi di forma", *Studium iuris*, 2016, pp. 207 s.

BENINCASA, M.: *Formalismo e contratto di locazione*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 122 ss.

BERTI DE MARINIS, G.: "Forma degli ordini e dovere di diligenza nel Testo Unico della Finanza", *Rass. giur. umbra*, 2009, pp. 1 ss.

BERTI DE MARINIS, G.: "L'invalidità formale nei contratti di investimento", *Banca borsa tit. cred.*, 2013, II, pp. 37 ss.

BERTI DE MARINIS, G.: "Nullità relativa, protezione del cliente ed interessi meritevoli di tutela", *ivi*, 2016, II, pp. 283 ss.

BERTI DE MARINIS, G.: "Uso e abuso dell'esercizio selettivo della nullità relativa", *Banca borsa tit. cred.*, 2014, II, pp. 612 ss.

BERTOLINI, A.: "Problemi di forma e sanzioni di nullità nella disciplina a tutela dell'investitore. Perequazione informativa o opportunismo remediale?", *Resp. civ. prev.*, 2010, pp. 2336 ss.

BETTI, E.: "Il processo come strumento di giustizia", *Ann. Fac. di Giurisprudenza dell'Università di Bari*, 1963, pp. 3 ss.

Bontempi, P.: "Forma e sostanza nei contratti bancari", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, pp. 292 ss.

Bortolotti, F.: "La nuova legge sul franchising, prime impressioni", *Contr. impr./Eur.*, 2004, p. 110.

Breccia, U.: "La forma", in *Trattato del contratto* (a cura di V. Roppo), I, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 535 ss.

Buonocore, V.: "Contratti del consumatore e contratti d'impresa", *Riv. dir. civ.*, 1995, I, pp. 1 ss.

Cagnasso, O. e Cottino, G.: *Contratti commerciali*, in *Tratt. dir. comm.* (diretto da G. Cottino), IX, Cedam, Padova, 2009, pp. 626 ss.

Callegari, M.: "Principi generali", in *Lezioni sui contratti bancari* (a cura di G. Cavalli e M. Callegari), Zanichelli, Bologna, 2008, pp. 45 ss.

Capriglione, F.: *Intermediari finanziari, investitori, mercati. Il recepimento della MiFID. Profili sistematici*, Cedam, Padova, 2008, pp. 35 ss.

Chiarella, M.L.: "Le Sezioni Unite e l'assenza della forma nei contratti-quadro d'investimento", cit., p. 299 ss.

Chinè, G.: "Il diritto comunitario dei contratti", in *Il diritto privato dell'Unione europea* (a cura di A. Tizzano), I, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, XXVI, Giappichelli, Torino, 2006, p. 796

Costi, R: "Informazione e contratto nel mercato finanziario", *Riv. trim.*, 1993, pp. 719 ss.

Criscuolo, F.: *Autonomia negoziale* e *autonomia contrattuale*, in *Tratt. dir. civ. CNN* (diretto da P. Perlingieri), Esi, Napoli, 2008, pp. 221 ss. e spec. pp. 231 ss.

D'Amico, G.: "La "forma" del contratto quadro ex art. 23 t.u.f. non è prescritta ad substantiam actus", *Contr.*, 2018, pp. 138 ss.

Dalmartello, A.: "La forma dei contratti di investimento nel canone delle Sezioni Unite: oltre il contratto «monofirma»", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 662.

De Nova, G.: "La nuova legge sul franchising", *Contratti*, 2004, p. 763.

De Rosa, R.: *L'analisi funzionale della forma*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 99 ss.

Delli Priscoli, L.: *Franchising e tutela dell'affiliato*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 113.

Di Ciommo, F.: "Sulla giustizia ingiustizia (dalla giurisprudenza normativa alla giustizia del caso concreto): la vicenda emblematica delle nullità negoziali", *Foro it.*, 2018, V, cc. 255 s.

Di Giovanni, F.: "La forma", in *I contratti in generale* (a cura di E. Gabrielli), II, in *Trattato dei contratti* (diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli), Utet, Torino, 2006, pp. 767 ss.

Di Majo, A.: "La correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare", *Banca borsa tit. cred.*, 1993, I, p. 298

Falabella, M.: "Locazione abitativa conclusa verbalmente e nullità dedotta dal locatore", *Giur. merito*, 2009, pp. 653 ss.

Fauceglia, G.: "La forma dei contratti relativi ad operazioni e servizi bancari e finanziari", *Riv. dir. comm.*, 1994, I, p. 423

Fazio, E.: *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 63 ss.

Febbrajo, T.: *L'informazione ingannevole nei contratti del consumatore*, Esi, Camerino-Napoli, 2006, pp. 65 ss.

Ferrara, F.: "Locazione abitativa e forma scritta", *Contratti*, 2016, pp. 468 ss.

Ferri, G.B.: "Validità e patologie nel Code Européen des contrats", *ivi*, 2005, pp. 929 ss.

Fici, A.: "Il contratto di franchising", in *Commentario al codice civile* (diretto da E. Gabrielli), *Dei singoli contratti*, V, Utet, Torino, 2011, pp. 323 ss.

Fiorio, P.: "Gli obblighi di comportamento degli intermediari al vaglio della giurisprudenza di merito", *ivi*, 2005, p. 765

Frignani, A.: *Franchising. La nuova legge*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 73.

Gaggero, P.: "Neoformalismo negoziale di "protezione" e struttura della fattispecie contrattuale", *Contr. impr.*, 2016, p. 1480.

Galgano, F.: *Trattato di diritto civile*, II, Cedam, Padova, 2009, p. 246

Gandolfi, G.: "Il progetto "pavese" di un codice europeo dei contratti", *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 465

Ghionni Crivelli Visconti, P.: "La nullità dei contratti bancari e dei servizi di investimento privi di sottoscrizione dell'intermediario", *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 165 ss.

Giordano, U.M.: "La trasparenza nelle condizioni contrattuali nella nuova legge bancaria", *Riv. soc.*, 1993, p. 1247

Girolami, M.: "Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario", cit., p. 558.

Graziani, B.: "Contratto di subfornitura: forma e contenuto", in *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive* (a cura di C. Berti e B. Graziani), Giuffrè, Milano, 2005, p. 52.

Irti, N.: Idola libertatis, *Tre esercizi sul formalismo*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 28 ss.

Irti, N.: *Studi sul formalismo negoziale*, Cedam, Padova, 1997, pp. 79 ss.

Irti, N.: *Studi sul formalismo negoziale*, Cedam, Padova, 1997, pp. 88 s.

Jannarelli, A.: *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti fra imprese e fra imprese e consumatori*, in *Trattato di diritto privato europeo* (a cura di N. Lipari), III, Cedam, Padova, 2003, pp. 48 ss.

La Rocca, G.: "Sottoscrizione e "forma informativa" nei contratti del mercato finanziario", *Riv. dir. banc.*, 2017, pp. 27 ss.

Laghi, P.: "Forma "ad essentiam" e nullità di protezione: declinazioni funzionali della forma nelle locazioni ad uso abitativo", *Contr. impr.*, 2017, pp. 256 ss.

Landini, S.: *Formalità e procedimento contrattuale*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 113 ss.

Laporta, U.: "La (salutare) nullità del contratto inutile", *Notariato*, 2010, pp. 48 ss.

Leccese, R.: "Subfornitura", *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, Agg. I, Utet, Torino, 2000, p. 753.

Lener, R.: "Dalla formazione alla forma dei contratti su valori mobiliari (prime note sul "neoformalismo" negoziale)", *Banca borsa tit. cred.*, 1990, I, pp. 778 ss.

Lener, R.: *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 4.

Libertini, M.: "Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa", *Jus*, 2009, pp. 273 ss.

Lombardi, O.: *Forma legale e tecniche formative del contratto. La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Esi, Napoli, 2005, pp. 63 s.

Majello, U.: "Art. 117", in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia* (a cura di F. Belli, G. Contento, A. Patroni Griffi, M. Porzio e V. Santoro), Zanichelli, Bologna, 2003, p. 1932 ss.

Mancarelli, P.: "La nullità degli atti processuali ed il principio di strumentalità delle forme", *Arch. giur.*, 2002, p. 335.

Mantucci, D.: *Profili del contratto di subfornitura*, Esi, Napoli, 2004, pp. 155 s.

Marinelli, F.: "La tutela civile dei soggetti deboli", *Giust. civ.*, 1994, II, pp. 155 ss.

Marino, G.: "La forma del contratto fra codice civile e normativa comunitaria (seconda parte)", *Dir. form.*, 2003, p. 1775

Mazzasette, F.: "La nozione di consumatore nel codice del consumo", in *Diritto dei consumi: realtà e prospettive* (a cura di G. Cavazzoni, L. Di Nella, L. Mezzasoma e V. Rizzo), Esi, Napoli, 2008, pp. 111 ss.

Mazzasette, F.: *Il codice del consumo tra diritto interno e diritto europeo*, Esi, Napoli, 2012, pp. 85 ss.

Mazzini, F.: "Contratti bancari. Tutela del cliente", *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, agg. III, Utet, Torino, 2007, pp. 161 ss.

Medici, C.: "Sulla (contestata) validità dei contratti bancari aventi ad oggetto servizi di investimento sottoscritti dal solo cliente: monofirma allo sbaraglio?", *Foro it.*, 2018, I, c. 293.

Messina, M.: *"Libertà di forma" e nuove forme negoziali*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 162 s.

Mezzasoma, L.: "Risarcimento diretto e rapporti con l'art. 2054 del codice civile", *Rass. giur. umbra*, 2007, p. 461.

Minervini, E.: "Le regole di trasparenza nel contratto di subfornitura", *Giur. comm.*, 2000, I, p. 116.

Miola, M.: "Art. 24", in *Testo unico della finanza. Commentario* (a cura di G.F. Campobasso), I, Utet, Torino, 2002, p. 216

Modica, L.: "Formalismo negoziale e nullità: le aperture delle Corti di merito", *Contr. impr.*, 2011, pp. 16 ss.

Modica, L.: "Il volto crudele, ma autentico, del formalismo "informativo"", *Foro it.*, 2018, I, cc. 1283 ss.

Modica, L.: *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 119 ss.

Montesano, L.: "Questioni attuali su formalismo, antiformalismo e garantismo", *Riv. trim.*, 1990, pp. 1 ss.

Morelato, E.: "Neoformalismo e trasparenza contrattuale", *Contr. impr.*, 2005, p. 597.

Morelato, E.: *Nuovi requisiti di forma nel contratto*, Cedam, Padova, 2006, p. 1

Morlupo, P.: "La questione della forma dei servizi d'investimento", in *La tutela del consumatore dei servizi finanziari* (a cura di L. Di Nella), Esi, Napoli, 2007, pp. 87 ss.

Mussuto, M.: "Contratto quadro monofirma: per le Sezioni Unite è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore", *www.dirittocivilecontemporaneo.it*, 2018.

Nigro, A.: "La nuova normativa sulla trasparenza bancaria", *Dir. banca merc. fin.*, 1993, p. 572

Pagliantini, S.: "Art. 1350", in *Dei contratti in generale* (a cura di E. Navarretta e A. Orestano), II, in *Comm. cod. civ. Utet*, Utet, Torino, 2011, pp. 18 ss.

Pagliantini, S.: "Forma e modalità di un'informazione materializzata? Le SS. UU. Ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 t.u.f.", *Contr.*, 2018, p. 143 ss.

Pagliantini, S.: "Il contratto monofirma nella prospettiva dell'art. 1341 cod. civ.", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, pp. 729 ss.

Pagliantini, S.: "La forma del contratto, appunti per una voce", *Studi senesi*, CXVI, 2004, p. 116

Pagliantini, S.: "La forma nei principi acquis del diritto comunitario dei contratti: textform, forme di protezione e struttura del contratto", in *I «princípi» del diritto comunitario dei contratti* (a cura di G. De Cristofaro), Giappichelli, Torino, 2009, pp. 108 ss.

Pagliantini, S.: "Usi (e abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)", *Contr.*, 2017, pp. 679 ss.; La Rocca, G.: "La "forma informativa" innanzi alle Sezioni unite", *Foro it.*, 2017, cc. 2740 ss.

Pandolfini, V.: "Gli obblighi informativi nella nuova legge sul franchising", *Contratti*, 2005, pp. 73 ss.

Pellegrinelli, P.: "Art. 121", in *Codice di procedura civile ipertestuale* (a cura di L.P. Comoglio e R. Vaccarella), 2ª ed., Utet, Torino, 2008, pp. 599 ss.

Perlingieri, P.: "Diritto dei contratti e dei mercati", *Rass. dir. civ.*, 2011, pp. 898 s.

Perlingieri, P.: "La forma legale del licenziamento individuale come «garanzia»", *Rass. dir. civ.*, 1986, pp. 1069 ss.

Perlingieri, P.: "La tutela del "contraente debole" nelle negoziazioni immobiliari. Traccia di un possibile Convegno", *Rass. dir. civ.*, 2000, pp. 746 ss.

Perlingieri, P.: "La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam", in *Il diritto dei consumi* (a cura di P. Perlingieri e E. Caterini), I, Esi, Rende-Napoli, 2004, p. 13.

Perlingieri, P.: *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Esi, Napoli, 1992, pp. 15 ss.

Perlingieri, P.: *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Esi, Napoli, 1987, p. 45.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Esi, Napoli, 2006, pp. 180 s.

Piras, A.: "Locazione di immobili adibiti ad uso abitativo stipulata verbalmente e validità del contratto", *Riv. giur. sarda*, 2009, pp. 144 ss.

Polidori, S.: "Riflessioni in tema di forma dell'appalto privato", *Rass. dir. civ.*, 2007, pp. 702 ss.

Pontiroli, L. e Duvia, P.: "Il formalismo nei contratti dell'intermediazione finanziaria ed il recepimento della MiFID", *Giur. comm.*, 2008, I, pp. 151 ss

Putti, P.M.: "Contratto di subfornitura: forma e contenuto", in *La subfornitura. Commento alla legge 18 giugno 1998, n. 192* (a cura di G. Alpa e A. Clarizia), Giuffrè, Milano, 1999, p. 75.

Quattrocchio, L.: "Forma e contenuto del contratto", in *Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale* (a cura di O. Cagnasso), Giappichelli, Torino, 2005, p. 98.

Rascio, R.: "I principi di diritto europeo e la causa del contratto", *Eur. dir. priv.*, 2003, pp. 255 ss.

Renna, L.: "Subfornitura", *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg. VII, Utet, Torino, 2012, pp. 1021 ss.

Rizzo, V.: ""Indennizzo diretto" tra obiettivi condivisi, profili di criticità e proposte di riforma", *Rass. giur. umbra*, 2007, p. 442

Rizzo, V.: "Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti", in *Studi in onore di Vincenzo Ernesto Cantelmo* (a cura di R. Favale e B. Marucci), Esi, Napoli, 2003, pp. 620 ss.

Rizzo, V.: *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Esi, Camerino-Napoli, 1983, pp. 103 ss.

Rizzo, V.: *Le «clausole abusive» nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Esi, Camerino-Napoli, 1994, p. 538

Robustella, C.: "Emergenza sanitaria e intervento normativo sulla conclusione semplificata dei contratti del mercato finanziario", in *Sistema produttivo e finanziario post Covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità* (a cura di U. Malvagna e A. Sciarrone Alibrandi), Pacini, Pisa, 2021, p. 247.

Rolli, R.: *Causa in astratto e causa in concreto*, Cedam, Padova, 2008, pp. 109 ss.

Rovito, V.: "Art. 23", in *Testo unico della finanza. Commentario* (a cura di G.F. Campobasso), I, Utet, Torino, 2002, p. 199

Ruffolo, U.: "Il contratto di subfornitura nelle attività produttive. Le nuove regole della legge 18 giugno 1998, n. 192: "correzione" della autonomia contrattuale a tutela del subfornitore come professionista debole?", *Resp. comun. impr.*, 1998, p. 406.

Salanitro, U.: "Nullità per mancanza di forma e "contratti mediante corrispondenza"", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, pp. 734 ss. e spec., p. 735.

Salvestroni, U.: "Spunti sul vecchio e nuovo formalismo", in Aa. Vv.: *Studi in onore di Giorgio Cian*, II, Cedam, Padova, 2010, pp. 2255 ss.

Sangiovanni, V.: "Contratto di affiliazione commerciale e doveri della parti", *Studium iuris*, 2011, pp. 393 ss.

Sanzo, S.: "Evoluzione normativa in materia di forma degli ordini di borsa: le diverse fasi di un progressivo rigore a tutela dei "consumatori" e della trasparenza del mercato mobiliare", *Giur. it.*, 1998, p. 302

Sartori, F.: "Ambito soggettivo di applicazione della disciplina semplificata e spunti in tema di forma vincolata", in *Sistema produttivo e finanziario post Covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità* (a cura di U. Malvagna e A. Sciarrone Alibrandi), Pacini, Pisa, 2021, p. 257 ss.

Scoditti, E.: "Intermediazione finanziaria e formalismo protettivo", *Foro it.*, 2009, cc. 190 ss.

Scognamiglio, C.: "Contratti monofirma nei servizi di investimento e scopo di protezione della forma", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, pp. 741 ss.

Scripelliti, N.: "Locazione di fatto e nullità per violazione di forma scritta", *Arch. loc. cond.*, 2010, pp. 630 ss.

Sicchiero, G.: "Tramonto della causa del contratto?", in *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo* (a cura di G. Sicchiero), Cedam, Padova, 2005, pp. 1 ss.

Siniscalchi, A.M.: "La violazione dell'onere di forma nella locazione abitativa", *Obbl. contr.*, 2011, pp. 826 ss.

Siniscalchi, A.M.: "Solemnitates e probationes all'alba della prima codificazione italiana", *Riv. dir. civ.*, 2005, I, pp. 378 ss.

Spena, A.: "Art. 117", in *Testo unico bancario* (a cura di M. Porzio, F. Belli, G. Losappio, M. Rispoli Farina e V. Santoro), Giuffrè, Milano, 2010, pp. 970 ss.

Tonolo, S.: "Franchising internazionale", *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, agg. II, Utet, Torino, 2006, pp. 393 ss.

Tosi, E.: *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, Giuffrè, Milano, 2018, *passim.*

Treppaoli, M.: "La nullità per difetto di forma di un contratto di locazione abitativa a scopo transitorio", *Riv. giur. sarda*, 2011, pp. 132 ss.

Tucci, A.: "Conclusione del contratto e formalismo di protezione nei servizi di investimento", *Corr. giur.*, 2016, pp. 1117 ss.

Tucci, A.: "Problemi esegetici delle disposizioni relative alla conclusione dei contratti del mercato finanziario in tema di forma semplificata e rinvio all'art. 20 comma 1-bis CAD", in *Sistema produttivo e finanziario post Covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità* (a cura di U. Malvagna e A. Sciarrone Alibrandi), Pacini, Pisa, 2021, p. 253.

Urbani, A.: "Forme di tutela del cliente", in *L'ordinamento finanziario italiano* (a cura di F. Capriglione), I, Cedam, Padova, 2005, pp. 316 ss.

Vaccà, C.: "Franchising: una disciplina in cerca di identità", *Contratti*, 2004, p. 885.

Valentino, D.: *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Esi, Camerino-Napoli, 1999, pp. 243 ss.

Venosta, F.: "Profili del neoformalismo negoziale: requisiti formali diversi dalla semplice scrittura", *Obbl. contr.*, 2008, pp. 872 ss.

Venosta, F.: *Tre studi sul contratto*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 94

Viti, M.: "Il contratto di affiliazione commerciale (franchising)", in *Il diritto della distribuzione commerciale* (a cura di L. Di Nella, L. Mezzasoma e V. Rizzo), Esi, Napoli, 2008, pp. 548 s.

Vullo, E.: "Art. 121", in *Codice di procedura civile commentato* (a cura di C. Consolo e F.P. Luiso), 3 ª ed., Giuffrè, Milano, 2007, pp. 1144 ss.

Zanelli, E.: "Franchising", *Noviss. Dig. it*, app. III, Utet, Torino, 1982, pp. 884 ss.

LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/771 AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: FALTA DE CONFORMIDAD, REMEDIOS Y PLAZOS

THE TRANSPOSITION OF DIRECTIVE (EU) 2019/771 TO THE SPANISH LEGAL SYSTEM: LACK OF CONFORMITY, REMEDIES AND DEADLINES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 854-873

Jésica DELGADO SÁEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: El Real Decreto- Ley 7/2021, de 27 de abril, ha transpuesto en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios la Directiva (UE) 2019/770 y la Directiva (UE) 2019/771. Esta nueva normativa que se establece en el TRLGDCU entrará en vigor el 1 de enero de 2022. Y por ello, lo que se pretende con este breve artículo, siempre desde la perspectiva de la compraventa de bienes, es realizar una exposición de las novedades introducidas en el régimen de garantías y, en concreto, lo relativo a la conformidad de los bienes, medidas correctoras por falta de conformidad y plazos.

PALABRAS CLAVE: Conformidad de los bienes; remedios por falta de conformidad; reparación o sustitución; reducción del precio; resolución del contrato.

ABSTRACT: *Royal Decree-Law 7/2021, 27 April, transposed Directive (EU) 2019/770 and Directive (EU) 2019/771 into the Consolidated Text of the General Law for the Defence of Consumers and Users. This new regulation will enter into force 1 January 2022. Therefore, the aim of this brief paper, always from the perspective of the sale of goods, is to provide an overview of the new features introduced in the guarantee regime and, specifically, in relation to the conformity of goods, remedies for lack of conformity and deadlines.*

KEY WORDS: *Conformity of goods; remedies for lack of conformity; repair or replacement of the goods; price reduction; termination of the sales contract.*

SUMARIO.- . INTRODUCCIÓN. II. ÁMBITO DE APLICACIÓN. III. CONFORMIDAD DE LOS BIENES. 1. Requisitos subjetivos de conformidad. 2. Requisitos objetivos de conformidad. 3. Instalación incorrecta de los bienes. IV. MEDIDAS CORRECTORAS POR FALTA DE CONFORMIDAD. 1. Reparación o sustitución de los bienes. 2. Remedios de segundo grado: reducción del precio y resolución del contrato. V. PLAZOS.

I. INTRODUCCIÓN

El 28 de abril de 2021 se publicó en el BOE el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores.

Entre otras Directivas europeas se transpusieron la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE[1y2]. La transposición de estas Directivas a través del Real Decreto- ley 7/2021 ha supuesto numerosos cambios en el articulado del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios tal y como dispone el artículo 16 del RD-ley 7/2021 y, en concreto, en el articulado del Título IV del Libro II, "Garantías y servicios posventa", artículos 114 a 127 bis. El nuevo articulado entrará en vigor el 1 de enero de 2022.

1 Ambas en DOUE 22/05/2019.

2 La Directiva (UE) 2019/771 "complementa a la Directiva 2011/83/UE, en lo que se refiere a las normas que rigen los contratos celebrados con los consumidores en general (requisitos de información, entrega, transmisión del riesgo)" y debe tenerse en consideración que "los requisitos de información de la Directiva 2011/83/UE también se aplican a los contratos articulados por la Directiva (UE) 2019/770", en Morais Carvalho, J., "Contratos de compraventa de bienes (Directiva 2019/771) y suministro de contenidos o servicios digitales (Directiva 2019/770) – Ámbito de aplicación y grado de armonización", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1/2020, Universidad Carlos III de Madrid, p. 931.

• Jésica Delgado Sáez
Investigadora postdoctoral
Universidad de Salamanca
jessicadelgado@usal.es

Antes de comenzar el análisis del tema objeto de estudio vamos a prestar atención a las dos Directivas a las que nos hemos referido y que son el germen de la reforma acaecida en el TRLGDCU.

Tanto la Directiva (UE) 2019/770 como la Directiva (UE) 2019/771 son complementarias pero no coincidentes pues su ámbito de aplicación es diferente y así queda reflejado en el Considerando 13 de la Directiva (UE) 2019/771[3] y en el Considerando 20 de la Directiva (UE) 2019/770. Esto no quiere decir que los asuntos tratados sean distintos pues sustancialmente son similares: conformidad de los bienes o de los contenidos o servicios digitales; medidas correctoras en caso de falta de conformidad; modalidad para exigir dichas medidas correctores y garantías comerciales. Y por ello, su transposición se ha llevado a cabo en un único texto para evitar reiteraciones e incrementar la seguridad jurídica en su aplicación dadas las características comunes de las Directivas.

Asimismo, la finalidad de ambas Directivas también es coincidente siendo la de "contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior, proporcionando a la vez un alto nivel de protección de los consumidores a través del establecimiento de normas comunes"[4]. Y por ello, comparten, según lo dispuesto en la Exposición

3 Considerando 13 Directiva (UE) 2019/771: "La presente Directiva y la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo deben complementarse mutuamente. Mientras la Directiva (UE) 2019/770 establece normas sobre determinados requisitos relativos a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, la presente Directiva establece normas sobre determinados requisitos relativos a los contratos de compraventa de bienes. Por consiguiente, para satisfacer las expectativas de los consumidores y garantizar un marco legal claro y sencillo para los empresarios de contenidos o servicios digitales, la Directiva (UE) 2019/770 se aplica al suministro de contenidos o servicios digitales, incluidos los contenidos digitales suministrados en un soporte material, como DVD, CD, memorias USB y tarjetas de memoria, así como al soporte material propiamente dicho, siempre que el soporte material sirva exclusivamente como portador de los contenidos digitales. Por el contrario, la presente Directiva debe aplicarse a los contratos de compraventa de bienes, entre ellos, los bienes con elementos digitales que requieren un contenido o servicio digital para cumplir sus funciones".

4 Es necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones: la Directiva 2019/771 "se enmarca dentro del objetivo fijado por la Comisión Europea de consolidar el llamado Mercado Único Digital eliminando los obstáculos para su pleno rendimiento. Por ello, se parte de una Directiva de máximos a diferencia del modelo anterior de la Directiva 1999/44, que se configura como una Directiva de mínimos. De esta forma, los Estados miembros no podrán otorgar ni más ni menos derechos a los consumidores, instaurando a consecuencia una plena armonización de ellos en toda la Unión. Esto se debe a que a la Comisión le preocupan las diferencias regulatorias que habían ido surgiendo por los territorios comunitarios y, según sus conclusiones, tal situación provocaba una mayor inseguridad entre los consumidores, como también a las empresas que incurrían en costes al tener que adaptarse a las distintas legislaciones" en De Verda Y Beamonte, J.r., Muñoz Rodrigo, G., "De la Propuesta de Directiva, 31 octubre 2017, a la Directiva 2019/771, 20 mayo 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes", *Instituto de Derecho Iberoamericano*, 2021, ep. I. (Disponible en: https://idibe.org/tribuna/la-propuesta-directiva-31-octubre-2017-la-directiva-2019771-20-mayo-2019-relativa-determinados-aspectos-los-contratos-compraventa-bienes/ con último acceso el 2/11/2021). "Por todo ello, la nueva Directiva pretende elevar el nivel de armonización instaurado por su predecesora. No obstante, no impone a los Estados miembros una homogeneidad jurídica absoluta, como se anuncia en el precepto 4". "La lectura detenida del precepto (4) pone enseguida sobre la pista de que la armonización plena a la que reiteradamente se alude en la parte expositiva de la Directiva (UE) 2019/771 no es absoluta. De hecho, algunas disposiciones de la propia Directiva contradicen la afirmación de que los consumidores no puedan, tras su transposición, gozar de un diferente nivel de protección en función del Estado miembro al que pertenezcan. Se advierte así una cierta falta de firmeza del legislador europeo en el propósito de lograr esa armonización máxima, dado que la propia norma exceptúa de esta pretensión aquellas cuestiones en que la misma Directiva disponga un margen de actuación diferente a los Estados miembros, lo que sucede en no pocos casos", en Castilla Barea, M., *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores. Estudio de la Directiva (UE)*

de Motivos del RD-ley 7/2021, el objetivo común de lograr un auténtico mercado único digital, aportar seguridad jurídica y reducir los costes de las transacciones.

Junto a la Directiva (UE) 2019/770 y Directiva (UE) 2019/771, se podía haber transpuesto la Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, puesto que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión. Y opinamos esto debido a la obvia conexión que existe entre las tres Directivas, pues esta última "reformula el ámbito de aplicación de la Directiva 2011/83 sobre derechos de los consumidores transpuesta en el TRLGDCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, incluyéndose en la nueva Directiva los servicios digitales y no sólo los contenidos digitales, ciertos contratos sin contraprestación dineraria, el régimen de la información precontractual y del desistimiento en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, entre otras cuestiones relacionadas"[5]; y ello con fundamento en que la Directiva (UE) 2019/2161 contaba con un plazo de transposición hasta el 28 de noviembre de 2021, muy próximo en el tiempo al de las otras dos Directivas (1 de julio de 2021), y, finalmente ha sido transpuesta en el Real Decreto- ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes[6].

Volviendo a las dos Directivas que nos ocupan, 2019/770 y 2019/771, hacemos referencia al mandato del artículo 24 de ambas Directivas. Según el precepto, el 1 de julio de 2021 los Estados miembros de la UE debían tener transpuestos sendos

2019/771 y su transposición por el Real Decreto- ley 7/2021, de 27 de abril, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 39- 40.

Gómez Pomar, F., "El nuevo derecho europeo de la venta a consumidores: una necrológica de la Directiva 1999/44", *InDret*, 4/2019, Universitat Pompeu Fabra: "la Directiva 2019/771 es una directiva de armonización plena o máxima, salvo que en lo preceptos de la propia Directiva se establezca otra cosa". (Disponible en: https://indret.com/el-nuevo-derecho-europeo-de-la-venta-a-consumidores-una-necrologica-de-la-directiva-1999-44/ con último acceso el 2/11/2021).

Marín López, M.J., "Falta de conformidad del bien vendido y derechos del consumidor en la Directiva 2019/771/UE", *Diario La Ley*, 2019, Wolters Kluwer, ep. I. Morais Carvalho, J., ob. cit., p. 932.

5 Cámara Lapuente, S., "Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales. (La transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771)", *Diario La Ley*, 2021, Wolters Kluwer, ep. I.

6 En opinión de Cámara Lapuente, S., ob. cit., ep. I, esta decisión de no transponer las tres Directivas conjuntamente podría ser conveniente para "corregir algunas deficiencias del RDL 7/2021 y modular algunas decisiones en relación con las Directivas 2019/770 y 2019/771".

textos a los ordenamientos nacionales lo que llevo al Gobierno de nuestra Nación a otorgar el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril del presente año. La utilización de este tipo de instrumento de transposición, el Real Decreto-ley, está ampara, según la Exposición de Motivos, en que "España viene cumpliendo de manera consistente con los objetivos de transposición en los plazos comprometidos desde el inicio del establecimiento de los mismos. No obstante, en los últimos años, hechos como la repetición de elecciones generales en 2019, con la consiguiente disolución de las Cortes generales y la existencia de un Gobierno en funciones durante un tiempo prolongado, así como la propagación de la pandemia ocasionada por el COVID-19 desde el primer trimestre de 2020, explican la acumulación de retrasos en la transposición de algunas directivas, que requieren una norma con rango de ley para su incorporación al ordenamiento jurídico interno.

En algunos de estos casos, existe además un riesgo de multa con base en lo establecido en el artículo 260.3 del TFUE, […]. Ante la gravedad de las consecuencias de seguir acumulando retraso en la incorporación al ordenamiento jurídico español de tales directivas, resulta necesario acudir a la aprobación de un real decreto-ley para proceder a dicha transposición, lo que permitirá cerrar los procedimientos de infracción abiertos por la Comisión Europea". Y continúa argumentado la Exposición de Motivos que "en cuanto a la utilización del real decreto-ley, el Tribunal Constitucional ha declarado que la situación de extraordinaria y urgente necesidad que exige, como presupuesto habilitante, el artículo 86.1 de la Constitución Española, puede deducirse «de una pluralidad de elementos», entre ellos, «los que quedan reflejados en la exposición de motivos de la norma». Por su parte, entre la situación de extraordinaria y urgente necesidad que habilita el empleo del real decreto-ley y las medidas contenidas en él debe existir una «relación directa o de congruencia». Por tanto, para la concurrencia del presupuesto de la extraordinaria y urgente necesidad, exige, por un lado, «la presentación explícita y razonada de los motivos que han sido tenidos en cuenta por el Gobierno para su aprobación», es decir, lo que ha venido a denominarse la situación de urgencia; y, por otro, «la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a ella»"

La premura que recogen las líneas de la Exposición de Motivos no se ven reflejadas en la realidad, ¿por qué se ha tardado tanto en hacer dicha transposición, -teniendo en consideración que ambas Directivas entraron en vigor a los veinte días de su publicación- si numerosos artículos que incorpora el RD-ley son una copia literal de las Directivas?

Y para concluir esta introducción anunciamos que en este trabajo se va a estudiar la transposición de la Directiva (UE) 2019/771 al ordenamiento jurídico

español a través del Real Decreto-ley 7/2021 y, en particular, y muy brevemente el ámbito de aplicación, la falta de conformidad, remedios y plazos.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El ámbito de aplicación del Título IV del Libro II del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios se regula en el nuevo artículo 114 (recordamos que en vigor a partir del 1 de enero de 2022), sustituyendo al todavía vigente artículo 115. La nueva redacción conlleva la eliminación del texto del actual artículo 114 TRLGDCU referido al principio de conformidad en la venta de bienes de consumo por el cual "el vendedor está obligado a entregar al consumidor productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto"[7].

El nuevo ámbito de aplicación dispone que están incluidos en el Titulo IV del Libro II del Texto Refundido "los contratos de compraventa de bienes existentes o de bienes que hayan de producirse o fabricarse[8] y los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, incluyéndose como tales todos aquellos que tengan por objeto la entrega de soportes materiales que sirvan exclusivamente como portadores de contenidos digitales"[9]. En consecuencia, observamos que se ha producido una ampliación de este régimen como resultado de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 y, en particular y como novedad, a

7 Este principio general de conformidad en la venta de bienes queda reflejado, teniendo en consideración la ampliación de su contenido, en el texto del nuevo artículo 117.1 TRLGDCU: "el empresario responderá ante el consumidor o usuario de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien, contenido o servicio digital, pudiendo el consumidor o usuario, mediante una simple declaración, exigir al empresario la subsanación de dicha falta de conformidad, la reducción del precio o la resolución del contrato".

8 Martínez Gómez, S., "Novedades (en vigor a partir del 01.01.2022) en el régimen de la compraventa de bienes al consumo tras la transposición de la Directiva (UE) 2019/771 mediante el RD-Ley 7/2021, de 27 de abril", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2021, Universidad de Castilla-La Mancha: Centro de Estudios de Consumo, pp. 5- 6, explica que "se engloban aquellos contratos en los que el empresario- contratista, además de entregar el bien, se obliga con carácter previo a fabricarlo o producirlo contribuyendo a la ejecución de la obra con su trabajo y el suministro de materiales, erigiéndose el *"dare"* frente al *"facere"* como la obligación principal (compraventa sobre bienes futuros, artículo 1271 CC). De esta forma, se estarían excluyendo aquellos contratos en los que el consumidor- comitente aporta los materiales, los cuales son considerados contratos de obra y no de compraventa".

9 El Considerando 17 de la Directiva (UE) 2019/771 explica que el ámbito de aplicación de la misma "debe también extenderse a contratos relativos a bienes que todavía hayan de ser producidos o fabricados, incluso de acuerdo con las especificaciones del consumidor. Por otra parte, una instalación de los bienes podría entrar en el ámbito de aplicación de la presente Directiva si la instalación forma parte del contrato de compraventa y tiene que ser realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad". Esta misma ampliación del ámbito de aplicación del régimen de garantías ha sido adoptada por nuestro derecho nacional.

los bienes con elementos digitales[10] y a los contenidos y servicios digitales[11]. En lo que a nosotros interesa, el artículo 114 recoge las previsiones realizadas por la Directiva (UE) 2019/771 en los apartados primero y segundo de su artículo 3[12].

En cuanto a los supuestos excluidos de este régimen, y en lo que a nosotros afecta – compraventa de bienes-, el apartado segundo del artículo 114 -reflejo del artículo 3.5 Directiva (UE) 2019/771- establece que no será de aplicación el régimen de conformidad a los contratos que tengan como objeto animales vivos y bienes de segunda mano adquiridos en subasta administrativa a la que el consumidor y usuario pueda asistir personalmente –esta previsión ya se recogía en el artículo 115.2 TRLGDCU-. Si comparamos estas exclusiones con las del todavía vigente artículo 115 TRLGDCU deducimos que cuando entre en vigor el nuevo articulado el régimen de garantías sí será aplicable al agua o al gas a pesar de que no estén envasados para la venta en volumen delimitado o cantidades determinadas, y a la electricidad. Todos ellos supuestos excluidos hoy día.

III. CONFORMIDAD DE LOS BIENES

"Los bienes que el empresario entregue al consumidor se considerarán conformes con el contrato cuando se cumplan los requisitos subjetivos y objetivos establecidos que sean de aplicación", esta es la previsión legal que el artículo 115 TRLGDCU realiza respecto a la conformidad de los bienes[13] que, además, "elimina

10 Incluimos los bienes con elementos digitales porque el Considerando 14 de la Directiva (UE) 2019/771 explica que "el término 'bienes' tal como se emplea en la presente Directiva debe entenderse que incluye los 'bienes con elementos digitales' y, por tanto, que se refiere también a cualquier contenido o servicio digital que se incorpore a dichos bienes o se interconecte con ellos de tal modo que la ausencia de dicho contenido o servicio digital impediría que los bienes cumpliesen su función. Los contenidos digitales que se incorporan a un bien o se interconectan con él pueden consistir en cualesquiera datos que se produzcan y suministren en formato digital, como, por ejemplo, los sistemas operativos, las aplicaciones y cualquier otro programa informático. Los contenidos digitales pueden estar preinstalados en el momento de la celebración del contrato de compraventa o, cuando así lo estipule el contrato, instalarse posteriormente. Los servicios digitales interconectados con un bien pueden ser servicios que permiten la creación, el tratamiento, la consulta o el almacenamiento de datos en formato digital, o el acceso a ellos, como por ejemplo, los programas informáticos como servicio que se ofrece en el entorno de computación en la nube, el suministro continuo de datos de tráfico en un sistema de navegación, o el suministro continuo de planes de entrenamiento adaptados individualmente como en el caso de un reloj de pulsera inteligente".

11 Masip, A., "Novedades en la contratación con consumidores y usuarios", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 976/2021, Aranzadi, nos aporta ejemplos de los nuevos supuestos a los que será aplicable este régimen y, como bienes con elementos digitales cita el smartphone y como contenidos y servicios digitales una aplicación o una red social.

12 Como ya enuncia Castilla Barea, M., ob. cit., p. 50, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva los contratos sobre bienes inmuebles y los contratos sobre bienes muebles inmateriales.

13 Vaquer Aloy, A., "El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?", *ADC*, 1/2011, Ministerio de Justicia- BOE, p. 11, explica que "siendo las partes libres de configurar sus respectivas prestaciones como mejor les plazca, la conformidad no es más que la correspondencia de la cosa entregada con el diseño que las partes realizaron de la prestación. Las partes gozan de la máxima discrecionalidad cuando diseñan la prestación. Pues bien, la falta de correspondencia entre la cosa que el vendedor entrega efectivamente y la cosa real tal como fue concebida por las partes en el momento de la perfección del contrato genera la no conformidad de la prestación".

la presunción legal sobre la conformidad del bien con el contrato a la que hacía alusión el artículo 116"[14] TRLGDCU.

Así pues, es necesario que se cumplan los requisitos subjetivos que establece el artículo 115 *bis* y los requisitos objetivos del artículo 115 *ter* para entender que los bienes vendidos son conformes con el contrato. Estas nuevas previsiones son un fiel reflejo del artículo 5 de la Directiva (UE) 2019/771 y seguidamente vamos a detenernos sobre ellos.

Para que el bien sea conforme con el contrato no es necesario que se cumplan todos y cada uno de estos requisitos enumerados en los artículos 115 *bis* y *ter* sino sólo los que sean de aplicación[15].

1. Requisitos subjetivos de conformidad

Los requisitos subjetivos de conformidad se enumeran en el nuevo texto del artículo 115 *bis* TRLGDCU y si lo analizamos podemos observar que es una copia exacta del artículo 6 Directiva (UE) 2019/771[16], por lo que lo argumentado por la doctrina respecto a la Directiva es totalmente válido para el texto nacional.

Primero, es necesario, debido a su novedad, aclarar qué podemos entender por requisitos subjetivos de conformidad y, siguiendo a la doctrina especializada decimos que son los establecidos en el contrato, son las características "que deben presentar los bienes porque así lo disponga el contrato de compraventa o por haber sido requeridas por el consumidor y que el vendedor haya aceptado"[17].

Y, seguidamente, vamos a analizar los requisitos subjetivos del artículo 115 TRLGDCU, que se exigen para que los bienes sean conformes con el contrato y recordamos que no es necesario que se den todos sino sólo aquellos que sea de aplicación, son los siguientes:

"a) Ajustarse a la descripción, tipo de bien, cantidad y calidad y poseer la funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad y demás características que se establezcan en el contrato.

14 Martínez Gómez, S., ob. cit., p. 7.

15 Adelantamos que el artículo 115 *bis* es una copia literal del artículo 6 de la Directiva (UE) 2019/771 y el artículo 115 *ter* del artículo 7 de la Directiva y por ello, Marín López, M.J., ob. cit., ep. IV, señala que "el bien debe reunir los criterios de conformidad que resulten de aplicación, pero no los demás. Y entre los que resulten de aplicación, esta aplicación es cumulativa. Con ello quiere decirse que cabe la aplicación simultánea de varios de estos criterios, en la medida en que todos ellos constituyen mecanismos de determinación e integración del contenido del contrato". Igualmente, Martínez Gómez, S., ob. cit., p. 7.

16 Marín López, M.J., ob. cit., ep. V., explica que "salvo el criterio b), que ya constaba en la Directiva 1999/44/CE (en su artículo 2.2.b), los otros tres son nuevos".

17 De Verda y Beamonte, J.R., Muño Rodrigo, G., ob. cit., ep. IV.1. Marín López, M.J., ob. cit., ep. V.

b) Ser aptos para los fines específicos para los que el consumidor o usuario los necesite y que este haya puesto en conocimiento del empresario como muy tarde en el momento de la celebración del contrato, y respecto de los cuales el empresario haya expresado su aceptación.

c) Ser entregados o suministrados junto con todos los accesorios, instrucciones, también en materia de instalación o integración, y asistencia al consumidor o usuario en caso de contenidos digitales según disponga el contrato.

d) Ser suministrados con actualizaciones, en el caso de los bienes, o ser actualizados, en el caso de contenidos o servicios digitales, según se establezca en el contrato en ambos casos".

Los dos primeros requisitos subjetivos, letras a) y b) del artículo 115 *bis* TRLGDCU ya se encontraban regulados en el todavía vigente artículo 116 TRLGDCU aunque, si bien es cierto, en la nueva redacción se han incorporado conceptos novedosos como el de funcionalidad, compatibilidad e interoperabilidad que se encuentran definidos en el nuevo artículo 59 *bis* TRLGDCU y se ha concretado su redacción aportando seguridad jurídica a ambas partes[18].

Como novedad resaltamos la incorporación de las letras c) y d) del artículo 115 *bis* pues, si se ha pactado en el contrato, el empresario tiene la obligación de entregar los bienes con los accesorios e instrucciones, por ejemplo, de instalación o mantenimiento, y con actualizaciones, como podría ser el caso de los bienes con elementos digitales, es decir, las actualizaciones para nuestro smartwacth[19].

2. Requisitos objetivos de conformidad

Por requisitos objetivos de conformidad podemos entender "aquellos que deben presentar los bienes independientemente de cualquier otra consideración, en función de las características que razonablemente[20] se espera de ellos por ser

18 En el mismo sentido Tur Faúndez, M.n., "El régimen de la falta de conformidad tras la reforma de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios por el Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril", LA LEY mercantil, 83/2021, Wolters Kluwer, ep. I.1.

19 El Considerando 28 de la Directiva (UE) 2019/771 en relación con el suministro de actualizaciones para bienes explica que "los vendedores pueden convenir con los consumidores el suministro de actualizaciones que pueden mejorar y reforzar el elemento del bien constituido por contenidos o servicios digitales, ampliar sus funcionalidades, adaptarlo a los avances técnicos, protegerlo frente a las nuevas amenazas para la seguridad o servir a otros fines. Por lo tanto, la conformidad de los bienes con los contenidos o servicios digitales incorporados o interconectados con ellos también debe evaluarse en función de si el elemento del bien constituido por contenidos o servicios digitales está actualizado de la forma en que se haya estipulado en el contrato de compraventa".

20 El criterio de razonabilidad debe ser objetivamente determinable teniendo en cuenta la naturaleza y la finalidad del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de las partes implicadas, todo ello en virtud del Considerando 24 de la Directiva (UE) 2019/771.

bienes del mismo tipo, así como aquellas que se hayan declarado por el propio vendedor, por la publicidad o el etiquetado"[21].

Entre los requisitos objetivos que figuran el en artículo 115 *ter* TRLGDCU, también copia exacta el artículo 7 de la Directiva (UE) 2019/771, destacamos las siguientes novedades:

Se incorpora en la letra a) la precisión de remisión a "toda norma vigente, toda norma técnica existente o, a falta de dicha norma técnica, todo código de conducta específico de la industria del sector" para comprobar que los bienes son aptos para los fines para los que normalmente se destinen los de un mismo tipo[22].

Otra novedad es la obligación de entregar los bienes junto con sus accesorios, en particular el embalaje y las instrucciones que el consumidor pueda razonablemente esperar[23] y ser conformes con la descripción de la muestra o modelo del bien.

Asimismo, también se incorpora en la letra d) una serie de características, durabilidad, funcionabilidad, compatibilidad y seguridad[24], que presentan normalmente los bienes del mismo tipo y que el consumidor razonablemente puede esperar dada la naturaleza de los bienes y teniendo en consideración la declaración pública realizada por el empresario de los mismos.

Otra de las novedades que se incorporan en el apartado segundo del artículo 115.3 *ter* TRLGDCU es la obligación para el empresario de velar porque se "comuniquen y suministren al consumidor las actualizaciones, incluidas las de seguridad, que sean necesarias para mantener la conformidad" de los bienes con elementos digitales– Considerandos 30 y 31 Directiva (UE) 2019/771-, pensemos por ejemplo, en un teléfono móvil que requiere de las actualizaciones de seguridad para mantener nuestro dispositivo seguro y por lo tanto en conformidad[25]. Y, si el consumidor no instalara en el plazo razonable dichas actualizaciones, el empresario

21 De Verda Y Beamonte, J.r., Muño Rodrigo, G., ob. cit., ep. IV.1.

22 Vaquero Pinto, M.j., "Directiva (UE) 2019/771, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes [DOUE L 136/28, de 20-V-2019]", *Ars Iuris Salmanticensis*, 2/2019, Ediciones Universidad de Salamanca, p. 268.

23 Según Martínez Gómez, S., ob. cit., p. 10, este es el único nuevo requisito objetivo que se incorpora al nuevo texto pues opina que el resto de criterios ya se contemplaban en el texto del todavía vigente artículo 116.1 TRLGDCU. Igualmente, Tur Faúndez, M.n., ob. cit., ep. I.2, "con anterioridad al RD- Ley 7/2021, el art. 116.1. 1a) contemplaba la posibilidad de que la adquisición del producto se hubiera realizado mediante una venta celebrada sobre muestra o modelo, en cuyo caso, la conformidad del producto exigía la adecuación de la cosa objeto del contrato a la muestra o modelo. La inclusión en el régimen de conformidad de los contenidos y servicios digitales hace necesario extender este requisito objetivo a la versión prueba o vista previa del contenido o servicio digital, en los casos en que el contrato se haya realizado en atención a las mismas".

24 Que el artículo 59 *bis* TRLGDCU incorpora estas nuevas definiciones.

25 Castilla Barea, M., ob. cit., p. 329, explica que "el legislador europeo se ha ocupado de equiparar las faltas de conformidad materiales a las digitales dado que es perfectamente posible que el sustrato físico del bien adquirido esté en perfectas condiciones pero no logre funcionar adecuadamente por falta de suministro de actualizaciones de software precisas".

no sería responsable de la falta de conformidad originada por la ausencia de la correspondiente actualización.

3. Instalación incorrecta de los bienes.

El nuevo artículo 115 *quarter* TRLGDCU incorpora de forma más clara y precisa[26] la regulación relativa a la instalación incorrecta de los bienes que ya preveía el artículo 116.2 TRLGDCU.

El nuevo texto del artículo 115 *quarter* TRLGDCU explica que podremos equiparar la instalación incorrecta del bien a la falta de conformidad cuando se dé alguna de las siguientes condiciones: a) que la instalación haya sido realizada por el empresario o bajo su responsabilidad y dicha instalación esté incluida en el contrato; b) que el contrato prevea que la instalación la realice el consumidor; haya sido realizada por éste y la instalación incorrecta se deba a deficiencias en las instrucciones de instalación proporcionadas por el empresario.

IV. MEDIDAS CORRECTORAS POR FALTA DE CONFORMIDAD

El artículo 13 de la Directiva (UE) 2019/771, relativa a las medidas correctoras por falta de conformidad, mantiene la jerarquía de remedio de la Directiva 1999/44/CE por lo que, cuando se aprecie una falta de conformidad, el consumidor puede, en primer lugar, reclamar la puesta en conformidad de lo bienes a través de la reparación o de la sustitución y, en el supuesto de que estos remedios no fueran aplicables por ser imposibles o desproporcionados económica o temporalmente para subsanar la falta de conformidad, el consumidor podrá optar por los remedios de segundo nivel: reducción del precio y resolución del contrato[27].

Esta misma jerarquía era ya prevista en nuestro Texto Refundido (antiguo artículo 118) y el nuevo texto del artículo 117.1 TRLGDCU la mantiene[28] e incorpora algunas novedades como consecuencia de la transposición de la Directiva. Por lo tanto, se reconoce al consumidor el derecho a elegir entre los remedios primarios para la subsanación de la falta de conformidad, reparación o sustitución, y en el supuesto de que alguna de las dos medidas resulte imposible o suponga costes

26 Martínez Gómez, S., ob. cit., p. 10.

27 Izquierdo Grau, G., "Análisis de los remedios de la Directiva (UE) 771, de 20 de mayo de 2019", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 779/2020, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, p. 1594, "Los artículos 13.2 y 3 DCCB imponen claramente un orden jerárquico. Así pues, ante una falta de conformidad, el consumidor debe informar al vendedor para que este tenga la oportunidad de restablecer la conformidad del bien, para así fomentar un consumo razonable y aumentar la durabilidad de los productos (considerandos 50 y 51 DCCB)" y continua explicando que "el establecimiento de una jerarquía de remedios obedece principalmente a los intereses de los vendedores, que tendrán la oportunidad de subsanar la falta de conformidad antes de que el consumidor pueda resolver el contrato".

28 Cámara Lapuente, S., ob. cit., ep. III.7. Tur Faúndez, M.n., ob. cit., ep. IV. 2.

desproporcionados para el empresario, el consumidor podrá optar por los remedios secundarios: reducción del precio o resolución del contrato.

Como novedad se incorpora al TRLGDCU la posibilidad de que el consumidor pueda exigir, además de la ejecución del remedio adecuado, la indemnización de daños y perjuicios, si es procedente.

Igualmente, el régimen general incorpora la posibilidad de que el consumidor ejercite su derecho a suspender el pago de cualquier parte pendiente del precio del bien hasta que el empresario cumpla con las obligaciones acordadas en el contrato. Este derecho parece compatible con los cuatro remedios pero nos preguntamos si realmente es armonizable con la reducción del precio y la resolución del contrato[29].

1. Reparación o sustitución de los bienes

El régimen jurídico de la puesta en conformidad se regula en el artículo 118 TRLGDCU y establece lo que ya hemos enunciado *ut supra* y lo que su predecesor artículo 119 ya estipulaba, que "si el bien no fuera conforme con el contrato, para ponerlo en conformidad, el consumidor o usuario tendrá derecho a elegir entre la reparación[30] o la sustitución[31], salvo que una de estas dos opciones resultare imposible o que, en comparación con la otra medida correctora, suponga costes desproporcionados para el empresario, teniendo en cuenta todas las circunstancias y entre ellas - el valor que tendrían los bienes si no hubiera existido falta de conformidad y la relevancia de la falta de conformidad- así como la medida correctora alternativa se podría proporcionar sin mayores inconvenientes para el consumidor"[32].

Para analizar si el remedio elegido es apropiado frente al otro hay que ver si es imposible o desproporcionado. La sustitución puede ser imposible cuando el

29 Esta nueva medida es original de la Directiva (UE) 2019/771 pues la Directiva 1999/44/CE no la preveía.

Cámara Lapuente, S., ob. cit., ep. III.7, considera que "la decisión del RDL 7/2021 generará graves incertidumbres acerca de la compatibilidad de esa facultad de suspender el pago en relación con todos los remedios (o solo con algunos), su conexión con la facultad electiva del remedio por el consumidor; la forma de poner en práctica la facultad, etc.". De la misma opinión Marín López, M.J., ob. cit., ep. IX. Martínez Gómez, S., ob. cit., p. 12.

Izquierdo Grau, G., ob. cit., p. 1618, aporta algo de claridad a esta nueva medida y considera que "parece que la facultad de suspensión de pago del precio pendiente o de cualquier parte del importe tiene sentido en aquellos casos en que el consumidor haya anticipado una parte del precio antes de la entrega del bien o que se haya pactado el pago del precio a plazos. En estos casos, de apreciarse una falta de conformidad el consumidor podrá suspender su obligación de pago hasta que los bienes sean puestos en conformidad".

30 Según el artículo 1.2.f) Directiva 1999/44/CE debe entenderse por reparación, en caso de falta de conformidad, poner el bien de consumo en un estado que sea conforme al contrato de venta.

31 Torrelles Torrea, E., "Art. 119", (Dir. Cámara Lapuente, S), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, 2011, p. 1092, "la sustitución supone un intercambio de productos, la entrega de un *tantundem*, el producto no conforme se cambia por otro conforme lo pactado".

32 Este artículo deviene del artículo 13.2 de la Directiva (UE) 2019/771.

vendedor no cuente con el bien, totalmente idéntico, que vendió al consumidor, por ejemplo, un teléfono móvil que antes de que acabe su periodo de garantía se avería y el vendedor no cuenta con más modelos de ese teléfono por diversas circunstancias, ¿el vendedor debería en estos supuestos comprar ese mismo modelo a otro vendedor para llevar a cabo la sustitución del bien? ¿No sería más adecuado en esos supuestos optar por la resolución del contrato o la reducción del precio si todavía no se ha terminado de pagar? Otra situación en la que sería difícil llevar a cabo la sustitución sería en la compraventa de bienes de segunda mano. Respecto a la imposibilidad de llevar a cabo la reparación podríamos imaginar aquellos supuestos en los que, a pesar de realizar la reparación, el bien no está puesto en conformidad o en los supuestos en los que la reparación supondría unos gastos muy elevados para el vendedor siendo mejor opción ejercitar la sustitución o, incluso, los supuestos en los que el vendedor ya no cuente con piezas de repuesto para llevar a cabo la reparación. En consecuencia, parece que cuando nos referimos a la imposibilidad o desproporción lo estamos haciendo en términos económicos y materiales[33].

En cuanto a la forma de llevar a cabo la reparación o la sustitución para la puesta en conformidad del bien se mantiene y actualiza lo dispuesto en el antiguo artículo 120 TRLGDCU, nuevo artículo 118.4 TRLGDCU. Estas medidas correctoras serán gratuitas para consumidor, incluyendo todos los gastos necesarios en los que se incurra para que el bien sea puesto en conformidad y, en particular, los gastos de envío, transporte, mano de obra o materiales – la finalidad de esta premisa es que el consumidor no se vea disuadido del ejercicio de sus derechos -. Deberán llevarse a cabo en un plazo razonable y realizarse sin mayores inconvenientes para el consumidor, teniendo en consideración la naturaleza de los bienes y la finalidad para la que hubieran sido adquiridos. Respecto al consumidor existe la obligación de poner a disposición del empresario el bien para que éste recupere el bien sustituto bajo sus expensas de la forma que menos inconvenientes cause al consumidor.

En el caso de que la reparación o la sustitución requiera retirar los bienes que han sido instalados para ponerlos en conformidad, será de cuenta del empresario, según lo dispuesto en el artículo 118.6 TRLGDCU, la retirada de los no conformes y la instalación de los bienes sustituidos o reparados, así como los costes de dicha retirada e instalación.

2. Remedios de segundo grado: reducción del precio y resolución del contrato

La reducción del precio y la resolución del contrato son remedio subsidiarios o secundarios a los que únicamente podremos acudir en los casos contemplados en el artículo 119 TRLGDCU.

33 Izquierdo Grau, G., ob. cit., p. 1597.

El nuevo texto del artículo 119 TRLGDCU ha introducido una mejoría notable en la regulación del régimen jurídico de la reducción del precio y resolución del contrato que ofrece una mayor seguridad jurídica tanto para consumidores como para vendedores respecto del anterior artículo 121 TRLGDCU.

A partir del 1 de enero de 2022 el consumidor podrá exigir una reducción proporcionada del precio o la resolución del contrato si nos encontramos ante cualquiera de estos supuestos: a) Si la medida correctora utilizada para poner los bienes en conformidad resultara imposible o desproporcionada teniendo en consideración el valor que tendrían los bienes si no hubiera existido falta de conformidad y la relevancia de esa falta de conformidad; b) Si el empresario no hubiera llevado a cabo la reparación o la sustitución de los bienes; no la hubiera llevado a cabo bajo sus expensas y de la forma que menos inconvenientes causara al consumidor; cuando no haya asumido los costes de retirar e instalar los bienes sustituidos o reparados o; cuando no lo haya hecho en un plazo razonable siempre que el consumidor hubiera solicitado la reducción del precio o la resolución del contrato; c) Si el empresario ya hubiera intentado poner en conformidad los bienes y después apareciera cualquier otra falta de conformidad[34]; d) Si la falta de conformidad es de tal gravedad que justificara inmediatamente ejercitar la reducción del precio o la resolución del contrato y; e) si el empresario hubiera declarado, o así se pudiera deducir de las propias circunstancias del caso, que no podría poner los bienes en conformidad en un plazo razonable y sin inconvenientes para el consumidor[35].

A) Reducción del precio

Según la doctrina lo que se pretende a través del ejercicio de la reducción del precio "es el reajuste en el sistema de equivalencia sinalagmático de las prestaciones contractuales y, a diferencia de la resolución del contrato, la reducción del precio favorece la conservación del contrato, puesto que aquella conlleva el desistimiento contractual y, en consecuencia, la devolución de las prestaciones contractuales, es decir, la cosa entregada y el precio"[36].

Se mantiene el criterio seguido por el artículo 122 TRLGDCU en el nuevo artículo 119 *bis* TRLGDCU para la venta de bienes, siendo la reducción del precio proporcional a la diferencia existente entre el valor que le bien hubiera tenido en

34 Castilla Barea, M., ob. cit., p. 356, considera que "excluir la posible sumisión del consumidor a un nuevo intento de reparación o sustitución, invocando el tener literal del artículo 13.4 b) DCCB y del artículo 119.d) TRLGDCU resulta favorable para el interés del consumidor que la interpretación que permitía nuestra normativa anterior al Real Decreto-ley 7/2021 y puede encontrar, además, un importante apoyo en el principio de máxima armonización de la Directiva (UE) 2019/771".

35 Este régimen común a la reducción del precio y a la resolución del contrato se refleja de forma literal en el artículo 13.4 Directiva (UE) 2019/771.

36 Izquierdo Grau, G., ob. cit., p. 1624.

el momento de la entrega de haber sido conforme con el contrato y el valor que el bien tenga en el momento de la entrega[37].

B) Resolución del contrato

El nuevo articulado del Texto Refundido incorpora una regulación concreta para llevar a cabo la resolución del contrato en el artículo 119 *ter* TRLGDCU[38], que exige, además de los requisitos comunes a la reducción del precio que se enumeran en el artículo 119 TRLGDCU, que el consumidor ejerza el derecho a resolver el contrato mediante una declaración expresa al empresario en la que indique su voluntad de resolverlo por lo que cabe, a mi entender, la posibilidad de resolución extrajudicial del contrato, y además, se exige que dicha falta de conformidad no sea de escasa importancia, siendo el empresario quien deberá probarla si quiere evitar la resolución del contrato[39].

Si la falta de conformidad sólo se refiere a algunos de los bienes entregados y siempre y cuando haya motivos para su resolución, el consumidor podrá resolver el contrato sólo respecto de los bienes no conformes –resolución parcial[40]- y, en relación a los restantes bienes podrá resolverlo si no se puede razonablemente esperar que el consumidor los acepte conservar.

Cuando se lleve a cabo la resolución del contrato de compraventa de bienes el empresario tendrá la obligación de reembolsar al consumidor el precio pagado por el bien una vez que lo haya recibido o el consumidor le haya aportado prueba suficiente de que lo ha devuelto. Y el consumidor tendrá la obligación de restituir el bien al empresario a expensas de este último, por lo que el coste de la restitución lo asume el vendedor. Ambas obligaciones deben cumplirse simultáneamente para no causas desequilibrios entre las partes.

V. PLAZOS

En este apartado vamos a hacer referencia a los principales cambios temporales que han sufrido los plazos del Título IV del Libro II del TRLGDCU.

Respecto al plazo para la manifestación de la falta de conformidad o plazo de garantía legal, regulado en el artículo 120 TRLGDCU, ha sufrido un aumento

37 En similares términos el artículo 15 Directiva (UE) 2019/771.

38 Lo mismo ocurre en la Directiva (UE) 2019/771 que incorpora el artículo 16 relativo a la resolución del contrato de compraventa respecto de su predecesora y, que reitero que se ha plasmado de igual forma en nuestro texto nacional.

39 Cámara Lapuente, S., ob. cit., ep. III.7. Tur Faúndez, M.n., ob. cit., ep. IV.3.C).

40 Marín López, M.j., ob. cit., ep. IX.2. Tur Faúndez, M.n., ob. cit., ep. IV.3.C).

respecto de la normativa todavía vigente hoy (2 años - artículo 123 TRLGDCU)[41] y, en el caso de compraventa de bienes, con o sin elemento digital, suministrados en un único acto o varios actos individuales, será de tres años desde la entrega del bien. Si se trata de bienes de segunda mano, el consumidor y empresario podrán pactar un plazo inferior a tres años pero siempre deberá ser superior a un año desde la entrega[42].

Asimismo, también se modifica el plazo de presunción de preexistencia de la falta de conformidad del bien que en el antiguo artículo 123 TRLGDCU era de seis meses desde la entrega del bien y que pasará a ser de dos años (artículo 121 TRLGDCU). En el caso de bienes de segunda mano ocurre lo mismo que en los supuestos de garantía legal y se podrá pactar un plazo que vaya de uno a dos años. Durante este espacio temporal se produce una inversión de la carga de la prueba que exige al empresario probar que el bien era conforme con el contrato en el momento de la entrega para poder exonerarse de responsabilidad[43].

En cuanto al plazo para llevar a cabo los reembolsos por parte del empresario en los supuestos de reducción del precio y resolución del contrato en los contratos de compraventa de bienes se deberá ejecutar sin demora indebida y en todo caso en un plazo de catorce días contados a partir del momento en que el empresario recibió el bien o desde que el consumidor aportara prueba de que ha devuelto los bienes. Esta nueva regla se introduce en el artículo 119 *quarter* TRLGDCU.

El plazo de prescripción de la acción de responsabilidad por falta de conformidad ha aumentado de tres a cinco años desde la manifestación de la falta de conformidad (artículo 124 TRLGDCU). Así pues, el plazo de prescripción de tres años consignado en el vigente artículo 123.4 TRLGDC ha sufrido una ampliación que le hace coincidir con la regla de prescripción general para las acciones personales establecida en el artículo 1964 CC.

El nuevo artículo 125 TRLGDCU regula la acción contra el productor y de repetición, de la misma forma que el todavía vigente artículo 124 TRLGDCU y, establece que cuando al consumidor le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse al empresario por la falta de conformidad, podrá reclamar directamente al productor con el fin de que el bien sea puesto en conformidad. El productor responderá en los mismos plazos y condiciones que los establecidos

41 El Considerando 41 Directiva (UE) 2019/771 permite a los Estados miembros, con el fin de garantizar la flexibilidad para mejorar el grado de protección de los consumidores, prever plazos más largos que los establecidos en la Directiva (UE) 2019/771 para la responsabilidad del vendedor.

42 En virtud del Considerando 43 Directiva (UE) 2019/771 se establece que los Estados miembros "deben permitir a las partes que convengan un período de responsabilidad o plazo de prescripción más breve para dichos bienes" y argumenta esta decisión amparándose en que el acuerdo contractual entre las partes aumenta la libertad contractual y garantiza que el consumidor deba ser informado tanto de que el bien es de segunda mano como de la reducción del período de responsabilidad o plazo de prescripción.

43 Tur Faúndez, M.N., ob. cit., ep. V.1.a).

para el empresario cuando la falta de conformidad se refiera al origen, identidad o idoneidad de los bienes, de acuerdo a su naturaleza y finalidad y, ello, dará lugar a que quien haya respondido frente al consumidor pueda repetir frente al responsable de la falta de conformidad en el plazo de un año contado a partir del momento en que se ejecutó la medida correctora.

También ha sufrido un aumento temporal el plazo durante el cual el productor garantizará repuestos y ha aumentado de los cinco años propuestos en el artículo 127.1 TRLGDCU a diez años en la nueva redacción del artículo 127.1 *bis* TRLGDCU a partir de la fecha en la que el bien deje de fabricarse. E inversamente y, por último, se ha reducido el plazo para ejercer el derecho de recuperación de los bienes entregados por el consumidor al empresario para su reparación a un año frente a los tres previstos por el antiguo artículo 127.3 TRLGDCU.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Cámara Lapuente, S., "Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales. (La transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771)", *Diario La Ley*, 2021, Wolters Kluwer.

Castilla Barea, M., *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores. Estudio de la Directiva (UE) 2019/771 y su transposición por el Real Decreto- ley 7/2021, de 27 de abril*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

De Verda Y Beamonte, J.r., Muñoz Rodrigo, G., "De la Propuesta de Directiva, 31 octubre 2017, a la Directiva 2019/771, 20 mayo 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes", *Instituto de Derecho Iberoamericano*, 2021. (Disponible en: https://idibe.org/tribuna/la-propuesta-directiva-31-octubre-2017-la-directiva-2019771-20-mayo-2019-relativa-determinados-aspectos-los-contratos-compraventa-bienes/ con último acceso el 2/11/2021).

Gómez Pomar, F., "El nuevo derecho europeo de la venta a consumidores: una necrológica de la Directiva 1999/44", *InDret*, 4/2019, Universitat Pompeu Fabra. (Disponible en: https://indret.com/el-nuevo-derecho-europeo-de-la-venta-a-consumidores-una-necrologica-de-la-directiva-1999-44/ con último acceso el 2/11/2021).

Izquierdo Grau, G., "Análisis de los remedios de la Directiva (UE) 771, de 20 de mayo de 2019", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 779/2020, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, pp. 1591- 1645.

Marín López, M.j., "Falta de conformidad del bien vendido y derechos del consumidor en la Directiva 2019/771/UE", *Diario La Ley*, 2019, Wolters Kluwer.

Martínez Gómez, S., "Novedades (en vigor a partir del 01.01.2022) en el régimen de la compraventa de bienes al consumo tras la transposición de la Directiva (UE) 2019/771 mediante el RD-Ley 7/2021, de 27 de abril", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2021, Universidad de Castilla-La Mancha: Centro de Estudios de Consumo. (Disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Novedades_en_el_regimen_de_la_compraventa_de_bienes_al_consumo_tras_la_transposicion_de_la_Directiva_2019-771.pdf con último acceso el 14/11/2021).

Masip, A., "Novedades en la contratación con consumidores y usuarios", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 976/2021, Aranzadi.

Morais Carvalho, J., "Contratos de compraventa de bienes (Directiva 2019/771) y suministro de contenidos o servicios digitales (Directiva 2019/770) – Ámbito de aplicación y grado de armonización", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1/2020, Universidad Carlos III de Madrid.

Torrelles Torrea, E., "Art. 119", (dir. Cámara Lapuente, S.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, 2011, pp. 1090- 1097.

Tur Faúndez, M.n., "El régimen de la falta de conformidad tras la reforma de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios por el Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril", LA LEY mercantil, 83/2021, Wolters Kluwer.

Vaquer Aloy, A., "El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?", *ADC*, 1/2011, Ministerio de Justicia- BOE, pp. 5- 40.

Vaquero Pinto, M.j., "Directiva (UE) 2019/771, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes [DOUE L 136/28, de 20-V-2019]", *Ars Iuris Salmanticensis*, 2/2019, Ediciones Universidad de Salamanca.

CONTROL DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA Y CAUSAS DE SU INEFICACIA

TRANSPARENCY CONTROL IN DISTANCE CONTRACTS AND CAUSES OF ITS INEFFICIENCY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 874-889

Javier
FERNÁNDEZ-
REGATILLO
VEGA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Las instituciones de la Unión Europea y los legisladores nacionales llevan años centrando sus esfuerzos en ofrecer protección al consumidor. En este sentido, las leyes ofrecen cada vez mayores garantías. Sin embargo, la era digital y la generalización de la contratación a distancia han supuesto un desafío mucho más complicado de salvar. En este artículo se estudia la normativa vigente en España desde el punto de vista de la transparencia contractual y se compara con los casos pequeños y reales a los que los consumidores se enfrentan en su vida diaria, analizando por qué una regulación tan exhaustiva no resulta eficaz para sortear estos obstáculos que multiplican la vulnerabilidad del consumidor.

PALABRAS CLAVE: Control de transparencia; protección al consumidor; contratación a distancia.

ABSTRACT: *For years, European institutions and national legislators have been focusing on offering consumers the appropriate protection. In this sense, the law is offering more and more guarantees. However, the digital age we live on and the increase of distance contracts have presented a much more difficult challenge to overcome. From the perspective of contractual transparency, this article studies the current regulation in Spain and compares it with the everyday small-cases that consumers actually face in their daily lives, analyzing why such an exhaustive regulation is not effective in overcoming these obstacles that amplify the consumer vulnerability.*

KEY WORDS: *Transparency control; consumer rights; distance contracts.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. TRANSPARENCIA. CONCEPTO Y REGULACIÓN.- 1. De la contratación con consumidores y las Condiciones Generales de Contratación. Control de abusividad.- 2. Concepto de transparencia. Regulación y especialidades respecto a la Teoría General. III. ESPECIALIDADES DE LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA.- 1. Información precontractual y requisitos formales.- 2. Contratación telefónica.- 3. Contratación vía electrónica.- 4. Conclusiones parciales sobre la regulación de la contratación a distancia. IV. INEFICACIA PRÁCTICA EN CASOS REALES.- 1. Seguro de vehículo, periodo de carencia oculto entre las condiciones accesorias.- 2. Paquete vacacional con el precio sujeto al cumplimiento de determinadas condiciones.- 3. Obstáculos a un control de transparencia eficaz y posibles medidas correctoras.- V. CONCLUSIONES.

I.- INTRODUCCIÓN

Hace ya muchos años que la contratación en masa y los contratos predispuestos se convirtieron en práctica habitual. A pesar de que desde una perspectiva negocial el ciudadano medio se haya acostumbrado a convivir con ellos, lo cierto es que jurídicamente aún siguen definiéndose los límites admisibles desde el punto de vista de la protección al consumidor. Sin embargo, antes de haber conseguido resolver y unificar los criterios contradictorios en la actualidad jurisprudencial, se está consolidando un tipo de contratación a distancia que, sin ser tan nueva como podría pensarse, ha pasado de ser lo excepcional a lo común. Por ello, es urgente conseguir dar una respuesta a cómo, en la práctica, se ven comprometidos los derechos de los consumidores en el marco de una sociedad globalizada en la que las empresas predisponentes son cada vez más grandes. El objetivo de este estudio será acudir a las fuentes normativas y, en relación con la experiencia profesional de mi propio despacho, tratar de analizar las claves para blindar y garantizar el respeto a esos derechos del consumidor. La elección del control de transparecencia responde en parte al auge que, sobre todo en materia hipotecaria, se ha vivido los últimos años, pero también a su propia naturaleza indetectable, siendo que descansa y se fundamenta precisamente en factores como la oscuridad y la distorsión del objeto del contrato. ¿Cómo puede detectarse lo que se pretende que pase desapercibido con el ánimo de fomentar la contratación cuando el empresario y el consumidor están separados por kilómetros pero al mismo tiempo sólo a un clic de distancia? El legislador está poniendo sus mejores esfuerzos en tratar de prevenir esta situación, pero la aplicación de la normativa se está revelando altamente ineficaz en el día a día del tráfico jurídico cotidiano.

• Javier Fernández-Regatillo Vega
Abogado en ejercicio

II.- TRANSPARENCIA. CONCEPTO Y REGULACIÓN.

1. De la contratación con consumidores y las Condiciones Generales de Contratación. Control de abusividad.

Para hablar de transparencia es necesario circunscribirse primero a la contratación con consumidores en la que los contratos están conformados por cláusulas predispuestas que ya se han generalizado como Condiciones Generales de Contratación. Este tipo de cláusulas cuentan con su propia norma reguladora en España, que mediante la ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación vino a transponer al Ordenamiento jurídico español el contenido de la directiva europea 93/13 del Consejo de Europa. En tanto que no es éste el objeto principal de este estudio, baste sintetizar los cuatro requisitos identificativos que permiten reconocer que se está ante una condición general de contratación, punto de partida y premisa necesaria para abordar el concepto de transparencia.

Así, conforme al artículo 1.1 de la LCGC, los rasgos que permiten identificar las condiciones generales de contratación y que ya han sido interpretados unánimemente por los tribunales españoles son:

Contractualidad: se refiere a que deben formar parte de las obligaciones asumidas por las partes más allá de las que nacen del mandato de una norma imperativa.

Predisposición: su redacción es anterior a los tratos precontractuales.

Imposición: la cláusula no es negociada. Su inclusión es unilateral por la parte predisponerte, siendo consustancial al bien o servicio objeto de la contratación.

Generalidad de contratos: forma parte de modelos contractuales diseñados para aplicarse en masa a una pluralidad de contratos.

El escaso margen de maniobra que estas cláusulas dejan al consumidor origina un desequilibrio patente que justifica la intervención del legislador para proporcionar especial protección en estos casos a quien se encuentra en situación de inferioridad. El fundamento, casi mandato, parece descansar en el artículo 6.1 de la directiva 93/13, cuya letra dice que "Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas". Sin embargo, con anterioridad a la promulgación de este texto, la propia Constitución

Española ya establecía en su artículo 51 la posición del poder público como garante de los derechos de consumidores y usuarios.

La clave de este fundamento último reside en dar con las herramientas eficaces que se adapten a las cambiantes formas de contratación, donde la proliferación de los contratos predispuestos ha llevado a articular los mecanismos para llevar a cabo el control de abusividad. Respecto a este control, resulta capital la firmeza con la que el TJUE afirma que corresponde al juez nacional apreciar de oficio la abusividad de las cláusulas contractuales[1]. Para ello, el legislador español ha desglosado este control en el control de incorporación y el de contenido, que se resume de la siguiente manera:

En cuanto al control de incorporación, el artículo 5 LCGC regula los requisitos de incorporación de las cláusulas al contrato, para lo que pone el acento en la información ofrecida por el predisponente y en el conocimiento de la misma por parte del consumidor. Termina exigiendo que su redacción ha de ceñirse "a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez", para concluir que "las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho". Aparece por tanto aquí la primera referencia al papel de la transparencia en la validez de las cláusulas predispuestas, destacada hasta el punto de hacerla requisito esencial bajo sanción de nulidad sin que se haya aclarado aún por el legislador su contenido. El artículo 7 LCGC, por su parte, excluye la incorporación de las cláusulas sobre las que no haya tenido conocimiento completo el consumidor, así como expresamente las que presenten una naturaleza "ilegible, ambigua, oscura e incomprensible", aspectos todos ellos sobre los que nuevamente es necesaria interpretación que los acote.

El control de contenido, por su parte, bajo la denominación genérica "de abusividad", se desarrolla principalmente en los artículos 80 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Así, el artículo 82 se refiere a "prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato". El artículo 80 habla de que las cláusulas deberán cumplir, para no se consideradas abusivas, los requisitos de "Concreción, claridad

1 La STJUE de 21 de febrero de 2013 (C-472/11), concerniente a un contrato de la entidad Banif Plus Bank Zrt. en Hungría, no sólo establece el control de oficio, sino que lo extiende a la obligación judicial de promover y acordar las diligencias de prueba necesarias para dilucidad la posible abusividad, amparándose para ello en la precaria situación del consumidor respecto a la empresa, tanto desde el punto de vista de la capacidad negociadora como de acceso a la información. En el mismo sentido, la STJUE de 14 de junio de 2012 (C-618/10) frente al Banco Español de Crédito. Ambas sentencias citan otras que demuestran la consolidación del criterio.

y sencillez en la redacción", lo que de alguna manera establece una conexión clara y directa con el quinto apartado del artículo 5 LCGC al referirse a los requisitos de incorporación.

Se observan, por lo tanto, en ambos filtros, referencias a un tercer elemento de control basado en la transparencia. A priori, el de transparencia podría dar la impresión de moverse a caballo entre ambos controles, pero el Tribunal Supremo le reconoce independencia respecto a ambos[2].

2. Concepto de transparencia. Regulación y especialidades respecto a la Teoría General.

Para dibujar la transparencia no cuenta el Derecho español con una definición que esté recogida en una norma sustantiva. Todas las menciones, principalmente las señaladas con anterioridad, hablan de forma indirecta de una "redacción clara y comprensible", lo que presenta la incerteza propia de las fórmulas vagas, abstractas y subjetivas. Una vez más, han sido los Tribunales los que han venido a suplir esta carencia urgidos por la necesidad que impone la práctica: "el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó"[3].

Paradójicamente, como tantas veces sucede, una definición de seis líneas tal vez no sea un ejemplo de transparencia. Tras todas estas palabras, lo que quiere decir el Tribunal Supremo es que para que haya transparencia en una cláusula el consumidor tendrá que conocer tanto la carga económica (precio) como jurídica (consecuencias o alcance de las obligaciones que asume y cómo se relacionan entre ellas).

El problema se trata entonces de determinar el alcance de este control y cuándo la falta de transparencia altera "de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado" el consumidor. No es otra cosa que el tradicional vicio en el consentimiento trasladado a los contratos en masa. Lo que parece fuera de toda duda es que, ya sea a la hora de contratar un circuito vacacional, un préstamo hipotecario o de alquilar un vehículo, el consumidor conoce a grandes rasgos lo que está consintiendo, al menos desde una perspectiva simplificada y limitada

2 La célebre sentencia del pleno del Tribunal Supremo nº 241/2013, de 9 de mayo de 2013 (Rollo de casación 485/2012), separa con claridad el control de transparencia, cuyo doble análisis realiza una vez superado el de incorporación y con carácter previo al de contenido. Sintetiza su argumentación en las páginas 41 y 42 de la resolución, aunque se trata de una cuestión sobre la que cabe un amplio debate.

3 STS de 9 de marzo de 2017

al objeto del contrato. Lo que hay que analizar es cuándo ese consentimiento genérico, mayoritario o principal es suficiente y cuándo no.

Esta distinción la hace desde un primer momento el artículo 4.2 de la Directiva 93/13[4]. Lo que este precepto establece es una clara diferenciación entre aquellas cláusulas de carácter esencial y las de carácter accesorio. Sobre las primeras sí habrá de practicarse el control de transparencia y, sólo si lo superan, el de contenido[5]. Las accesorias, dada su menor incidencia en el contrato e incluso la presunción de que no son leídas con detenimiento por el consumidor, no precisan ser transparentes y se procede directamente al control de contenido. Para determinar qué cláusulas son esenciales, el TJUE tiene establecido que corresponde a los juzgadores nacionales, "atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones del contrato de préstamo y a su contexto jurídico y de hecho, apreciar si la cláusula de que se trata constituye un componente esencial de la prestación del deudor…"[6], entendiendo como esencial todas las que caracterizan el objeto principal del contrato.

En resumen, el control de transparencia se aplica a aquellas condiciones esenciales que afectan al objeto principal del contrato e influyen en el conocimiento por parte del consumidor del precio del contrato y sus consecuencias. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea aborda este control desde el punto de vista de la información suministrada y la publicidad de la misma. Este mecanismo se refleja claramente en varios pronunciamientos que el propio Tribunal incluye en su sentencia de 20 de septiembre de 2017 (C-186/16): "…esta exigencia (…) no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical, sino que, por el contrario, toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, esa exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales, y por ende de transparencia, debe entenderse de manera extensiva"; "incumbe al juez nacional (…) verificar que, en el asunto de que se trata, se comunicaron al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo. Desempeñan un papel decisivo en dicha apreciación, por una parte,

4 "4.2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

5 El Tribunal Supremo, analizando préstamos hipotecarios, ha llegado a validar cláusulas potencialmente abusivas (limitativas del tipo de interés, referenciadas a IRPH) tras constatar que se trataba de cláusulas transparentes sobre las que el consumidor había comprendido el alcance de su consentimiento, de modo que queda vinculado por el mismo. (i.e. STS de 1 de diciembre de 2017 o 14 de diciembre de 2017). Esta decisión entraría en aparente contradicción con el contenido del artículo 86 LGDCU, supuestos a los que no alcanzaría esta convalidación. Existe debate abierto entre ambas posiciones.

6 Sentencia TJUE de 26 de febrero de 2015 (C-143/13)

la cuestión de si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de forma que permitan a un consumidor medio, a saber, un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, evaluar tal coste y, por otra parte, la falta de mención en el contrato de crédito al consumo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato"; "es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información".

A la vista de las citas reproducidas, se concluye que el eje sobre el que ha de pivotar la transparencia es el de la información: primero durante la negociación previa al contrato desde el punto de vista de la publicidad de las cláusulas; después sobre el funcionamiento de cada cláusula en relación al resto (consecuencias). En este sentido, los Tribunales españoles se han enfrentado ya a todo tipo de casuística que dificulta la extracción de conclusiones absolutas más allá de la premisa indicada. En la Teoría General de Contratos cualquier falta u ocultación de información daría lugar a hablar de un vicio en el consentimiento, que siempre ha de analizarse caso por caso y que acabaría dando lugar a la nulidad del contrato (artículo 1265 del Código Civil).

En materia de Consumidores, sin embargo, no se atiende a si la cláusula fue efectivamente comprendida en el caso concreto, sino a la idoneidad de la publicidad e información suministrada para la comprensión del consumidor medio[7]. Así, lo que al comienzo de este epígrafe era un concepto abstracto e indeterminado, gracias al vehículo de la información, alcanza un grado de control objetivo cuya sanción no afecta a la validez del contrato tal y como ocurre entre particulares, sino que supone exclusivamente la nulidad de lo no consentido (artículo 5.5 LGCC).

III.- ESPECIALIDADES DE LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA

Aunque la tendencia es a pensar que la contratación a distancia es cosa de los últimos años, el Código Civil ya regula estos contratos en su artículo 1.262. Los fundamentos, por tanto, no son nada revolucionario o novedoso. La proliferación de las nuevas tecnologías, aunque también la venta telefónica entra dentro de este tipo de contratación, es lo que ha motivado la especial regulación fruto de la necesidad de protección de un consumidor que ha visto multiplicadas sus vulnerabilidades.

7 En este sentido, la última de las citas utilizadas anteriormente y extractadas de las STJUE de 20 de septiembre de 2017 (C-186/16)

Se entenderá realizada a distancia, de acuerdo al artículo 92.1 LGDCU[8], cualquier contratación en la que concurran, acumuladamente, estos tres requisitos: existencia de un sistema organizado de contratación, distancia geográfica entre empresario y consumidor y utilización exclusiva de técnicas de comunicación a distancia.

1. Información precontractual y requisitos formales.

Se ha señalado ya en este trabajo que el eje central y razón de ser de la transparencia es la información proporcionada al consumidor. A estos efectos, el artículo 97 LGDCU es muy clarificador y, si bien la forma de hacerlo variará en función de la modalidad elegida, al menos enumera con precisión todos los aspectos del contrato celebrado a distancia a los que debe alcanzar la información suministrada al consumidor.

El artículo 98 LGDCU[9], por su parte, bajo el título de "Requisitos formales de los contratos a distancia", pone de manifiesto el interés del legislador en proteger al consumidor. Ello es así por la contradicción que supone romper con la tradición de libertad de forma que consagra el Código Civil, en la que los contratos se perfeccionan con el mero consentimiento (artículo 1254).

El primer requisito formal que se regula es precisamente el relativo a la información exigida en el artículo 97.1 LGDCU. A continuación, especialmente para los casos en los que la contratación implica una obligación de pago para el consumidor, será necesario que al menos la información relativa a las características principales del objeto del contrato, el precio total y la duración de las obligaciones asumidas por el adherente sea puesta a su disposición con anterioridad al consentimiento. El esmero y detalle puesto en especificar la forma de la puesta a disposición para garantizar que resulten accesibles y comprensibles al consumidor no parece que responda tanto a que sea un elemento esencial del contrato como a asegurar el llamado control de incorporación.

El resto del artículo recoge requisitos específicos de la contratación telefónica y electrónica, pero como el propio precepto incluye una remisión expresa de compatibilidad con la ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, se analizará en el apartado correspondiente.

2. Contratación telefónica.

En los apartados 5 y 6 del artículo 98 LGDCU se detallan los requisitos parciales de la contratación telefónica, siendo quizás lo más destacable que se

8 Equivalente a los recogidos en el artículo 2.7 de la Directiva europea 2011/83

9 Equivalente al artículo 8 de la Directiva europea 2011/83

pospone el momento de la vinculación del consumidor más allá del acuerdo de voluntades, siendo imprescindible la aceptación expresa. Ésta tendrá lugar cuando el empresario confirme la oferta al consumidor por escrito en cualquier soporte de naturaleza duradera. De acuerdo al artículo 98.7 LGDCU, esta confirmación deberá proporcionarse como muy tarde al momento de entrega de los bienes o al comienzo de ejecución del servicio. De este modo, el contrato no se perfecciona ni despliega su eficacia hasta que tenga lugar esta exigida aceptación del clausulado, conservando el consumidor intactos todos los derechos que tiene reconocidos por la normativa. A este respecto, requiere especial mención el de desistimiento, que se extenderá durante doce meses adicionales si no se produce la confirmación o catorce días naturales desde el momento en que se produjera si es que tiene lugar con retraso. En cualquier caso, la confirmación por escrito constituye un elemento esencial para la formación del contrato, hasta el punto de que el artículo 110.1 LGDCU permite la anulación del mismo si falta este requisito.

3. Contratación vía electrónica.

En este tipo de contratación, más extendida hoy en día que la telefónica, han de aplicarse los requisitos de confirmación que ya se referían anteriormente en el artículo 98.7 LGDCU. Sin embargo, la regulación más específica de la ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico[10], lo que hace es matizar esta exigencia en la mayoría de los casos, de la forma en que se dirá.

Esta ley distingue entre las comunicaciones comerciales por vía electrónica (artículos 19 a 22) y la contratación electrónica propiamente dicha (artículos 23 a 29). Lo más destacado sin duda es la confirmación por parte del artículo 23.1 LSSI de que para que los contratos desplieguen todos sus efectos será necesario un consentimiento cualificado, esto es, deberá concurrir junto con "los demás requisitos necesarios para su validez".

El aspecto que más interés se pone en regular es, cómo no, el relativo a la información contractual y las condiciones generales de contratación que, conforme al artículo 27.4 LSSI, deben ser puestas a disposición del consumidor con carácter previo a la contratación y no sólo eso, sino que lo han de ser "de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario". No creo que éste requisito se cumpla en muchas ocasiones ni que siempre se encuentren en lugares accesibles de la web. En cualquier caso, el mismo precepto puesto en relación con el artículo 98.4 LGDCU facilita que, si esta información precontractual cubre la exigida en el artículo 97.1 LGDCU, la confirmación posterior del contrato quede reducida a una simple comunicación por el empresario.

10 Promulgada para transponer el contenido de la Directiva europea 2000/31

Adicionalmente, el artículo 28 LGDCU obliga al empresario oferente a confirmar al consumidor la recepción de la aceptación de la oferta, que es el acuse de recibo que habitualmente llega al correo electrónico tras cualquier contratación electrónica.

En todo caso, esta regulación tiene un carácter general y los contratos electrónicos pueden requerir de distintas interpretaciones en función de su propia modalidad o naturaleza. Así, la contratación de un servicio de streaming se ejecuta completamente en la red, mientras que la compra de una silla habrá de completarse necesariamente con la entrega física en el domicilio. Ni siquiera todos los contratos se completan íntegramente en el sitio web, exigiéndose en ocasiones actuaciones adicionales del consumidor a través del correo electrónico. Del mismo modo, pueden requerirse pagos mediante tarjeta bancaria, transferencia o servicios de pago derivado (PayPal, ApplePay) que incluso suponen una nueva contratación electrónica en sí mismos. Por ello, la contratación electrónica se compone de distintas fases (al menos preparatoria, de perfección y de ejecución) que, dependiendo de su modalidad, van a requerir respuestas diferentes del Derecho.

4. Conclusiones parciales sobre la regulación de la contratación a distancia.

Es cierto que la exigencia de este tipo de requisitos formales para la contratación a distancia viene a solucionar algunos de los principales problemas que plantea este tipo de contratación. Estoy pensando, por ejemplo, en la falta de reflexión por parte del consumidor, fruto de la inmediatez de la comunicación. Más importante si cabe, regulando de manera tan exhaustiva, se evita también la omisión de la información no elemental[11], que sobre todo por teléfono es casi imposible de cubrir y menos aún de manera accesible. Sin embargo, en la búsqueda de garantizar la transparencia, uno se pregunta si no se está incurriendo en una tutela excesiva del consumidor, especialmente si se considera que para ello se están modificando algunas de las instituciones más básicas del Ordenamiento, como es la libertad de forma y la perfección mediante el consentimiento. Es más, cabe preguntarse también hasta qué punto se está desnaturalizando la contratación a distancia, en especial cuando una de sus ventajas más atractivas es precisamente la inmediatez en su ejecución. En cualquier caso, lo más importante de todo, a la vista de la casuística que llega a los Tribunales, puede que sea que se ha optado por centrar la regulación en la protección excesiva del consumidor frente a un traslado de la responsabilidad a las empresas. Lo que quiero decir es que el legislador ha impuesto por imperativo legal una transparencia formal que,

11 En los casos en los que la técnica de comunicación empleada supone algún tipo de limitación espacio-temporal, el propio artículo 98.4 LGDCU reduce la información exigida a las "*características principales de los bienes o servicios, la identidad del empresario, el precio total, el derecho de desistimiento, la duración del contrato y, en el caso de contratos de duración indefinida, las condiciones de resolución*".

en la práctica, impide el acceso a una transparencia material de comprensión por parte del consumidor. Las empresas predisponentes cumplen exhibiendo en algún lugar del proceso de contratación web la información exigida, cuya aceptación es necesaria para poder continuar el proceso, de modo que el consumidor medio acepta sin leer. La razón por la que no se plantean más controversias de este tipo ante la jurisdicción es porque la contratación a distancia está tan implantada que la mayor parte de las transacciones realizadas tienen una cuantía económica que hacen antieconómica la defensa por parte del consumidor. Por esta causa, y porque es contradictorio asumir que un consumidor que necesita tanta protección por parte del legislador va a tener la diligencia de leer y entender las condiciones de contratación cuando sólo quiere comprar unos zapatos o ver una película, pienso que si se quiere garantizar la transparencia real debería de trasladarse el enfoque desde la protección al consumidor hasta la exigencia al empresario.

IV.- INEFICACIA PRÁCTICA EN CASOS REALES

Hasta la fecha, la inmensa mayoría de las cuestiones sobre la transparencia a las que se han enfrentado los Tribunales es en relación a productos financieros. Los préstamos hipotecarios aún requieren de escritura pública, por lo que no entran dentro del radio de acción de la contratación telemática. Sin embargo, su protocolo de comercialización no es tan diferente del de los préstamos personales o las tarjetas de crédito, que cada vez pueden contratarse más rápido desde dispositivos móviles. Rapidez e inmediatez son siempre enemigas de la transparencia, de ahí muchos de los especiales requisitos que se exigen por el legislador, pero lo cierto es que el ciudadano del siglo XXI carece de las herramientas para exigir transparencia en una sociedad en la que predominan las contrataciones predispuestas y, en su mayoría, carecen de la trascendencia económica que exige la ley aunque no lo diga expresamente.

Planteo a continuación el ejemplo de dos cláusulas por las que me han consultado en el despacho y frente a las que no se llegó a actuar:

1. Seguro de vehículo, periodo de carencia oculto entre las condiciones accesorias.

Tengo un cliente con un *quad* en el pueblo que sólo utiliza cuando está de vacaciones. Lo que hace es asegurarlo únicamente los días que lo va a usar. En el caso del ejemplo, del 1 al 7 de abril. La tarde anterior, se sienta en el sofá para comparar precios y acaba contratando con la compañía Axa para una semana. Al día siguiente, día 1, lo para la Guardia Civil mientras circula con el vehículo y le pone una multa de doscientos euros por no ir asegurado.

Cuando vino al despacho supuse que el problema sería que no había dado tiempo a que la aseguradora diera de alta el contrato y que sería fácil de acreditar. Al analizar la póliza observo que la cláusula 2 establece claramente que la duración del contrato va del 1 de abril de 2019 al 7 de abril de 2019. Sin embargo, la cláusula 17 decía: "Ninguna de las coberturas tendrá efecto hasta transcurridas 24 horas desde la contratación del seguro, momento en el que entrará en vigor el contrato". La redacción es clara y comprensible. Lo que ocurre es que se trata de una de ésas cláusulas que el Tribunal Supremo llama sorpresivas porque se esconden entre las accesorias y dificultan que el consumidor se percate de su existencia. Por lo tanto, sigue siendo una falta de transparencia porque afecta a un elemento tan esencial del contrato como es la duración del mismo.

En este caso, lo transparente hubiera sido especificar que la duración iba desde el día 2 hasta el 7, o quizás incluir la salvedad de la cláusula 17 en la misma cláusula de duración a la que afecta. A posteriori, es irrelevante la información que le mostraran en la pantalla del móvil al consumidor al momento de contratar, ni plantearse si hubiera o no contratado. El problema del consumidor cuyos derechos se han visto vulnerados es que cualquier asesoramiento profesional le va a suponer un desembolso adicional que no se le va a reintegrar ni siquiera en el caso de éxito procesal, haciendo antieconómica su defensa. El coste del servicio de restitución del derecho es mayor que el perjuicio sufrido, lo que hace que para el predisponerte sea rentable la falta de transparencia en este caso.

2. Paquete vacacional con el precio sujeto al cumplimiento de determinadas condiciones

Unos clientes contrataron una oferta de última hora en una agencia de viajes online que les ofertaba un ochenta y cinco por ciento de descuento: cuatro días y tres noches con desayuno incluido en un hotel de cinco estrellas en Lanzarote. En esta ocasión, la última cláusula del contrato era la que escondía la trampa: "Los precios ofertados están sujetos a que los huéspedes hagan uso de los servicios de comida y cena del restaurante del hotel". Ni siquiera en esta cláusula se menciona el precio real del paquete.

Los clientes se enteraron de esta circunstancia al llegar al hotel, cuando en recepción les informaron de que la tarifa real era casi cinco veces la que ellos creían haber contratado y de que para acceder al precio bonificado tendrían que utilizar el restaurante del hotel. Sorprendidos, o más bien acorralados, trataron de cumplir las condiciones y acabaron sobrepagando cenas de cincuenta euros el cubierto y una factura final de alrededor de novecientos euros.

Cuando regresó a casa, esta pareja ya estaba lo bastante disgustada con el precio de sus vacaciones como para asumir la responsabilidad de tomar la iniciativa

en otra reclamación. La inacción ante la vulneración de derechos es uno de los efectos de una regulación que carga al consumidor con la obligación de poner en funcionamiento los mecanismos para su defensa. La cláusula afecta al contenido principal del contrato y tiene una redacción comprensible, pero está escondida. El consumidor marca que ha leído las condiciones generales cuando es mentira, consiente y a partir de ahí empieza el partido perdiendo. Mientras no se demuestre y sentencie otra cosa, el operador podrá hacer con él lo que le plazca.

3. Obstáculos a un control de transparencia eficaz y posibles medidas correctoras.

Este tipo de prácticas se suceden. Ocurre con empresas que no cumplen con la obligación del artículo 98.3 LGDCU de informar acerca de las limitaciones en la entrega a domicilio de los productos. Es habitual en las suministradoras de materiales para obras, que los dejan en la calle sin que el consumidor pueda reaccionar ni desistir al verse de improviso en mitad de la acera con una mercancía que ya ha pagado y el suelo de su casa levantado. Estos casos se producen porque, incluso cuando esta información se suministra, no se hace con la debida transparencia. Sucede también con las tarifas promocionadas durante los primeros meses de un servicio de telecomunicaciones, o con las renovaciones automáticas de los servicios de streaming.

Eso da lugar al otro gran problema que presenta la práctica más allá del carácter antieconómico de la mayoría de reclamaciones: la incertidumbre de la fase probatoria. El TJUE tiene establecido el control de oficio de la transparencia por parte de los jueces y la obligación de promover y acordar las diligencias de prueba necesarias[12]. La dificultad es que la facilidad probatoria es del empresario, puesto que es quien custodia los servidores en los que esta prueba se aloja o los registros de las grabaciones de las llamadas de contratación telefónica. Ello, de por sí, plantea serias dudas sobre la posible manipulación, pero también existen sobre la práctica de la prueba electrónica en general.

Los esfuerzos del legislador en regular la prueba electrónica no han fructificado. El legislador nacional se ha centrado especialmente en la firma electrónica, que incluso contó con su propia ley[13], aunque los problemas que plantea la prueba de naturaleza informática deben entenderse en un sentido más amplio. En este sentido, la realidad de los tribunales pasa por que se presentan como prueba impresiones de correos electrónicos o capturas de pantalla de una página web que en realidad no acreditan nada en sí mismas más allá de que las partes convengan

12 STJUE de 21 de febrero de 2013 (C-472/11)

13 Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica que transpuso la ya derogada Directiva 1999/93 por la que se establecía un marco comunitario para la firma electrónica, hoy sustituida por el Reglamento de la UE 910/2014.

en admitirlas. Se presentan como documentos tradicionales, bajo la regulación que la LEC hace de los documentos privados, y es cierto que nada impide su valoración conforme a la sana crítica, pero también lo es que en la Administración de Justicia se debe aspirar a trabajar con mayores grados de certeza.

Para ello, se deberían desarrollar más algunas herramientas que volteen el reparto actual de la carga probatoria. Mientras el consumidor tenga que contratar a un perito informático para poder afrontar con relativas garantías la fase de prueba porque carece de acceso real a los servidores que la alojan, su validación efectiva seguirá estando en manos del empresario incumplidor. En este sentido, a la idea del Registro CCGG le falta desarrollo desde el punto de vista de su utilidad práctica para el consumidor. No es razonable dejar en manos de alguien al que el legislador considera tan vulnerable como para proteger la facultad de acudir a consultar este tipo de registro a la hora de contratar. El mismo fundamento de información vigente puede mantenerse imponiendo al predisponerte la obligación de dar publicidad no sólo a su existencia, sino informando de manera expresa a sus clientes, antes de contratar, de las cláusulas que incluye su contrato que pudieran ser abusivas y que, de hecho, en otras ocasiones han sido anuladas mediante fallo judicial. Eso sí sería transparencia contractual.

Tampoco es descabellado, con los medios actuales, promover la creación de una sede electrónica estatal, una plataforma en la que las compañías que quieran operar a distancia deban darse de alta y en la que queden registradas todas las transacciones electrónicas que ocurren en las webs y apps de esas compañías, de modo que se produzca un volcado automático que acredite qué y cómo se reflejaba en la *web* en el momento de la contratación. Así, si en el futuro se produjera una controversia, sería esta especie de Notaría electrónica la que facilitaría la prueba necesaria y lo haría sin género de duda, sin grandes costes ni esfuerzos para el consumidor, mediante un documento público que no dependería de ninguna de las partes.

V.- CONCLUSIONES

Tras realizar una aproximación a las fuentes normativas que regulan la contratación a distancia y contrastarlas con la experiencia profesional planteada en mi propio despacho, las conclusiones provisionales que fueron formuladas en el cuerpo de este artículo sólo pueden consolidarse. Resultan de lo más llamativo las exigencias formales que rompen con la tradición de la teoría general por la que los contratos se perfeccionan con el consentimiento. Sin ir más lejos, en aras a garantizar la información al consumidor para asegurar la transparencia, el artículo 23 de la ley de sociedades de la información dice claramente que habrán de concurrir "el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su

validez". Se trata por tanto de un consentimiento cualificado, que al tiempo que pretende proteger al consumidor, trata de minimizar efectos no deseados como la contratación impulsiva o irreflexiva. Sin embargo, los requisitos de información, tal y como están regulados, juegan en contra del propio consumidor. Es así porque garantizan la transparencia formal y, bajo esta apariencia, dificultan el control de una comprensión efectiva por el consumidor, que ha de ser el objetivo principal previo a la contratación. En realidad, el bombardeo de información al que la propia legislación obliga lo que hace es fomentar la confusión del consumidor al tiempo que se blinda al empresario predisponerte, que parece haber cumplido facilitando esa información. Resulta contradictorio transformar las reglas tradicionales en materia de contratación con el pretexto de la vulnerabilidad del consumidor cuando a la vez se asume que ese mismo consumidor vulnerable que requiere protección va a ser capaz de procesar toda esa información para prestar un consentimiento válido y consciente.

Esa ineficacia de la regulación se confirma en la práctica a través de dos grandes obstáculos: el carácter antieconómico de la mayoría de las reclamaciones y las dificultades probatorias que han de sortearse y cuya iniciativa y financiación ha de correr a cuenta de la parte más débil. A la espera de dotar al consumidor de herramientas útiles que le faciliten la prueba en los procesos, quizás sea el momento de dar la vuelta al enfoque que se le ha venido dando a la regulación: dejar de centrarse en la protección al consumidor y focalizarse en la exigencia al predisponerte, buscando asegurar que los incumplimientos tengan consecuencias reales. Si hay consenso sobre cuál es el eslabón más débil, lo lógico es cargar el peso sobre el más fuerte. De nada sirven las normas técnicamente más perfectas del mundo si las empresas pueden permitirse especular en sus presupuestos con la falta de transparencia como un activo más del que obtener un rendimiento económico que, en definitiva, les sale a cuenta.

NUEVOS DESAFÍOS CONTRACTUALES: ELEMENTOS Y NATURALEZA (DE SERVICIOS) DE LAS RELACIONES DE «COMPLIANCE» Y DE «DATA MONITORING»

NEW CONTRACTUAL CHALLENGES: ELEMENTS AND SERVICE NATURE OF COMPLIANCE AND DATA MONITORING RELATIONSHIPS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 890-917

Juan Carlos
VELASCO
PERDIGONES

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Determinados ordenamientos especiales han propiciado la creación de nuevas relaciones profesionales carentes de regulación en el ordenamiento jurídico-privado: la relación de «Compliance» y la de «data monitoring». La primera deriva de las reformas del Código Penal (2010 y 2015) con el establecimiento «ex novo» de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la necesidad de un órgano de supervisión, vigilancia y control que establezca medidas idóneas para prevenir los delitos (art. 31 bis CP) —oficial de cumplimiento normativo o «compliance officer»—. La segunda, del marco jurídico impuesto por el Reglamento (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016 (en adelante RGPD) (art. 37 y ss.) y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre (en adelante LOPDGDD) (art. 34 y ss.) con el deber de designación, por parte de los responsables y encargados del tratamiento, de un delegado de protección de datos. La atipicidad de las relaciones contractuales entre ambos profesionales conlleva a la necesaria búsqueda de solución de sus aspectos configuradores más elementales.

Así, el objeto del presente trabajo se circunscribe en el análisis de los elementos más significativos de las citadas relaciones: concepto y elementos del contrato (consentimiento, objeto y causa). Como cierre, se presenta un análisis del contrato de prestación de servicios como naturaleza definidora de ambas relaciones, recurriéndose a la exégesis de la regulación vigente (en el CC) y a las propuestas efectuadas en torno a dicho contrato [Propuestas de reforma del Código Civil y Anteproyecto de Código Mercantil; «Principles of European Contract Law (PECL)», «Principles of European Law Service Contract (PEL SC)» y «Draft Common Frame of Reference (DCFR)»; «Common European Sales Law (CESL)»; y, Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía].

PALABRAS CLAVE: Contrato, compliance officer, data monitoring, delegado de protección de datos, contrato de prestación de servicios.

ABSTRACT: *Specific unique legal systems have led to the creation of new professional relationships that are unregulated in private law: the "compliance" and "data monitoring" relationships. The former derives from the reforms of the Criminal Code (2010 and 2015) with the establishment "ex novo" of the criminal liability of legal persons and the need for a supervisory, monitoring and control body that establishes suitable measures to prevent crimes (art. 31 bis PC) - compliance officer. The second is the legal framework imposed by the GDPR (Art. 37 et seq.) and the LOPDGDD (Art. 34 et seq.) with the duty of data controllers and data processors to appoint a data protection officer. The atypical nature of the contractual relations between professionals leads to the necessary search for a solution to their most elementary aspects.*

The object of the present work is limited to the analysis of the most significant elements of the relations mentioned above: concept; aspects of the contract (consent, object and cause). Finally, an analysis of the agreement for the provision of services is presented as the defining nature of both relationships, making use of the exegesis of the current regulation (in the CC) and the proposals made regarding this contract (Proposals for the reform of the Civil Code and the Preliminary Draft of the Commercial Code; "Principles of European Law Service Contract (PEL SC)" and "Draft Common Frame of Reference (DCFR)"; Common European Sales Law (CESL); and the European Code of Contracts of the Academy of Pavia).

KEY WORDS: *Contract, compliance officer, data monitoring, data protection officer, service contract.*

SUMARIO.- I. PROEMIO II. NUEVAS REALIDADES PROFESIONALES 1. El «compliance officer» A) Art. 31 bis CP B) Circular 1/2016 FGE 2. El «data protection officer» A) A) Reglamento (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016 B) Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre III. EL CONTRATO DE «COMPLIANCE» 1. Aproximación al concepto 2. Los elementos del contrato A) Consentimiento B) Objeto C) Causa IV. EL CONTRATO DE «DATA MONITORING» 1. Aproximación al concepto V. ELEMENTOS COMUNES: REFLEXIONES 1. Consentimiento 2. Objeto 3. Causa VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMO NATURALEZA DEFINITORIA Y COMÚN DE AMBAS REALIDADES 1. Código Civil vigente 2. Propuestas de reforma del Código Civil 3. Anteproyecto de Código Mercantil 4. «Principles of European Contract Law (PECL)», «Principles of European Law Service Contract (PEL SC)» y «Draft Common Frame of Reference (DCFR)» 5. «Common European Sales Law (CESL)» 6. Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía VII. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. PROEMIO

Nuevas realidades jurídicas han propiciado la creación de otros ámbitos profesionales, de los que el ordenamiento jurídico-privado ha de dar respuesta. El reconocimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica, introducida mediante las sucesivas reformas del Código Penal en los años 2010[1] y 2015[2], ha supuesto el origen de una nueva realidad social y económica: los servicios de cumplimiento normativo o de «Compliance»[3]. Habitualmente, estos servicios son prestados por profesionales que han recibido una específica formación y, que la Circular 1/2016 FGE los identifica con el oficial de cumplimiento normativo o «compliance officer»[4].

El nacimiento de nuevas necesidades corporativas, como consecuencia del cambio de rumbo del principio «societas delinquere non potest» (ex art. 31 bis CP), ha impulsado una novedosa forma de relacionarse en el plano profesional. La demanda de los servicios de «Compliance» y el naciente crecimiento de un sector oferente hace necesaria la profundización en las particularidades de su relación

1 Vid. art. 31 bis CP Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010).

2 Vid. art. 31 bis CP Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015).

3 Vid. Velasco Perdigones, J.C: «¿Nuevos horizontes en el Derecho de Daños?: Responsabilidad civil y compliance officer. Primeras notas de la investigación», en AA.VV., *Desafíos actuales del Derecho,* (coord. A. Valencia Sáiz y A. Pastor García), Editorial EUMED, Málaga, 2020, pp. 589-590.

4 La FGE, en interpretación de la condición segunda del apdo. 2 art. 31 bis CP, concluye que el órgano de supervisión de la prevención de delitos al que se refiere el precepto es un órgano de cumplimiento (oficial de cumplimiento o «compliance officer» que, dependiendo del tamaño de la persona jurídica, podrá configurarse por una o varias personas, con la suficiente formación y autoridad. Vid. apdo. 5.4 Circular 1/2016 FGE, p. 24 (Referencia: FIS-C-2016-00001).

• Juan Carlos Velasco Perdigones
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Civil
Universidad de Cádiz
juancarlos.velasco@uca.es

jurídica. La puesta en el mercado de los servicios de «Compliance» ha generado un punto de inquietud e inseguridad para los operadores jurídicos, sobre todo ante el desconocimiento de los elementos que integrarán las relaciones jurídico-contractuales en esta nueva prestación profesional.

Por otro lado, el novedoso marco jurídico de la protección de datos personales —art. 37 y ss. RGPD; art. 34 y ss. LOPDGDD—, también, ha motivado la génesis, en el ordenamiento jurídico español, de unos servicios «ex novo» hasta el momento: los de «monitoreo de datos» o «data monitoring»[5]. El Reglamento 2016/679, de 27 de abril de 2016 y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre impone a los responsables y encargados del tratamiento de los datos personales el deber de designar, en determinados supuestos, a un Delegado de Protección de Datos (DPD) o *Data Protection Officer (DPO)*, incrementándose en los últimos años la demanda de sus servicios profesionales.

El objeto de la investigación se ciñe en exponer y analizar determinados elementos de la eventual relación jurídica que pueden entablar el oficial de cumplimiento normativo o «compliance officer» y el delegado de protección de datos o «data protection officer». Es decir, estudiar, a partir de la práctica profesional y de la nueva regulación, el régimen jurídico-contractual de unas relaciones profesionales carentes de reglamentación típica, concretándose en: i) la aproximación al concepto de contrato[6]; y, ii) sus elementos esenciales (consentimiento, objeto y causa)[7]. Se finaliza con el examen de la naturaleza jurídica, de si el contrato de prestación de servicios puede satisfacer las necesidades de estas realidades profesionales[8]. Se deja fuera, por ser materia de otros trabajos, aspectos como el contenido de la relación contractual[9].

Para la consecución de lo propuesto, se parte de una exégesis normativa de algunos de los criterios hermenéuticos recogidos en el art. 3.1 CC (antecedentes, gramática y finalidad). En primer lugar, de la norma penal y del ordenamiento de protección de datos se han de extraer el fundamento y naturaleza de las figuras profesionales, para posteriormente aproximarnos a la hipotética relación contractual. Una vez esbozada la relación jurídico-contractual, resultará menos oneroso profundizar en los elementos objeto de estudio.

5 Acerca de esto, vid. Velasco Perdigones, J.C: «Apuntes sobre la figura del Delegado de Protección de Datos (DPD) y su particular posición contractual», *Actualidad civil,* 2021, 1.

6 Vid. apdo. III (y IV) 1.

7 Vid. apdo. V.

8 Vid. apdo. V.

9 Para una mayor profundidad vid. Velasco Perdigones, J.C: «La actividad de gestión del Oficial de cumplimiento: contrato y propuesta de contenido», *RCDI,* núm. 784, 2021, pp. 1252-1276; Velasco Perdigones, J.C: «El contrato de servicios con el delegado de protección de datos: propuesta de contenido», *Aranzadi Doctrinal,* núm. 2, 2021.

En relación a las fuentes a utilizar para lo pretendido, en el ámbito del *Compliance* se ha de partir del art. 31 bis CP y de la Circular 1/2016 FGE[10]. La labor de integración y exégesis de la realidad contractual de «Compliance» ha de efectuarse teniendo en cuenta el ordenamiento general de obligaciones y contratos, la doctrina más autorizada y la jurisprudencia. A diferencia de lo anterior, en la esfera del «data monitoring» se ha de tener en cuenta la regulación de la protección de datos —RGPD y LOPDGDD[11]—, que, de igual forma, deberán ser puestas en relación con las normas del derecho de obligaciones y contratos, la jurisprudencia y la doctrina. Para abordar la naturaleza jurídica de las relaciones profesionales, y dotar de amplitud al trabajo, la exégesis se efectúa sobre la base del decimonónico art. 1544 CC y de las propuestas patrias y supranacionales formuladas en torno al contrato de prestación de servicios[12].

II. NUEVAS REALIDADES PROFESIONALES

1. El oficial de cumplimiento normativo o «compliance officer»

A) Art. 31 bis CP

La norma penal carece de mención expresa al oficial de cumplimiento normativo o «compliance officer». Lo único que determina es la responsabilidad penal de las personas jurídicas en dos supuestos concretos[13]; la eventual exención o atenuación de una condena[14]; una referencia a las personas jurídicas de pequeñas dimensiones[15]; y, los requerimientos que han de cumplir los modelos de organización y gestión a los que se refiere la condición 1ª apdo. 2 art. 31 bis CP[16]. De éstos, ha de ser objeto de interés la reglamentación relativa a la exención o atenuación de una hipotética pena.

A este respecto, el apdo. 2 art. 31 bis CP regula las condiciones que han de concurrir para que una persona jurídica quede exenta (o en determinados supuestos atenuación) de una consecuencia penal: i) la adopción y ejecución con eficacia (antes de la comisión delictiva) modelos de organización y gestión que incluyan medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos; ii) la encomienda de la supervisión del funcionamiento y cumplimiento de tales modelos a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa

10 Vid. apdos. A) y B) (II.1.).

11 Vid. apdos. A) y B) (II.2.).

12 Vid. apdos. V. 1-7.

13 Vid. letras a) y b) apdo. 1 art. 31 bis CP.

14 Vid. apdo. 2 art. 31 bis CP.

15 Vid. apdo. 3 art. 31 bis CP.

16 Vid. apdo. 5 art. 31 bis CP.

y control (o quien la tenga encomendada legalmente); iii) los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos; y, iv) ausencia de toda omisión o ejercicio insuficientes de las funciones de supervisión, vigilancia y control por el órgano autónomo de supervisión.

De este entramado de requisitos no se concluye con claridad la necesaria existencia de un oficial de cumplimiento normativo, sino de un órgano supervisor con unas abstractas funciones: supervisión del funcionamiento y cumplimiento de los modelos de organización y gestión[17]. Lo que sí aparece con una mayor nitidez son las condiciones de independencia y autonomía («poderes autónomos de iniciativa y control») que debe reunir el órgano supervisor, compartiéndose tal nota característica (entre otras) con la de cualquier profesional[18].

B) Circular 1/2016 FGE

Ante la imprecisión terminológica del art. 31 bis CP, la FGE despeja toda duda acerca del citado órgano supervisor: «la norma se está refiriendo a un órgano de cumplimiento (oficial de cumplimiento o "compliance officer")»[19] lo más independiente posible[20]. Este podrá ser interno (lo que facilitaría el contacto diario con la corporación) o externo (que denotará una mayor eficacia, nivel de independencia y confidencialidad)[21].

La FGE identifica indirectamente como perfil profesional (anglosajón y carente en nuestras fronteras) al órgano supervisor con poderes autónomos de iniciativa y control al que alude la condición 2ª apdo. 2 art. 31 bis CP. Sin embargo, el perfil comparte la mayoría de notas características que identifica la doctrina como comunes de una profesión: independencia técnica, formación, deontología, remuneración, relación de confianza, entre otros aspectos[22]. Además, la sociedad[23], algunos autores[24] y el propio sector[25] acogen esta realidad sin ambages, catalogándose al oficial de cumplimiento normativo de profesional (eso sí, necesitado de cierta regulación jurídica).

17 Sobre la delimitación de las funciones vid. Velasco Perdigones, J.C: «La actividad de gestión», cit. pp. 1254-1262.

18 Vid. Cervilla Garzón, M.D: *La prestación de servicios profesionales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 24-52.

19 Apdo. 5.4 Circular 1/2016 FGE, p. 24.

20 Apdo. 5.4 Circular 1/2016 FGE, p. 25.

21 Apdo. 5.4 Circular 1/2016 FGE, pp. 24-25.

22 Vid. Cervilla Garzón, M.D: *La prestación,* cit., pp. 24-52.

23 V.gr. «Carreras profesionales en compliance», KPMG (2018); «el secreto profesional del responsable de cumplimiento normativo o "compliance officer"», Diario CincoDías (30/07/2020).

24 Vid. v.gr. AA.VV., *El compliance officer, ¿un profesional en riesgo?,* Profit, Barcelona, 2018.

25 V.gr. vid. las diferentes propuestas de estatutos profesionales de las asociaciones de cumplimiento normativo: «el estatuto general de la profesión de compliance officer» de CUMPLEN; el «Libro blanco sobre la función de Compliance» (Introducción, apdo. 6.1 y 6.3) de la Asociación Española de Compliance; el «Estatuto Profesional para el Oficial de Cumplimiento» de la World Compliance Association.

2. El delegado de protección de datos o «data protection officer»

A diferencia del oficial de cumplimiento normativo, el delegado de protección de datos dispone de regulación que, quizás, sea insuficiente. Nos referimos al Reglamento (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016[26] —Sección Cuarta— y la LO 3/2018, de 5 de diciembre[27] —Capítulo Tercero.

A) Reglamento (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016

El art. 37 RGPD impone un deber al responsable[28] y encargado del tratamiento[29]: la designación de un delegado de protección de datos, siempre que concurran las siguientes condiciones: i) tratamiento llevado a cabo por una autoridad u organismo público (a excepción de los tribunales jurisdiccionales); ii) las actividades principales del responsable o del encargado consistan en operaciones de tratamiento que requieran de una observación habitual y sistemática de interesados a gran escala; y, iii) las actividades principales del responsable o del encargado consistan en el tratamiento a gran escala de categorías especiales de datos personales (según art. 9 y 10).

El apdo. 6 del citado precepto menciona las posibilidades de contratación profesional: «podrá formar parte de la plantilla del responsable o del encargado del tratamiento o desempeñar sus funciones en el marco de un contrato de servicios». En relación al contrato de servicios, este queda reconocido expresamente en la norma como instrumento contractual, a pesar de su escasa regulación en el ordenamiento patrio. El ordenamiento de protección de datos remite de forma genérica a dos supuestos: i) a la relación laboral (derivándose la subordinación del precepto); y; ii) al contrato de prestación de servicios, sin más detalle.

Por último, la Sección finaliza con las «funciones del delegado de protección de datos» (art. 39), sucintamente: i) informar y asesorar (función esencial); ii) supervisar el cumplimiento de las normas y políticas de protección de datos, asignación de responsabilidades, concienciación, formación y auditorías; iii) cooperación con la autoridad de control; y, iv) servir de punto de contacto de la autoridad de control[30].

26 DOCE de 4 de mayo de 2016.

27 BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

28 El apdo. 7) art. 4 RGPD lo define: «persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros».

29 El encargado del tratamiento o encargado queda definido en el apdo 8) art. 4 RGPD: «la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento».

30 Sobre sus funciones, para una mayor profundidad, vid. Recio Gayo, M: *El estatuto jurídico del Data Protection Officer,* Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 145-168.

B) Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre

Por su parte, la LOPDGDD amplía algunos aspectos: i) detalla los supuestos en los que hay que designar al profesional (art. 34); ii) recalca la necesidad de cualificación y remite el RGPD (art. 35); iii) cuál ha de ser su posición (ante la AEPD, en la organización; confidencialidad y secreto profesional); y, iv) su intervención en caso de reclamación ante las autoridades de protección de datos (art. 37).

Nada advierte la norma patria sobre cómo ha de ser la relación jurídica entre los responsables y encargados del tratamiento con el delegado de protección de datos, aventura que emprende el legislador supranacional sin conocer el ordenamiento particular de cada Estado miembro.

III. EL CONTRATO DE «COMPLIANCE»

1. Aproximación al concepto

El contrato, que eventualmente une al oficial de cumplimiento normativo y a la persona jurídica, puede definirse como aquel por el que una persona cualificada se compromete respecto a otra a diseñar, elaborar y/o colaborar con la implantación de los modelos de organización y gestión a los que se refiere la condición 1ª apdo. 2 (y 5) art. 31 bis CP, y/o a la prestación de los servicios de cumplimiento (supervisión, vigilancia y control) a cambio de un precio[31].

El concepto es extraído del fundamento de las funciones de «Compliance» y del objeto contractual: i) diseño, elaboración y/o colaboración en la implantación de los modelos de organización y gestión; ii) la actividad de gestión; y, iii) el precio.

IV. EL CONTRATO DE «DATA MONITORING»

1. Aproximación al concepto

La Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995[32] habilitó la posibilidad de que los Estados miembros pudiesen configurar un encargado (de la protección de datos) independiente que se cerciorase de que los tratamientos efectuados no atentaran contra los derechos y libertades de los interesados. España no utilizó la facultad prevista; en cambio, sí tuvieron esa experiencia Alemania, Francia, Suecia,

31 Velasco Perdigones, J.C: *La responsabilidad civil del compliance officer* (tesis doctoral), Universidad de Cádiz, p. 29.

32 DOCE de 23 de noviembre de 1995.

Países Bajos, Luxemburgo, Eslovaquia, Estonia y Hungría, convirtiéndose en la antesala de la actual realidad profesional[33].

Si se parte de las funciones recogidas en el art. 39 RGPD, se puede decir que la relación entre el responsable y/o encargado del tratamiento con el delegado de protección de datos, es aquella por la que este último (persona física o jurídica[34] independiente) —con cualificación y experiencia profesional— se obliga, respecto a los primeros, a prestar los servicios de «data monitoring»[35] (asesoramiento e información, supervisión de normas, concienciación, formación, auditorías, cooperación y punto de contacto con la autoridad de control) y por los que a cambio recibe una contraprestación[36].

V. ELEMENTOS COMUNES: REFLEXIONES

1. Consentimiento

Naturalmente, el contrato de «Compliance» y el de «data monitoring» son de carácter consensual, se perfeccionan con el mero consentimiento (ex art. 1258 CC). El consentimiento representa al elemento personal del contrato, «en cuanto concierne al sujeto de él, ya en sí, ya en cuanto a la expresión de su voluntad»[37] y se entiende por este «el común sentimiento o la común voluntad de dos o más personas»[38], esto es, la «conformidad de las partes sobre lo que ha de constituir el contrato»[39].

Dejando a un lado las cuestiones generales sobre capacidad y vicios del consentimiento en el ámbito que se estudia, uno de los problemas a destacar es la simulación contractual, es decir, la voluntad de crear la apariencia de un vínculo jurídico con la pretensión de justificar la existencia de una estructura de «Compliance» o de «data monitoring» para obtener los beneficios legales.

33 Recio Gayo, M: *El estatuto jurídico,* cit., pp. 54-55; Vid. Recio Gayo, M: «Directrices del GT29 sobre el delegado de protección de datos: figura clave para la responsabilidad ("accountability")», *Diario La Ley*, núm. 2, 12 de enero de 2017.

34 Esto se deduce del Preámbulo LOPDGDD (V): [(l)a figura del delegado de protección de datos adquiere una destacada importancia en el Reglamento (UE) 2016/679 y así lo recoge la ley orgánica, que parte del principio de que puede tener un carácter obligatorio o voluntario, estar o no integrado en la organización del responsable o encargado y ser tanto una persona física como una persona jurídica] y se refleja en el art. 35 [(…) para la designación del delegado de protección de datos, sea persona física o jurídica (…)].

35 En lo relativo al monitoreo de datos o «data monitoring», fundamento principal de la figura del delegado de protección de datos, vid. Velasco Perdigones, J.C: «Apuntes sobre la figura» cit., 1-5.

36 La onerosidad es una de las características. El reconocimiento profesional y el mercado actual han propiciado que el perfil sea un claro medio de vida y un nicho de mercado. Cuestión distinta será la forma del pago y su determinación, si pudiera o no materializarse mediante especie, principalmente por la carencia de unos criterios orientadores de honorarios y la subsistencia de la autonomía de la voluntad.

37 Mucius Scaevola, Q: *Código Civil comentado y concordado extensamente, t. XX,* Madrid, 1904, p. 578.

38 Díez-Picazo, L: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones* obligatorias, Tecnos, Madrid, 1972, p. 103.

39 Manresa y Navarro, J.M: *Comentarios al Código Civil, t. VIII,* 3ª ed., Madrid, 1918, p. 648.

Algunos autores entienden que se da aquí una discrepancia entre la declaración externa y la interna y secreta de los contratantes, aparentándose que se concluye un contrato[40]. En el caso concreto, la simulación contractual encaminada a la puesta en marcha de una serie de mecanismos para la creación de una cultura ética corporativa o el cumplimiento del ordenamiento de protección de datos sin ser ésta la realidad.

La simulación contractual (absoluta[41]) con el pretendido de justificar el cumplimiento de los requisitos legales o, al menos, una prueba más del establecimiento de la estructura que establece el apdo. 2 art. 31 bis CP o la normativa de protección de datos, puede acarrear diversas consecuencias: i) la puesta de manifiesto del riesgo y la ineficacia del sistema; ii) una hipotética responsabilidad de los profesionales intervinientes; y, en el plano contractual, iii) la ineficacia contractual por simulación (absoluta).

La doctrina y la jurisprudencia distingue entre la simulación absoluta (caracterizada por un inexistente propósito negocial por falta de causa), y la relativa (casos en los que el negocio aparente o simulado encubre otro real o disimulado)[42]. La simulación absoluta ataca a la validez del contrato, ya que el acuerdo de voluntades aparente carece de los requisitos necesarios para su validez, y que según algunos autores, en el negocio falta el elemento consentimiento[43]. La STS 24 abril 2013 añade que «[l]a simulación absoluta es cuestión atinente a la causa del negocio, que suele encuadrarse en los "contratos sin causa" de que habla el art. 1275 y en la "expresión de una causa falsa" de que habla el art. 1276 CC cuando no encubre una causa verdadera, supuesto en que se trataría de una simulación relativa». Parte de la doctrina entiende por «causa falsa»[44] el uso de una forma negocial cuyo resultado no se quiere absolutamente, o bien se quiere por otro título y que, en la hipótesis concreta a la que se hace alusión, supone la celebración de un contrato sin existencia real, produciendo unos efectos aparentes que no van a existir[45].

40 Lacruz Verdejo, J.L, Luna Serrano, A., Delgado Echeverria, J., y Rivero Hernández, F.: *Derecho de obligaciones, vol. II. Teoría general del contrato,* 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1987, pp. 108-109.

41 En la simulación absoluta, «las partes manifiestan celebrar un negocio cuando verdaderamente no quieren celebrar ninguno», Clavería Gosálbez, L.H., «Artículo 1.276», en AA.VV., (Albaladejo, M., dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, t. XVII,* Edersa, Madrid, 1993

42 STS 22 marzo 2001 (RJ 2001, 4750).

43 Lacruz Verdejo, J.L, Luna Serrano, A., Delgado Echeverria, J., y Rivero Hernández, F.: *Derecho de obligaciones,* cit., pp. 108-109.

44 Morales Moreno advierte que no debe confundirse causa falsa con causa putativa. El autor define a esta última como «la errónea creencia de que existe (en los casos en que sea necesaria su existencia; no siempre) la causa previa y extrínseca al contrato, en la que, con carácter exclusivo, se justifica la existencia del mismo», Morales Moreno, A.M., «Artículo 1.266», en AA.VV., (Albaladejo, M., dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, t. XVII* Edersa, Madrid, 1993.

45 Lacruz Verdejo, J.L, Luna Serrano, A., Delgado Echeverria, J., y Rivero Hernández, F.: *Derecho de obligaciones,* cit., p. 176; Cfr. Díez-Picazo, L: *Fundamentos*, cit. pp. 168-169.

Realmente, las partes contratantes no intervienen con una verdadera voluntad o intención sobre la función económico-social de la que responde la esencia del contrato; existirá una ausencia de consentimiento sobre la citada función económico-social a la que el negocio naturalmente va destinado. Esto es, la creación de una mera apariencia formal (de un contrato) con el oficial de cumplimiento normativo o con el delegado de protección de datos, que de suerte no se ha querido por las partes, faltando no sólo la causa, sino, además, la voluntad negocial[46].

Puede darse el caso que alguna que otra entidad pretenda interesadamente contar con un vínculo contractual con un oficial de cumplimiento normativo y de modelos de organización y gestión «simulados», con el único propósito de acreditar, en un hipotético proceso penal, el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 31 bis CP y así beneficiarse de la exoneración o atenuación de una condena[47]. Realmente se concierta el contrato profesional pero sin la razón de establecer una verdadera cultura ética corporativa y hacer valer con eficacia el cumplimiento normativo. Y es que tener un supervisor o vigilante que controle prácticamente toda la actividad de la corporación y la de sus dirigentes puede suponer el desagrado de algún que otro miembro u administrador de la organización. De ahí que pueda surgir la pretensión de la contratación «ficticia» de un oficial de cumplimiento normativo. De igual forma puede ocurrir con el delegado de protección de datos, al supervisar este el cumplimiento de las normas relativas a la protección de datos y servir de punto de contacto con la AEPD.

En ambos supuestos, el consentimiento exteriorizado no se correspondería con lo que internamente desea: necesita la contratación de un profesional para justificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en las normas (art. 31bis CP; RGPD; LOPDGDD), sin aspirar a desarrollar lo necesario para una eficaz y verdadera cultura ética corporativa o la gestión y supervisión del cumplimiento de la reglamentación de datos.

2. Objeto

El segundo de los elementos que exhibe el art. 1261 CC es el «objeto cierto que sea materia del contrato», debiendo ser, naturalmente, lícito (1271 CC),

46 Postulados defendidos por De la Cámara, citado en Lacruz Verdejo, J.L, Luna Serrano, A., Delgado Echeverria, J., y Rivero Hernández, F.: *Derecho de obligaciones*, cit., p. 176; Cfr. Díez-Picazo, L: *Fundamentos*, cit., p. 177. Luis Humberto Clavería afirma que «la simulación es simultáneamente un problema de consentimiento y de causa», vid. Clavería Gosálbez, L.H., «Artículo 1.275», en AA.VV., (Albaladejo, M., dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, t. XVII*, Edersa, Madrid, 1993.

47 La FGE aclara sobre los modelos que: «deben ser claros, precisos y eficaces y, desde luego, redactados por escrito. No basta la existencia de un programa, por completo que sea, sino que deberá acreditarse su adecuación para prevenir el concreto delito que se ha cometido, debiendo realizarse a tal fin un juicio de idoneidad entre el contenido del programa y la infracción. Por ello, los modelos de organización y gestión deben estar perfectamente adaptados a la empresa y a sus concretos riesgos».

posible (1272 CC) y determinado o determinable (1273 CC). El art. 1271 CC lo delimita a las cosas y servicios (que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres), manteniéndose alejado algunos casos discutibles como el contrato de cesión de crédito o asunción de deuda[48]. Algunos autores prefieren definir al objeto como la obligación que se constituye y que tiene por contenido una prestación de dar, hacer o no hacer[49].

Del análisis de la relación entre el oficial de cumplimiento normativo y la persona jurídica o del delegado de protección de datos con el responsable/encargado del tratamiento, se concluye que el objeto contractual está constituido por unos determinados servicios y la retribución a satisfacer; hablándose, por un lado, de relación de «Compliance»[50] y, por otro, relación de «data monitoring»[51].

El problema radica en determinar los servicios concretos, en mayor medida los de «Compliance» por la ausencia de reglamentación. La normativa de protección de datos facilita la determinación del objeto del contrato, la prestación de servicios consistentes en: el asesoramiento e información, la supervisión de normas, concienciación, formación, auditorías, cooperación y ser punto de contacto con la autoridad de control[52].

Por su parte, al carecer la relación de «Compliance» de una regulación mínima, será la libertad de las partes la configuradora del objeto contractual. Si bien, del estudio de la normativa penal, de los estándares nacionales e internacionales (Normas UNE-ISO utilizadas por el sector profesional), en integración con el ordenamiento de obligaciones y contratos, parece que los servicios a los que se puede comprometer el «compliance officer» se clasifican en dos bloques: i) diseño, elaboración y/o colaboración con la implantación de los modelos; y, ii) la actividad de gestión de los citados modelos [a) prevención del riesgo (identificación y evaluación; diseño de controles; asesoramiento y formación); b) supervisión, vigilancia y control; y, c) información y reporte a la organización para que adopte lo necesario[53].

48 La doctrina mayoritaria acepta que el contenido del contrato pueda componerse por las cosas o servicios a que el contrato se refiere, aunque existan parcelas dudosas (v.gr. contrato de cesión de crédito y demás derechos incorporales o el contrato de asunción de deudas), Díez-Picazo, L: *Fundamentos,* cit., pp. 131-132.

49 Castán Tobeñas, J: *Derecho civil español, común y foral, t. III,* (7ª ed.), Reus, Madrid, 1951, p. 341; O'Callaghan Muñoz, X: *Compendio de Derecho civil, t. II. Derecho de obligaciones, vol. I. Teoría general de la obligación, del contrato y del acto ilícito,* Madrid, EDERSA, 1987, p. 228.

50 Velasco Perdigones, J.C: «La actividad de gestión», cit. pp. 1250 y ss.

51 Velasco Perdigones, J.C: «Apuntes sobre la figura cit. 1-10.

52 Extraído de las funciones (ex art. 39 RGPD).

53 Velasco Perdigones, J.C: «La actividad de gestión», cit. pp. 1262-1270.

3. Causa

El CC requiere un tercer elemento para la validez contractual, una «causa de la obligación que se establezca» (art. 1261 3º). Esta es definida en el art. 1274, diferenciándose en tres tipos de contratos: i) en los contratos onerosos «se entiende por causa, para parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte»; ii) en los remuneratorios, «el servicio o beneficio que se remunera»; y, iii) en los de pura beneficencia, «la mera liberalidad del bienhechor».

Resulta irrelevante, al objeto del trabajo, analizar las distintas teorías y doctrinas existentes en torno a la causa[54]. Si bien, indicar que es comúnmente aceptado que la causa es el porqué de la obligación, la razón o motivo de un fenómeno cualquiera (concretamente del obrar humano) [55]; pues nadie instituye una relación contractual sin una razón intrínseca que lo origine, sin un motivo de ser o finalidad[56].

A partir de lo anterior, y conforme a lo establecido en el art. 1274 CC, tanto en el contrato de «Compliance» como en el de «data monitoring», la causa será para cada contratante la prestación o promesa de una cosa o de servicio que recibe de la otra. Es decir, para el de «Compliance» la función o esencia del contrato será la asistencia técnica en materia de cumplimiento normativo, la supervisión, vigilancia y control; en el caso del «data monitoring», la función económico-social de la relación se identifica, igualmente, con la prestación de una asistencia técnica en materia de protección de datos personales, supervisar, cooperar y servir de punto de contacto. En ambos casos, generalmente, por una contraprestación en forma de «honorarios».

VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMO NATURALEZA DEFINIDORA Y COMÚN DE AMBAS REALIDADES

1. Código Civil vigente

El art. 1544 CC, genérico y simplista, hace una mención conjunta al arrendamiento de obras o servicios, considerándose este último aquel contrato por el que «una de las partes se obliga […] a prestar a la otra un servicio por precio cierto».

54 Sobre las teorías de la causa, vid. Lacruz Verdejo, J.L, Luna Serrano, A., Delgado Echeverria, J., y Rivero Hernández, F.: *Derecho de obligaciones,* cit., pp. 143-150.

55 Martín Fornaza, M: *Derecho civil. Obligaciones y contratos, vol. I. Teoría general,* Saturno, Barcelona, 1959, p. 190; Castán Tobeñas, J: *Derecho civil español,* cit., p. 334

56 Martín Fornaza, M: *Derecho civil.* cit., p. 191.

El precepto se incardina en el Capítulo I «Disposiciones generales», Titulo VI «del contrato de arrendamiento», para más adelante especificar dos tipologías: i) «de los arrendamientos de fincas rústicas y urbanas» (Capítulo II); y, ii) «del arrendamiento de obras y servicios» (Capítulo III). En este último se incluyen: «del servicio de criados y trabajadores asalariados» (Secc. 1ª); «de las obras por ajuste o precio alzado» (Secc.2ª); «de los transportes por agua y tierra, tanto de personas como de cosas» (Secc. 3ª).

El CC carece de una detallada regulación del contrato de servicios o arrendamiento de servicios[57] (terminología anacrónica y obsoleta[58], abandonada por la doctrina mayoritaria[59] a pesar de utilizarse en ciertas ocasiones por la jurisprudencia actual[60]).

La regulación del denominado arrendamiento de servicios parece desvincularse de la concepción actual del contrato de servicios, pues atendiendo a la génesis del primero, el arrendamiento quedaba circunscrito al trabajo y a la industria y en las siguientes especies principales: i) del servicio de los criados y trabajadores asalariados; ii) de obras, por ajuste o precio alzado; y, iii) de los transportes por agua o tierra, tanto de personas como de cosas[61]. Quizás, la redacción actual del art. 1544 se refiera a la regulación general que después desarrollarán en la «parte especial», los Capítulos y Secciones siguientes (el arrendamiento de fincas rústicas y urbanas; servicio de criados y trabajadores asalariados; obras por ajuste o precio alzado; y el transporte por agua y tierra de personas y cosas), algunas de las cuales derogadas tácitamente (*v.gr.* servicio de criados y asalariados). Así, quedaría reducido el ordenamiento del arrendamiento de servicios en dos preceptos: el art. 1544 (regulación general) y el art. 1583 (prohibición de servicios indefinidos)[62].

57 Conclusión a la que llegan autores como Yzquierdo Tolsada, M: *La responsabilidad civil del profesional liberal,* Reus, Madrid, 1989, p. 32; Ataz López, J: *Los médicos y la responsabilidad civil,* Montecorvo, Madrid, 1985, pp. 144-146 al poner de manifiesto (y en relación al contrato de servicios médicos) que aquellos servicios que no han sido regulados en el CC, no pueden entenderse incardinados en el arrendamiento de servicios.

58 Vid. Villanueva Lupión, C: *Los contratos de servicios,* Wolters Kluwer, Madrid, 2009, pp. 46-47; Enneccerus, L, Kipp, T, Wolf, M: *Tratado de Derecho civil, t. II. Derecho de obligaciones II, primera parte,* Bosch, Barcelona, 1966, p. 454. En AA. VV. (Bercovitz Rodríguez-Cano, R, Coord.): *Comentarios al Código Civil,* Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2001, p. 1789 se le califica de «nomenclatura trasnochada».

59 Vid. Yzquierdo Tolsada, M: *La responsabilidad civil,* cit., pp. 31-33 y 229 y ss.; Trigo García, M.B: *Contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual,* Comares, Granada, 1999, pp. 65 y ss.; Villanueva Lupión, C: *Los contratos de servicios,* cit., pp. 45 y ss.; Sánchez Gómez, A: *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios,* Tecnos, Madrid, 1998, pp. 29 y ss.; Pardo Gato, J.R: *La relación abogado-cliente. El contrato de servicios del abogado,* Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 223 y ss. AA. VV. (Bercovitz Rodríguez-Cano, R, Coord.): *Comentarios al Código Civil,* Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2001, p. 1789.

60 Vid. v.gr. SSTS 13 abril y 10 junio 2021; 24 febrero y 24 junio 2020; 1 febrero y 19 diciembre 2018, entre otras muchas.

61 Vid. García Goyena, F: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español, t. III-IV,* Madrid, 1852, p. 478. Pedregal y Cañedo, M: *Texto y comentarios al Código Civil español, t. II,* Madrid, 1989, pp. 650-655 sólo comenta el arrendamiento de predios rústicos y urbanos, los servicios de criados y trabajadores asalariados, las obras y el transporte por agua y por tierra como tipos de arrendamiento (entre los que ya se encuentran incluidos las obras y servicios).

62 Cervilla Garzón, M.D: «A propósito del régimen jurídico del contrato de prestación de servicios en la Propuesta de Reglamento Europeo sobre la compraventa», *InDret*, núm. 3, 2015, p. 28.

2. Propuestas de reforma del Código Civil

A) Modificación del Título VI del Libro IV del Código Civil de la Comisión General de Codificación

El tenor del art. 1581.1 de la propuesta de regulación del contrato de servicios de la Comisión General de Codificación (PCS)[63] dispone de una estructura normativa similar al actual art. 1544 CC[64]. A este respecto, poco ha sido el cambio.

De la citada propuesta, cinco son los aspectos que deben comentarse, puestos en relación con el contrato de «Compliance» y con el de «data monitoring»: i) el deber de información precontractual (del cliente y del prestador del servicio)[65]; ii) deber de mutua cooperación[66]; iii) la subcontratación[67]; iv) la diligencia y pericia exigible al prestador[68]; y, v) las instrucciones del cliente[69].

El deber de información precontractual del prestador de servicios supondría la necesidad de comunicación a la persona jurídica y al responsable/encargado del tratamiento la posibilidad de no alcanzar el resultado; que se pueden lesionar otros intereses; y que la prestación puede resultar más onerosa o requerir más tiempo. Esta información puede muy variada y no ser conocida de forma exacta por los prestadores, dándose lugar a una inconcreción. Sin embargo, existirán aspectos que conozca una persona media o razonable y que no sea necesaria tal información (v.gr. en materia de Compliance no se puede garantizar el resultado de la absoluta ausencia de una consumación delictiva o que se puede derivar una lesión de los intereses de un tercero como consecuencia de un proceso de cumplimiento). De igual forma, resulta relevante la información precontractual a suministrar por el cliente: tiempo a emplear por el profesional, nivel o carga de trabajo, riesgos conocidos, etc.

La mutua cooperación resulta esencial para asegurar el cumplimiento de la relación de «Compliance» y la de «data monitoring». Tanto la persona jurídica como el responsable y/o encargado del tratamiento deben colaborar para asegurar no sólo el cumplimiento del contrato, sino intentar conseguir las finalidades propuestas por las normas penales y de protección de datos. Según el art. 1585 PCS, este deber conllevaría tres actuaciones: i) deber de información; ii) dar al

63 Se puede encontrar en: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803174-Contrato_de_servicios.PDF

64 Art. 1581.1 PCS: «[…] contratos en los que una de las partes se obliga a prestar un servicio a la otra a cambio de una retribución».

65 Vid. arts. 1583 y 1584 PCS.

66 Vid. art. 1585 PCS.

67 Vid. art. 1586 PCS.

68 Vid. art. 1587 PCS.

69 Vid. art. 1589 PCS.

prestador las instrucciones precisas; y, iii) obtención de autorizaciones necesarias. El problema, en una relación de «Compliance» y de «data monitoring», lo plantearía la imposición de instrucciones al oficial de cumplimiento normativo o al delegado de protección de datos, ya que son figuras cuya característica esencial es la autonomía e independencia y al que debe responder el contrato de servicios[70].

En lo relativo a la subcontratación (art. 1586 PCS), indicar que existen situaciones en las que será dificultoso recurrir a la citada figura, ya que normalmente tanto el oficial de cumplimiento como el delegado de protección de datos es contratado en atención a su cualificación, experiencia y circunstancias personales. Incluso aunque el subcontratista tenga la pericia necesaria conforme al contrato, en muchas ocasiones, la información y experiencia de este respecto al cliente, será inferior que el prestador principal

En cuanto a la diligencia y pericia exigible al prestador, la propuesta remite a las reglas de la profesión, arte u oficio, sin ser detalladamente conocidas éstas en los dos ámbitos que se estudian.

Por último, el deber de atenerse a las instrucciones del cliente (art. 1589) conllevaría, en determinados supuestos, el sometimiento a la voluntad de la persona jurídica o encargado/responsable del tratamiento, poniéndose en tela de juicio su genuina independencia y autonomía[71]. El cumplimiento de este deber hace que exista cierta dependencia del cliente, impropia del contrato de prestación de servicios[72] y para el tipo de profesiones que se estudia.

B) La propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil

El Capítulo VIII de la propuesta de Código Civil (PCC) se dedica a los contratos de servicios[73]. El art. 581-1 PCC (dentro del Capítulo «disposiciones generales») define el ámbito de aplicación del precepto, concretándose en aquellos contratos «[…] por los que una de las partes, el prestador, se obliga a prestar un servicio a la otra, el principal, a cambio de una retribución[…]» o de forma gratuita cuando lo permita su naturaleza. Esta concepción no parece alejarse de la estructura contenida en el vigente art. 1544 CC, a excepción de la novedad de la gratuidad.

70 Vid. Villanueva Lupión, C: «El contrato de servicios bajo el prisma del derecho contractual europeo», en AA.VV. (Domingo Jiménez Liébana, coord.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García,* Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 841.

71 A este respecto vid. Velasco Perdigones, JC: «La actividad de gestión», cit., pp. 1273-1274; Velasco Perdigones, J.C: «El contrato de servicios con el delegado», cit.

72 Vid. Castán Tobeñas, J: *Derecho civil español, común y foral, tomo IV,* 12ª ed., Reus, Madrid, 1985, pp. 472-473; Cervilla Garzón, M.D: *Jurisprudencia y Doctrina en torno a las obligaciones de medios,* Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 32.

73 Vid. AA.VV.: *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 731 y ss.

Algunos son los aspectos, de esta parte general, los que se van analizar en relación a los perfiles profesionales objeto de estudio: i) la diligencia y pericia exigibles[74]; ii) obligación de alcanzar un resultado[75]; y, iii) el cumplimiento y las instrucciones del principal[76].

La regulación de la diligencia y pericia exigibles parece estar orientada a profesiones con un amplio recorrido normativo, pues, no sólo se tienen en cuenta las circunstancias que rodean a la prestación, sino que se da la necesidad de «[…] sujeción a las normas aplicables al servicio contratado y al sector profesional al que pertenezca». El texto se refiere a las normas derivadas de la autorregulación, a las jurídicas y a las propias de la profesión, arte u oficio. En el ámbito del «Compliance» del «data monitoring» deberá estarse principalmente a las circunstancias enumeradas en el apdo. tercero del precepto, a las reglas contractuales y a aquellas que se deriven del ejercicio de la profesión [en el caso del «Compliance» las orientaciones o estándares (UNE-ISO) utilizados por el sector profesional].

La obligación de alcanzar un resultado no siempre es posible en los sectores profesionales que se analizan, por mucho que el profesional se haya comprometido expresamente. En la mayoría de actuaciones interviene cierto «alea», que hace que no dependa exclusivamente del hacer profesional. La forma en que se encuentra redactado el art. 582-6 apdo. 1 parece indicar que el prestador puede obligarse a la obtención de un resultado aun existiendo una importante aleatoriedad en su consecución (v.gr. el compromiso de asegurar la inexistencia de toda consumación delictiva). Condiciones de éstas pondrían en riesgo al profesional debido a las consecuencias propias de la asunción de un resultado, cuya naturaleza es más bien de medios[77].

En lo concerniente a las instrucciones, puede resultar controvertido los arts. 582-13 y 16 PCC. En una relación de «Compliance» y de «data monitoring» debe velarse por la independencia y autonomía del profesional, ya que la eficacia de sus funciones dependerá en gran medida de la ausencia de injerencias, instrucciones o recomendaciones de la parte acreedora. Es cierto que la norma se refiere a «instrucciones razonables», pero no determina qué ha de entenderse por ello. Quedaría a la interpretación subjetiva el considerar una concreta instrucción como dentro del ámbito normal de la relación profesional. Lo más llamativo aún son las consecuencias de desviarse de las instrucciones dictadas por el principal: la no conformidad del servicio.

74 Vid. art. 582-5 PCC.

75 Vid. art. 582-6 PCC.

76 Vid. art. 582-13 y 16 PCC.

77 Sobre tales consecuencias vid. Cervilla Garzón, M.D: *Jurisprudencia y Doctrina,* cit., pp. 36-38.

El Capítulo V recoge específicamente la regulación de «los contratos de consultoría y asesoramiento»[78]. El art. 585-1 define: «contratos por los que una de las partes se obliga a proporcionar a la otra, de forma puntual o continuada, información o asesoramiento en una materia, con base en sus conocimientos técnicos o especiales, a cambio de una retribución». Este concepto resulta insuficiente para lo que supone la compleja realidad contractual de «Compliance» y de data monitoring, aunque la prestación o una parte del contrato se fundamente en la consultoría y el asesoramiento. El oficial de cumplimiento normativo y el delegado de protección de datos no únicamente han de prestar información objetiva y general sobre sus respectivos ámbitos, sino que existen otro tipo de obligaciones que exceden de esto (v.gr. diseño de controles, supervisión, control del cumplimiento, etc.).

La regulación de los conflictos de intereses resulta de especial interés, pero, quizás, insuficiente, ya que no se proponen las medidas a adoptar para dar solución a éstos y la dotación de garantías o protección del prestador, sobre todo en perfiles profesionales como los que se abordan.

3. Anteproyecto de Código Mercantil

La Propuesta de Código Mercantil (PCM) de 2018[79], tal y como se encuentra actualmente redactada, incluiría en su ámbito de aplicación subjetivo a aquellas «personas físicas que ejerzan […] profesionalmente una actividad económica organizada de producción […] o de prestación de servicios para el mercado […]», (art. 001-2 PCM). En el ámbito objetivo se incluye «[…] el ejercicio de una profesión intelectual, sea científica, liberal o artística, de producción de bienes o prestación de servicios para el mercado». Es decir, conforme a este tenor, la reglamentación mercantil se aplicaría a aquellos que se dedicaran profesionalmente a prestar los servicios de cumplimiento normativo o de protección de datos.

El art. 531-1 PCM concede un concepto de «contrato mercantil de prestación de servicios» distinto a las propuestas de Código Civil anteriormente aludidas. La redacción parece alejarse un poco del esquema tradicional. Así, el precepto lo considera como aquel en el que «el prestador, que deberá ser un empresario o algunos de los sujetos contemplados en el art. 001-3 de este Código, se compromete a realizar, a cambio de una contraprestación en dinero, una determinada actividad destinada a satisfacer necesidades de la otra, el ordenante, organizando para ello los medios adecuados pudiendo obligarse o no a la obtención de un resultado». La remisión al art. 001-3 parece ser una incongruencia, pues la propuesta anterior

78 Vid. arts. 585-1 y ss. PCC.

79 Disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803661-Propuesta_de_la_Seccion_Segunda__de_Derecho_Mercantil__del_Anteproyecto_de_Ley_de_Codigo_Mercantil_.PDF.

(2013) lo hacía al art. 001-2, dedicado concretamente al ámbito subjetivo y no al objetivo.

El literal sólo se refiere a obligaciones de hacer en las que el deudor se compromete al desarrollo de una actividad con obligaciones de naturaleza de medios o de resultado.

La propuesta recoge también que la actividad comprometida por el prestador se desarrolle conforme a las «instrucciones razonables» recibidas por el ordenante, si bien, con el añadido de que «no supongan una variación de la prestación convenida o una intromisión en el ámbito de su profesión, oficio o arte» (art. 531-2 apdo. 2). La cuestión estriba en considerar qué instrucciones son razonables y cuáles no suponen una intromisión en la profesión, oficio o arte, tarea de difícil concreción en una relación de «Compliance» o de «data monitoring». Esta previsión, para el caso de las profesiones mencionadas, debería complementarse con un marco normativo que regule los eventuales conflictos de intereses, la dotación de garantías para el prestador profesional y la normativización de la independencia en el ejercicio de sus funciones.

4. «Principles of European Contract Law (PECL)», «Principles of European Law Service Contract (PEL SC)» y «Draft Common Frame of Reference (DCFR)»

Los «Principles of European Contract Law (PECL)» son reglas generales del Derecho a aplicar en el ámbito contractual europeo (art. 1:101). En estos principios no se contienen normas relativas a los contratos en particular. Si bien, se encuentran algunos preceptos que hacen mención a la prestación de servicios: i) excepción al cumplimiento en forma específica cuando consista en una prestación de servicios basado en una relación personal[80]; y, ii) en cuanto a la oferta y aceptación realizada por un profesional [«(…) de suministrar (…) servicios a un precio determinado, se entiende como oferta de vender o de suministrar al precio indicado hasta que se agote (…) la capacidad del profesional de prestar el servicio»[81]].

Mayores previsiones contienen los «Principles of European Law Service Contract (PEL SC)» y el «Draft Common Frame of Reference (DCFR)» acerca del contrato de servicios[82]. El concepto de este modelo contractual es muy similar en ambas propuestas: contrato por el que una de las partes se compromete a prestar o suministrar un servicio a la otra, a cambio de una remuneración (o sin ella)[83]. Tanto en el DFCR como en los PEL SC se diferencian dos partes, una

80 Art. 9:102 (2) c).

81 Art. 2:201 (3).

82 Vid. el completo trabajo de De Barrón Arniches, P: *El contrato de servicios en el nuevo Derecho contractual europeo,* Reus, Madrid, 2011, pp. 21-140.

83 Vid. art. 1:101 PEL SC y IV.C.- 1:101 DCFR.

regulación general y otra especial para determinados contratos (construcción; procesamiento; depósito; diseño; información y asesoramiento; y, tratamiento).

Estos proyectos han pretendido abarcar una extensa variedad de actividades, evidentemente no todas, puesto que el objeto contractual (el servicio) reviste una mayor amplitud, tanto como obligación de hacer o actividad sin producción, como la creación de una cosa nueva, material o inmaterial[84].El contrato de «Compliance» o el de «data monitoring» son realidades más complejas que las contempladas en el proyectado ordenamiento. Por descarte, las distintas actividades, a las que puede comprometerse un oficial de cumplimiento normativo o un delegado de protección de datos, no se corresponden con los modelos contractuales de la contracción, procesamiento, depósito, diseño y tratamiento. Menor claridad ofrece el servicio de información y asesoramiento (Capítulo 6 PEL SC; Capítulo 7 DCFR). El objeto de este contrato lo constituye exclusivamente el suministro de información y asesoramiento al cliente; suponiéndose que el asesor cuenta con ciertos conocimientos técnicos. La relación contractual de «Compliance» y la de «data monitoring» son realidades más complejas, no sólo pueden disponerse prestaciones propias del citado modelo contractual, sino que el asesoramiento y la información, por lo general, van unidas a otras prestaciones principales (v.gr. a la actividad de supervisión, vigilancia y control).

Uno de los interrogantes que plantean estos borradores es la obligación de obtener un resultado, es decir, si en aplicación de estas normas a una relación profesional como las que se analiza, debe el oficial de cumplimiento normativo o el delegado de protección de datos lograr un concreto resultado. Las normas parecen indicar una clara obligación del prestador: lograr el resultado indicado o previsto por el cliente previamente a la celebración del contrato[85].

Naturalmente, toda persona jurídica o responsable/encargado del tratamiento de los datos tiene un concreto interés primario a satisfacer, pero este no puede alcanzarse siempre por intervenir cierto «alea». Dependerá en gran medida de otros factores, los cuales pueden influir en el resultado y en el desarrollo de las funciones profesionales. Cuestión distinta será si se ha pactado expresamente un resultado a pesar de ser aventurado y depender de la aleatoriedad; un profesional diligente y pericia no se compromete a resultados de los que no depende exclusivamente de su conducta. Conforme a los postulados del DCFR, el prestador estará sujeto a una obligación de resultado en los siguientes supuestos: i) pacto expreso o indicación por el cliente sin contradicción por el prestador; ii) que razonablemente —concepto indeterminado[86]— se pueda esperar un resultado

84 Villanueva Lupión, C: «El contrato de servicios», cit., p. 838.

85 Vid. IV.C.-2:106 DFCR y art. 1:108 PEL SC.

86 *Vid.* Vaquer Aloy, A: «El Marco Común de Referencia», en AA.VV., (Bosch Capdevila, dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas,* Bosch, Barcelona, 2009, p. 254.

concreto (por ser alcanzable en circunstancias normales); que no existan razones por el cliente para creer que existe un riesgo de que el resultado no se lograría con el servicio[87].

Tanto el apdo. IV.C.-2:106 DFCR como el art. 1:108 PEL SC establecen un deber del prestador de lograr un resultado, es decir, intentar conseguir el interés primario del cliente, pero en ningún caso se está ante una presunción de resultado. Dependerá de las posibilidades de las partes, de la naturaleza de la relación —más aún cuando son complejas y nuevas como la de «Compliance» o «data monitoring»— de variables y factores ajenos a los intervinientes y, sobre todo, la razonabilidad o probabilidad de lo que se esperaría en condiciones normales del profesional[88].

5. Common European Sales Law (CESL)

En 2011, se publica una Propuesta de Reglamento relativa a la compraventa europea (y otros contratos de servicios accesorios)[89]. Esta se centra exclusivamente en la compraventa[90], pero existen algunos vestigios sobre el contrato de servicios, denominándose «servicios relacionados»[91] a aquellos que son concomitantes con la compraventa, ciñéndose a: servicios de naturaleza principalmente de resultado[92] (instalación, mantenimiento o reparación, relacionados con bienes o contenidos digitales[93]). A pesar de hacer mención en varios apartados a la relación de servicios, no se encuentra un concepto claro de esta realidad contractual. Parece ser que el legislador supranacional tiene especial interés en la relación de servicios, pero no como para abordarla con el detalle que requiere.

El contrato de compraventa se define en el texto como «todo contrato en virtud del cual el comerciante (vendedor) transfiere o se compromete a transferir a otra persona (el comprador) la propiedad de los bienes, y el comprador paga o se compromete a pagar su precio; se incluyen los contratos de suministro de bienes

87 Villanueva Lupión, C: «El contrato de servicios bajo el prisma», cit., p. 847.

88 Vid. Villanueva Lupión, C: «El contrato de servicios bajo el prisma», cit., pp. 848-849.

89 COM (2011) 635 final. Bruselas, 11.10.2011.

90 Vid. Cervilla Garzón, M.D: «A propósito del régimen jurídico del contrato de prestación de servicios en la Propuesta de Reglamento Europeo sobre la compraventa», *op.cit.*, pp. 4-18.

91 El proyecto normativo los define: «cualesquiera servicios relacionados con bienes o contenidos digitales, como la instalación, el mantenimiento, la reparación o cualquier otro tratamiento, prestados por el vendedor de los bienes o el proveedor de contenidos digitales en virtud del contrato de compraventa, el contrato de suministro de contenidos digitales o un contrato de servicios relacionados separado celebrado en el mismo momento que el contrato de compraventa de los bienes o el contrato de suministro de los contenidos digitales; con exclusión de: i) los servicios de transporte, ii) los servicios de formación, iii) los servicios de apoyo a las telecomunicaciones; y iv) los servicios financieros».

92 Conclusión a la que llega algunas voces doctrinales, Cervilla Garzón, M.D: *Jurisprudencia y Doctrina,* cit., p. 60.

93 Art. 2 (m).

que se deban fabricar o producir»[94]. La norma contiene como ámbito objetivo la compraventa de bienes muebles, entendido «todo artículo mueble material»[95]. Una de las cuestiones radica en determinar si los modelos de organización y gestión podrían considerarse objeto de compraventa. La compra de un modelo de organización y gestión previamente elaborado iría en contra del fundamento del «Compliance», pues tales instrumentos deben ser el resultado de un previo proceso técnico e intelectual, adaptado a las circunstancias de la corporación. No se estaría ante un producto mueble estándar, transferible y utilizable por cualquier destinatario, sino más bien ante la prestación de un servicio intelectual con naturaleza de resultado: diseño, elaboración y puesta a disposición de sus destinatarios los programas preventivos.

6. Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía

El grupo de académicos «ivsprivatistas» de Pavía, en su interés de elaborar un Código Europeo de Contratos, publicó un primer trabajo (Libro I) que contenía una completa teoría general del contrato. El Libro II (en borrador) contempla los contratos individuales («dei singoli contratti»), dedicándose el Título II a los contratos de servicios («dei contratti di servizi»)[96].

El Título II dedicado a los contratos de servicios aglutina relaciones jurídicas de diversa naturaleza (de actividad y de resultado). Así, el art. 231 exhibe que el comitente es la parte que confiere a otra (cooperante), la tarea de realizar un trabajo o un servicio (pudiendo ser éstos últimos de carácter intelectual o manual, puntual, periódico o continuo), generalmente retribuido (salvo pacto en contrario ex art. 234). La redacción se construye en tono similar a la del art. 1544 CC, al reglamentarse el contrato de obra y el de servicios de forma conjunta, pero dentro del mismo título[97]. La propuesta, en parecidos tonos que las anteriores (v.gr. en el DCFR), se encamina a englobar dentro del contrato de servicios que el prestador se obligue a la consecución de un resultado, sin necesidad de calificar la relación como de obra[98].

Muchos de los aspectos regulados en el art. 241 (deberes recíprocos de cooperación) están íntimamente relacionados con aspectos definidores de la relación de «Compliance» y de «data monitoring», entre otros: i) el comportamiento conforme a la buena fe; ii) la recíproca y leal cooperación; iii) confidencialidad; y,

94 Art. 2 (k).

95 Art. 2 (h).

96 Arts. 230-248.

97 Vid. Cervilla Garzón, M.D: *Jurisprudencia y Doctrina,* cit., p. 64.

98 Villanueva Lupión, C: «El contrato de servicios bajo el prisma», cit., p. 842.

iv) proporción de información[99]. Son aspectos que si no se tienen en cuenta en el contrato o no están bien definidos, complica la labor interpretativa e integradora.

De esta propuesta normativa, destacar también el art. 242, relativa a las indicaciones e instrucciones a facilitar por el cliente antes de celebrar el contrato. La cuestión está en considerar qué indicaciones e instrucciones exceden y colisionan con la libertad técnica y redundan en la eficacia del desarrollo de las funciones profesionales. El cliente, interesadamente, puede pretender encaminar las actuaciones profesionales con objeto de eludir el fundamento de lo dispuesto en el art. 31 bis CP o de la reglamentación relativa a la protección de datos personales. Quizás, falte complementar el precepto con un sistema de garantías y soluciones a los conflictos de intereses que se generen. El sentido del precepto parece ir encaminado a la ayuda, asistencia, cooperación e información que ha de prestar el cliente para el correcto desempeño del servicio, más que el sometimiento a órdenes e instrucciones que pongan limitación a la libertad y autonomía técnica del prestador.

VII. CONCLUSIONES

I.- La realidad jurídica [art. 31 bis CP y la normativa de protección de datos (RGPD y LOPDGDD)] ha desencadenado en dos realidades profesionales: el oficial de cumplimiento normativo y el delegado de protección de datos. Estos ámbitos profesionales carecen de una mínima reglamentación, en menor medida los que se dedican al «Compliance». El ordenamiento jurídico-privado ha de afrontar los problemas que suponen las eventuales relaciones jurídicas entre los demandantes de unos servicios cualificados y sus oferentes.

II.- La relación contractual del oficial de cumplimiento es de similar estructura a la del delegado de protección de datos: la prestación de un servicio cualificado por un precio determinado; naturaleza que es propia del contrato de prestación de servicios.

III.- Del consentimiento y la causa, como elementos esenciales, se ha de destacar la simulación contractual (absoluta) con la pretensión de las partes de justificar el cumplimiento de los requisitos legales o, al menos, una prueba más del establecimiento de la estructura que establece el apdo. 2 art. 31 bis CP o la normativa de protección de datos. Es decir, la ausencia de todo deseo interior de contratar los servicios profesionales con la verdadera voluntad o intención que supone la función económico-social de la que responde el contrato «de

99 Vid. Velasco Perdigones, JC: «La actividad de gestión», cit., p. 1272 y ss.; Velasco Perdigones, JC: «El contrato de servicios con el delegado», cit.

Compliance» o el de «data monitoring». De ahí que no sólo se carezca de causa, sino, además, de la voluntad negocial.

El objeto de los atípicos contratos estudiados es el servicio de carácter cualificado que ha de prestar el profesional; concretándose en una variedad heterogénea de prestaciones. Del detalle de funciones que muestra el art. 39 RGPD se extraen los servicios que puede prestar el delegado de protección de datos: asesoramiento e información; la supervisión de normas; concienciación, formación, auditorías; cooperación y ser punto de contacto con la autoridad de control. Mayor complejidad plantea la determinación de los servicios a los que puede comprometerse el oficial de cumplimiento. Si bien, de una exégesis normativa e integración con los usos profesionales, se destacan principalmente dos bloques: i) el diseño, elaboración y/o colaboración con la implantación de los modelos de organización y gestión; y, ii) la actividad de gestión de los citados modelos.

IV.- A pesar de la atipicidad de las relaciones contractuales expuestas, la naturaleza definidora es propia de una prestación de servicios. La escasa e imprecisa regulación de este modelo contractual (el de servicios) en el CC, lo convierte en atípico. Las propuestas regulatorias nacionales y europeas de este contrato están elaboradas sin la conciencia social que supone la realidad de «Compliance» y la de «data monitoring». Se prevén aspectos que no responden a la naturaleza de la figura (v.gr. el sometimiento a instrucciones o la finalidad de búsqueda de resultado) y, otros, de los que se carecen (v.gr. un sistema de garantías frente a presiones o una regulación detallada de los conflictos de intereses y su gestión).

Considero que las realidades profesionales, que encarnan el oficial de cumplimiento normativo o el delegado de protección de datos, no pueden pasarse por alto en las futuras propuestas regulatorias del contrato de prestación de servicios. Son realidades que, cada vez más, están adquiriendo relevancia y el ordenamiento jurídico-privado, tarde o temprano, tendrá que afrontar con solvencia, sobre todo, por la complejidad de las figuras.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018.

AA. VV. (Bercovitz Rodríguez-Cano, R, Coord.): *Comentarios al Código Civil,* Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2001.

AA.VV., *El compliance officer, ¿un profesional en riesgo?,* Profit, Barcelona, 2018.

Ataz López, J: *Los médicos y la responsabilidad civil,* Montecorvo, Madrid, 1985.

De Barrón Arniches, P: *El contrato de servicios en el nuevo Derecho contractual europeo,* Reus, Madrid, 2011.

Castán Tobeñas, J: *Derecho civil español, común y foral, t. III,* (7ª ed.), Reus, Madrid, 1951.

- *Derecho civil español, común y foral, tomo IV,* (12ª ed.), Reus, Madrid, 1985.

Cervilla Garzón, M.D: *La prestación de servicios profesionales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

- «A propósito del régimen jurídico del contrato de prestación de servicios en la Propuesta de Reglamento Europeo sobre la compraventa», *InDret*, núm. 3, 2015

Jurisprudencia y Doctrina en torno a las obligaciones de medios, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.

Clavería Gosálbez, L.H., «Artículo 1.275», en AA.VV., (Albaladejo, M., dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, t. XVII,* Edersa, Madrid, 1993.

Díez-Picazo, L: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones* obligatorias, Tecnos, Madrid, 1972, pp. 131-132.

Enneccerus, L, Kipp, T, Wolf, M: *Tratado de Derecho civil, t. II. Derecho de obligaciones II, primera parte,* Bosch, Barcelona, 1966.

García Goyena, F: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español, t. III-IV,* Madrid, 1852.

Lacruz Verdejo, J.L, Luna Serrano, A., Delgado Echeverria, J., y Rivero Hernández, F.: *Derecho de obligaciones, vol. II. Teoría general del contrato,* 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1987.

Manresa y Navarro, J.M: *Comentarios al Código Civil, t. VIII,* 3ª ed., Madrid, 1918, p. 648.

Martín Fornaza, M: *Derecho civil. Obligaciones y contratos, vol. I. Teoría general,* Saturno, Barcelona, 1959.

Morales Moreno, A.M., «Artículo 1.266», en AA.VV., (Albaladejo, M., dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, t. XVII* Edersa, Madrid, 1993.

Mucius Scaevola, Q: *Código Civil comentado y concordado extensamente, t. XX,* Madrid, 1904.

O'Callaghan Muñoz, X: *Compendio de Derecho civil, t. II. Derecho de obligaciones, vol. I. Teoría general de la obligación, del contrato y del acto ilícito,* Madrid, EDERSA, 1987, p. 228.

Pardo Gato, J.R: *La relación abogado-cliente. El contrato de servicios del abogado,* Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

Pedregal y Cañedo, M: *Texto y comentarios al Código Civil español, t. II,* Madrid, 1889.

Recio Gayo, M: *El estatuto jurídico del Data Protection Officer,* Wolters Kluwer, Madrid, 2019.

- «Directrices del GT29 sobre el delegado de protección de datos: figura clave para la responsabilidad ("accountability")», *Diario La Ley*, núm. 2, 12 de enero de 2017.

Sánchez Gómez, A: *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios,* Tecnos, Madrid, 1998.

Trigo García, M.B: *Contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual,* Comares, Granada, 1999.

Vaquer Aloy, A: «El Marco Común de Referencia», en AA.VV., (Bosch Capdevila, dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas,* Bosch, Barcelona, 2009

Velasco Perdigones, J.C: «La responsabilidad civil del compliance officer», (tesis doctoral), Universidad de Cádiz, 2021.

- «Apuntes sobre la figura del Delegado de Protección de Datos (DPD) y su particular posición contractual», *Actualidad civil,* 2021, I.

- «La actividad de gestión del Oficial de cumplimiento: contrato y propuesta de contenido», *RCDI,* núm. 784, 2021, pp. 1241-1289.

- «El contrato de servicios con el delegado de protección de datos: propuesta de contenido», *Aranzadi Doctrinal,* núm. 2, 2021.

- «¿Nuevos horizontes en el Derecho de Daños?: Responsabilidad civil y compliance officer. Primeras notas de la investigación», en AA.VV., *Desafíos actuales del Derecho,* (coord. A. Valencia Sáiz y A. Pastor García), Editorial EUMED, Málaga, 2020, pp. 589-604.

Villanueva Lupión, C: *Los contratos de servicios,* Wolters Kluwer, Madrid, 2009, pp. 46-47.

- «El contrato de servicios bajo el prisma del derecho contractual europeo», en AA.VV. (Domingo Jiménez Liébana, coord.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García,* Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 827-859.

Yzquierdo Tolsada, M: *La responsabilidad civil del profesional liberal,* Reus, Madrid, 1989.

LAS MEDIDAS CORRECTORAS EN EL ÁMBITO DIGITAL

REMEDIES IN THE DIGITAL DOMAIN

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 918-937

Álvaro BUENO BIOT

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Ante el aumento de la producción y el intercambio de los contenidos y servicios digitales como consecuencia de la evolución de las nuevas tecnologías, se hace necesario establecer un marco jurídico que dote de protección a los consumidores y usuarios. En este sentido, el Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril, transpuso en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) la Directiva 2019/770, sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Se examinan aquí las medidas correctoras de las que dispone el consumidor o usuario ante una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales o ante un incumplimiento contractual del empresario. En este sentido, se estudian los supuestos en que procede la puesta en conformidad, la reducción del precio o la resolución contractual, así como los problemas que se derivan de las mismas, bien porque hay supuestos no previstos por el legislador, o bien por la intersección de algunos principios y normas tanto nacionales como europeas.

PALABRAS CLAVE: Consumidores; usuarios; contenidos digitales; servicios digitales; contrato de suministro; falta de conformidad; medidas correctoras;; resolución contractual; reducción del precio; puesta en conformidad; Directiva 2019/770; TRLGDCU.

ABSTRACT: *Given the increase in the production and exchange of digital content and services as a result of the evolution of new technologies, it is necessary to establish a legal framework that protects consumers and users. In this regard, Royal Decree Law 7/2021, of 27 April, transposed Directive 2019/770 on contracts for the supply of digital content and services into the Consolidated Text of the General Law for the Defence of Consumers and Users (TRLGDCU). The remedies available to the consumer or user in the event of a lack of conformity of the digital content or services or a breach of contract by the entrepreneur are examined here. In this regard, the cases in which conformity, price reduction or contractual termination are appropriate are studied, as well as the problems that arise from them, either because there are cases not provided for by the legislator, or because of the intersection of some principles and national and European rules.*

KEY WORDS: *Consumers; users; digital content; digital services; supply contract; lack of conformity; remedies; contractual termination; price reduction; bringing into conformity; Directive 2019/770; TRLGDCU.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. MARCO NORMATIVO.- III.- ¿CUÁNDO EXISTE UNA FALTA DE CONFORMIDAD?- 1. Los requisitos subjetivos.- 2. Los requisitos objetivos.- 3.- Obligaciones del empresario y exención de responsabilidad.- IV. MEDIDAS CORRECTORAS EN CASO DE FALTA DE CONFORMIDAD.- 1. La puesta en conformidad.- 2. Presupuestos para la reducción del precio y la resolución del contrato.- 3. La reducción del precio.- 4. La resolución del contrato.- V. CUESTIONES CONTROVERTIDAS.- 1. El desistimiento unilateral del consumidor derivado del principio de libre revocación del consentimiento al tratamiento de sus datos personales.- 2.- La problemática derivada de la facultad del empresario de resolver el contrato.

I. INTRODUCCIÓN.

Cada vez es más frecuente que los consumidores o usuarios hagan un uso de las tecnologías más intenso, lo que se traduce en una mayor producción e intercambio de contenidos y servicios digitales. Por ello, los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales están cada vez más presentes en nuestro día a día. De ahí que hayan experimentado un importante auge en toda la Unión Europea, y ésta, consciente de ello, lanzó la Directiva (UE) 2019/770 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (en adelante, DCD), para dotar a este tipo de contratos de un marco legal que garantiza los derechos de los consumidores y dota de seguridad jurídica a los empresarios.

Sin embargo, a pesar de que la DCD ha venido a solucionar muchos problemas, todavía existen muchas cuestiones pendientes de legislar y muchos interrogantes que resolver, pues nos encontramos en un ámbito donde las tecnologías están en constante evolución.

Uno de los problemas de mayor relevancia y que más interés ha despertado en la doctrina jurídica ha sido ha sido la introducción de las contraprestaciones no dinerarias[1], esto es, los datos personales que el consumidor o usuario cede a cambio del suministro del contenido o servicio digital. Cada vez es más común que los proveedores de contenidos y servicios digitales no cobren en dinero por

1 *Vid.* en este sentido Castillo Parrilla, J.A.: "Los datos personales como contraprestación en la reforma del TRLGDCU y las tensiones normativas entre la economía de los datos y la interpretación garantista del RGPD", Diario La Ley, 2021, núm. 9887; Plana Arnaldos, M.C.: "Los datos personales como contraprestación", en AA.VV: Protección de Datos personales (coord. por I. González Pacanowska), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 561-618; Roselló, F.M.: "Las contraprestaciones no dinerarias en la Propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales", Revista de Derecho Mercantil, 2017, núm. 303.

• Álvaro Bueno Biot
Investigador predoctoral, Universidad de Valencia
Alvaro.bueno@uv.es

la prestación, sino que exijan a cambio de ésta una contraprestación no dineraria, como pueden ser los datos personales (o no) del usuario. Y esto no significa que estos contratos puedan calificarse como gratuitos[2].

Estos modelos de negocio, donde el consumidor o usuario cede sus datos personales a cambio de la prestación del servicio, son cada vez más habituales en el mercado digital debido a su gran rentabilidad. No obstante, los datos personales del consumidor o usuario, considerados en sí mismos individualmente, valen poco o nada. De lo que realmente se obtiene una gran rentabilidad es a partir del cruce de todos esos datos, esto es, el almacenamiento, tratamiento y transferencia de dichos datos que, estructurados a gran escala[3], permiten una reconstrucción de la personalidad online capaz de predecir nuestros pasos o intereses en la vida real[4], y que constituyen información de gran valor para otros sujetos que están dispuestos a pagar enormes cantidades de dinero a cambio de ello.

Por otro lado, y unido íntimamente al anterior, surge el problema de las medidas correctoras a las que tiene derecho el consumidor o usuario ante una falta de conformidad o un incumplimiento contractual, especialmente cuando la contraprestación ha consistido en datos personales. Precisamente, la mayor parte de los problemas a resolver surgen en las medidas consistentes en la reducción del precio y en la resolución contractual. Respecto a la primera, porque, en función de si la contraprestación es dineraria o no, cabrá la posibilidad de ejercitarla o no, lo que puede conducir a situaciones discriminatorias en función del tipo de contraprestación. Y, respecto de la segunda porque, dándose el efecto típico de la resolución contractual, esto es, la restitución de prestaciones, cuando consistan en datos personales, éstos deberán atenerse a un régimen normativo particular.

En este último caso, nos encontramos en la interacción entre dos normativas: por un lado, las normas existentes en materia de consumo, en especial, la normativa reguladora de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y, por otro lado, la normativa relativa a la protección de datos personales.

A este marco jurídico, en el que confluyen estas dos normativas, me referiré en el siguiente apartado. Y a continuación, trataré de analizar los diferentes problemas

2 *Vid.* en este sentido Domínguez Yamasaki, M.I.: "El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario", *Revista de Derecho Privado*, 2020, núm. 4.; Martínez Calvo, J.: "Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2020, núm. 4, pp. 101-102; Martínez Valencoso, L.M. y Sancho López, M.: "El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2018, núm. 1, pp. 5-8.

3 Es lo que se conoce como "Big Data", el cual consiste en el análisis masivo de datos. Se tratan grandes cantidades de datos que, conjuntamente organizados y analizados, producen una información muy valiosa que resulta de gran utilidad de cara a tomar mejores decisiones y movimientos en negocios estratégicos.

4 Martínez Valencoso, L.M. y Sancho López, M.: "El nuevo concepto de onerosidad", cit. p. 24.

que derivan de las distintas medidas correctoras, haciendo especial hincapié en la diferencia de trato que se le dispensa a los consumidores o usuarios en función de si la contraprestación es dineraria o si, por el contrario, consiste en la cesión de datos personales (o no personales).

II. MARCO NORMATIVO.

Como he avanzado anteriormente, en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales cada vez es más común que la contraprestación exigida por el empresario o suministrador no sea una contraprestación dineraria, sino que esta consista en la cesión de uso por parte del consumidor o usuario de sus datos personales.

En este sentido, cuando esto ocurre, nos encontramos que interaccionan dos normativas: la normativa de protección de consumidores y la normativa protectora de los datos personales.

Así, por un lado, tenemos la antes mencionada Directiva (UE) 2019/770 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales[5] (DCD), presentada por la Unión Europea como parte de su estrategia para el Mercado Único Digital. Esta Directiva se presenta, en general, como de armonización máxima, si bien no se proponen reglas omnicomprensivas sobre todos los aspectos del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, sino sólo de una serie de reglas imperativas centradas en los problemas más importantes a los que tienen que hacer frente los consumidores, entre los que se encuentran las medidas correctoras objeto de este trabajo.

Por su parte, el legislador español transpuso la DCD al ordenamiento jurídico interno a través del Real Decreto-Ley 7/2021[6], incorporándose al Texto refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias[7] (en adelante, TRLGDCU), cuyas normas entrarán en vigor el día 1 de enero de 2022[8]. Y lo ha hecho transponiendo la DCD junto a la Directiva 2019/771, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes[9] (en adelante, DCVB), con el fin de evitar reiteraciones, además de

5 DOUE 22.5.2019. L 136/1. Texto pertinente a efectos del EEE. ELI: http://data.europa.eu/eli/dir/2019/770/oj.

6 Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores.

7 Consultar en: https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2007/11/16/1/con

8 Por tanto, las referencias que se hagan a artículos del TRLGDCU deberán entender con efectos de 1 de enero de 2022.

9 DOUE 22.5.2019. L 136/28. Texto pertinente a efectos del EEE. ELI: http://data.europa.eu/eli/dir/2019/771/oj. Esta Directiva se aplica tanto a las ventas presenciales como a las realizadas a distancia (on-line).

incrementar la seguridad jurídica en su aplicación, al mantener los mismos conceptos y previsiones normativas que se aplicarán indistintamente a todas las situaciones que no requieran esa diferenciación por la naturaleza de la prestación acordada.

Por otro lado, si bien es cierto que el TRLGDCU se aplicará a todo contrato en virtud del cual el consumidor facilita o se compromete a facilitar datos personales al empresario -con algunas excepciones-, para poder realizar un tratamiento lícito de los mismos, habrá que atenerse a lo establecido por el Reglamento 2016/679, 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[10] (en adelante, RGPD), así como a la Ley 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales[11] (en adelante, LOPDPGDD).

El RGPD, que es de aplicación directa en todos los Estados Miembros, va a ser el marco normativo a tener en cuenta –junto a la LOPDPGDD-, no sólo para valorar la licitud del tratamiento de los datos personales cedidos por el consumidor o usuario, sino también para valorar la validez del consentimiento obtenido por parte del consumidor[12].

Sin embargo, de la interacción entre el TRLGDCU y RGPD pueden surgir una serie de problemas. Para ello, el art. 114.1 TRLGDCU sale al paso y establece que será de aplicación el RGPD, así como la Ley General de Telecomunicaciones[13] a cualesquiera datos tratados en el marco del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales. Y, en caso de conflicto entre el TRLGDCU y estas dos normativas, prevalecerá lo estipulado en estas últimas.

Ahora bien, a pesar de ser dos normativas complementarias, existen situaciones no exentas de problemas y que me limitaré a señalar las más relevantes sin entrar en un análisis profundo de la cuestión por no ser objeto de este trabajo, pero que conviene tener presentes.

En primer lugar, puede darse el caso que en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales exista alguna cláusula que contravenga lo estipulado en el RGPD. Esto no supondría la ineficacia de la totalidad del contrato, sino que, por aplicación del principio de conservación de los contratos, solo resultaría ineficaz dicha cláusula.

10 Consultar en: https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf

11 Consultar en: https://www.boe.es/buscar/pdf/2018/BOE-A-2018-16673-consolidado.pdf

12 En particular, habrá que atenerse a los caracteres establecidos en el art. 4.11 del RGPD, es decir, el consentimiento debe ser específico, libre, informado e inequívoco.

13 Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo.

En segundo lugar, el tratamiento de datos personales en relación con un contrato de suministro de contenidos o servicios digitales será lícito si se ajusta a lo establecido por el RGPD. Sin embargo, existe una clara contradicción entre la obligación de ceder los datos personales y aceptación del tratamiento de los mismos, con el principio de libre revocación del consentimiento establecido en el art. 7.3 RGPD.

El legislador español ha intentado remediar esta situación otorgándole la facultad, en este caso, al empresario de resolver el contrato siempre y cuando el suministro de los contenidos o servicios digitales sea continuo o consista en una serie de actos individuales y se encuentre pendiente de ejecutar en todo o en parte (art. 119 ter. 7 TRLGDCU). No obstante, parece que esta solución no está exenta de problemas los cuales serán objeto de análisis posteriormente[14].

Y, por último, otro de los problemas más complejos es cómo incide en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales el consentimiento del consumidor que no se considera válido por no reunir los requisitos del art. 6.1 a) RGPD. Si la ilicitud del consentimiento incidiera en la eficacia del contrato celebrado, provocando su invalidez, esto conduciría a la inaplicación de los remedios protectores previstos para el consumidor en el TRLGDCU, quedando asimismo el empresario liberado de todas las responsabilidades derivadas del referido texto normativo. De esta forma, el incumplimiento por el responsable del tratamiento de las exigencias derivadas del RGPD beneficiaría a quien provoca tal incumplimiento, esto es, si el proveedor no obtiene el consentimiento conforme a la normativa de protección de datos, el contrato es ineficaz y, por ende, se beneficia de la no aplicación de las responsabilidades previstas en el TRLGDCU y privando al consumidor de los remedios contractuales, lo que carece de toda lógica y coherencia.

Por ello, la solución que se plantea, con la finalidad de que el consumidor no pierda su derecho a optar por las medidas correctoras previstas en el TRLGDCU, es la siguiente: separar el consentimiento contractual y el consentimiento conforme al RGPD, de manera que la ilicitud de este último consentimiento no debe afectar al consentimiento contractual y, en consecuencia, no afectar a la validez del contrato celebrado. Esto es, un consentimiento para el tratamiento de datos personales no conforme con el RGPD no provoca, por sí solo, la invalidez del contrato de suministro[15] . Todo ello, sin perjuicio del derecho del consumidor a pedir la indemnización por daños y perjuicios reconocido en el art. 8.1 c) TRLGDCU.

14 *Vid.* supra apartado 5.2.

15 *Vid.* en este sentido García Pérez, R.M.: "Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva (UE) 2019/770: licitud del tratamiento y conformidad de contenidos y servicios digitales", en AA.VV.: *El derecho privado en el nuevo paradigma digital* (Dir. por E. Arroyo Amayuelas y S. Cámara Lapuente), Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 191-192; y Metzger, A.: "Un modelo de mercado

III. ¿CUÁNDO EXISTE UNA FALTA DE CONFORMIDAD?

Son muchos los consumidores o usuarios que sufren problemas de calidad y acceso a los contenidos y servicios digitales. De ahí que, el TRLGDCU –ajustándose a las directrices decretadas por la DCD- haya establecido unas normas relativas a la falta de conformidad o incumplimiento en el suministro de estos contenidos y servicios digitales.

En este sentido, para valorar si se produce un incumplimiento o una falta conformidad en los contenidos y servicios digitales, el TRLGDCU ha establecido unos criterios a los cuales deberán ajustarse los contenidos y servicios digitales. Esto es, los contenidos o servicios digitales que el empresario suministre al consumidor o usuario se considerarán conformes con el contrato cuando cumplan los requisitos subjetivos y objetivos establecidos que sean de aplicación siempre que, cuando corresponda, hayan sido instalados o integrados correctamente (art. 115 TRLGDCU).

1. Los requisitos subjetivos.

Los requisitos subjetivos (art. 115 bis TRLGDCU) hacen referencia a los elementos que resultan directamente de la relación entre el empresario y el consumidor, esto es, aquellos que son establecidos contractualmente. En consecuencia, los contenidos y servicios digitales para ser conformes con el contrato deberán cumplir con lo siguiente:

a) Ajustarse a la descripción, tipo de bien, cantidad y calidad y poseer la funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad y demás características que se establezcan en el contrato;

b) Ser aptos para los fines específicos para los que el consumidor o usuario los necesite y que este haya puesto en conocimiento del empresario como muy tarde en el momento de la celebración del contrato, y respecto de los cuales el empresario haya expresado su aceptación;

c) Ser suministrados con todos los accesorios e instrucciones para su instalación e integración, así como la asistencia al usuario según disponga en el contrato;

d) Ser actualizados según se estipule en el contrato. En consecuencia, la falta de suministro de actualizaciones que se hayan acordado en el contrato —o las

para los datos personales: estado de la cuestión a partir de la nueva Directiva sobre contenidos y servicios digitales", en AA.VV.: *El derecho privado en el nuevo paradigma digital* (dir. por E. Arroyo Amayuelas y S. Cámara Lapuente), Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 128.

actualizaciones defectuosas o incompletas— debe considerarse una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales[16].

2. Los requisitos objetivos.

Los requisitos objetivos (art. 115 ter TRLGDCU) son aquellos elementos que forman parte del contrato porque son esperados razonablemente por el consumidor. Esto es, se trata de una serie de situaciones en las que, objetivamente, se debe valorar si se ha cumplido el fin para el que se utilizarían normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo, y que son las siguientes:

a) Ser aptos para los fines a los que normalmente se destinen contenidos o servicios digitales del mismo tipo.

b) Cuando sea de aplicación, poseer la calidad y ser conformes con la versión de prueba o vista previa del contenido o servicio digital que el empresario hubiese puesto a disposición del consumidor o usuario antes de la celebración del contrato.

c) Presentar la cantidad y poseer las cualidades y otras características, tales como la accesibilidad y continuidad del contenido o servicio digital, así como la funcionalidad, compatibilidad y seguridad que presentan normalmente los contenidos y servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor o usuario pueda razonablemente esperar. Para ello, habrá que atender a la naturaleza de los mismos y a las posibles declaraciones públicas realizadas por el empresario, o en su nombre, especialmente en la publicidad o etiquetado.

3. Obligaciones del empresario y exención de responsabilidad.

El proveedor del contenido o servicio digital, además de cumplir con los requisitos subjetivos y objetivos mencionados anteriormente, debe cumplir con algunas obligaciones adicionales.

En este sentido, en el ámbito de las actualizaciones, no basta con que haya puesto a disposición del consumidor la versión más reciente[17] del contenido o servicio digital, sino que también debe velar por que se comuniquen y suministren al consumidor las actualizaciones necesarias para mantener la conformidad de los productos.

16 Espín Alba, I.: "Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva 2019/770/UE: Datos, consumidores y "*prosumidores*" en el Mercado Único Digital", *Revista de Derecho Privado*, 2020, núm. 104, p. 24.

17 En virtud del apartado 6 del art. 155 ter TRLGDCU existe la obligación para el empresario de suministrar los contenidos o servicios digitales conforme a la versión más reciente en el momento de la celebración del contrato, salvo que las partes acuerden otra cosa.

Ahora bien, en caso de que el consumidor no proceda a instalar las actualizaciones proporcionadas por el empresario en un plazo razonable, este no será responsable de las faltas de conformidad como consecuencia de esa falta de actualización. No obstante, para que exista esta exención de responsabilidad del empresario se deben cumplir dos condiciones (art. 115 ter, apartado 3):

1) El empresario debe advertir al consumidor sobre la disponibilidad de la actualización y de las consecuencias de su no instalación;

2) La no instalación por parte del consumidor o usuario, o su instalación incorrecta, no se deba a deficiencias en las instrucciones facilitadas.

Del mismo modo, el empresario responderá de las faltas de conformidad derivadas de una instalación o integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales (art. 115 quater) siempre que:

1) La instalación o integración incorrecta haya sido realizada por el empresario o bajo su responsabilidad.

2) La instalación o integración incorrecta hecha por el consumidor o usuario se deba a deficiencias en las instrucciones proporcionadas por el empresario.

Por su parte, el empresario también quedará exento de responsabilidad en relación a las declaraciones públicas hechas respecto a la cantidad, cualidades y características de los contenidos y servicios digitales si se demuestra alguno de los siguientes hechos:

1) Que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión.

2) Que, en el momento de la celebración del contrato, la declaración pública había sido corregida del mismo o similar modo en el que había sido realizada.

3) Que la declaración pública no pudo influir en la decisión de adquirir el contenido o servicio digital.

Finalmente, cabe señalar que el empresario puede apartarse de los requisitos objetivos de conformidad siempre y cuando, en el momento de celebración del contrato, informe al consumidor o usuario de forma específica de que una determinada característica se aparta de tales requisitos, y este acepte de forma expresa y por separado dicha divergencia (art. 115 ter, apartado 5). Por lo tanto, el proveedor puede fijar unilateralmente, siempre que actúe con la debida transparencia, los fines y usos para los que son aptos los contenidos digitales que suministra, incluso aunque sean subestándar, carezcan de la seguridad al uso,

no puedan emplearse más que en ciertos soportes, plataformas o formatos o carezcan, en el supuesto más extremo, de instrucciones o de actualizaciones de ningún tipo una vez adquiridos.

Las expectativas del consumidor quedan por tanto enteramente definidas por los términos del contrato; la conformidad se supedita a la satisfacción de una suficiente información contractual y precontractual, sin parámetro objetivo mínimo de contraste. Las legítimas expectativas que el consumidor podría tener a la luz de los usos del mercado o los avances tecnológicos quedan limitadas por la voluntad del proveedor como predisponente del contenido contractual[18].

Por tanto, lo que, en principio, parecen ser unos requisitos basados en un estándar de expectativas razonables del consumidor medio, se materializa en la exigencia de un deber de transparencia para el empresario que, en consecuencia, exige la aceptación del consumidor de forma expresa y separada de dicha divergencia para que ésta sea considerada conforme al contrato.

IV. MEDIDAS CORRECTORAS EN CASO DE FALTA DE CONFORMIDAD

El empresario responderá ante el consumidor o usuario de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del contenido o servicio digital, pudiendo el consumidor o usuario, mediante una simple declaración, exigir al empresario la subsanación de dicha falta de conformidad, la reducción del precio o la resolución del contrato. En cualquiera de estos supuestos el consumidor o usuario podrá exigir, además, la indemnización de daños y perjuicios, si procede (art. 117.1 TRLGDCU).

Además, el consumidor o usuario podrá suspender el pago de cualquier parte pendiente del precio del contenido o servicio digital adquirido hasta que el empresario cumpla con las obligaciones que le correspondan. Sin embargo, parece que este derecho del consumidor de suspender el pago, sólo existe para los supuestos en que la contraprestación consiste en el pago del precio en dinero, y no para aquellos supuestos en que ha cedido el uso de sus datos personales.

1. La puesta en conformidad.

En caso de que los contenidos o servicios digitales no fueran conformes con el contrato, el consumidor o usuario puede exigir que sean puestos en conformidad[19].

18 Cámara Lapuente, S.: "El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2016, núm. 3, pp. 28-29.

19 El plazo durante el cual el consumidor o usuario puede manifestar esa falta de conformidad es de 2 años cuando los contenidos o servicios digitales sean suministrados en un acto único o en una serie de actos

No obstante, el proveedor podrá negarse a la puesta en conformidad cuando resulte imposible o suponga costes desproporcionados, valorando todas las circunstancias, en especial, el valor de los contenidos o servicios digitales si no hubiera existido la falta de conformidad y la relevancia de la falta de conformidad. En consecuencia, surgirá para el consumidor el derecho a optar entre la reducción del precio o la resolución del contrato.

Por su parte, aquellas medidas que se tomen para la puesta en conformidad del contenido o servicio digital serán gratuitas para el consumidor y deberán llevarse a cabo en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes.

2. Presupuestos para la reducción del precio y resolución del contrato.

El art. 119 TRLGDCU establece una serie de presupuestos que se tienen que dar para que surja el derecho del consumidor o usuario a optar entre la reducción del precio o la resolución del contrato, y que son los siguientes:

a) Cuando la medida consistente en poner los contenidos o servicios digitales en conformidad resulte imposible o desproporcionada[20] .

b) Cuando el empresario no haya puesto en conformidad los contenidos o servicios digitales de acuerdo con las exigencias del art. 118.4 TRLGDCU[21] .

c) Cuando, una vez puestos en conformidad los contenidos o servicios digitales por el empresario, aparezca cualquier falta de conformidad.

d) El empresario haya declarado, o así se desprenda claramente de las circunstancias, que no pondrá los contenidos o servicios digitales en conformidad en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor o usuario.

Sin embargo, este último presupuesto es criticable en el sentido de que el empresario puede rechazar injustificadamente la subsanación, aun en casos en que fuese razonable, posible, legal y proporcionado poner el contenido digital en conformidad con estos contratos de consumo; con esta previsión quedaría al arbitrio del suministrador atender o no a la pretensión del consumidor que […] se configura como su derecho primario en caso de falta de conformidad[22] . En

individuales (art. 120.1 TRLGDCU). No obstante, si los contenidos o servicios digitales son suministrados durante un plazo de tiempo continuado, el empresario responderá de cualquier falta de conformidad que se manifieste dentro del plazo en el que deben suministrarse los contenidos o servicios digitales (art. 120.2 TRLGDCU).

20 *Vid.* en este sentido el apartado 4.1.

21 Esto es, que sea gratuita para el consumidor o usuario; llevarse a cabo en un plazo razonable; y que se realice sin mayores inconvenientes teniendo en cuenta la naturaleza de los contenidos o servicios digitales y la finalidad que tuvieran para el consumidor o usuario.

22 Cámara Lapuente, S.: "El régimen de la falta de conformidad", cit., pp. 53-54.

consecuencia, si el proveedor decide arbitrariamente no poner el contenido o servicio digital en conformidad, parece ser que el TRLGDCU deja a elección del consumidor optar entre la reducción proporcional del precio o la resolución del contrato, pero dado que, para que proceda la resolución, la falta de conformidad no debe ser de escasa importancia[23], puede darse la situación de que el consumidor se vea obligado a escoger obligatoriamente el remedio de la reducción del precio. Y, por tanto, se vea obligado a recibir el producto con la rebaja proporcional del precio, lo que no parece muy acertado.

De esta forma, lo que en principio parecía un abanico de remedios a disposición del consumidor en favor de una mayor protección, se convierte en una situación en la que el consumidor no tiene posibilidad de elegir entre las distintas opciones que el legislador, a priori, le ha querido conceder.

Por su parte, si se ceden los datos personales como contraprestación del contrato, el requisito de la escasa importancia en relación con la falta de conformidad no se aplicará[24] , de manera que al consumidor, por el contrario, la única opción que le queda es la resolución contractual, dado que la rebaja proporcional del precio únicamente es posible cuando la contraprestación del contrato es el pago de un precio en dinero.

En cualquier caso, si se deja a elección del consumidor optar entre los remedios subsidiarios, y éste decide ejercitar la resolución y ésta no prospera por no cumplir los requisitos, parece ser que, por aplicación de la doctrina del TJUE[25] , no sólo no perderá el derecho a ejercitar la otra opción alternativa –reducción proporcional del precio-, sino que incluso, según la citada STJUE, los tribunales deberán poder reconocer de oficio el derecho del consumidor a obtener una reducción proporcional del precio aunque no lo hubiese solicitado en su "petitum", centrado exclusivamente en una resolución que no prospera[26] .

3. La reducción del precio.

La reducción del precio ya hemos visto que se utiliza como medida correctora con carácter subsidiario, es decir, el consumidor debe acudir primero a la puesta en conformidad del contenido o servicio digital y, subsidiariamente, a la reducción del precio o, en su caso, a la resolución, salvo en aquellos supuestos en que la falta de conformidad sea de tal gravedad que se justifique esta rebaja proporcional del precio de forma inmediata, sin necesidad de acudir al remedio de la puesta en conformidad.

23 *Vid.* en este sentido art. 119 ter. 2 TRLGDCU.

24 *Vid.* en este sentido el apartado 3 del art. 119 ter TRLGDCU.

25 STJUE 3 octubre 2013, Caso Soledad Duarte (*Tol 3952733*).

26 *Vid*. en este sentido Cámara Lapuente, S.: "El régimen de la falta de conformidad", cit., pp. 59-60.

Este remedio puede ser útil para aquellos consumidores o usuarios que, pese a que aún siga existiendo la falta de conformidad, les resulte beneficioso quedarse con el contenido o servicio digital defectuoso a un precio reducido ya que sigue cumpliendo sus fines e intereses y, por tanto, no tenga necesidad de resolver el contrato ni de buscar el mismo contenido o servicio digital en otro proveedor[27] .

Para calcular la reducción proporcional del precio habrá que tener en cuenta la diferencia existente entre el valor que el contenido o servicio digital hubiera tenido en el momento del suministro de haber sido conforme con el contrato y el valor que el contenido o servicio digital efectivamente suministrado tenga en el momento de dicho suministro. Como es lógico, esta reducción del precio solo procede cuando la contraprestación sea el pago de una cantidad de dinero, de forma que, cuando aquella consista en la cesión de uso de datos personales, esta medida no procederá.

Por su parte, si los contenidos o servicios digitales se suministran durante un periodo de tiempo, la reducción del precio se calculará atendiendo al criterio del párrafo anterior, pero únicamente respecto al periodo de tiempo durante el cual los contenidos o servicios digitales no hubiesen sido conformes.

Finalmente, cabe señalar que la reducción del precio como medida correctora y la indemnización por daños y perjuicios son compatibles[28] , dado que el fundamento de ambas pretensiones es distinto: en la primera es ajustar el precio al menor valor que tiene el producto defectuoso y, en la segunda, se indemnizan los daños económicos que eso pueda suponer al entorno digital del consumidor.

4. La resolución del contrato.

La resolución contractual, al igual que la reducción del precio, es un remedio de segundo orden que procede, subsidiariamente, a la puesta en conformidad, salvo aquellos supuestos en que se justifique su aplicación inmediata como sería que la falta de conformidad no sea de escasa importancia o que se haya incumplido el plazo de entrega estipulado entre las partes con carácter esencial. No obstante, si la contraprestación del contrato consiste en datos personales, es irrelevante el grado de importancia de la falta de conformidad, de forma que, aunque ésta sea mínima, procederá la resolución contractual.

27 Por ejemplo, sería el caso de determinados defectos de una App que contiene menos prestaciones que las contratadas, pero que siguen satisfaciendo los intereses del consumidor o contenidos de música o vídeo que presenten una calidad inferior a la anunciada (resolución 4k en lugar de 8k), pero que satisfacen igualmente los deseos del consumidor o usuario.

28 *Vid*. en este sentido el art. 117.1 TRLGDCU.

Para que proceda la resolución contractual, el consumidor o usuario deberá realizar una declaración expresa al empresario indicando su voluntad de resolver el contrato (art. 119 ter.1 TRLGDCU).

Tras la resolución del contrato, surge la obligación para el consumidor de no utilizar los contenidos o servicios digitales ni de ponerlos a disposición de terceros. Además, en el caso de que éstos se hayan suministrado en un soporte material, el consumidor o usuario, a expensas del empresario, deberá devolver el referido soporte material sin demora indebida.

Por su parte, el empresario deberá reembolsar al consumidor o usuario todos los importes pagados con arreglo al contrato. No obstante, pueden existir casos de resolución parcial, esto es, donde el empresario deberá restituir únicamente aquellas que corresponden al período de tiempo durante el cual los contenidos o servicios digitales no fueron conformes, así como todas aquellas cantidades que el consumidor o usuario haya satisfecho como pago a cuenta de cualquier período restante del contrato en caso de que no hubiese sido resuelto[29] . Ahora bien, esta resolución parcial solo cabe en aquellos supuestos en los que la contraprestación consista en el pago de una cantidad de dinero.

V. CUESTIONES CONTROVERTIDAS.

Es cierto que la normativa de consumo y de protección de datos ha establecido reglas favorables a los consumidores y usuarios en el ámbito digital, y el propósito de reforzar su protección, en parte, se ha cumplido. Sin embargo, es cierto que no estamos ante una regulación pormenorizada de los contratos de contenidos y servicios digitales, de manera el silencio de los textos normativos en algunos aspectos del contrato, unido a la confluencia de varias normas hace que nos encontremos con situaciones problemáticas e, incluso, contradictorias. A continuación, se exponen dos de los problemas que, desde mi punto de vista, más interés pueden despertar en la doctrina y que, a buen seguro, no pasarán desapercibidos por los tribunales.

1. El desistimiento unilateral del consumidor derivado del principio de libre revocación del consentimiento al tratamiento de sus datos personales.

Como ya se ha señalado anteriormente[30], uno de los problemas que surge en relación con los contratos de contenidos y servicios digitales cuando la contraprestación consiste en la cesión de datos personales por parte del consumidor o usuario es la contradicción entre la obligación de ceder los datos

29 *Vid.* en este sentido el art. 119 ter.5 a).

30 *Vid.* en este sentido, el apartado 2.

personales y aceptación del tratamiento de los mismos, con el principio de libre revocación del consentimiento establecido en el art. 7.3 RGPD.

Este ha sido uno de los problemas más debatidos por la doctrina[31], especialmente en lo que refería a las consecuencias ulteriores al contrato. Sin embargo, la revocación del consentimiento no afecta a la validez del contrato[32] . En cualquier caso, el legislador español, consciente de la situación ha previsto la solución para el caso de que el consumidor decida retirar su consentimiento. En este sentido, el art. 119 ter. 7 TRLGDCU permite al empresario, en el referido caso, resolver el contrato siempre y cuando el suministro de los contenidos o servicios digitales sea continuo o consista en una serie de actos individuales y se encuentre pendiente de ejecutar en todo o en parte. Además, el ejercicio de estos derechos por el consumidor no supondrá, en ningún caso, el pago de penalización alguna a su cargo. De esta forma, la revocación del consentimiento para el tratamiento de datos personales no implica la revocación del consentimiento contractual, pero sí que se faculta al empresario a resolver el contrato.

Ahora bien, el carácter revocable del consentimiento supone dejar sin efecto la amplia excepción al desistimiento en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales prevista en el art. 103, letras a) y m) TRLGDCU, dado que el consumidor titular de los datos siempre podría desvincularse del contrato revocando su consentimiento al tratamiento, por lo que gozaría de un derecho de desistimiento unilateral "ad nutum sine die" respecto del propio vínculo contractual que no tendría el consumidor que ha abonado una contraprestación dineraria[33] .

Por su parte, se advierte de que la revocación del consentimiento confronta claramente con el art. 1.256 CC, según el cual la validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes, en la medida en que el cumplimiento de una parte del contrato queda al arbitrio de uno de los contratantes (el titular de los datos)[34].

2. La problemática derivada de la facultad del empresario de resolver el contrato.

Como se ha expuesto en el apartado anterior, el consumidor o usuario tiene derecho a revocar su consentimiento al tratamiento de datos personales de acuerdo con el art. 7.3 RGPD. En consecuencia, el TRLGDCU ha establecido en su

31 *Vid.* en este sentido Cámara Lapuente, S.: "Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, vol. 12, núm. 1; Martínez Valencoso, L.M. y Sancho López, M.: "El nuevo concepto de onerosidad", cit.; De Barrón Arniches, P.: "La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales)", *Cuadernos europeos de Deusto*, 2019, núm. 61; Metzger, A.: "Un modelo de mercado", cit.

32 Metzger, A.: "Un modelo de mercado", cit., p.129.

33 García Pérez, R.M.: "Interacción entre protección", cit. p.190.

34 *Vid.* en este sentido García Pérez, R.M.: "Interacción entre protección", cit. p. 191.

art. 119 ter. 7 una regla en favor del empresario: le otorga la facultad de resolver el contrato siempre y cuando el suministro de los contenidos o servicios digitales sea continuo o consista en una serie de actos individuales y se encuentre pendiente de ejecutar en todo o en parte.

Ahora bien, la cuestión estriba en si, teniendo en cuenta el principio de libre revocación del consentimiento consagrado en el RGPD, el derecho nacional puede adoptar una norma de estas características. Es evidente que una norma sobre los efectos del contrato de suministro no puede coartar, eliminar ni restringir el derecho de todo interesado a revocar su consentimiento al tratamiento de los datos personales, pues esta libre revocabilidad —esencia del derecho fundamental a la protección de datos personales— está garantizada por el RGPD (arts. 7.3, 7.4 y 4.11, y art. 21 sobre oposición), que en todo caso prevalece sobre la Directiva (arts. 3.7, 3.8 y 16.2) (58) y su transposición en los Derechos nacionales[35].

Por tanto, si el rasgo esencial de la revocación del consentimiento es la libertad para hacerlo, cabe preguntarse si el consumidor es realmente libre de revocar su consentimiento al tratamiento de los datos personales cuando conoce que ello supone el nacimiento de un derecho a favor del empresario: que es resolver el contrato.

En todo caso, habrá que esperar a cómo los tribunales resuelven esta cuestión y, por ende, aplican el Derecho común, en particular el art. 1124 del Código Civil, cuando estemos ante un incumplimiento de la prestación a cargo del consumidor o usuario como es la retirada del consentimiento al tratamiento de sus datos personales.

Una de las soluciones que se han propuesto hasta el momento por la doctrina más autorizada y que, bajo mi punto de vista, es totalmente acertada es considerar que más que una auténtica resolución, lo que el legislador ha querido introducir es un derecho del empresario a desistir lícita y unilateralmente del contrato ante unas nuevas circunstancias que pueden hacer económicamente contraproducente para él el mantenimiento del contrato[36]. No obstante, lo que está claro es que el ejercicio de estos derechos por el consumidor no le supondrá el pago de penalización alguna.

35 Cámara Lapuente, S.: "Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales", *Diario la Ley*, 2021, núm. 9881, pp. 23-24.

36 Cámara Lapuente, S.: "Un primer balance de las novedades", cit. p. 24.

BIBLIOGRAFÍA

Cámara Lapuente, S.: "El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015", Indret: Revista para el Análisis del Derecho, 2016, núm. 3.

Cámara Lapuente, S.: "Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales", Cuadernos de Derecho Transnacional, 2020, vol. 12, núm. 1.

Cámara Lapuente, S.: "Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales", Diario la Ley, 2021, núm. 9881.

Castillo Parrilla, J.A.: "Los datos personales como contraprestación en la reforma del TRLGDCU y las tensiones normativas entre la economía de los datos y la interpretación garantista del RGPD", Diario La Ley, 2021, núm. 9887.

De Barrón Arniches, P.: "La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales)", Cuadernos europeos de Deusto, 2019, núm. 61.

Domínguez Yamasaki, M.I.: "El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario", Revista de Derecho Privado, 2020, núm. 4.

Espín Alba, I.: "Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva 2019/770/UE: Datos, consumidores y "prosumidores" en el Mercado Único Digital", Revista de Derecho Privado, 2020, núm. 104.

García Pérez, R.M.: "Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva (UE) 2019/770: licitud del tratamiento y conformidad de contenidos y servicios digitales", en AA.VV.: El derecho privado en el nuevo paradigma digital (Dir. por E. Arroyo Amayuelas y S. Cámara Lapuente), Marcial Pons, Madrid, 2020.

Martínez Calvo, J.: "Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales", InDret: Revista para el Análisis del Derecho, 2020, núm. 4.

Martínez Valencoso, L.M. y Sancho López, M.: "El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?", InDret: Revista para el Análisis del Derecho, 2018, núm. 1.

METZGER, A.: "Un modelo de mercado para los datos personales: estado de la cuestión a partir de la nueva Directiva sobre contenidos y servicios digitales", en AA.VV.: El derecho privado en el nuevo paradigma digital (dir. por E. Arroyo Amayuelas y S. Cámara Lapuente), Marcial Pons, Madrid, 2020.

PLANA ARNALDOS, M.C.: "Los datos personales como contraprestación", en AA.VV: Protección de Datos personales (coord. por I. González Pacanowska), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

ROSELLÓ, F.M.: "Las contraprestaciones no dinerarias en la Propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales", Revista de Derecho Mercantil, 2017, núm. 303.

FUNZIONE E LIMITI DELL'AUTONOMIA PRIVATA NEI CONTRATTI TRANSNAZIONALI

THE SCOPE AND LIMITS OF PARTY AUTONOMY IN INTERNATIONAL CONTRACTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 938-961

Massimo FOGLIA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Ci si chiede se lo stile con cui vengono redatti i contratti transnazionali possa effettivamente favorire un'interpretazione maggiormente aderente al testo contrattuale. Nella pratica, specialmente in quella internazionale, non pare si possa dubitare che un'accorta applicazione delle tecniche di protezione letterale del contratto possa risultare utile allo scopo.

PALABRAS CLAVE: Autonomia privata; contratto internazionali; tecniche di protezione letterale del contratto.

ABSTRACT: *The question arises as to whether the drafting style in which international contracts are drafted can actually encourage a literal interpretation. In practice, especially in the international context, there seems to be no doubt that a careful application of the techniques of literal protection of the contract can be useful for this purpose.*

KEY WORDS: *Party autonomy; international contract; drafting style.*

SUMARIO.- I. POSIZIONE DEL PROBLEMA.- II. IL CONTRATTO DEL TERZO MILLENNIO NEL MERCATO GLOBALE.- III. PROFILI DI INTERPRETAZIONE DEL CONTRATTO "APOLIDE".- IV. LA BARRIERA DEL DIRITTO NAZIONALE APPLICABILE: LE MANDATORY RULES.- V. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

I. POSIZIONE DEL PROBLEMA.

Nel contesto dei contratti c.d. transnazionali ci si chiede quanto - e in che misura - le tecniche di redazione dei modelli contrattuali in uso siano davvero in grado di proteggere il contenuto del contratto dalle "interferenze" della legge applicabile[1].

È noto che il contratto che si usa definire "transnazionale" ambisce ad essere senza Stato (o oltre lo Stato): mira a rendersi "apolide". Non vi è univocità di posizioni sul carattere *trans*-nazionale (o internazionale) del contratto. Certamente esso riguarda persone fisiche o giuridiche appartenenti a Stati diversi. Ma l'accostamento all'aggettivo "transnazionale" dà comunque luogo ad una formula all'apparenza ambigua: se si guarda alla manualistica si fa tradizionalmente riferimento a quelle fattispecie contrattuali caratterizzate da «elementi di estraneità al diritto locale», dunque non destinate ad esaurirsi nell'ambito di unico ordinamento statale[2]. Le soluzioni adottate sia dalle legislazioni nazionali che internazionali fanno solitamente riferimento ad altri criteri, quali la residenza (*habitual residence*) o domicilio (*place of business*) delle parti; oppure si affidano ad aspetti più generali quali, ad esempio, «*significant connections with more than one State*»; «*involving a choice between the laws of different States*»; oppure «*affecting the interests of international trade*».

Va detto, anticipando le conclusioni, che il cosiddetto contratto "senza legge", ossia quel contratto che nella sostanza ambisce a divenire completamente autosufficiente, risulta essere una chimera, perché in caso di controversia sarà sempre necessario individuare il diritto applicabile (*applicable law*), sia esso una legge nazionale, internazionale o un diritto a-nazionale.

Ma d'altro canto è vero anche che la disciplina dei rapporti del commercio internazionale è regolata attraverso un ampio impiego dell'esercizio dell'autonomia

1 Per maggiori approfondimenti si rinvia a *Il contratto "apolide". La contrattazione transnazionale nel mercato globale* (a cura di M. Foglia), Edizioni ETS, Pisa, 2019, in part. pp. 39 ss. e 123 ss.

2 Per la manualistica italiana *vid*., per tutti, Torsello, M., Frignani, A.: "Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale", *Tratt. dir. comm.* e *dir. pubbl. economia* (diretto da F. Galgano), 2010, II ed., vol. XII, 2010, in part. pp. 103 ss.

• Massimo Foglia
Ricercatore di diritto privato
Università degli studi di Bergamo – massimo.foglia@unibg.it

privata; e la funzione normativa dell'autonomia privata delle parti si prefigge proprio l'obiettivo di costruire un contratto autosufficiente e autoregolato, capace di produrre i suoi effetti anche *al di fuori* di uno specifico sistema ordinamentale.

In questa prospettiva le parti intendono, per così dire, "denazionalizzare" il contratto e sottrarlo alla disciplina del diritto nazionale dell'uno o dell'altro contraente. A questo scopo le parti trovano utile inserire clausole volte a proteggere l'integrità del documento scritto: si pensi all'uso di preamboli che raccontino dei rispettivi interessi dei contraenti in previsione del programma negoziale, all'inserimento di clausole di definizione dei termini del contratto o di clausole di completezza dell'accordo scritto (*merger clauses*), oppure, ancora, a clausole che impediscano la modifica dell'accordo così come consacrato nel contratto finale se non attraverso un altro, successivo documento scritto (*no oral modification clauses*).

Il modello contrattuale in uso nel commercio transnazionale è costruito sul prototipo angloamericano[3]. Del resto, è utile soltanto ricordare che questi modelli contrattuali sono frutto di un'esperienza consolidata; l'utilizzo di questi modelli consente alle imprese di impostare le loro strategie ed effettuare precisi calcoli volti all'ottimale allocazione del rischio dell'affare; rischio che assume dimensioni ancor maggiori se si considera che sulla base di un primo contratto le imprese stipulano ulteriori accordi (ad esempio, di finanziamento, di assicurazione, di cessione e via dicendo) che le vincolano anche nei confronti di altri soggetti terzi. Ed è proprio la gestione del rischio il perno su cui fa leva la scelta di adottare uno schema contrattuale uniforme[4].

In ogni modo, la logica sottesa alle tecniche di *drafting* contrattuale in uso nel panorama internazionale, ricalcanti il modello angloamericano, è quella di limitare quanto più possibile – nella prospettiva di un'aspirazione all'autosufficienza – l'integrazione del contratto ad opera di fonti eteronome e vincolare altresì l'interprete al voluminoso corpo regolamentare creato dalle parti, in cui vorrebbe essere contenuto tutto il loro affare, caratterizzato dalla presenza di clausole interpretative dirette a guidare l'operazione ermeneutica del giudice[5].

3 Tale modello è adottato sempre più anche nei contratti domestici fra imprese. Nello specifico ambito dei contratti d'impresa è ben risaputo come i consulenti delle imprese non elaborino *ex novo* un contratto, ma le trattative vengano instaurate sulla base di un testo contrattuale preesistente, al quale vengono apportate aggiunte o modifiche in base alle esigenze del caso concreto. Il contratto di oggi – per usare le parole di Giorgio De Nova – si dice perciò conforme ad un modello e costituisce «un patrimonio comune dei consulenti di entrambe le parti» che ambisce «a regolare esaustivamente i rapporti fra i contraenti» (così, De Nova, G.: *Il contratto alieno*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 63).

4 Cfr. Cordero-Moss, G.: "Does the use of common law contract models give rise to a tacit choise of law or to harmonised, transnational interpretation?", in Id.: *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 37 ss., spec. pp. 50 ss.

5 Per ulteriori approfondimenti sul tema *vid.* Anderson, M., Warner, V.: *Drafting and Negotiating Commercial Contracts*, Bloomsbury, London, 2011, III ed.; Burnham, S.J.: *Drafting and Analyzing Contracts: A Guide to the Practical Application of the Principles of Contract Law*, Carolina Academic Press, Charlottesville, 2003, III ed.

II. IL CONTRATTO DEL TERZO MILLENNIO NEL MERCATO GLOBALE.

Il paradigma contrattuale da cui trae origine il fenomeno di cui si discute si colloca sullo sfondo del mercato globale e delle relazioni commerciali internazionali. L'attenzione è perciò rivolta al contratto fra imprese, non a quello del consumatore; gli interessi in gioco sono tipicamente quelli legati al mondo del commercio.

L'avvento del nuovo millennio, in Italia, ha fornito lo spunto alla dottrina per volgere uno sguardo d'insieme al fenomeno contrattuale. Autorevoli studiosi si sono cimentati nel tratteggiare le principali tappe di un lungo, complesso itinerario che ha visto l'istituto del contratto – definito anche quale «principale strumento dell'innovazione giuridica»[6] – evolversi e trasformarsi sotto gli impulsi del progresso della società, del mutamento dei mercati e dell'emersione di nuove istanze di giustizia sociale.

È stata raccontata, quasi a mo' di romanzo[7], una storia del contratto in cui sono state pregevolmente scandite le sue "stagioni": dal contratto costruito sulle fondamenta del codice del 1942 al contratto globalizzato, posto in un'avveniristica dimensione collocantesi tra «post-modernità e complessità»[8]. Si è dibattuto intorno al concetto, ai significati ed alle funzioni dello strumento contrattuale, dando atto della metamorfosi che il volgere del tempo ha prodotto nel mondo del contratto sino a giungere allo scenario attuale, all'orizzonte dell'oggi. Per tracciarne i connotati occorre rapidamente ricordarne alcune fasi: l'individuazione del processo di eterointegrazione; il controllo sociale delle attività private; l'età della decodificazione; la diffusione dei contratti atipici; l'ascesa del diritto comunitario; l'emergere delle figure di professionista e consumatore, dei contratti dei consumatori e dei contratti d'impresa; i fenomeni della globalizzazione, l'applicazione sempre più estesa della *lex mercatoria* e l'affermarsi del contratto "alieno"; l'europeizzazione del contratto e l'uniformazione dei principi, i modelli uniformi, le tecniche di redazione uniformi[9].

La grande sfida del terzo millennio è vista nell'armonizzazione e nella possibile uniformazione in ambito europeo del diritto contrattuale. Il testo su cui è diretta

Del pari, come anticipato con riferimento alla *construction* del contratto, l'approccio delle corti inglesi o americane consiste nell'individuare le regole del rapporto in aderenza a quello che le parti hanno stabilito nel contratto, senza l'ausilio di un'organica normativa extra-contrattuale.

6 *I contratti del commercio, dell'industria, e del mercato finanziario* (diretto da F. Galgano), UTET, Torino, 1995, p. XXVII.

7 L'osservazione è di Ferri, G.B.: "Le stagioni del contratto e le idee di Guido Alpa", *Riv. dir. comm.* e *dir. gen. obblig.*, 2013, I, pp. 205 ss., nel commento alla recente opera formativa di Alpa, G.: *Le stagioni del contratto*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 139 ss.

8 Alpa, G.: "Le stagioni del contratto", cit.

9 L'elenco che precede è tratto da Alpa, G.: "Le stagioni del contratto", cit., pp. 28 s. Sono riportate soltanto alcune delle vicende indicate dall'A. che hanno interessato il fenomeno contrattuale.

l'attenzione della dottrina è il *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)[10], nel quale i concetti di "libertà contrattuale" e "autonomia delle parti" assumono nuove sfumature di significato, che, almeno in parte, si discostano da quelle tradizionali[11].

È dunque della storia recente, o di un segmento di essa, che ci si propone di esaminare talune recenti evoluzioni della disciplina del contratto, sia pur facendo tesoro del suo disegno storico, della storiografia della scienza giuridica che si è occupata del tema, la cui preziosa memoria ci permette oggi di comprendere la modernità dello scenario attuale.

Dall'angolo visuale del diritto, il fenomeno della globalizzazione[12] – o mondializzazione – si è affermato sulla scena dei traffici commerciali internazionali, coinvolgendo sia le piccole che le medio-grandi imprese protagoniste del mercato planetario degli scambi commerciali. Le ricadute di tale fenomeno hanno condotto ad un progressivo sgretolamento dell'impalcatura giuridica che sino a ieri aveva sorretto il teatro del mercato diventato, oggi, globale. E in questo scenario, minato dalla crisi dell'istituzione statuale e dalla disgregazione giuridica del rapporto tra norma e legge, la figura del contratto si è disancorata dalle sue non più attuali declinazioni, legate esclusivamente al territorio di un singolo paese, per ritrovare un suo nuovo assetto, generato da una pluralità di fonti non più soltanto nazionali, le quali proiettato il contratto in una dimensione cosmopolita, oltre i confini degli ordinamenti giuridici nazionali.

L'interprete si trova così a dover dismettere i vetusti occhiali del giurista domestico o provinciale, nostalgico custode della purezza del sistema nazionale e dei suoi principi, per indossare le più moderne lenti del giurista "abitante del mondo globalizzato", sensibile alle correnti del diritto sovranazionale e internazionale, alle esigenze dei mercati e di coloro che vi operano.

10 *Outline edition*, München, 2009.

11 Alpa, G.: "Le stagioni del contratto", cit., p. 168. L'A. osserva che, nella dimensione europea, tali formule si inscrivono non più – o non solo – nella classica cornice del rapporto tra volontà delle parti e volontà della legge, ma tendono ad assumere nuove e più ampie sfumature di significato, la cui espressione è affidata all'interprete con l'ausilio delle fonti esterne al contratto. Si parla, a titolo esemplificativo, di buona fede (integrativa), cooperazione, solidarietà sociale, tutela dei diritti fondamentali.

12 Per ulteriori approfondimenti sul tema della globalizzazione dall'angolo visuale del diritto, *vid*. Iudica, G.: "L'influenza della globalizzazione sul diritto italiano dei contratti", *Nuova giur. civ. comm*., 2014, II, pp. 143 ss.; Id.: "Globalizzazione e diritto", *Contr. impresa*, 2008, pp. 867 ss.; Ferrarese, M.R.: *Diritto sconfinato*: *inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2006; Dezalay, Y.: *Merchands de droit. Le restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, L.G.D.J., Paris, 1992, trad. it. *I mercanti del diritto. Le multinazionali del diritto e la ristrutturazione dell'ordine giuridico internazionale* (a cura di M. Raiteri), Giuffrè, Milano, 1997; La Porta, U.: *Globalizzazione e diritto. Regole giuridiche e norme di legge nell'economia globale. Un saggio sulla libertà di scambio e sui suoi limiti*, Liguori Editore, Napoli, 2005; Galgano, F.: *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005; Grossi, P.: "Globalizzazione, diritti, scienza giuridica", *Foro it*., 2002, pp. 151 ss.

Ecco che si discute oggi di "contratto del terzo millennio"[13] per rimarcare, in primo luogo, il fatto che l'attuale disciplina del contratto è considerevolmente diversa da quella di ieri. Si vogliono cioè evocare, come detto, quelle metamorfosi che l'istituto contrattuale ha subìto per via delle trasformazioni della società e dell'evoluzione del diritto, all'interno di un sistema giuridico allargato che supera la dimensione nazionale e si affaccia verso un mercato globale[14], le cui caratteristiche ed esigenze hanno dettato la nuova politica legislativa degli Stati ed hanno dato origine ad iniziative volte alla realizzazione di progetti normativi transfrontalieri e, in particolare, comunitari in materia contrattuale.

Le peculiarità presentate dal contratto del duemila delineano un modello a cui sono state attribuite molteplici e variegate declinazioni: «giusto, trasparente, simmetrico, completo, ragionevole, suscettibile di revisione»[15]. Tra queste, come si è anticipato, l'attributo che nel corso di questa indagine interessa maggiormente approfondire è quello relativo alla (aspirata) "completezza" del contratto; caratteristica che si collega, appunto, al concetto di "integrità" del contratto (*rectius*, del documento contrattuale).

Un'idea nuova di contratto sorge dunque dalle rovine della denunciata "crisi" del contratto[16] quale figura e disciplina generale, determinata da plurime concause, tra cui la tendenza centrifuga verso discipline di singoli contratti, come conseguenza dell'intervento del legislatore in favore di leggi organiche di settore e della fioritura di nuovi contratti con vocazione all'autosufficienza. Ma un ulteriore e decisivo impulso per tale via è stato segnato dalla galoppante legislazione degli ultimi decenni, soprattutto di matrice e derivazione comunitaria, la quale ha contribuito al definitivo delinearsi di quella che, icasticamente, è stata definita una «realtà magmatica» ancora *in fieri* e, forse, alla creazione di un «nuovo paradigma contrattuale»[17].

13 Roppo, V.: *Il contratto nel duemila*, Giappichelli, Torino, 2011, III ed.; Galgano, F.: "La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio", *Contr. impresa*, 2000, pp. 919 ss.; Franzoni, M.: "Il contratto nel mercato globale", *Contr. impresa*, 2013, pp. 69 ss.; Mazzamuto, S.: "Il contratto europeo nel tempo della crisi", *Europa dir. priv.*, 2010, pp. 601 ss.

14 Galgano, F.: *Il contratto*, Cedam, Torino, 2011, II ed., pp. 1 ss. e pp. 19 ss.

15 Alpa, G.; "Le stagioni del contratto", cit., p. 182.

16 Cfr. Gilmore, G.: *The Death of Contract*, The University of Chicago Law Review, Columbus Ohio, 1974. *Vid.* anche Alpa, G.: "La Morte del Contratto", *Pol. dir.*, 1976, pp. 727 ss.

17 Roppo, V.: "Il contratto del duemila", cit., p. VIII. Cfr. anche l'analisi di Grundmann, S.: "The Future of Contract Law", *European Review of Contract Law*, 2011, pp. 491 ss.; Galgano, F.: "La categoria del contratto", cit., pp. 919 ss. Inoltre, l'evoluzione legislativa degli ultimi anni ha sempre più legittimato la formulazione di molteplici paradigmi contrattuali: ad esempio, di recente la dottrina ha introdotto la categoria del "terzo contratto". Per un quadro *vid.* i saggi raccolti in AA.VV.: *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese* (a cura di G. Gitti e G. Villa), Il Mulino, Bologna, 2008. *Vid.* anche AA.VV.: *Contratti tra imprese e tutela dell'imprenditore debole* (a cura di F. Ruscello), Aracne Editrice, Roma, 2012; Gianola, A.: "Autonomia privata e 'terzo contratto'", in AA.VV.: *Autonomia individuale privata e collettiva* (a cura di P. Rescigno), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, pp. 131 ss.; Amadio, G.: "Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di abuso dell'autonomia contrattuale)", *Riv. dir. priv.*,

Con riferimento alle norme sul contratto, deve infatti registrarsi la dominanza della legislazione speciale quale fonte sempre più rilevante del contratto. Le leggi speciali, è noto, introducono un nuovo schema normativo extracodicistico spesso costituito da norme di carattere imperativo. In questo senso, la costruzione del regolamento contrattuale ad opera delle parti subisce un costante logoramento in quanto soggiace all'azione integrativa della legge[18]. Ma nel panorama odierno è altresì evidente, grazie anche al diritto privato europeo, la rilevanza delle clausole generali[19].

Sotto altro profilo, inoltre, occorre segnalare il mutamento della concezione stessa del contratto nella misura in cui oggi esso subisce l'influenza delle forme di contratto introdotte dalla prassi internazionale[20]. Il fenomeno della circolazione di modelli contrattuali alieni nell'ambito della contrattazione sovranazionale comporta per il giurista nazionale (e in particolare per il giudice) un problema di "accostamento" a tali modelli a lui, per tradizione, sconosciuti, tipici di altri sistemi giuridici e costruiti sulla base di tecniche redazionali peculiari del rispettivo sistema di emanazione.

Più in generale, è dunque possibile affermare che l'attuale schema del contratto si presenta con caratteri di *complessità*, *elasticità* ed *eteronomia*[21]. Tali caratteristiche rispondono alle esigenze del mercato globale e alle peculiarità della prassi contrattuale internazionale che, per via delle influenze esercitate dai sistemi di origine angloamericana, hanno condizionato anche i modelli interni.

L'approccio metodologico del giurista moderno, con riferimento al contratto del terzo millennio, deve perciò inevitabilmente essere caratterizzato da una profonda apertura culturale, oltre che da flessibilità metodologica, che tenga necessariamente conto del diverso contesto in cui detti contratti vengono concepiti, e che lo proietti verso speculazioni appartenenti ad un *humus* culturale estraneo alla propria formazione e tradizione giuridica. A tal fine viene in soccorso lo studio comparativo dei sistemi giuridici in cui sorge il modello alieno.

2008, p. 624; Russo, E.: "Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, 'terzo contratto'", *Contr. impresa*, 2009, pp. 124 ss.

18 È noto che l'influenza della legislazione speciale, per tradizione, è tipica degli ordinamenti di *civil law*. Tuttavia, ormai da qualche tempo, ciò avviene sempre di più anche nel mondo anglosassone. Un esempio su tutti è rappresentato dagli *statutes* volti a tutelare i diritti del consumatore.

19 Cfr. Patti, S.: "L'interpretazione, il ruolo della giurisprudenza e le fonti del diritto privato", *Foro it*., 2014, pp. 116 ss.

20 Cfr. Gabrielli, E.: "L'operazione economica nella teoria del contratto", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, pp. 906 ss.; Rodotà, S.: *Le fonti di integrazione del contratto* (1969), Giuffrè, Milano, 2004 (ristampa integrata), *passim*.

21 *Vid*., tra altri, Roppo, V.: "Il contratto nel duemila", cit., *passim*; Alpa, G.: "Le stagioni del contratto", cit., *passim*; Franzoni, M.: "Il contratto nel mercato globale", cit., pp. 69 ss.

Un interessante termine di paragone è a tutt'oggi rappresentato dall'esperienza dei paesi di *common law*, in particolare dal sistema inglese e da quello nord-americano. Si è infatti assistito ad un dialogo muto tra i sistemi appartenenti alla famiglia di *civil law* e quelli afferenti al sistema di *commom law*[22], spesso caratterizzato da una reciproca forza attrattiva che ne ha influenzato il rispettivo cammino storico, capace talvolta di tradursi persino in veri e propri trapianti giuridici (si pensi, per tutti, all'istituto del *trust*), nonché a fenomeni, per così dire, di *import-export* di nuove figure contrattuali (si pensi, in relazione al diritto italiano, ai contratti di *leasing, factoring*, *catering*, etc.)[23]. Tale convergenza, con riferimento alla contrattazione commerciale internazionale, è stata favorita dall'apertura dei confini nazionali alla diffusione dei modelli contrattuali di stampo anglo-americano, sovente formulati in inglese, quale lingua franca del mondo del business.

Va detto dunque che il tradizionale schema del contratto, inteso come atto unico, risulta oggi inadeguato perché non più in grado di racchiudere la complessità e la completezza degli interessi sottesi all'affare concluso dalle parti. Il contratto deve perciò essere riconsiderato sulla base della dimensione economica dell'operazione promossa dalle parti, seppur ricomprendendola all'interno di un'unica "unità formale", che concettualmente rimane fissa nella fattispecie generale del contratto[24].

III. PROFILI DI INTERPRETAZIONE DEL CONTRATTO "APOLIDE".

Nell'ambito del più ampio dibattito sul diritto privato senza Stato (*without State*) o aldilà dello Stato (*beyond the State*)[25], anche la più specifica figura del contratto è dunque colpita da spinte centrifughe che la orientano verso una dimensione sovranazionale.

La dottrina e la pratica del commercio internazionale pongono in rilievo l'importanza dell'autonomia privata nei rapporti del commercio internazionale, dacché la disciplina di tali rapporti è regolata, come anticipato, attraverso «un ampio impiego dell'esercizio dell'autonomia privata» o, in altri termini, «in virtù dell'adozione, a seguito di complessi negoziati che si svolgono a vari livelli, di veri e propri testi normativi internazionali»[26].

22 Per un approfondimento, di recente, *vid*. Viglione, F.: Metodi e modelli di interpretazione del contratto. Prospettive di un dialogo tra common law e civil law, Giappichelli, Torino, 2011, *passim*.

23 Iudica, G.: L'influenza della globalizzazione", cit., p. 144.

24 V. Gabrielli, E.: "L'operazione economica", cit., pp. 906 ss.

25 Cfr. De Nova, G.: "Contratti senza Stato (a proposito del Draft CFR)", *Riv. dir. priv.*, 2008, pp. 667 ss.

26 Carbone, S.M.: "I Principi UNIDROIT quale diritto applicabile ai contratti commerciali internazionali: tra autonomia privata e ordinamenti statali", *Dir. comm. int.*, 2012, p. 47. Ma sui limiti della forza normativa dell'autonomia delle parti *vid*. Id.: "L'autonomia privata nei rapporti economici internazionali ed i suoi limiti", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, pp. 901 ss. e 918.

La circolazione internazionale dei modelli contrattuali uniformi dominava il teatro giuridico negli anni '90[27], ma ancora oggi non è sopito il vivace dibattito intorno a tale fenomeno. Si tratta di contratti atipici, senza territorio né nazionalità, creati dagli "uffici legali delle multinazionali"[28], scritti in lingua inglese e concepiti nell'ottica della prassi contrattuale angloamericana[29]. Con la conseguenza che anche all'interno dei paesi di *civil law* vada sempre più diffondendosi l'uso della tecnica contrattuale del mondo anglosassone[30].

A tale riguardo è ormai ben noto nella prassi delle imprese italiane l'uso di modelli contrattuali alieni, il cui contenuto e la cui struttura ricalca in tutto lo stile angloamericano, pur indicando come legge applicabile il diritto italiano. È solo il caso di avvertire che nella prospettiva della presente indagine, assumendo la scelta esplicita delle parti in favore di un diritto nazionale (e nello specifico del diritto italiano), non si pone perciò il problema della individuazione del diritto applicabile[31].

Ma la questione, come è ovvio, non si esaurisce con l'individuazione della legge applicabile al contratto. Un'altra fase nell'approccio al modello contrattuale del commercio internazionale è infatti rappresentata dalla verifica degli effetti che una

27 Galgano, F.: "Prefazione", in AA.VV.: *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario* (Tratt. diretto da F. Galgano), Utet, Torino, 1995, I, pp. XXVIII s.

28 Ibidem.

29 Emerge subito, dunque, l'elemento che distingue la figura del contratto internazionale dal contratto c.d. alieno: il primo trova la sua disciplina nei testi normativi a livello internazionale a cui le parti si affidano per disciplinare il proprio rapporto; il secondo, invece, fa riferimento al diritto interno di uno Stato (in specie, quello italiano). Le due tipologie di contratto hanno però anche caratteristiche comuni: la voluminosità, il grado di dettaglio, la vocazione definitoria, l'aspirazione alla completezza, e via dicendo. Elementi tipici degli ordinamenti di *common law*, i quali, qualora calati in un sistema giuridico diverso ("alieno" appunto), come quello di un paese appartenente alla tradizione di *civil law*, impongono al giurista domestico un approccio metodologico a lui non comune. Il contratto alieno o internazionale, ambedue derivanti dal mondo anglosassone, si presentano svincolati da un sistema codicistico che impone precise regole scritte da cui trarre sia norme di carattere generale, sia una disciplina applicabile a fattispecie contrattuali tipizzate. Essi sono costruiti in questa prospettiva, sono scritti in lingua inglese e si presentano con la struttura tipica di un contratto concepito nell'ordinamento di *common law*. Il che rende problematica l'interpretazione di siffatto contratto allorquando questo dovesse essere disciplinato da un sistema normativo organico quale il sistema di *civil law*. Cfr. De Nova, G.: "The Law which governs this Agreement is the Law of the Republic of Italy": il contratto alieno, in Id.: "Il contratto alieno", cit., pp. 47 ss.

30 È un dato oggettivo, ad esempio, l'importanza via via crescente della lingua inglese come lingua dei contratti, così come delle tecniche e formulazioni contrattuali di stile anglo-americano. Nell'ambito delle transazioni commerciali internazionali, l'inglese si è ormai affermano quale lingua franca. Le conseguenze sono, da un lato, la necessità di un'ottima conoscenza della lingua inglese, essenziale per chi intenda cimentarsi nella redazione di un contratto internazionale; da altro lato, questa evoluzione – quantomeno nell'ambito della contrattazione internazionale – attacca in radice la cultura giuridica dei paesi a tradizione codicistica, nel senso che ne influenza l'educazione giuridica universitaria e la formazione continua nell'ambito della professione giuridica. Cfr. Fontaine, M., De Ly, F.: *La redazione dei contratti internazionali*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 816 ss.

31 Infatti i contratti alieni non sono contratti internazionali "se non nel profumo" (così Gentili, A.: "L'interpretazione del contratto alieno", *Riv. dir. priv.*, 2016, p. 248).

certa clausola può avere nella pratica del commercio internazionale. Il riferimento è, nello specifico, agli usi del commercio intesi come fonte di diritto, specialmente nell'ipotesi di un contratto internazionale o di una controversia sottoposta ad arbitrato. In tale circostanza, ove fosse possibile dimostrare che gli effetti di una determinata clausola siano riconosciuti come uso commerciale, l'interpretazione del contratto si baserà su questi anche se l'esito interpretativo specifico non fosse perfettamente in linea con la tradizione giuridica del diritto applicabile[32].

Ad ogni modo, data per assunta la scelta del diritto italiano come legge di governo del contratto alieno e ipotizzando altresì il difetto di una specifica interpretazione fornita dagli usi commerciali, si presenta allora il problema di considerare la clausola ispirata al *common law* – o più in generale il contratto in cui essa è inglobata – alla stregua di qualsiasi altra clausola in conformità con la tradizione interpretativa del diritto applicabile, ma senza ignorare del tutto il suo significato tipico.

E perciò, sul piano dell'interpretazione, si dovrà accertare il significato della volontà negoziale, per poi spostarsi sul piano della validità ove andrà verificato se tale pattuizione contrattuale possa, secondo il diritto italiano, funzionare o no. Senza dimenticare naturalmente la previsione dell'art. 1367 cod. civ., in forza del quale, nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno.

Fatta questa precisazione, anche nell'ottica dell'accertamento della compatibilità della clausola con il diritto applicabile, ossia della sua "eseguibilità" (*enforceability*), è mediante lo strumento interpretativo che il giudice dovrà indagare gli effetti della clausola nella prospettiva della comune intenzione delle parti. Rispetto a tale ultimo profilo occorre dunque comprendere se le parti abbiano voluto riprodurre l'effetto tipico della clausola nel sistema di provenienza al fine di conseguire quel determinato risultato riscontrabile in quel sistema, oppure se i contraenti abbiano semplicemente ignorato tali peculiari effetti della clausola[33].

32 Cordero-Moss, G.: "L'uso di clausole contrattuali sviluppate in tradizioni giuridiche diverse", in AA.VV.: *Falsi amici e trappole linguistiche. Termini contrattuali anglofoni e difficoltà di traduzione* (a cura di S. Ferreri), Giappichelli, Torino, 2010, p. 128.

33 Cordero-Moss, G.: "L'uso di clausole contrattuali", cit., p. 130. Nella prassi, secondo l'a., sarebbe piuttosto raro che le parti, non appartenenti al *common law*, siano consapevoli dei diversi effetti che derivano dall'uso di una determinata clausola tipica del modello angloamericano nonché dall'uso di termini inglesi apparentemente similari ma che celano sfumature di significato sostanzialmente rilevanti nel gergo tecnico. *Vid.* anche Gorczynsky, G.: "Iuris cogentis and iuris dispositivi provisions in contract law and in corporate law", in AA.VV.: *Interpretation in Polish, German and European Private Law* (eds. B. Heiderhoff, G. Zmij), European Law Publishers, Munich 2011, pp. 77 ss. Ad esempio, è stato riferito che le parti possono aver copiato un modello contrattuale impiegato in passato nell'ambito di una simile circostanza, senza aver colto che tale modello fosse basato su un particolare sistema normativo, ed aver semplicemente aggiunto ad esso una clausola che comporti l'applicazione della legge del paese in cui ciascuna di esse risiede, ritenendo generalmente che tale scelta sia per loro più vantaggiosa.

In tale prospettiva è necessario rivolgere l'attenzione alla questione dell'interpretazione del contratto alieno. Atteso che il contratto è pensato e scritto alla luce del modello interpretativo di *common law*, ci si interroga se non sia proprio quest'ultimo a dover assumere un ruolo centrale nell'interpretazione del contratto[34], quale sua diretta fonte ispiratrice; o se invece sia più opportuno demandare la disciplina di siffatti contratti a "*general principles*" ricavabili, ad esempio, dalle principali compilazioni di principi dei contratti internazionali, che non appartengono perciò ad alcun ordinamento specifico, posto che le leggi nazionali non tengono in considerazione delle peculiarità proprie del modello contrattuale alieno[35].

Del resto, emerge sullo sfondo una patente verità: e cioè che, a seconda del paese in cui il contratto è destinato ad essere eseguito, oltre che in base alla legge ad esso applicabile, due contratti aventi il medesimo contenuto possono produrre differenti effetti sul piano giuridico[36]. Ciò vale a dire che permangono una serie di limiti legati al carattere di inderogabilità delle norme dell'ordinamento in cui il contratto viene eseguito[37]. Sicché, da un primo sguardo, il proposito di creare un contratto del tutto sganciato dalle norme di un sistema nazionale, ivi comprese quelle di natura imperativa, sembra davvero essere utopistico.

Deve allora essere esaminata più da vicino la questione della compatibilità dell'impianto regolamentare contenuto nel contratto alieno che, penetrando nell'ordinamento del singolo paese, quale legge applicabile, dovrà superare il banco di prova della convivenza con le rispettive *mandatory rules.*

IV. LA BARRIERA DEL DIRITTO NAZIONALE APPLICABILE: LE *MANDATORY RULES.*

La complessità dello scenario sin qui delineato è legata al carattere alieno del contratto in esame. Ponendoci nella prospettiva del diritto italiano, assumendo che su di esso ricada la scelta del diritto applicabile, bisogna ora porsi nell'ottica del giudice chiamato a dirimere una controversia nascente da un simile contratto. Si tratta cioè di esaminare cosa accade quando il contratto alieno, penetrando nell'ordinamento in cui dovrà spiegare i suoi effetti, debba essere sottoposto al vaglio del diritto domestico e, segnatamente, delle proprie regole di natura inderogabile. Momento in cui i redattori di siffatti modelli sono costretti a dover

34 Cordero-Moss, G.: "Preface", in Id.: *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. XXII.

35 Cordero-Moss, G.: "Preface", cit., p. XXII. Va notato che una risposta all'adozione di *general principles* in ambito internazionale viene data dai progetti di diritto uniforme. In particolare, per quanto attiene alla contrattazione internazionale commerciale si sono già ricordati i Principi UNIDROIT.

36 Cordero-Moss, G.: "Does the use of common law contract models", cit., p. 52.

37 V. Gorczynsky, G. : "Iuris cogentis and iuris dispositivi", cit., pp. 77 ss.

rivalutare ogni clausola alla luce del diritto applicabile per verificarne compatibilità di concetti e di struttura.

E, del resto, la casistica delle clausole inserite nei modelli alieni e potenzialmente contrarie alle norme inderogabili, di cui si dirà a breve, non si riduce certo a pochi esempi. Così ciò che emerge, in termini generali, è quella che è stata definita la "sfacciataggine" del contratto alieno, allorché in esso è dato trovare clausole che non prendono in considerazione le norme imperative del diritto italiano e che di conseguenza si scontrano con esse[38].

È già stato evidenziato come il difetto di corrispondenza tra il diritto che ha ispirato il modello contrattuale e il diritto nel quale il contratto verrà interpretato ed eseguito possa creare diversi problemi al giudice-interprete, anzitutto in ragione del diverso metodo interpretativo in base al quale è stato scritto e pensato il contratto in questione. Ma non solo. La differente base normativa (o anche solamente quella delle categorie concettuali) su cui è stato eretto il modello alieno potrebbe addirittura tradursi nel difetto di validità del medesimo, o di alcune sue clausole, ove questo si ponesse in contrasto con le norme imperative dell'ordinamento in cui intende essere eseguito.

Nella specifica prospettiva del diritto italiano, il contatto tra il modello alieno e l'ordinamento postula un giudizio di compatibilità il cui filtro è costituito, per citare un'espressione usata in dottrina, dalla "barriera" del diritto italiano[39], con particolare riferimento, per ovvie ragioni, alle norme imperative ed ai principi generali in materia di contratti. Va dunque verificato il grado di permeabilità di tale filtro.

Una prima riflessione sul tema è stata proposta dallo stesso De Nova. L'autore osserva che diversi contratti alieni sono stati accettati e riconosciuti dal legislatore italiano, superando così lo scoglio del giudizio di validità in ottemperanza alle regole dell'ordinamento[40]. In tal senso la barriera del diritto italiano si è mostrata in certa misura debole e permeabile di fronte ai modelli contrattuali alieni[41].

Il grado di permeabilità della barriera dipende dal ruolo e dall'intensità dei canoni che fungono da filtro. Un primo ostacolo è rappresentato dalle norme costituzionali che proteggono l'autonomia contrattuale[42], nonché dalle norme

38 De Nova, G.: "The Law which governs this Agreement", cit., pp. 59 s.

39 Di barriera del diritto italiano parla De Nova, G.:"The Law which governs this Agreement", cit., pp. 56 ss. L'A. mutua il concetto di barriera "debole" del diritto italiano da S. Patti nell'introduzione a Kötz, H.: *Diritto europeo dei contratti*, Giuffrè, Milano, 2006.

40 I modelli indicati dall'A. sono, ad esempio, *performance bonds*, *lease back*, *trust* e *leverage buy out*. Si v. De Nova, G.: "The Law which governs this Agreement", cit., pp. 57 s.

41 Ibidem.

42 *Vid*. Sacco, R., De Nova, G.: *Il contratto*, Utet, Torino, 2004, vol. I, p. 32.

c.d. "materiali"[43]. A titolo esemplificativo, si pensi alla nozione di ordine pubblico sviluppata dalla giurisprudenza quale parametro di valutazione della validità del vincolo contrattuale, volta a presidiare i diritti fondamentali nei rapporti privati[44].

Su un altro piano, in molti ordinamenti della famiglia di *civil law*[45], funge da filtro il principio di buona fede, in contrapposizione al contratto anglo-americano che è concepito sul presupposto dell'interpretazione letterale e della non rilevanza del principio di buona fede[46]. È subito chiaro che quando quest'ultimo penetra nell'ordinamento di *civil law* soggiace alla funzione della buona fede e, per l'effetto, rischia di subire determinate "manipolazioni interpretative", per usare ancora le parole di De Nova, che le parti magari ignoravano al momento della stipula. Sotto questo profilo, per inciso, è interessante osservare come il potere del giudice di interpretare il contratto costituisca un ulteriore strumento offerto dal diritto sostanziale applicabile, insieme alla declaratoria di invalidità del contratto o della singola clausola, per impedire che il contratto violi principi imperativi. È infatti proprio attraverso l'operazione ermeneutica che il giudice può correggere la clausola che altrimenti andrebbe considerata nulla in modo che essa diventi compatibile con il sistema[47]. Si attua, in altri termini, un'interpretazione salvifica che restringe il significato della clausola e, correggendone a priori gli effetti, evita di intervenire direttamente sul regime del contratto[48].

Diverso risultato pare osservarsi ove il diaframma del diritto italiano si ponga in relazione alle singole clausole del modello alieno. Qui, invece, la dottrina in esame osserva come la barriera si faccia più efficiente e selettiva[49].

In tale prospettiva, sempre assumendo il diritto italiano quale diritto applicabile al contratto, occorre anzitutto verificare se le clausole contenute nel contratto alieno siano o meno qualificabili alla stregua di mere clausole di stile (*boilerplate clauses* o *clauses types*), e dunque inefficaci nella prospettiva del diritto italiano in quanto non corrispondenti alla reale volontà delle parti ma espressione di una

43 Cfr. De Nova, G.: "The Law which governs this Agreement", cit., p. 57.

44 *Vid*. Bianca, C.M.: "Il contratto", in Id: *Diritto civile* (a cura di C.M. Bianca), Giuffrè, Milano, 2000, II ed., vol. III, p. 619 e ivi bibliografia.

45 Per un approfondimento *vid*. Zimmermann R.: *Good faith in European contract law* (ed.),Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

46 Nel sistema di *common law* la buona fede non esiste come principio generale, ma si ritiene che il concetto di buona fede esista anche in quel sistema e sia riflesso in specifiche norme sul contratto. Si *vid*. Peel, E.: "The common law tradition: application of boilerplate clauses under English Law", in Cordero-Moss, G. (ed.): "Boilerplate Clauses", cit., p. 134. Per un'indagine più ampia sul tema si *vid*. Zimmermann R.: "Good faith in European contract law", cit., *passim*.

47 Cordero-Moss, G.: "L'uso di clausole contrattuali", cit., p. 132.

48 Cordero-Moss, G.: "L'uso di clausole contrattuali", cit., p. 132, la quale osserva come "per esempio, il giudice potrebbe considerar chiaro che le parti non abbiano scritto una certa clausola con l'intenzione che fosse applicabile in una situazione in cui i suoi risultati sarebbero incompatibili con il diritto applicabile; in questo modo, l'interpretazione restrittiva della clausola esclude che la clausola sia considerata contraria a norme imperative locali".

49 Cordero-Moss, G.: "L'uso di clausole contrattuali", cit., p. 132.

prassi stilistica[50]. Del resto, è risaputo come nei contratti-tipo redatti dalla maggior parte degli studi legali inglesi o americani siano presenti diverse clausole che nella pratica sono largamente standardizzate e rassomiglianti tra un contratto e l'altro, al punto da essere considerate come clausole-tipo[51].

Alcuni esempi sono stati illustrati a conforto della tesi di una maggior incisività, in relazione alle singole clausole del modello alieno, del filtro rappresentato dal diritto domestico. Un primo esempio è quello relativo alle clausole di *severability*, in base alle quali talvolta le parti escludono in toto che la nullità parziale del contratto o la nullità di singole clausole possa importare la nullità dell'intero contratto, anche se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità. Se tale clausola, come è stato osservato, si considera derogatrice della disciplina della nullità, e in particolare dell'art. 1419, co. 1, cod. civ., ne dovrebbe seguire la sua invalidità di fronte al diritto italiano[52]. Altro

50 *Vid*. Fontaine, M., De Ly, F.: "La redazione dei contratti internazionali", cit., pp. 133 s. Si tratta cioè di clausole standard, inserite all'inizio o alla fine dei contratti, e che normalmente non sono mai oggetto di una vera e propria trattativa negoziale tra le parti. In tal senso, si pone anche il problema relativo alle cc.dd. clausole di stile e, nella prospettiva dell'ordinamento italiano, alla loro inefficacia. O comunque, come evidenziato nei commentari ai progetti in esame, accade frequentemente che le parti adoperino formulari che contengono una clausola di completezza alla quale non viene dedicata speciale attenzione al momento della stipulazione. Sull'uso di clausole largamente standardizzate e rassomiglianti tra un contratto e l'altro al punto da essere considerate come clausole-tipo, *vid*. Christou, R.: *Boilerplate: Practical Clause*s, Sweet & Maxwell, London, 2005, IV ed., *passim*; Millet, P.C.: "«Entire agreement» clauses", in AA.VV.: *The Encyclopaedia of Forms and Precedents* (V ed., 2008 ristampa), vol. 4 (3), Boilerplate and Commercial Clauses, Wildy & Sons Ltd, London, Chap. 27, pp. 181 ss.; Stark, T.L.: *Negotiating and drafting contract boilerplate* (eds.), ALM Pub., New York, 2003, *passim*. Nel sistema italiano il tema è inerente all'efficacia delle clausole di stile. Per un'analisi di tale questione si rinvia a Iorio, G.: "Clausole di stile, volontà delle parti e regole interpretative – La prassi contrattuale", *Riv. dir. civ*., 2009, I, pp. 49 ss.; Id.: "Clausole di stile, volontà delle parti e regole interpretative - Profili generali", cit., pp. 657 ss. In giurisprudenza: Cass. civ., sez. III, 29-09-2011, n. 19876, in *Rep. Foro it*., 2011, Contratto in genere [1740], n. 418: «In tema di interpretazione dell'accordo negoziale, le clausole di stile sono costituite soltanto da quelle espressioni generiche, frequentemente contenute nei contratti o negli atti notarili, che per la loro eccessiva ampiezza e indeterminatezza rivelano la funzione di semplice completamento formale, mentre non può considerarsi tale la clausola che abbia un concreto contenuto volitivo ben determinato, riferibile al negozio posto in essere dalle parti (nella specie, la suprema corte ha confermato la sentenza di merito che, con motivazione esente da vizi logici e giuridici, aveva ritenuto che non potesse integrare una clausola di stile la rinuncia, circostanziata e determinata, del locatore di non aver nulla a pretendere dai conduttori a qualunque titolo spesa passati e futuri relativamente al rapporto di locazione, rispetto al quale era intervenuta una transazione tra le stesse parti)»; Cass. civ., sez. I, 31-05-2013, n. 13839, in *Rep. Foro it*., 2013, Contratto in genere [1740], n. 385: «In tema di contratti, il giudice di merito, anche a fronte di una clausola estremamente generica ed indeterminata, deve comunque presumere che sia stata oggetto della volontà negoziale, sicché deve interpretarla in relazione al contesto (art. 1363 c.c.) per consentire alla stessa di avere qualche effetto (art. 1367 c.c.) e, solo se la vaghezza e la genericità siano tali da rendere impossibile attribuire ad essa un qualsivoglia rilievo nell'ambito dell'indagine volta ad accertare la sussistenza ed il contenuto dei requisiti del contratto (art. 1325 c.c.), ovvero siano tali da far ritenere che la pattuizione in esame non sia mai concretamente entrata nella sfera della effettiva consapevolezza e volontà dei contraenti, può negare ad essa efficacia qualificandola come clausola di "stile"»; Cass. civ., sez. III, 27-01-2009, n. 1950, in *Contratti*, 2009, p. 547: «In tema di contratti, il giudice di merito, anche a fronte di una clausola estremamente generica ed indeterminata, deve comunque presumere che sia stata oggetto della volontà negoziale, sicché deve interpretarla in relazione al contesto (art. 1363 c.c.) per consentire alla stessa di avere qualche effetto (art. 1367 c.c.) e, solo se la vaghezza e la genericità siano tali da rendere impossibile attribuire ad essa un qualsivoglia rilievo nell'ambito dell'indagine (art. 1325 c.c.) volta ad accertare la sussistenza ed il contenuto dei requisiti del contratto, ovvero siano tali da far ritenere che la pattuizione in esame non sia mai concretamente entrata nella sfera della effettiva consapevolezza e volontà dei contraenti, può negare ad essa efficacia qualificandola come di clausola "stile"».

51 E, tuttavia, anche ove queste rispondessero alla effettiva volontà delle parti, resta sempre e comunque da indagare se il loro dettato sia compatibile o meno con le norme inderogabili in materia di contratti.

52 De Nova, G.: "The Law which governs this Agreement", cit., pp. 59 s.

esempio è costituito dalle clausole di limitazione della responsabilità (*exemption clauses* o *exculpatory clauses*). Non è una rarità, infatti, imbattersi in clausole che limitano in ogni caso la responsabilità del debitore, anche oltre il limite della colpa grave, in spregio alla disciplina prevista nel codice civile italiano[53].

Ma le clausole su cui va fermata l'attenzione sono le clausole di completezza, riguardo alle quali si pongono, nella prospettiva indicata, diversi problemi applicativi.

Ci si chiede, ad esempio, cosa accade se le parti, prima della stipula di un contratto di vendita o di fornitura, concludessero accordi su determinate caratteristiche che i beni oggetto del medesimo dovranno avere, e che poi non vengono trasposti nel contratto definitivo contenente la clausola di completezza. Può in tal caso il contratto essere interpretato alla luce dei precedenti accordi malgrado la presenza della *merger clause*?[54]

O, ancora, è discussa l'idoneità delle clausole di completezza ad escludere l'interpretazione di buona fede[55].

Le domande appena poste mettono in luce come la valutazione di compatibilità del modello alieno si estenda, come detto, anche al profilo interpretativo. In particolare, sempre nella prospettiva del diritto italiano, occorre interrogarsi sull'applicazione delle norme interpretative disciplinate agli art. 1362 e ss. del codice civile, tenuto conto che anche i criteri legali di interpretazione del contratto possono potenzialmente interferire con il programma contrattuale contenuto nel contratto alieno, dando origine ad una situazione di incertezza.

È ben risaputo che i canoni ermeneutici sanciti dal codice civile italiano sono oggi concordemente considerati alla stregua di precetti normativi inderogabili a cui l'interprete deve attenersi nella fase di interpretazione del contratto. Il criterio ermeneutico basilare è quello incentrato sulla ricerca della comune intenzione dei contraenti anche oltre il significato letterale del contratto. Basti qui evidenziare, limitatamente a questo criterio ed anticipando così quanto si dirà più avanti, che già tale canone interpretativo stride, su un piano teorico e concettuale, con la stessa natura del contratto alieno inteso come *self-interpreting contract*.

Riassumendo: se il contratto fosse sottoposto al sindacato del giudice italiano, la validità ed efficacia del contratto alieno, o di alcune sue clausole, rimarrebbe subordinata all'assenza di contrasto con le norme imperative dell'ordinamento. Sicché, nonostante che il destino del contratto alieno sia legato al giudizio di

53 De Nova, G.: "The Law which governs this Agreement", cit., pp. 59 s.

54 Cordero-Moss, G.: "Introduction to part 3", in Id. (ed.).: *Boilerplate Clauses*, cit., p. 126.

55 *Vid.* De Nova, G.: "Il contratto alieno e le norme materiali", *Riv. dir. priv.*, 2009, p. 28.

compatibilità con l'ordinamento da cui promana il diritto applicabile, resta curioso che le parti, specialmente nel contesto internazionale, ignorino deliberatamente tali implicazioni pur di rimanere fedeli al proprio modello contrattuale universale, accettando il rischio che possa infine calare sul contratto la spada di Damocle delle *mandatory rules*.

V. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

Il fenomeno della circolazione internazionale di modelli contrattuali uniformi appare ancora oggi di non scarso rilievo anche sotto il profilo dell'influenza che la prassi contrattuale internazionale esercita sul diritto nazionale. Come si è evidenziato, infatti, il contratto alieno porta con sé la regola dell'ordinamento di provenienza la quale penetra, per tale via, nell'ordinamento in cui pretende di essere applicata. In tal senso, i giudici dei singoli paesi sono chiamati «a farsi organi di una società civile internazionalmente integrata»[56] ed aprire le frontiere nazionali alla circolazione internazionale di figure giuridiche non appartenenti al proprio sistema, con lo scopo di proteggere interessi meritevoli di tutela connessi all'espansione del commercio internazionale attraverso il riconoscimento della validità dei suddetti contratti atipici.

In passato la giurisprudenza italiana ha dato prova di riconoscere i rischi di un'eventuale chiusura alla loro diffusione internazionale. In particolare, un'autorevole dottrina ha ricordato alcune pronunce di merito[57] in cui si è osservato che «disconoscere la possibilità in esame equivarrebbe ad ostacolare una serie vieppiù imponente di traffici giuridici, che hanno trovato invece in questo strumento un fattore consolidato di speditezza ed affidabilità»[58]; o, ancora, si è ammessa «la permeabilità del nostro ordinamento, oltre che alle esigenze economiche, anche alle influenze di figure giuridiche già codificate all'estero»[59].

Un ulteriore aspetto del contratto nell'economia globale è rappresentato, come detto, dalla formazione di un diritto transazionale[60]. Ancor più nella

56 Galgano, F. (diretto da): "I contratti del commercio", cit., p. XXIX.

57 Cfr. Galgano, F. (diretto da): "I contratti del commercio", cit., pp. XXX s.

58 Trib. Milano, 22 settembre 1986, in *Banca Borsa*, 1987, II, p. 331.

59 Trib. Milano, 9 ottobre 1986, in *Banca Borsa*, 1987, II, p. 337.

60 L'allargamento dei mercati oltre i confini nazionali ha imposto l'esigenza di creare un diritto uniforme volto a regolare i rapporti commerciali transazionali, costruito su quella che in dottrina è stata definita la *nuova Lex mercatoria* (v. Galgano, F.: *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna, 2002, IV ed.; Marrella, F.: *La nuova lex mercatoria*, Cedam, Padova, 2003; Galgano, F., Marrella, F.: *Diritto del commercio internazionale*, Cedam, Padova, 2011, III ed., *passim*). Nell'ambito della contrattazione internazionale, un primo importante passo in questa direzione è stato realizzato con la Convenzione internazionale di Vienna del 1980 sulla vendita di cose mobili corporali (CISG – *Convention on Contracts for the International Sale of Goods*), in cui sono confluiti gli usi del commercio internazionale in materia (v. l'ottimo database realizzato da Kritzer, A.H.: http://www.cisg.law.pace.edu). Successivamente è stata elaborata la compilazione dei Principi UNIDROIT, il cui successo è testimoniato dalla sua recente terza edizione (2010). Il preambolo ai Principi UNIDROIT

dimensione europea, l'elemento oggi dominante la scena giuridica è il processo di uniformazione (o, quantomeno, di armonizzazione) del diritto dei contratti, il quale si pone l'obiettivo di costruire – nell'ipotesi meno ambiziosa – un *corpus* normativo organico che possa fungere da strumento opzionale per le parti che vi volessero riferire per regolare i propri rapporti nel contesto internazionale.

In tale scenario, il ruolo dell'autonomia privata nella determinazione del contenuto contrattuale assume una particolare rilevanza. Tuttavia non pare possa dubitarsi che, da qualsiasi ordinamento si voglia osservare, «l'intangibilità del contratto è un mito», anche in considerazione del fatto che «i modelli di giustizia sociale che in ambito europeo sono prevalsi impongono di considerare anche i valori sociali, a cominciare dalla persona e dai diritti fondamentali»[61]. Ciò non cambia, o almeno non del tutto, anche qualora i conflitti e le controversie derivanti da questi contratti, come sovente accade, fossero risolti mediante lo strumento arbitrale e quindi sottratti al sindacato del giudice nazionale. Ma quand'anche accadesse che proprio quest'ultimo sia chiamato a pronunciarsi, si ritiene che egli debba comunque «conciliare l'esigenza del diritto con quelle del mercato diventato globale»[62].

Perciò occorre interrogarsi sulle conseguenze applicative del contenuto di tali modelli contrattuali, le cui clausole debbono essere attentamente valutate nell'ottica della loro compatibilità, in termini di validità ed efficacia, rispetto all'ordinamento in cui vorrebbero essere eseguite. Ciò anche in considerazione dell'approccio del modello di *civil law*, il quale consente una maggior permeabilità del contratto per l'effetto di fonti eteronome e autorizza l'interprete ad indagare, in via di principio, anche *oltre* i "quattro angoli" del documento contrattuale al fine di individuare la comune intenzione dei contraenti.

In quest'ottica ci si è chiesti se lo *stile* – o il *design*[63] – con cui vengono redatti i contratti transnazionali possa effettivamente favorire un'interpretazione maggiormente aderente al testo contrattuale[64]. Nella pratica, specialmente in quella internazionale, non pare si possa dubitare che un'accorta applicazione delle tecniche di protezione letterale del contratto possa risultare utile allo scopo. Le parti, trovando nel contratto "all'inglese" un regolamento chiaro, particolareggiato, completo ed esaustivo, non hanno ragione di cercare la soluzione *altrove* se non

racchiude le sue principali finalità, tra le quali va segnalato l'obiettivo di porsi quale utile riferimento per l'interpretazione e l'integrazione del diritto nazionale applicabile.

61 Alpa, G.: "Le stagioni del contratto", cit., p. 153.

62 Franzoni, M.: "Il contratto nel mercato globale", cit., p. 80.

63 *Vid.* Goldberg, V.P.: *Rethinking Contract Law and Contract Design*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Northampton, 2015; Scott, R.E., Triantis, G.G.: "Incomplete Contracts and the Theory of Contract Design" (2005) *Case Western Reserve Law Review*, pp. 187-201; Coppo, L.: *Contract As a Tool for Getting-To-Yes. A Civil Law Perspective*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, in part. pp. 50 ss.

64 Cordero-Moss, G.: "Boilerplate Clauses", cit., p. 1.

all'interno del documento contrattuale[65]; in altre parole, non appare necessario fare ricorso a criteri legali di ermeneutica contrattuale, e il contratto può essere spontaneamente eseguito sulla base del suo tenore letterale senza alcuna "interferenza" della legge applicabile.

Il contratto, per tale via, consegue l'acme dell'ermetismo, e il riconoscimento dell'autonomia contrattuale delle parti raggiunge la sua massima estensione. Ciò perché, di regola, tali contratti sono (semplicemente) scritti in modo chiaro: il testo contrattuale è opera dei consulenti delle imprese ed è fortemente "tecnicizzato", cosicché le espressioni e i termini usati sono frutto di una scelta accorta e meditata[66].

Ed è proprio lì dove il *testo* diviene il riferimento preminente che si rafforza l'interesse di verificare l'impatto del diritto applicabile (in specie il diritto italiano o il diritto spagnolo) sul modello contrattuale alieno o transnazionale, e di valutare l'effetto che lo stile di redazione del contratto può avere sul modo in cui l'interprete legge il contratto.

In conclusione, come è stato osservato in dottrina, «anche quando il contratto fallisce lo scopo di eludere sistema normativo e intervento giudiziale riesce comunque a fornire al giudicante norme primarie per la propria interpretazione ed applicazione, e i criteri di primo impiego per la soluzione giudiziale. Divenire un contratto "senza legge" resta una chimera: nella controversia una qualche legge alla fine è applicabile e viene concretamente applicata. Ma l'estremo effetto della scelta di autarchia è che tale legge è condizionata nei limiti del possibile dalle regole che il contratto stesso, per supplirla, reca sulla propria formazione, interpretazione, applicazione»[67]. Due, però, i temperamenti: quello delle norme di ordine pubblico della legge applicabile, e quello della conclamata incapacità del contratto di autoregolarsi (per lacuna o per oscurità)[68].

65 Cordero-Moss, G.: "Does the use of common law contract models", cit., pp. 48 s.

66 Gentili, A.: "Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti", Giappichelli, Torino, 2015, II, pp. 641 s.

67 Gentili, A.: "Autonomia privata e diritto applicabile nei contratti transnazionale", in AA.VV.: *Il contratto apolide* (a cura di M. Foglia), Edizioni ETS, Pisa, 2019, p. 14.

68 Ibidem.

BIBLIOGRAFIA

ALPA, G.: "La Morte del Contratto", *Pol. dir.*, 1976, pp. 727 ss.

ALPA, G.: *Le stagioni del contratto*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 139 ss.

AMADIO, G.: "Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di abuso dell'autonomia contrattuale)", *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 624.

ANDERSON, M., WARNER, V.: *Drafting and Negotiating Commercial Contracts*, Bloomsbury, London, 2011, III ed.

BIANCA, C.M.: "Il contratto", in ID.: *Diritto civile* (a cura di C.M. BIANCA), Giuffrè, Milano, 2000, II ed., vol. III, p. 619 e ivi bibliografia.

BURNHAM, S.J.: *Drafting and Analyzing Contracts: A Guide to the Practical Application of the Principles of Contract Law*, Carolina Academic Press, Charlottesville, 2003, III ed.

CARBONE, S.M.: "I Principi UNIDROIT quale diritto applicabile ai contratti commerciali internazionali: tra autonomia privata e ordinamenti statali", *Dir. comm. int.*, 2012, p. 47.

CARBONE, S.M.: "L'autonomia privata nei rapporti economici internazionali ed i suoi limiti", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, pp. 901 ss.

CHRISTOU, R.: *Boilerplate: Practical Clauses*, Sweet & Maxwell, London, 2005, IV ed.

COPPO, L.: *Contract As a Tool for Getting-To-Yes. A Civil Law Perspective*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, pp. 50 ss.

CORDERO-MOSS, G.: "Does the use of common law contract models give rise to a tacit choise of law or to harmonised, transnational interpretation?", in ID.: *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 37 ss.

CORDERO-MOSS, G.: "L'uso di clausole contrattuali sviluppate in tradizioni giuridiche diverse", in AA.VV.: *Falsi amici e trappole linguistiche. Termini contrattuali anglofoni e difficoltà di traduzione* (a cura di S. FERRERI), Giappichelli, Torino, 2010, p. 128.

Cordero-Moss, G.: "Preface", in Id.: *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. XXII.

De Nova, G.: "Contratti senza Stato (a proposito del Draft CFR)", *Riv. dir. priv.*, 2008, pp. 667 ss.

De Nova, G.: "Il contratto alieno e le norme materiali", *Riv. dir. priv.*, 2009, p. 28.

De Nova, G.: "The Law which governs this Agreement is the Law of the Republic of Italy": il contratto alieno", in Id.: *Il contratto alieno*, cit., pp. 47 ss.

De Nova, G.: *Il contratto alieno*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 63.

Dezalay, Y.: *Merchands de droit. Le restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, L.G.D.J., Paris, 1992, trad. it. *I mercanti del diritto. Le multinazionali del diritto e la ristrutturazione dell'ordine giuridico internazionale* (a cura di M. Raiteri), Milano, 1997.

Ferrarese, M.R.: *Diritto sconfinato: inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2006.

Ferri, G.B.: "Le stagioni del contratto e le idee di Guido Alpa", *Riv. dir. comm. e dir. gen. obblig.*, 2013, I, pp. 205 ss.

Foglia, M. (a cura di): *Il contratto "apolide". La contrattazione transnazionale nel mercato globale*, Edizioni ETS, Pisa, 2019, pp. 39 ss. e 123 ss.

Fontaine, M., De Ly, F.: *La redazione dei contratti internazionali*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 816 ss.

Franzoni, M.: "Il contratto nel mercato globale", *Contr. impresa*, 2013, pp. 69 ss.

Gabrielli, E.: "L'operazione economica nella teoria del contratto", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, pp. 906 ss.

Galgano, F. (diretto da): I contratti del commercio, dell'industria, e del mercato finanziario, UTET, Torino, 1995, p. XXVII.

Galgano, F., Marrella, F.: *Diritto del commercio internazionale*, Cedam, Padova, 2011, III ed.

Galgano, F.: "La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio", *Contr. impresa*, 2000, pp. 919 ss.

Galgano, F.: "Prefazione", in AA.VV.: *I contratti del commercio, dell'industria* e *del mercato finanziario* (Tratt. diretto da F. Galgano), Utet, Torino, 1995, I, pp. XXVIII s.

Galgano, F.: *Il contratto*, Cedam, Torino, 2011, II ed.

Galgano, F.: La globalizzazione nello specchio del diritto, Il Mulino, Bologna, 2005.

Galgano, F.: *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna, 2002, IV ed.

Gentili, A.: "Autonomia privata e diritto applicabile nei contratti transnazionale", in AA.VV.: *Il contratto apolide* (a cura di M. Foglia), Edizioni ETS, Pisa, 2019, p. 14.

Gentili, A.: "L'interpretazione del contratto alieno", *Riv. dir. priv.*, 2016, p. 248.

Gentili, A.: "Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti", Giappichelli, Torino, 2015, II, pp. 641 s.

Gianola, A.: "Autonomia privata e 'terzo contratto'", in AA.VV.: *Autonomia individuale privata* e *collettiva* (a cura di P. Rescigno), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, pp. 131 ss.

Gilmore, G.: *The Death of Contract*, The University of Chicago Law Review, Columbus Ohio, 1974.

Gitti, G., Villa, G. (a cura di): *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Il Mulino, Bologna, 2008.

Goldberg, V.P.: *Rethinking Contract Law and Contract Design*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Northampton, 2015.

Gorczynsky, G.: "Iuris cogentis and iuris dispositivi provisions in contract law and in corporate law", in AA.VV.: *Interpretation in Polish, German and European Private Law* (eds. B. Heiderhoff, G. Zmij), European Law Publishers, Munich 2011, pp. 77 ss.

Grossi, P.: "Globalizzazione, diritti, scienza giuridica", *Foro it.*, 2002, pp. 151 ss.

Grundmann, S.: "The Future of Contract Law", *European Review of Contract Law*, 2011, pp. 491 ss.

Iorio, G.: "Clausole di stile, volontà delle parti e regole interpretative – La prassi contrattuale", *Riv. dir. civ.*, 2009, I, pp. 49 ss.

Iorio, G.: "Clausole di stile, volontà delle parti e regole interpretative - Profili generali", cit., pp. 657 ss.

Iudica, G.: "Globalizzazione e diritto", *Contr. impresa*, 2008, pp. 867 ss.

Iudica, G.: "L'influenza della globalizzazione sul diritto italiano dei contratti", *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, pp. 143 ss.

Kötz, H.: *Diritto europeo dei contratti*, Giuffrè, Milano, 2006.

La Porta, U.: *Globalizzazione e diritto. Regole giuridiche e norme di legge nell'economia globale. Un saggio sulla libertà di scambio e sui suoi limiti*, Liguori Editore, Napoli, 2005.

Marrella, F.: *La nuova lex mercatoria*, Cedam, Padova, 2003.

Mazzamuto, S.: "Il contratto europeo nel tempo della crisi", *Europa dir. priv.*, 2010, pp. 601 ss.

Millet, P.C.: "«Entire agreement» clauses", in A.A.V.V.: *The Encyclopaedia of Forms and Precedents* (V ed., 2008 ristampa), vol. 4 (3), Boilerplate and Commercial Clauses, Wildy & Sons Ltd, London, Chap. 27, pp. 181 ss.

Patti, S.: "L'interpretazione, il ruolo della giurisprudenza e le fonti del diritto privato", *Foro it.*, 2014, pp. 116 ss.

Peel, E.: "The common law tradition: application of boilerplate clauses under English Law", in Cordero-Moss, G. (ed.): *Boilerplate Clauses*, cit., p. 134.

Rodotà, S.: *Le fonti di integrazione del contratto* (1969), Giuffrè, Milano, 2004 (ristampa integrata).

Roppo, V.: *Il contratto nel duemila*, Giappichelli, Torino, 2011, III ed.

Ruscello, F. (a cura di).: *Contratti tra imprese e tutela dell'imprenditore debole*, Aracne Editrice, Roma, 2012.

Russo, E.: "Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, 'terzo contratto'", *Contr. impresa*, 2009, pp. 124 ss.

Sacco, R., De Nova, G.: *Il contratto*, Utet, Torino, 2004, vol. I, p. 32.

Scott, R.E., Triantis, G.G.: "Incomplete Contracts and the Theory of Contract Design" (2005) *Case Western Reserve Law Review*, pp. 187-201.

STARK, T.L.: *Negotiating and drafting contract boilerplate* (eds.), ALM Pub., New York, 2003.

TORSELLO, M., FRIGNANI, A.: "Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale", *Tratt. dir. comm.* e *dir. pubbl. economia* (diretto da F. GALGANO), 2010, II ed., vol. XII, 2010, pp. 103 ss.

VIGLIONE, F.: *Metodi e modelli di interpretazione del contratto. Prospettive di un dialogo tra common law e civil law*, Giappichelli, Torino, 2011.

ZIMMERMANN R.: *Good faith in European contract law* (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

PIATTAFORME DIGITALI E TUTELE: DAL "CONSUMER" AL "PROSUMER"

DIGITAL PLATFORMS AND ENFORCEMENTS: FROM "CONSUMER" TO "PROSUMER"

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 962-983

Chiara
SARTORIS

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Lo sviluppo dei rapporti negoziali su piattaforme digitali sta contribuendo a superare la tradizionale distinzione tra professionista e consumatore. Nei rapporti c.d. peer-to-peer la formale parità delle parti non esclude situazioni di sostanziale asimmetria informativa. Ciò è quanto accade nei casi in cui il consumatore non si limiti a essere il destinatario passivo di beni e servizi, ma assume anch'esso un ruolo attivo partecipando alla produzione e allo scambio di beni e servizi. Ipotesi significative di questo fenomeno si rinvengono sia nell'ambito della c.d. economia collaborativa sia nel settore dell'autoproduzione energetica. Si afferma così una figura intermedia, quella del prosumer, che richiede di essere inquadrata e definita nelle sue caratteristiche così da stabilire quale disciplina sia applicabile ai rapporti di cui il prosumer sia parte.

PALABRAS CLAVE: Piattaforme digitali; prosumer; economia collaborativa; autoproduzione energetica; rapporti peer-to-peer.

ABSTRACT: *The development of contractual relationships within the digital environment contributes to the overcoming of the traditional distinction between sellers/supplier and consumer. With reference to peer-to-peer relationships, the formal equality of contractual parties does not exclude situations of informative asimmetry. Such a situation occurs whenever a consumer does not act as a passive recipient of goods and services, but she/he assumes an active role joining the production and the exchange of these goods and services. Relevant examples of this phenomenon can be recognised within the sharing economy phenomenon and the energetic autoproduction sector. These examples deal with an intermediate figure, the prosumer, which requires to be studied and defined in its characterstics in order to establish what rules con be applied to the relatioships with a prosumer party.*

KEY WORDS: *Digital platforms; prosumer; sharing economy; enercetic autoproduction; peer-to-peer relatioship.*

SUMARIO.- I. LA TUTELA DEL CONSUMATORE NELLE PIATTAFORME DIGITALI: L'AMBIGUA FIGURA DEL "PROSUMER".- II. IL "PROSUMER" NELLA "SHARING ECONOMY".- III. IL "PROSUMER" NEL SETTORE DELL'AUTOPRODUZIONE ENERGTICA.- IV. PRIME RIFLESSIONI.

I. LA TUTELA DEL CONSUMATORE NELLE PIATTAFORME DIGITALI: L'AMBIGUA FIGURA DEL "PROSUMER".

Lo sviluppo delle nuove tecnologie e delle piattaforme digitali, se, da un lato, dischiude nuove opportunità di scambio per le parti interessate, dall'altro lato, apre una serie di rilevanti questioni giuridiche in tema di tutela del consumatore[1].

In questa sede, interessa evidenziare come il contesto digitale contribuisca ad annacquare la tradizionale distinzione tra la figura del professionista e la figura del consumatore, distinzione che, da sempre, è alla base della disciplina consumeristica[2].

1 Gli studi giuridici, e non solo, su questo tema sono ormai numerosi. *Ex multis*: Perlingieri, C.: "La protezione del cyberconsumatore secondo la direttiva 2011/83/UE", *Corti Salern.*, 2012, pp 526 ss.; Id.: "Il contratto concluso con e-bay e le vendite all'asta "online business to consumer": la disciplina applicabile", *Rass. dir. civ.*, 2017, 4, pp. 1394 ss.;De Franceschi, A.: "The Adequacy of Italian Law for the Platform Economy", *Journal of European Consumer and Market Law*, 2016, 1, pp. 56 ss.; Guez De Las Heras Ballell, R.T.: "The Lagal Anatomy of Electronic Platforms: A Prior Study to Assess the Need of a law of Platforms in the EU", *The Italian Law Journal*, 2017, 3, pp. 1 ss.; Markou, C.: *Consumer Protection, Automated Shopping Platforms and EU Law*, Taylor&Francis Ltd, London, 2019; Foltran, F.: "Professionisti, consumatori e piattaforme online: la tutela delle parti deboli nei nuovi equilibri", *Riv. dir. dei media*, 2019, 3, pp. 162 ss.; Cauffman, C: "New rules on Business-to-Consumer and Platform-to Business Relationships", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2019, 26, pp. 469 ss.; Smorto, G.: "La tutela del contraente debole nella platform economy dopo il Regolamento UE 2019/1150 e la Direttiva UE 2019/2161 (c.d. Omnibus)", in *Fairness e innovazione nel mercato digitale* (a cura di V. Falce), Giappichelli, Torino, 2019; Palmieri, A.: *Profili giuridici delle piattaforme digitali. La tutela degli utenti commerciali e dei titolari di siti web*, Torino, 2019; Iamiceli, P.: "Online Platforms and the Digital Turn in EU Contract Law: Unfair Practices, Transparency and the (pierced) Veeil of Digital Immunity", *European Review of Contract Law*, 2019, 4, pp. 392 ss.; Sartoris, C.: "Trasparenza e piattaforme online alla luce del Regolamento (UE) 2019/1150", in *Annuario 2021 – Osservatorio giuridico sulla innovazione digitale* (a cura di S. Orlando e G. Capaldo), Sapienza Università Editrice, Roma, 2021, pp. 345 ss.

2 Cfr. Zeno-Zencovich, V.: voce "Consumatore (tutela del)", *Enc. giur. Treccani*, Roma, vol. III, 1988, pp. 1 ss.; Id.: "Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione tra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori"", *Giur. it.*, 1993, IV, pp. 63 ss.; Gatt, L.: "Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore e il professionista", *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, pp. 153 ss.; Benedetti, G.: "Tutela del consumatore e autonomia contrattuale", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, pp. 28 ss.; Colagrande, R.: "Disciplina dei consumatori e degli utenti, *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, 4, p. 700 ss.; Bastianon, S.: "Consumatore e imprenditore (...futuro) nel diritto comunitario: luci e ombre di due nozioni dai confini incerti", *Resp. civ. e prev.*, 1998, pp. 62 ss.; Rinaldi, F.: "Non è qualificabile come "consumatore" chi acquista beni per l'esercizio futuro di un'attività di impresa", *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, pp. 344 ss.; Corea, U.: "Sulla nozione di "consumatore": il problema dei contratti stipulati a scopi professionali", *Giust. civ.*, 1999, I, pp. 13 ss.; Buonocore, V.: "Gli effetti sulle operazioni bancarie della nuova disciplina dei contratti con i consumatori", *Giur. comm.*, 2000, II, pp. 211 ss.; Palmieri, A.: "La sfuggente nozione di consumatore e le istanze di tutela del professionista vessato", *Danno e resp.*, 2000, pp. 866 ss.; Ponzanelli, G.: "Armonizzazione del diritto v. protezione del consumatore: il caso della responsabilità del produttore", *Resp. civ. e prev.*, 2002, pp. 979 ss.; Astone, F.: "Ambito di applicazione soggettiva. La nozione di "consumatore" e "professionista"", *Il codice civile. Commentario*, fondato e diretto da Schlesinger, P., Giuffrè, Milano, 2003, pp. 166 ss.; Gabrielli, E.: "Sulla nozione di consumatore", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, pp. 1149 ss.; Id.: "Il consumatore e il

• Chiara Sartoris
Assegnista di ricerca post dottorato in Diritto Privato,
Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Firenze (chiara.sartoris@unifi.it)

Come è noto, nei contratti B2C la speciale protezione del consumatore trova giustificazione nella situazione di asimmetria, soprattutto informativa, che caratterizza le relazioni negoziali con il professionista[3]. La tutela si rende ancor più indispensabile quando queste relazioni si spostano nella dimensione virtuale, come accade ogniqualvolta tra consumatore e professionista si interponga l'intermediazione di una piattaforma digitale. Le relazioni negoziali in ambiente digitale presentano, invero, un aspetto di novità specifico. Un disequilibrio di tipo informativo e non solo può sussistere anche in quei rapporti contrattuali in cui il consumatore non si limita a essere il destinatario passivo dei beni e dei servizi offerti dal professionista, bensì assume anch'esso un ruolo attivo, partecipando alla produzione e allo scambio di quei beni e servizi. Più precisamente, se a fornire il bene o il servizio è un privato che opera al di fuori di un'attività organizzata in senso imprenditoriale, si delinea, apparentemente, una relazione negoziale tra pari (*peer-to-peer*). Tale relazione si caratterizza spesso, però, per due aspetti peculiari: da un lato, il soggetto acquirente potrebbe non avere chiaro chi sia il suo reale interlocutore, a causa della intermediazione operata dalla piattaforma digitale; dall'altro, il privato che scambia beni o presta servizi, pur non essendo tecnicamente e formalmente un imprenditore, potrebbe operare in sostanza come tale, come accade ove svolga in modo sistematico e continuativo tale attività su una determinata piattaforma digitale, acquisendo così, nel tempo, un bagaglio di conoscenze e di esperienze significative. Si vuole, cioè, evidenziare come nei rapporti c.d. *peer-to-peer* la formale parità delle parti non esclude la possibilità che sussista una situazione di sostanziale asimmetria informativa, la quale non integra, tuttavia, la tradizionale dicotomia professionista/consumatore.

Nei mercati digitali, la liquidità della linea di demarcazione tra le figure del professionista e del consumatore è ben rappresentata, anche a livello terminologico,

professionista", in *I contratti dei consumatori* (a cura di E. Gabrielli e E. Minervini), in *Trattato dei contratti Rescigno-Gabrielli*, 3, Utet, Torino, 2005, pp. 24 ss.; Calvo, R.: "I contratti del consumatore", in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (diretto da F. Galgano), Cedam, Padova, 2005, pp. 295 ss.; Cabella Pisu, L.: "Cittadini e consumatori nel diritto dell'Unione Europea", *Contr. e impr./Eur.*, 2007, pp. 674 ss.; Caiazza, V.: "Nuove frontiere contrattuali: B2B e B2C", *Jus*., 2008, pp. 201 ss.; Giorgianni, M.: *Principi generali sui contratti e tutela dei consumatori in Italia e in Germania*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 2 ss.; Rossi Carleo, L.: *Diritto dei consumi: soggetti, contratti, rimedi*, Torino, 2012; Della Negra, F.: "Il diritto dei consumatori ed i consumatori. Alcuni spunti di riflessione sui recenti orientamenti della Corte di Giustizia", *Pers. e merc*., 2014, pp. 309 ss.; Alpa, G., Catricalà, A.: *Diritto dei consumatori,* Il Mulino, Bologna, 2016.

3 Per una riflessione generale sul concetto di asimmetria negoziale *vid*.: Roppo, V.: "Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma", *Riv. dir. priv*., 2001, pp. 769 ss.; Id.: "Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla su "terzo contratto")", in Id.: *Il contratto del duemila*, 3ª ed., Torino, 2011, pp. 102 ss.; De Poli, M.: *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali,* Cedam, Padova, 2002; Camardi, C.: "Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"", *Riv. crit. dir. priv*., 2005, pp. 581 ss.; Zoppini, A.: "Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza", *Riv. dir. civ*., 2008, I, pp. 515 ss.; Vettori, G.: "Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole", *Contr. e impr*., 2012, pp. 1190 ss.; Benedetti, G.: voce "Contratto asimmetrico", in *Enc. dir.*, Annali, V, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 370 ss.; Chiarella, M.L.: *Contrattazione asimmetrica. Segmenti normativi e costruzione unitaria,* Giuffrè, Milano, 2016; D'Amico, G.: "Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici", *Eur. dir. priv*., 2019, 1, pp. 1 ss.

dall'affermarsi della figura del *prosumer*[4], cioè, appunto, di un consumatore che presenta tratti caratteristici del professionista per le particolari modalità con cui opera sulla piattaforma digitale. Il *prosumer* è infatti descritto dagli studiosi di scienze economiche e sociali come una figura intermedia tra il consumatore e il professionista intesi in senso tradizionale ed è espressione della tendenza a una partecipazione dei consumatori alle dinamiche del mercato in forme sempre più strutturate e organizzate, pur agendo al di fuori di un'attività di impresa in senso lato[5]. Questa evoluzione dei comportamenti è stata favorita proprio dal diffondersi dei servizi offerti dalle piattaforme digitali, le quali consentono lo scambio diretto di informazioni ed esperienze tra i privati che le utilizzano.

La presa d'atto del descritto fenomeno evolutivo della figura del consumatore, sul piano sia economico che sociale, impone ora di valutarne la ricaduta sul piano giuridico per comprendere se il *prosumer* possa assumere rilevanza anche come categoria giuridica. La individuazione delle caratteristiche di questa nuova figura e il suo corretto inquadramento, lungi dal costituire questioni meramente teoriche, rispondono anche alla precisa esigenza pratica di stabilire quali tutele siano invocabili dal privato che si rapporta al *prosumer* nel contesto digitale. Di fronte a un interlocutore la cui qualificazione è ambigua, l'utente può trovarsi disorientato e, soprattutto, può non avere consapevolezza dei diritti che gli spettano. È vero che oggi l'art. 6 *bis*, parag. 1, lett. b), della Direttiva 2011/83/UE, come modificata dalla Direttiva 2019/2161/UE (c.d. *omnibus*)[6], impone al fornitore del mercato *online* l'obbligo di informare i consumatori se colui che offre beni, servizi o contenuti

4 Il termine "*prosumer*", frutto della crasi tra *producer* e *consumer*, è stato coniato dal saggista americano Toffler, A.: *The Third Way*, William Morrow & Company, Inc., New York, 1980, per indicare come, nell'epoca post-industriale i consumatori hanno un ruolo maggiormente attivo e partecipativo nella produzione di beni e servizi in funzione della loro personalizzazione.

5 Si vedano gli studi di: Ritzer, G., Nathan, J.: "Production, Consuption, Prosumption. The nature of capitalism in the age of the digital "prosumer"", *J. Cons. Cult.*, 2010, pp. 10 ss.: "Prosumption involves both production and consumption rather than focusing on either one (production) or the other (consumption)"; Maugeri, M.: "Elementi di criticità nell'equiparazione, da parte dell'AEEGSI, dei "prosumers" ai "consumatori" e ai "clienti finali"", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, pp. 406 ss.; Quarta, A.: "Il diritto dei consumatori ai tempi della peer economy. Prestatori di servizi e prosumers: primi spunti", *Eur. dir. priv.*, 2017, pp. 667 ss.; Murru, V.D.: "La regolazione dei prosumer", in *La transizione energetica* (a cura di L. Ammannati), Giappichelli, Torino, 2018, p. 161; Foltran, F.: "Professionisti, consumatori e piattaforme", cit., pp. 162 ss.; Alpa, G.: "Consumatori e mercato", in *I contratti del consumatore* (a cura di G. Capilli), Giappichelli, Torino, 2021, p. 14, il quale osserva che la figura del prosumer "non riguarda l'intero mercato, ma i settori di mercato in cui beni e servizi si possono produrre da sé e quindi il consumatore li produce per sé e per la cerchia dei famigliari diventando a sua volta imprenditore occasionale, artigiano, operaio, factotum oppure si attiva nella condivisione di servizi che mette in comune con altri per dividere profitti e costi (c.d. co-sharing)".

6 Tanto più perché il fornitore del mercato online non è tenuto a dare alcuna garanzia circa la effettiva qualifica del venditore/offerente, ma si limita a trasmettere la dichiarazione di quest'ultimo. Per un primo studio sulla Direttiva c.d. *omnibus vid.*: Loos, M.B.M.: "The modernization of European Consumer Law: a pig in a poke?", *European Review of Private Law*, 2019, pp. 113 ss.; Smorto, G.: "La tutela del contraente debole nella platform economy dopo il Regolamento UE 2019/1150 e la Direttiva UE 2019/2161 (c.d. Omnibus)", cit., pp. 49 ss.; Pavillon, C.: "Private Enforcement as Deterrence Tool: A Blind Spot in the Omnibus Directive", *European Review of Private Law*, 2019, 6, pp. 1297 ss.; De Almeida Alves, M.: "Directive on certain aspects concerning contracts fo the suply of digital content and digital services & the EU data protection legal framework: are words colliding?", *EU Law Journal*, 2019, 3, pp. 34 ss.; Staudenmayer, D.: "The Directives on Digital Contracts: First Step Towards the Private Law of the Digital Economy", *European Review of Private Law*, 2020, 2, pp. 219 ss.; Versaci, G.: "Le tutele a favore del consumatore digitale nella "direttiva omnibus"", *Pers. e merc.*, 2021, 3, pp. 583 ss.

digitali sia un professionista o meno. Ma il problema è che nei rapporti *peer-to-peer* la formale non professionalità dell'offerente non è garanzia di una relazione negoziale tra pari. Tale differenziazione è, dunque, cruciale. È chiaro, infatti, che, a seconda di come venga inquadrata la figura del *prosumer*, variano anche la possibilità di applicare la disciplina consumerstica e il relativo apparato di tutele, *in primis* gli obblighi informativi normalmente gravanti sul contraente professionista. Se, per un verso, la relazione negoziale *peer-to-peer,* astrattamente, dovrebbe essere governata dalla disciplina contrattuale codicistica, stante la (formale) parità delle parti; per altro verso, la presenza di forme di squilibrio sostanziale date dalla presenza di un *prosumer* rende quella disciplina inadatta a regolare tali relazioni. Nel contempo, difetta il presupposto per l'applicazione della disciplina di protezione consumeristica, attesa la mancanza di uno dei due poli dei rapporti B2C, cioè del professionista in senso tecnico. Si tratta di capire, allora, quale disciplina applicare.

Al fine di impostare una prima riflessione su tali temi, la presente indagine analizzerà due ambiti di emersione della figura del *prosumer*: il settore della c.d. *sharing economy* e il settore dell'autoproduzione di energia elettrica.

II. IL "PROSUMER" NELLA "SHARING ECONOMY".

L'emersione della figura del *prosumer* è senza dubbio legata all'affermarsi della c.d. *sharing economy* o economia collaborativa[7]. Spesso le piattaforme digitali costituiscono il mezzo attraverso il quale si realizzano transazioni caratterizzate dalla condivisione, tra soggetti privati (*peer-to-peer*), gratuitamente o in cambio di una somma di denaro, di beni o servizi[8]. La *sharing economy* è, infatti, un nuovo

7 Gli studi economici, sociologici e giuridici sono numerosi: Botsman, R.: *Whats' Mine is Yous: How Collaborative Consumption is Changing the Way We Live*, Harper Collins, New York, 2010; Smorto, G.: "Verso la disciplina giuridica della sharing economy", *Mer. conc. reg.*, 2015, p. 245 ss.; Id.: "Economia della condivisione e antropologia dello scambio, *Dir. pubbl. comparat. eur.*, 2017, pp. 119 ss.; Miller, S.R.: "First Principles for Regulating the Sharing Economy", *Harv. Journal on Leg.*, 2016, pp. 151 ss.; Katz, V.: "Regulating the Sharing Economy", *Barkeley Technology Law Journal*, 2015, pp. 1067 ss.; Dell'Atti, A.: "L'Agenda Europea per la c.d. economia collaborativa", *Riv. della regol. dei mercati*, 2016, 2, pp. 107 ss.; Mustacci, E., Somma, A.: *Il caso Uber. La sharing economy nel confronto tra common law e civil law*, Egea, Milano, 2016; Busch, C.: "Crowdsourcing Consumer Confidence. How to Regulate Online Rating and Reviewed System in the Collaborative Economy", in *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implication of the Digital Revolution* (a cura di A. De Franceschi), Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 225 ss.; Quarta, A.: "Il diritto dei consumatori ai tempi della peer economy. Prestatori di servizi e prosumers: primi spunti", cit., pp. 667 ss.; Weber, R.H.: "The Sharing Economy in the EU and the Law of Contracts", 85, *George Washington Law Review*, 2017, pp. 1800 ss.; Di Sabato, D.: "Progredire tornando all'antico: gli scambi nella sharing economy", in *Sharing economy. Profili giuridici* (a cura di D. Di Sabato e A. Lepore), Esi, Napoli, 2018, pp. 2 ss.; Hatzopulos, V.: "The Collaborative Economy under Eu Law", Hart Publishing, Oxford, 2018; Vallejo, A.O.: "Contractual Relationship in Collaborative Economy", *European Review of Private Law*, 2019, 5, pp. 995 ss.; Rossi, E.A.: *La sharing economy nel diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2019; Ramella, F., Manzo, C.: *L'economia della collaborazione. Le nuove piattaforme digitali della produzione e del consumo*, Il Mulino, Bologna, 2019.

8 Questa è la definizione di "sharing economy" adottata dalla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato per le Regioni - COM (2016), 356 final del 2.6.2016, "Un'agenda europea per l'economia collaborativa": "l'espressione "economia collaborativa" si riferisce ai modelli imprenditoriali in cui le attività sono facilitate da piattaforme di collaborazione che creano un mercato aperto per l'uso temporaneo di beni o servizi spesso forniti da privati. L'economia collaborativa coinvolge tre categorie di soggetti: i) i prestatori di servizi

modello di *business* fondato su "un complesso ecosistema di servizi a richiesta e di uso temporaneo di attività sulla base di scambi attraverso piattaforme online"[9].

Nell'ambito di tali mercati virtuali, tre sono i soggetti coinvolti nell'operazione negoziale: il privato prestatore di servizi, che condivide beni, risorse e competenze; il privato utente di tali servizi; l'intermediario, che mette in comunicazione, attraverso una piattaforma *online*, i prestatori e gli utenti. Gli esempi nella pratica sono numerosi e diffusi in plurimi settori dell'economia: dalle piattaforme di *car sharing* alle piattaforme per affitti brevi, dal noleggio di beni alla condivisione di interessi o agli *home restaurants*.

Ai presenti fini, l'attenzione va concentrata non sui rapporti con la piattaforma, bensì sui rapporti tra le parti che quella piattaforma mette in contatto. È qui che si annida il problema della veste giuridica con la quale tali soggetti operano sul mercato digitale. È chiaro, infatti, che la relazione tra un prestatore non professionale e l'utente si atteggia come una relazione *inter pares* espressione dell'autonomia dei privati. Qualunque privato, invero, può operare su una piattaforma digitale per immettere nel mercato beni o servizi, pur senza disporre di una organizzazione *ad hoc* per la produzione dei medesimi. Nel contempo, quello stesso soggetto può utilizzare, in altre occasioni, la medesima piattaforma non solo per fornire beni o servizi, ma anche per fruirne a sua volta. In questa prospettiva, l'aspetto di maggior complessità è legato alla questione se sia possibile considerare come privato-non-professionista un soggetto che, pur non essendo qualificabile tecnicamente come imprenditore, tuttavia, presti determinati servizi in modo abituale, continuativo e sistematico, accumulando, oltretutto, un bagaglio di conoscenze e di esperienze sul funzionamento di quel segmento di mercato e della piattaforma, tale da non poterlo considerare sullo stesso piano del privato che, occasionalmente, fruisce del servizio. Non vi è chi non veda come in questo caso la parità del rapporto negoziale sia solo formale, ma nella sostanza nasconda evidenti squilibri informativi e non solo.

Si pensi, per portare un esempio concreto, alla diffusione di forme di economia collaborativa nel settore turistico. Qualunque privato, attraverso una piattaforma *online* dedicata, può mettere a disposizione dei turisti una stanza inutilizzata della

che condividono beni, risorse, tempo e/o competenze e possono essere sia privati che offrono servizi su base occasionale (pari) sia prestatori di servizi nell'ambito della loro capacità professionale (prestatori di servizi professionali); ii) gli utenti di tali servizi; iii) gli intermediari che mettono in comunicazione – attraverso una piattaforma online – i prestatori e gli utenti che agevolano le transazioni tra di essi (piattaforme di collaborazione). Le transazioni nell'economia collaborativa generalmente non comportano un trasferimento di proprietà e possono essere effettuate a scopo di lucro o senza scopo di lucro".

9 Così sempre la già citata Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato per le Regioni - COM (2016), 356 final del 2.6.2016, "Un'agenda europea per l'economia collaborativa".

propria casa o, addirittura, un intero appartamento[10]. Gli utenti della piattaforma, sia quelli che offrono sia quelli che domandano, per poter fruire del servizio di intermediazione, aderiscono ai termini e alle condizioni generali di accesso al servizio offerto. Nulla, però, è, in genere, stabilito in merito alle regole che presiedono al vero e proprio rapporto negoziale, quello tra i due utenti che entrano in contatto tramite quella piattaforma. Sicché non è chiaro, ad esempio, come si regoli la responsabilità dell'utente dal lato dell'offerta in caso di non corretto adempimento delle obbligazioni assunte o quali obblighi informativi e comportamentali gravino su di esso. Se, in via di prima approssimazione, è possibile ritenere che tali scambi siano regolati dalla disciplina generale del contratto, gli aspetti di maggior criticità nell'inquadramento di questa relazione negoziale si pongono nelle ipotesi in cui in cui un privato offra la locazione di più appartamenti di cui è titolare, a un numero elevato di turisti, per un periodo di tempo prolungato, procurando non solo l'utilizzo dell'immobile, ma anche una serie di servizi aggiuntivi, come servizi di pulizia o di trasporto. È chiaro che, in questi casi, il turista si trova di fronte a un soggetto che, pur operando in apparenza come mero privato in posizione paritaria, in realtà, dispone di una organizzazione, di una esperienza e di una forza economica nel settore tali da avvicinarlo sostanzialmente a un contraente professionista.

In considerazione di quanto esposto, è, dunque, cruciale, in un contesto così dinamico e multiforme, comprendere la reale natura delle parti della relazione, poiché da questa dipende la disciplina applicabile. Le caratteristiche proprie dei rapporti in esame li rendono difficilmente sottoponibili alle regole del codice civile, poiché pongono problematiche che ricordano i rapporti B2C, pur non ricorrendo, astrattamente, i presupposti di legge necessari per applicare la disciplina consumeristica.

10 Il settore turistico è senza dubbio tra i più redditizi della "sharing economy". Cfr. De Leo, F.: "La tutela del consumatore allarga i propri confini al contratto d'albergo", *Resp. civ. prev.*, 2014, pp. 132 ss.; Mak, V.: "Private Law Perspective on Platform Services. Airbnb: Home Rentals between AYOR and NIMBY", *Journal of European Consumer & Market Law,* 2016, 1, pp. 23 ss.; Id.: *Reguating Online Platforms. The Case of Airbnb, in Grundman, S., European Contract Law in the Digital Age*, Cambridge, 2018, pp. 87ss.; Edelman, B.G., Geradin, D.: "Efficiencies and regulatory shortcuts: how should we reguate companies like Airbnb and Uber?", *Standford Technology Law Review*, 2016, pp. 309 ss.; Argentati, A.: "La sharing economy favanti al giudice amministrativo. Il caso delle attività ricettive extra-alberghiere", *Merc. conc. reg.*, 2016, pp. 567 ss.; Valeri, A.: "Le imprese turistiche digital oriented. Tendenze e trasformazioni nella sharing economy", *Economia della cultura*, 2018, 1-2, pp. 25 ss.; Busch, C.: "The Sharing Economy at the CJEU: Does Airbnb pass the "Uber test"? Some observation on the pending case C-390/13 – Airbnb Ireland", *Journal of European Consumer & Market Law*, 2018, 7, pp. 172 ss.; Salung Petersen, C., Garf Ulfbeck, Hansen O.: "Platforms as Private Governance Systems – The example of Airbnb", *NJCL*, 2018, 1, pp. 39 ss.; Geist, M.: "The Sharing Economy and Trade Agreements: The Challenge to Domestic Regulation", in *Law and the "Sharing Economy": Regulating Online Market Platforms* (a cura di D. McKee, F. Makela e T. Scassa), Univeristy of Ottawa Press, Ottawa, 2018, pp. 223 ss.; Murati, E.: "Airbnb and Uber: two sides of the same coin", *Media and Law*, 2020, 3, pp. 267 ss..

III. IL "PROSUMER" NEL SETTORE DELL'AUTOPRODUZIONE ENERGETICA.

Una declinazione interessante della figura in esame è offerta dal mercato dell'energia elettrica, recentemente interessato da una direttiva europea che ha prospettato una prima definizione normativa di *prosumer*.

Da tempo il legislatore europeo è intervenuto nel settore energetico per rafforzare le capacità e le possibilità di scelta del consumatore, il cui ruolo è assunto come centrale nel processo di transizione energetica e, in generale, di sviluppo più sostenibile dell'Europa[11]. Tali obiettivi vengono perseguiti non solo rafforzando gli obblighi informativi dei produttori a favore dei consumatori, ma anche promuovendo una partecipazione attiva al mercato degli stessi consumatori, sia in forma individuale sia in forma aggregata. Alla base di tale impostazione vi è l'idea che il cambiamento possa essere più facilmente perseguito attraverso azioni *bottom up*, piuttosto che attraverso la sola imposizione di obblighi e di sanzioni a carico delle grandi imprese. Senza dubbio – e i recenti dibattiti politici sul clima lo dimostrano - urge un cambiamento di mentalità, prima che di modello produttivo, da cui la collettività non può rimanere estranea e, a cui può e deve, anzi, prendere parte attivamente.

In questa prospettiva, la Direttiva 2018/2001/UE (c.d. RED II – *Renovable Energy Directive*)[12] prevede la possibilità per i cittadini europei di diventare clienti attivi all'interno del mercato di energia elettrica e di contribuire, così, a realizzare la transizione verso un'economia a basse emissioni di carbonio. I clienti finali, infatti, possono produrre energia elettrica rinnovabile per il proprio consumo, così come possono immagazzinare o vendere energia elettrica rinnovabile

11 Cfr. Comunicazione del Parlamento europeo, Commissione ITRE, n. 339/2015 del 28.4.2016. Si veda anche Ammannati, L.: "Una nuova governance per la transizione energetica dell'Unione europea. Soluzioni ambigue in un contesto conflittuale", in *La transizione energetica*, cit., p. 20, la quale osserva: "Dal punto di vista regolatorio la gestione della domanda è uno strumento cruciale per il miglioramento dell'efficienza energetica in quanto i meccanismi che consentono di ridurre o reindirizzare il consumo hanno significativi effetti non solo sul consumo finale ma anche sulla filiera dell'energia (dalla generazione alla distruzione locale) grazie ad un uso migliore degli impianti e delle reti. In questa prospettiva anche i regolatori nazionali debbono essere coinvolti affinché la regolazione della rete e le tariffe incentivino miglioramenti di efficienza energetica". Per una riflessione più generale su uno sviluppo più sostenibile dell'Europa *vid.*: Sassu, U.: "Sviluppo economico e tecnologie per un futuro sostenibile, in *Economia, ambiente e sviluppo sostenibile* (a cura di M. Ciani Scarnicci, A. Marcelli, P. Pinelli, A. Romani e R. Russo), Giuffrè, Milano, 2014, pp. 95 ss.; Pennasilico, M.: "Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto", *Pers. e merc.*, 2015, 1, pp. 37 ss.; Id.: "La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico", *RQDA*, 2020, pp. 5 ss.; Capaldo, G.: "Linee evolutive in tema di soggetti per una società sostenibile", *Pers. merc.*, 2020, pp. 334 ss.; Ekardt, F.: *Sustainability. Transformation, Governance, Ethics, Law*, Springer, Cham, 2020; Keorsbilck, B., Terryn, E., Michel, A., Alogna, I.: *Sustainable Consumption and Consumer Protection Legislation*, In-Depth Analysis for the Committee on Internal Market and Consumer Protection (IMCO), Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, Luxembourg, Europees Parlement, 2020; Vettori, G.: "Verso una società sostenibile", *Pers. e merc.*, 2021, 3, pp. 463 ss.; Imbruglia, D.: "Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori", *Pers. merc.*, 2021, 3, pp. 495 ss.

12 La Direttiva RED II fa parte di un più ampio pacchetto di provvedimenti normativi, il c.d. Winter Package o Clean Energy Package, presentato dalla Commissione il 30 novembre 2016. Cfr. Carbone, L., Napolitano, G., Zoppini, A. (a cura di): *Annuario di diritto dell'energia 2019. La strategia energetica nazionale. Governance e strumenti attuazione*, Il Mulino, Bologna, 2019.

autoprodotta, purché tali attività non costituiscano l'attività commerciale o professionale principale (art. 21). Non solo, tale partecipazione attiva può avvenire anche in gruppo o, addirittura, mediante la costituzione di c.d. comunità di energia rinnovabile[13]; questa ultime sono configurate come veri e propri soggetti di diritto, formati da persone fisiche o giuridiche, non aventi scopo di lucro, il cui obiettivo principale è quello di condividere energia da fonte rinnovabile e di fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai loro azionisti o alle aree locali in cui operano (art. 22).

Benché la Direttiva si riferisca letteralmente al "consumatore", è chiaro che essa abbia in mente la figura del *prosumer*, cioè di un soggetto che è sì consumatore, ma anche produttore di energia elettrica, in quanto ha diritto di partecipare a tale mercato allo stesso modo di coloro che finora ne sono stati i tradizionali attori. Sicché, agli Stati membri è lasciato il compito di "garantire che gli autoconsumatori di energia rinnovabile contribuiscano in modo equilibrato e adeguato al sistema generale di ripartizione dei costi di produzione, distribuzione e consumo dell'energia elettrica, quando questa è immessa nella rete" (considerando n. 68).

In attesa del recepimento, l'ordinamento italiano disciplina oggi le figure dell'autoconsumo collettivo e delle comunità energetiche previste dalla Direttiva RED II all'art. 42 *bis* del D.L. n. 162/2019 c.d. Milleproproghe (convertito con legge n. 8/2020)[14]. Si tratta di strumenti che, per la prima volta, consentono di realizzare una forma di comproprietà dei mezzi di produzione dell'energia rinnovabile, nonché una gestione condivisa dei meccanismi di distribuzione. Ma, merita ricordare che, prima ancora dell'adozione di tale disposizione, già l'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico (AEEGSI) aveva preso atto dell'affermarsi della figura del *prosumer*, prospettandone una definizione giuridica: è "il soggetto che è al contempo produttore e cliente finale di energia elettrica" (allegato A deliberazione 18.5.2012, n. 188/2012/E/com). Ora, finalmente, tale soggetto dispone anche degli strumenti giuridici per divenire parte attiva di tale mercato.

Sul piano della posizione giuridica e negoziale di questa nuova figura nel settore del mercato energetico, è interessante soffermare l'attenzione sull'art. 21, parag. 2, lett. d), della Direttiva RED II, ove si stabilisce che gli Stati membri debbono garantire agli auto-produttori-consumatori il mantenimento dei loro "diritti e

13 Osserva Cusa, E.: "Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche", *Orizzonti del diritto civile*, 2020, 1, p. 78: "Le comunità energetiche, allora, sono collocabili all'interno di una dimensione poco studiata della cosiddetta cittadinanza attiva, finalizzata a tutelare interessi non soltanto politici e sociali, ma anche economici, in coerenza con il paradigma di cui all'art. 3, secondo comma, Cost.; una cittadinanza attiva, quindi, che si realizza non attraverso forme di volontariato singolo o associato (poco efficaci in caso di attività di alta complessità e alto contenuto tecnologico), bensì attraverso imprese esercitate da organizzazioni che siano capaci di trasformare i cittadini responsabili in co-imprenditori responsabili".

14 Occorre ricordare che la Direttiva RED II avrebbe dovuto essere recepita entro il 30 giugno 2021. Lo scorso 4 novembre il Consiglio dei Ministri ha approvato in esame definitivo il d.lgs. n. 292 del 2021, recante attuazione della direttiva in commento, di prossima pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.

obblighi in quanto consumatori finali". Tale disposizione è di particolare importanza in quanto permette di individuare l'orientamento del legislatore europeo in punto di tutele. Al privato auto-consumatore di energia rinnovabile, in quanto cliente finale, spettano tutte le garanzie previste per i casi di squilibri negoziali in pregiudizio di una delle parti, anche ove si tratti di "accordi per scambi tra pari". Tanto trova conferma pure nell'art. 2, parag. 1, n. 18, laddove si precisa che "il diritto di condurre scambi tra pari non pregiudica i diritti o gli obblighi delle parti coinvolte in qualità di consumatori finali, produttori, fornitori o aggregatori". Tale riconoscimento, per quanto significativo nel definire i contenuti della posizione negoziale del contraente, non risolve, però, tutti i problemi e, segnatamente, non prende in considerazione la situazione della controparte che acquista energia elettrica dal *prosumer*.

Il tema in esame meriterebbe ben ulteriori approfondimenti. Ma, in questa sede, ci si deve limitare a osservare che il processo di transizione energetica costituisce uno degli esempi più attuali di sviluppo di modelli di business *peer-to-peer*, indipendenti dalla reti di trasmissione nazionale di energia elettrica. Anche in questo settore, tuttavia, si pongono problemi di non poco momento: per un verso, gli Stati membri debbono adottare misure idonee a garantire una tutela effettiva per i consumatori che intendono partecipare al processo di transizione energetica attraverso la vendita o la condivisione dell'energia autoprodotta; per altro verso, è necessario tutelare adeguatamente anche i privati che si rapportano ai *prosumers* per acquistare o per fruire in condivisione dell'energia prodotta da questi ultimi.

IV. PRIME RIFLESSIONI.

L'emergere di una figura intermedia tra professionista e consumatore, benché - come visto - riceva oggi esplicito riconoscimento normativo, almeno nel settore dell'energia elettrica, pone inevitabili problemi di inquadramento e di tutela.

Si può forse sostenere che le attuali difficoltà interpretative siano figlie della più generale e risalente tipizzazione delle figure di professionista e di consumatore proposta dalla Direttiva 1993/13/CEE. A riguardo, si può solo ricordare come, da sempre, quella dicotomia sollevi il problema di individuare una esatta linea di confine tra le due figure, atteso che, nel dinamismo delle società moderne, ciascun individuo può trovarsi a operare ora come consumatore ora come professionista[15]. Per comprendere il senso di tale affermazione, si consideri che,

15 Cfr. Zeno-Zencovich, V.: voce "Consumatore (tutela del)", cit., pp. 1 ss.; GATT, L.: "Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore e il professionista", cit., p. 153 ss.; Torresi, T.: "Consumatore, professionista. Fermenti giurisprudenziali, *Giur. it.*, 2000, pp. 312 ss.; Palmieri, A.: "La sfuggente nozione di consumatore e le istanze di tutela del professionista vessato", cit., pp. 866 ss.; Corea, U.: "Ancora in tema di nozione di "consumatore" e contratti a scopi professionali: un intervento chiarificatore, *Giust. civ.*,

ai sensi dell'art. 2, lett. b), Direttiva 1993/13/CEE, consumatore è la sola "persona fisica", non anche giuridica, che agisce per "scopi estranei" all'esercizio dell'attività professionale eventualmente svolta. Tale definizione, apparentemente semplice nella sua formulazione, tuttavia, si dimostra insoddisfacente a chiarire se essa sia integrata in una serie di ipotesi più sfumate. La questione si ponr, in particolare, quando il contraente persegue il soddisfacimento di esigenze sia di carattere professionale sia di carattere privato, come nel caso dei c.d. acquisti promiscui[16]; oppure quando il contraente non sia parte del contratto principale, ma intervenga come fideiussore di un imprenditore-debitore[17]. Nel silenzio normativo, la Corte di Giustizia ha suggerito di seguire un duplice criterio interpretativo: per un verso, va privilegiata una interpretazione restrittiva, reputando invocabile la disciplina consumeristica solo in assenza di qualsiasi attività o finalità di natura professionale; per l'altro, occorre seguire una interpretazione in chiave sostanziale, nel senso che la qualifica del contraente deve essere valutata alla luce non solo del contenuto, della natura e delle finalità del contratto, ma anche delle circostanze oggettive in cui quel contratto è stato concluso.

La peculiarità e la maggior complessità di inquadramento della figura del *prosumer* va colta, probabilmente, nella circostanza per cui quel naturale mutamento di veste giuridica che riguarda ogni individuo in base al contesto in cui opera è ora ulteriormente accentuato dalla unicità di quel contesto (la medesima piattaforma digitale) e dal fatto che il rapporto negoziale tra le parti è filtrato da un soggetto intermedio. Si intende dire, cioè, che *prosumer* è colui che si può comportare ora come consumatore ora come professionista nell'ambito di un medesimo settore economico e anche in maniera contestuale grazie al mezzo digitale in cui opera.

2000, I, pp. 2117 ss.; Esteban De La Rosa, F.: *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Comares, Granada, 2003; ASTONE, F.: "Ambito di applicazione soggettiva. La nozione di "consumatore" e "professionista"" , cit., p. 166 ss.; Ebres, M.: "Quién es consumidor?", *Ann. der. civ.*, 2006, pp. 236 ss.; Chinè, G.: "La nozione di consumatore nel diritto vivente", in *Lezioni di diritto privato* (a cura di G. Alpa e G. Capilli), Cedam, Padova, 2007, pp. 898 ss.; Poncibò, C.: "I consumatore medio", *Contr. e impr./Eur.*, 2007, pp. 743 ss..

16 Con la conseguenza che, secondo i giudici europei, deve escludersi l'applicazione della disciplina di protezione anche nei confronti di chi acquista un bene o fruisce di un servizio al fine di avviare una futura attività professionale. Cfr. Corte di Giustizia, 3 luglio 1997, causa C-269/1995, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, pp. 62 ss., con nota di Bastianon, S.: "Consumatore e imprenditore (...futuro) nel diritto comunitario: luci e ombre di due nozioni dai confini incerti"; Corte di Giustizia, 19 febbraio 2002, causa C-256/2000, in *Racc.*, 2002, pp. I-1699; Corte di Giustizia 5 febbraio 2004, causa C-18/2002, in *Racc.*, 2004, pp. I-1417; Corte di Giustizia, 20 gennaio 2005, causa C-464/2001, in *Eur. dir. priv.*, 2005, pp. 1135 ss., con nota di Crescimanno, V.: "I "contratti conclusi con i consumatori" nella Convenzione di Bruxelles: autonomia della categoria e scopo promiscuo". Nella giurisprudenza nazionale *vid.*: Cass., 25 luglio 2001, n. 10127, in *Contr.*, 2002, pp. 341 ss., con nota di Caserta, I.: "La nozione di "consumatore" secondo la Cassazione"; Cass., 11 ottobre 2002, n. 14561, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, pp. 174; Cass., 13 giugno 2006, n. 13643, in Contr., 2007, pp. 225 ss.; Cass., 5 giungo 2007, n. 13083, in *Obbl. e contr.*, 2008, pp. 25 ss., con nota di Scarso, A.P.: "Ancora sulla nozione (generale) di consumatore".

17 Recente è il cambio di paradigma della Corte di Giustizia, seguita poi dalla Corte di Cassazione, che, in tema di fideiussione, ha superato la teoria del professionista c.d. di riflesso in favore di un approccio sostanzialistico alla qualificazione del contraente. Cfr. Corte di Giustizia, 19 novembre 2015, causa C-74/15, in *www.curia.europa.eu*; Corte di Giustizia, 14 settembre 2016, causa C-534/2015, in *www.curia.europa.eu*; Cass., 1 febbraio 2016, n. 1869, in *www.dejure.it*; Cass., 16 gennaio 2020, n. 742, in *www.personaemercato.it* (con nota di Sartoris, C.: "Fideiussione: nuova conferma del superamento della teoria del professionista c.d. di riflesso").

La particolare rapidità di passaggio da una veste giuridica all'altra, così come la possibilità di produrre o di condividere beni, servizi o energia elettrica in maniera sistematica e continuativa, rendono ancora più difficile tentare di imbrigliare entro maglie nitide e rigide la figura del *prosumer.* Di qui poi, come corollario, i problemi in punto di tutele invocabili.

Se si concentra l'attenzione sul piano delle tutele, infatti, si dischiudono nuovi problemi interpretativi. La difficoltà di inquadrare giuridicamente e, quindi, di disciplinare i *prosumers* rende più complessa la individuazione di tecniche di tutela a favore dei privati che si rapportano con loro. Se colui che fornisce un bene o un servizio non è una impresa strutturata e professionale, ma è un privato chiaramente e occasionalmente operante come fornitore, il rapporto è disciplinabile, senz'altro, alla luce delle norme codicistiche. Diversamente, quanto più il *prosumer* operi sulla piattaforma in maniera organizzata, sistematica, continuativa e abituale, tanto maggiori dovrebbero essere le possibilità di esigere il rispetto di *standard* di professionalità e di qualità del servizio offerto, di serietà dell'offerta, di sicurezza dei prodotti. E ciò è tanto più vero quando si riscontrano fatturati di rilievo. A riguardo, è la stessa Commissione europea a invitare a dare particolare rilevanza al parametro del fatturato: "maggiore è il fatturato generato dal prestatore di servizi, maggiore è la probabilità che il prestatore si qualifichi come professionista"[18].

Nelle ipotesi da ultimo descritte la piana applicazione della disciplina codicistica rischia di offrire una tutela ineffettiva, in quanto non permette di tenere conto della sostanza del rapporto negoziale. La sfida che si apre per gli interpreti – e prima ancora, per i legislatori - è, dunque, la messa a punto di una serie di parametri e di indici che permettano di stabilire di quanto il singolo e specifico *prosumer*, nel settore di riferimento, si distanzi dalle caratteristiche strutturali del consumatore e si avvicini, invece, a quelle tecniche del professionista. Nell'angolo di oscillazione del pendolo tra i due estremi sta la definizione dello *standard* di tutele invocabili dalla controparte.

Una soluzione percorribile, allora, in attesa di chiarimenti normativi, è quella già indicata dalla Corte di Giustizia per i rapporti B2C *offline*, cioè un approccio interpretativo sostanzialistico e graduato. Sostanzialistico perché occorre considerare la sostanza del singolo rapporto *peer-to-peer*, per verificare se si tratti davvero di un rapporto tra soggetti in posizione di concreta parità giuridico-informativa. Graduato perché quanto maggiore è la frequenza e la quantità delle transazioni realizzate, maggiori devono essere gli obblighi e le regole da rispettare per i *prosumer,* a garanzia di una tutela effettiva dei privati che si rapporto con loro. Naturalmente, i parametri in base ai quali effettuare tali valutazioni non possono

18 Così Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, cit.

che mutare in relazione al settore dell'economia in cui si svolge la transazione. Preziose, a riguardo, le indicazioni della Commissione europea, che ha indicato tre criteri alla luce dei quali valutare la qualificazione del *prosumer*: la frequenza con cui presta beni o servizi; la finalità di lucro; il fatturato di ogni specifica prestazione[19].

Inevitabile, allora, un intervento del legislatore che, pur senza irrigidire la spontaneità del fenomeno dell'economia collaborativa, detti, però, un quadro più chiaro di regole che permettano di tutelare gli utenti digitali. È evidente, infatti, che quanto più si incrementi la credibilità dei meccanismi della economia collaborativa su piattaforma digitale, tanto maggiore sarà la fiducia dei consumatori e, quindi, tanto maggiori saranno i reciproci vantaggi sia economici che esperienziali.

19 Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, cit. Interessante il passaggio ove la Commissione propone un chiaro esempio: "A person regularly offering gardening services – facilitate by collaborative platforms – and seeking to obtain substantial remuneration colud fall within the definition of trader. However, a professional babysitter who occasionally provides gardening services – facilitated by collaborative platforms – would in principle not qualify as trader insofar as the occasional gardenind services ar concerned".

BIBLIOGRAFIA

Alpa, G.: Catricalà, A.: *Diritto dei consumatori,* Il Mulino, Bologna, 2016

Alpa, G.: "Consumatori e mercato", in *I contratti del consumatore* (a cura di G. Capilli), Giappichelli, Torino, 2021, pp. 1 ss.

Argentati, A.: "La sharing economy favanti al giudice amministrativo. Il caso delle attività ricettive extra-alberghiere", *Merc. conc. reg.*, 2016, pp. 567 ss.

Astone, F.: "Ambito di applicazione soggettiva. La nozione di "consumatore" e "professionista"", *Il codice civile. Commentario*, fondato e diretto da Schlesinger, P., Giuffrè, Milano, 2003, pp. 166 ss.

Bastianon, S.: "Consumatore e imprenditore (...futuro) nel diritto comunitario: luci e ombre di due nozioni dai confini incerti", *Resp. civ. e prev.*, 1998, pp. 62 ss.

Benedetti, G.: "Tutela del consumatore e autonomia contrattuale", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, pp. 28 ss.

Benedetti, G.: voce "Contratto asimmetrico", in *Enc. dir.*, Annali, V, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 370 ss.

Botsman, R.: *Whats' Mine is Yous: How Collaborative Consumption is Changing the Way We Live*, Harper Collins, New York, 2010

Buonocore, V.: "Gli effetti sulle operazioni bancarie della nuova disciplina dei contratti con i consumatori", *Giur. comm.*, 2000, II, pp. 211 ss.

Busch, C.: "Crowdsourcing Consumer Confidence. How to Regulate Online Rating and Reviewed System in the Collaborative Economy", in *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implication of the Digital Revolution* (a cura di A. De Franceschi), Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 225 ss.

Busch, C.: "The Sharing Economy at the CJEU: Does Airbnb pass the "Uber test"? Some observation on the pending case C-390/13 – Airbnb Ireland", *Journal of European Consumer & Market Law*, 2018, 7, pp. 172 ss.

Cabella Pisu, L.: "Cittadini e consumatori nel diritto dell'Unione Europea", *Contr. e impr./Eur.*, 2007, pp. 674 ss.

Caiazza, V.: "Nuove frontiere contrattuali: B2B e B2C", *Jus.*, 2008, pp. 201 ss.

Calvo, R.: "I contratti del consumatore", in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (diretto da F. Galgano), Cedam, Padova, 2005, pp. 295 ss.

Camardi, C.: "Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"", *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, pp. 581 ss.

Capaldo, G.: "Linee evolutive in tema di soggetti per una società sostenibile, *Pers. merc.*, 2020, pp. 334 ss.

Carbone, L., Napolitano, G., Zoppini, A. (a cura di): *Annuario di diritto dell'energia 2019. La strategia energetica nazionale. Governance e strumenti attuazione*, Il Mulino, Bologna, 2019

Caserta, I.: "La nozione di "consumatore" secondo la Cassazione", in *Contr.*, 2002, pp. 341 ss.

Cauffman, C: "New rules on Business-to-Consumer and Platform-to Business Relationships", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2019, 26, pp. 469 ss.

Chiarella, M.L.: *Contrattazione asimmetrica. Segmenti normativi e costruzione unitaria,* Giuffrè, Milano, 2016

Chinè, G.: "La nozione di consumatore nel diritto vivente", in *Lezioni di diritto privato* (a cura di G. Alpa e G. Capilli), Cedam, Padova, 2007, pp. 898 ss.

Colagrande, R.: "Disciplina dei consumatori e degli utenti, *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, 4, pp. 700 ss.

Corea, U.: "Sulla nozione di "consumatore": il problema dei contratti stipulati a scopi professionali", *Giust. civ.*, 1999, I, pp. 13 ss.

Corea, U.: "Ancora in tema di nozione di "consumatore" e contratti a scopi professionali: un intervento chiarificatore, *Giust. civ.*, 2000, I, pp. 2117 ss.

Crescimanno, V.: "I "contratti conclusi con i consumatori" nella Convenzione di Bruxelles: autonomia della categoria e scopo promiscuo", in *Eur. dir. priv.*, 2005, pp. 1135 ss.

Cusa, E.: "Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche", *Orizzonti del diritto civile*, 2020, 1, pp. 78

D'Amico, G.: "Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici", *Eur. dir. priv.*, 2019, 1, pp. 1 ss.

De Almeida Alves, M.: "Directive on certain aspects concerning contracts fo the suply of digital content and digital services & the EU data protection legal framework: are words colliding?", *EU Law Journal*, 2019, 3, pp. 34 ss.

De Franceschi, A.: "The Adequacy of Italian Law for the Platform Economy", *Journal of European Consumer and Market Law*, 2016, 1, pp. 56 ss.

De Leo, F.: "La tutela del consumatore allarga i propri confini al contratto d'albergo", *Resp. civ. prev.*, 2014, pp. 132 ss.

Della Negra, F.: "Il diritto dei consumatori ed i consumatori. Alcuni spunti di riflessione sui recenti orientamenti della Corte di Giustizia", *Pers. e merc.*, 2014, pp. 309 ss.

Dell'Atti, A.: "L'Agenda Europea per la c.d. economia collaborativa", *Riv. della regol. dei mercati*, 2016, 2, pp. 107 ss.

Di Sabato, D.: "Progredire tornando all'antico: gli scambi nella sharing economy", in *Sharing economy. Profili giuridici* (a cura di D. Di Sabato e A. Lepore), Esi, Napoli, 2018, pp. 2 ss.

Ebres, M.: "Quién es consumidor?", *Ann. der. civ.*, 2006, pp. 236 ss.

Edelman, B.G., Geradin, D.: "Efficiencies and regulatory shortcuts: how should we reguate companies like Airbnb and Uber?", *Standford Technology Law Review*, 2016, pp. 309 ss.

Ekardt, F.: *Sustainability. Transformation, Governance, Ethics, Law*, Springer, Cham, 2020

Esteban De La Rosa, F.: *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Comares, Granada, 2003

Foltran, F.: "Professionisti, consumatori e piattaforme online: la tutela delle parti deboli nei nuovi equilibri", *Riv. dir. dei media*, 2019, 3, pp. 162 ss.

Gabrielli, E.: "Sulla nozione di consumatore", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, pp. 1149 ss.; Id.: "Il consumatore e il professionista", in *I contratti dei consumatori* (a cura di E. Gabrielli e E. Minervini), in *Trattato dei contratti Rescigno-Gabrielli*, 3, Utet, Torino, 2005, pp. 24 ss.

Gatt, L.: "Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore e il professionista", *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, pp. 153 ss.

Geist, M.: "The Sharing Economy and Trade Agreements: The Challenge to Domestic Regulation", in *Law and the "Sharing Economy": Regulating Online Market Platforms* (a cura di D. McKee, F. Makela e T. Scassa), Univeristy of Ottawa Press, Ottawa, 2018, pp. 223 ss.

Giorgianni, M.: *Principi generali sui contratti e tutela dei consumatori in Italia e in Germania*, Giuffrè, Milano, 2009

Guez De Las Heras Ballell, R.T.: "The Lagal Anatomy of Electronic Platforms: A Prior Study to Assess the Need of a law of Platforms in the EU", *The Italian Law Journal*, 2017, 3, pp. 1 ss.

Hatzopulos, V.: "The Collaborative Economy under Eu Law", Hart Publishing, Oxford, 2018

Iamiceli, P.: "Online Platforms and the Digital Turn in EU Contract Law: Unfair Practices, Transparency and the (pierced) Veeil of Digital Immunity", *European Review of Contract Law*, 2019, 4, pp. 392 ss.;

Imbruglia, D.: "Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori", *Pers. merc.*, 2021, 3, pp. 495 ss.

Katz, V.: "Regulating the Sharing Economy", *Barkeley Technology Law Journal*, 2015, pp. 1067 ss.

Keorsbilck, B., Terryn, E., Michel, A., Alogna, I.: *Sustainable Consumption and Consumer Protection Legislation*, In-Depth Analysis for the Committee on Internal Market and Consumer Protection (IMCO), Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, Luxembourg, Europees Parlement, 2020

Loos, M.B.M.: "The modernization of European Consumer Law: a pig in a poke?", *European Review of Private Law*, 2019, pp. 113 ss.;

Mak, V.: "Private Law Perspective on Platform Services. Airbnb: Home Rentals between AYOR and NIMBY", *Journal of European Consumer & Market Law,* 2016, 1, pp. 23 ss.

Mak, V.: *Reguating Online Platforms. The Case of Airbnb, in Grundman, S., European Contract Law in the Digital Age*, Cambridge, 2018, pp. 87ss.

MARKOU, C.: *Consumer Protection, Automated Shopping Platforms and EU Law*, Taylor&Francis Ltd, London, 2019

MAUGERI, M.: "Elementi di criticità nell'equiparazione, da parte dell'AEEGSI, dei "prosumers" ai "consumatori" e ai "clienti finali"", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, pp. 406 ss.

MILLER, S.R.: "First Principles for Regulating the Sharing Economy", *Harv. Journal on Leg.*, 2016, pp. 151 ss.

MURATI, E.: "Airbnb and Uber: two sides of the same coin", *Media and Law*, 2020, 3, pp. 267 ss.

MURRU, V.D.: "La regolazione dei prosumer", in *La transizione energetica* (a cura di L. AMMANNATI), Giappichelli, Torino, 2018, pp. 161

MUSTACCI, E., SOMMA, A.: *Il caso Uber. La sharing economy nel confronto tra common law e civil law*, Egea, Milano, 2016

PALMIERI, A.: "La sfuggente nozione di consumatore e le istanze di tutela del professionista vessato", *Danno e resp.*, 2000, pp. 866 ss.

PALMIERI, A.: *Profili giuridici delle piattaforme digitali. La tutela degli utenti commerciali e dei titolari di siti web*, Torino, 2019

PAVILLON, C.: "Private Enforcement as Deterrence Tool: A Blind Spot in the Omnibus Directive", *European Review of Private Law*, 2019, 6, pp. 1297 ss.

PENNASILICO, M.,"Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto, *Pers. e merc.*, 2015, 1, pp. 37 ss.;

PENNASILICO, M.: "La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico", *RQDA*, 2020, pp. 5 ss.

PERLINGIERI, C.: "La protezione del cyberconsumatore secondo la direttiva 2011/83/UE", *Corti Salern.*, 2012, pp 526 ss.

PERLINGIERI, C.: "Il contratto concluso con e-bay e le vendite all'asta "online business to consumer": la disciplina applicabile", *Rass. dir. civ.*, 2017, 4, pp. 1394 ss.

PONCIBÒ, C.: "I consumatore medio", *Contr. e impr./Eur.*, 2007, pp. 743 ss.

Ponzanelli, G.: "Armonizzazione del diritto v. protezione del consumatore: il caso della responsabilità del produttore", *Resp. civ. e prev.*, 2002, pp. 979 ss.

Quarta, A.: "Il diritto dei consumatori ai tempi della peer economy. Prestatori di servizi e prosumers: primi spunti", *Eur. dir. priv.*, 2017, pp. 667 ss.

Ramella, F., Manzo, C.: *L'economia della collaborazione. Le nuove piattaforme digitali della produzione e del consumo*, Il Mulino, Bologna, 2019

Rinaldi, F.: "Non è qualificabile come "consumatore" chi acquista beni per l'esercizio futuro di un'attività di impresa", *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, pp. 344 ss.

Ritzer, G., Nathan, J.: "Production, Consuption, Prosumption. The nature of capitalism in the age of the digital "prosumer"", *J. Cons. Cult.*, 2010, pp. 10 ss.

Roppo, V.: "Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma", *Riv. dir. priv.*, 2001, pp. 769 ss.

Roppo V.: "Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla su "terzo contratto")", in Id.: *Il contratto del duemila*, 3ª ed., Torino, 2011, pp. 102 ss.

Rossi, E.A.: *La sharing economy nel diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2019

Rossi Carleo, L.: *Diritto dei consumi: soggetti, contratti, rimedi*, Torino, 2012

Salung Petersen, C., Garf Ulfbeck, Hansen O.: "Platforms as Private Governance Systems – The example of Airbnb", NJCL, 2018, 1, pp. 39 ss.

Sartoris, C.: "Trasparenza e piattaforme online alla luce de Regolamento (UE) 2019/1150", in *Annuario 2021 – Osservatorio giuridico sulla innovazione digitale* (a cura di S. Orlando e G. Capaldo), Sapienza Università Editrice, Roma, 2021, pp. 342 ss.

Sassi, U.: "Sviluppo economico e tecnologie per un futuro sostenibile, in *Economia, ambiente e sviluppo sostenibile* (a cura di M. Ciani Scarnicci, A. Marcelli, P. Pinelli, A. Romani e R. Russo), Giuffè, Milano, 2014, p. 95 ss.

Smorto, G.: "Verso la disciplina giuridica della sharing economy", *Merc. conc. reg.*, 2015, pp. 245 ss.

Smorto, G.: "Economia della condivisione e antropologia dello scambio", *Dir. pubbl. comparat. eur.*, 2017, p. 119 ss.

SMORTO, G.: "La tutela del contraente debole nella platform economy dopo il Regolamento UE 2019/1150 e la Direttiva UE 2019/2161 (c.d. omnibus)", in *Fairness e innovazione nell mercato digitale* (a cura di V. FALCE), Giappichelli, Torino, 2019

TORRESI, T.: "Consumatore, professionista. Fermenti giurisprudenziali, *Giur. it*., 2000, pp. 312 ss.

STAUDENMAYER, D.: "The Directives on Digital Contracts: First Step Towards the Private Law of the Digital Economy", *European Review of Private Law*, 2020, 2, pp. 219 ss.

VALERI, A.: "Le imprese turistiche digital oriented. Tendenze e trasformazioni nella sharing economy", *Economia della cultura*, 2018, 1-2, pp. 25 ss.

VERSACI, G.: "Le tutele a favore del consumatore digitale nella "direttiva omnibus"", *Pers. e merc*., 2021, 3, pp. 583 ss.

VETTORI, G.: "Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole", *Contr. e impr.*, 2012, pp. 1190 ss.

VETTORI, G.: "Verso una società sostenibile", *Pers. e merc*., 2021, 3, pp. 463 ss.

VALLEJO, A.O.: "Contractual Relationship in Collaborative Economy", *European Review of Private Law*, 2019, 5, pp. 995 ss.

WEBER, R.H.: "The Sharing Economy in the EU and the Law of Contracts", 85, *George Washington Law Review*, 2017, pp. 1800 ss.

ZENO-ZENCOVICH, V.: voce "Consumatore (tutela del)", *Enc. giur. Treccani*, Roma, vol. III, 1988, pp. 1 ss.

ZENO-ZENCOVICH, V.: "Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione tra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori"", *Giur. it*., 1993, IV, pp. 63 ss.

ZOPPINI, A.: "Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza", *Riv. dir. civ*., 2008, I, pp. 515 ss.

CONTRATACIÓN DE TELEFONÍA MÓVIL POR MENORES: VALIDEZ Y NULIDAD*

HIRING OF MOBILE TELEPHONY BY MINORS: VALIDITY AND NULLITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 984-1009

* El presente trabajo se realiza dentro del grupo de investigación "Estudios de Derecho Privado y Comparado" [SEJ-506], de la Universidad de Almería. Dicha materia se aborda con más detalle en la siguiente monografía: Bastante Granell, V.: *Patria potestad, hijos y teléfonos móviles: Control y mediación parental,* Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.

Víctor
BASTANTE
GRANELL

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Tras la aparición de la telefonía móvil en la sociedad, se ha observado cómo ciertos menores han realizado operaciones contractuales relacionadas con la compraventa de tales dispositivos y la adquisición de una tarjeta SIM prepago o tarifa móvil. Ello sin la asistencia de sus representantes legales. Ante tal situación –que se plasma en diferentes consultas legales y dentro de la jurisprudencia– resulta de interés atisbar si los menores de edad poseen capacidad de obrar para realizar tales negocios jurídicos. Para responder a tal cuestión se realizará un examen de la legislación, doctrina y resoluciones judiciales relacionadas con la materia. Su análisis nos permitirá observar el paulatino abandono de la tesis de la nulidad absoluta y el acogimiento de la posible validez de tales operaciones contractuales, en defensa de la capacidad limitada y progresiva del menor.

PALABRAS CLAVE: Capacidad de obrar, capacidad contractual, menor, telefonía móvil, nulidad, anulabilidad.

ABSTRACT: *After the appearance of mobile telephony in society, it has been observed how certain minors have carried out contractual operations related to the sale of such devices and the acquisition of a prepaid SIM card or mobile rate. This without the assistance of their legal representatives. Faced with such a situation - which is reflected in different legal consultations and within jurisprudence - it is of interest to see if minors have the capacity to act to carry out such legal businesses. To answer this question, an examination of the legislation, doctrine and judicial decisions related to the matter will be carried out. Its analysis will allow us to observe the gradual abandonment of the thesis of absolute nullity and the acceptance of the possible contractual validity of such contractual operations, in defense of the limited and progressive capacity of the minor.*

KEY WORDS: *Capacity to act, contractual capacity, minor, mobile telephony, nullity, annulment.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. CAPACIDAD CONTRACTUAL DEL MENOR DE EDAD. III. CONTRATOS DE TELEFONÍA MÓVIL. IV. COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA. 1. La SAN de 25 marzo 2010. 2. La SJPII de Toledo, de 11 octubre de 2005. 3. La SAP de Jaén, de 15 de octubre de 2009. 4. La SAP de Huelva, de 22 de mayo de 2008. V. CONTRATOS DE TELEFONÍA MÓVIL CELEBRADOS POR MENORES: ¿NULIDAD, ANULABILIDAD O VALIDEZ CONTRACTUAL?. VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Si observamos los beneficios que comporta el uso de un teléfono móvil para cualquier individuo (conectividad social, acceso a información, herramienta de ocio, etc.) –llegándose a producir una especie de simbiosis persona-móvil–, no cabe duda alguna de la atracción que supone su posesión y utilización por menores de edad. Gracias a tales dispositivos los niños y adolescentes pueden comunicarse por aplicaciones de mensajería instantánea (como "WhatsApp" o "Telegram"), navegar por las redes sociales (como "Instagram" o "TikTok"), usar internet para acceder a cierta información, intercambiar opiniones o disfrutar de aplicaciones de ocio (juegos, música, series, películas, etc.) o, entre otras ventajas, realizar llamadas telefónicas a familiares y amigos. El teléfono móvil permite una conexión directa con el mundo digital, una necesidad que –nos guste o no, dados los riesgos existentes (tecnoadicciones, ciberacoso, sextorsión, etc.)– tienen los menores en pleno siglo XXI.

Ante tal situación, no resulta sorprendente que a partir de una determinada edad –entre los nueve y catorce años– los hijos comiencen a demandar a sus progenitores la tenencia y uso de tales dispositivos móviles. Y, finalmente, por decisión de los padres –ante la presión social, de los propios hijos u otras razones (contacto y vigilancia del menor o alfabetización digital, por ejemplo)–, los menores acceden a un teléfono móvil. Piénsese que según un estudio del INE, el 69,5% de la población española entre 10 y 15 años dispone de un "smartphone", porcentaje que aumenta vertiginosamente a partir de los 16 años. Esta es la realidad social que impera en España ante el avance de la digitalización.

Con carácter general, la tenencia y uso de los teléfonos móviles se produce con la avenencia de sus progenitores. Son los padres quienes compran un "smartphone" y contratan una tarifa móvil (o tarjeta prepago), facilitando su posesión y utilización al menor (con o sin una supervisión o control parental adecuados). También puede suceder que dicha tenencia se deba a una donación

• Víctor Bastante Granell
Prof. Ayudante Doctor de Derecho Civil (acred. Prof. Contratado Doctor). Universidad de Almería.
vbg415@ual.es

o préstamo de algún familiar (abuelos que regalan un teléfono móvil a sus nietos, hermanos que ceden su terminal antiguo al hermano menor, etc.), consintiendo los progenitores su uso y, además, haciéndose cargo de sus gastos (facturas, arreglo de averías, etc.). Al parecer, existe un "orden natural" que permitirá que un menor, más tarde o temprano, y antes de alcanzar la mayoría de edad, acceda a un dispositivo móvil. Ahora bien, en ocasiones algunos menores pueden ver cercenada tal esperanza. Puede ocurrir que los progenitores decidan, por diversas razones, que los hijos no puedan acceder a un móvil hasta una determinada edad (por ejemplo, hasta los 16 o 18 años), en contra de la opinión del menor; o, en su caso, que por una mala conducta u otros problemas (tecnoadicciones, bajo nivel de estudios o riesgos digitales) impidan que el hijo –a través de un control interno o externo del dispositivo móvil– pueda utilizarlo. Ante la imposibilidad de tener y usar el "smartphone", el menor se podría plantear la posibilidad de adquirir o contratar –de forma presencial, telefónica o virtual– un terminal y/o servicio telefónico por su propia cuenta. Es decir, es posible que el menor compre un teléfono móvil e, incluso, que contrate una tarjeta SIM prepago o una tarifa móvil, y acceda así a las funcionalidades de tales dispositivos electrónicos. Y, desde luego, que tales operaciones las realice sin consentimiento y conocimiento de sus representantes legales.

A modo de ilustración, podemos mencionar algunos casos reales que aparecen en distintos foros de internet, así como en algunas resoluciones administrativas y judiciales. Destaca el problema comentado por una madre, cuyo hijo menor de edad, con 14 años, sustrajo 259 euros de su hucha, fue al supermercado Carrefour y compró un terminal telefónico. De hecho, llegó a firmar la garantía de dicho dispositivo. La progenitora se preguntaba si era posible vender un teléfono móvil a un menor. Como madre decidió no poner tal aparato a disposición del menor por motivos de bajo nivel de estudios y otros problemas relacionados con internet[1]. En otro foro se puede leer como un menor de edad, que tuvo problemas para realizar una portabilidad con ciertas compañías telefónicas, finalmente logró que Movistar –mediante una operación realizara por su plataforma web– le hiciera un contrato móvil, aunque el joven finalmente lo cambió a tarjeta prepago. No obstante, en el foro se observa como presume de haber conseguido realizar dicho contrato siendo menor de edad[2]. Este tipo de situaciones también se observan en algunas resoluciones de la Agencia de Protección de Datos Personales (APDP), cuya controversia gira sobre la inclusión de menores de edad en registros de insolvencia, como consecuencia del impago de facturas de teléfono móvil. A modo de ejemplo, una menor de 16 años y 11 meses suscribió un contrato de

1 Dicha consulta legal se puede visualizar en: https://www.abogading.com/dudas-legales/consulta/venta-de-un-movil-a-un-menor-de-edad-1894 [Fecha de consulta: 15/11/2021].

2 Tal acontecer se puede visualizar en: https://www.gsmspain.com/foros/h1406512_General_AYUDA-menor-edad-titular-SIM-prepago.html [Fecha de consulta: 15/11/2021].

telefonía móvil con Movistar, generó una factura por una cuantía total de 413,88€ y, tras el impago, fue inscrita en el fichero sobre incumplimientos de obligaciones dinerarias denominado ASNEF[3]. No obstante, y como comentaré detenidamente a continuación, tales situaciones han llegado también al ámbito judicial. Por tanto, tal problemática se presenta en nuestra sociedad.

Se evidencia así, como ciertos menores de edad han celebrado contratos para la adquisición de terminales telefónicos y/o para la contratación de una tarjeta SIM prepago o tarifa móvil. Ante ello, la cuestión se centra en dilucidar si un menor tiene capacidad de obrar suficiente para realizar tales operaciones contractuales y, en consecuencia, atisbar su posible validez o nulidad.

II. CAPACIDAD CONTRACTUAL DEL MENOR DE EDAD.

Antes de adentrarnos en tal asunto, debemos partir de los postulados básicos en torno a la capacidad contractual de los menores no emancipados. Ciertamente, antes de la reforma del Código Civil, auspiciada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el art. 1263 señalaba de forma taxativa que los menores no tenían capacidad para la celebración de negocios jurídicos. De hecho, se establecía que los menores no emancipados no podían prestar consentimiento. La mayoría de edad determinaba la capacidad natural suficiente para poder prestar un consentimiento válido, equiparándose la situación de la minoría de edad a la situación de incapacidad. Si bien, la realidad social era distinta, pues los menores contrataban. Por tal razón, en aquel momento ya se rechazaba la idea de una incapacidad absoluta de obrar del menor, defendiéndose una capacidad de obrar limitada[4]. Basta observar el contenido de la STS de 10 de junio de 1991, que manifestaba lo siguiente:

"Resulta incuestionable que los menores de edad no emancipados vienen realizando en la vida diaria numerosos contratos para acceder a lugares de recreo y esparcimiento o para la adquisición de determinados artículos de consumo, ya directamente en establecimientos abiertos al público, ya a través de máquinas automáticas, e incluso de transporte en los servicios públicos, sin que para ello necesite la presencia inmediata de sus representantes legales, debiendo entenderse que se da una declaración de voluntad tácita de éstos que impide que tales contratos puedan considerarse inexistentes, teniendo en cuenta «la

3 Resolución de la APDP con Expediente Nº: E/01863/2009.

4 Respecto al debate doctrinal existente, puede verse López San Luis, R.: *La capacidad contractual del menor*, Dykinson, Madrid, 2001.

realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (las normas), atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas» (art. 3.1 del Código Civil)"[5].

Tal concepción moderna de la capacidad de obrar se recoge en la actual redacción del art. 1263 CC, que, tras señalar como criterio general que los menores no emancipados "no pueden prestar consentimiento" para contratar o celebrar negocios jurídicos, establece una excepción[6], pues les permite prestarlo "en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales"[7]. De este modo, como expresa Nieto Alonso, el referido precepto reconoce una "capacidad de obrar limitada a los menores no emancipados", recordando que pueden realizar, por una parte, las operaciones de "orden negocial-patrimonial" que disponga la ley y, por otra, aquellos actos y contratos "relativos a bienes y servicios de la vida corriente[8]. En tales casos los menores cumplirían con el requisito de consentimiento, emitirían una declaración de voluntad plenamente válida, gozando el negocio jurídico de eficacia contractual. Dicha concepción de la capacidad ha sido postulada por doctrina y jurisprudencia. En este sentido, y como bien indica Valera Castro, "atender al interés del menor como principio general del Derecho

5 Así se manifestaba en resoluciones judiciales previas a la reforma de 2015: "Sentado lo anterior, hay que decir en cuanto a la inexistencia del contrato de arrendamiento de servicios dado que la apelante era menor de edad en el momento de recibir el tratamiento y por ello no puede contratar válidamente al carecer de capacidad de obrar, que ya se resolvió en la Sentencia de esta Sección arriba citada de 4/10/05 en el sentido siguiente: " En efecto el artículo 1263 del Código Civil establece que no pueden prestar consentimiento los menores no emancipados, por lo que en principio, al faltar el consentimiento, no podría hablarse de la existencia de un contrato al no concurrir uno de los elementos esenciales del mismo exigidos para la realidad contractual en el artículo 1261 del Código Civil . Sin embargo no puede menos esta Sala que compartir los acertados razonamientos de la sentencia de instancia, apoyados en el criterio jurisprudencial más moderno. La jurisprudencia citada en la sentencia de instancia es clara. Los contratos celebrados por menores de edad no son nulos ni inexistentes, sino anulables. Esta evolución jurisprudencial, que ha suavizado la inicial incapacidad de obrar de un menor de edad concediendo al mismo una cierta autonomía contractual, se basa en la necesidad de adaptación a la realidad social que como criterio hermenéutico de la norma destaca el artículo 3.1 del Código Civil. Esta realidad social muestra unos menores que llevan a cabo en la vida diaria diversos actos contractuales (compra de un disco, de un libro o de una entrada a un concierto, arrendamiento de ciertos servicios, como por ejemplo de transporte, etc.) y que los contratan por sí mismos sin necesidad de un consentimiento de los titulares de la patria potestad expreso, si bien hay que entender en todo caso que existe un consentimiento tácito de los progenitores al facilitarles el dinero necesario para este tipo de transacciones. Además de ello, dicho contrato realizado por el menor de edad puede ser sanado por el mismo simplemente a través de su ratificación al alcanzar la mayoría de edad. Es más, incluso el propio Código Civil concede facultades de administración sobre su propio patrimonio a los menores de edad, como se deduce del artículo 164 de dicho texto , lo que implica que esta capacidad de administración de bienes propios también incluye la capacidad de celebrar contratos ordinarios en relación con los bienes administrados. Las sentencias citadas en la sentencia apelada de 2 de junio de 1989, 10 de junio de 1991 o de 21 de enero de 2000, confirman un criterio jurisprudencial consolidado" (SAP de Murcia nº 2762/2006, de 10 de octubre de 2006 [ECLI:ES:APMU:2006:2762]). Véase también la STS de 21 de enero de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:274).

6 Si bien, como señalan ciertos autores, hubiera sido más conveniente fijar como regla general la capacidad contractual del menor y, como excepción, su incapacidad. *Vid.* Varela Castro, I.: "El interés del menor como derecho subjetivo: Especial referencia a la capacidad para contratar del menor", *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 70, 2016, núm. 2189, p. 55.

7 Modificación introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en particular.

8 *Vid.* Nieto Alonso, A.: "Capacidad del menor de edad en el orden patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales", *Revista de Derecho Civil*, 2016, vol. 3, núm. 3, p. 4.

y como criterio esencial en el desarrollo de su personalidad y autonomía implica ofrecerle capacidad de obrar en el ámbito patrimonial"[9]. Así lo manifiesta la STS de 5 de febrero de 2013[10]. Asimismo, Martín Briceño recuerda "que la persona durante su minoría de edad no se ve privada de su capacidad de obrar, es una postura que refleja una realidad social que no podemos obviar: el menor de edad no emancipado contrata"[11]. Los menores no emancipados realizan diariamente múltiples operaciones contractuales (cuando compran alimentos en un quiosco, juegan en una máquina recreativa para niños, usan el transporte público, compran ciertos juguetes, cromos u otros objetos en tiendas, etc.), lo que permite deducir su capacidad contractual.

Por consiguiente, nuestro ordenamiento jurídico[12] ha abandonado de forma paulatina una concepción rígida de la capacidad de obrar, ante la acogida de una concepción más moderna —restringida, limitada, evolutiva y progresiva— de la capacidad del menor, que no puede considerarse un sujeto incapaz, sino un sujeto con capacidad limitada, según los actos y derechos que pretenda ejercitar. Ello significa que puede realizar actos por sí solo, sin intervención de sus representantes legales, pero conforme a los usos sociales, edad y madurez pertinentes. Dicho con otras palabras, el menor posee capacidad de obrar, pero "limitada, variable y flexible, según su desarrollo intelectivo y volitivo"[13]. Tal capacidad será absoluta solamente cuando tenga plena conciencia al adoptar decisiones y asumir obligaciones. Con esta concepción moderna se ensalza la autonomía del menor para realizar actos que sean adecuados a su capacidad de entendimiento e intereses. Así se reclama en la LOPJM, cuyo preámbulo defiende el "reconocimiento pleno de la titularidad de

9 Varela Castro, I., cit., p. 33.

10 "De lo anteriormente expuesto cabe declarar, en el presente caso, la nulidad del meritado precontrato de trabajo, de 22 abril 2002, con la consiguiente nulidad de la cláusula penal prevista en el pacto quinto de dicho precontrato, por resultar contrario a los límites inherentes al orden público en materia de contratación de menores, especialmente en lo referente a tutela del interés superior del menor en la decisión personal sobre su futuro profesional como aspecto o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad. Ámbito fundamental que el precontrato vulnera o menoscaba pues el interés del menor, que debería ser la piedra angular e informadora de la reglamentación dispuesta en su conjunto, resulta ignorado ante una cláusula penal de tamaña envergadura que impide, como si de un contrato se tratase, dado sus plenos efectos obligacionales, la libre elección que sólo el menor debe decidir por sí mismo" (STS de 5 de febrero de 2013 [ECLI:ES:TS:2013:229]).

11 Martín Briceño, M. R.: "La capacidad contractual del menor no emancipado tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *Actualidad civil*, 2017, núm. 3 [LA LEY 2501/2017].

12 Así ocurre también en el Código del Derecho Foral de Aragón o en el Código civil de Cataluña. Véanse, entre otros, los siguientes trabajos: Bayod López, M. C.: "Capacidad de las personas por razón de la edad. Uno de los modelos (¿a exportar?) de la legislación civil española", en Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (Dir.): *Capacidad y protección de las personas menores de edad en el derecho*, Olejnik, Chile, 2021, pp. 117-143 y Ravetllat Ballesté, I.: "La capacidad de obrar de la persona menor de edad no emancipada a la luz del Libro II del Código civil de Cataluña: (artículos 211-3 y 211-5)", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2017, núm. 3, 2017, pp. 1-28.

13 O'Callaghan Muñoz, X.: "Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor, según la Ley de protección del menor", *Diario La Ley*, 1999, tomo 4, [LA LEY 12071/2001].

derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos"[14], señalando más adelante, concretamente en su art. 2, que "las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor". Dichos preceptos deben aplicarse en plena consonancia con lo dispuesto en el Código Civil. Por tal motivo, y siguiendo palabras de Linacero de la Fuente, el menor ostenta una capacidad de obrar potencial que se irá desarrollando y adquiriendo conforme a su edad hasta alcanzar la mayoría de edad[15].

Si bien, en caso de celebrar un menor de edad un contrato, el art. 1263 CC nos obliga a realizar un control posterior a la exteriorización de su voluntad. Es decir, exige dilucidar si dicho contrato lo permite la ley, si se ha realizado con la asistencia de sus representantes legales o, en su caso, si estamos ante un contrato relativo a "bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales". Dicho precepto no establece, por consiguiente, una lista cerrada de los negocios jurídicos que puede realizar un menor –algo insostenible, y no recomendado, dada la evolución y transformación de la sociedad–, siendo necesario observar, en cada caso concreto, si ostentaba –o no– capacidad contractual. De modo que, si estamos ante una operación contractual no permitida por la ley y sin la asistencia de los representantes legales –como puede ser la compraventa de un teléfono móvil por un menor de edad no emancipado– debemos examinar el cumplimiento de ciertos requisitos, que se extraen del tercer supuesto del art. 1263 CC.

En concreto, se deberá examinar, primeramente, si tenía la edad o madurez suficiente para su celebración (capacidad natural de entender y comprender aquello a lo que se obliga y sus efectos, capacidad de discernimiento para entablar una determinada relación contractual, etc.), pues, como indica Carrasco Perera, "la capacidad de obrar del menor es la capacidad concreta de cada menor y de cada edad, no la abstracta capacidad impuesta por la regla de la minoría"[16],

14 Dicho preámbulo también señala lo siguiente: "El desarrollo legislativo postconstitucional refleja esta tendencia, introduciendo la condición de sujeto de derechos a las personas menores de edad. Así, el concepto «ser escuchado si tuviere suficiente juicio» se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que le afectan. Este concepto introduce la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos. Las limitaciones que pudieran derivarse del hecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva. Más aún, esas limitaciones deben centrarse más en los procedimientos, de tal manera que se adoptarán aquéllos que sean más adecuados a la edad del sujeto. El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás. El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos".

15 Linacero De La Fuente, M.: "La protección del menor en el Derecho civil español comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero", *Actualidad Civil*, 1999, núm. 4, [LA LEY 1918/2001].

16 Carrasco Perera, A.: *Derecho de contratos*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 150.

siendo oportuno indagar en el concepto de "menor maduro". En segundo lugar, hay que determinar la naturaleza, función y entidad económica del contrato que ha celebrado el menor (tipo negocial, cuantía económica del contrato, sus obligaciones y efectos; si estamos ante un contrato dispositivo, de cesión de uso o de servicios, etc.)[17]. En tercer lugar, debe dilucidarse si el contrato recae sobre bienes o servicios "propios de su edad", lo que obliga a solventar la problemática con base a "los usos imperantes en el momento de la conclusión del acto o negocio jurídico"[18] (art. 3 CC). Sobre este requisito debe entenderse que el legislador se está refiriendo a los usos vigentes en la realidad social, interpretación que defiende Valera Castro al aludir a "actos del menor socialmente admitidos" –lo cual no debe relacionarse necesariamente con actos de escasa cuantía–[19]. Y, finalmente, apoyando las consideraciones de dicho autor y cierta jurisprudencia (como la STS de 5 de febrero de 2013), resultaría oportuno determinar si la relación contractual es necesaria para el desarrollo de la libre personalidad del menor y su interés superior[20]. Si no concurren tales presupuestos (edad, madurez y contrato conforme a los usos sociales), se extraerá como conclusión que el menor de edad no emancipado no gozaba de capacidad suficiente para su celebración.

III. CONTRATOS DE TELEFONÍA MÓVIL.

Sentadas, de forma sucinta, las bases sobre la capacidad contractual del menor –atendiendo a la legislación existente, la doctrina y jurisprudencia–, es momento de determinar si concurre en operaciones relacionadas con la contratación de telefonía móvil. Advertir que vamos a abordar los negocios jurídicos destinados a la compraventa de un teléfono móvil o a la adquisición de una tarjeta SIM prepago o de una tarifa móvil. Por lo tanto, no se examinará el ejercicio de los derechos del menor a través de tales dispositivos electrónicos o la contratación a través de internet o del "smartphone" (descarga de "apps", instalación de redes sociales, compras a través de comercio electrónico), puesto que el número de supuestos

17 *Vid.* Martín Briceño, M. R., cit., [LA LEY 2501/2017].

18 Nieto Alonso, A., cit, p. 11.

19 Varela Castro, I., cit., p. 52.

20 Este criterio fue utilizado por el Tribunal Supremo en la sentencia nº 26/2013, 5 de febrero de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:229), donde se dirime la validez de un contrato celebrado por un menor, concretamente para actuar como jugador de futbol, con base al libre desarrollo de su personalidad. "En efecto, el interés superior del menor no solo se erige como el principal prisma en orden a enjuiciar la posible validez de la relación negocial celebrada, sino también como el interés preferente de atención en caso de conflicto. De este modo, la perspectiva de análisis queda previamente condicionada a un ámbito axiológico que excede al mero tratamiento patrimonial de la cuestión, esto es, a su mera reconducción al carácter abusivo o no de la cláusula penal y, en su caso, a la posible moderación de la misma. Por el contrario, la presencia del interés superior del menor conduce, necesariamente, a que la posible validez de la relación negocial resulte contrastada tanto con los límites que presenta la autonomía privada y la libertad contractual en estos casos, artículo 1255 del Código Civil, como con los que se derivan de la representación de los hijos, teniendo en cuenta que dicha representación nace de la ley, en interés del menor, y es la ley quien determina su ámbito y extensión".

sería de bastante amplitud y requeriría una mayor profundidad para analizar cada caso concreto.

Si nos centramos en la contratación de telefonía móvil, antes de esclarecer la capacidad del menor, resulta necesario diferenciar tres operaciones contractuales, cada una con sus propias características y con una menor o mayor relevancia económica:

Compraventa de teléfono móvil: Puede darse el caso de que el menor compre un dispositivo móvil, como aparato electrónico, sin tarjeta SIM o tarifa móvil. Repárese en que un terminal puede funcionar sin tarjeta móvil, sin servicio de telefonía, por ejemplo a través del acceso gratuito a una red Wi-Fi. De producirse tal operación, nos encontraríamos ante un contrato de tracto único, que se puede realizar de forma física –en un establecimiento comercial–, por internet (a través de las páginas web de las compañías de teléfono o, en su caso, de venta de productos, como "Amazon" o "Wallapop") o por teléfono. Debe advertirse que cada terminal posee unas funciones y entidad económica distintas. Una situación que debería ser tomada en consideración para determinar la capacidad contractual del menor. A modo de ilustración, hay que distinguir un móvil básico, con funciones limitadas a llamadas y SMS, cuya cuantía podría ser inferior a 20 euros; de un móvil con más funciones (como internet, posibilidad de descarga de aplicaciones o cámara digital), cuyo precio podría superar con creces los 300 o 500 euros[21]. De hecho, hay móviles que pueden alcanzar una extravagante cifra, al costar más de 100.000 euros. Además, el uso del primero comportaría menos riesgos para el menor, facilitando únicamente el derecho a la comunicación con parientes, amigos o terceros. En cambio, el segundo puede comprender funcionalidades que generen mayores riesgos (ciberacoso, disposición inapropiada de la imagen e intimidad del menor en redes sociales, etc.). No obstante, sobre este asunto, hay que señalar que los móviles también presentan ventajas y permiten el libre desarrollo de la personalidad del menor, así como el ejercicio de ciertos derechos. Por ello, sería recomendable examinar el tipo de teléfono móvil contratado, la cuantía económica de la compraventa y su relación con el interés superior del menor, entre otros factores a considerar con base al art. 1263 CC (como la edad y madurez del

21 En cuanto a la cuantía económica y su relevancia para determinar la capacidad contractual del menor, me adhiero a lo manifestado por VALERA CASTRO: "[…] En el ámbito contractual, la capacidad del menor queda circunscrita a supuestos de dimensión patrimonial reducida. No obstante, creemos que este criterio no es del todo consistente con la realidad ya que, aunque gran parte de los contratos que celebran los menores sí tienen reducidas consecuencias patrimoniales, algunos son de un cierto valor económico; así por ejemplo, es muy común que compren aparatos tecnológicos de diversa índole cuyo valor no siempre es pequeño. Por lo tanto, en nuestra opinión no es acertado dar alcance general al límite de la escasa entidad económica del negocio". Varela Castro, I., cit., p. 52. En ocasiones los menores compran videojuegos, pequeñas consolas, altavoces u otros aparatos electrónicos cuyo importe puede ser superior a los 50 euros —a veces muy superior— y es una situación aceptada en el tráfico económico. De modo que la cuantía económica no sería, a veces, un aspecto determinante, debiendo tener más en cuenta las funcionalidades del objeto que el menor adquiere. Y ello, porque no es lo mismo comprar un teléfono móvil que otro tipo de aparato electrónico ("iPad", etc.).

menor en relación con el móvil adquirido). La compra de un móvil corriente por un menor de ocho años podría resultar cuestionable, en comparación con la realizada por otro con dieciséis años de edad.

Contratación de una tarjeta SIM prepago: Si un menor dispone de teléfono móvil, sería viable que procediera a la compra de una tarjeta móvil prepago. Se trataría de un contrato –verbal o escrito– mediante el cual el menor adquiere una tarjeta que le permite hacer llamadas y disponer de internet por un precio y tiempo determinados, disfrutando de la cobertura ofrecida por la compañía telefónica. El menor pagaría por anticipado la prestación del servicio. Si bien, agotado el saldo disponible de llamadas e internet, o el tiempo de vigencia del servicio, este quedaría desactivado. Si el menor desea continuar con el servicio de telefonía deberá recargar la tarjeta. Por lo tanto, no se trata de un contrato que genere obligaciones periódicas, a diferencia de la contratación de una tarifa móvil. Actualmente podemos encontrar en el mercado tarjetas prepago por precios inferiores y superiores a seis euros, no siendo un precio excesivo para un menor de edad. De hecho, se trata de cantidades de dinero que los menores suelen manejar dentro de la sociedad española. Si bien, lo decisivo es que tales tarjetas permiten la realización de llamadas y el consumo de datos en internet.

Contratación de servicios de tarifa móvil: También puede ocurrir –como ya ha sucedido– que un menor contrate una tarifa móvil, es decir, de telefonía móvil –contrato de tracto sucesivo– en virtud del cual, a cambio del pago de una cuota mensual –domiciliada en una cuenta bancaria–, el cliente puede disfrutar de llamadas e internet en su teléfono móvil. La cuantía de la cuota mensual variará según los servicios contratados, encontrándonos con tarifas fijas (de 7, 20 o 30 euros, a modo de ejemplo) o variables según consumo del cliente. Lo importante es que, a diferencia de la tarjeta prepago, la tarifa móvil vincula contractualmente al pago posterior de una cuota mensual por el servicio de telefonía (en ocasiones sometido a condiciones de permanencia con el operador). Esta modalidad contractual puede desencadenar el impago de facturas, generando deudas y, como resultado, provocar la inclusión del menor en registros o ficheros de morosidad. Por tanto, la tarjeta prepago y la tarifa móvil constituyen modalidades contractuales de telefonía móvil con distintas obligaciones y efectos, ostentando el segundo tipo de contrato una mayor relevancia económica y jurídica. Piénsese que no tendría la misma importancia una operación contractual consistente en adquirir una tarjeta prepago de menos de 5 euros, en relación con otra que suponga contratar un servicio de telefonía móvil postpago por un importe, por ejemplo, de 30 euros, a satisfacer de forma mensual.

Distinguir tales operaciones contractuales es imprescindible para determinar la capacidad del menor en el ámbito de la telefonía móvil, puesto que presentan

rasgos diferenciadores que pueden afectar a la hora de dilucidar la validez y nulidad de tales contratos (bien o servicio contratado, entidad y repercusión económica, obligaciones de las partes, etc.). Y, además, tales rasgos se deben ponderar con la edad, madurez e interés superior del menor.

IV. COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA.

Dicho lo anterior, es pertinente analizar las resoluciones judiciales que se han pronunciado sobre tal problemática –la validez de los contratos de telefonía móvil celebrados por menores no emancipados–, aunque su número no parece muy abundante dentro de la jurisprudencia. No obstante, nos permiten examinar diferentes supuestos de hecho y, lo más relevante, la fundamentación y fallo de nuestros tribunales.

1. La SAN de 25 marzo 2010.

Podemos comenzar con la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 25 marzo 2010[22]. Una menor de 13 años contrató con Telefónica Móviles S.A. un pack activa nokia 3330 y la tarjeta movistar activa –al parecer suministrando una cuenta bancaria de la que no era titular–, lo que generó una factura que ascendía a una cuantía económica de 156,86 euros. Su impago hizo que en el año 2006, cuando la menor ya tenía 17 años, fuese inscrita en el fichero ASNEF. Hay que señalar que en ningún momento quedó acreditado que Telefónica Móviles S.A., al celebrar el contrato, tuviera la autorización o consentimiento de los progenitores para el tratamiento de los datos personales de la menor. De modo que, TME no desplegó la diligencia debida para la correcta contratación de sus productos y, en consecuencia, del tratamiento de los datos personales derivados de dicha contratación[23]. En concreto, la compañía telefónica no verificó que la menor fuera la titular de la tarjeta y cuenta asociada y, en consecuencia, si tenía o no edad o capacidad para contratar. Al tiempo de resolverse el asunto había entrado en vigor el Reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por RD

22 SAN de 25 marzo 2010 (JUR\2010\124010).

23 Señala la citada resolución: "Del contenido del citado contrato se desprende como acertadamente razona la resolución recurrida, que es a TME o a su distribuidor, en su caso, a quien corresponde verificar las condiciones de los potenciales clientes, la comunicación a BBVA Promociones de aquellos clientes que no cumplen los requisitos y quien en último término responde de la capacidad del cliente. Interesa destacar, incidiendo en las obligaciones de verificación que competían a TME, que si bien BBVA Promociones debía trasmitir a TME la información facilitada por el titular de la tarjeta, entre la que figura el número y fecha de caducidad de su tarjeta Blue Joven, TME debía verificar el cumplimiento de las condiciones de la promoción. Sin embargo, no verificó que la información facilitada era incompleta pues omitía el número y fecha de caducidad de la tarjeta Blue Joven (asociada a la cuenta) con cargo a la cual se iba a facturar la adquisición del Pack Nokia 3330, lo que constituye una omisión relevante ya que la tarjeta va asociada a una cuenta que es a la que se carga el Pack y evidencia una patente falta de diligencia por su parte. […] Debido a esa falta de diligencia TME trató en sus ficheros los datos de la denunciante en relación con la adquisición del citado Pack a pesar de que no se le facilitó el número de la tarjeta Blue Joven de la solicitante, y sin constatar si era titular de una de dicha tarjetas y de la cuenta asociada y sin verificar, en suma, si tenía o no edad o capacidad para contratar".

1720/2007, en cuyo art. 13.1 se disponía que para el tratamiento de los datos de carácter personal de los menores de 14 años se requería el consentimiento de sus padres o tutores –contenido similar a la actual LOPDGDD–.

La Audiencia Nacional, basándose en esa edad especial –que acogió como un criterio de ponderación– y a lo dispuesto en el art. 1263.1 CC –según el contenido de la redacción anterior a la reforma de 2015–, mostró su posición desfavorable a la capacidad contractual de la menor sobre dicho producto. Además, se apoyó en el hecho de que su adquisición se tuvo que realizar mediante pago con tarjeta, una forma de cumplimiento que no era apropiada para una menor con la edad de 13 años:

"En estas circunstancias es como se lleva a cabo la adquisición del citado Pack por la denunciante, que contaba 13 años de edad en esas fechas, y que carecía de capacidad para contratar, sin la asistencia o autorización de sus padres, un producto cuyo pago estaba asociado al pago de una tarjeta. Esta falta de capacidad para adquirir con 13 años de edad, el citado producto en las condiciones expuestas, no se cuestiona directamente por la entidad recurrente. En este sentido y desde el punto de vista de protección de datos, se estima de interés señalar que en el nuevo Reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por RD 1720/2007, se establece en su artículo 13.1, que para el tratamiento de los datos de carácter personal de los menores de 14 años se requerirá el consentimiento de sus padres o tutores. Reglamento que si bien no es aplicable por razones temporales al supuesto de autos, se estima clarificador y resulta de interés traer a colación. Una menor que cuenta 13 años de edad, por tanto, no tiene por si sola capacidad para obligarse en un supuesto como el presente. En este sentido dispone el artículo 1263 .1 del Código Civil que no pueden prestar consentimiento los menores no emancipados y si bien el artículo 162 del CC reconoce que existen actos que el menor puede realizar por si mismo de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, no cabe encuadrar entre dichos supuestos el de autos, en primer lugar atendiendo a la edad de la menor y en segundo lugar a las características de la adquisición mediante pago con tarjeta. No cabe, en suma hablar de perfección del contrato, pues falta el consentimiento, ni en consecuencia de generación de obligaciones para la menor […]".

Si se observa lo manifestado en las últimas líneas, el tribunal considera que nos encontramos ante un contrato no perfeccionado y con ausencia de consentimiento, por no ostentar la menor "capacidad contractual". De modo que, aunque no lo mencione expresamente, parece decantarse por declarar la nulidad radical o absoluta de dicho negocio jurídico, no generando "obligaciones para la menor". Es decir, defiende la incapacidad de obrar del menor, alejándose de la concepción moderna sobre la capacidad contractual.

2. La SJPII de Toledo, de 11 octubre de 2005.

A continuación, y en contraposición al fallo judicial anterior, cabe mencionar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Toledo, de 11 de octubre de 2005[24]. En cuanto a los elementos fácticos, la resolución muestra como un menor de 13 años y 7 meses celebró un contrato de compraventa de un teléfono móvil con tarjeta pre-pago. Posteriormente, el menor procedió por vía telefónica a efectuar la portabilidad a la modalidad de contrato de tarifa móvil. Un tiempo más tarde, los progenitores se percataron de que el menor había generado diversas facturas, no pagadas. Lo anterior originó su inclusión en un fichero de solvencia patrimonial. Además, y como consecuencia de su acceso a los servicios de telefonía móvil, el menor había accedido a contenidos pornográficos, a través de "Movistar E-moción". Ante dicha situación, se ejercita la acción de nulidad, y subsidiaria de anulabilidad, del contrato celebrado entre el menor D. José Antonio y la mercantil Telefónica Móviles España, S.A., en fecha 16 de febrero de 2003. Asimismo, se pidió una indemnización por daños y perjuicios –por un importe de 12.000 euros–como consecuencia de los daños morales que se habían derivado de su registro en un fichero de insolvencia y por el visionado de contenido pornográfico a través del móvil.

Como se observa, el menor realiza la compra de un dispositivo móvil, de una tarjeta prepago y, más adelante, efectúa su conversión a contrato de servicio postpago. En efecto, el juez no distingue las distintas operaciones contractuales realizadas, refiriéndose al "contrato" efectuado por el menor para englobar los negocios realizados en su conjunto. Por consiguiente, se producen todos los casos posibles de contratación de telefonía móvil dentro del mismo supuesto de hecho. A pesar de ello, el tribunal –siguiendo el contenido de la STS de 10 de junio de 1991[25]– se aparta de la tesis de la nulidad absoluta del negocio concertado, postulando más bien la nulidad relativa o anulabilidad, por lo que se mostró favorable a la concepción moderna de la capacidad del menor. De hecho, llega a afirmar, de forma expresa, que la adquisición de determinados artículos de consumo (como teléfonos móviles) constituye una operación habitual por los jóvenes dentro de la realidad social de nuestro país:

"Mantener la tesis de nulidad absoluta de dichos contratos sería inaceptable por contraria a los usos sociales imperantes en la actualidad, ya que resulta incuestionable que los menores de edad no emancipados vienen realizando en la vida diaria numerosos contratos para acceder a lugares de recreo y esparcimiento o para la adquisición de determinados artículos de consumo (como teléfonos móviles en el caso presente), ya directamente en establecimientos abiertos al público, ya a

24 SJPII de Toledo, de 11 octubre de 2005 (JUR\2005\248322).

25 STS de 10 de junio de 1991 (RJ 1991\4434).

través de máquinas automáticas, e incluso de transporte en los servicios públicos, sin que ello necesite la presencia inmediata de sus representantes legales".

Con base a tal argumento, el tribunal defiende la validez y producción de efectos jurídicos, la "capacidad contractual" del menor; pero, ante la petición de la parte demandante, declara la nulidad relativa o anulabidad del contrato celebrado con fecha de 16 de febrero de 2003 entre el menor y la compañía de telefonía móvil (arts. 1.303 y 1.304 CC). De modo que, al valorar la edad del menor y su posible falta de madurez o entendimiento, opta por la ineficacia del negocio jurídico, pero no por su inexistencia.

3. La SAP de Jaén, de 15 de octubre de 2009.

A continuación, podemos traer a colación la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 15 octubre de 2009[26]. Como se puede extraer de los antecedentes de hecho, una menor (que tenía 17 años, 6 meses y 5 días a fecha de celebración de los contratos, una edad próxima a la mayoría de edad) "contrató los servicios telefónicos con Movistar, siéndole asignados cuatro teléfonos móviles" (supuestamente se trataba de la adquisición de uno o varios dispositivos móviles más el servicio asociado de telefonía móvil, pues en la resolución se comenta el consumo realizado por la menor como usuaria). Dichas operaciones contractuales desembocaron en una deuda que ascendía a 1.907'02 euros. Dada su cuantía, la operadora de telefonía procedió a reclamarla en 2008, a través de un juicio monitorio. En aquella fecha la menor era ya mayor de edad. La joven se opuso a la reclamación alegando la nulidad absoluta e inexistencia de los contratos, manifestando que el dueño del establecimiento estaba obligado a comprobar la capacidad de obrar de la persona con la que estaba contratando, pues de haberlo hecho (tras facilitar el DNI), lo normal hubiera sido negar en aquel momento la pretensión de contratar.

A pesar de la argumentación efectuada, el juez consideró que la menor tenía "capacidad contractual" para la celebración de tales negocios jurídicos, atendiendo a su edad y madurez, así como a la realidad social (de hecho, se apoya en la STS de 10 de Junio de 1991). Tan es así que rechazó el acogimiento exclusivo y único de la nulidad radical:

"Sin embargo esa nulidad no podía prosperar como acertadamente se establece en la sentencia de instancia, por cuanto que la demandada expresamente manifestó su voluntad tendente a adquirir y contratar los cuatro móviles, conociendo el objeto de dichos contratos y las obligaciones que al respecto se derivaban. Es más, usó los servicios de telefonía móvil con los consumos realizados como se

26 SAP de Jaén, de 15 de octubre de 2009 (JUR 2010\64467).

desprende de las facturas aportadas por la actora, lo que sin duda denota la plena voluntad de la menor, no sólo de contratar, sino de usar y consumir los servicios".

Es cierto que el juez dejó abierta la posibilidad de haber declarado la anulabilidad, pero no fue posible ya que no fue solicitada por la menor (recordemos que la anulabilidad debe ser alegada a instancia de parte, no siendo posible su apreciación de oficio). De haber sido así, a lo mejor la respuesta judicial hubiera sido diferente. No obstante, se confirmó la condena de primera instancia, por lo que la menor —ya mayor de edad— estaba obligada a satisfacer la cantidad debida de 1.907'02 euros. A pesar de ello, se aprecia esa tendencia judicial a admitir la nulidad relativa:

"En casos como el presente en que la menor no tenía mermada su capacidad natural, los contratos eran anulables, con posibilidad, o bien de impugnarlos o bien de confirmarlos para dar plena vida y eficacia a los contratos convenidos con tal efecto, quedando purificado aquél consentimiento. Confirmación del contrato anulable que sólo era posible por parte de quien tuviera derecho a invocar la causa de nulidad (la propia menor), bien expresamente una vez alcanzada la mayoría de edad, o bien por actos que implicaran necesariamente la voluntad de renunciar al derecho a ejercitar la acción de nulidad (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Octubre de 1980)".

4. La SAP de Huelva, de 22 de mayo de 2008.

Para finalizar, merece ser objeto de comentario la SAP de Huelva, de 22 de mayo de 2008[27]. Respecto a los hechos acaecidos, D. Ramón, adquirió con catorce años, en un punto de venta de la localidad de Valverde del Camino, un teléfono móvil –incluyendo una tarifa móvil–. De noviembre de 2003 a enero de 2004 –cuando el menor tenía entre dieciséis y diecisiete años– generó un importe elevado de facturas por el consumo del teléfono móvil. Al cumplir la mayoría de edad, D. Ramón no dio de baja el móvil, conservó el terminal y el número de teléfono, aunque realizó la portabilidad a otra compañía móvil. Por lo tanto, ni D. Ramón –al alcanzar la mayoría de edad en 2005–, ni sus representantes legales, denunciaron dicho contrato. Si bien, finalmente tales facturas fueron solicitadas por la entidad mercantil Telefónica Móviles de España S.A., a través de un procedimiento de reclamación de cantidad. Ante ello, D. Ramón se opuso al pago con base a los arts. 1261, 1263 y 1304 del Código Civil. Es decir, alegó la nulidad del contrato de telefonía. No obstante, el Juzgado de Primera Instancia falló de forma desfavorable y, ante tal situación, este decidió recurrir la resolución ante la Audiencia Provincial de Huelva.

27 SAP de Huelva nº 1131/2008, de 22 de mayo de 2008 (ECLI:ES:APH:2008:1131).

Como señala dicho tribunal, "la cuestión jurídica se residencia en los efectos de dicho contrato". Para resolver tal cuestión se centró en el análisis del art. 1263 CC –aunque atendiendo por aquel entonces a la redacción anterior a la reforma legal de 2015–, Ciertamente, el art. 1263 CC declaraba que los menores no pueden prestar consentimiento contractual. No obstante, recordaba –siguiendo la redacción actual de dicho precepto– que aunque "los menores no emancipados no puedan prestar consentimiento para contratar, no significa que no puedan contratar, sino que no pueden hacerlo, en determinados supuestos, sin la asistencia de la persona o personas que suplen su capacidad, de hecho", existiendo "materias en las que según la edad los actos que realizan son válidos en la esfera del contrato". De hecho, alude a las palabras del Tribunal Supremo en la sentencia, ya mencionada, de 10 de junio de 1991[28]. Y es que, desde tiempos pretéritos, la corriente mayoritaria proclama que los contratos celebrados por los menores de edad no son nulos ni inexistentes, sino anulables. Sin embargo, como afirma, no estamos ante una doctrina absoluta, pues "no todo contrato celebrado por un menor no emancipado es válido sino que debe analizarse las concretas circunstancias en las que se produce". Y así decide hacerlo la Audiencia Provincial. Primeramente, atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (las normas), considera que dicha actividad –la adquisición de un teléfono móvil– tiene unas consecuencias sobradamente conocidas por la sociedad, dada la proliferación de su uso. Y, además, observa que hay una voluntad tácita de sus progenitores. En consecuencia, declara válido dicho contrato y descarta la aplicación del art. 1304 CC.

Del contenido de la resolución judicial, se observa como el tribunal considera que el menor tenía capacidad suficiente para comprender las consecuencias de dicho negocio jurídico –afirmando ya en 2008 que el uso de teléfonos móviles era frecuente en la sociedad–. Aun así, para afianzar la validez contractual se apoya en la voluntad tácita de los progenitores, quienes conocían la tenencia y uso del móvil por el menor.

V. CONTRATOS DE TELEFONÍA MÓVIL CELEBRADOS POR MENORES: ¿NULIDAD, ANULABILIDAD O VALIDEZ CONTRACTUAL?

Hay que advertir que las anteriores resoluciones judiciales son anteriores a la reforma de 2015. Si nos encontramos ante un caso de contratación de telefonía móvil por un menor, la determinación de su capacidad contractual –al no constituir un contrato permitido de forma específica por la ley y al no contar con la asistencia

28 Resulta "incuestionable que los menores de edad no emancipados vienen realizando en la vida diaria numerosos contratos para acceder a lugares de recreo y esparcimiento o para la adquisición de determinados artículos de consumo, ya directamente en establecimientos abiertos al público, ya a través de máquinas automáticas, e incluso de transporte en los servicios públicos, sin que ello necesite la presencia inmediata de sus representantes legales".

de sus representantes legales– deberá efectuarse con base a lo dispuesto en el tercer supuesto del art. 1263 CC. Es decir, se deberá observar si el bien o servicio contratado forma parte de la vida corriente de un menor y si es conforme a su edad, atendiendo a los usos sociales. Por consiguiente, se deben ponderar diversos factores. En concreto, el proceso para determinar el consentimiento contractual del menor se podría desarrollar siguiendo el orden de valoración de los siguientes presupuestos o circunstancias:

Examinar el tipo de negocio jurídico, su función y entidad económica: Será fundamental observar si nos encontramos ante la compraventa de un teléfono móvil y/o la contratación de una tarjeta prepago o tarifa móvil. En el primer caso, resulta necesario examinar el modelo de terminal objeto de compraventa, sus funcionalidades. Asimismo, el precio de adquisición será un criterio a tomar en consideración. En el segundo caso, contratación de un servicio de telefonía móvil (prepago o postpago), habrá que diferenciar la modalidad de contrato, pues una tarifa móvil, a diferencia de la tarjeta prepago, genera obligaciones periódicas, pudiendo llegar a ostentar una mayor relevancia económica, ante el posible impago de facturas. Además, la contratación de tarifa móvil suele requerir la necesaria domiciliación de una cuenta bancaria para el pago de las facturas. El objeto y la entidad económica puede variar sustancialmente en cada negocio jurídico, lo que influirá a la hora de decidir la posible capacidad del menor.

Edad y madurez del menor: Seguidamente habrá que delimitar si el menor posee la edad y madurez suficientes para la celebración del negocio de telefonía móvil. Sobre este punto, hay que señalar que el art. 9.2 LOPJM presume que el menor tiene madurez suficiente a partir de los 12 años y, además, como criterio de ponderación, se podría valorar la edad especial de los 14 años, momento a partir del cual un menor puede ceder sus datos personales sin consentimiento de sus progenitores (art. 7 LOPDGDD) –edad que no puede constituir el único criterio para delimitar la capacidad contractual del menor, dado su ámbito de aplicación–. Lo importante es dilucidar si el menor posee la madurez suficiente para conocer y comprender el negocio jurídico realizado, así como los riesgos y ventajas que comporta el uso del aparato adquirido o del servicio de telefonía móvil contratado. Es decir, se debería atisbar si comprende los efectos jurídicos y económicos del contrato realizado (por ejemplo, que una tarifa móvil genera obligaciones de pago periódicas, cuyo importe puede aumentar ante el uso y consumo de datos o llamadas) y, además, si tiene competencias formativas y digitales para usar de forma responsable un teléfono móvil o sus distintas funcionalidades (llamadas, SMS, "apps" de mensajería instantánea, internet, etc.) –conocimiento de riesgos, responsabilidad del menor, etc.–. Se trata de comprobar si el menor tiene capacidad natural, condiciones de entendimiento y voluntad, que le permitan comprender y asumir las consecuencias jurídicas y económicas

que se derivan del negocio jurídico, en relación al objeto contratado. Hay que medir, por consiguiente, su capacidad de decisión respecto a dichas operaciones contractuales. Ello porque posibles condiciones de inmadurez podrían repercutir en su esfera personal y patrimonial.

Operación contractual conforme a los usos sociales: A continuación debemos preguntarnos si tales negocios celebrados por menores son conformes a la realidad social. Es decir, si dichas operaciones contractuales (compraventa de un teléfono móvil, adquisición de tarjeta SIM prepago o contratación de una tarifa móvil) se suelen realizar por menores de edad dentro de la sociedad española, considerándose un "uso social". Actualmente los menores contratan diferentes bienes y servicios (moda, ocio, tecnología, alimentos, etc.). En efecto, no tenemos a disposición una encuesta nacional de las operaciones contractuales realizadas por menores de edad. No obstante, tales contratos se realizan en el mundo "offline" y "online" (por muchas limitaciones de edad que fijen las plataformas digitales). Ahora bien, como dato de interés y según el Instituto Nacional de Estadística (INE), cerca del 70% de los menores en España (entre 10 y 15 años) utiliza teléfono móvil. Dicha cifra aumenta de forma vertiginosa para mayores de 15 años (más del 90%). Así, observando el informe "Las TIC y su influencia en la socialización de adolescentes" de 2019[29], cerca de un 90% de los adolescentes dispone de "smartphone" (sin tener en cuenta aquellos que disponen de móvil convencional). En consecuencia, no puede negarse que tales aparatos (ya sea con tarjeta prepago o postpago), son utilizados por los menores de edad en España. Su uso es frecuente en nuestra realidad social, como así lo afirmaron ciertas resoluciones judiciales –como la SAP de Huelva, de 22 de mayo de 2008 y la SJPII de Toledo, de 11 octubre de 2005, incluso habiéndose dictado hace más de una década–. Por tanto, muchos menores de edad conocen como funcionan tales aparatos, pudiendo llegar a comprender sus funcionalidades y los efectos económicos de un mal uso (consumo excesivo de datos y llamadas, aumento del importe de la factura, etc.).

Interés superior y libre desarrollo de la personalidad del menor: Debemos recordar que el art. 2.1 LOPJM establece que las "limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor". Siendo así, debemos preguntarnos si limitar la capacidad de contratación en el ámbito de la telefonía móvil puede afectar o no al libre desarrollo de la personalidad por el menor, o si resulta producente o no en defensa de su interés –dada la consideración del menor como persona protegida–. La tenencia y uso de dispositivos móviles por menores de edad puede generar distintos riesgos para su salud física y psíquica (tecnoadicciones, ciberacoso, sextorsión, etc.). Atendiendo a lo anterior, la respuesta podría ser negar de forma

29 Ballesteros, J.C.; Picazo, L.: *Las TIC y su influencia en la socialización de adolescentes*, Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud, Madrid, 2019.

rotunda la contratación móvil por un menor de edad, ante los peligros del mundo digital, sobre todo, si no existe una supervisión y control parental adecuados. Si bien, su uso también comporta diferentes ventajas para el menor (como la alfabetización digital) y, además, permite el ejercicio de derechos en el ámbito de la telefonía móvil (libertad de comunicación, libertad de expresión, libertad de información, derecho a la intimidad, derecho a la imagen, derecho al juego, etc.), que desde luego pueden ejercitar si su edad y madurez lo permiten. Siendo así, puede que la conveniencia de su uso y tenencia (con base a la "madurez digital" del menor), una vez efectuado el negocio jurídico, sea un factor de ponderación para deslindar su capacidad contractual. No obstante, como indica Nieto Alonso, "a pesar del reconocimiento de esa esfera de válida actuación del menor maduro, nunca puede llegar a prevalecer sobre las normas generales tuitivas previstas en interés del menor de edad"[30]. Sobre este asunto, el debate está servido a nivel judicial y doctrinal.

Comentado lo anterior, considero posible admitir la capacidad contractual de un menor, al realizar algunas de tales operaciones de telefonía móvil. No obstante, según la valoración de los parámetros del art. 1263.1 CC, la respuesta judicial podría desembocar en la nulidad del contrato. En cuanto a la posible validez del consentimiento, podríamos mencionar ciertos supuestos: a) menor de catorce años que, disponiendo de teléfono móvil, compra una tarjeta SIM prepago de 5 euros; b) menor de quince años que compra un teléfono móvil por un precio inferior a 30 euros (sin tarifa móvil); o, por último, c) menor de diecisiete años que, sin estar emancipado, trabaja con permiso de los progenitores, y con sus ingresos compra un dispositivo móvil y contrata una tarifa móvil (puede tener una cuenta bancaria en la que aparezca como cotitular). Puede ocurrir que ciertos negocios sean plenamente válidos si se admiten ciertos hábitos sociales (por ejemplo, la compra de una tarjeta prepago de 6 euros por un menor de 15 años, cuyos progenitores le han permitido disponer de un dispositivo de telefonía móvil: la adquisición por un menor de 17 años de un teléfono móvil por un precio de 60 euros con el dinero que le hayan regalado sus abuelos; etc.). En tales casos, podrían darse perfectamente las condiciones del art. 1263 CC para determinar la capacidad contractual del menor y, en consecuencia, la validez de tales negocios jurídicos.

Por el contrario, existen supuestos en los que tales operaciones deberían calificarse como nulas o anulables por una falta o defecto en la capacidad de obrar. Así, y a modo ejemplificativo, podemos mencionar la compraventa de un teléfono móvil por un precio superior a 500 euros, efectuada por un menor de doce años, o la contratación de una tarifa móvil por un menor de catorce años, con una cuenta bancaria en la que no aparezca como titular. Existirán casos en los que, por falta de

30 Nieto Alonso, A., cit., p. 41.

consentimiento y capacidad natural de entender, se declare la nulidad absoluta o inexistencia del contrato (imagínese que un menor de 9 años compra un teléfono móvil de 600 euros). En otros se considerará que hay un defecto de capacidad de obrar y, por lo tanto, el contrato será susceptible de anulabilidad o nulidad relativa (así ocurrió en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Toledo comentada anteriormente). No obstante, cada caso concreto presentará sus propias características, debiendo ser analizadas conforme a lo previsto en el Código Civil. De modo que la problemática se resolverá bajo la discrecionalidad de nuestros tribunales, atendiendo a la legalidad vigente y a la realidad social, pero principalmente a la capacidad natural, edad y madurez del menor que contrata en el ámbito de la telefonía móvil.

Por tal razón, no puede defenderse una incapacidad absoluta de los menores al realizar tales operaciones contractuales. Basta observar cómo los menores de edad disponen de capacidad y responsabilidad para realizar ciertos actos, por disposición legal, algunos de los cuales pueden tener una mayor relevancia (jurídica y económica) en comparación con la compra de un teléfono móvil y/o la contratación de una tarjeta o tarifa prepago[31]. La capacidad contractual del menor es adaptable y progresiva. Nuestro Derecho reconoce capacidad para actuar a una persona si comprende y quiere el acto que realiza, pero al mismo tiempo asume y se responsabiliza de sus consecuencias jurídicas y económicas. Ello se debe a que la capacidad natural también conlleva una responsabilidad. Si bien, se considera que esa capacidad plena no se adquiere hasta la mayoría de edad, en aras a proteger la seguridad y el tráfico jurídico. No obstante, el art. 1263 CC abre la puerta a la validez de negocios jurídicos realizados por menores, siempre que concurran los presupuestos necesarios (edad, madurez, usos sociales, etc.). Y, por tanto, esa puerta se abre en la celebración de contratos por menores relacionados con la telefonía móvil.

No obstante, en muchos casos se considerará que hay una ausencia o defecto en la capacidad de obrar del menor, siendo necesario atisbar si nos encontramos ante un caso de nulidad absoluta o relativa. De hecho, dirimir tal cuestión será vital para trazar la estrategia procesal a seguir por los representantes legales o el menor –al cumplir la mayoría de edad–, en caso de solicitar la nulidad del contrato en sede judicial. Si el contrato adolece de nulidad absoluta, comporta la

31 Realización de testamento por mayores de 14 años, salvo el ológrafo (art. 662 del Código Civil), consentimiento sexual por mayores de 16 años (art. 183 quater del Código Penal), consentimiento informado en el ámbito sanitario por el "menor maduro", salvo excepciones (art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica), consentimiento para la cesión de datos personales para mayores de 14 años (art. 7 LOPDGDD), consentimiento del "menor maduro" en cuanto a sus derechos al honor, a la imagen y a la intimidad (art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen), responsabilidad penal de personas mayores de catorce años y menores de dieciocho (art. 1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores), etc.

inexistencia del contrato (por falta de consentimiento). En tal caso, la acción será imprescriptible. Por el contrario, si se confirma la anulabilidad o nulidad relativa de la operación contractual, esta tendría una eficacia provisional y posible ineficacia futura (por defecto de capacidad o consentimiento). Es decir, puede llegar a perfeccionarse por el consentimiento del menor, aunque no de forma absoluta, pues el negocio jurídico se encontraría en una situación de provisionalidad[32]. Según se ejercite o no la acción de anulabilidad, el contrato celebrado podría llegar a ser definitivamente válido o tener efectos claudicantes. De ejercitarse dicha acción, saber que caduca a los cuatro años, plazo que comienza a computar cuando el menor salga de la tutela o patria potestad (art. 1.301 CC) —salvo que la acción la ejerciten los progenitores, en cuyo caso, sería desde la consumación del negocio jurídico—. Dada la importancia del asunto, lo oportuno será interponer una demanda solicitando la nulidad absoluta del contrato y, en su defecto, la nulidad relativa –o directamente solicitar la anulabilidad–. Recuérdese que la primera es apreciable de oficio por los tribunales, mientras que la segunda debe ser alegada a instancia de parte. Si se interpone una demanda judicial solicitando únicamente la nulidad absoluta y el juez considera que no hay falta de consentimiento, sino un defecto de capacidad (como ocurrió, en parte, en la SAP de Jaén, de 15 de octubre de 2009), podría generar como consecuencia jurídica la admisión de la validez contractual. Un fallo que posiblemente sería evitable de alegarse ante los tribunales la nulidad relativa del contrato.

VI. CONCLUSIONES.

Distintas circunstancias pueden provocar que un menor de edad decida, por su propia cuenta y sin el consentimiento de sus padres, adquirir un "smartphone", tarjeta SIM prepago o tarifa móvil (excesivo control parental, castigo sin tenencia y uso de móvil, etc.). De ser así, se realizaría un negocio jurídico durante la minoría de edad. Ante tal situación, sería necesario delimitar posteriormente si el menor gozaba o no de capacidad contractual.

Tras la reforma del art. 1263 CC, nuestro sistema jurídico ha reconocido a los menores una capacidad contractual limitada y progresiva (si bien, anteriormente ya la había postulado la doctrina y jurisprudencia mayoritarias). Por lo tanto, los niños y adolescentes pueden emitir un consentimiento jurídicamente válido, gozando el contrato suscrito de plena eficacia. No obstante, dicha validez contractual

32 "En definitiva, los contratos celebrados por un menor no emancipado, que reúna unas condiciones de raciocinio y madurez mínimas, serán válidos, pero de eficacia claudicante y podrán ser impugnados por su representante legal en el plazo de cuatro años, o por el propio menor de edad durante ese mismo plazo de tiempo, una vez emancipado siempre y cuando el representante legal no lo hubiera confirmado previamente. Estos contratos están, en suma, sometidos al régimen legal de la anulabilidad —arts. 1301 y sigs. del CC—". Sobre la responsabilidad contractual de los menores, véase Ravetlla Ballesté, I.: "Responsabilidad negocial de los actos realizados por menores de edad no emancipados. Análisis doctrinal y jurisprudencial", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2013, núm. 737, pp. 1981-1982.

dependerá de la concurrencia de una serie de presupuestos, cuyo análisis quedará bajo la valoración de nuestros tribunales (edad, madurez, bienes y servicios propios de la vida corriente, usos sociales, etc.). Si nos centramos en operaciones de telefonía móvil (compraventa de un dispositivo móvil, adquisición de una tarjeta prepago o postpago), lo anterior implicará ponderar tales presupuestos tomando en consideración las funcionalidades del terminal adquirido, la naturaleza del negocio jurídico, su entidad económica, la edad y madurez del menor para comprender los efectos de dicho contrato, etc. Ahora bien, resultará asimismo imprescindible delimitar su capacidad de obrar con base al interés superior y al libre desarrollo de la personalidad del menor (persona protegida por nuestro ordenamiento jurídico, pero recordemos que con una capacidad y autonomía progresivas). Una vez concluido el "proceso de determinación de la capacidad del menor", sería viable concluir afirmando la validez de ciertas operaciones contractuales relacionadas con la telefonía móvil. Sin embargo, los tribunales optarán generalmente por la anulabilidad de tales contratos –siendo menos frecuente que se opte por la tesis de la nulidad absoluta, cuyo abandono, respecto a los negocios jurídicos realizados por menores, ha sido evidenciado por la jurisprudencia–.

El teléfono móvil forma parte de la realidad social y, desde luego, no puede negarse su frecuente uso por menores de edad. Ante tal situación, serán cada vez más habituales las operaciones contractuales que realicen los menores en relación con sus dispositivos móviles (compraventa de un terminal, adquisición de una tarjeta prepago, etc.). De hecho, puede decirse que ciertos contratos forman parte de la práctica social. No obstante, la eficacia de dichos negocios jurídicos dependerá de las circunstancias de cada caso concreto, siendo ineludible ponderar los factores del art. 1263 CC.

BIBLIOGRAFÍA.

Ballesteros, J.C.; Picazo, L.: *Las TIC y su influencia en la socialización de adolescentes*, Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud, Madrid, 2019.

Bastante Granell, V.: *Patria potestad, hijos y teléfonos móviles: Control y mediación parental*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.

Bayod López, M. C.: "Capacidad de las personas por razón de la edad. Uno de los modelos (¿a exportar?) de la legislación civil española", en Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (Dir.): *Capacidad y protección de las personas menores de edad en el derecho*, Olejnik, Chile, 2021, pp. 117-143.

Carrasco Perera, A.: *Derecho de contratos*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

Linacero De La Fuente, M.: "La protección del menor en el Derecho civil español comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero", *Actualidad Civil*, 1999, núm. 4, [LA LEY 1918/2001].

López San Luis, R.: *La capacidad contractual del menor*, Dykinson, Madrid, 2001.

Martín Briceño, M. R.: "La capacidad contractual del menor no emancipado tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *Actualidad civil*, 2017, núm. 3 [LA LEY 2501/2017].

Nieto Alonso, A.: "Capacidad del menor de edad en el orden patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales", *Revista de Derecho Civil*, 2016, vol. 3, núm. 3, pp. 1-47.

O'Callaghan Muñoz, X.: "Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor, según la Ley de protección del menor", *Diario La Ley*, 1999, tomo 4, [LA LEY 12071/2001].

Ravetlla Ballesté, I.: "Responsabilidad negocial de los actos realizados por menores de edad no emancipados. Análisis doctrinal y jurisprudencial", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2013, núm. 737, pp. 1967-1998.

Ravetllat Ballesté, I.: "La capacidad de obrar de la persona menor de edad no emancipada a la luz del Libro II del Código civil de Cataluña: (artículos 211-3 y 211-5)", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2017, núm. 3, 2017, pp. 1-28.

VARELA CASTRO, I.: "El interés del menor como derecho subjetivo: Especial referencia a la capacidad para contratar del menor", *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 70, 2016, núm. 2189, pp. 1-237.

CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES: CUANDO EL PRECIO SON TUS DATOS PERSONALES

CONTRACTS FOR THE SUPPLY OF DIGITAL CONTENT AND SERVICES: WHEN THE PRICE IS YOUR PERSONAL DATA

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1010-1037

Laura
HERRERÍAS
CASTRO

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Hoy en día, la mayoría de los servicios de redes sociales o mensajería instantánea se ofrecen sin que los usuarios paguen ningún precio gracias a la monetización de sus datos personales. La Directiva 2019/770 ha sido la primera norma de la UE que ha regulado expresamente la utilización de los datos personales como moneda de cambio para el suministro de contenidos y servicios digitales. Esta Directiva ha sido transpuesta recientemente al ordenamiento jurídico español mediante el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, donde se incluyen una serie de modificaciones en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU).

El objetivo de este trabajo es ofrecer una visión analítica y crítica del nuevo régimen del TRLGDCU que afecta a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales. Para ello, en primer lugar, examinaré determinados aspectos relativos al ámbito de aplicación de la Directiva. En segundo lugar, trataré la cuestión relativa a la relación entre las infracciones de la normativa de protección de datos y las causas de falta de conformidad. En tercer lugar, analizaré los motivos que pueden dar lugar a la resolución del contrato, los derechos y obligaciones de las partes tras la resolución y la posibilidad de acudir al remedio indemnizatorio. Finalmente, ofreceré una visión práctica de las cuestiones planteadas mediante el examen de las condiciones generales sobre uso y privacidad de Facebook, Twitter, TikTok, WhatsApp y Telegram.

PALABRAS CLAVE: Contrato, servicios digitales, contenidos digitales, comercio electrónico, datos personales, Directiva (UE) 2019/770, RDL 7/2021, TRLGDCU, contraprestación, conformidad, resolución, consumidor.

ABSTRACT: *Nowadays, most social networks or instant messaging services are offered free of charge to users through the monetisation of their personal data. Directive 2019/770 was the first EU law that expressly regulated the use of personal data as a bargaining chip for the supply of digital content and digital services. This Directive has recently been transposed into the Spanish legal system by Real Decreto-ley 7/2021, of 27 April, which includes a series of amendments to the Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU).*

The aim of this paper is to offer an analytical and critical approach to the new regime of the TRLGDCU that affects contracts for the supply of digital content and digital services in exchange for personal data. I will first examine some aspects relating to the scope of application of the Directive. Secondly, I will discuss the relationship between violations of data protection law and the grounds for non-conformity. Thirdly, I will analyse the grounds for termination of the contract, the rights and obligations of the parties after termination, and the possibility of claiming damages. Finally, I will provide a practical overview by examining the terms of use and privacy policies of Facebook, Twitter, TikTok, WhatsApp and Telegram.

KEY WORDS: *Contract, digital service, digital content, e-commerce, personal data, Directive (EU) 2019/770, RDL 7/2021, TRLGDCU, counter-performance, conformity, termination, consumer.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.-II. ÁMBITO DE APLICACIÓN.-1. Consumidores, usuarios y empresarios.- 2. Contenidos y servicios digitales.- 3. Datos personales y otros datos.-III. LA INFRACCIÓN DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS COMO FALTA DE CONFORMIDAD.-IV. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES.-1. La resolución contractual por parte del consumidor.- 2. La resolución contractual por parte del empresario.- 3. Obligaciones y derechos de las partes.- 4. La indemnización de daños y perjuicios.- V. ALGUNAS CUESTIONES PRÁCTICAS.- 1. Facebook.- 2. Twitter.- 3. TikTok.- 4. WhatsApp.- 5. Telegram.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En la Unión Europea, las personas con edades comprendidas entre los 16 a 74 años que utilizan cada día o casi cada día Internet alcanzó el 80% en el año 2020, mientras que en el año 2010 apenas superaba el 50%[1]. A su vez, se estima que un 80% de los usuarios accede a contenidos audiovisuales, un 77% escucha música, un 76% juega en línea y un 64% lee libros electrónicos, sin pagar ningún precio[2].

En consecuencia, los usuarios pueden llegar a creer que carecen de derechos contractuales frente al proveedor de contenidos o servicios digitales debido a su aparente gratuidad. Sin embrago, es evidente que para el empresario que suministra este tipo de contenidos o servicios los datos que obtiene de sus usuarios tienen una relevancia económica considerable[3].

Por ejemplo, según la política de datos de Facebook, esta plataforma utiliza los datos de sus usuarios para proporcionar, personalizar y mejorar sus productos y

1 Disponible en: https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tin00092/default/table?lang=en (última consulta 23.11.2021).

2 Comisión Europea: *Commission Staff Working Document Impact Assessment. Accompanying the document Proposals for Directives of the European Parliament and of the Council (1) on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and (2) on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods*, SWD (2015) 274 final, p.15.

3 Como destaca la Dra. Mª Isabel Domínguez, la relevancia económica de los datos se puede deducir de los distintos fines para los que son destinados, como la reducción de costes de investigación de productos y transacciones, su empleo con propósitos de investigación científica o su uso para la mejora de los resultados de las campañas de publicidad, en especial para la publicidad dirigida. Véase, Domínguez Yamasaki, M.I.: "El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario", *Revista de Derecho Privado*, 2020, núm. 4, p. 99.

• Laura Herrerías Castro*
Investigadora predoctoral Universitat Pompeu Fabra
laura.herrerias@upf.edu

* La autora es titular de una beca para la contratación de personal investigador novel (FI-2021), concedida por la Agencia de Gestión de Ayudas Universitarias y de Investigación (AGAUR) en un proceso abierto y competitivo, con el apoyo de la Secretaria d'Universitats i Coneixement de la Generalitat de Catalunya y del Fondo Social Europeo.

también para proporcionar mediciones, análisis y otros servicios para empresas[4]. Asimismo, en sus condiciones de servicio se reconoce que: "no te cobramos por el uso de Facebook", porque en su lugar, "las empresas y organizaciones nos pagan por mostrarte publicidad sobre sus productos o servicios. Al usar nuestros productos, aceptas que te mostremos anuncios que consideremos relevantes para ti y tus intereses. Usamos tus datos personales a la hora de determinar qué anuncios te mostramos"[5].

Teniendo en cuenta esta situación, la Directiva (UE) 2019/770, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (en adelante DCSD) tiene como objetivo promover la competitividad de las empresas y alcanzar un alto nivel de protección de los consumidores que adquieren contenidos o servicios digitales a cambio de un precio, de datos personales o de ambos.

La consideración de los datos personales como contraprestación es controvertida debido a la tensión entre dos enfoques regulatorios: la protección de los datos personales y la protección de los consumidores. Por un lado, reconocer los datos personales como contraprestación puede implicar la aceptación de la mercantilización de los datos, pero ignorar este tipo de contraprestación tiene como contrapartida la disminución del nivel de protección de los consumidores y un desequilibrio entre aquellos que pagan con dinero y los que lo hacen mediante el suministro de sus datos[6].

Esta cuestión fue sometida a examen del Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD) quien señaló que los datos personales no pueden ser considerados como una mercancía en tanto que son un derecho fundamental y, en consecuencia, debía evitarse el uso de la expresión "datos como contraprestación" en el texto de la Directiva principalmente por los siguientes motivos: (1) no se define qué debe entenderse por "contraprestación" cuando existen usos distintos de los datos a la estricta prestación del servicio, como mejorar la calidad de éste o personalizarlo, (2) el vínculo entre el pago de un precio con dinero y la entrega de datos como contrapartida resulta engañoso porque mientras que el consumidor es consciente de lo que da cuando paga con dinero, no se puede decir lo mismo de los datos, y (3) los datos personales no pueden compararse con el dinero porque la entrega de los datos no priva al individuo de la posibilidad de volver a entregar los mismos

4 Disponible en: https://www.facebook.com/about/privacy/update (última consulta 23.11.2021).

5 Disponible en: https://www.facebook.com/legal/terms/update (última consulta 23.11.2021).

6 Metzger, A., Efroni, Z., Mischau, L., Metzger, J.: "Data-Related Aspects of the Digital Content Directive", *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2018, núm. 9, p.93.

datos a otro proveedor y los individuos no pueden evaluar el valor que se creará con sus datos[7].

Tras el dictamen del SEPD, el legislador europeo suprimió la expresión contraprestación del texto de la Directiva y recogió casi de forma literal las palabras del SEPD en el cdo. 25[8]. Asimismo, en el art. 3.8 de la DCSD se prevé expresamente que en caso de conflicto entre sus disposiciones y el Derecho de la Unión en materia de protección de datos personales, deberá prevalecer siempre el segundo[9].

La DCSD ha sido transpuesta recientemente al ordenamiento jurídico español mediante el Título VIII del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, donde se incluyen una serie de modificaciones en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU) con efectos a partir del 1 de enero de 2022.

El objetivo de este trabajo es ofrecer una visión analítica y crítica del nuevo régimen del TRLGDCU que afecta a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El nuevo art. 59.4 del TRLGDCU extiende el ámbito de aplicación del Libro II –sobre contratos y garantías– a los contratos en virtud de los cuales el "empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor o usuario y este facilita o se compromete a facilitar datos personales"[10].

7 Supervisor Europeo de Protección de datos: *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, 2017, pp. 9-10. Desde un punto de vista puramente terminológico la utilización de la expresión en castellano "contraprestación" probablemente no presenta los mismos problemas que sugiere el SEPD ya que se trata de un término más amplio que no se usa solo en el sentido puramente patrimonial, a diferencia del término en inglés "counter-performance" que se evita precisamente para dejar claro que los datos personales no tienen exclusivamente un contenido patrimonial. Véase, Plana Arnaldo, M.C.: "Economía de los datos y propiedad sobre los datos", *Revista de Educación y Derecho*, 2021, núm. 24, p. 17.

8 Según este considerando: "a menudo, los contenidos o servicios digitales se suministran también cuando el consumidor no paga un precio, pero facilita datos personales al empresario […] al tiempo que se reconoce plenamente que la protección de datos personales es un derecho fundamental, por lo que los datos personales no pueden considerarse una mercancía, la presente Directiva debe garantizar que los consumidores, en el contexto de dichos modelos de negocio, tengan derecho a medidas correctoras contractuales". En sentido similar, en la exposición de motivos del Real Decreto 7/2021 se recoge que: "la protección de datos personales es un derecho fundamental, por lo que los datos personales no pueden considerarse mercancía y su tratamiento debe cumplir las obligaciones aplicables de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679". Contrasta con la exposición de motivos el art. 119.2 ter del TRLGDCU que quizás debido a un descuido del legislador incluye expresamente el término contraprestación: "la resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia, salvo en los supuestos en que el consumidor o usuario haya facilitado datos personales como contraprestación".

9 Véanse también los cdos. 37-39 de la DCSD.

10 Para el Prof. Sergio Cámara es destacable que la transposición del art. 3.1 de la DCSD se haya producido no en sede de conformidad con el contrato (arts. 114 y ss. del TRLGDCU) sino en una sede mucho más general, como es el artículo de apertura del Libro II. Por lo tanto, parece que la protección de los cuatro

El legislador español ha hecho una transposición casi literal del art. 3.1, par. 2, de la DCSD, salvo por el hecho de que hace alusión a "consumidores o usuarios", en coherencia con el art. 3 del TRLGDCU, mientras que la DCSD se refiere únicamente a los consumidores, ya que el término usuario se utiliza de forma mucho más amplia. Sin embargo, la norma de transposición ha sido poco ambiciosa al desaprovechar la oportunidad que ofrecía la DCSD de extender su ámbito de aplicación, tanto objetivo como subjetivo, a situaciones no contempladas por la misma.

1. Consumidores, usuarios y empresarios

De acuerdo con el art. 3.1 del TRLGDCU son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión[11].

En este sentido, se ha criticado que tanto el TRLGDCU como la DCSD mantengan el paradigma del consumidor como la parte débil de la contratación[12], desconsiderando posiciones más activas del consumo que existen en la actualidad[13], como es el caso de los llamados "prosumidores" es decir, usuarios que producen y consumen contenidos digitales, que no encajan con exactitud ni en el concepto de consumidor ni en el concepto de empresario.

Sobre la definición de consumidor, el cdo.16 de la DCSD permitía a los EEMM extender su ámbito de protección a personas jurídicas como organizaciones no gubernamentales, empresas emergentes y pymes[14].

Es cierto que la definición de consumidor que incluye la DCSD es más estricta que la que figura en el art. 3.1, par. 2, del TRLGDCU que incluye como consumidores "las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial". No obstante, este precepto no prevé la posibilidad de que puedan ser consumidores personas o entidades que contraten el suministro de contenidos

títulos que conforman el Libro II se aplicará también a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales en los que el consumidor facilite datos personales y no solo al título IV del Libro II sobre garantías y conformidad. Véase, Cámara Lapuente, S.: "Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales", *Diario La Ley*, 2021, núm. 9881, p.20.

11 En el mismo sentido véase el art. 2.6 de la DCSD.

12 De acuerdo con la STJUE, de 5 de marzo de 2020, OPR-Finance c. GK, asunto C-679/18, cdo. 19 (ECLI:EU:C:2020:167): "el sistema de protección se basa […] en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad con respecto al profesional, tanto en lo referente a la capacidad de negociación como al nivel de información".

13 Espín Alba, I: "Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva 2019/770/UE: datos, consumidores y "prosumidores" en el mercado único digital", *Revista de Derecho Privado*, 2020, núm. 6, p. 9.

14 Si bien hay que tener en cuenta que la normativa de protección de datos únicamente protege a las personas físicas.

y servicios digitales para ámbitos propios de su actividad comercial o empresarial. Esta omisión es objetable ya que las normas de protección de los consumidores están igualmente justificadas si se dirigen a proteger a pequeñas y medianas empresas cuando contratan con grandes compañías frente a las que no tienen ningún poder de negociación[15].

Asimismo, el cdo. 17 de la DCSD dejaba en manos de los legisladores nacionales calificar como consumidores a quienes celebran contratos con doble objeto o doble finalidad cuando el objeto comercial del contrato es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato[16]. Esta aproximación difiere de la adoptada por la Directiva 2011/83/UE y la Directiva 2014/17/UE que prevén que debe considerarse consumidor toda persona que celebra un contrato en estas circunstancias[17].

Como la norma de transposición española también guarda silencio sobre esta cuestión, queda en manos de los órganos jurisdiccionales determinar, por ejemplo, si es consumidor una persona que celebra un contrato con una plataforma digital que ofrece servicios de mensajería instantánea para efectuar comunicaciones tanto personales como profesionales[18].

Por último, de acuerdo con el art. 4 del TRLGDCU se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión[19].

15 Sánchez Lería, R.: "El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Editorial Aranzadi, 2018, núm. 45, p. 3.

16 Sobre el concepto de consumidor en los contratos de doble objeto véase, por ejemplo, la STJUE de 20 enero 2005, Johann Gruber c. Bay Wa AG, asunto C-464/01, cdo. 39 (ECLI:EU:C:2005:32) y la STJUE de 14 de febrero de 2019, Anica Milivojević c. Raiffeisenank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen, asunto C-630/17, cdo. 91 (ECLI:EU:C:2019:123). Además, la Sala Civil del Tribunal Supremo ha sostenido al respecto que: "cuando no resulte acreditado claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, en atención a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de la prueba" (STS 224/2017, de 5 de abril de 2017, FJ. 4).

17 Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (cdo. 17) y Directiva 2014/17/UE, 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) no 1093/2010 (cdo. 12).

18 De acuerdo con la STJUE de 25 de enero de 2018, Maximilian Schrems c. Facebook Ireland Limited, asunto C-498/16, cdos. 37-39 (ECLI:EU:C:2018:37), para otorgar a una persona la condición de consumidor "procede tener en cuenta sobre todo, en el caso de los servicios de una red social digital que van a ser utilizados durante un largo período de tiempo, la evolución posterior del uso que se hace de dichos servicios. Esta interpretación implica, en particular, que un demandante usuario de tales servicios solo podría invocar la condición de consumidor si el uso esencialmente no profesional de tales servicios para el cual celebró inicialmente un contrato no ha adquirido con posterioridad un carácter esencialmente profesional".

19 En el mismo sentido véase el art. 2.5 de la DCSD.

El cdo. 18 de la DCSD establece que los prestadores de plataformas digitales pueden ser empresarios si actúan con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de parte contractual directa del consumidor, mientras que deja abierta la posibilidad de que los EEMM amplíen el ámbito de aplicación para incluir a las plataformas digitales que no cumplan estos requisitos, es decir, cuando actúen como intermediarios.

De acuerdo con el TJUE, el criterio conforme el cual una plataforma puede ser, además de intermediario, proveedor de un servicio subyacente, es que genere una nueva oferta de servicios y tenga una influencia decisiva en la organización y las condiciones de las prestaciones[20]. Tampoco en este caso el legislador español ha dado el paso de regular expresamente estas situaciones que, sin embargo, son frecuentes en la práctica y ya han dado lugar a resoluciones contradictorias por parte de la jurisprudencia española[21].

2. Contenidos y servicios digitales

El ámbito de aplicación objetivo de la DCSD abarca los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, aunque deja en manos de los derechos nacionales la determinación de su naturaleza jurídica. Por su parte, el legislador español no ha incorporado una definición de contrato de suministro de contenido y servicios digitales, y se ha limitado a determinar en el art. 59 bis del TRLGDCU el concepto de contenido y servicio digital[22].

El concepto de contenido digital ya se encontraba en el art. 59 bis del TRLGDCU[23], por lo que la norma de transposición solo incluye una definición de servicio digital. Esta definición se estructura en dos amplías categorías, la primera hace referencia a servicios que permiten al consumidor o usuario "crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital" y la segunda se refiere a servicios que permiten "compartir datos en formato digital cargados o creados por el

20 Véase la STJUE de 3 de diciembre de 2020, Star Taxi App SRL c. Unitatea Administrativ Teritorială Municipiul Bucureşti prin Primar General y otros, asunto C-62/19, cdos. 50-54 (ECLI:EU:C:2020:980) o la STJUE de 20 de diciembre de 2017, Asociación Profesional Élite Taxi c. Uber Systems Spain, S.L., asunto C-434/15, cdos. 37-40 (ECLI:EU:C:2017:981).

21 Nótese el contraste entre la Sentencia núm. 751/2018, de 5 octubre, de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, y la posterior Sentencia núm 1818/2020, de 30 diciembre, de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Supremo.

22 Si bien es cierto que en el art. 59 bis, apartado 1 g) del TRLGDCU aparece una definición de contrato de servicios que incluye los servicios de carácter digital: "todo contrato, con excepción del contrato de venta o compraventa, celebrado en el ámbito de una relación de consumo, en virtud del cual el empresario presta o se compromete a prestar un servicio al consumidor o usuario, incluido aquel de carácter digital".

23 Este concepto se incorpora mediante la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. En concreto, según el art. 59.1 bis d) son contenidos digitales "los datos producidos y suministrados en formato digital", como los programas informáticos, las aplicaciones, los archivos de vídeo, audio o música y los libros electrónicos.

consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos".

Como ejemplos de servicios digitales encontramos los servicios prestados por las plataformas de intercambio de contenidos multimedia que permiten a los usuarios la publicación en línea de imágenes (p.ej. Pinterest), vídeos (p.ej. Youtube) o texto (p.ej. Wordpress); las redes sociales (p.ej. Facebook), los servicios de mensajería instantánea (p.ej. WhatsApp), los servicios de almacenamiento en la nube (p.ej. Dropbox), los servicios de vídeo a la carta (p.ej. Netflix), los servicios de *live streaming* (p.ej. Twitch), los videojuegos que se ofrezcan en el entorno de computación en la nube (p.ej. Among Us) e incluso el software como servicio. Quedan expresamente excluidos, entre otros[24], los servicios de acceso a Internet.

La forma en la que estos servicios se suministran resulta indiferente, por lo que cabe incluir la transmisión en soporte material, la descarga por los consumidores en sus dispositivos, la transmisión a través de la web, el permiso para acceder a capacidades de almacenamiento de contenidos digitales o el acceso al uso de redes sociales[25]. Sin embargo, la forma de la prestación determina las posibilidades del empresario de tratar más o menos datos personales.

3. Datos personales y otros datos

Las normas que introduce la DCSD en el TRLGDCU se aplican cuando el consumidor o usuario facilita o se compromete a facilitar datos personales al empresario. Por dato personal debe entenderse toda información sobre una persona física identificada o identificable, considerándose así toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona[26].

No obstante, hay dos supuestos expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la DCSD (art. 3.1 DCSD y 59.4 TRLGDCU). En primer lugar, quedan excluidas las situaciones en las cuales los datos personales facilitados por el consumidor sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales. Se podría pensar en aquellos casos en los que un consumidor permite el acceso a sus datos de localización para poder usar Google Maps o cuando proporciona su número de teléfono para utilizar

24 El listado completo de supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la DCSD se encuentra en el art. 3.5 y, en España, en el art. 114.2 del TRLGDCU.

25 Cdo. 19 de la DCSD.

26 Art. 59.1.h) del TRLGDCU. Véase. también el art. 4.1 del RGPD.

Telegram o WhatsApp[27]. Como se requiere que la obtención de los datos sea con el único fin de cumplir adecuadamente con el contrato, si el empresario los utiliza para otros propósitos, como para enviar publicidad o realizar perfiles sobre las preferencias de navegación de los usuarios, entonces no será de aplicación esta exclusión.

En segundo lugar, también quedan excluidas las situaciones en las cuales los datos personales facilitados por el consumidor sirvan para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que esté sujeto, siempre que el empresario no trate esos datos para ningún otro fin. Como indica el cdo. 25 de la DCSD, estas situaciones pueden incluir los casos en los que el registro del consumidor es necesario en virtud de la legislación aplicable por motivos de seguridad e identificación.

En todo caso, ambas exclusiones estarían justificadas porque el empresario no obtiene ningún beneficio económico derivado del tratamiento de los datos personales de los consumidores. Quedaría por responder la pregunta de qué ocurre cuando el consumidor cede al empresario datos no son personales.

Tal y como se ha indicado anteriormente, el art. 3.1, par. 2, de la DCSD hace referencia únicamente a los datos personales, a diferencia la propuesta de DCSD elaborada por la Comisión Europea que incluía en su ámbito de aplicación los contratos a cambio de una "contraprestación no dineraria en forma de datos personales u otro tipo de datos"[28]. En cambio, el art. 16 de la DCSD, sí distingue entre las obligaciones del empresario en caso de resolución respecto a los datos personales de los consumidores y respecto a otros contenidos que no sean datos personales (ver epígrafe IV.3).

La respuesta la proporciona el cdo. 25 de la DCSD donde figuran excluidas del ámbito de aplicación de la norma las situaciones en las que un consumidor, sin haber celebrado un contrato con el empresario, se expone a recibir publicidad con el fin exclusivo de obtener acceso a contenidos o servicios digitales[29] y las situaciones en las que el empresario recaba metadatos –como la información sobre el dispositivo del consumidor o el historial de navegación–, salvo si esta situación se considera un contrato con arreglo al Derecho nacional.

27 En las condiciones de uso de WhatsApp se afirma que: "requerimos información determinada para proporcionar nuestros servicios y si no la recopilamos, no podremos proveerlos. Por ejemplo, debes proporcionar tu número de teléfono móvil para crear una cuenta con el fin de usar nuestros servicios". Véase: https://www.whatsapp.com/legal/privacy-policy-eea (última consulta 23.11.2021).

28 Art. 3 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales, COM (2015) 634 final.

29 De acuerdo con la Prof. Sánchez Lería, el deber de tolerar la publicidad constituye un gravamen claramente inferior respecto a la prestación que proporciona el prestador del contenido o servicio digital ya que el consumidor se limita a tolerar la misma, sin asumir ningún sacrificio patrimonial. Véase, Sánchez Lería, R.: "El contrato", cit., p. 14.

Aunque el silencio del RDL 7/2021 en este punto no permite entender incluidas las dos situaciones expuestas en los nuevos artículos del TRLGDCU, tampoco cabe entenderlas como necesariamente excluidas si a la luz de las reglas del Código Civil puede entenderse que en el ordenamiento español merecen tal calificación contractual[30].

III. LA INFRACCIÓN DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS COMO FALTA DE CONFORMIDAD

Uno de los objetivos de la DCSD es el establecimiento de normas comunes sobre los requisitos de conformidad de los contenidos y servicios digitales con el contrato de suministro. A tales efectos, el art. 7 recoge los requisitos subjetivos para la conformidad y el art. 8 los requisitos objetivos (arts. 115 bis y 115 ter del TRLGDCU). Excede del objeto de este trabajo analizar los supuestos concretos que regulan estos artículos, por lo que me centraré únicamente en la relación entre las infracciones de la normativa de protección de datos personales y los requisitos de la conformidad.

Durante el proceso legislativo, una parte del Parlamento Europeo defendió que toda infracción del RGPD debía constituir una falta de conformidad en el sentido de la DCSD aunque finalmente esta idea no prosperó[31]. La norma de transposición española no ha previsto nada sobre este aspecto, ni tan siquiera se hace alusión en la exposición de motivos.

Es el cdo. 48 de la DCSD el que prevé que los hechos que den lugar a un incumplimiento de la normativa de protección de datos –como la infracción del principio de minimización de datos o el principio de integridad y confidencialidad– pueden considerarse, dependiendo de las circunstancias del caso, una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con los requisitos subjetivos u objetivos establecidos en la DCSD.

De esta manera, se garantiza al consumidor que en caso de infracción de la normativa de protección de datos pueda optar también a las medidas correctoras que regula la DCSD, es decir, la puesta en conformidad, la reducción del precio o la resolución del contrato y, si produce, la indemnización de daños y perjuicios.

En cuanto al incumplimiento de los requisitos subjetivos de conformidad se podría pensar en aquellas situaciones en las que un empresario asume expresamente una obligación en el contrato, o el contrato pueda interpretarse de

30 Cámara Lapuente, S.: "Un primer balance", cit., p.23.

31 Staudenmayer D.: "Art. 8" en Schulze, R., Staudenmayer D. (ed.): *EU Digital Law. Article-by-article commentary*, Nomos, Baden-Baden, 2020, p.137.

esa manera, que esté relacionada con las obligaciones del empresario en virtud de la normativa de protección de datos.

Sobre el incumplimiento de los requisitos objetivos del contrato, una infracción de la normativa de protección de datos personales puede provocar que los contenidos o servicios digitales no sean aptos para los fines a los que normalmente se destinan contenidos o servicios digitales del mismo tipo (art. 8, apartado 1 a), de la DCSD y art. 115 ter, apartado 1 a), del TRLGDCU). Por ejemplo, un empresario que suministra un software de cifrado de datos que no cumple con las medidas exigidas por el RGPD para garantizar que los datos personales no se revelen a destinatarios no autorizados, incumple el requisito de que el producto sea apto para la finalidad prevista, que en este caso sería la transmisión segura de datos por parte del consumidor a su destinatario previsto.

A su vez, también pueden darse casos en los que un incumplimiento de la normativa de protección de datos implique que el contenido o servicio digital no posea las características que son las normales para los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor puede razonablemente esperar (art. 8, apartado 1 b), de la DCSD y en el art. 115 ter, apartado 1 d), del TRLGDCU). Por ejemplo, si el empresario de una aplicación que permite hacer pedidos en línea no adopta las medidas previstas en el RGPD para la seguridad del tratamiento de los datos personales del consumidor y, como consecuencia de ello, los datos de la tarjeta de crédito del consumidor quedan expuestos a programas maliciosos.

IV. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES

1. La resolución contractual por parte del consumidor

La DCSD solo prevé obligaciones del empresario (art. 16) y obligaciones del consumidor (art. 17) por resoluciones del contrato fundamentadas en tres motivos: falta de suministro (art. 13), falta de conformidad (arts. 14-18) y modificación de los contenidos o servicios digitales (art. 19).

En caso de incumplimiento del suministro, el art. 66 bis del TRLGDCU prevé que el consumidor tiene derecho a resolver el contrato si, tras solicitar al empresario que suministre los contenidos o servicios digitales, éste no los suministra sin demora indebida o en un período de tiempo adicional según acuerdo expreso de las partes. También tendrá derecho a resolver el contrato si el empresario ha declarado, o así se desprende de las circunstancias, que no llevará a cabo el suministro o cuando se haya acordado que para el consumidor es esencial

que el suministro se produzca en un momento determinado y el empresario no suministre los contenidos o servicios digitales en ese momento.

En los casos de falta de conformidad, de acuerdo con el art. 119 del TRLGDCU, la resolución del contrato procederá en cualquiera de los siguientes supuestos:

a) cuando la medida correctora consistente en poner los contenidos o servicios digitales en conformidad resulta imposible o desproporcionada,

b) cuando el empresario no haya puesto los contenidos o servicios digitales en conformidad,

c) cuando aparezca cualquier falta de conformidad después del intento del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad,

d) cuando la falta de conformidad es de tal gravedad que se justifica la resolución del contrato, y

e) cuando el empresario haya declarado, o así se desprenda claramente de las circunstancias, que no pondrá los contenidos o servicios digitales en conformidad en un plazo razonable o sin inconvenientes significativos para el consumidor.

Añade el art. 14.6 de la DCSD que cuando los contenidos o servicios digitales se suministren a cambio de un precio, el consumidor tiene derecho a resolver el contrato solo si la falta de conformidad no es leve. En cambio, cuando el consumidor o usuario haya facilitado datos personales como contraprestación, la resolución procederá también en los supuestos en los que la falta de conformidad sea leve (art. 119.2 ter del TRLGDCU) ya que en estos casos el consumidor no dispone del remedio de la reducción del precio.

Por último, de acuerdo con el art. 126 bis del TRLGDCU, también cabe la resolución del contrato cuando la modificación de los contenidos o servicios digitales afecte negativamente a su acceso o a su uso, salvo si dicho efecto negativo es mínimo o salvo si el empresario da al consumidor la posibilidad de mantener, sin costes adicionales, los contenidos o servicios digitales sin la modificación, y los contenidos o servicios digitales siguen siendo conformes.

Para el ejercicio del derecho de resolución bastará con que el consumidor declare al empresario su voluntad de resolver el contrato[32], sin que la DCSD defina qué requisitos debe cumplir esta declaración. Respecto la forma de la declaración, esta podrá ser oral, por ejemplo, mediante una llamada a atención al cliente, o escrita, por ejemplo, mediante un correo electrónico.

32 Art. 15 de la DCSD y art. 119.1 ter del TRLGDCU.

Sobre el contenido de la declaración, la DCSD solamente indica que debe constar el deseo del consumidor de resolver el contrato. No obstante, considero que hay una serie de información mínima que sí debería contener la declaración como la identidad del consumidor (su nombre completo o número de identificación), o cualquier otro tipo de información que permita al empresario poder localizar con facilidad el contrato que se desea resolver.

Finalmente, sobre el plazo para el ejercicio del derecho de resolución por parte del consumidor, de acuerdo con el art. 126.2 bis del TRLGDCU, si la causa de la resolución del contrato es la modificación del contrato el ejercicio de este derecho está limitado al plazo de 30 días naturales a partir de la recepción de la información o a partir del momento en que el empresario modifique los contenidos o servicios digitales, si esto ocurriera de forma posterior. En cambio, cuando la causa es la falta de suministro o la falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales no hay límite de tiempo para el ejercicio del derecho de resolución.

2. La resolución contractual por parte del empresario

En los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales la base habitual de licitud del tratamiento de datos es el consentimiento del consumidor[33]. En este sentido, el RGDP establece que el consentimiento puede ser revocado en cualquier momento[34]. La pregunta sería cuáles son las consecuencias contractuales de la revocación del consentimiento por parte del consumidor en tanto que el suministro de los datos personales es uno de los elementos esenciales del contrato sinalagmático.

A este respecto, el cdo. 40 de la DCSD determina que es competencia del derecho nacional regular las consecuencias en caso de que el consumidor retire el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales.

Si la revocación del consentimiento se produce dentro de los 14 días desde la celebración del contrato puede equiparase al ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor, siempre que se cumplan con los requisitos establecidos en el art. 9 y ss. de la Directiva 2011/83. Fuera de estos supuestos, los ordenamientos jurídicos nacionales pueden optar básicamente por establecer dos consecuencias: substituir la cesión de datos personales por otro tipo de obligación

33 Art. 6.1 a) del RGPD.

34 De acuerdo con el art. 7.3 del RGPD: "El interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento. La retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada. Antes de dar su consentimiento, el interesado será informado de ello. Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo". El propio cdo. 39 de la DCSD reconoce que "el derecho del consumidor a retirar su consentimiento para el tratamiento de datos personales debe aplicarse plenamente también en relación con los contratos regulados por la presente Directiva".

a cargo del consumidor, como una obligación de pago, o bien permitir que el empresario pueda resolver el contrato[35].

La primera solución resulta contraria al art. 7.3 del RGPD ya que supondría una restricción al derecho a revocar libremente el consentimiento al tratamiento de los datos personales[36], por lo que sería preferible facultar al empresario a poder resolver el contrato.

Sobre esta última solución, Aguilera Ruiz opina que la consecuencia de la revocación del consentimiento es causa de resolución del contrato por incumplimiento sobrevenido de las obligaciones que incumben a una de las partes[37], mientras que Cámara Lapuente sostiene que más que una auténtica resolución puede pensarse en un derecho del empresario a desistir lícita y unilateralmente del contrato ante unas nuevas circunstancias que pueden hacer económicamente contraproducente para él el mantenimiento del contrato[38].

Hasta la fecha, los EEMM que han transpuesto la DCSD han optado por permitir al empresario resolver el contrato cuando el consumidor revoca el consentimiento al tratamiento de sus datos personales. En concreto, el legislador español ha reconocido el derecho del empresario a resolver el contrato en el art. 119.7 ter del TRLGDCU[39], y ha destacado que la revocación del consentimiento no puede suponer en ningún caso el pago de penalización por parte del consumidor, pues en ese caso se estaría incumpliendo el art. 7.3 del RGPD[40].

3. Obligaciones y derechos de las partes

La DCSD regula en los arts. 16-18 una serie de obligaciones de restitución tras la resolución del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales.

35 Schmidt-Kessel: "Right to withdraw consent to data processing –the effect on the contract" en Schulze, R., Staudenmayer D. y Lohsse, S. (dirs.): *Data as Counter-Performance: Contract Law 2.0? Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V*, Nomos, Baden-Baden, 2020, p.143.

36 Recuerda el cdo. 42 del RGPD que "el consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno".

37 Aguilera Ruiz, L.: "La revocación del consentimiento al tratamiento como incumplimiento esencial en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales regulado en la Directiva (UE) 2019/770" en Alonso Pérez, M.T. y Hernández Sainz, E. (dir.): *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, Aranzadi Thomson Reuters, 2020, p.126.

38 Cámara Lapuente, S.: "Un primer balance", cit., p.22.

39 En sentido similar, véase el art. § 327q (2) y (3) de la norma de transposición alemana (*Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie* über *bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen*).

40 De acuerdo con el art. 119.7 ter del TRLGDCU: "el ejercicio por el consumidor o usuario de su derecho a retirar su consentimiento u oponerse al tratamiento de datos personales permitirá que el empresario resuelva el contrato siempre y cuando el suministro de los contenidos o servicios digitales sea continuo o consista en una serie de actos individuales y se encuentre pendiente de ejecutar en todo o en parte. En ningún caso el ejercicio de estos derechos por el consumidor supondrá el pago de penalización alguna a su cargo".

Por lo tanto, para que apliquen estas obligaciones es condición necesaria la previa resolución del contrato ya sea a instancia del consumidor o del empresario.

La norma incluye escasos derechos para el empresario u obligaciones para el consumidor, únicamente el deber de este último de abstenerse de utilizar los contenidos o servicios digitales y de ponerlos a disposición de terceros una vez finalizado el contrato, o el deber de devolución del soporte material, si procede, en el caso de los contenidos digitales (art. 17 DCSD y art. 119.6 ter del TRLGDCU).

Resultan relevantes las consecuencias que establece la DCSD sobre el destino de los datos en caso de resolución contractual, especialmente respecto a aquellos datos que no tienen la consideración de datos personales.

En cuanto a los datos personales, la DCSD se remite a la normativa sobre protección de datos. Así, tanto el art. 16.2 de la DCSD como el art. 119 ter, apartado 5 b) del TRLGDCU afirman que el empresario debe cumplir con las obligaciones aplicables con arreglo al RGPD y a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. En este sentido, el consumidor tiene derecho, entre otros, a la supresión de sus datos personales por parte del responsable de tratamiento (art. 17 RGPD/ art. 15 LOPDGDD) y a su portabilidad (art. 20 RGPD/ art. 17 LOPDGDD) no solo cuando se resuelva el contrato sino también durante su vigencia.

Sobre las consecuencias de la resolución del contrato para los datos no personales, la DCSD recoge en el art. 16.3 el deber del empresario de abstenerse de utilizar los contenidos generados por sus usuarios (en inglés se utiliza la expresión "user-generated content" o UGC), y en el art. 16.4 el deber del empresario de poner a disposición de los consumidores todos sus contenidos. En este sentido, podría afirmarse que la DCSD consagra unos derechos de impedir el uso y de recuperación suavizados respecto el derecho de supresión y el derecho de portabilidad del RGPD[41].

Estos dos deberes se encuentran también en el nuevo art. 119 ter del TRLGDCU, apartado 5 c), d) y e) donde se reproduce el tenor literal de los preceptos de la DCSD, pero con un importante error ya que para enumerar las excepciones a los deberes del empresario respecto al consumidor la norma se remite a un supuesto art. 107.5 que no existe en el TRLGDCU[42].

41 Cámara Lapuente, S.: "Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, vol. 12, núm. 1, p.845.

42 Previsiblemente esta remisión errónea se corregirá cuando se transponga la Directiva 2019/2161, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión.

Si pasamos a analizar cada uno de estos deberes, el art. 16.3 de la DCSD recoge que: "el empresario se abstendrá de utilizar cualquier contenido distinto de los datos personales, que el consumidor hubiese facilitado o creado al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario". La obligación principal del empresario en este caso consiste en no utilizar los contenidos generados por los usuarios, sin estar obligado a eliminar dichos contenidos, como sí ocurre con el art. 17 RGPD. No está claro qué implicaciones tiene esta obligación, aunque el verbo utilizar permite pensar que requiere algún tipo de acción por parte del empresario que va más allá del mero alojamiento de los contenidos o de su puesta a disposición del público.

En segundo lugar, el art. 16.4 de la DCSD prevé que: "el empresario pondrá a disposición del consumidor, previa petición de este último, contenidos, que no sean datos personales, que el consumidor haya facilitado o creado al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario. El consumidor tendrá derecho a recuperar dichos contenidos digitales sin cargo alguno y sin impedimentos por parte del empresario, en un plazo razonable y en un formato utilizado habitualmente y legible electrónicamente".

El fundamento de esta obligación es evitar que el consumidor pueda verse disuadido de exigir medidas correctoras por falta de conformidad si ello implica privarle de acceso a los contenidos que no sean los datos personales que el consumidor haya facilitado o creado mediante el uso de los contenidos o servicios digitales (cdo. 70 de la DCSD). Ello facilita la competencia entre plataformas ya que se reduce el efecto "lock-in".

En cuanto al plazo para atender la petición del usuario de recuperación de los datos se entiende que deberá efectuarse en un periodo de tiempo razonable, sin mayores especificaciones. A falta de concreción será tarea de los órganos jurisdiccionales determinar qué debe entenderse por plazo razonable.

En cuanto al formato de los contenidos la norma exige que sea común y legible electrónicamente. Por lo tanto, si se trata de contenidos subidos directamente por el consumidor se tendrían que poder recuperar en el mismo formato. En los demás casos, considero que se deberían utilizar formatos generalmente aceptados, como el formato JPEG para las imágenes, con el fin de garantizar que el consumidor pueda recuperar sus datos.

Finalmente, se prevén una serie de excepciones que condicionan el deber del empresario de abstenerse de utilizar los datos no personales de los consumidores y de suministrar los datos al consumidor tras la resolución. En particular, las excepciones que prevé tanto la DCSD y el TRLGDCU son las siguientes:

En primer lugar, que los datos "no tengan ninguna utilidad fuera del contexto de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario". Podría pensarse en los videojuegos en línea que permiten a los usuarios diseñar avatares o distintos escenarios. Aunque estos contenidos pueden no tener utilidad fuera del juego, bien es cierto que el empresario podría seguir obteniendo valor de esos datos una vez finalizado el contrato, por ejemplo, permitiendo compartir los diseños realizados por los consumidores con otros usuarios a cambio de un precio[43].

La segunda excepción hace referencia a que los datos estén "exclusivamente relacionados con la actividad del consumidor durante el uso de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario". Básicamente el precepto se refiere a la información cuantitativa que es recolectada u observada por el empresario durante el suministro, como cuántas veces se visualiza un vídeo o se accede a una página web. Sin embargo, el consumidor puede tener interés en conocer cuál es su historial de navegación o cuánto tiempo ha invertido en usar determinadas aplicaciones.

La tercera excepción aplica cuando "los datos hayan sido agregados con otros datos por el empresario y no puedan desagregarse o solo puedan desagregarse realizando esfuerzos desproporcionados". Dichos datos pueden haber sido agregados posteriormente en conjunto de datos más amplios y una vez que estos datos se han combinado con otros, puede que no sea posible eliminar los datos específicos proporcionados por un consumidor concreto o que solo sea posible con un esfuerzo considerable[44].

Finalmente, la cuarta excepción únicamente se aplica al deber del empresario de abstenerse de utilizar los datos no personales de los consumidores cuando "los datos hayan sido generados conjuntamente por el consumidor y otras personas, y otros consumidores puedan continuar haciendo uso del contenido". Por lo tanto, la DCSD no pone ningún impedimento a recuperar los contenidos generados conjuntamente por el consumidor y otras personas, incluso aunque éstas sigan haciendo uso del contenido, pues presume que todos los coautores pueden solicitar esa portabilidad, pero ninguno podrá solicitar al empresario que impida su acceso en tanto que haya consumidores que puedan seguir usándolos.

43 Twigg-Flesner, C.: "Art. 16" en Schulze, R., Staudenmayer D. (ed.): *EU Digital Law. Article-by-article commentary*, Nomos, Baden-Baden, 2020, p.289.

44 Por ejemplo, en las condiciones de privacidad de Twitter se establece que: "compartimos o revelamos datos no personales, como es la información agregada que incluye el número total de veces que las personas interactuaron con un Tweet, datos demográficos, el número de personas que hicieron clic en un enlace en particular o que votaron en una encuesta en un Tweet, los temas sobre los que las personas están Twitteando en una ubicación en particular, algunos intereses inferidos, o informes para los anunciantes acerca de cuántos usuarios vieron o hicieron clic en sus anuncios". Véase, https://twitter.com/es/privacy (última consulta 23/11/2021).

De acuerdo con la DCSD, estas cuatro excepciones buscan lograr un equilibrio entre los intereses del consumidor y del empresario. Cuestión distinta es si se consigue alcanzar este equilibrio, pues parece que al menos las dos primeras excepciones priman los intereses del empresario por encima del control del consumidor sobre sus datos.

En particular, el cdo. 71 de la DCSD justifica las 3 excepciones al deber del empresario de poner los contenidos a disposición de los consumidores con el argumento de que en esos casos los contenidos "no tienen ninguna utilidad ni interés práctico relevantes para el consumidor". Esta asunción por parte de la DCSD es más que cuestionable ya que el consumidor sí puede tener interés, aunque sea meramente sentimental, en recuperar los contenidos generados a lo largo del tiempo y, en ocasiones, invirtiendo también cantidades de dinero.

En mi opinión, el derecho a recuperar los contenidos generados por los usuarios solo debería excluirse cuando no sea posible ponerlos a disposición del consumidor sin un esfuerzo desproporcionado e irrazonable por parte del empresario, para lo que deberá tenerse en cuenta cuál es el estado de la técnica en el momento de ejercitar ese derecho. En los demás casos, el consumidor debería tener derecho a recuperar todos sus contenidos con independencia de cuáles sean los motivos que le llevan a ejercitar este derecho, con el límite de la buena fe y el abuso del derecho.

4. La indemnización de daños y perjuicios

Son muchos los aspectos que la DCSD deja en manos de los EEMM, como las normas sobre la celebración, la validez, la nulidad o los efectos de los contratos, incluidas las consecuencias de la terminación de un contrato en tanto en cuanto no estén reguladas en la DCSD, o el derecho a indemnización por daños y perjuicios (art. 3.10). Me centraré en este último.

La propuesta de Directiva de la Comisión Europea incluía en su art. 14 una regulación expresa del remedio indemnizatorio debido bien a una falta de conformidad con el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales o bien a un incumplimiento en el suministro de éstos[45]. El contenido de este artículo suscitó algunas dudas porque solo incluía un tipo de daño indemnizable y un único objeto dañado: el daño económico ocasionado al entorno digital del

45 COM (2015) 634 final. De acuerdo con el artículo 14: "El proveedor será responsable ante el consumidor por cualquier daño económico ocasionado al entorno digital del consumidor debido a una falta de conformidad con el contrato de los contenidos digitales o a un incumplimiento en el suministro de los mismos. La indemnización por daños y perjuicios pondrá al consumidor en una posición lo más similar posible a aquella en la que se encontraría si los contenidos digitales se hubieran suministrado debidamente y hubieran estado de conformidad con el contrato. Los Estados Miembros establecerán las condiciones detalladas para el ejercicio del derecho a reclamar daños y perjuicios".

consumidor y, además, porque dejaba en manos de los EEMM el establecimiento de las "condiciones detalladas para el ejercicio del derecho", lo que parecía dar a entender que solo en las circunstancias descritas por este artículo cabía interponer una acción de daños y perjuicios[46].

El texto final de la DCSD renuncia a armonizar el régimen de la indemnización por daños y perjuicios porque este derecho ya existe en todos los EEMM, aunque sí incluye en el cdo. 73 algunas de las cuestiones introducidas en la propuesta de Directiva. En particular este considerando establece que: "el consumidor debe tener derecho a reclamar una indemnización en concepto de perjuicios debidos a una falta de conformidad o a un incumplimiento en el suministro de contenidos o servicios digitales". Y añade que: "la indemnización debe situar al consumidor en una posición lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si los contenidos o servicios digitales se hubieran suministrado debidamente y hubieran estado en conformidad", lo que se conoce con el nombre de interés contractual positivo.

Sin embargo, el hecho de que el remedio indemnizatorio exista en todos los EEMM no elimina su necesidad de armonización, en especial si se tiene en cuenta que uno de los objetivos de la DCSD es reducir los costes relacionados con las diferencias en las normas nacionales imperativas de derecho de los contratos con los consumidores y con la inseguridad jurídica cuando las empresas ofrecen contenidos o servicios digitales transfronterizos[47]. No cabe duda de que para un empresario resulta relevante conocer bajo qué circunstancias puede ser responsable por daños y perjuicios cuando suministra contenidos o servicios digitales, si puede excluirse o limitarse su responsabilidad mediante contrato o cómo puede satisfacer un hipotético deber de indemnización[48].

En el art. 177.1 del TRLGDCU se prevé únicamente que "el empresario responderá ante el consumidor o usuario de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien, contenido o servicio digital, pudiendo el consumidor o usuario, mediante una simple declaración, exigir al empresario la subsanación de dicha falta de conformidad, la reducción del precio o la resolución del contrato. En cualquiera de estos supuestos el consumidor o usuario podrá

46 Sobre este último aspecto, véase European Law Institute: "Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers", p. 32.

47 Véase el cdo. 4 de la DCSD.

48 Schulze, R.: "Article 6" en Schulze, R., Staudenmayer D. (ed.): *EU Digital Law. Article-by-article commentary*, Nomos, Baden-Baden, 2020, p.106; Gsell, B.: "Art. 14" en Schulze, R., Staudenmayer D. (ed.): *EU Digital Law. Article-by-article commentary*, Nomos, Baden-Baden, 2020, p.270. Sobre este último aspecto, el cdo. 44 de la propuesta de Directiva de la Comisión Europea destacaba que "los descuentos en el precio de futuros suministros de contenidos digitales, especialmente cuando son ofrecidos por los proveedores como una indemnización exclusiva por daños y perjuicios, no colocan necesariamente al consumidor en una posición lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si los contenidos digitales se hubieran suministrado debidamente y hubieran estado en conformidad con el contrato".

exigir, además, la indemnización de daños y perjuicios, si procede". Mediante una interpretación conforme del texto de la DCSD, el derecho a una indemnización de daños y perjuicios no solo procederá en casos de falta de conformidad sino también en casos de falta de suministro de los contenidos o servicios digitales.

IV. ALGUNAS CUESTIONES PRÁCTICAS

Para acabar, se ofrecerán algunos ejemplos para mostrar cómo regulan determinadas plataformas que ofrecen servicios digitales teóricamente de forma gratuita las cuestiones que se han tratado a lo largo de este trabajo. En particular, se analizarán, por un lado, las condiciones de uso y de privacidad de Facebook, Twitter y TikTok como plataformas de redes sociales y, por otro lado, las condiciones de uso y privacidad de WhatsApp y Telegram como plataformas de mensajería instantánea.

1. Facebook

En primer lugar, en la política de datos de Facebook[49] aparece un apartado titulado "¿cómo puedes ejercer tus derechos en virtud del RGPD?" donde simplemente aparecen enumerados los derechos que tienen los consumidores en base a los arts. 15-20 del RGPD. No obstante, sobre la forma de ejercer estos derechos las cláusulas se remiten a la configuración de Facebook. Dentro de la configuración de Facebook se encuentran funciones como la de "descargar tu información" y "registro de actividad" donde sí se explica paso por paso como ejercer, en este caso, el derecho de portabilidad y el derecho de acceso.

Asimismo, Facebook reconoce que tras la eliminación permanente de una cuenta "la información sobre ti que han compartido otras personas no se eliminará, ya que no forma parte de tu cuenta" y también que "es posible que cierta información (como los mensajes que has enviado a amigos) siga estando visible después de eliminar la cuenta" porque "las copias de los mensajes que has enviado están almacenadas en las bandejas de entrada de tus amigos". Estas cláusulas serían conformes a la excepción prevista en el art. 16.3, apartado d), de la DCSD que establece que el empresario se abstendrá de utilizar cualquier contenido distinto de los datos personales salvo cuando dicho contenido haya sido generado conjuntamente por el consumidor y otras personas, y otros consumidores puedan continuar haciendo uso del contenido.

Finalmente, Facebook también regula qué ocurre con los contenidos generados por los usuarios que no son datos personales. Por un lado, en cumplimiento del

49 La última actualización es de fecha 21 de agosto de 2020.

art. 95 de la LOPDGDD[50] Facebook ofrece la posibilidad de que los usuarios obtengan una copia de todos sus datos antes de eliminar la cuenta. Sin embargo, la cláusula que establece que "cuando eliminas tu cuenta, eliminamos el contenido que has publicado, como tus fotos y actualizaciones de estado, por lo que no podrás recuperar esa información más adelante" es contraria al art. 16.4 de la DCSD y al art. 119.5 ter del TRLGDCU que precisamente ofrecen al consumidor el derecho a recuperar los contenidos digitales que haya subido o creado tras la resolución del contrato.

2. Twitter

En la política de privacidad de Twitter[51], bajo el título "gestionar nuestra información personal sobre usted" se detalla la forma de ejercitar los siguientes derechos: acceso o rectificación de los datos personales, eliminación (supresión), oposición al tratamiento, limitación o retirada del consentimiento y portabilidad.

Sobre el deber de abstención de uso de los datos de los usuarios, Twitter establece que "conservamos los datos de registro durante un máximo de 18 meses", y se añade que "eliminar tu cuenta de Twitter no eliminará tu información de los motores de búsqueda como Google o Bing porque Twitter no controla esos sitios. Cuando desactives tu cuenta de Twitter, las menciones del nombre de usuario de tu cuenta en los Tweets de otras personas seguirán existiendo. Sin embargo, ya no se vinculará a tu perfil, ya que tu perfil ya no estará disponible"[52].

Respecto el derecho de recuperación de datos se proporciona una forma de descargar toda la información que los usuarios han compartido durante el uso de la red social. Sin embargo, se afirma que una vez que se elimina una cuenta "no podrás reactivar tu cuenta anterior y no tendrás acceso a ningún Tweet antiguo. Si quieres descargar tus datos de Twitter, deberás solicitarlo antes de desactivar tu cuenta". Por lo tanto, estas condiciones de Twitter también incumplen con lo estipulado en el art. 16.4 de la DCSD y el art. 119.5 ter del TRLGDCU.

50 De acuerdo con el art. 95 de la LOPDGDD el derecho de portabilidad afecta también a los datos no personales en servicios de redes sociales y servicios equivalentes: "los usuarios de servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes tendrán derecho a recibir y transmitir los contenidos que hubieran facilitado a los prestadores de dichos servicios, así como a que los prestadores los transmitan directamente a otro prestador designado por el usuario, siempre que sea técnicamente posible".

51 La última actualización es de fecha 19 de agosto de 2021.

52 https://help.twitter.com/es/managing-your-account/how-to-deactivate-twitter-account (última consulta 23/11/2021).

3. TikTok

En comparación con Facebook y Twitter, las cláusulas relativas a los derechos de los usurarios que se incluyen en la política de privacidad de TikTok[53] son mucho más oscuras. En el apartado "sus derechos" se incluyen los siguientes: acceso a los datos, borrar sus datos, modificar o corregir sus datos, portabilidad y objetar al uso de los datos, restringir su uso y retirar su consentimiento. No obstante, no se prevén mecanismos rápidos para el ejercicio de cualquiera de los derechos descritos, únicamente que "para más información sobre cómo hacer estas solicitudes [solicitud de ejercicio de uno o más de los derechos indicados], puede ponerse en contacto con nosotros utilizando los datos de contacto que constan más abajo y nosotros estudiaremos su solicitud de conformidad con la legislación vigente".

Sobre la supresión de los datos personales únicamente se afirma que "usted nos puede pedir que borremos la totalidad o algunos de sus datos personales" aunque se añade que "existen ocasiones en las que tendremos que conservar sus datos durante más tiempo, de conformidad con nuestras obligaciones legales o si es necesario para acciones judiciales". Dentro de las obligaciones legales podría entenderse incluido el cumplimiento del deber del art. 16.4 de la DCSD.

Por último, en cuanto al derecho de portabilidad se establece que "usted nos puede pedir una copia de los datos personales que nos ha facilitado en un formato de lectura mecánica". Nada se dice acerca de la portabilidad de los datos que no sean datos personales.

4. WhatsApp

En la política de privacidad de WhatsApp[54] también aparece un apartado titulado "cómo ejercer tus derechos" donde se enumeran los derechos conforme el RGPD y la forma de ejercerlos.

Sobre qué sucede con la información del usuario cuando elimina su cuenta, WhatsApp afirma que "transcurrirán 90 días desde el inicio del proceso de eliminación para que se elimine tu información de WhatsApp. También es posible que se mantengan copias de tu información después de los 90 días por un tiempo limitado en el almacenamiento de la copia de seguridad que usamos para recuperar datos perdidos en casos de desastres naturales, errores de software o algún otro evento de pérdida de datos". Ciertamente, la DCSD no obliga al

53 https://www.tiktok.com/legal/new-privacy-policy?lang=es (última consulta 23/11/2021). La última actualización es julio de 2020.

54 https://www.whatsapp.com/legal/privacy-policy-eea (última consulta 23/11/2021). La última actualización es de fecha 4 de enero de 2021.

empresario a eliminar los datos no personales del usuario tras la resolución del contrato, únicamente a no utilizarlos. Sin embargo, se echa en falta que entre los motivos que se exponen para conservar los datos tras la resolución del contrato no se incluya el derecho del consumidor a solicitar su portabilidad.

En cuanto al derecho de los consumidores de obtener los contenidos que han ido generando tras la resolución del contrato, las cláusulas generales de WhatsApp establecen que en caso de eliminar la cuenta no se puede solicitar posteriormente una copia de los datos. En concreto se prevé que: "si desinstalas WhatsApp de tu teléfono y no quieres perder los mensajes, asegúrate de hacer una copia de seguridad manual de los chats antes de desinstalar la aplicación", lo cual vuelve a ser contrario al art. 16.4 de la DCSD.

5. Telegram

En la política de privacidad de Telegram[55] aparece un apartado titulado "your rights regarding the personal data you provide to us" (no hay versión oficial en español) donde se sigue la misma dinámica de enumerar los derechos que reconoce el RGPD incluyendo una breve explicación de cada uno. Como ocurre con TikTok, para el ejercicio de estos derechos las cláusulas prevén que el usuario debe ponerse en contacto con el delegado de protección de datos: "if you wish to exercise any of these rights, kindly contact us using the details in section 12 below".

El único derecho que se detalla es el derecho de supresión que prevé que al borrar una cuenta se eliminan todos los mensajes, medios, contactos y cualquier otro dato que se almacene en la nube de Telegram y esta acción no se puede deshacer. Además, por defecto, si un usuario deja de usar Telegram y no se conecta durante al menos 6 meses, la cuenta se elimina. Como ocurre con todas las cláusulas que se han analizado, la eliminación permanente de los datos tras la cancelación de la cuenta de un usuario impide que éstos puedan ejercer su derecho a recuperar sus datos tras la resolución del contrato.

V. CONCLUSIONES

Hoy en día, la mayoría de los servicios de redes sociales, mensajería instantánea o almacenamiento en la nube se ofrecen sin que los usuarios paguen ningún precio gracias a la monetización de sus datos. La Directiva 2019/770 ha sido la primera norma de la UE que ha regulado expresamente la utilización de los datos personales como moneda de cambio para el suministro de contenidos y servicios digitales. A

55 https://telegram.org/privacy?setln=es#9-your-rights-regarding-the-personal-data-you-provide-to-us (última consulta 23/11/2021). La última actualización es de fecha 14 de agosto de 2018.

partir del 1 de enero de 2022, también España contemplará por primera vez en el TRLGDCU estas situaciones.

El legislador europeo por fin ha dado el paso de regular una situación que desde hace años es frecuente en el marco de la economía digital. Un paso en la buena dirección que, sin embargo, no ha sido todo lo ambicioso que podía esperarse pues no se han tenido en cuenta las nuevas formas del consumo –como la figura del prosumidor– en el binomio consumidor-empresario, tampoco se ha contemplado la cuestión del suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos no personales y se han reconocido una serie de derechos para los consumidores respecto a sus contenidos tras la resolución del contrato pero con importantes excepciones que condicionan su ejercicio.

Por otro lado, las condiciones de uso y de privacidad de las plataformas digitales deberán adaptarse para incluir las nuevas obligaciones y derechos que introduce la DCSD. En especial, se deberá reconocer el derecho de los consumidores a recuperar los contenidos que éstos hayan creado o facilitado durante el suministro de los contenidos o servicios digitales tras la resolución del contrato, pues por ahora parece que la única forma de recuperar estos contenidos se encuentra condicionada a que el contrato esté en vigor.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilera Ruiz, L.: "La revocación del consentimiento al tratamiento como incumplimiento esencial en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales regulado en la Directiva (UE) 2019/770" en Alonso Pérez, M.T. y Hernández Sainz, E. (dir.): *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, Aranzadi Thomson Reuters, 2020, pp. 117-128.

Cámara Lapuente, S.: "Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales", *Diario La Ley*, 2021, núm.9881, pp. 1-32.

Cámara Lapuente, S.: "Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, vol. 12, núm. 1, pp. 838-862.

Comisión Europea: *Commission Staff Working Document Impact Assessment. Accompanying the document Proposals for Directives of the European Parliament and of the Council (1) on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and (2) on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods*, SWD (2015) 274 final.

Domínguez Yamasaki, M.I.: "El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario", *Revista de Derecho Privado*, 2020, núm. 4, pp. 93-118.

Espín Alba, I: "Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva 2019/770/UE: datos, consumidores y "prosumidores" en el mercado único digital", *Revista de Derecho Privado*, 2020, núm. 6, pp. 3-34.

Gsell, B.: "Art. 14" en Schulze, R., Staudenmayer D. (ed.): *EU Digital Law. Article-by-article commentary*, Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 241-272.

Metzger, A., Efroni, Z., Mischau, L., Metzger, J.: "Data-Related Aspects of the Digital Content Directive", *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2018, núm. 9, pp. 90-109.

Plana Arnaldo, M.C.: "Economía de los datos y propiedad sobre los datos", *Revista de Educación y Derecho*, 2021, núm. 24, pp. 1-26.

Sánchez Lería, R.: "El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Editorial Aranzadi, 2018, núm. 45, pp. 1-25.

SCHMIDT-KESSEL: "Right to withdraw consent to data processing –the effect on the contract" en SCHULZE, R., STAUDENMAYER D. y LOHSSE, S. (dirs.): *Data as Counter-Performance: Contract Law 2.0? Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V*, Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 129-146.

SCHULZE, R.: "Article 6" en SCHULZE, R., STAUDENMAYER D. (ed.): *EU Digital Law. Article-by-article commentary*, Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 107-118.

STAUDENMAYER D.: "Art. 8" en SCHULZE, R., STAUDENMAYER D. (ed.): *EU Digital Law. Article-by-article commentary*, Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 131-168.

TWIGG-FLESNER, C.: "Art. 16" en SCHULZE, R., STAUDENMAYER D. (ed.): *EU Digital Law. Article-by-article commentary*, Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 278-297

CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN LAS APUESTAS ONLINE

GENERAL TERMS AND CONDITIONS OF THE CONTRACT IN ONLINE BETTING

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1038-1065

Nerea DÍAZ ORTIZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: En el presente trabajo su autor analiza las condiciones generales de la contratación en un ámbito muy concreto que son las apuestas online. Para ello, se procede al estudio de las resoluciones judiciales en las que se han declarado nulas por abusivas determinas cláusulas; a modo de ejemplo se pueden enunciar: aquellas que permiten que sea la casa de apuestas la que decide cuando cerrar o suspender las cuentas de los usuarios; o aquellas que permiten anular la apuesta alegando errores en la determinación de la cuota. A partir de las conclusiones obtenidas, se procede a analizar las condiciones generales de la contratación de dos casas de apuestas como son Sportium y Bet365, con el fin último de poder identificar cláusulas que en un futuro se podrían llegar a considerar nulas por abusivas. Finalmente, se destaca la importante función que puede desarrollar en la práctica el sistema arbitral de consumo.

PALABRAS CLAVE: Apuesta, apuestas deportivas online, condiciones generales de la contratación, cláusulas abusivas, consumidores, Sportium, Bet365, casa de apuestas.

ABSTRACT: *In the present work the author analyzes the general terms and conditions of the contract in the very specific field of online betting. For this purpose, the court rulings, which have been declared null and void because of their abusive nature, would be analyzed; as an example: those clauses that allow the betting houses to decide when to close or suspend the user's accounts; or those clauses that allow the betting houses to void the bet alleging the existence of errors in the determination of the odds. Based on the conclusions obtained, the general terms and conditions of the contract of two bettings houses such as Sportium and Bet365 will be studied, with the purpose of identifying clauses that in the future could be declared null and void because of their abusive nature. Finally, the importan role that the consumer arbitration system can play in practice is highlighted.*

KEY WORDS: *Bet, online sport bets, general terms and conditions of the contract, null and void terms, consumers, Sportium, Bet365, betting houses.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. APROXIMACIÓN NORMATIVA.- 1. Concepto de consumidor.- 2. Control de condiciones generales de la contratación.- III. APROXIMACIÓN JURISPRUDENCIAL.- 1. Cláusula sobre cerrar o suspender el registro de usuario.- A) Hillside Spain New Media P. L. C. ("Bet 365").- B) Betfair International PLC.- 2. Cláusula sobre errores en la cuota.- A) Sportium Apuestas Digital S.A.U ("Sportium").- B) Electraworks Malta, P.L.C ("Bwin").- C) Hillside Spain New Media P.L.C ("Bet 365").- D) Reflexiones sobre las sentencias.- IV. CONDICIONES GENERALES VIGENTES.- 1. Sportium Apuestas Digital S.A.U ("Sportium").- 2. Hillside Spain New Media P. L. C ("Bet 365").- V. SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO.- VI. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN.

El mercado de los juegos de azar ha aumentado considerablemente en los últimos años, de hecho, en el año 2019 ascendió a 747 millones, lo que supuso un aumento de 6,95% respecto al año anterior[1]. Esto es así, en la medida en que la revolución tecnológica y la globalización han originado que cada vez sea mayor el número de actividades que se desarrollan en línea, e, incluso, este proceso de crecimiento se ha visto acelerado por la pandemia de la Covid-19.

Todo ello, ha generado que una de las cuestiones que en la actualidad ha supuesto un mayor debate político es la regulación del juego, ya que hay que tener en cuenta, que es una materia, que presenta un gran interés desde diversas perspectivas. En primer lugar, presenta interés desde el punto de vista administrativo ya que es necesaria la correspondiente autorización administrativa para poder operar que dependiendo del juego de azar le corresponde a la Dirección General de Ordenación del Juego (DGOJ), Consejo de Protectorado o el órgano autonómico competente[2]. También es necesaria una regulación tributaria que impida el fraude en este ámbito. Además, presenta interés mercantil, así se ha de considerar necesaria una regulación adecuada de la publicidad[3].

En el presente trabajo se va a proceder al estudio de esta materia desde otra perspectiva del ámbito mercantil, como son las condiciones generales de la contratación, concretamente en las apuestas online. Por tanto, se considera

1 Datos obtenidos de la memoria de actividad del año 2019 elaborada por la Dirección General de Ordenación del juego. Se puede consultar en https://www.ordenacionjuego.es/es/memorias-informe-anual.

2 En este ámbito es competente la DGOJ si el juego de azar online es de ámbito estatal, y en cambio, será competente el órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma si el juego de azar online es autonómico.

3 Hidalgo Cerezo, A.:"Protección al consumidor e incitación al juego compulsivo en los bonos de bienvenida de las casas de apuestas online", *Revista de internet, derecho y política*, 2018, núm. 26º.

• Nerea Díaz Ortiz
Investigadora predoctoral. Universidad de Cantabria.
Correo electrónico: nerea.diazortiz@unican.es

que resulta fundamental un estudio detallado para así poder conocer cuál es el estado de la cuestión actualmente, y en consecuencia, poder llegar a obtener conclusiones para conseguir aumentar la protección del consumidor en el futuro.

II. APROXIMACIÓN NORMATIVA.

Esta materia se regula tanto por el derecho privado como por el derecho público, y además, la normativa estatal se ve complementada con la normativa autonómica. Para ello, en primer lugar, se ha de enunciar la normativa de derecho público que regula la actividad del juego desde el punto de vista del acceso a la explotación y desarrollo de actividades de juego de ámbito estatal. Se regula por la Ley 13/2011[4]; la cual es desarrollada por el Real Decreto 1613/2011, de 14 de noviembre, en lo relativo a los requisitos técnicos de las actividades de juego, y por el Real Decreto 1614/2011, de 14 de noviembre, en lo relativo a licencias, autorizaciones y registros del juego; y por diversas órdenes ministeriales.

Además, en los artículos 1798-1801 Código Civil (en adelante CC) se regula aunque sea de forma bastante escueta el contrato de juego y de apuesta.

Concretamente se va a hacer referencia a las apuestas deportivas[5] de contrapartida que son aquellas apuestas deportivas en las que el participante apuesta contra el operador de juego, obteniendo derecho a premio en el caso de acertar el pronóstico sobre el que se apuesta, y siendo el premio el resultante de multiplicar el importe de la participación por el coeficiente que el operador hayan validado previamente para el pronóstico realizado (artículo 2.2. de la Orden EHA/3080/2011 por el que se aprueba la reglamentación básicas de las apuestas deportivas de contrapartida)[6]. Son las apuestas características de los partidos de fútbol o de tenis.

En el artículo 31 del Real Decreto 1614/2011 se regula el contrato de juego, y en el apartado primero se establece que tiene naturaleza de contrato de adhesión, y que se formalizará por la aceptación expresa del participante de las cláusulas del mismo. Se está ante la contratación en masa, en la que no hay negociación, y por ello, es una excepción al modelo clásico de la autonomía de la voluntad[7]. En

4 Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego.

5 Se define a las apuestas deportivas en el artículo 2.1 de la Orden como el concurso de pronósticos sobre el resultado de uno o varios eventos deportivos incluidos en los programas previamente establecidos por el operador de juego, o sobre hechos o circunstancias que formen parte o se desarrollen en el marca de tales eventos o competiciones deportivas y que hayan sido previamente establecidos en el correspondiente programa por el operador de juego.

6 También se contemplan los conceptos de "apuesta deportiva" y "apuesta de contrapartida" en el artículo 3 de la ley 13/2011.

7 Previsto en el artículo 1255 CC: "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público".

definitiva, las partes tienen una posición asimétrica, y por ello, una de las partes, la que mayor poder tiene en la relación (denominada predisponente y que en este caso es la casa de apuestas) es la que impone las condiciones a la otra parte (denominada adherente y que en este caso es el cliente o jugador).

Por tanto, para intentar re-equilibrar la relación resulta de aplicación la ley de condiciones generales de la contratación (en adelante LCGC)[8], ya que en su artículo primero define el concepto de condiciones generales como aquellas cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato es impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión, y de cualquier otra circunstancia y habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. Esta definición se puede reducir a tres características que son la predisposición, la imposición y la uniformidad. En este ámbito, es la casa de apuestas la que ha redactado las cláusulas, se las ha impuesto al cliente, y son utilizadas las mismas cláusulas para todos los clientes que tengan la intención de contratar con la empresa. Por tanto, se ha de afirmar que se está ante condiciones generales de la contratación.

1. Concepto de consumidor.

Antes de proceder a enunciar los controles existentes sobre las condiciones generales de la contratación, hay que determinar con carácter previo, si la persona que realiza la apuesta posee el carácter de consumidor, y en el caso de que así sea, resultará de aplicación el texto refundido por el que se regula la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (en adelante TRLGDCU)[9] [10]. Así, en el artículo 3 de la ley citada, se establece que consumidor o usuario es aquella persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Por tanto, se ha de determinar si las personas que realizan apuestas son consumidores al considerarse que actúa con un propósito ajeno a una actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Para responder a esta cuestión se ha de traer a colación la STJUE 10 diciembre 2020[11] [12], que resuelve la cuestión de si se puede calificar como consumidor a

8 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

9 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

10 Aunque el artículo 93. c) TRLGDCU excluye de su ámbito de aplicación a los "contratos de actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, los juegos de casino y las apuestas", esto resulta de aplicación para el Título III sobre contratos celebrados a distancias, pero sí que resulta de aplicación a este tipo de contrato el resto del articulado, y por ello, se podrían declarar abusivas cláusulas contenidas en los mismos. Por tanto, no resulta de aplicación únicamente el Título III.

11 STJUE 10 diciembre 2020 (ECLI:EU:C:2020:1015).

12 Cuartero Rubio, M.V.: "¿Puede el consumidor un profesional (del póker on-line)? A propósito del asunto Personal Exchange International, C-774/19". *Boletín de Novedades CESCO*, 2021.

una persona que se abrió una cuenta de usuario en una página web que ofrece servicios de juego de azar en línea, y que consiguió jugando al póker 227.000 euros entre el 31 de mayo de 2010 y el 10 de mayo de 2011.

Se planteó por los tribunales eslovenos esta cuestión prejudicial para poder determinar si se le puede calificar de consumidor cuando no ha declarado oficialmente tal actividad ni tampoco ha ofrecido esa actividad a terceros como servicio de pago, pero, en cambio, dedica a este juego un gran número de horas al día y obtiene ganancias considerables.

En la sentencia se establece que lo relevante para determinar si una persona es consumidora o no es su posición en relación con un contrato determinado y la naturaleza y la finalidad de éste, y no la situación subjetiva de la persona. Además, no se puede denegar la condición de consumidor de forma automática cuando el importe de las ganancias obtenido en las partidas de póker es elevado, ni tampoco por los conocimientos del jugador, ni por la regularidad de la actividad. De forma que solo se podrá atribuir la condición de consumidor si el uso esencialmente no profesional de tales servicios para el cual se ha celebrado el contrato, no ha adquirido con posterioridad un carácter esencialmente profesional.

Se resuelve la cuestión prejudicial estableciendo que "(…) una persona física domiciliada en un Estado miembro que, por una parte, ha celebrado con una sociedad establecida en otro Estado miembro un contrato para jugar al póker en Internet que contiene condiciones generales determinadas por esta última, y por otra parte, no ha declarado oficialmente tal actividad ni ha ofrecido dicha actividad a terceros como servicio de pago no pierde la condición de "consumidor" a efectos de esta disposición aunque dedique a ese juego un gran número de horas al días, posea amplios conocimientos y obtenga de dicho juego considerables ganancias".

Por tanto, es el órgano jurisdiccional nacional, quien en base a todos los elementos concurrentes, ha de decidir, si es un consumidor o no, y para ello, tendrá que tener en cuenta en su análisis la regularidad de la actividad, pero será un elemento más. Ya que lo fundamental es si actúa al margen y de forma independiente a cualquier actividad profesional, puesto que el ánimo de lucro no excluye la condición de consumidor.

Esta ampliación del concepto de consumidor no se considera adecuada, ya que se está ante una persona que ha obtenido una importante cantidad de dinero y que dedica un gran número de horas al día, y que, por todo ello, se ha convertido en su profesión. Tal y como se conoce, el ánimo de lucro no excluye la condición de consumidor, pero, una cosa es poseer ánimo de lucro, y otra bien distinta es vivir de dicha actividad. Además, que se está ante una persona que dedica 8 o 9 horas al día a obtener ganancias. Por tanto, sus ingresos proceden únicamente de

dicho ámbito, y si no es así, de forma mayoritaria sí, ya que no puede realizar otra actividad económica si dedica tantas horas al día a esta actividad. Se está ante un profesional, no ante un consumidor. Claramente, sigue estando en una posición de debilidad, esto es así, en la medida en que el poder de la casa de apuestas es muy superior, pero, esto también ocurre en la práctica en las relaciones horizontales entre PYMES y grandes empresas.

2. Control de las condiciones generales de la contratación.

De manera esquemática se procede a sintetizar los controles existentes en esta materia[13], en primer lugar se ha de hacer referencia al control formal, de inclusión o de incorporación, que incluye a su vez diversos controles que son el control de información y documentación (artículos 5.1.II y 7 LCGC y 80.1.a) y b) TRLGDCU); el control de aceptación y firma (artículo 5.1.1. y 7 LCGC 80.1.a) y b) TRLGDCU); y el control de comunicación (artículo 5.3 y 7 LCGC 80.1.a) y b) TRLGDCU). De forma específica en la ley sobre contratación electrónica[14] se establece en el artículo 27.4 que con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario.

Junto con este control formal, se prevé el control de contenido[15], así en el artículo 8.1 LCGC se establece que son nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en dicha ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención; y en el apartado segundo del artículo 8 LCGC, se establecen que serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales las definidas en el TRLGDCU. Por tanto, en este control de contenido,

13 Martínez Espín, P.: "El control de las condiciones generales de la contratación: su aplicación al contrato de alquiler de vehículos", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, núm. 6º, pp. 79-97

14 Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

15 No se va a proceder a analizar en profundidad el control de transparencia agravado, ya que las cláusulas que van a ser objeto de análisis no recaen sobre elementos esenciales del contrato de juego, ya que se va a hacer referencia a aquellas cláusulas que permiten a la casa de apuestas de manera unilateral o bien cerrar o suspender el registro de usuarios bien permiten modificar la cuota de la apuesta una vez que el encuentro ha finalizado, todo ello, con la disculpa de la existencia de errores humanos o informáticos.
Todo ello, ya que se ha de entender, que resulta únicamente de aplicación a las estipulaciones esenciales que regulan el precio y la prestación.
Simplemente se ha de decir que la interpretación realizada de la normativa en la STS 9 mayo 2013 (RJ 2013/3088) resulta torticera, ya que directiva es de mínimos, y en su transposición lo que se hizo fue ampliar la protección del consumidor, y por ello, no existe en la práctica ningún problema práctico con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13. Así, en la STJUE 3 junio 2010 (ECLI:EU:C:2010:309) en el apartado 44 se establece que los artículos 4.2 y 4.8 de la Directiva se deben interpretar en el sentido de que "no se oponen a una normativa nacional, (…) que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal o de la adecuación entre, por una parte, precio y retribución, y por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y compresible".

se incluye el control por ilegalidad perjudicial (artículo 8.1 LCGC); y el control de abusividad (artículo 8.2 LCGC).

El control de abusividad se limita a las relaciones con los consumidores (a las relaciones verticales), es la excepción a la regla general de la ley, ya que en el artículo 2 LCGC que establece el ámbito subjetivo se establece que la ley se aplicará a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica -adherente. Por tanto, lo que se exige es que la parte de la relación que impone las cláusulas sea un profesional, pero no se exige que la otra parte de la relación sea un consumidor, salvo para el caso del control de abusividad.

Además, en este caso también resulta de aplicación el artículo 80.1.c) TRLGDCU que establece como requisito de las cláusulas no negociadas individualmente la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

A partir del artículo 82 TRLGDCU se regulan las cláusulas abusivas, las cuales se definen como aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra, de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Y se establece un listado de cláusulas que sí o sí son abusivas, en los artículos 85 a 90, pero no es un numerus clausus, y son aquellas que vinculan el contrato a la voluntad del empresario; limitan los derechos del consumidor y usuario; determinan la falta de reciprocidad en el contrato; imponen al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le imponen indebidamente la carga de la prueba; resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato; o contravenga las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

III. APROXIMACIÓN JURISPRUDENCIAL.

1. Cláusula sobre cerrar o suspender el registro del usuario.

A) Hillside Spain New Media P. L. C. ("Bet 365").

Hay que destacar que es de esta casa de apuestas de la que se encuentran un mayor número de sentencias, y se puede determinar que esto es consecuencia del peso que tiene en el mercado. Un primer grupo de sentencias hacen referencia a la cláusula 4.2 de las condiciones generales:

"2. bet 365 se reserva el derecho a cerrar o suspender el registro de usuario de un cliente en cualquier momento".

También se hace referencia a la cláusula del apartado D.1.1.:

"bet 365 se reserva el derecho de denegar total o parcialmente, cualquier apuesta realizada a su entera disposición. Todas las apuestas realizadas son a entera disposición y riesgo del cliente".

Aunque el artículo 33.2 del RD 1614/2011[16] prevé que el operador puede suspender cautelarmente[17] al participante que haya tenido un comportamiento colusorio o fraudulento o que haya permitido la utilización de su registro de usuario por terceros hasta que se demuestren los hechos, este artículo no respalda la validez de las cláusulas. Así, en la SAP Madrid 21 mayo 2021[18] se ha establecido que son dos cuestiones diferentes.

Por tanto, en análisis de estas cláusulas, la SAP Cantabria 23 mayo 2019[19], establece que al margen de la consideración de estas cláusulas como condiciones generales de la contratación, estas disposiciones contradicen lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil (en adelante CC), el cual, establece que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. Se establece no se puede considerar que sea una conducta fraudulenta que el actor por estadística sea un jugador fuera de lo normal, por tener ganancias superiores a la media, ya que en caso de admitirse dicha causa, solo podrían apostar aquellas personas que perdiesen constantemente.

Han sido declaradas abusivas por la SJPI Oviedo 6 julio 2021[20], ya que resultan contrarias al artículo 85.3 TRLGDCU[21] porque en las mismas se faculta al empresario a modificar unilateralmente los términos de la relación contractual de manera arbitraria. Esto así, en la medida en que se vincula la suspensión del registro de usuario a la exclusiva voluntad de la casa de apuestas, quien también puede, denegar total o parcialmente cualquier apuesta por su exclusiva voluntad,

16 "El operador podrá suspender cautelarmente al participante que haya tenido, a su juicio, un comportamiento colusorio o fraudulento o que haya permitido la utilización de su registro de usuario por terceros, hasta que se demuestren los hechos. Contrastados los hechos, si el operador tuviera elementos de juicio suficientes para poder considerar probados que el participante ha incurrido en fraude, colusión o puesta a disposición de terceros de su propia cuenta, el contrato será resuelto unilateralmente y notificado este hecho, junto con los elementos de juicio recabados, a la Comisión nacional del Juego".

17 Véase la SAP Valencia 26 marzo 2019 (JUR/2019/195360) en la que la casa de apuestas utilizando como causa la existencia de una práctica colusoria, procedió de forma directa al cierre de la cuenta del usuario afectado.

18 SAP Madrid 21 mayo 2021 (JUR/2021/261205).

19 SAP Cantabria 23 mayo 2019 (Núm. Cendoj: 39075370022019100075).

20 SJPI Oviedo 6 julio 2021 (JUR/2021/238111).

21 "Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato".

todo esto, sin necesidad de que concurra una causa justificada, por tanto, puede ser por cualquier motivo. Además, se establece que también suponen una falta de reciprocidad ya que lo que permite es que cuando el empresario detecte un riesgo para él de pérdida económica, va a tener la posibilidad de suspender el registro o denegar cualquier apuesta, así, se garantiza no incurrir en pérdidas, y en consecuencia, el usuario se verá privado de obtener ganancias que es para lo que decide apostar. Claramente, suponen un desequilibrio importante entre las partes, teniendo en cuenta, además, que el usuario no habría suscrito estas condiciones en una contratación individual, ya que esta situación limita, e, incluso, anula, la posibilidad de obtener ganancias, porque en el momento en el que por su historial de apuestas se compruebe que está obteniendo beneficios, los cuales puedan poner en peligro los intereses del empresario, este suspenderá su cuenta o denegará aquellas apuestas que considere necesarias.

En definitiva, se ha hecho uso de esta cláusula para cerrar la cuenta de usuario con la excusa de la existencia de prácticas colusorias o fraudulentas. Hay que destacar que sí que se reconoce por la normativa la posibilidad de suspender cautelarme la cuenta por dicha causa, pero, en cambio, no se faculta a utilizar dicha causa para cerrar de forma automática y sin la existencia de pruebas concluyentes la cuenta del usuario. Además, no se puede calificar como práctica fraudulenta la situación en la que un usuario obtiene beneficios superiores a la media.

Se ha de concluir que se está ante cláusulas abusivas en la medida en que atribuyen a una de las partes de la relación, que es la casa de apuestas, la decisión del momento y del motivo de la decisión de cierre del registro, y en consecuencia, esto permite que se pueda realizar de forma arbitraria. Y por ello, se encuadra dentro de la cláusulas que están prohibidas al atribuir al empresario la facultad de modificar unilateralmente los términos del contrato. Todo ello, lo que supone en la práctica es que la casa de apuestas tiene el poder de decidir que usuarios son los que pueden apostar y quienes no, y por tanto, en el momento en el que detecte la existencia de un riesgo de pérdida económica procederá a cerrar el registro del usuario.

Quizá, como consecuencia de la existencia de muchas reclamaciones sobres estas cláusulas, se vieron sustituidas, pero, también, las nuevas cláusulas han sido declaradas nulas por abusivas.

En primer lugar, en la SJPI Pamplona 22 marzo 2021[22], se establece que las cláusulas B.4.2. a), d) y g)[23] son "absolutamente claras y transparentes, son objetivas

22 **SJPI Pamplona 22 marzo 2021 (JUR/2021/142780).**

23 **"4. Suspensión y cierre del registro de usuario.**
4.2. bet365 tendrá derecho a suspender o cerrar su registro de usuario si:
(a) usted deviene insolvente;

y no generan desproporción o desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes". En relación, con las estipulaciones D.1.1 y D.1.3[24] se establece que es lógico que la casa de apuestas no esté obligada a aceptar cualquier apuesta del usuario, y por ello, son válidas, y completadas cuando el cliente recibe la confirmación de la casa de apuestas, ya que el cliente no puede obligar a la casa de apuestas a aceptar apuestas, que incluso, puedan suponer un riesgo económico. Siendo también lógico que la responsabilidad de comprobar que los datos de las apuestas sean correctos debe recaer primordialmente sobre el usuario, o que la casa de apuestas pueda cancelar o cambiar una apuesta si el evento en cuestión ha sido suspendido o cancelado, si existe un error obvio en la apuesta relevante[25] o en sus cuotas, o si la apuesta se realiza de forma que infringe las Condiciones o si le es requerido por motivos legales o normativos.

En cambio, se realiza un comentario diferente respecto de las cláusulas B.4.2 apartados b), c), e) y f)[26], que prevén la posibilidad de suspender o cerrar la cuenta del usuario cuando existan indicios de ludopatía; incumplimiento del contrato o uso abusivo de las apuestas; y en aquellos casos en los que la casa

(d) la policía, un tribunal o cualquier autoridad normativa se lo requiere a bet365, o en caso de que bet365 no pueda verificar su identidad, profesión, ingresos u origen de fondos, según requieren expresamente las regulaciones aplicables;
(g) el registro de usuario se considera inactivo y el saldo de la cuenta de juego o es llega a cero, o se encuentra cerrada de otra forma, según lo estipulado en el párrafo B.5.1 abajo."

24 "D. PROCEDIMIENTOS DE APUESTAS
1.1. Los participantes pueden realizar apuestas en los mercados/productos ofrecidos en el Sitio Web, beta 365 no está obligado a aceptar cualquier apuesta realizadas por un participante y las apuestas solo se considerarán válidas y completadas y, por lo tanto, como aprobadas por bet365, cuando usted reciba la confirmación de bet365 de aceptación de su apuesta.
1.3 Es responsabilidad del cliente comprobar que los datos de sus apuestas sean correctos. Una vez realizadas las apuestas, no podrán ser canceladas por el cliente. El cliente solo puede modificar sus apuestas mediante la opción "editar apuestas" siempre que se encuentre disponible. Bet365 solo puede cancelar o cambiar una apuesta si el evento en cuestión ha sido suspendido o cancelado, si existe un error obvio en la apuesta relevante o en sus cuotas, si la apuesta se realiza de forma que infringe las Condiciones o si le es requerido por motivos legales o normativos."

25 Véase infra p. 11.

26 "B. REGISTRO DE USUARIO DE bet 365.
4. Suspensión y cierre del registro de usuario.
4.2. bet365 tendrá derecho a suspender o cerrar su registro de usuario si:
(b) bet365 considera que usted utiliza o ha utilizado el Sitio Web de forma fraudulenta o colusoria o con fines ilegales o desleales y/o inadecuados (incluido, sin ánimo limitativo, el caso descrito en el párrafo C.1.2). Conforme al artículo 33.2 del Real Decreto 1614/2011, de 14 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, en lo relativo a licencias, autorizaciones y registros del juego, es posible que, como medida cautelar, suspendamos a cualquier participante que, en nuestra opinión, haya adoptado un comportamiento colutorio o fraudulento o permitido el uso de su cuenta de usuario a terceros, hasta que podamos comprobar los hechos. Una vez efectuada la investigación, si tenemos suficientes pruebas para considerar que el participante ha actuado de forma fraudulenta o colusoria, o permitido el uso de su cuenta de usuario a terceros, el registro de usuario se cerrará automáticamente y se comunicará este hecho y toda la evidencia a la DGOJ.
(c) bet365 considera que usted utiliza o ha utilizado el Sitio Web de forma injusta o ha hecho trampas deliberadamente o se ha aprovechado injustamente de bet365 o de cualquier de sus clientes, o en caso de que su cuenta se utilice para beneficiar a terceros.
(e) el cliente contravenga las Condiciones, la normativa aplicable o los buenos usos y costumbres, o bet365 tenga sospechas de que el cliente haya adoptado un comportamiento de apuestas compulsivas sin estar registrado en el RGIAJ o sin solicitar su autoexclusión.
(f) bet365 considera que cualquiera de las situaciones mencionadas en los puntos de la (a) a la (e) hayan podido ocurrir o sea probable que ocurran."

de apuestas considere que las situaciones mencionadas en los apartados de la a) a la e) hayan podido ocurrir o sea probable que ocurran. Hay que reconocer que en el caso de las situaciones previstas en los apartados b) y c), sí que se hace referencia a la existencia de una previa investigación en la que se han de obtener los indicios suficientes. Pero, no se contempla que dicho proceso de investigación sea contradictorio, o que el cliente pueda alegar o ser preguntado sobre dichas situaciones. Además, esta investigación no es sometida al juicio de un ente externo a las partes, que esto permitiría que se garantizase la objetividad. E incluso, en el resto de los supuestos no se contempla dicha investigación.

Por tanto, se ha de seguir considerando que son abusivas, en la medida en que se sigue dejando todavía mucha discrecionalidad a la casa de apuestas, de forma, que existe una clara e injustificada desproporción entre las ventajas y perjuicios que se derivan del propio contrato para una de las partes y para la otra. Además, se produce un déficit de información ya que se incluye en el contrato junto con muchas otras cláusulas, sin que se resalte, o se informe expresamente al cliente sobre las mismas, lo que genera en la práctica es que el consumidor desconozca realmente la importancia de la misma, e, incluso, dicha confusión se puede considerar que no tiene otro objeto que dificultar o imposibilitar al cliente dicha comprensión.

Se ha de afirmar que sí que ha existido un avance, en la medida en que se supedita el posible cierre de la cuenta a la existencia de unas causas tasadas, pero, en cambio, no existen garantías sobre las mismas, en la medida en que solo en determinados supuestos se prevé la existencia de una investigación, y además, no se realiza por un ente externo a las partes. No se comparte la opinión del tribunal respecto a la cláusula D.1.1, por ello, se ha de traer a colación la SAP Islas baleares 11 junio 2021[27], que sí que la declara nula por abusiva como consecuencia de la forma en la que está redactada, que es tan amplia, que confiere una arbitrariedad muy grande a casa de apuestas en su ejecución, de forma que queda al arbitrio de esta el cumplimiento del contrato. Se comparte la opinión del tribunal, ya que al fin y al cabo, la casa de apuestas oferta una serie de apuestas, y es el cliente el que decide aceptar las mismas, por tanto, resulta del todo ilógico, que una vez aceptado por el usuario, esta apuesta tenga que ser aceptada por la casas de apuestas.

27 SAP Islas Baleares 11 junio 2021 (JUR/2021/285233).

B) Betfair International PLC.

Este caso ha sido resuelto por la SJPI Oviedo 28 junio 2021[28], en la que se procede al análisis de las cláusulas afectadas[29] y de manera pormenorizada se justifica la nulidad por abusivas de las mismas.

En dicha cláusula se enuncian un conjunto de supuestos tasados, que son en menor o en mayor medida tasados, pero, el problema surge, en el momento en que se dice que "a nuestra absoluta discreción, sin causa y en cualquier momento", por ello, se entiende que el condicionado o catálogo de supuestos en los que se reconoce esta potestad es ficticio, e, incluso, carece de sentido. De hecho se establece que "el uso torticero de la sintaxis, en ningún caso debe interpretarse en sentido favorable al autor del clausurado (1288 CC[30] y 6 LCG[31]), aún menos, cuando en la oscuridad y contradicción de la redacción literal de la cláusula, se pretende ocultar un auténtico derecho de libre actuación al empresario, frente al usuario adherente".

Esto supone en la práctica que la reciprocidad queda en un desequilibrio clamoroso, en el que el usuario solo obtendrá beneficios cuando el operador de juego decida no anular la apuesta. Además, hay que tener en cuenta, que se está ante una actividad profesional con un importante componente económico. Así, sería posible no solo seleccionar las cuentas que según el criterio económico del operador del juego le son ventajosas (cerrando las restantes), al igual que podría incluso anular libremente y sin justa causa, las apuestas pendientes y cubiertas en las que no se obtengan beneficios económicos por el mismo.

28 SJPI Oviedo 28 junio 2021 (JUR/2021/238112).

29 "PARTE B: TÉRMINOS Y CONDICIONES DE USO DE LA CUENTA.
7. Suspensión o finalización.
Tanto tú como nosotros podemos suspender o dar por terminada tu cuenta en cualquier momento, con o sin causa, notificándolo, (…)".
Por tanto, se reconoce que la operadora del juego posee la facultad de suspender o dar por terminada la cuenta, sin justificación alguna.
-"PARTE C: APUESTAS. SECCIÓN 1: CONDICIONES GENERALES PARA APUESTAS. CONDICIONES RELACIONADAS CON LAS APUESTAS.
6. Cancelación, finalización, suspensión e incumplimiento:
Nosotros podemos a nuestra absoluta discreción, sin causa y en cualquier momento, restringir tu acceso a Betfair, suspender o dar por terminada tu cuenta, retirar tus ofertas de apuestas, anular todas las apuestas pendientes de tu cuenta, cancelar todas las apuestas sin igualar o cancelar y anular todas las apuestas pendientes o iguales, si (….)"

30 "La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad".

31 "Las dudas de interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente. En los contratos con consumidores esta norma de interpretación sólo será aplicable cuando se ejerciten acciones individuales".

2. Cláusula sobre errores en la cuota.

A) Sportium Apuestas Digital S.A.U ("Sportium").

En primer lugar, hay que hacer referencia a la SAP Zaragoza 8 octubre 2019[32], que analiza la posible abusividad de la condición general 3.3.6.12 del Reglamento de Sportium para Aragón que preveía:

"En el caso de que una apuesta hubiera sido validada con un coeficiente que difiera en más de un 100% de la medida de dos operadores con licencia en el territorio español, en ese mismo espacio de tiempo, la apuesta podrá quedar retenida a la espera de las oportunas investigaciones. En caso de confirmarse esa diferencia superior al 100%, se ofrecerá al apostante la opción de anular su apuesta o cobrarla en caso de ser ganadora al mejor precio ofrecido por los operadores utilizados para la comparativa anterior".

Lo que alega la casa de apuestas es la existencia de un error propio en la fijación de las cuotas ofrecidas en dos eventos, por ello, lo que establece el tribunal es que es un error de estimación estadística, que se produce en el ámbito de gestión empresarial, y que en consecuencia, no puede afectar al consumidor, que además, no es que haya visto reducido su premio en una cuantía proporcional, sino que el perjuicio ha sido mayor, ya que se ha reducido a la mitad, en la medida en que el valor de sus apuestas se ha visto reducido en mayor medida como consecuencia de que es una apuesta de contrapartida con la combinación de varios eventos.

De todas las sentencias analizadas, la más relevante. desde el punto de vista económico, es la STS 11 marzo 2021[33], en la que se analiza también una cláusula relativa a un error en la cuota, concretamente la cláusula sexta:

"sportium.es se reserva el derecho de invalidar apuestas por cualquiera de las siguientes causas: errores humanos de sus empleados o errores informáticos, apuestas con cuotas incorrectas o realizadas a sabiendas del resultado correcto".

El demandante utilizó el mercado denominado "línea de gol", en el que se hacen apuestas sobre el número de goles que se marcarán en un determinado encuentro con independencia del equipo que los marque, y apostó que al menos se marcaría un gol. Realizó un total de 78 apuestas por un importe total de 684,38 euros entre las 15:36 del día 4 y las 14:45 del día 8 de diciembre de 2014. Finalmente, en el encuentro se marcó al menos un gol, y por tanto, ganó la cantidad de 2.773.164 euros. Pero, una vez finalizado el encuentro, se anularon las apuestas

32 SAP Zaragoza 8 octubre 2019 (AC/2019/1982).

33 STS 11 marzo 2021 (RJ/2021/1246).

porque se había detectado un error en la cuota que había sido aprovechado por el demandante.

Finalmente, es declarada abusiva y todo ello en base a los siguientes motivos:

Como no se está ante una cláusula que define el objeto principal del contrato ni que regula los elementos esenciales del contrato no se ha de proceder a realizar el control de transparencia agravado[34]. Además, el hecho de que las reglas particulares han de cumplir con la normativa administrativa[35] no impide que las mismas puedan ser objeto de control de abusividad.

La sentencia de la Audiencia Provincial declaró abusiva la cláusula por la falta de reciprocidad; porque dejaba al arbitrio del operador la voluntad de cumplir con el contrato; y porque trasladaba al consumidor las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión. En cambio, el Tribunal Supremo establece que no es abusiva por dicha falta de reciprocidad, ya que difícilmente se podría aplicar una anulación de apuesta realizada por el consumidor. También, rechaza que sea abusiva por trasladar al consumidor las consecuencias económicas de los errores administrativos o de gestión, ya que no es propiamente el caso en cuanto que dichos errores lo que hacen es justificar la anulación. Por tanto, es abusiva porque deja al arbitrio del operador la voluntad de cumplir con el contrato.

En la cláusula no se especifica el momento temporal en el que se ha de proceder a la anulación, de hecho, en el presente caso se procedió a la anulación una vez finalizado el encuentro. Además, es necesaria una objetivación de las causas que pueden dar lugar a dicha anulación, ya que está formulada en términos genéricos, y por tanto, no existe impedimento de que se actúe de forma arbitraria por la casa de apuestas.

En último lugar, la sentencia analiza el posible abuso de derecho, ya que la casa de apuestas alega que el demandante actúo de mala fe, al suscribir las apuestas reclamadas con la clara intención de aprovecharse de un error informático, con el que tenía una probabilidad de acertar el resultado superior al 90%, y que le permitía obtener un premio elevado.

En cambio, el demandante niega el abuso de derecho, ya que lo que entiende es que ha habido un error por parte de la casa de apuestas que resulta inexcusable, y además, que aunque el premio fuese elevado en relación con la probabilidad de conseguir el mismo "en modo alguno desvirtúa el carácter aleatorio de las apuestas realizadas que solo tendría lugar cuando el resultado apostado no fuese

34 Véase supra p. 5.

35 En el artículo 13.6 de la Orden EHA/3080/2011 se establece que se han de contemplar unas garantías mínimas en relación a la anulación de las apuestas.

simplemente probable sino seguro", y en este caso, hay una probabilidad de desacierto del 10%. Por tanto, "simplemente se ha amparado en una relación contractual entre las partes en virtud de la cual realizaba apuestas según la cuota establecida en el mercado de la operadora recurrente, con el derecho a cobrar el premio previsto una vez acertada la puesta o perder el dinero apostado, actuando en consecuencia en un ejercicio normal del derecho", e insiste en que "el contrato aleatorio no se vio desvirtuado en ningún momento por el supuesto error en la cuota pues, partiendo, además de que dicho error fue inexcusable y achacable negligentemente al recurrente, siempre existía la posibilidad de no acertar con un riesgo real e inherente para ambas partes, siendo ajeno a la aleatoriedad la mayor o menor ganancia obtenida o el número de apuestas realizadas".

En primer lugar, el Tribunal Supremo, parte de la premisa de que el hecho de que la probabilidad de acierto fuese alta no es un acto contrato a la buena fe ni abuso de derecho, ya que es un acto de perfeccionamiento de un contrato de apuestas, todo ello, a la vista de las condiciones ofrecidas por la empresa. En cambio, sí que es relevante el número de apuestas realizadas (78) y la desproporción existente entre el riesgo asumido y el beneficio obtenido. Por ello, se considera obvio, que el demandante se dio cuenta del error y comenzó a realizar apuestas de forma masiva que ponen en evidencia por su desproporción el ánimo de aprovecharse al máximo de dicho error informático. Por tanto, se dio cuenta rápidamente de dicho error que desvirtuaba la aleatoriedad del contrato porque la probabilidad de acierto era aproximadamente de un 90%. Y, en contra de lo alegado por el demandante, para desvirtuar dicha aleatoriedad no es necesario que la probabilidad de acierto sea del 100%, y que por tanto, fuese seguro, y que no hubiese un margen de desacierto, ya que, cuando es muy reducido, como en este caso alrededor del 10%, una puesta masiva por un mero cálculo de probabilidades asegura el éxito de la apuesta.

Por ello, la realización de algunas apuestas no sería un comportamiento contrario a la buena fe, pero, el volumen de apuestas en este caso, además, del lapso temporal reducido en el que se realizaron aprovechando el error, y de forma, que se desvirtuaba la aleatoriedad y se aseguraba el acierto, se desnaturaliza la esencia de este tipo de contrato, ya que conforme al artículo 1790 CC consiste en la suerte y la incertidumbre. Por tanto, se ha de considerar que sí que hay abuso de derecho por parte del demandante.

B) Electraworks Malta, P.L.C. ("Bwin").

Otras cláusulas que han sido analizadas y declaradas nulas por abusivas son las relativas a esta casa de apuestas, y en concreto, en la cláusula 28.3.1 de las condiciones generales de la entidad se establece la posibilidad de limitar el importe máximo de cada apuesta simple o combinada; en la cláusula 28.4.3 se regula la

posibilidad de modificar el plazo límite para la aceptación de apuestas al igual que en las 28.4.6 y 28.4.7; y sin embargo, no asume ninguna responsabilidad por los errores de introducción y/o valoración (cláusula A.3.8).

Es en la SJPI Barcelona 22 marzo 2016[36] en la que se establece que es obvio que estas cláusulas lo que hacen en la práctica es atribuir todo el poder al empresario, que es quien tiene la potestad absoluta para interpretar, e, incluso, modificar el contrato. De hecho, mediante la prueba practicada, se reconoce por la empresa que como consecuencia de la cantidad de eventos que cada broker debe controlar se producen fallos ya que el sistema no siempre se puede actualizar. Está claro que es la empresa de apuestas la que tiene que garantizar el correcto funcionamiento de sus servicios, y en el caso de que no lo consiga, tendrá que responder, sin que se puedan atribuir las consecuencias de dichos errores o fallos al consumidor o usuario. Además, no se acreditó en ningún momento que esta actuación también se realizase con los usuarios perdedores.

C) Hillside Spain New Media P.L.C. ("Bet 365").

En relación con esta casa de apuestas se ha de traer a colación la SJPI Sánlucar de Barrameda 20 junio 2016[37][38] en la que la demandante realizó seis apuestas relativas a un partido de la liga rumana de fútbol femenino, y una vez finalizado el encuentro la casa de apuestas en relación con las dos primera apuestas recalculó la cuota, y la justificación se basó en que se concedió una ventaja de +2,5 goles al equipo que tenía más probabilidades de ganar, y que es el que finalmente ganó.

En primer lugar, se ha de hacer referencia a la condición general sexta[39] que se ha declarado abusiva porque vincula a la determinación final del premio que el consumidor recibe a la voluntad del empresario, ya que con absoluta discreción la casa de apuestas puede revisar la cuota e incluso anular la apuesta siempre que detecte un error (o que diga que lo ha detectado, ya que no existe un mecanismo objetivo de comprobación de la existencia de dicho error, bastando simplemente

36 SJPI Barcelona 22 marzo 2016 (JUR/2017/25326).

37 SJPI Sánlucar de Barrameda 20 junio 2016 (JUR/2016/156450).

38 Martín Faba, J.M.: "Es abusiva la cláusula predispuesta en un contrato de apuestas deportivas online que faculta al operador de juego a anular unilateralmente la apuesta o a modificar la cuota pactada ab initio", disponible en: https://blog.uclm.es/cesco/files/2016/09/Clausula-abusiva-en-contrato-de-apuesta-deportiva-online-y-abuso-de-derecho-del-consumidor1.pdf.

39 "1. Bet 365 no será responsable de ningún error relacionado con las apuestas, incluidos los casos en que: (i) bet365 haya establecido incorrectamente cuotas/handicap/importe de apuesta cerrada; (ii) bet365 continúe aceptando apuestas a mercados cerrados o suspendidos; (iii) bet365 calcule incorrectamente o pague una cantidad determinada, incluidos los casos en los que una apuesta se cierre por el valor total de la cantidad determinada; o (iv) cualquier error que ocupa en un generador de números aleatorio o tablas de pago incluidas, incorporadas o utilizadas en cualquier juego o producto. 2. Cuota incorrecta: en el caso de que se detecte antes del comienzo, en directo o después de un evento, cualquier apuesta prevalecerá y se determinará a la cuota revisada de bet365. Se anularán las apuestas si las cuotas revisadas son menores de 1.001. Si hubiera tiempo suficiente antes del comienzo del evento, bet365 intentará por todos los medios ponerse en contacto con el cliente, y podría, a su absoluta discreción, permitir la cancelación de la apuesta".

que "se intente" la comunicación del mismo al consumidor). Por tanto, no es un motivo válido la existencia de error para modificar o anular la puesta, y encima, la cuestión es peor, porque se lleva a cabo con posterioridad a la celebración del partido. Claramente es abusiva, y sobretodo, porque no se han establecido mecanismos que permiten de forma objetiva detectar y comprobar el error, ni tampoco una serie de criterios conforme a los cuales se fija dicha cuota. Además de que no se le atribuye la misma facultad al consumidor, es decir, en caso de que se haya equivocado en la realización de una apuesta, no puede hacer nada al respecto, a diferencia de la casa de apuestas, que puede incluso una vez finalizado el partido, unilateralmente, cancelar o moderar la misma.

Por tanto, es el empresario el que actúa con mala fe, ya que la buena fe lo que implica es hacerse cargo de los propios errores, y en este caso, los comete un profesional, quien tiene más medios y conocimientos, y lo que hace es trasladar las consecuencias de sus errores al consumidor, además, de que se llevó a cabo una vez finalizado el partido, y por ello, ya conociendo el resultado.

Además, la empresa alegó el abuso de derecho en base a que se consideraba que el consumidor poseía los conocimientos suficientes para saber que se trataba de un error y que se aprovechó de él. Las razones que se consideran suficientes para poder afirmar esta cuestión es que era un experto jugador porque con anterioridad había formalizado un número muy elevado de apuestas, y por tanto, que conocía perfectamente el funcionamiento; además de que se formalizaron las seis apuestas en un espacio muy corto de tiempo; simultáneamente en la misma zona geográfica se formalizaron apuestas similares; y que el partido que fue objeto de la apuesta es de una liga que presumiblemente es poco conocida en la provincia de Cádiz, como es la liga de fútbol femenino de Rumania.

Se establece que no era tan evidente que fuese un error, teniendo en cuenta que aunque sí que es cierto que dicho equipo era el favorito ya que había marcado más goles y ganado más partidos no se ha probado que dicha información la poseyese el consumidor. De hecho, resulta factible que tal y como afirmó en el interrogatorio, que viese una apuesta que le parecía interesante porque era una cuota atractiva, y que por ello, decidiese apostar. De hecho, como dicha liga era poco conocida demuestra que no podía conocer tal error. Todo ello, demuestra la desigual posición de las partes, ya que al consumidor no se le comunicó en ningún momento los resultados previos ni los criterios mediante lo cuales se había determinado dicha cuota.

D) Reflexiones sobre las sentencias.

En relación con la posible abusividad de estas cláusulas se ha de compartir la posición de los tribunales en las distintas sentencias, ya que se está ante errores

cometidos en el seno de una organización empresarial, y por tanto, no puede ser el consumidor quien sufra consecuencias por dichos errores. Hay que tener en cuenta que no se establecen unos mecanismos objetivos que permitan conocer con exactitud que se ha producido un error, y esto en la práctica, atribuye un poder desproporcionado a la empresa, que en todos los supuestos de hecho analizados la modificación de la cuota se realiza una vez finalizado el encuentro. Además de que los consumidores no tienen la posibilidad de modificar los errores cometidos por ellos mismos.

Considero que se podría discutir sobre la postura adoptada por el Tribunal Supremo en relación con la causa de la abusividad, ya que considera que la causa únicamente es que deja al arbitrio de la casa de apuestas la decisión sobre que apuestas son anuladas y cuales no, simplemente con la justificación de que ha "existido un error en la determinación de la cuota". En cambio, niega que la causa sea la falta de reciprocidad, y en este caso, se comparte la opinión del tribunal, pero en cambio, en relación con la causa relativa al traslado de las consecuencias económicas del consumidor resulta del todo discutible. Ya que sí que es cierto que el tribunal lo que dice es que la consecuencia de la existencia del error es la modificación de la cuota, pero, es que indirectamente sí que se están trasladando las consecuencias económicas del error al consumidor, y esto es así, en la medida en que si no se modificase dicha cuota, la empresa tendría que entregar al consumidor una cantidad elevada de dinero, y de esta forma dicha consecuencia desaparece.

También en estas sentencias se analiza el posible abuso de derecho y resulta en parte contradictorio lo establecido por la STS 11 marzo 2021[40] ya que me genera una duda que es que en el caso de que una persona realiza una única apuesta aprovechándose del error en la que el dinero que apuesta asciende a 100.000 euros, ¿se consideraría que actúa con abuso de derecho? Al fin y al cabo, se está ante un caso, en el que sí que es cierto que una persona realiza un total de 78 apuestas, en un corto periodo de tiempo como son cuatro días. Pero, la cantidad apostada asciende a escasos 600 euros. Por tanto, resultaría contradictorio que una persona por tener mayor capacidad adquisitiva y quizá "mayor valentía" que realice una apuesta de una cantidad muy elevada, se vea beneficiada en comparación, a otra persona, que quizá por la carencia de medios, o quizá porque, como es obvio se percata del error, pero, considera que por eso mismo, al ser un error, no va a obtener el premio, realiza varias apuestas y no únicamente una. Considero que además el hecho de que el error esté durante 4 días, y que no se vea corregido, lleva al jugador a seguir realizando apuestas, y demuestra una dejadez por parte de la empresa, que con los medios con los que cuenta, siempre se percata del mismo

40 STS 11 marzo 2021 (RJ/2021/1246).

una vez que han finalizado los encuentros. Resulta del todo llamativo, por tanto, se ha de considerar que la empresa no ha actuado de buena fe.

Por todo ello, es fundamental determinar que en el caso de que exista un error en la determinación de la cuota, no existe abuso de derecho si el usuario realiza apuestas, salvo que sea un número elevado de apuestas. Pero, también, hay que hacer referencia a la desvirtuación del contrato de aleatoriedad, ya que en la sentencia se establece que se produce la misma, como consecuencia de que la probabilidad de desacierto es del 10%, y, si la probabilidad de desacierto fuese de un 15 o 16%, ¿también sería reducido? Hay que tener en cuenta, que se está ante personas que desconocen cuales son los medios utilizados para determinar cual es la cuota, y aunque, se piense que es un error, y que claramente se va a obtener el premio, el jugador siempre va a tener la incertidumbre de obtener el premio. Porque si el consumidor sabe detectar errores, parece que se quiere decir que tienen los conocimientos necesarios para determinar las cuotas de las apuestas. Habrá errores que no serán tan llamativos, y por tanto, atribuir al jugador la facilidad de detectar dichos errores me parece del todo inadecuado. Además, en ocasiones las casas de apuestas atribuyen la mejor cuota o una cuota muy elevada al "favorito" para los especialistas, por tanto, cabría preguntarse, si en estos casos también se pueden considerar errores[41].

IV. CONDICIONES GENERALES VIGENTES.

1. Sportium Apuestas Digital S.A.U ("Sportium").

En relación con la cláusula relativa a la suspensión o cierre de la cuenta por comportamientos fraudulentos, se ha de determinar que aunque se contemplan a modo enunciativo un total de nueve posibles causas, se establece que no tiene un carácter limitativo. Por tanto, se está nuevamente ante una situación en la que la casa de apuestas tiene una gran discrecionalidad para cerrar o suspender las cuentas.

Además, en el apartado e) relativo al fraude en la relación contractual, se establece que se reputará como tal cuando el usuario realice varias apuestas idénticas o análogas con claro afán de obtener de forma deshonesta un beneficio sin riesgo aprovechándose de la existencia de un error informativo o humano.

41 Martín Daba, J.M.: "Es abusiva la cláusula predispuesta en un contrato de apuestas deportivas online que faculta al operador de juego a anular unilateralmente la apuesta o a modificar la cuota pactada ab initio", disponible en: https://blog.uclm.es/cesco/files/2016/09/Clausula-abusiva-en-contrato-de-apuesta-deportiva-online-y-abuso-de-derecho-del-consumidor1.pdf.:
"El contrato de apuesta se caracteriza fundamentalmente por la aleatoriedad y el riesgo, de modo que puede entenderse que favorecer al mejor equipo y fijar una cuota elevada para el caso de que resulte ganador no sea un error manifiesto, sino una apuesta m s arriesgada por parte de la casa que puede reportarla un elevado beneficio si el equipo favorito pierde el encuentro. En este tipo de contratos cada "pillo" actúa a a su propio riesgo y en este caso el consumidor ha "jugado sus cartas"".

Se puede deducir de forma sencilla que este apartado trae causa de la sentencia del Tribunal Supremo que se ha analizado[42], pero, claramente, se está ante una interpretación inadecuada de la sentencia, ya que en la sentencia se establece que la realización de algunas apuestas no resultaría contrario a la buena fe. También, en otro apartado se prevé como causa el aprovechamiento por el usuario de errores en el funcionamiento del sistema como en el caso de las apuestas con cuotas incorrectas.

Se establece como causa que el usuario apueste de forma abusiva, recurrente o con mala fe en secciones que contienen errores. El concepto de recurrente se equipara a la realización de 5 o más apuestas afectadas por los errores en uno o diversos días en los últimos seis meses, o más de 10 apuestas en uno o varios días. Este concepto de recurrente, no sé hasta que punto es adecuado, en la medida en que el tribunal supremo ha reconocido la posibilidad de realizar "varias apuestas" pero no se ha cuantificado en un número determinado. En relación con el concepto de mala fe o de forma abusiva se hace referencia a cuantías económicas, pero el Tribunal Supremo no ha dicho nada al respecto. Por tanto, es posible que se esté ante cláusulas abusivas.

De hecho, en otro apartado de las condiciones generales se califica como actuación fraudulenta el abuso por parte del usuario en las apuestas con cuotas incorrectas, y que por ello, se podrán adoptar todas las medidas necesarias incluyendo la retención y/o cancelación del pago de parte o totalidad de las ganancias. Pero, la pregunta es bastante clara, ¿qué se ha de entender como abuso?

Además, se ha de hacer alusión al reglamento de las apuestas deportivas de contrapartida, ya que en el apartado noveno hace referencia a aquellas apuestas aceptadas pero que las cuotas y/o los mercados son incorrectos. Así, entre las causas una de ellas es que exista un claro y manifiesto error en la cuota, de forma que se entenderá que existe la falta de correspondencia entre el mercado y la cuota cuando la cuota sea manifiestamente superior o inferior a la que tendría que haber sido en función del riesgo asumido en dicha apuesta en atención a la probabilidad del resultado pronosticado, o también, cuando exista cualquier otro error relevante que afecte a la determinación de la apuesta[43]. Incluso, se reitera que se invalidarán las apuestas cuando se formalicen por el usuario con mala fe, y se considera como tal cuando el usuario realiza varias apuestas idénticas o análogas aprovechándose de un error. Se opina lo mismo que lo establecido en relación a la suspensión o cierre de la cuenta.

42 Véase supra p. 12.

43 La cuota ofrecida por Sportium es 101 cuando en general el mercado lo está pagando a 11.0, o los hándicaps se están mostrando al revés de cómo deberían.

2. Hillside Spain New Media P. L. C ("Bet 365").

Las cláusulas que han sido declaradas nulas por abusivas en las sentencias analizadas[44] [45] están vigentes, y, además, se ha de hacer referencia a la cláusula 6.10 de las condiciones generales en la que se limitan las ganancias máximas en el supuesto de que se esté ante un error obvio[46].

La primera pregunta que ha de hacerse es: ¿Qué se entiende por error obvio?, ya que este concepto indeterminado genera problemas interpretativos claros. Ya que es evidente, que la casa de apuestas puede en cualquier momento considerar que en x apuesta hay un error en la cuota que es obvio, pero tal y como se ha enunciado con anterioridad, el cliente carece de los medios y conocimientos necesarios para poder determinar la cuota. Claramente, un cliente que apuesta de forma frecuente, puede en un momento determinado, encontrarse con una apuesta que es llamativa, porque la cuota es superior en el que para él es el favorito del encuentro, y por ello, decide apostar, y de hecho, eso es lo que provoca que el cliente decida realizar una determina apuesta. Por ello, resulta del todo complicado determinar cuando se está ante un "Error obvio". Por tanto, se está atribuyendo un poder de decisión unilateral de la casa de apuestas sobre la calificación de "Error obvio", y en consecuencia, el poder anular una apuesta por esa razón.

En segundo lugar, en el apartado D.4.7, se prevé que cuando existan pruebas de la realización de varias apuestas a la misma selección o para un mismo individuo o grupo de individuos, bet365 se reserva el derecho a declarar nulas dichas apuestas o retener el pago de las ganancias, hasta que se esclarezca el caso tras la subsiguiente investigación interna. Por tanto, podrían llegar a surgir problemas, como consecuencia de que se hace referencia a una investigación interna, entonces puede ocurrir que como justificación de la existencia de estas prácticas podrían declarar nulas dichas apuestas o retener el pago de las ganancias.

V. SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO.

En aplicación del artículo 51 de la Constitución[47] se creó el sistema arbitral de consumo que es un sistema extrajudicial de resolución de los conflictos que surjan

44 Véase supra p. 6.

45 Véase supra p. 14.

46 "6.10. Error obvio- Ganancias máximas: la cantidad máxima que puede ganar de una apuesta realizada en una situación de "Error obvio" y cuotas revisadas es de 10.000 euros, a menos que la cantidad de las ganancias prevista para la apuesta original fuera superior a 10.000 euros. En dichas circunstancias, la cantidad de las ganancias de la apuesta colocada con las cuotas revisadas será igual al valor de la apuesta original y cualquier exente será anulado".

47 "Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos".

entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales en relación a los derechos legales o contractualmente reconocidos a los consumidores. No pudiendo ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos relativos a la intoxicación, lesión, muerte o aquellos en los que exista indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivada de ellos[48]. Es un mecanismo de solución de conflictos heterocompositivo en el que se resuelve mediante un laudo que produce efectos de cosa juzgada, es obligatorio y ejecutivo, se puede comparar con una sentencia de instancia, pero no es lo mismo, es mucho más poderoso, porque la sentencia se puede recurrir en apelación, y el laudo solo se puede solicitar su anulación por motivos tasados, a través del procedimiento de anulación que se prevé en el artículo 40 y siguientes de la ley 60/2003[49], y que se ha de desarrollar conforme a los principios de igualdad, audiencia y contradicción.

Por tanto, todos aquellos conflictos que surjan entre los clientes y las casas de apuestas se pueden someter a arbitraje, y de esta forma, se evitaría el acudir a la vía judicial. Hay que tener en cuenta los beneficios que reporta este sistema, y para ello, se ha de hacer referencia a las características del sistema que son la voluntariedad (son las partes de común acuerdo las que deciden someter la controversia a arbitraje, en aplicación de la autonomía de la voluntad de las partes, además, hay que destacar que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos[50]); la economía (es un sistema gratuito para las partes que solo tienen que costear en determinados supuestos la práctica de peritajes); la efectividad (los laudos son de ejecución obligatoria como si fuesen una sentencia); la eficacia (se resuelve el conflicto mediante un laudo, evitando de esta forma la vía judicial); y la rapidez (se tramita en un breve espacio de tiempo con un plazo máximo de 90 días naturales).

Por todo ello, se puede deducir con facilidad, que resultaría interesante resolver supuestos análogos a los analizados a través de este sistema, ya que es gratuito para el cliente y el tiempo de resolución es muy reducido. Hay que tener en cuenta que la mayoría de las disputas sobre esta cuestión versan sobre cantidades muy reducidas de dinero, por ello, en muchas ocasiones, los clientes deciden no interponer la correspondiente acción judicial como consecuencia de los gastos aparejados que conllevan, y en la práctica, lo que ocurre es que el cliente no hace nada al respecto y la casa de apuestas se aprovecha de esta situación.

48 Artículo 2.2 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

49 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

50 Artículo 1091 CC.

El problema que se podría plantear es que las casas de apuestas no estuviesen de acuerdo en someter la cuestión a arbitraje, pero se ha podido comprobar que en el caso de la casa de apuestas bet365 en sus condiciones generales se prevé la posibilidad de que ambas partes de común acuerdo pueden remitir la disputa a un organismo de arbitraje[51]. Por tanto, aparentemente sí que se muestra una postura favorable por parte de esta casa de apuestas de someter los conflictos que puedan surgir a arbitraje.

En definitiva, se ha de afirmar que el arbitraje podría llegar a tener un importante papel en estas cuestiones, y que en la práctica resulta la vía más adecuada para la resolución de los conflictos como consecuencia de los beneficios existentes derivados de las propias características del sistema.

VI. CONCLUSIONES.

PRIMERA. En determinados ámbitos es necesaria la extensión del concepto de consumidor, pero, tal y como se ha analizado en el presente trabajo, no se considera adecuado calificar como consumidor a una persona que en la práctica es una profesional del juego. Claramente una persona que dedica la mayor parte del día (unas siete u ocho horas diarias) al juego, y que obtiene unos beneficios muy elevados (teniendo en cuenta que el ánimo de lucro no excluye la condición de consumidor), se ha de considerar que dicha actividad es su profesión. Por tanto, no todo apostante es consumidor, habrá que valorarlo caso por caso.

SEGUNDA. Las cláusulas relativas al cierre o suspensión de la cuenta son abusivas al dejar a una parte de la relación contractual la facultad de modificar unilateralmente los términos de la relación contractual de forma arbitraria. Aunque, hay que tener en cuenta que la normativa prevé la posible suspensión de una cuenta de usuario como consecuencia de la posible existencia de prácticas fraudulentas, pero, claro, generalmente lo que se prevé es una investigación interna que no garantiza que se eviten los abusos. Ya que en la práctica se le permite a la casa de apuestas que seleccione aquellos usuarios que pueden apostar, y está claro, que seleccionará a aquellas personas que generalmente no ganan dinero, en cambio, decidirá cerrar la cuenta a aquellas personas que presentan estadísticas superiores a la media.

51 "I RECLAMACIONES, CONFLICTOS, LEY VIGENTE Y JURISDICCIÓN.
4. En caso de que la misma no se resuelva o el cliente no esté de acuerdo con la solución dada por bet365, ambas partes pueden remitir la disputa a un organismo de arbitraje, como eCOGRA (eCommerce and Online Gaming Regulation and Assurance), o la plataforma de resolución de litigios en línea (RLL), cuya decisión será definitiva (salvo en caso de error manifiesto), (….).
6. Tenga en cuenta que existe una plataforma alternativa online para la resolución de conflictos en la Unión Europea a la puede acceder a través de https://ec.europa.eu/consumers/odr/".

TERCERA. Las cláusulas relativas a los errores en la cuota son abusivas por la misma causa que las anteriores, pero se podría llegar a valorar que también son abusivas por trasladar las consecuencias económicas del error al consumidor. En relación con estas cláusulas, hay que tener en cuenta que el error se produce en el seno de una organización empresarial, y por ello, es la casa de apuestas la que tiene que aceptar las consecuencias de sus errores y no puede trasladar las mismas al consumidor. Además, lo que ocurre en la práctica es que una vez finalizado el encuentro es cuando la casa de apuestas se da cuenta del error, y consiguientemente, modifica la cuota. Se ha de destacar el gran desequilibrio de las partes en este ámbito en concreto, ya que el consumidor carece de los medios e información necesaria para la determinación de la cuota, y todo ello, con la desventaja de que no existen unos criterios fijos y objetivos que permitan identificar dichos errores en las cuotas.

CUARTA. El abuso de derecho será aplicable al supuesto de hecho en el que el consumidor que ha detectado la existencia de un error en la cuota, se aprovecha y realiza un elevado número de apuestas. Pero, cuidado, no se dice nada por parte de los tribunales en lo relativo a la cantidad de dinero de la apuesta. Por tanto, aparentemente, si se realiza una apuesta de elevada cuantía no se estará ante un abuso de derecho.

QUINTA. Se puede afirmar que se puede vislumbrar una evolución en la redacción de las condiciones generales, de hecho, en las vigentes, la posible arbitrariedad que posee la casa de apuestas es menor, pero aún así, sigue existiendo la misma, y por ello, considero que determinadas cláusulas se declararán nulas por abusivas en un futuro cercano.

SEXTA. Como consecuencia del escaso valor económico de algunas de las reclamaciones de este ámbito, en la práctica los clientes no ejercitan las acciones judiciales correspondientes, por ello, se ha de destacar la importancia que puede llegar a tener en este ámbito el sistema arbitral de consumo. Esto es así, en la medida en que muchos de los inconvenientes de la vía judicial como son los gastos y el lapso temporal se ven reducidos, por no decir, casi eliminados, en la vía arbitral.

BIBLIOGRAFÍA:

ALGARRA PRATS, E.: *El contrato de juego y apuesta,* Dykinson, 2012.

ALGARRA PRATS, E. y BARCELÓ DOMENECH, J.: "Internet y contrato de juego. El juego on line y la regulación del contrato de juego y apuesta en el Derecho Español.", *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, núm. 2º, pp. 327-360.

AÑÓN CALVETE, J.: "Condición de consumidor, como en las cosas del querer", *Revista jurídica sobre consumidores y usuarios, I Congreso sobre el principio de transparencia en la contratación predispuesta y su proyección como valor transversal en la sociedad*, 2021, núm. especial.

CARRASCO PERERA, A.: "Un interesante caso de anulación del resultado de apuestas deportivas on line, cláusulas abusivas y abuso de derecho", Disponible en: https://www.ga-p.com/publicaciones/un-interesante-caso-de-anulacion-del-resultado-de-apuestas-deportivas-on-line-clausulas-abusivas-y-abuso-de-derecho/

CUARTERO RUBIO, M.V.: "¿Puede el consumidor un profesional (del póker on-line)? A propósito del asunto Personal Exchange International, C-774/19". *Boletín de Novedades CESCO*, 2021.

HERRERA DE LAS HERAS, R.: "Las cláusulas abusivas de anulación unilateral de las apuestas on line" en AA.VV.: *Respuestas jurídicas al fraude en el deporte*, (dir. L. Morillas Cueva), Dykinson, 2017, pp. 479-493.

HIDALGO CEREZO, A.: "Protección al consumidor e incitación al juego compulsivo en los bonos de bienvenida de las casas de apuestas online", *Revista de internet, derecho y política*, 2018, núm. 26º.

MARTÍN FABA, J.M.: "Es abusiva la cláusula predispuesta en un contrato de apuestas deportivas online que faculta al operador de juego a anular unilateralmente la apuesta o a modificar la cuota pactada ab initio", disponible en: https://blog.uclm.es/cesco/files/2016/09/Clausula-abusiva-en-contrato-de-apuesta-deportiva-online-y-abuso-de-derecho-del-consumidor1.pdf.

MARTÍNEZ ESPÍN, P.: "¿Qué hay de nuevo en materia de cláusulas abusivas?", *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* 2014, núm. 9º.

MARTÍNEZ ESPÍN, P.: "El control de las condiciones generales de la contratación: su aplicación al contrato de alquiler de vehículos", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, núm. 6º, pp. 79-97.

MIRANDA SERRANO, L.M.: "El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria", *Revista InDret,* 2018, núm. 2º.

RALUCA STROIE, I.: "Sobre las no tan recreativas actividades de juego y apuestas on line, ¿es abusivo restringir el uso de los usuarios", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2016, núm. 19º.

TOMILLO URBINA, J.: "Los consumidores ante las plataformas de intermediación Online: algunas reflexiones", *Revista LEX*, 2021, núm. 27º.

LEGISLACIÓN.

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego.

-Real Decreto 1613/2011, de 14 de noviembre, por e que se desarrolla la Ley 13/2011, de 27 de mayo, regulación del juego, en lo relativo a los requisitos técnicos de las actividades de juego.

Real Decreto 1614/2011, de 14 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, en lo relativo a licencias, autorizaciones y registros del juego.

ANEXO JURISPRUDENCIAL.

STJUE 3 junio 2010 (ECLI:EU:C:2010:309).

SJPI Barcelona 22 marzo 2016 (JUR/2017/25326).

SJPI Sánlucar de Barrameda 20 junio 2016 (JUR/2016/156450).

SAP Valencia 26 marzo 2019 (JUR/2019/195360).

SAP Cantabria 23 mayo 2019 (Núm. Cendoj: 39075370022019100075).

SAP Zaragoza 8 octubre 2019 (AC/2019/1982).

STJUE 10 diciembre 2020 (ECLI:EU:C:2020:1015).

SJPI Pamplona 22 marzo 2021 (JUR/2021/142780).

SAP Madrid 21 mayo 2021 (JUR/2021/261205).

STS 11 marzo 2021 (RJ/2021/1246).

SAP Islas Baleares 11 junio 2021 (JUR/2021/285233).

SJPI Oviedo 28 junio 2021 (JUR/2021/238112).

SJPI Oviedo 6 julio 2021 (JUR/2021/238111).

LA FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA EN LA ECONOMÍA DE LAS PLATAFORMAS UN CAMBIO DE PARADIGMA EN LAS RELACIONES DE CRÉDITO

COLABORATIVE FINANCING IN THE PLATFORM ECONOMY A PARADIGM SHIFT IN CREDIT RELATIONSHIPS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1066-1087

Jordi MARCÈ CALZADA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: La financiación participativa de crédito, nacida dentro de la economía colaborativa y fruto de la conjunción entre la crisis financiera de 2008 y el proceso de digitalización de la economía, ha dado lugar a un nuevo tipo de intermediario, las plataformas de financiación participativa, que promueven la contratación de créditos entre prestamistas y prestatarios, pudiendo tener ambos la condición de consumidor. En la práctica, las funciones que asumen dichas plataformas permiten cuestionar su neutralidad en la intermediación y, por ende, su papel como prestadores de servicios de la sociedad de la información, influyendo todo ello en el grado de responsabilidad que deben asumir. En el presente trabajo se analizan los criterios utilizados por el TJUE en casos como los de Uber o Airbnb y se valora su aplicación a las plataformas de financiación participativa de crédito.

PALABRAS CLAVE: Financiación participativa; economía de plataformas; plataformas intermediarias en línea; plataformas de financiación participativa; servicios de la sociedad de la información.

ABSTRACT: *Lending-based crowdfunding, born within the collaborative economy and as a result of the conjunction between the financial crisis of 2008 and the process of digitization of the economy, has given rise to a new type of intermediary, crowdfunding platforms, which promote the contracting of credits between lenders and borrowers, both of whom may have the status of consumer. In practice, the functions assumed by these platforms make it possible to question their neutrality in intermediation and, therefore, their role as information society service providers, all of which influences the degree of responsibility they must assume. In this paper, the criteria used by the CJEU in cases such as Uber or Airbnb are analyzed and their application to crowdfunding platforms is assessed.*

KEY WORDS: *Crowdfunding; platform economy; online intermediary platforms; crowdfunding platforms; information society services.*

SUMARIO.- I. LA FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA DE CRÉDITO.- 1. Origen de la financiación participativa de crédito.- 2. Funcionamiento de la FPC.- II. LAS PLATAFORMAS DE FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA.- 1. El papel de la plataforma.- 2. Las PFP como prestadoras de un servicio de la sociedad de la información.-

I. LA FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA DE CRÉDITO

1. Origen de la financiación participativa de crédito

A principios de la década de los 2000 la economía a nivel global parecía haber caído en un círculo de ineficiencia e inequidad a consecuencia del "hiperconsumismo". La Cumbre de Johannesburgo de las Naciones Unidas en 2002 puso de relieve la magnitud del problema, el 15% de la población de los países desarrollados suponía el 56% del consumo mundial[1], y a lo largo del siglo XX los 20 países más desarrollados habían consumido más recursos primarios que todos los consumidos en la historia de la humanidad[2]. En respuesta, nació el movimiento denominado consumo colaborativo[3], "sharing economy"[4] o economía colaborativa[5]. Dicho concepto, aún incipiente en 2007, se popularizó gracias a la concurrencia de dos factores clave[6].

En primer lugar, la gran recesión de 2008 hizo patente el cuestionamiento de un sistema económico basado en el "hiperconsumo" y en la cultura del "usar y tirar"[7] y aumentó la permeabilidad de la sociedad hacia nuevos modelos de consumo

1 Naciones Unidas, "Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible", Johannesburgo, Sudáfrica. Celebrada del 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002.(Disponible en: https://www.un.org/spanish/conferences/wssd/modelos_ni.htm)

2 Vilches, A. y Gil, D., *Construyamos un futuro sostenible. Diálogos de supervivencia*, Cambridge University Press, Madrid, 2003, p.153.

3 Botsman, R., y Rogers, R., *What 's Mine Is Yours: The Rise of Collaborative Consumption*, Harper Collins, 2010. Quienes han sido considerados principales exponentes del movimiento y, en especial, Rachel Botsman, quien ha sido considerada la madre ideológica del concepto. También contribuyeron a la popularización del concepto tras la gran recesión otros autores como Gansky, L., *The Mesh. Why the future of business is changing*, Penguin Group, New York, 2010.

4 Son varios los autores que se atribuyen la autoría del término Sharing Economy, entre ellos Algar, R.: "Collaborative Consumption", *Leisure Report*, abril de 2007, o Lessig, L.: "Two Economies: Commercial and Sharing", en Lessig, L., *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy,* Bloomsbury Academic, London, 2008. p. 117–176.

5 Cauffman, C.: "The Commission's European agenda for the collaborative economy - (Too) platform and service provider friendly?", *EuCML - Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 7, 2016, p.4.

6 Hay consenso en torno a estos entre la mayoría de autores, ver Gansky, L., *The Mesh,* cit. Y en el mismo sentido Botsman, R., y Rogers, R., *What 's Mine Is Yours,* cit.

7 En este sentido, Martinez Barreiro, A.: "La cultura del usar y tirar. ¿Un problema de investigación?", *RIPS*, vol.11, nº. 4, 2012, p.149-150, apuntando al origen de una nueva tendencia de consumo en la globalización económica y cultural.

• Jordi Marcè Calzada
Profesor Investigador Predoctoral en Formación
Universitat Pompeu Fabra de Barcelona

alternativos o complementarios[8]. Asimismo, la irresponsabilidad con la que los operadores financieros habían venido operando provocó una fuerte respuesta institucional en forma de legislación, concretamente y entre otros, el Acuerdo de Basilea[9], que supuso la revisión de los estándares internacionales de regulación bancaria y la aprobación de un nuevo marco de regulación prudencial[10] con efecto directo sobre las entidades financieras, forzadas a endurecer los requisitos de acceso al crédito. Así, iniciativas tanto empresariales como particulares, promovidas principalmente por pymes y personas físicas de recursos limitados se vieron excluidas del mercado de crédito[11] sentando las bases para la aparición y crecimiento de los mercados de financiación participativa[12].

En segundo lugar, además de las derivaciones de la crisis financiera, el nacimiento de la economía colaborativa y con ella de las finanzas participativas, no puede entenderse sin la digitalización del mercado, que dota de especialidad a una forma de operar tradicional como era el intercambio[13] y, paradójicamente, permite volver a ella[14]. La aplicación de la tecnología a las finanzas se ha denominado con el término "FinTech" y a nivel global se ha estructurado en variados modelos de negocio[15] entre los cuales, algunos incorporan el concepto de la economía colaborativa,

8 En este sentido, Maudez Gutierrez, A., en el prólogo de Alfonso Sánchez, R., y Valero Torrijos, J., (dir.), *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital,* Thompson Reuters, Pamplona, 2016, p.50.

9 Aprobado por primera vez en 1988 y posteriormente modificado en 2004, el Acuerdo de Basilea fue revisado en profundidad en 2010 tras la recesión, aprobándose un nuevo marco de regulación prudencial sobre la banca, conocido como Basilea III. Basel Committee Of Banking Supervision, "Basel III: Finalising post-crisis reforms", de diciembre de 2017. (Disponible en https://www.bis.org/bcbs/publ/d424.pdf)

10 A nivel europeo, el nuevo marco regulatorio se estableció con la aprobación, en primer lugar, de la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE, y en segundo lugar, del Reglamento UE nº 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, también de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) 648/2012. A nivel español, se aprobó la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (BOE núm. 156, de 27 de junio de 2014, p. 49.412 a 49.549), desarrollada por el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero (BOE núm. 39, de 14 de febrero de 2015, p. 12.319 a 12.398) y por la Circular 2/2016 , de 2 de febrero, del Banco de España, a las entidades de crédito, sobre supervisión y solvencia, que completa la adaptación del ordenamiento jurídico español a la normativa europea (BOE núm. 34, de 9 de febrero de 2016, p. 9.942 a 10.029).

11 En este sentido, Maudez Gutierrez, A., *Retos jurídicos,* cit., p.50.

12 En este sentido, Cuena Casas, M., *Las FinTech de préstamos o crowdlending. La contratación a través de plataformas intermediarias en línea.*, REUS, Zaragoza, 2019, p.22.

13 Así lo indica Moreno Serrano, E., "Configuración jurídica del <<Crowdfunding>> como forma alternativa de financiación", en Moreno Serrano, E., y Cazorla González-Serrano, L., (coord.), *Crowdfunding: Aspectos Legales*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, p.37.

14 En este sentido, García-Ochoa Mayor, D., y Narváez Barba, I.: "Economía colaborativa y financiación", *Diario la Ley,* nº8807, de 20 de julio de 2016, p.2. Aunque como apunta Price, J.A.: "Sharing: the integration of intimate economie", *Antropológica*, vol. 17, nº. 1, 1975, p. 3-27 y así mismo, Belk, R., "Sharing", *Journal of Consumer Research*, vol.36, 2010, p.715-734, es necesario distinguir entre el intercambio tradicional -con relaciones eminentemente verticales- y el consumo colaborativo -basado en un mercado horizontal, entre pares (*peer-to-peer*).

15 Ver, Ziegler, T., et.al., "The Global Covid-19 FinTech rapid assessment report", *Cambridge Center for Alternative Finance,* University of Cambridge, World Bank Group and World Economic Forum, 2020, p. 107-108

los anteriormente mencionados mercados de financiación participativa, que pretenden satisfacer las necesidades de financiación de los solicitantes mediante fondos aportados y agrupados por una multitud o red de inversores minoristas y/o profesionales.

Con la evolución de estos mercados, se han ido delimitando -y sofisticando- tres claros modelos de financiación participativa: los modelos de deuda, los modelos de inversión -denominados conjuntamente financiación participativa financiera[16]- y los modelos de no inversión -también denominados financiación participativa no financiera[17]. Centrando el foco en los modelos de deuda, como su nombre indica, son plurales e incluyen variadas formas de estructurar las relaciones de crédito. El presente trabajo se centra en el estudio de una de ellas, la financiación participativa de crédito[18] por ser esta la más relevante tanto en volumen como en implantación a nivel global[19].

2. Funcionamiento de la FPC

Es necesario, de forma previa, tratar el ámbito terminológico, pues en algunos puntos puede llegar a resultar confuso. A lo que a lo que me referiré como "financiación participativa de crédito", internacionalmente se ha denominado "P2P/Marketplace Lending"[20]. A nivel nacional, en el preámbulo de la LFFE se

16 La financiación participativa financiera integra la financiación participativa de crédito y la de inversión -ambas reguladas tanto en la LFFE como en el RSFP-, y la financiación participativa no financiera integra los modelos de no inversión, carente por ahora de regulación específica en España. Así lo distingue, entre otros, Campuzano, A.B., "Las plataformas de financiación participativa", en Cuena Casas, M., (dir.), *Aspectos legales de la financiación en masa o crowdfunding*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p.239 aunque utilizando el término crowdfunding financiero / no financiero en lugar de "financiación participativa".

17 Esta clasificación en tres bloques es la que sigue el CCAF en sus publicaciones, si bien a nivel español la doctrina ha adoptado una clasificación menos detallada distinguiendo entre financiación participativa financiera y no financiera y cuatro modalidades dentro de estas. En este sentido, respecto a las clasificaciones a nivel nacional, vid. Camacho Clavijo, S., "Las modalidades de financiación participativa o crowdfunding y su distinción respecto las figuras afines: equity-crowdfunding emisión de valores y obligaciones, crowdlending y mecenazgo participativo", en Martínez-Echevarria, A., y Pañeda Usunáriz, F., (dirs.), *Las plataformas de financiación participativa -crowdfunding-*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018, p.41.; Carrasco, A.: "La financiación participativa a través de plataformas de "crowdfunding"", *CESCO*, de 19 de abril de 2014. (Disponible en: www.uclm.ws/centro/cesco); García Labarta, C.: "Presente y futuro del crowdfunding como fuente de financiación de proyectos empresariales", *Revista Española de Capital Riesgo*, nº1/2014, p.3-19.; De Las Heras Ballell, T., "El crowdfunding: una fórmula de financiación colectiva, colaborativa y participativa de proyectos", *Revista Pensar en Derecho*, nº3, 2013, p.101 y ss. entre otros.

18 El origen del concepto se ha establecido en octubre de 2005 con la fundación de *Kiva* en Sillicon Valley de San Francisco (https://www.kiva.org/), la primera plataforma que permitía conseguir financiación a proyectos de países en desarrollo en forma de préstamos. En contra, autores como Piattelly, U., *Il crowdfunding in Italia*, Giappichelli editore, Torino, 2013, han considerado como primera campaña de crowdfunding la realizada por Joseph Pulitzer en 1884 en el periódico New York World con el objetivo de recaudar fondos para la construcción del pedestal que debía soportar la Estatua de la Libertad. Ahora bien, el hecho de que se utilizara el periódico como medio en lugar de plataformas de internet, desvirtúa la acción y no permite que sea entendida como financiación participativa.

19 Ver, Ziegler, T., et.al., "The 2nd Global Alternative Finance Market Benchmarking Report", *Cambridge Center for Alternative Finance,* University of Cambridge, World Bank Group and World Economic Forum, 2021, p. 25-30.

20 Esta es la denominación que utiliza el CCAF en sus publicaciones y con creciente consenso a nivel internacional. Aun así, dependiendo de la jurisdicción, también se denomina *Loan-based Crowdfunding*, *Marketplace Lending*, *Collaborative Financing* o *Crowdlending.*

utiliza el término "crowdfunding"[21] para denominar el mercado a nivel general, pero este término se refiere de forma conjunta a las relaciones de crédito y las de inversión, y no utiliza -la ley- una denominación específica para referirse a dichas modalidades. También la LFFE denomina a las plataformas que intermedian en el mercado como "plataformas de financiación participativa" y no "plataformas de crowdfunding" como sería más coherente[22]. El RSFP, más reciente que la LFFE, en su versión en lengua española no utiliza el término "crowdfunding" sino "financiación participativa" para describir el mercado a nivel general y distingue entre la "financiación participativa de crédito" y la "financiación participativa de inversión"[23], siendo esta la denominación que considero más adecuada.

Aclarado lo anterior, la financiación participativa de crédito -y, en general, todas las formas de financiación participativa-, se caracterizan por la sustitución de los intermediarios financieros tradicionales[24] por plataformas intermediarias[25] en línea, las PFP que, por norma general, se presentan generadoras de un entorno digital en el que se promueve la contratación entre prestamistas y prestatarios -erróneamente denominados por la LFFE y el RSFP como inversor y promotor respectivamente.

De este modo, el prestatario -que puede ser persona física o jurídica- propone un proyecto para el que solicita financiación en nombre propio y con finalidades empresariales, formativas o de consumo[26] (art. 49 LFFE). Dicho proyecto es analizado por la PFP, quien evalúa su potencial y la solvencia del prestatario, otorgándole una calificación o "scoring"[27] y estableciendo el tipo de interés del préstamo[28]. Superada la evaluación, el proyecto es publicado por la PFP que no

21 Término de origen anglosajón formado por la conjunción de las palabras *crowd,* en referencia a una colectividad de individuos, y *funding,* en referencia a la acción de financiar. Atribuido a Michael Sullivan cuando en 2006 lanzó *Fundavlog* en Reino Unido, una incubadora de proyectos regida por la reciprocidad, transparencia y financiación por una multitud de personas.

22 En lo que respecta a la terminología utilizada por la doctrina española, la financiación participativa también se ha denominado financiación colectiva, financiación en masa o microfinanciación.

23 Sorprenden las diferencias terminológicas entre las distintas traducciones del reglamento, lo cual muestra la falta de consenso en torno a la denominación que debe utilizarse. Por ejemplo, mientras las versiones en lengua inglesa e italiana hablan de *crowdfunding* en general, y de *lending-based crowdfunding* o *crowdfunding basato sul prestito* para referirse a las relaciones de crédito, las versiones en lengua francesa y portuguesa hablan de *financement participatif par le prêt* y de *financiamento colaborativa por empréstimo.*

24 Entendiendo como tales, en el mercado de crédito, las entidades de crédito reguladas por la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (BOE núm. 156, de 27 de junio de 2014, 49412-49549).

25 La calificación jurídica del papel de las PFP será analizada en profundidad en el segundo punto del presente trabajo.

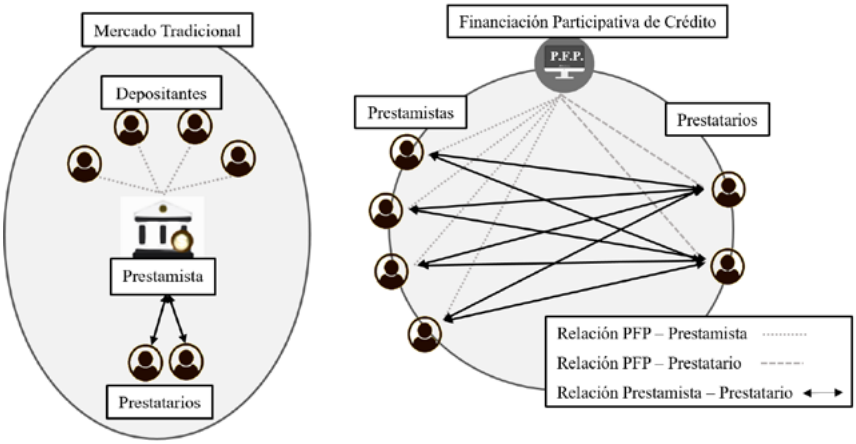
26 Destacar que, a diferencia de la LFFE, el RSFP excluye de su ámbito de aplicación los proyectos con finalidades de consumo, no impidiendo que estos se puedan dar, en cuyo caso les es aplicable la normativa general prevista para los contratos de préstamo al consumo.

27 Aunque esta evaluación del riesgo de crédito se prevé en el art. 51.2.b) LFFE como un servicio auxiliar que las PFP pueden prestar a los prestamistas, en la práctica todas las PFP que operan en España lo ofrecen.

28 El artículo 51.2 LFFE letra *b* prevé como servicio auxiliar de las PFP "la determinación del nivel de riesgo que implica cada proyecto para los inversores y la determinación de cualquier otra variable que resulte útil para que los inversores tomen la decisión de inversión." lo cual y junto la letra *d* del mismo artículo que

asume ningún riesgo propio en la operación. A través de ella, los prestamistas -que también pueden ser persona física o jurídica-, basándose en la calificación que otorga la PFP y en la información publicada en la misma, financian el proyecto por acumulación y con la suma de pequeñas cantidades, esperando obtener rentabilidad mediante el cobro de los intereses prefijados en el proyecto.

De esta forma, a nivel contractual, como se puede observar en los gráficos que siguen, la aparición de las PFP como nuevo intermediario supone un cambio drástico en la estructura de las transacciones. Mientras en el mercado de crédito tradicional el intermediario financiero capta los fondos de los depositantes y celebra únicamente un contrato de crédito en el que participa como prestamista, en una operación de financiación participativa de crédito se celebran, en primer lugar, los respectivos contratos entre la PFP y el prestatario y la PFP y los prestamistas -que no necesariamente son equiparables- y, en segundo lugar, tantos contratos de préstamo como prestamistas financien un mismo proyecto.



Con la aparición de las PFP y en atención a los servicios prestados por estas[29], parece apropiado hablar de una re-intermediación del mercado[30] y no tanto de una desintermediación como apunta la LFFE. Se puede observar que, frente a una relación de crédito estructurada tradicionalmente de forma vertical, en la

permite "la puesta a disposición de modelos de contratos necesarios", en la práctica se ha traducido en que es la PFP quien elabora e impone el contrato de préstamo entre usuarios y el tipo de interés del mismo en atención al análisis de solvencia que la propia PFP ha realizado.

29 Sin perjuicio de que la naturaleza jurídica del papel de las PFP y de su relación con los usuarios será analizado en profundidad más adelante.

30 En este sentido, el RSFP en su considerando (1), habla de "un tipo cada vez más importante de intermediación" y ya no de desintermediación. Así mismo lo entienden autores como Zunzunegui Pastor, F., "Encuadre sistemático y conceptual de la financiación participativa (crowdfunding)", en Cuena Casas, M., (Dir.), *Aspectos legales*, cit., p.40. y De Las Heras Ballell, T., "La responsabilidad de las plataformas: Alcance, límites y estrategias", en Moreno Serrano, E., y Cazorla González-Serrano, L., *Crowdfunding: Aspectos Legales*, cit., p.369.

financiación participativa de crédito la relación entre prestamista y prestatario se "horizontaliza" puesto que quien ocupa ahora la posición de prestamista ya no es un intermediario financiero tradicional sino otro usuario[31].

Se ha distinguido entre tres clases de financiación participativa de crédito en función del tipo de prestatario al que se dirige el préstamo o la finalidad del proyecto: en primer lugar, la de crédito a consumidores o "P2P/Marketplace consumer lending" que se da cuando, en la relación de préstamo, el prestatario tiene la condición de consumidor[32]; en segundo lugar, la de crédito a negocios o "P2P/Marketplace business lending" que se da cuando el prestatario es un empresario; en tercer lugar, la de crédito inmobiliario o "P2P/Marketplace property lending" o "crowdlending inmobiliario" que se distingue de las anteriores no por la condición del prestatario sino por la finalidad del proyecto que se financia, pues en estos supuestos el préstamo se encuentra garantizado con un bien inmueble, ya sea el prestatario consumidor o empresario[33].

II. LAS PLATAFORMAS DE FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA

1. El papel de la plataforma

En el ordenamiento jurídico español, las plataformas de financiación participativa (en adelante, PFP) se regulan en el primer capítulo del título V de la Ley 5/2015 de Fomento de la Financiación Empresarial (LFFE), que lejos de ofrecer un marco jurídico integral, define el régimen jurídico específico de dichas plataformas y enfoca su figura como un específico operador del mercado a la vez que configura su estatuto jurídico[34]. La LFFE define a las PFP como aquellas "empresas autorizadas cuya actividad consiste en poner en contacto, de manera profesional y a través de páginas web u otros medios electrónicos, a una pluralidad de personas físicas o jurídicas que ofrecen financiación a cambio de un rendimiento dinerario, denominados inversores, con personas físicas o jurídicas que solicitan financiación en nombre propio para destinarlo a un proyecto de financiación participativa, denominados promotores", delimitando su ámbito de aplicación en base a un criterio eminentemente subjetivo.

31 La condición o no de consumidor de los usuarios en la financiación participativa es un tema de debate sobre el que no hay una posición clara en la doctrina y que se escapa del objeto del presente trabajo.

32 La condición de consumidor tanto del prestatario como del prestamista ha sido, y es, un foco de discrepancias dentro de la doctrina y no es analizado en el presente trabajo. Dicho lo anterior, es relevante mencionar que el RSFP (art. 1.2 letra a) excluye de su ámbito de aplicación los préstamos de financiación participativa otorgados a consumidores, mientras que la LFFE no se refiere a estos de forma específica.

33 Es necesario destacar que la LFFE prohíbe de forma expresa los préstamos de financiación participativa con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual del prestatario, pero no sobre otros inmuebles.

34 De Las Heras Ballell, T., "Responsabilidad de las plataformas de financiación participativa", en Cuena Casas, M., *Aspectos legales*, cit., p.506.

Existe en la LFFE una reserva de actividad en favor de las PFP. Para ser consideradas como tales, las PFP deben recibir, seleccionar y publicar los proyectos presentados por los prestatarios, así como desarrollar, establecer y explotar los canales de comunicación para favorecer la contratación de relaciones subyacentes entre prestamistas y prestatarios (art. 51.1 LFFE). Se excluyen expresamente del ámbito de aplicación de la norma y, por lo tanto, no se consideran PFP aquellas plataformas que, realizando la misma actividad, capten la financiación mediante donaciones, mediante la venta de bienes y servicios o mediante la concesión de préstamos sin intereses. De este modo, la LFFE no define la financiación participativa de forma precisa, sino con el propósito de definir los supuestos en que las plataformas quedan o no sujetas a la norma.

Es necesario destacar a los efectos que nos ocuparan más adelante que es la PFP quien selecciona los proyectos que son publicados en su portal, actuando en cierta medida como un guardián de acceso o "gatekeeper"[35]. Esta facultad no es común entre las plataformas de la economía colaborativa[36].

De forma auxiliar, las PFP pueden prestar una serie de servicios adicionales establecidos en el art. 51.2 LFFE, en principio, tendentes a favorecer las transacciones entre prestamistas y prestatarios. Entre los anteriores, reviste de especial relevancia el servicio auxiliar de análisis de los proyectos de financiación y la determinación del nivel de riesgo que implica cada proyecto para los inversores, es decir, el estudio de la solvencia del prestatario y la determinación de cualquier otra variable que resulte útil para que los prestamistas tomen la decisión de contratar.

En la práctica, las PFP se basan en ese análisis del riesgo de solvencia del proyecto y del prestatario realizado por ellas mismas[37] para asignarle el anteriormente mencionado "scoring"[38], aunque rara vez las plataformas muestran los criterios en base los cuales establecen dichas calificaciones. Ahora bien, lejos de limitarse a ofrecer ese análisis de la solvencia de los prestatarios para facilitar la decisión del prestamista, en base al "scoring" otorgado por ellas mismas, algunas

35 Para un análisis más profundo de la figura del gatekeeper, ver Kraakman, R. H.: "Gatekeepers: The Anatomy of a Third Party Enforcement Strategy", *2 J.L. Econ.&Org.*, nº1, spring 1986, p. 53-104.

36 Se trata en la STJUE 19 diciembre 2019 (asunto C-390/18 Airbnb Ireland) en el que se establece por el tribunal que en el caso de la plataforma Airbnb no selecciona a los arrendadores que publican en su portal.

37 Algunas plataformas como Civislend complementan el estudio del riesgo de solvencia realizado por ellas mismas con otro estudio externo. Pese a lo anterior, ninguno de los dos estudios se hace público, mostrando únicamente la calificación o *scoring* resultado del mismo.

38 Los distintos grados de solvencia los establecen las plataformas en base a sus propios criterios, no existiendo una escalera común entre plataformas. Es el caso, por ejemplo, de Socilen que establece doce grados en los que el A1 es el mayor grado de solvencia y el D3 el menor. Disponible en: https://www.socilen.com/tipos-de-interes-empresas-crowdlending/ (consultado en 15 de octubre de 2021).

PFP establecen el tipo de interés al que se suscribirá el préstamo subyacente[39], siendo este fijo y no negociable entre el prestatario y el prestamista[40]. Este es, en mi opinión, uno de los puntos más relevantes en el estudio que se realizará más adelante del grado de influencia de las PFP en la relación de crédito subyacente.

También el artículo 51 LFFE prevé que mientras la publicación, clasificación y agrupación de de los proyectos se realice en base a términos objetivos, sin realizar recomendaciones personalizadas a los prestamistas, no constituirá asesoramiento financiero. Pese a ello, existen mecanismos indirectos permitidos por la propia LFFE por los que las PFP pueden indicar a los prestamistas en qué proyectos contratar. Me estoy refiriendo a la capacidad de las PFP de actuar como prestamista en la relación subyacente aportando en el caso de la financiación participativa de crédito, hasta el límite del 10 por ciento del capital total solicitado en el proyecto. En tales supuestos la plataforma debe informar a todos los usuarios de su participación, así como de la cuantía aportada, por lo que indirectamente se produce una recomendación al resto de prestamistas.

Asimismo, dado que en una relación de financiación participativa pueden concurrir multitud de prestamistas, y tanto estos como los prestatarios pueden no ser profesionales de la actividad, se permite a la PFP poner a disposición de las partes los modelos de contratos necesarios para la celebración de la relación subyacente (art. 51.2 letra *d* LFFE). De nuevo, en base a tal previsión normativa, las PFP extralimitan las funciones del que sería un simple intermediario y no solo proponen distintos modelos de contratos a los prestamistas y al prestatario, sino que les imponen un único contrato, no pudiendo las partes negociar el clausulado del préstamo y siendo todas las cláusulas redactadas e impuestas por la PFP excepto, obviamente, de la duración y la cuantía del préstamo.

Por si no fuera poco el grado de influencia de la PFP, tanto el artículo 51.2.f) como el 51.3 LFFE prevén la posibilidad de que la plataforma actúe en representación de los prestamistas. En primer lugar, la PFP puede representar al prestamista en la formalización del contrato cuando el acuerdo de voluntades se haya manifestado a través de la misma plataforma y, en segundo lugar, en el caso de un incumplimiento contractual por parte del prestatario, la PFP puede actuar en representación de

39 Por ejemplo, la plataforma Socilen que pone a disposición de los posibles interesados el tipo de interés aplicable a cada grado de scoring. Disponible en: https://www.socilen.com/tipos-de-interes-crowdlending-particulares/ (consultado el 21 de octubre de 2021). En cambio, plataformas como Grow.ly siguen otras formas de determinar el tipo de interés como, en su caso, establecer el tipo de interés medio ponderado de las ofertas realizadas por los prestamistas. Se detalla el cálculo del tipo de interés en el Anexo I del contrato de préstamo público en su página web. Disponible en: https://www.grow.ly/Static/Docs/contrato_prestamo_mercantil_condiciones_generales.pdf (constultado a 21 de octubre de 2021)

40 Puede observarse en la página de Socilen como se aparejan los tipos de interés al grado de solvencia establecido por la propia plataforma. Esta plataforma ofrece incluso un "simulador de préstamo" en el cual introduciendo la cuantía solicitada y el plazo junto con el grado de solvencia uno puede observar el tipo de interés al cual va a recibir los préstamos. Disponible en https://mk.socilen.com/simulador_ext.php (consultado el 15 de octubre de 2021).

los prestamistas para proceder a la reclamación judicial y extrajudicial o incluso en nombre propio cuando los prestamistas le cedan sus derechos de crédito.

Así, de todo lo anterior se da la situación de que un prestatario que accede a una PFP únicamente tiene capacidad de establecer la duración del préstamo y la cuantía, y además, quien redacta e impone las condiciones del contrato de préstamo es la PFP quien si bien formaliza el contrato subyacente en nombre de los prestamistas, no es parte del mismo y, por lo tanto, difícilmente el prestatario podrá exigirle responsabilidad.

2. Las PFP como prestadoras de un servicio de la sociedad de la información

A) La financiación participativa como un servicio de la sociedad de la información.

La naturaleza del servicio mediado por las PFP -la financiación de crédito-, y el hecho de que las PFP sean en sí mismas un nuevo actor en el mercado, son dos de las principales razones que han justificado un régimen jurídico específico -la LFFE- guiado por los mismos principios y estrategias de los mercados regulados[41]. Ahora bien, dicho régimen jurídico específico no excluye la aplicación de la normativa prevista para las plataformas digitales prestadoras de servicios de intermediación electrónica, pues como se desprende de la definición del artículo 46 LFFE, las PFP se presentan como plataformas digitales, de base electrónica y generadoras de entornos cerrados, autorregulados, de base contractual y gestionados centralizadamente[42]. Asimismo, las funciones obligatorias de las PFP previstas en el artículo 51.1.b) LFFE sitúan a las PFP como mercados multilaterales[43], en nuestro caso, de crédito, es decir, como marcos digitales cuyo objetivo es promover la contratación entre sus usuarios.

Lo anterior hace necesario analizar el papel de las plataformas, primero, como prestadoras de servicios de la sociedad de la información, pues las PFP son, además de un nuevo actor en la intermediación financiera, plataformas de la economía digital y, concretamente, intermediarias digitales. La variedad funcional que proponen las PFP atrae los cuerpos normativos aplicables a cada una de esas funciones, lo cual dibuja un complejo régimen jurídico que, como veremos más adelante, da lugar a distintos escenarios de responsabilidad.

41 De Las Heras Ballell, T., "Responsabilidad de las plataformas", cit., p.505 y 506.

42 De Las Heras Ballell, T., "Responsabilidad de las plataformas", cit., p.510.

43 Los también denominados *two-sided markets* o *multi-sided markets* son aquellos entornos electrónicos destinados a facilitar la interacción entre las dos posiciones del mercado para negociar y concluir transacciones. En este sentido, Evan, D.S., and Schmalensee, R.: "Matchmakers: The new economics of multisided platforms", *Harvard Business Review*, Boston, 2016.

Los servicios de la sociedad de la información como categoría jurídica se regulan, a nivel europeo, en la Directiva 2000/31 sobre el comercio electrónico[44] (en adelante, por brevedad, DCE) que recoge la definición ya proveniente de la Directiva 98/34/CE[45] modificada por la Directiva 98/84/CE[46] que fue la primera en introducir una definición legal de dicha categoría. La DCE establece por primera vez el régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información, si bien a la hora de definir el concepto (art. 2 letra *a* DCE) remite al artículo 1.2 de la inicial Directiva 98/34/CE. Desde el 7 de octubre de 2015, la remisión debe entenderse hecha al artículo 1.1 letra *b* de la Directiva (UE) 2015/1535[47] que deroga y sustituye a la Directiva 98/34/CE, si bien el texto es el mismo que el previsto en la Directiva 98/85/CE. La Propuesta de Reglamento del parlamento europeo y del consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de Servicios Digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE[48] (en adelante, por brevedad y por sus siglas en inglés, DSA), también remite en su artículo 2 letra *a* a la definición de la Directiva (UE) 2015/1535. Dicha definición y también la recogida en el Anexo, letra *a,* de la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico[49] (en adelante, por brevedad, LSSICE) -norma que transpone la regulación europea al ordenamiento español-, describe a los servicios de la sociedad de la información en base a cuatro requisitos cumulativos.

Primero, como aquellos servicios prestados a cambio de una "remuneración". Si bien en la financiación participativa de crédito es común entre las plataformas que perciban su comisión a cargo únicamente del prestatario[50] fruto de su condición de mercados multilaterales, es reiterada la jurisprudencia del TJUE

44 Directiva 2000/31 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el Comercio Electrónico) [DOCE L 178/1 de 17.7.2000]

45 Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información [DOCE L 204 de 21.7.1998, p.37]. Directiva modificada por la Directiva 98/48/CE [DOCE L 217/18, de 5.8.1998].

46 Directiva 98/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 1998, relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional basados en dicho acceso [DOCE L 320/54, de 28.11.1998]

47 Directiva (UE) 2015/1535, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información [DOUE L 241, de 17.09.15]

48 Bruselas, 15 de diciembre de 2012, COM(2020) 825 Final.

49 Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico [BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002, p. 25388 a 25403]

50 Ver, por ejemplo, como Socilen anuncia en su página principal "*sin comisiones para el inversor"* y lo utiliza para publicitarse ante potenciales prestamistas. Asimismo, en el apartado de tarifas al inversor, se observa como toda comisión va a cargo del prestatario. Disponible en: https://www.socilen.com/tarifas-y-comisiones-inversores-crowdlending/ (consultado a 8 de noviembre de 2021).
Llama la atención el hecho de que esta plataforma incrementa o disminuye la "comisión de intermediación" entre el 2% y el 5% en función del grado de solvencia del prestatario y siendo como mínimo de 90€. Otras plataformas como Civislend, si bien cobran una pequeña comisión de gestión al prestamista, la mayor parte de su comisión va a cargo del prestatario. Disponible en: https://www.civislend.com/tarifas (Consultado a 8 de noviembre de 2021).

estableciendo que la remuneración de un servicio prestado en un entorno de actividad económica, no necesariamente debe ir a cargo de todas las partes que se beneficien del mismo[51]. Más aún, la propia LSSICE incluye dentro del concepto de servicio de la sociedad de la información aquellos servicios no remunerados por sus destinatarios, pero que supongan una actividad económica para el prestador de los mismos[52].

Segundo, como aquellos servicios "prestados a distancia", es decir, y como establece la Directiva (UE) 2015/1535, prestados "sin que las partes estén presentes", lo cual incluye sin duda alguna la financiación participativa de crédito, y excluye de la categoría aquellos servicios que, si bien utilizan medios electrónicos, se prestan en presencia simultánea de las partes en el mismo lugar[53].

Tercero, como aquellos servicios "prestados por vía electrónica"[54]. En este sentido y, dado que el prestador y receptor del servicio se encuentran a distancia, dice la Directiva (UE) 2015/1535 que deberán mediar equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos que transmitan, canalicen y reciban dicha información vía hilos, medios ópticos, radio o cualquier otro medio electromagnético. Ahora bien, la LSSICE excluye aquellos servicios prestados vía teléfono vocal, fax o télex, pues pese a ser medios electrónicos, no requieren de almacenamiento ni tratamiento de datos. No deben entenderse excluidos los servicios de financiación participativa de crédito que, de nuevo, cumplen también este requisito.

Y cuarto, como aquellos servicios "prestados a petición individual del destinatario". Cómo interpreta la STJUE de 5 de junio de 2005, asunto C-89/04 Mediakabel BV en su apartado 38[55], este requisito exige la interactividad entre el prestador de servicios y el receptor, lo cual parece cumplirse también de forma

51 Entre otras, vid. el apartado 46 de la STJUE 19 diciembre 2019 (asunto C-390/18 Airbnb Ireland); el apartado 41 de la STJUE 15 septiembre 2016 (asunto C-484/14 McFadden); o el apartado 36 de la STJUE 4 mayo 2017 (asunto C-339/15 Vanderboght).

52 Este extremo se ilustra en los inicios de la plataforma BlaBlaCar, que constituía una clara actividad económica para el prestador del servicio, aunque en un primer momento no era retribuido por los usuarios. Asimismo, cabe la posibilidad de que la plataforma no exija retribución por financiarse mediante otras vías, como la publicidad. Para mayor abundamiento, vid. los apartados 40 y ss. de la STJUE 3 diciembre 2020 (asunto C-62/19 Star Taxi App), así como los apartados 36 y 38 de las conclusiones del abogado general Sr. Szpunar. M., presentadas el 20 de abril de 2019 en el asunto C-390/18 Airbnb Ireland (Disponibles en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62018CC0390)

53 En este sentido, la Directiva (UE) 2015/1535 prevé en su Anexo I apartado primero, una lista de servicios no incluidos en la categoría por no ser prestados a distancia. A modo de ejemplo, la consulta en una tienda de un catálogo electrónico en presencia del cliente, o juegos electrónicos en un salón recreativo en presencia de los clientes. Decir que se trata de una lista indicativa a efectos de ejemplificar los servicios excluidos, pero en ningún caso se trata de una lista cerrada.

54 Respecto este tercer requisito y también respecto el segundo, vid., por analogía, el apartado 47 de la STJUE 19 diciembre 2019 (asunto C-390/18 Airbnb Ireland).

55 En el caso concreto de la sentencia, el tribunal establece que incluso en los servicios de *pay-per-view* (pago por ver) no se da la interactividad necesaria para entender cumplido el requisito, pues es el prestador del servicio quien selecciona los contenidos que se emiten para todos lo espectadores de igual forma.

clara en el caso de la financiación participativa de crédito, pues presupone tanto la publicación en la plataforma del proyecto presentado por el prestatario como la petición individual de cada prestamista de prestar a un concreto proyecto[56].

Así pues, y como concluye el Tribunal de Justicia en la STJUE l'Oréal[57] y otros, la explotación de un mercado electrónico, esto es, de un servicio de internet que consiste en facilitar el contacto entre vendedores y compradores de productos, constituye, en principio, un servicio de la sociedad de la información y así también los servicios de financiación participativa. En este sentido, debe entenderse que la calificación de un servicio como servicio de la sociedad de la información responde a la forma en cómo se presta, y no al objeto del servicio en sí mismo[58].

En consecuencia, en atención únicamente a los servicios principales del art. 51.1 LFFE que prestan las PFP, se podría decir que su objeto es poner en contacto por medios electrónicos a prestatarios y prestamistas con el fin de financiar sus proyectos, beneficiando a ambos de la contratación directa y de la re-intermediación del mercado propia de los entornos multilaterales intermediados por las plataformas, que simplemente facilitarían la infraestructura y tecnología para la contratación entre las partes[59].

B) Las plataformas de financiación participativa, ¿intermediarias o prestadoras del servicio subyacente?

En este punto, procede señalar que un servicio de intermediación consistente en conectar a prestamistas acreditados o no acreditados con prestatarios que solicitan financiación para sus proyectos constituye, en principio, un servicio distinto del servicio de financiación que consiste en la propia actividad de financiar el proyecto del prestatario.

Así, un servicio de intermediación que conecta a prestamistas con prestatarios para que establezcan entre sí relaciones de crédito responde, en principio y como se ha expuesto en el apartado anterior, a los criterios para ser calificado de servicio de la sociedad de la información distinto de un servicio de financiación mediante préstamo.

56 Ver también los apartados 23 y 110 de la STJUE 23 marzo 2010 (asunto C-236/08 a C-238/08 Google France y Google).

57 STJUE 12 julio 2011 (asunto C-324/09 L'Oréal).

58 En este sentido, Montero Pascual, J.J., "El régimen jurídico de las plataformas colaborativas", en Montero Pascual, J.J., (dir.), *La regulación de la economía colaborativa: Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p.89

59 En este sentido pero analizando las plataformas de alojamiento temporal, vid. Fernández Pérez, N., *El alojamiento colaborativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p.36 y ss.

Ahora bien, se puede extraer de la jurisprudencia del TJUE[60] que, si bien un servicio que cumpla con los cuatro requisitos anteriores se incluye, a priori, dentro de la categoría jurídica de servicios de la sociedad de la información y constituye un servicio distinto al servicio subyacente, no será así cuando ese servicio forme parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal sea el servicio subyacente al que le corresponda otra calificación jurídica[61].

En el caso de la financiación participativa de crédito, además de los servicios de la sociedad de la información del artículo 51.1 LFFE, las plataformas pueden ofrecer otros servicios auxiliares (art. 51.2 LFFE), por lo que, en determinadas circunstancias cabe plantear si las PFP realizan por hipótesis prestaciones propias de la relación subyacente de crédito y, en consecuencia, si cabe estimar que prestan el servicio subyacente de financiación mediante crédito[62] o influyen decisivamente en él. En tal caso, deberá valorarse si dicho servicio está sujeto a la libre prestación de servicios de acuerdo con la Directiva 2006/123 relativa a los servicios de mercado interior[63], o si por el contrario queda sujeta al régimen jurídico específico del sector, incluyendo los requisitos de autorización y concesión de licencias empresariales, siempre que fueran discriminatorios, necesarios para alcanzar un interés público superior e identificado y proporcionales a dicho interés.

Así pues, se procede a analizar en base a la ya existente y mencionada jurisprudencia del TJUE y los criterios establecidos en la Agenda Europea, el supuesto particular de la financiación participativa de crédito para determinar en qué caso nos encontramos[64]. En dicho análisis existen diversos elementos de hecho y de derecho a los que se debe estar para determinar si la plataforma ejerce sobre el prestador del servicio subyacente un nivel de control o influencia

60 Apartado 49 de la STJUE 3 diciembre 2020 (asunto C-62/19 Star Taxi App); apartado 50 de la STJUE 19 diciembre 2019 (asunto C-390/18 Airbnb Ireland); y apartado 40 de la STJUE 20 diciembre 2017 (asunto C-434/15 Elite Taxi).

61 Especialmente relevantes a este respecto resultan los apartados 50 y 51 de la STJUE 19 diciembre 2019 (asunto C-390/18 Airbnb Ireland), donde AHTOP (asociación para la defensa del alojamiento y el turismo profesional) reclamaba precisamente que el servicio prestado por Airbnb Ireland debía ser comprendido como un servicio integrante de un servicio global cuyo elemento principal era la prestación del servicio subyacente, es decir, de alojamiento. Todo ello en atención, no solo a la puesta en contacto de las dos partes contratantes, sino también a los servicios adicionales ofrecidos por Airbnb y característicos de la intermediación inmobiliaria.

62 En este sentido, pero en referencia a las plataformas colaborativas en general, la COM(2016) 356 final, *Una Agenda Europea para la economía colaborativa,* Bruselas, junio de 2016, p.6., distingue dos modelos de negocio dentro de las plataformas digitales. En primer lugar, aquellas que prestan un servicio electrónico considerado servicio de la sociedad de la información y al que le será de aplicación la Directiva 2000/31 junto con la LSSICE, y en segundo lugar, aquellas que prestan el servicio subyacente o intervienen decisivamente en él.

63 Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. [DOUE núm. 376, de 27 de diciembre de 2006, p. 36 a 68]

64 Mientras que en el caso del alojamiento, asunto Airbnb Ireland, el TJUE estableció de forma clara que se trata de un servicio de la sociedad de la información y por lo tanto incluido en el primer grupo de plataformas, la conclusión fue la opuesta en el caso del transporte, asunto Elite Taxi, donde se determinó que la plataforma Uber es prestadora del servicio subyacente, lo cual denota la importancia del estudio casuístico en cada supuesto de hecho.

suficiente que lleve a determinar que el servicio de intermediación y el subyacente se encuentran indisociablemente unidos.

Para ello se utilizan dos criterios para apreciar dicha disociación. En primer lugar, que el prestador de servicios de intermediación cree una oferta de servicios, en nuestro caso, de financiación y, en segundo lugar, que la plataforma intermediaria organice su funcionamiento general o influya decisivamente en las condiciones de prestación de dicho servicio de financiación[65].

Afrontando la primera de las dos cuestiones, el TJUE argumenta que si el mercado ya existía antes de la aparición de la plataforma y, consecuentemente, antes que el servicio de intermediación, es fácil concluir que el servicio subyacente no está vinculado indisociablemente al primero pues difícilmente será imprescindible, por decisiva y útil, la función de la plataforma[66]. Como argumento en contra planteado por la doctrina, se dice que la plataforma sí crea una nueva oferta si esta no existiría de no ser por la misma plataforma o sus posibilidades de mercado serían muy reducidas[67].

En el caso de la financiación participativa de crédito, parece que el supuesto se acerca más al caso de la plataforma Uber que al de Airbnb. Es difícil concebir el mercado de financiación participativa hoy conocido sin la existencia de las PFP e innegable que antes de la aparición de dichas plataformas el mercado no existía. Sin el mercado generado por las PFP, por un lado, los prestamistas no estarían en disposición de ofrecer financiación y, por otro, los prestatarios no podrían recurrir a esa fuente de financiación que, recuerdo, no es la tradicional proveniente de entidades de crédito. Por lo anterior, en mi opinión, se puede afirmar que las PFP crean el mercado de servicios de financiación participativa.

65 Vid. las Conclusiones Del Abogado General Sr. Szpunar, M., presentadas el 30 de abril de 2019, apartados 45 y ss. donde analiza las sentencias de Élite Taxi y Uber France. Asimismo, ver también el ya referido apartado 50 de la sentencia Star Taxi App y Velasco San Pedro, L.A., "Economía colaborativa", en De La Cuadra Salcedo, T., y Piñar Mañas, J.L., (dir.), *Sociedad digital y Derecho*, Boletin Oficial del Estado. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y RED.ES, Madrid, 2018, p.644 y ss. así como Bustillo Saiz, M.M., "Plataformas digitales de alojamiento:¿ofrecen prestaciones constitutivas de servicios de la sociedad de la información o del servicio subyacente de alojamiento?" en Martinez Nadal, A., (dir.), *Plataformas Digitales: Aspectos Jurídicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2021, p.232 y ss.

66 En este sentido, los apartados 52 a 55 de la STJUE 19 diciembre 2019 (asunto C-390/18 Airbnb Ireland) y el fundamento de derecho sexto de la STS 30 diciembre 2020 en relación con Homeway Spain, hoy Vrbo Spain (ROJ: STS 4484/2020).

67 Fernandez Perez, N., *El alojamiento colaborativo*, cit., p.213-214.; Mayorga Toledano , M.C., "La intermediación en línea de las plataformas. El caso Airbnb." en González Cabrera, I., y Rodríguez Gonzalez, M.P., *Las viviendas vacacionales: entre la economía colaborativa y la actividad mercantil*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 62; Dictamen Del Comité Europeo De Las Regiones, "Un marco europeo de respuestas normativas a la economía colaborativa", 2020/C73/08, DOUE de 10 de marzo de 2020, p.40.; Bustillo Saiz, M.M., "Plataformas digitales de alojamiento", cit., p. 233 -234.

Dicho lo anterior, la creación de una oferta debe entenderse como un indicio de indisociabilidad entre servicios[68], pero no es suficiente para determinarla. Para ello es necesario plantear la segunda cuestión antes mencionada y analizar si, además, se organiza el funcionamiento de la oferta o se influye decisivamente en las prestaciones del servicio de financiación.

Para ello, debe estarse a los tres criterios clave siguientes[69]:

Precio: Si es la plataforma quien establece el precio del servicio subyacente en el que, en principio, no es parte, puede indicar que es la primera quien presta o influye decisivamente en el segundo. En el caso de Uber, bastó con que la plataforma estableciera el precio máximo por el servicio[70]. En el caso de las PFP este punto parece claro pues es manifiesto que son las mismas quienes imponen el tipo de interés del préstamo.

Condiciones esenciales del contrato subyacente: De igual forma que el precio, si la plataforma establece otros términos y condiciones del contrato subyacente que determinan la relación entre las partes, puede indicar que está prestando el servicio subyacente. Por ejemplo, cuando la plataforma establece instrucciones obligatorias a seguir en la prestación del servicio subyacente. Igual de claro es este punto como el anterior, pues con la excepción de la duración del préstamo y su cuantía, es la PFP quien impone todos los términos y condiciones del contrato aplicable entre las partes.

Propiedad de activos clave: Es relevante también si la plataforma posee los activos clave para la prestación del servicio subyacente. En el caso de la financiación participativa, si entendemos los activos clave para la prestación del servicio subyacente de préstamo en el sentido de medios estructurales o funcionales, los pagos y transferencias de efectivo se realizan, habitualmente, mediante la contratación de una entidad de pagos siempre que la propia PFP no tenga la condición de entidad de pagos híbrida conforme al artículo 52 letra *b* LFFE que remite a la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago y normativa que la desarrolla. En este sentido, si bien no es propietaria de dichas estructuras por prohibición expresa de la LFFE (art. 52) sí que las subcontrata, ordena y controla sus transacciones.

Además de los tres criterios anteriores, según el caso de que se trate, deben tenerse en cuenta otros servicios que también puede desempeñar la plataforma.

68 Apartados 58, 64 y ss. de las Conclusiones Del Abogado General Sr. Szpunar, M., presentadas el 30 de abril de 2019.

69 Establecidos por la COM(2016) 356 final, *Una Agenda Europea para la economía colaborativa,* Bruselas, junio de 2016, p.6 y 7.

70 STJUE 3 diciembre 2020 (asunto C-62/19 Elite Taxi), apartado 39.

En el caso de Uber, el tribunal valora también el control de la plataforma sobre la calidad de los vehículos e idoneidad de los prestadores del servicio de transporte, lo cual, trasladado a la financiación participativa de crédito, puede entenderse como el control de la PFP del tipo de prestamista ante el que se está, si acreditado o no acreditado.

Asimismo, en el caso de Airbnb el TJUE toma en cuenta el hecho de que la plataforma no selecciona los arrendatarios que acceden a ella, lo que creo que sí sucede en las PFP, pues como se ha expuesto, son estas las encargadas en un primer momento de seleccionar los proyectos que se presentan y de determinar si son publicados o no.

Si bien es cierto que, como se ha establecido[71], la oferta de sistemas de calificación o evaluación no constituyen en sí mismos una prueba de influencia significativa, eso sucede en los casos en que son los propios usuarios quienes realizan dicha evaluación entre ellos y no la plataforma. En el caso de las PFP, por el contrario, es la plataforma quien evalúa la viabilidad del proyecto y la solvencia del prestatario, estableciendo un "scoring" y ofreciéndolo a los posibles prestamistas para facilitar su toma de decisiones.

En definitiva y a la vista del análisis anterior, creo que existen sólidos argumentos para acreditar el hecho de que en ciertas circunstancias las PFP organizan el funcionamiento general de los servicios de financiación que se prestan entre usuarios. Por lo anterior, debe entenderse que los servicios prestados por las PFP se encuentran vinculados indisociablemente de los servicios de financiación prestados por los prestamistas en el sentido de que unos no pueden prestarse sin los otros, lo cual afecta a la naturaleza del servicio prestado por las PFP impidiendo que sea calificado de servicio de la sociedad de la información. En consecuencia, entiendo que tanto la Directiva 2000/31 como la LSSICE no son aplicables a la actividad desarrollada por las PFP de crédito y así, que no les aplica la previsión de exclusión de responsabilidad en los supuestos previstos por el artículo 14 de la Directiva 2000/31.

71 COM(2016) 356 final, *Una Agenda Europea para la economía colaborativa,* Bruselas, junio de 2016, p.7

BIBLIOGRAFÍA

Algar, R.: "Collaborative Consumption", *Leisure Report*, abril de 2007, p.8.

Basel Committee Of Banking Supervision: "Basel III: Finalising post-crisis reforms", de diciembre de 2017. Disponible en https://www.bis.org/bcbs/publ/d424.pdf.

Belk, R.: "Sharing", *Journal of Consumer Research*, vol.36, 2010, p. 715 a734.

Botsman, R., y Rogers, R., *What 's Mine Is Yours: The Rise of Collaborative Consumption,* Harper Collins, New York, 2010, p. 64 a 80.

Bustillo Saiz, M.M.: "Plataformas digitales de alojamiento:¿ofrecen prestaciones constitutivas de servicios de la sociedad de la información o del servicio subyacente de alojamiento?" en Martinez Nadal, A., (dir.), *Plataformas Digitales: Aspectos Jurídicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 232 y ss.

Camacho Clavijo, S.: "Las modalidades de financiación participativa o crowdfunding y su distinción respecto las figuras afines: equity-crowdfunding emisión de valores y obligaciones, crowdlending y mecenazgo participativo", en Martínez-Echevarria, A., y Pañeda Usunáriz, F., (dirs.), *Las plataformas de financiación participativa -crowdfunding-*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 41.

Campuzano, A.B.: "Las plataformas de financiación participativa", en Cuena Casas, M., (dir.), *Aspectos legales de la financiación en masa o crowdfunding*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 239.

Carrasco, A.: "La financiación participativa a través de plataformas de "crowdfunding"", *CESCO*, de 19 de abril de 2014. (Disponible en: www.uclm.ws/centro/cesco)

Cauffman, C.: "The Commission's European agenda for the collaborative economy - (Too) platform and service provider friendly?", *EuCML - Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 7, 2016, p.4.

Cuena Casas, M., *Las FinTech de préstamos o crowdlending. La contratación a través de plataformas intermediarias en línea.*, REUS, Zaragoza, 2019, p.22.

De Las Heras Ballell, T.: "El crowdfunding: una fórmula de financiación colectiva, colaborativa y participativa de proyectos", *Revista Pensar en Derecho*, nº3, 2013, p.101 y ss.

"La responsabilidad de las plataformas: Alcance, límites y estrategias", en Moreno Serrano, E., y Cazorla González-Serrano, L., *Crowdfunding: Aspectos Legales*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 369.

"Responsabilidad de las plataformas de financiación participativa", en Cuena Casas, M., *Aspectos legales de la financiación en masa o crowdfunding*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p.506.

Evan, D.S., and Schmalensee, R.: "Matchmakers: The new economics of multisided platforms", *Harvard Business Review*, Boston, 2016.

Fernández Pérez, N., *El alojamiento colaborativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 36 y ss.

Gansky, L., *The Mesh. Why the future of business is changing*, Penguin Group, New York, 2010, p. 72 a 75.

García Labarta, C.: "Presente y futuro del crowdfunding como fuente de financiación de proyectos empresariales", *Revista Española de Capital Riesgo*, nº1/2014, p. 3 a 19.

García-Ochoa Mayor, D., y Narváez Barba, I.: "Economía colaborativa y financiación", *Diario la Ley,* nº8807, de 20 de julio de 2016, p. 2.

Kraakman, R. H.: "Gatekeepers: The Anatomy of a Third Party Enforcement Strategy", *2 J.L. Econ.&Org.*, nº1, spring 1986, p. 53 a 104.

Lessig, L.: "Two Economies: Commercial and Sharing", en Lessig, L., *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy,* Bloomsbury Academic, London, 2008. p. 117–176.

Martinez Barreiro, A.: "La cultura del usar y tirar. ¿Un problema de investigación?", *RIPS*, vol.11, nº. 4, 2012, p.149-150.

Maudez Gutierrez, A., en el prólogo de Alfonso Sánchez, R., y Valero Torrijos, J., (dir.), *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital,* Thompson Reuters, Pamplona, 2016, p. 50.

Mayorga Toledano , M.C., "La intermediación en línea de las plataformas. El caso Airbnb." en González Cabrera, I., y Rodríguez Gonzalez, M.P., *Las viviendas vacacionales: entre la economía colaborativa y la actividad mercantil*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 62.

Montero Pascual, J.J., (dir.), *La regulación de la economía colaborativa: Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 89.

Moreno Serrano, E., "Configuración jurídica del <<Crowdfunding>> como forma alternativa de financiación", en Moreno Serrano, E., y Cazorla González-Serrano, L., (coord.), *Crowdfunding: Aspectos Legale*s, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 37.

Naciones Unidas, "Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible", Johannesburgo, Sudáfrica. Celebrada del 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002. (Disponible en: https://www.un.org/spanish/conferences/wssd/modelos_ni.htm)

Piattelli, U., *Il crowdfunding in Italia*, Giappichelli editore, Torino, 2013, p. 16.

Price, J.A.: "Sharing: the integration of intimate economie", *Antropológica*, vol. 17, nº. 1, 1975, p. 3 a 27.

Velasco San Pedro, L.A.: "Economía colaborativa", en De La Cuadra Salcedo, T., y Piñar Mañas, J.L., (dir.), *Sociedad digital y Derecho*, Boletin Oficial del Estado. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y RED.ES, Madrid, 2018, p. 644 y ss.

Vilches, A., y Gil, D., *Construyamos un futuro sostenible. Diálogos de supervivencia*, Cambridge University Press, Madrid, 2003, p.153.

Ziegler, T., et.al.: "The Global Covid-19 FinTech rapid assessment report*", Cambridge Center for Alternative Finance,* University of Cambridge, World Bank Group and World Economic Forum, 2020, p. 107 a 108.

Ziegler, T., et.al., "The 2nd Global Alternative Finance Market Benchmarking Report*", Cambridge Center for Alternative Finance,* University of Cambridge, World Bank Group and World Economic Forum, 2021, p. 25-30.

Zunzunegui Pastor, F.: "Encuadre sistemático y conceptual de la financiación participativa (crowdfunding)", en Cuena Casas, M., (dir.), *Aspectos legales de la financiación en masa o crowdfunding*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 40.

LA REVOLUCIÓN BLOCKCHAIN Y LOS SMART CONTRACTS EN EL MARCO EUROPEO

THE BLOCKCHAIN REVOLUTION AND SMART CONTRACTS IN EUROPE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1088-1109

Carlos
DOMÍNGUEZ
PADILLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: El objeto del siguiente trabajo estriba en el análisis de la tecnología blockchain y una de sus aplicaciones: los Smart Contracts como nueva forma de contratación.

PALABRAS CLAVE: Blockchain, Smart Contracts, comercio electrónico, programación, normativa europea.

ABSTRACT: *The purpose of this work is analyzed blockchain technology and one of its applications, Smart Contracts as a new form of contracting.*

KEY WORDS: *Blockchain, Smart Contracts, electronic commerce, programming, european regulations.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ANTECEDENTES AL BLOCKCHAIN.- 1. Bitcoin.- 2. Ethereum.- 3. Solidity.- III BLOCKCHAIN.- 1. Concepto.- 2. Tipos.- 3. Características.- 4. Criptografía.- 5. Lex Criptographia.- Aplicaciones y usos.- IV. SMART CONTRACTS.- 1. Concepto.- 2. Oráculos.- 3. Función multifirma.- 4. Dobles depósitos en los contratos inteligentes.- 5. Características.- 6. Beneficios y desventajas.- 7. Smart Contracts y Smart Legal Contracts.- V. ASPECTOS LEGALES Y JURISDICCIÓN DE LOS SMART CONTRACTS.- VI. ESTRATEGIA EUROPEA.- VII. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La revolución tecnológica actual nos sitúa en una nueva era y un nuevo paradigma; la globalización y especialmente la crisis pandémica mundial han provocado y acelerado un gran impacto social, modificando las interrelaciones personales, económicas, laborales y financieras.

Las nuevas tecnologías emergentes como la Blockchain y los Smart Contracts, se están asentando no solo en el sector comercial sino también en el resto de los sectores sociales. La creación de nuevas modalidades de contratación, el uso de dinero electrónico o las monedas virtuales carecen de una regulación legal que permita actualmente una buena funcionalidad y seguridad jurídica.

El Derecho Internacional Privado Europeo pretende corregir esta seguridad jurídica y para ello ha elaborado los respectivos Reglamentos.

II. ANTECEDENTES AL BLOCKCHAIN

1. Bitcoin

El intento de crear monedas virtuales ya es antiguo y se remonta a los años noventa del siglo XX, Entre 1991 y 2008 Stuart Haber y Scott Stornetta comenzaron a trabajar en la primera tecnología Blockchain.

Bitcoin[1] es la primera implementación de un concepto conocido como "moneda criptográfica", la cual fue descrita por primera vez en 1998 por Wei Dai. Originariamente, las criptomonedas utilizan una red distribuida para permitir el pago P2P[1], un sistema de verificación de transacciones sin necesidad de terceros. A

1 Una red Peer to Peer, red de pares, red entre iguales o red entre pares (P2P por sus siglas en inglés).

• Carlos Domínguez Padilla
Graduado en Derecho. Doble Máster Abogacía y Nuevas Tecnologías. Universidad Pablo de Olavide
Experto Legal en Blockchain, Smart Contracts, Tokenización y Criptoactivos
Certificado por el Consejo General de la Abogacía, FELABAN y Blockchain Intelligence
carlosdom4799@gmail.com

fin de mantener esta seguridad, las criptomonedas utilizan algoritmos matemáticos y un registro de contabilidad público (llamado Blockchain[2] o cadena de bloques) para asegurar que cada transacción que se realiza sea legítima, para conseguir evitar el fraude. En 2010 se realizó la primera compra en línea usando el Bitcoin. Del 2012 al 2014 el mercado Bitcoin superó los 1.000 millones de dólares.

Fue en 2008 cuando Satoshi Nakamoto[3] introdujo el White Paper[4] de Bitcoin: Bitcoin A Peer to Peer Electronic Cash System. Es una red consensuada que permite un sistema de pago nuevo y una moneda completamente digital. Es la primera red entre pares de pago descentralizado promovido por los propios usuarios sin una autoridad central o intermediarios. Fue varios años más tarde cuando se comenzó a analizar la posibilidad de hacer uso de dicha tecnología para algo más que el mero registro de transacciones económicas.

La tecnología Blockchain constituye la base sobre la que se construyó Bitcoin, la idea originaria consistía en la creación de una moneda virtual contenida en un archivo informático y que podía ser transferida por su titular a través de firma electrónica reconocida a otro usuario, quien a su vez puede transferirla de igual forma.

En 2018 esta tecnología es usada por el 15 % de las compañías financieras y el 95 % de las empresas ya están dispuestas a invertir en Blockchain. A partir de 2019 la tecnología Blockchain se implementa masivamente en muchas empresas y la industria Blockchain empieza a florecer.

La tecnología Blockchain hace posibles los Smart Contracts (contratos inteligentes) y fue a principios de 2014, con la creación de Ethereum, cuando, por fin, pasaron a ser una realidad.

2. Ethereum

Vitalik Buterin desarrolló Ethereum[5] en 2014 con nuevas incorporaciones a la típica base de código de Bitcoin y lanzó un documento técnico de Ethereum.

Ethereum es una Blockchain pública distribuida donde se ejecutan programas escritos en Solidity[6], que se enfoca en ejecutar el código de programación de cualquier aplicación descentralizada, es una plataforma para compartir información

2 Más información acerca de Blockchain disponible en: https://www.blockchain.com.

3 La identidad de Satoshi Nakamoto sigue siendo desconocida hasta hoy.

4 Vid. "White paper de Bitcoin", disponible en: https://bitcoin.org/bitcoin.pdf

5 Más información de Ethereum disponible en https://ethereum.org/es/.

6 Solidity, es un lenguaje de programación informática, orientado a objetos y especialmente diseñado para la creación de smart contracts y su ejecución en la Ethereum Virtual Machine

en todo el mundo que no puede ser manipulada o modificada que permite la creación de acuerdos de contratos inteligentes entre pares.

Entre 2015 y 2017, Ethereum lanzó e introdujo oficialmente una nueva característica llamada Smart Contract a través de su integración en la Ehtereum Virtual Machine[7] (contrato inteligente).

3. Solidity

Solidity es un lenguaje de programación de alto nivel bastante similar a uno de los más usados, JavaScript. Está diseñado y compilado en código de bytes (bytecode) para crear y desarrollar contratos inteligentes que se ejecuten en la Máquina Virtual Ethereum. Mediante Solidity, los desarrolladores pueden programar aplicaciones descentralizadas que inserten la automatización en los negocios a través de los Smart Contracts, con registro inalterable y autorizando las transacciones.

III. BLOCKCHAIN

1. Concepto

Blockchain no es un tratamiento en sí mismo, sino una técnica de proceso distribuido de información sobre el cual se pueden implementar distintos tratamientos y modelos de negocios.

La cadena de bloques es una gran base de datos que se distribuye entre varios nodos que participan en la cadena. Esta funciona como un libro de registro inmutable que contiene la historia completa de todas las transacciones que se han ejecutado en la red[5].

Estos nodos se conectan en una red descentralizada, sin un ordenador principal, son redes llamadas P2P (red de pares, red entre iguales) que se comunican entre sí utilizando el mismo lenguaje que transmiten un mensaje, llamado token[8].

La red P2P es una red de ordenadores en la que todos o algunos aspectos funcionan sin clientes ni servidores fijos, sino una serie de nodos que se comportan como iguales entre sí; actúan simultáneamente como clientes y servidores respecto

7 La máquina virtual de Ethereum (EMV) es el entorno de ejecución para smart contracts en Ethereum. Está completamente aislada, lo que significa que el código que se ejecuta dentro del EVM no tiene acceso a red, y permite la ejecución de los programas en modo de pruebas. Los contratos viven en la cadena de bloques en un formato binario específico Ethereum (bytecode EMV). Sin embargo, los smart contracts se escriben en Solidity.

8 Merchán Murillo, A.: "Inteligencia artificial y Blockchain: retos jurídicos en paralelo", "*Revista General de Derecho Administrativo*", 2019, núm. 50º p. 21.

a los demás nodos de la red, permiten el intercambio directo de información en cualquier formato entre los ordenadores interconectados. Usualmente este tipo de redes se implementan como redes superpuestas construidas en la capa de aplicación de redes públicas como en el caso de Internet.

Un token (símbolo, señal o ficha) es una representación de la información que contiene la red. La información viaja encriptada, debido a esto, está distribuida sin que se revele su contenido, conforme va creciendo la cantidad de transacciones, crece la cadena de bloques, y cada bloque tiene su propia huella digital.

Su alcance es inmenso, Ethereum podría sustituir básicamente a cualquier intermediario, sustituyendo productos y servicios que dependen de terceros para estar totalmente descentralizados.

2. Tipos

En función de los permisos requeridos para formar parte en una Blockchain pueden distinguirse tres categorías:

A) Públicas. Donde cualquiera puede descargar en su ordenador los programas necesarios y constituir un nodo y participar en el proceso de consenso, cualquiera que sea parte podrá enviar transacciones a través de Internet las cuales se incluirán en la cadena de bloques.

B) Federadas o de consorcio[9]. En esta clase no permiten que cualquier persona pueda configurar un nodo en su PC y participar en el proceso de validación de las transacciones ya que se necesita permiso de acceso que suelen concederse a los miembros de un determinado colectivo, por ejemplo: el colectivo de entidades financieras.

C) Privadas. En estas cadenas de bloques las autorizaciones para poder realizar transacciones son concebidas por organizaciones privadas que determinarán qué condiciones permitirá la lectura de las transacciones realizadas.

3. Características

A) Inmutable. Nadie puede alterar o eliminar los datos en el registro o agregar contenido nuevo sin ninguna validación. Cuando se produce una transacción, todos los nodos de la red tendrán que decir que es válida o no se agregaran al registro.

9 Una cadena de bloques federada o de consorcio, puede estar integrada por un colectivo muy numeroso o por un grupo muy reducido. Serán los creadores de la misma los que establezcan los permisos de acceso y la cantidad de nodos que deben suscribir la validez de los bloques.

B) Descentralización. No hay una sola persona o autoridad gobernante que revise el marco.

C) Origen. Todos los nodos pueden verificar el momento en que determinado activo se ha registrado en la cadena de bloques, quién fue su primer titular y todos los ulteriores cambios de titularidad producidos hasta el momento.

D) Seguridad. Todos los datos del registro están fuertemente encriptados, mediante la criptografía, que es uno de los algoritmos matemáticos más complejos que existen.

Cada bloque tiene una identificación hash (huella digital) única y cambiarlo es imposible.

Para realizar una transacción en blockchain es necesario el uso de claves públicas y privadas.

E) Registro distribuido. Debido a la naturaleza de la tecnología, todos los nodos mantienen el registro y por tanto la potencia computacional se distribuye entre ellos, los nodos actúan como verificadores.

F) Consenso. Es un factor determinante, sin consenso el sistema no funciona. Para que la información contenida en un bloque sea considerada como válida, todos los participantes deben de estar de acuerdo. El desarrollador de la red necesita implementar algún tipo de algoritmo de consenso.

G) Rapidez. Ofrece un resultado más rápido. Por ejemplo, una transacción podría tardar pocos minutos en realizarse.

4. Criptografía

Las Blockchain utilizan la criptografía asimétrica (PKI). Es un procedimiento para el cual se transforma el texto, código o programa a través de un algoritmo con clave de cifrado. Solo podría recomponerse para leer mediante una clave de descifrado[10].

El software de criptografía genera pares de claves criptografías, públicas y privadas, vinculadas por un algoritmo matemático. Estos pares son únicos, el programa solo los produce una vez y los atribuye a un individuo concreto quien solo conoce la clave privada. Respecto a la clave pública, ésta es de dominio público y permite identificar a la persona. Las aplicaciones cliente permiten ser usadas de manera anónima, puesto que bastará facilitar un correo electrónico.

10 Vilalta Nicuesa, A.E. *Smart legal contracts y blockchain*, Wolters Kluwer, p.26, Madrid, abril de 2019.

5. Lex Cryptographia

El término se utiliza para referirse a un nuevo marco regulatorio compuesto por normas sociales y propias del mundo online en el que la tecnología blockchain ofrecería a las personas acceso a monedas alternativas, mercados globales, sistemas de transacciones automatizados, contratos inteligentes, propiedad inteligente y modelos de gobernanza basados en la transparencia que pretende potenciar las libertades individuales, la autonomía del usuario y el acceso equitativo a instituciones digitales[11]. En este marco las leyes tradicionales tienen una mayor dificultad de adaptación para regular el comportamiento de los individuos, por esto, se propone el desarrollo de normas sociales a través del diseño del código[12]. Este espacio on-chain, autoregulatorio a través de protocolos, ha mostrado algunos defectos y problemas de seguridad que podrían afectar a las cadenas de transacciones. Hasta ahora, el modo de resolver estas situaciones ha sido acudiendo a los hard-forks o ejecución de bifurcaciones con objeto de modificar el software y revertir la situación, por ejemplo, en el caso de anular una transacción inválida. Esto ha comprometido la característica inmutabilidad de las Blockchain debido a que la solución a esto debe trasladarse a una autoridad externa al consenso del colectivo que conforma la Blockchain, por tanto, el principio el código es la ley no es suficiente para mantener un entorno on-chain seguro.

6. Aplicaciones y usos

Entre los posibles usos que van más allá del sector financiero están; la gestión de cadenas de suministros, la tokenización de activos, la trazabilidad e inventario de bienes, la gestión de una identidad digital, sistema de identificación de fraude, registros de propiedad o desarrollo de servicios financieros entre otros.

Podrían clasificarse las aplicaciones de la tecnología Blockchain en dos categorías:

- Aplicaciones de registro. En este caso la tecnología de bloques es aplicada, bien como repositorio de documentos, bien para llevar a cabo la inmatriculación la representación digital de una identidad o de un bien mueble o inmueble en una red descentralizada para, posteriormente, inscribir los distintos cambios que se produzcan a lo largo de su vida y facilitar información acerca del estatus de tales identidades o bienes a su titular y/o a las personas a las que ésta autorice expresamente en cualquier

11 Vilalta Nicuesa, A.E. *Smart legal contracts y blockchain*, Wolters Kluwer, p.44, Madrid, abril de 2019.

12 De Filippi, P. Wright, A., "Decentralized blockchain technology and the rise of lex cryptographia", 2015, disponible en: https://www.intgovforum.org/cms/wks2015/uploads/proposal_background_paper/SSRNid2580664.pdf

lugar y momento. Las aplicaciones más extendidas en los casos de uso existentes son las siguientes:

- Habilitación de una identificación digital (identidad y autenticación[13]).

- Registro de propiedad de bienes inmuebles -tangibles e intangibles o activos- e inmuebles. En general se presta al registro todo aquello que tenga un valor y pueda expresarse en código.

- Redes sociales y estructuras descentralizadas privadas y públicas.

- Servicios gubernamentales, desde la gestión de licencias, transacciones, eventos, movimiento de recursos y pagos, gestión de propiedades hasta la gestión de identidades.

- Almacenamiento en la nube. Normalmente los servicios de almacenamiento están centralizados en un proveedor específico, pero la empresa Storj quiere descentralizar este servicio para mejorar la seguridad y reducir la dependencia de ese proveedor de almacenamiento.

- Infraestructuras de pagos.

- Registros de seguimiento de contratos de obras.

- Registros académicos y certificaciones por parte de instituciones académicas.

- Registros contables y bancarios.

- Registros médicos y de salud de los ciudadanos.

- Registros de seguros y reclamaciones.

- Registros de producción y trazabilidad de los alimentos, productos de la industria, desde la fabricación, hasta la distribución y comercialización y servicio postventa.

Aplicaciones contractuales. Las redes blockchain permiten integrar en su sistema formalizar contratos legales inteligentes, con la finalidad de articular y perfeccionar relaciones contractuales automatizadas donde acabe garantizado el cumplimiento de las obligaciones.

13 Merchán Murillo, A.: "Identidad digital: su incidencia en el blockchain", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 50° p. 2.

IV. SMART CONTRACTS

1. Concepto

Los Smart Contracts son programas informáticos escritos en código, siguiendo un lenguaje de programación de software, Solidity, en el que se ejecutan una serie de órdenes que son anteriormente establecidas. La ejecución no está condicionada a matiz o interpretación alguna, sus parámetros son claros. Se basa en reglas lógicas, estas condiciones y consecuencias se registrarán en la red blockchain y, por tanto, los nodos de la red únicamente validarán las transacciones que impliquen si la mayoría de ellos constatan que la condición se ha cumplido.

Los contratos inteligentes ejecutan acuerdos establecidos de manera automática y autónoma entre dos o más partes cuando se da una condición programada con anterioridad[14].

Los llamados contratos ricardianos[15], son contratos digitales que establecen una conexión entre la legislación y el mundo digital a través de una función hash, convirtiendo un contrato legal y legible por personas en un código de software legible por una máquina, el cual cuenta con la capacidad de ejecutarse con todas las características del contrato inteligente. El programa verifica la implementación de las obligaciones automáticamente a través de los Oráculos "Oracle".

2. Oráculos

Esta herramienta, suministra información de forma continua a las cadenas de bloques y permite actualizar el estado de los Smart contracts con información externa, generalmente obtenida a través de APIs[16] (interfaz de programación de aplicaciones). La fuente de ese oráculo sigue siendo una tercera parte, un intermediario fuera de la Blockchain y fuera del contrato y, por tanto, sujeto a la confianza. El propósito principal de éstos es proporcionar información a los contratos inteligentes con el fin de dar cumplimiento a los términos del contrato.

Los oráculos permiten asimismo la trazabilidad de todas las transacciones que se producen, de todos los movimientos que son consecuencia del código (programación) y lo que es más importante a nuestros efectos, garantiza la respuesta, la ejecución de lo pactado por las partes sin que sea posible el

14 Madrid Parra, A.: "Smart Contracts-Fintech: Reflexiones para el debate jurídico", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2020, núm. 52°.

15 Grigg, I., "On the intersection of Ricardian and Smart Contracts", febrero 2017, en línea: https://researchgate.net/publication/308788639_On_the_intersection_of_Ricardian_and_Smart_Contract

16 Más información sobre APIs disponible en: https://www.redhat.com/es/topics/api/what-are-application-programming-interfaces

incumplimiento porque los pactos han previsto dicha circunstancia y ha anticipado una respuesta que será ejecutada de producirse.

La capacidad de los smart contracts es limitada, estos programas pueden verificar la información que contiene la cadena de bloques. Sin embargo, no disponen de recursos para buscar información y filtrarla decidiendo cual es correcta y cual no. Además, por sí solos, los smart contracts no pueden determinar si una condición se ha cumplido, para desarrollar estas tareas necesita la colaboración de agentes externos.

Los oráculos realizan esta función, como empresas externas a la cadena de bloques que pueden facilitar al programa cualquier tipo de información, y que han creado un software propio compatible con Solidity que les permite interaccionar con el smart contract. El oráculo recibirá la consulta en la que se incluirá la página URL donde consta la información y, devolverá al contrato una respuesta rápida[17].

La actividad desarrollada por los oráculos al interactuar con la cadena de bloques es de tercero confiable e imparcial. En la actualidad existen varias plataformas que realizan esta actividad en Ethereum. El oráculo de referencia en la actualidad es "Oraclize"[18].

3. Función multifirma

La función multifirma en los Smart Contracts es una función a través de la cual dos o más personas se ponen de acuerdo para hacer cumplir las condiciones de un contrato. Esta permite configurar el contrato para que todas las partes tengan el deber de aprobar una transacción, de este modo, una sola de ellas no puede disponer de los fondos[19].

4. Dobles depósitos en los contratos inteligentes

Esta característica de los Smart Contracts permite a dos o más partes realizar una transacción segura para ambos a través de un contrato inteligente. Este contrato les obliga a depositar en una dirección de la cadena de bloques unos fondos para el cumplimiento del contrato.

El contrato tiene una duración determinada, y si no llegan a un acuerdo, el contrato inteligente mandará directamente los fondos que ambas partes tuvieron que abonar a otra dirección de la cadena de bloques de la que nadie podrá

17 Chamber of Digital Commerce "Smart Contracts. 12 Use cases for Business & Beyond",2016, disponible en: https://arxiv.org/abs/1612.04496.

18 Más información sobre Oraclize disponible en: https://provable.xyz/.

19 Ortega Giménez, A. *Smart Contracts y Derecho Internacional Privado, Aranzadi*, Navarra, 2019, p. 34,

sacarlos. Lo que hace esta condición es forzar a cumplir a cada uno con su parte del contrato, en caso contrario, los fondos desaparecerían[20].

5. Características

Estos contratos, por su especial naturaleza, reúnen unas características específicas, que señalamos a continuación:

Forma electrónica. Opera sobre una representación digital de los activos/bienes objeto del contrato, pero al hacer uso de la criptografía, cada interacción necesita una clave/firma digital. Como en toda tecnología Blockchain los contratos se registran en una red descentralizada por lo que no requieren de un organismo regulador que verifique las transacciones que de ellos se deriven

Autonomía. No necesitan un tercero para ejecutarse, sino que lo hacen automáticamente, esto implica que no pueden ser manipulados por agentes externos a la relación contractual.

Marco condicional. Se apoya en declaraciones condicionadas (si A realiza x, B transferirá y) con un código previamente programado.

Mayor nivel de certeza. A través del uso de la lógica booleana se elimina la ambigüedad.

Encauzado al cumplimiento. Una vez programado, se garantiza su ejecución, por lo que se elimina la dependencia de la voluntad de las partes.

Seguridad. Son seguros, en tanto ejecutan operaciones firmadas por ambas partes, siempre y cuando la identificación de las partes sea lo suficientemente estricta. Sería virtualmente imposible hackear todos los nodos de la red al mismo tiempo para tratar de falsear una operación.

Rapidez. Son transacciones extraordinariamente veloces puesto que las pueden darse de manera casi instantánea al verificarse el cumplimiento de la condición en cuestión.

6. Beneficios y desventajas

Las ventajas son varias, podemos resumirlas en tres palabras: autonomía, seguridad y confianza. Utilizando los Smart Contracts ya no resulta necesario recurrir a un tercero, los Blockchain son capaces de resguardar la información en

20 Ortega Giménez, A. *Smart Contracts y Derecho Internacional Privado*, Editorial Aranzadi, p.34, Navarra, 2019

una red cifrada que puede consultarse desde cualquier lugar del mundo, por lo que la velocidad y seguridad son evidentes.

Los Smart contracts usan todos los beneficios de la tecnología blockchain, que son los siguientes: Autonomía, costes, confianza, velocidad, seguridad y nuevos modelos de negocios[21].

Por otro lado, este tipo de programas también tienen ciertas desventajas, o más bien obstáculos que superar que son los siguientes:

- Escalabilidad. Las plataformas de contrato inteligente aún se consideran no probadas en términos de escalabilidad.

- La información externa. Se necesitarán servicios de datos confiables, también conocidos como oráculos, que puedan enviar información a la cadena de bloques.

- Factor humano. El código está escrito por personas y pueden cometer errores.

- Difícil modificación de condiciones. Si el Smart Contracts está en el Blockchain, no podría ser cambiado ya que esta tecnología es inmutable.

- Privacidad. El código dentro de los Smart Contracts es visible para todas las partes dentro de la red, lo que puede no ser aceptable para algunas aplicaciones.

- Estado legal incierto.

- Costos de implementación. Es esencial tener un codificador experimentado en el personal para hacer contratos inteligentes.

Las cadenas de bloques padecen diversas barreras que impiden su despliegue generalizado en el ámbito de la contratación, del registro y de la resolución de controversias. Entre ellos destacaría, los siguientes:

- Los mecanismos de consenso resultan poco transparentes, inconsistentes y escasamente fiables debido a la ausencia de estándares de gobernanza a nivel global. Esto genera además serios problemas de responsabilidad, en particular en Blockchains no permisionadas o abiertas provocando en ocasiones problemas de procesamiento y almacenamiento.

21 Kim, H., Laskowski, M., *A Perspective on Blockchain Smart Contracts: Reducing Uncertainty and Complexity in Value Exchange*, Blockchain Lab@York. Schulich School of Business, York University, Toronto, Canada, 2018, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2975770

- El bajo rendimiento que las cadenas de bloques abiertas, que solo pueden procesar un número limitado de transacciones en cada momento y los tiempos en cada transacción es excesivo, entre 10 y 14 minutos.
- Las amenazas de ataques con tecnología computacional cuántica a los sistemas criptográficos.
- No resulta siempre fácil comprender el código. Pueden producirse discordancias entre los términos legales y el lenguaje del código.
- Pérdida de control por parte de los sujetos involucrados en la transacción. Las partes ceden el control de dicha relación jurídica a terceros.
- El uso de datos biológicos y biométricos como parámetros para establecer los términos y condiciones particulares de un contrato puede originar discriminación.
- Son rígidos e inflexibles. Los contratos inteligentes son autoejecutables y autoverificables, no pueden modificarse una vez se implementan en cadenas de bloques abiertas o no permisionadas.
- Requieren de nuevos intermediarios, dado que en un contrato inteligente intervienen indirectamente muy diversos agentes al margen de las partes contratantes: los propietarios blockchain, los mineros, los agentes oráculos, los servicios externalizados, las personas físicas que verifican la legitimación u otros aspectos sensibles de los contratos (existencia, legalidad y exactitud de los títulos, bienes o derechos, estado civil de las personas y capacidad, minoría de edad y madurez, incapacidad real declarada o no, etc.). Todavía se necesitan intermediarios de confianza que verifiquen todos estos aspectos[18] (autoridades legales, notarios públicos, organizaciones públicas, terceros de confianza o entidades de acreditación, etc.).
- Es necesaria la formación de nuevos perfiles profesionales que reúnan conocimientos y experiencia tecnología y jurídica, conozcan el lenguaje de código y el legal, puedan elaborar e interpretar las plantillas estandarizadas de código y sepan redactar contratos adaptados a las necesidades y requerimientos de las partes.
- La tecnología debería ser capaz en toda situación de identificar a los sujetos intervinientes.

7. Smart Contract y Smart Legal Contract

Mediante la biblioteca (API) denominada Web 3 JavaScript app API[19], pueden desarrollarse aplicaciones web perfectamente accesibles para cualquier ciudadano

medio, y en cuya parte no visible (back end) existe un smart contract que se ejecuta de forma automática. Con ello queremos significar que el contrato como concepto jurídico no se circunscribe al smart contract, que es, como se ha expuesto, un programa informático, sino que alcanza a los mecanismos de interacción establecidos por los desarrolladores de la interfaz y a través de los cuales el usuario recibe y envía información.

Podemos definir los contratos legales inteligentes como aquellos contratos celebrados a través de una página web accesible para las partes cuya forma está constituida por la interfaz de usuario de la aplicación externa y uno o varios programas autoejecutables (smart contracts) residentes en la cadena de bloques con capacidad para interactuar recíprocamente y con dicha interfaz[22].

La relación existente entre las partes de un contrato legal inteligente, no es directa e inmediata, se instrumenta por medio de un smart contract de forma que, en fase de formación, el consentimiento de las partes es el hecho determinante que desencadena el inicio de la ejecución automática, por lo que el smart contract, debe permanecer en espera hasta recibir el mensaje que indique la aceptación. En fase de ejecución, en relación a las contraprestaciones automatizadas, las partes esperan hasta que se produzca el cumplimiento.

Para clarificar los términos cabría diferenciar entre smart contracts, como la tecnología blockchain aplicada a diversas funcionalidades y los Smart legal contracts, como una aplicación concreta de los smart contract, los contratos inteligentes desde una perspectiva legal. De este modo, atribuimos a los primeros, cualquier expresión o declaración expresada en lenguaje de código que se implemente y ejecute en una cadena de bloques, mientras que reservaría al segundo término el sentido de contrato estricto "sensu", desde un punto de vista jurídico y entendido como el acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos de derecho sobre un objeto y una causa de obligarse, expresado en lenguaje natural y de código, que se implementa y ejecuta a través de la tecnología de bloques[23].

V. ASPECTOS LEGALES Y JURISDICCIÓN DE LOS SMART CONTRACTS

Los requisitos para los smart contracts son iguales a los de un contrato tradicional. Ha de existir una oferta, una aceptación, una relación legal entre las partes y un cumplimiento efectivo.

22 Vilalta Nicuesa, A.E. *Smart legal contracts y blockchain*, Wolters Kluwer, p.26, Madrid, 2019.

23 Lauslahti, K., Mattila, J., Seppala, T., *Smart Contracts-How will Blockchain Technology Affect Contractual Practices?*, ETLA Reports, núm. 68, p.70.

Los smart contracts plantean problemáticas cuando tratamos de encajarlos en el sistema tradicional del Derecho contractual, sus beneficios se convierten en limitaciones ya que no es posible determinar un marco jurídico concreto por su difícil encaje en las categorías de Derecho existentes.

En cuanto al cumplimiento o modificación del contrato, si hablamos de cumplimiento sustancial, habría que programar el código para que se ejecute basándose sólo en los términos esenciales del contrato, para la modificación parcial/total o rectificación deberíamos programar el código con esta capacidad desde un primer momento si concurren determinadas circunstancias.

En caso de incumplimiento y reparación disminuye la probabilidad de incumplimiento debido a su naturaleza[24]; en caso de existir, se introducen mecanismos en el propio smart contract para remediarlo. Pero, en cualquier caso, se minimiza la necesidad de acudir a los trámites asociados a los tribunales.

Si los smart contracts se generalizan en el tráfico económico, de algún modo deberán estar sometidos a la misma regulación que el resto de contratos electrónicos sobre bienes y servicios, la ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE)[25], que determina los requisitos para la validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica, hace una remisión a los contenidos del Código Civil, Código de Comercio, a las restantes normas civiles y mercantiles sobre los contratos y, a las normas de protección de consumidores y usuarios y de la ordenación comercial.

Respecto a su validez, los contratos celebrados por vía electrónica también deberán reunir los requisitos establecidos por el artículo 1261 del Código Civil, siendo estos el consentimiento, objeto cierto y causa de la obligación que se establezca, además de contemplar los requisitos del artículo 23 LSSICE[26].

Para establecer la competencia judicial internacional[27] cuando se haya ocasionado conflictos en los supuestos de los smart contracts celebrados entre empresas (B2B o Bussines to Bussines), es necesario recurrir a los instrumentos normativos[28]:

24 Tur Faúndez, C., *Smart Contracts, análisis jurídico,* Editorial Reus, Madrid, 2018.

25 Madrid Parra, A.: *Contratos electrónicos y contratos informáticos,* Revista de la contratación electrónica, 2010, núm. 111º, pp. 5-35.

26 Martínez Nadal, A.: "III simposio español de comercio electrónico: Simposio Español de Comercio Electrónico", Palma, 9 y 10 de junio de 2005.

27 Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J., "Derecho Internacional Privado I" 18.ª edición, Ed. Comares, Granada, 2018.

28 Ortega Giménez, A. *Smart Contracts y Derecho Internacional Privado*, Editorial Aranzadi, p. 62, Navarra, 2019.

- Reglamento (UE) nº. 1215/2012[29] del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento "Bruselas I Bis").

- Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007[30] (Convenio de "Lugano II").

- Ley Orgánica 7/2015[31], de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Para la determinación de la ley aplicable, será de aplicación el Reglamento (CE) nº. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, Reglamento ("Roma I")[32], que resulta plenamente aplicable al comercio electrónico y por tanto a los Smart Contracts, además, será de aplicación el Reglamento (CE) nº. 864/2007[33] del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales ("Roma II").

VI. ESTRATEGIA EUROPEA

Europa se encamina a un régimen armonizado. Durante más de una década, la tecnología blockchain y las criptomonedas se han desarrollado libremente.

El 10 de abril de 2018, 22 países europeos firmaron en Bruselas una declaración para el establecimiento de la European Blockchain Partnership[34] (EBP), cifra que a día de hoy asciende a 30, que colocaría a Europa a la vanguardia del desarrollo tecnológico de las DLT (Descentralizated Ledger Tecnologies, Tecnologías de Registro Descentralizado).

La AEB (Asociación Europea de Blockchain) está planeando un sandbox regulatorio paneuropeo. Un sandbox es una instalación que reúne a reguladores, empresas y expertos en tecnología para probar soluciones innovadoras e identificar los obstáculos que surgen en su implementación, en cooperación con la Comisión Europea para casos de uso en EBSI (Infraestructura Europea de Servicios Blockchain), una única Blockchain para Europa con el objetivo de prestar

29 https://www.boe.es/doue/2012/351/L00001-00032.pdf.

30 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22007A1221(03)&from=CS

31 https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8167

32 https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:ES:PDF

33 https://www.boe.es/doue/2007/199/L00040-00049.pdf

34 Más información disponible en: https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/blockchain-partnership

servicios públicos transfronterizos, y fuera de EBSI, incluida la portabilidad de datos, espacios de datos de empresa a empresa, contratos inteligentes e identidad digital. Esto cubrirá sectores como la salud, el medio ambiente, la movilidad, la energía y más. Para que este sistema funcione pública o privadamente, es necesario crear las ID o DIDs que son un tipo de identificador que permite una identidad digital descentralizada verificable.

Tanto ciudadanos como empresas, necesitarían una cartera digital confiable y segura, conectada a una Blockchain para guardar sus DIDs y sus documentos; siendo esto regulado en el Reglamento eIDAS 2. Se espera que el sandbox entre en funcionamiento en 2021/22.

El 24 de septiembre de 2020 se realizó la propuesta de Reglamento para un mercado de criptoactivos[35] (MiCA).

La regulación del blockchain y las criptomonedas tendrán una regularización en la UE para antes del año 2024.

VII. CONCLUSIÓN

Esta situación genera nuevos conflictos sociales cada vez más complejos que requieren de un nuevo enfoque jurídico más adaptado a la imperante realidad social. Es necesario regularizar aquellas lagunas que van emergiendo según avanza la sociedad. Para ello, no basta únicamente con la visión jurídica, es necesaria una concepción multidisciplinar que permita valorar ampliamente los retos jurídicos actuales, para así, garantizar los derechos de todos.

El Derecho debe imperar y colocarse en el lugar que siempre ha ocupado en la historia de las civilizaciones más avanzadas.

35 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0593

BIBLIOGRAFÍA

Atzei, N., Bartoletti, M. Cimoli, T., Laude, S., Zunino, R. "SoK: unraveling Bitcoin *smart contracts", Universita degli Studi di C*agliari, Italy, diciembre 2015.

Atzori, M., "Blockchain Technology and *D*escentralized Go*vernance: Is the State Still Necessary*?" diciembre 2015, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2709713

Atzori, M., "Blockchain Te*chnology and Descentralized Governance: Is* the State Still Necessary?" diciembre 2015, en línea: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abst*ract_id=2709713*

BBVA, "De Alan Turing al cyberpunk: la historia de blockchain", "BBVA", 5 diciembre 2017, disponible en: https://www.bbva.com/es/historia-origen-blockchain-bitcoin/.

Buterin, V., "On the comparative advantages of public and private blockchains, agosto 2015, disponible en: https://blog.ethe*reum.org/2015/08/*07/on-public-and-private-blockchains.

Buterin, V. "A next-generation Smart con*tract and d*ecentralized applica*tion platform*" Ethereum White Paper, 2014, disponible en: http://blockchainlab.com/pdf/Ethereum_white_paper-a_next_generation_smart_contract_and_decentralized_application _ platform-vitalik-buterin.pdf.

Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J., "Derecho Internacional Privado I" 18.ª edición, "Editorial Comares", Granada, 2018.

Chamber of Digital Commerce "Smart Contracts. 12 Use cases for Business & Beyond", 2016, disponible en: https://arxiv.org/abs/1612.04496

Chozas, J.M., "La complejidad respecto al encuadre jurídico de los contratos inteligentes en las categorías existentes del derecho", disponible en: https://www.lawcomputing.es/2018/01/10/la-complejidad-del-encuadre-juridico-del-smart-contract-en-las-categ*orias*-ex*istent*es-del-derecho-parte-3/

De Filippi, P. Wright, A., "Decentralized blockchain technology and the rise of lex cryptographia", 2015, disponible en: https://www.intgovforum.org/cms/wks2015/uploads/proposal_background_paper/SSRNid2580664.pdf

Echevarría Sáenz, "Contratos electrónicos autoejecutables (Smart contract) y pagos con tecnología blockchain", "Revista de Estudios Europeos", núm. 70, julio-

diciembre 2017, dispon*ible en: https*://www.ree-uva.es/inDEX.PHP/SUMARios/2017/n-70-julio-diciembre-2017.

Esplugues Mota, C., I*glesias Buhig*ues, J.L., "Derecho Internacional Privado", "Tirant lo Blanch", Valencia, 2021.

Fernández Burgueño, P., "La contratación electrónica en el ordenamiento j*urídico español"* disponible en: http://www.pabloburgueno.com/2010/06/la-contratacion-electronica-en-el-ordenamiento-juridico-español/.

Fernández Rozas, J.C., Sánchez Lorenzo, S., "Derecho Internacional Privado", 11.ª, "Editorial Civitas", Madrid, 2020.

García Mexia, P., "Criptoderecho. La regulación de blockchain, "Wolters Kl*uwer", La Ley*, 2018.

González, M., "Identificación Electrónica y Servicios de Confianza", "Diario La Ley", núm. 8762, Sección Práctica Forense, 16 de mayo de 2016.

Grigg, I., "On the intersection of Ricardian and Smart Contracts", febrero 2017, en línea: https://researchgate.net/public*ation/308788639*_On_the_intersection _ of _ Ricardian_and_Smart_Contract.

Kim, H., Laskowski, M., "A Perspective on Blockchain Smart Contracts: Reducing Uncertainty and Complexity in Value Exchange", "Blockchain Lab@York. Schulich School of Business, York University, Toronto, Canada, *2018*, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2975770.

Madrid Parra, A.: "Contratos electrónicos y contratos informáticos", "Revista de la contratación electrónica", 2010, núm. 111º, pp. 5-35.

Madrid Parra, A.: "Smart Contracts-Fintech: Reflexiones para el debate jurídico", Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías, 2020, núm. 52º.

Martínez Nadal, A.: "III simposio español de comercio electrónico: Simposio Español de Comercio Electrónico", Palma, 9 y 10 de junio de 2005.

Mateo Hernández, J. L., "El dinero electrónico en Internet. Aspectos técnicos y jurídicos", "Editorial Comares", Granada, 2005.

Merchán Murillo, A.: "Identidad digital: su incidencia en el blockchain", "Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías", núm. 50º p. 2.

Merchán Murillo, A.: "Inteligencia artificial y Blockchain: retos jurídicos en paralelo", "Revista General de Derecho Administrativo", 2019, núm. 50º p. 21.

Méndez, F.P., "Smart Contracts, Blockchain and Land Registry", "European Land *Registry Association (ELRA)*" General Assembly. Brussels, noviembre 2018, disponible en: https://www.elra.eu/wp-content/uploads/2018/12/Smart-Contracts-Blockchain-and-Land-Registry-by-F-Mendez.pdf.

Nakamoto, S., "B*itcoin: A Peer*-to-Peer Electronic Cash System", 2008, disponible en: https://bitcoin.org/bitcoin.pdf.

Ortega Giménez, A. "Smart Contracts y Derecho Internacional Privado", "Editorial Aranzadi", Navarra, 2019

Pastor, J., "Qué es blockchain: la explicación definitiva para la tecnología más de moda", disponible en: https://www.xataka.com/especiales/que-es-blockchain-la-explicacion-definitiva-para-la-tecnologia-mas-de-moda/.

Puyol, J., "¿Qué son los Smart Contracts o contratos digitales?, disponible en: https://confilegal.com/20160403-los-smart-contracts-contratos-digitales/.

Pérez Alonso, G., "Blockchain y Lex Criptographia: el nuevo orden legal", "Diario La Ley", núm. 9253, Sección Hoy es Noticia, 6 de septiembre de 2018.

Saveleyev, "Contract law 2.0: smart contracts as the beginning of the end of classic contract law", "Information & communications Technology Law, 2017, disponible en: https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13600834.2017.1301036.

Tapscott, A., Tapscott, D., "Blockchain Revolution", Portfolio Penguin, 2016, Nueva York, EEUU.

Tur Faúndez, C., "Smart Contracts, análisis jurídico", "Editorial Reus", Madrid, 2018.

Vilalta Nicuesa, A.E. "Smart legal contracts y blockchain", "Wolters Kluwer", Madrid, 2019.

Weback, K., Cornell, N., "Contracts ex machina", pp. 314-382, 2017 disponible en: https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3913&context=dlj.

Yaga, Mell, Roby, Scarfone, "Blockchain Technology overview", NIST US Department of Commerce, 2018 disponible en: https://nvlpubs.nist.gov/nitspubs/ir/2018/NIST.IR.8202.pdf.

YORK, MCMILLAN, WONG, "Blockchain and Smart contracts: The dawn of the Internet of Finance?", "*Communication Law Bulletin*", Vol. 35, septiembre de 2016.

EL ALCANCE DE LAS CLÁUSULAS CONTENIDAS EN LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES QUE PREVÉN LA INTERACCIÓN DEL USUARIO CON EL SERVICIO MEDIANTE COMANDOS DE VOZ*

THE SCOPE OF THE CLAUSES CONTAINED IN CONTRACTS FOR THE PROVISION OF DIGITAL CONTENT AND SERVICES THAT PROVIDE THE USER INTERACTION WITH THE SERVICE BY MEANS OF VOICE COMMANDS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1110-1123

*Este tema se trató en el Congreso Internacional "Declaración de Voluntad en un Entorno Virtual", celebrado los días 24, 25 y 26 de febrero de 2021 y organizado por la Universidad de Cádiz. De la comunicación allí presentada se ha publicado una primera versión en *Declaración de voluntad en un entorno virtual,* Cervilla Garzón, Mª D. / Blandino Garrido, Mª A. (Dirs.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, *en prensa*. La contribución que ahora se presenta–defendida también en el II Congreso Internacional de Jóvenes Civilistas, Universidad de Cantabria, 7 y 8 de octubre de 2021– actualiza, en especial, la cuestión relativa a las Directrices adoptadas el 7 de julio de 2021 por el Comité Europeo de Protección de Datos en materia de asistentes virtuales de voz *(Guidelines 02/2021 on virtual voice assistants)*.

Julia
AMMERMAN
YEBRA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: En este trabajo se analizan las cláusulas insertas en los contratos de suministro de contenidos digitales que se refieren, de una forma genérica, a los "datos de voz" o a "la interacción con el servicio mediante comandos de voz". Se tratará de determinar si el consentimiento prestado por el usuario es válido y revocable de acuerdo con lo establecido en la normativa sobre protección de datos, y se abordarán las últimas recomendaciones del Comité Europeo de Protección de Datos en materia de asistentes virtuales de voz.

PALABRAS CLAVE: Datos de voz, datos biométricos, servicios digitales, consentimiento, revocación del consentimiento.

ABSTRACT: *This paper analyzes the clauses inserted in digital content supply contracts that refer, in a generic way, to "voice data" or "interaction with the service by means of voice commands". It will try to determine whether the consent given by the user is valid and revocable in accordance with the provisions of data protection regulations, and will deal with the latest recommendations of the European Data Protection Board on virtual voice assistants.*

KEY WORDS: *Voice data, biometric data, digital services, consent, withdrawal of consent.*

SUMARIO.- I. LA VOZ: DERECHO DE LA PERSONALIDAD Y DATO DE CARÁCTER PERSONAL.- II. LAS CLÁUSULAS RELATIVAS A LOS "DATOS DE VOZ".- III. EL CONSENTIMIENTO PARA EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS DE VOZ EN EL SENO DE LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES.- IV. LA REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PARA EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS DE VOZ. V. CONSIDERACIÓN FINAL

I. LA VOZ: DERECHO DE LA PERSONALIDAD Y DATO DE CARÁCTER PERSONAL

La voz es un instrumento de comunicación y de expresión, e incluso en algunos casos un instrumento artístico y de trabajo[1]. También es un rasgo que nos identifica de manera única y que refleja nuestra personalidad, extremo que, en nuestra opinión, la hace merecedora de protección jurídica como derecho de la personalidad autónomo[2]. Además, la voz se podrá constituir en un dato de carácter personal cuando sea almacenada y tratada como tal. Será esta última faceta, la de la voz como dato personal, en la que nos centremos en la presente contribución. Particularmente, analizaremos el alcance de las cláusulas contenidas en los contratos de suministro de contenido y servicios digitales que prevén la interacción del usuario con el servicio mediante comandos de voz, junto con la forma de instrumentalizar el consentimiento (y la consiguiente posibilidad de revocarlo) para ese tratamiento de la voz.

Antes de entrar de lleno en el análisis de la cuestión planteada, debemos establecer las premisas de las que partimos: la primera, el hoy ya indiscutido

1 La voz es el instrumento de trabajo de locutores de radio, dobladores, cantantes, y un largo etcétera de profesionales cuyas voces tienen un valor no solo personal o moral, sino también económico.

2 Sobre la consideración de la voz como derecho autónomo de la personalidad, véase en la doctrina comparada De Cupis, A.: *I diritti della personalità,* Vol. IV, T. I, Giuffré, Milán, 1959, p. 295; Huet-Weiller, D.: "La protection juridique de la voix humaine", *Revue Trimestrielle de Deoit civil,* 1982, pp. 497-513; Schierholz, A.: *Der Schutz der menschlichen Stimme gegen Übernahme und Nachahmung,* Nomos, Baden-Baden, 1998; Resta, G.: *Autonomia privata e diritti della personalità,* Jovene Editore, Nápoles, 2005, pp. 167-169; o Guimarães, Mª R.: "A tutela da pessoa e da sua personalidade: algunas questões relativas aos direitos à imagem, à reserva da vida privada e à reserva da pessoa íntima ou direito ao carácter", *A tutela geral e especial da personalidade humana* [ebook], Centro de Estudos Judiciários, 2017, entre otros. En nuestro ordenamiento jurídico, son pocos los autores que han mencionado de forma tangencial la existencia de este derecho, aunque sí contamos con algunos de forma temprana, como Ruíz y Tomás, P.: *Ensayo sobre el Derecho a la propia imagen,* Reus, Madrid, 1931, o más recientemente, por ejemplo De Verda y Beamonte, J.R.: "Las intromisiones legítimas en los derechos a la propia imagen y a la propia voz", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía,* núm. 4, 2007, pp. 1390-1402. Nosotros hemos profundizado sobre su pleno reconocimiento como derecho autónomo de la personalidad en Ammerman Yebra, J.: «The voice of the opera singer and its protection: another look at the Maria Callas case», *Law and the Opera,* Annunziata, F./Colombo, G.F. (Eds.), Springer, Cham (Suíza), 2018, pp. 253-267 y, más recientemente, en *El derecho a la propia voz como derecho de la personalidad,* Colex, A Coruña, 2021.

• Julia Ammerman Yebra
Investigadora Posdoctoral de Derecho civil
Universidad de Santiago de Compostela

reconocimiento de la voz como dato de carácter personal; la segunda, que todo tratamiento de datos personales en relación con los contratos que entren en el ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770/UE[3] solo será lícito si se ajusta a las disposiciones del RGPD 2016/679[4].

Sobre la primera, si este extremo resultaba claro de la interpretación conjunta del art. 4 del RGPD 2016/679 y del art. 5.1 f) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, hoy ya resulta un hecho incuestionable, a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 815/2020, de 18 de junio, en la que se declara que la grabación de la voz de una persona, hecha sin su consentimiento, por parte de una empresa constituye una infracción de la normativa sobre protección de datos por constituir la voz un dato de carácter personal[5].

Sobre la segunda, el considerando 38 de la Directiva 2019/770/UE es claro al establecer que cuando el tratamiento de datos personales se base en el consentimiento, en particular en virtud del art. 6.1 a) RGPD 2016/679, se aplicarán las disposiciones específicas de dicho Reglamento, incluidas las relativas a las condiciones para evaluar si el consentimiento se ha dado libremente o no, pues la Directiva no debe regular la validez del consentimiento otorgado. Por lo tanto, para analizar la validez de estas cláusulas, no bastará con examinar los contratos a la luz de la Directiva, sino que tendremos que remitirnos a lo dicho, especialmente, por los artículos 4, 6 y 7 del RGPD 2016/679.

II. LAS CLÁUSULAS RELATIVAS A LOS "DATOS DE VOZ"

Sentado lo anterior, debemos destacar lo que constituye el objeto material de estudio: se trata de las cláusulas insertas en los contratos de suministro de contenidos digitales que se refieren, de una forma genérica, a los "datos de voz" o a "la interacción con el servicio mediante comandos de voz" (presentes en plataformas por todos conocidas como *Netflix*, en redes sociales como *Facebook*, o en sistemas operativos como *Microsoft*)[6]. Esta función se permite gracias a

3 Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. DOUE, L, núm. 136, de 22 de mayo de 2019.

4 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. DOUE, L, núm. 119, de 4 de mayo de 2016. Es aplicable desde el 25 de mayo de 2018.

5 STS (Sala de lo contencioso-administrativo) 815/2020, de 18 de junio (RJ 2020/2075) que resuelve el recurso de casación de Miraclia Telecomunicaciones S.L contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de noviembre de 2018, en el recurso contencioso-administrativo n.º 554/2017.

6 Véase, por ejemplo, la declaración de privacidad de Netflix, actualmente uno de los mayores distribuidores de contenido audiovisual: https://help.netflix.com/legal/privacy [fecha de consulta: 22/11/2021]. Cierto es que podría interpretarse que las cláusulas sobre "la interacción con nuestro servicio mediante comandos

los asistentes virtuales de voz (conocidos como VVA, del inglés "virtual voice assistants"), y que son programas de software que permiten que el usuario interaccione con ellos de forma oral.

En primer lugar, podría argumentarse que la función de la voz en estos servicios es la de un instrumento comunicativo, como forma de expresión de la voluntad, y que no hay un tratamiento de la voz como dato personal. Así, la voz sería el vehículo a través del cual ejecutaríamos una función en la aplicación, función que también podría ser puesta en marcha mediante, por ejemplo, la selección manual de un comando. No obstante, somos de la opinión de que al registrarse la voz en estos dispositivos (al igual que podría suceder con la imagen si se trata de sistemas de reconocimiento facial), y al disponer los proveedores de estos servicios de medios para identificar a la persona cuya voz se capta, la existencia de un tratamiento de la voz es indiscutible.

En segundo lugar, ya la propia calificación como "datos de voz" por parte de los proveedores de estos servicios conlleva una admisión implícita de su tratamiento. En las "políticas de privacidad" o de "consentimiento para el tratamiento de datos personales" no es extraño encontrarse con cláusulas del estilo a la siguiente: "Por ejemplo, revisaremos manualmente fragmentos breves de los datos de voz en los que hemos seguido los pasos para desinstalar y mejorar las tecnologías de reconocimiento de voz. Es posible que los empleados de [la empresa] o los proveedores que estén trabajando en nombre de [la empresa] puedan llevar a cabo esta revisión manual"[7].

Aunque camuflado con la noble labor de "mejora en las tecnologías", en este caso, de los reconocimientos de voz, lo que esta cláusula está diciendo de manera implícita es que los datos facilitados le serán útiles, tendrán un valor, y este hecho no es desconocido por la Directiva 2019/770/UE. A diferencia del RGPD 2016/679, la Directiva sí que reconoce el nada desdeñable valor que han adquirido los datos personales en la economía de mercado[8], recogiéndose en su art. 3.1 que

de voz" remiten a otros proveedores de las plataformas de asistencia por voz, y que entonces son estas las que deben facilitar que se pueda revocar el consentimiento para tal tratamiento. Pero incluso en el caso de interpretarse así, la conclusión a la que llegamos es la misma, pues estos proveedores de plataformas de asistencia por voz vuelven a englobar todo lo relativo a los "datos de voz" en medio de la vorágine de la declaración de privacidad, sin permitir oponerse al tratamiento de datos biométricos y aceptar el tratamiento de otros datos. A este respecto, véase la Declaración de privacidad de Microsoft aquí: https://privacy.microsoft.com/es-es/privacystatement [Fecha de consulta: 22/11/2021]

7 Declaración de privacidad de Microsoft, bajo el epígrafe "Cómo usamos los datos personales". Accesible en https://privacy.microsoft.com/es-es/privacystatement [Fecha de consulta: 22/11/2021].

8 En lo que se refiere a la consideración de los datos como "contraprestación" válida en los contratos de bienes y servicios digitales, resultan fundamentales los trabajos de Metzger, A.: "Data as Counter-Performance: what rights and duties do parties have?", *JIPITEC – Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law,* vol. 8, núm. 1, 2017, pp. 2-8; Resta, G.: "I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva (UE) 2019/770 e il Regolamento (UE) 2016/679", *Annuario del Contratto,* 2019, pp. 127-153; Schmidt-Kessel, M.: "Consent to the Processing of Personal Data and its Relationship to Contract", *Digital Revolution: New Challenges for Law* (De Franceschi, A. /

la Directiva será aplicable no solo a los contratos en los que el consumidor paga un precio, sino también cuando facilite datos personales al empresario, excepto cuando los datos personales facilitados sean tratados exclusivamente con el fin de suministrar los servicios digitales, o para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que está sujeto y este no trate los datos para ningún otro fin (excepción que nos recuerda lo dispuesto en el art. 6.1. *b)* del RGPD 2026/679).

Que los datos tengan un valor económico puede interpretarse en clave positiva o negativa. Positiva, porque como dijo la propia Comisión Europea en su Comunicación de febrero de 2020 rubricada "Una estrategia europea de datos", los beneficios se harán notar en cada uno de los aspectos de nuestra vida, desde un consumo energético más consciente hasta una mejor atención médica. Además, el uso de datos como "materia prima" tiene "un coste próximo a cero, y su utilización por una persona u organización no impide la utilización simultánea por otra persona u organización" [9].

Con la interpretación en clave negativa nos referimos a los abusos en los que están incurriendo, en especial, las grandes empresas tecnológicas. Gigantes digitales acumulan de dos décadas a esta parte una cantidad ingente de datos bajo unas premisas, cesiones y políticas de privacidad ciertamente opacas, por no decir ininteligibles para el común de los mortales, y que voces críticas con ellas han denominado "políticas de vigilancia" más que "de privacidad"[10]. La manifestación más extrema de esta acumulación de datos creemos que se encuentra en aquellos catalogados como biométricos, entre los que por cierto se encuentra la voz. Cuantos más datos biométricos se recaban, más cercanas están estas entidades de conocer la "experiencia humana", que pueden después traducir en datos de predicción del comportamiento. Si bien algunos podrían ser necesarios para el funcionamiento o la mejora del servicio ofrecido al usuario, muchos otros, en nuestra opinión una gran mayoría, serían "excedentes conductuales" que las empresas utilizan únicamente para su propio beneficio, no solo prediciendo conductas, sino llegando a modificarlas[11].

Schulze, R., Beck C. H., München, 2019, pp. 75-83; Lohsse, S. / Schulze, R. / Staudenmayer (eds.): *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?,* Nomos, Baden-Baden, 2020; y Plana Arnaldos, Mª C.: "Los datos personales como contraprestación", *Protección de datos personales,* González Pacanowska, I. (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 561-618.

9 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico social europeo y al Comité de las regiones "Una Estrategia Europea de Datos", COM (2020) 66 final, Bruselas, de 19/2/2020.

10 No sin razón se ha tildado a estas políticas de privacidad como "barrocas y perversas" por Zuboff, S.: *La era del capitalismo de la vigilancia*, Paidós, Madrid, 2020, p. 74. Según esta autora, ha sido gracias al hábitat digital que estas cláusulas se han expandido, llegando a tener una naturaleza "ingrávida". Antes, el hecho de que fuesen en papel imponía un límite natural a los contratos, mientras que ahora los términos pueden expandirse y archivarse sin coste adicional.

11 Así, empresas como Facebook han sido definidas como aquellas que "quieren tu cuerpo", dado que este produce lo que se ha venido a llamar por Zuboff, S., *La era del capitalismo,* cit., p. 174, el "excedente conductual".

Y en este sentido, la "palabra hablada" es, cada vez más, una fuente de la que extraer esta experiencia, pues el uso de asistentes virtuales de voz ha ido *in crescendo* en los últimos años. Según Zuboff, hay motivos de peso para continuar apostando por la voz, dado que los diálogos informales contribuyen a difuminar los límites entre el aparato/asistente y el usuario. En palabras de la socióloga, "cuanto más nos apetezca recurrir al aparato como confidente, niñera, institutriz y sistema de apoyo –una especie de «señora Doubtfire» incorpórea y omnipresente para cada persona[12]–, más experiencia dejaremos que convierta y se le transfiera, y más ricas se harán sus operaciones de suministro. La comunicación es el primer placer humano, y una interfaz conversacional tiene un valor especial por la facilidad sin fricciones con la que una simple emisión de voz puede provocar una acción, especialmente si se trata de una acción mercantil"[13].

Tras esta breve digresión sobre el uso (o abuso) que se está haciendo del valor económico de los datos personales, y que creemos que en el caso de la voz su valor no hará más que aumentar, a continuación analizaremos si el consentimiento que el usuario ha prestado en el seno de estos contratos de suministro de contenidos y servicios digitales para el tratamiento de la voz es un consentimiento válido.

III. EL CONSENTIMIENTO PARA EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS DE VOZ EN EL SENO DE LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES

En primer lugar y como hemos expuesto antes, debemos partir de que el art. 3.1 de la Directiva 2019/770 exceptúa de su ámbito de aplicación los contratos en los que, aun teniéndose que facilitar datos personales a cambio del servicio, aquellos son tratados exclusivamente con el fin de suministrar los servicios digitales, o para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que está sujeto, no permitiéndosele que trate los datos para ningún otro fin.

Es el considerando 25 de la Directiva el que se ocupa, en parte, de estas excepciones, aunque una mayor ejemplificación de situaciones sería de agradecer. Son tres los ejemplos que enumera de no aplicación: (i) aquellos casos en los que

12 Que esta socióloga la califique de "señora" no es baladí, puesto que ya son varios los estudios que critican la indiscutible identidad femenina de los asistentes virtuales de voz. Destacamos aquí el de West, M. / Kraut, R. / Ei Chew, H.: "I'd blush if I could. Closing Gender Divides in Digital Skills Through Education", 2019, informe de la ONU. Accesible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367416.page=1. [Fecha de consulta: 22/11/2021]. Para intentar luchar contra este estereotipo de asistente virtual que perpetúa la imagen de mujer como asistente y cuidadora, véase el trabajo de Torres Guijarro, S. / Rodríguez García, M. / Vázquez Silva, I.: "Desarrollando desde un enfoque igualitario: asistencia digital wikifeminista", *Cátedra Feminismos 4.0*, Universidad de Vigo. Disponible en https://catedrafeminismos.gal/wp-content/uploads/2020/09/poster-asistencia-Dixital-Wikifeminista-Catedra-Feminismos-40.pdf, en el que proponen el desarrollo de un agente conversacional con perspectiva de género, con la idea de darle una personalidad de mujer científica. [Fecha de consulta: 22/11/2021].

13 Zuboff, S.: *La era del capitalismo,* cit., pp. 351-352.

el registro del consumidor es necesario en virtud de la legislación aplicable por motivos de seguridad e identificación; (ii) situaciones en las que "el empresario recaba únicamente metadatos tales como información sobre el dispositivo del consumidor o el historial de navegación, excepto cuando esta situación se considere un contrato con arreglo al Derecho nacional" y (iii) situaciones en las que "el consumidor, sin haber celebrado un contrato con el empresario, se expone a recibir publicidad con el fin exclusivo de obtener acceso a contenidos o servicios digitales". Creemos que no habría sobrado añadir, como ya ha completado la doctrina, algún supuesto en el que se recaben datos exclusivamente para suministrar contenidos o servicios digitales más allá de los metadatos mencionados, como sería el caso de los servicios de navegación, que necesitan conocer datos de ubicación con el solo propósito de recomendar la ruta al consumidor[14].

Siguiendo con esta línea podría argumentarse, por tanto, que las cláusulas relativas al tratamiento de "datos de voz" podrían ser esenciales para el funcionamiento de la herramienta de asistencia por voz de las plataformas de servicios audiovisuales, o de los sistemas operativos de los ordenadores. Así, el tratamiento sería lícito de acuerdo con el art. 6.1. *b)* RGPD 2016/679, de acuerdo con el cual "el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte", pues el usuario habría dado su consentimiento para el uso de ese servicio, en el que la voz quedaría incluida. De hecho, el concepto "interacción por voz" que hemos utilizado en el título de esta contribución podría servir de base a la postura, entendiendo que estamos más ante el uso de la voz como herramienta de comunicación, de interacción, de expresión de la voluntad. En otras palabras, lo verdaderamente importante sería el contenido de lo dicho mediante la voz, la orden dada por el usuario a la máquina, y que se utilizaría como mero vehículo de expresión.

No obstante, como ya hemos adelantado, no creemos que esta postura sea la correcta. Los asistentes de voz, en especial aquellos utilizados por dispositivos personales como los móviles, en muchas ocasiones solicitan al usuario que pronuncie una serie de frases para su configuración, con el propósito de que el asistente reconozca esa determinada voz y no otra (los llamados "reconocimientos de voz", con los que se crean modelos de voz o "huellas vocales"). Es decir, que el tratamiento de la voz, como forma de identificación de la persona, queda claro en estos casos. Esto nos lleva a sostener que la interpretación del art. 6.1 *b)* debería ser más restrictiva cuando estamos ante datos biométricos, como sucedería con la voz. Una de las novedades del RGPD 2016/679 es, precisamente, que se añaden los datos biométricos a las categorías especiales de datos. Así, el art. 9.1

14 Ejemplo que menciona Metzger, A.: "A Market Model for Personal Data: State of Play under the New Directive on Digital Content and Digital Services", *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?*, Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 25-45, esp. p. 37.

RGPD 2016/679 prohíbe el tratamiento de, entre otros, "los datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física", salvo que se dé su consentimiento expreso (art. 9.2. *a)* RGPD 2016/679). Por lo tanto, la voz, indiscutiblemente dato biométrico, requerirá siempre, para su tratamiento, del consentimiento expreso del titular, también para el caso de que ese tratamiento de la voz sea una "actividad accesoria", pero necesaria, para la ejecución del contrato. Es decir, que las cláusulas de "datos de voz" tendrían que ser expresa e individualmente aceptadas por el usuario. Entendemos que esta afirmación va en línea con lo establecido recientemente en las Directrices adoptadas el 7 de julio de 2021 por el Comité Europeo de Protección de Datos en materia de asistentes virtuales de voz ("Guidelines 02/2021 on virtual voice assistants"), que en su punto 3.4.3 (identificación del usuario mediante los datos de voz), concretamente párrafos 81 y 82, explicita que el uso de datos de voz para identificar a un usuario implica el procesamiento de datos biométricos (art. 4.14 del RGPD)[15].

En segundo lugar, y si se argumentase que las cláusulas relativas a los "datos de voz" no son necesarias para la ejecución del contrato (por lo que estaríamos ante unos datos con un claro valor económico para el empresario, cuestión que ya vimos en el apartado 2 *supra* que sí que sucede), para analizar la licitud del tratamiento de estos datos tendremos que acudir al art. 6.1. *a)* RGPD 2016/679. Así, tendremos que preguntarnos si el interesado (consumidor a los efectos de la Directiva 2019/770, Directiva que a diferencia del caso analizado en primer lugar sí sería aplicable) ha dado su consentimiento para el tratamiento de estos datos "para uno o varios fines específicos", y siempre teniendo en cuenta los parámetros marcados por los arts. 4.11 y 7 RGPD 2016/679, recogidos a nivel estatal en el art. 6 LOPD 3/2018. De ellos se deriva que el consentimiento se refiere a "toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que [el afectado] acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen".

La dificultad estribará, por tanto, en la interpretación de estos conceptos jurídicos indeterminados, pues ¿estamos ante una voluntad *libre* cuando para la contratación del servicio debemos aceptar el tratamiento de unos datos personales –en nuestro caso, la voz– cuya utilidad/fin no parece esencial para el funcionamiento del servicio contratado, por ejemplo, de una *Smart TV*? ¿El hecho de que se explique en farragosos y largos textos los usos que se darán a nuestros datos significa que el consentimiento se ha dado de modo *informado*? Si nuestras respuestas fuesen negativas, estaríamos reputando al consentimiento como

15 "Guidelines 02/2021 on virtual voice assistants", Versión 2.0, adoptadas el 7 de julio de 2021 por el Comité Europeo de Protección de Datos. Accesibles aquí: https://edpb.europa.eu/system/files/2021-07/edpb_guidelines_202102_on_vva_v2.0_adopted_en.pdf [Fecha de consulta: 22/11/2021].

inválido, y a la vez deslegitimando multitud de prácticas de empresas proveedoras de estos servicios, por lo que se hará necesario encontrar un punto medio.

En la doctrina italiana Resta ha propuesto, de acuerdo con el legislador y la interpretación que los tribunales italianos han hecho del consentimiento desde hace dos décadas a esta parte, que no estaremos ante un consentimiento libre cuando la manifestación de voluntad se forme en condiciones de presión psicológica vinculadas a situaciones de vulnerabilidad o asimetrías estructurales de poder. Incluso recuerda que los tribunales han prohibido situaciones en las que se condiciona la prestación de un servicio en línea al consentimiento para el tratamiento de datos personales con fines adicionales al verdadero objeto del contrato[16].

De hecho, esta postura sobre el consentimiento la enlaza con lo dicho ahora en el apartado 4 del art. 7 RGPD 2016/679, en el que se estipula que "al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, se tendrá en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato". Para conjugar este artículo del Reglamento (que interpretado de forma estricta, acabaría con toda la realidad que legitima un mercado de datos personales) con la previsión de la Directiva al suministro de datos personales a cambio de un servicio, sostiene que la norma del primero no introduce una prohibición, sino un mero parámetro de valoración; o incluso podría tratarse de una presunción de invalidez del consentimiento prestado, pero quedando claro que se trata de una presunción *iuris tantum* y no *iuris et de iure*[17]. Pero el problema radica en que las prácticas actuales de los proveedores de servicios, si en algo se asemejan, es en su opacidad; por lo que Resta incide en la necesidad de que las prácticas comerciales sean más transparentes y específicas en lo que al consentimiento se refiere, concluyendo que lo deseable sería una "granularidad del consentimiento" prestado, que permita al usuario acceder al servicio sin autorizar el tratamiento posterior de sus datos. Además, el orden lógico sería primer la prestación del consentimiento para el tratamiento de datos personales, y después la manifestación de la voluntad contractual: actos diferenciados pero unidos, por lo que ante una revocación del consentimiento al tratamiento de los datos (*ex.* art. 7.3 RGPD 2016/679), generaría la resolución del contrato[18].

16 Señalando como ejemplo, según el considerando 43 del RGPD 2016, que el consentimiento no es válido cuando haya un claro desequilibrio entre el interesado y el responsable del tratamiento. Resta, G.: "I dati personali", cit., pp. 135-136.

17 Resta, G.: "I dati personali", cit., p. 140.

18 Resta, G.: "I dati personali", cit., pp. 141-143. Este autor, aun admitiendo la unidad económica de la operación, diferencia claramente el consentimiento al tratamiento de datos personales, del contrato de acceso al servicio: el primero operaría como supuesto indispensable, como elemento legitimador del segundo. El juicio sobre la validez del consentimiento deberá realizarse a la luz de las normas del RGPD 2016/679

Antes de pasar al análisis de la revocación del consentimiento, debemos realizar un último apunte de acuerdo con lo establecido en las mencionadas Directrices del Comité Europeo de Protección de Datos sobre asistentes virtuales de voz[19]; pues además del análisis anterior sobre los parámetros que se deben de dar para que el consentimiento sea válido, también deberían, los propios asistentes virtuales de voz insertos en las cláusulas de voz de estas aplicaciones, cumplir con una serie de requisitos (por ahora solo "recomendaciones" según dichas Directrices). Así, se recomienda que (i) las "huellas vocales" generadas sean almacenadas exclusivamente en el dispositivo local, y no en servidores remotos; (ii) se apliquen tanto normas estandarizadas (por ejemplo la ISO/IEC 24745) como técnicas de protección de modelos biométricos; (iii) se garantice que la identificación sea lo suficientemente precisa como para asociar de forma fiable los datos personales a los sujetos correctos, y (iv) se garantice, asimismo, que la precisión de identificación sea similar para todos los grupos de usuarios, comprobando que no haya sesgos sustanciales hacia diferentes grupos demográficos.

IV. LA REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PARA EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS DE VOZ

El art. 7.3 RGPD 2016/679 establece el derecho que asistirá al titular de los datos a "retirar su consentimiento en cualquier momento", siendo "tan fácil retirar el consentimiento como darlo". Podría decirse que esta cláusula del art. 7.3 RGPD es análoga a lo establecido en nuestra LO 1/1982, art. 2.3, para el ámbito de los derechos de la personalidad, que ofrece la posibilidad de revocar el consentimiento otorgado para la intromisión en tales derechos en cualquier momento. No obstante, existe una diferencia fundamental entre ambas normativas, cual es la existencia de una indemnización de daños a la parte que debe sufrir los eventuales perjuicios derivados de la revocación del consentimiento, en el caso de la LO 1/1982, indemnización que no se prevé en el RGPD.

Por otra parte, la Directiva 2019/770, en su considerando 40, se abstiene expresamente de regular las consecuencias que para los contratos que caen bajo su ámbito de aplicación pueda tener la revocación del consentimiento por parte del consumidor para el tratamiento de sus datos personales. Siendo esta materia

(cuyas normas, por ejemplo, de capacidad, no tienen por qué coincidir con las reglas de capacidad para la realización del contrato de servicios); mientras que el contrato estará sometido a normas de derecho interno y europeas (entre ellas la Directiva 2019/770), o las destinadas a la protección de consumidores. Por su parte, la doctrina alemana, señaladamente Schmidt-Kessel, M.: "Right to withdraw consent to data processing: the effect on the contract", *Data as Counter-Performance. Contract Law 2.0?,* Nomos, 2020, pp. 129-146, esp. p. 131, considera que el RGPD 2016/679 diferencia implícitamente ambos actos: se aprecia, por ejemplo, cuando su art. 7.2 clarifica que el consentimiento, cuando se preste mediante declaración escrita que se refiera también a otros asuntos, debe aparecer diferenciado, de forma inteligible, fácil acceso y en lenguaje claro y sencillo.

19 Véase referencia en la nota a pie número 15.

competencia del Derecho nacional, nuestro legislador ha atajado el tema, en parte, en el art. 119 ter del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, al regular la resolución de estos contratos[20]. En el apartado 7 del mencionado artículo se establece que "el ejercicio por el consumidor o usuario de su derecho a retirar su consentimiento u oponerse al tratamiento de datos personales permitirá que el empresario resuelva el contrato siempre y cuando el suministro de los contenidos o servicios digitales sea continuo o consista en una serie de actos individuales y se encuentre pendiente de ejecutar en todo o en parte. En ningún caso el ejercicio de estos derechos por el consumidor supondrá el pago de penalización alguna a su cargo". Por lo tanto, queda claro que aquí no estamos ante un incumplimiento que nos permita activar los remedios para solventarlo, sino ante una revocación con efectos mucho más limitados (y beneficiosos) para el consumidor, y que no supondrán el pago de indemnización alguna a la contraparte.

Además de la resolución, podrían plantearse otras posibles vías de solución a la revocación del consentimiento al tratamiento de datos. Así, la doctrina alemana considera que se podría prever una prestación obligatoria y alternativa en dinero en caso de que se revoque el consentimiento[21].

Enlazando con el tema de la revocación del consentimiento, pero volviendo a la diferenciación de supuestos de tratamiento de la voz, cabe mencionar una tercera y última hipótesis diferenciada de las dos mencionadas en el apartado anterior: aquella en la que el objeto principal del contrato sea la comercialización de los datos, en nuestro caso la comercialización de la voz. Aquí, no cabe duda de que el consentimiento para su tratamiento deberá ser expreso. Nosotros entendemos que, en la mayoría de estos casos[22], estaremos ante contratos en los que prevalezca la consideración de la voz como derecho de la personalidad, más que como dato personal, aunque sin duda podría haber, a la vez, un tratamiento de la misma como tal[23].

20 Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores. Publicado en el BOE de 28 abril de 2021. El apartado segundo del art. 119 ter también resulta de interés: "La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia, salvo en los supuestos en que el consumidor o usuario haya facilitado datos personales como contraprestación, correspondiendo la carga de la prueba al empresario".

21 Schmidt-Kessel, M.: "Right to withdraw consent, cit., p. 143.

22 En el caso ya comentado de la reciente STS (Sala de lo contencioso-administrativo) 815/2020, de 18 de junio (RJ 2020/2075), entendemos que no estamos realmente ante un consentimiento contractual, sino ante un consentimiento que autoriza para el tratamiento de esos datos que el tribunal, acertadamente, considera inválidamente prestado. Si, por el contrario, se reputase válida la autorización prestada para el tratamiento de la voz en esa aplicación, la facultad de revocar el consentimiento podría darse en todo caso, pero teniendo en cuenta que, *ex* art. 7.3 RGPD, segunda frase, "la retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada".

23 Para un análisis pormenorizado de los contratos de cesión de voz, véase Ammerman Yebra, J.: *El derecho a la propia voz,* cit., pp. 272-279.

Sea como fuere, en el caso de aquella persona no que vaya a interactuar con un asistente de voz, sino que le ponga voz a ese asistente, véase la persona que está detrás de la conocida *Siri,* en caso de querer revocar el consentimiento, se encontrará con algunos límites, principalmente derivados de los principios de buena fe contractual y *pacta sunt servanda.* Por lo tanto, cuando estemos ante una cesión contractual de la voz, debería de quedar, en principio, proscrita la posibilidad de revocación contraria al principio de buena fe aplicable a las relaciones contractuales[24]. Así, sería contrario a la buena fe el uso de la facultad de revocación para lograr ventajas, normalmente patrimoniales, que nada tengan que ver con la defensa de intereses personalísimos del titular del derecho[25]. Además, debemos tener presente que no cabrá, ni en sede de derechos de la personalidad, ni en sede de protección de datos, camuflar un verdadero incumplimiento contractual con la facultad de revocar el consentimiento: si una persona ha consentido en prestar su voz para una empresa tecnológica (por ejemplo para que esta desarrolle una aplicación de asistencia virtual con su voz), pero finalmente no realiza las grabaciones necesarias para llevar el contrato a término, estamos ante un incumplimiento de la prestación previamente pactada, no ante una revocación del consentimiento, por lo que entrarán en juego las consecuencias o remedios del incumplimiento de los que dispondrá la otra parte[26].

V. CONSIDERACIÓN FINAL

En definitiva, y dejando a un lado la tercera hipótesis comentada –recordemos que preferíamos catalogar al contrato como de cesión de derechos de voz, entendida esta como derecho de la personalidad, más que como dato personal–, creemos que lo que sucede en la práctica dista mucho de lo que en la teoría reputamos correcto para entender que el consentimiento se ha prestado de forma válida en ambos supuestos, tanto en el del art. 6.1.a) como 6.1.b) RGPD 2016/679. Basta acudir a cualquiera de las declaraciones de privacidad sobre recopilación de datos de los servicios tecnológicos que utilicen, en determinados momentos, mecanismos de reconocimiento por voz, para ver cómo las cláusulas

24 Así lo entiende García Rubio, Mª P.: "Los derechos de la Personalidad", *Tratado de derecho de la persona física,* Tomo II, Gete-Alonso y Calera, Mª C., (Dir.), Civitas Thomson-Reuters, Navarra, 2013, pp. 595-631, esp. pp. 620-621.

25 Bercovitz Álvarez, G.: "Cesión de Derechos de imagen y bienes de la personalidad. *Merchandising"*, *Tratado de contratos. Tomo IV,* Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 4606-4643, esp. p. 4618, quien ve como "único freno" al "despropósito" de la posibilidad de revocación en todo caso, la aplicación del principio de buena fe, proscribiendo el abuso de derecho, que en el ámbito contractual aparece expresamente reflejado en el art. 1256 CC.

26 Siguiendo a Oliva Blázquez, F.: "Remedios frente al incumplimiento", *Derecho civil patrimonial I,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 253-289, esp. p. 259 ss. los remedios del incumplimiento serían, por un lado, los comunes a todo tipo de obligaciones (los derechos a (i) reclamar el cumplimiento y, (ii) además o en lugar del cumplimiento, una indemnización de daños y perjuicios), y por otro lado, los que proceden de los contratos de naturaleza sinalagmática, como sería este caso (los derechos a (i) resolver el contrato, (ii) reducir su propia prestación en caso de cumplimiento no conforme, y a (iii) suspender su propio cumplimiento).

relativas a la "asistencia por voz" se diluyen entre el resto de cláusulas en las que se proporciona el consentimiento contractual para el acceso al servicio.

Es decir, el consentimiento para acceder al servicio engloba el tratamiento de estos datos, por lo que el ejercicio de la facultad revocatoria, que debe permitirse en todo caso ex art. 7.3 RGPD 2016/679, implicaría dejar sin efecto el contrato mismo y tener que prescindir del servicio. Ciertamente, esto conculca lo sostenido por el grupo de trabajo del art. 29 de la Directiva 95/46/UE, que estableció claramente que los responsables del tratamiento de datos biométricos deben implementar los medios técnicos que puedan revertir el uso de dichos datos en sus sistemas. En otras palabras, todo sistema biométrico cuya base legitimadora para el tratamiento sea el consentimiento del titular de los datos, debe poder eliminar de forma eficiente todos los vínculos de identidad creados. En nuestra opinión, en estos casos la revocación del consentimiento para el tratamiento de la voz no debería de afectar a la continuidad de la prestación del servicio contratado, más que en aquello que obviamente ya no pueda cumplirse precisamente debido a tal revocación: por ejemplo, que ya no esté disponible la función de "asistencia por voz".

Por último, deben tenerse en cuenta las recientes recomendaciones del Comité Europeo de Protección de Datos sobre asistentes virtuales de voz, en lo que se refiere al uso y almacenamiento de los datos biométricos. Estas recomendaciones, en síntesis, tratan de garantizar que los datos de voz no sean almacenados en servidores externos y que se apliquen técnicas de protección de modelos biométricos.

CLÁUSULAS DE PROCESSAMENTO DE DADOS PESSOAIS INSERIDAS NOS CONTRATOS DE ADESÃO: A FALTA DE AUTONOMIA E LIBERDADE NA EXPRESSÃO DA VONTADE E VIAS DE PROTEÇÃO (EFETIVA) DO TITULAR DE DADOS

PERSONAL DATA PROCESSING CLAUSES INSERTED IN ADHESION CONTRACTS: THE LACK OF AUTONOMY AND FREEDOM IN THE EXPRESSION OF WILL AND WAYS OF (EFFECTIVE) PROTECTION OF THE DATA HOLDER

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1124-1147

Inês
CAMARINHA
LOPES

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: A contratação em massa hodierna revela-se inseparável das cláusulas de processamento de dados pessoais, as quais, inelutavelmente, integram os clausulados destes contratos de adesão padronizados, celebrados com recurso a cláusulas contratuais gerais.

Assim, à posição, por natureza frágil, de aderente destes contratos, soma-se a de titular de dados pessoais objeto de processamento(s), cuja esfera jurídica pessoal, em particular, a sua vida privada e familiar, e por vezes até intimidade, pode conhecer intromissões com a aceitação das referidas cláusulas.

Sendo o consentimento do titular um dos fundamentos de licitude para o tratamento de dados pessoais, nos termos do artigo 6.º/1/a) do Regulamento Geral de Proteção de Dados (doravante, RGPD ou "Regulamento europeu"), o responsável pelo tratamento serve-se da manifestação da vontade do aderente contratual para legitimar o processamento de dados. Todavia, considerando que a manifestação de vontade terá de ser livre sob pena de invalidade, discute-se no presente artigo a validade do consentimento prestado no âmbito do clausulado de um contrato de adesão.

Deste modo, ponderam-se duas vias de proteção do titular de dados e parte mais débil nestes contratos, quer através da cláusula geral da boa-fé, cuja contrariedade determina a nulidade das cláusulas nos termos do artigo 15.º do DL 446/85, quer através da força expansiva e (quase) normativa das cláusulas contratuais tipo adotadas pela Comissão, cuja vinculação "interpartes" não é, aparentemente, suficiente, na linha da recente jurisprudência do TJUE no âmbito das transferências de dados pessoais a países terceiros, entendimento que acentuou a extraterritorialidade das garantias conferidas pelo RGPD, que se impõe a países não pertencentes à União.

PALABRAS CLAVE: Proteção do titular de dados; consentimento; vontade livre; contratos de adesão; cláusulas de processamento de dados pessoais.

ABSTRACT: *The mass contracting proves to be inseparable from the processing of personal data clauses, which are part of contracts of adhesion that use general contractual clauses.*

The position of adhering to these contracts, which is fragile by its nature, joins the data subjects position, whose personal sphere, in particular his private and family life and sometimes even his intimacy, can suffer intrusions with the acceptance of the referred clauses.

The data subjects consent is one of the legal grounds for the processing of personal data, pursuant to the article 6/1/a) of the General Data Protection Regulation (hereinafter, RGPD or "European Regulation"). The controller uses the adherent's will expressed through the contract to legitimize data processing. However, considering that consent must be free, this article discusses the validity of the consent given through the clauses of an adhesion contract.

Thus, considering the vulnerable position of the data subject and adherent of the contract, this article expose two ways of protecting him/her, either through the general clause of good faith, pursuant to article 15 of DL 446/85, either through the expansive and (almost) normative force of the standard contractual clauses adopted by the Commission, whose binding between parties is apparently not sufficient, in line with recent European Court of Justice jurisprudence in the scope of transfers of personal data to third countries, which accentuated the extraterritoriality of the guarantees granted by the RGPD, that are imposed in countries even outside the European Union.

KEY WORDS: *Data subjects protection; consent; free will; contracts of adhesion; personal data protection clauses.*

SUMARIO.- I. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.- 1. O direito à proteção de dados pessoais – um reconhecimento recente.- 2. O âmbito objetivo ou conteúdo do direito à proteção de dados pessoais – a informação pessoal.- II. CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS DE PROCESSAMENTO DE DADOS PESSOAIS E A VALIDADE DO CONSENTIMENTO.- 1. As caraterísticas dos contratos de adesão com recurso a cláusulas contratuais gerais.- 2. A falta de liberdade na prestação de consentimento para o tratamento de dados pessoais quando prestado através de contratos de adesão com recurso a cláusulas contratuais gerais.- 3. Os contratos de adesão com recurso a cláusulas contratuais gerais e os fundamentos de licitude no âmbito contratual – o consentimento e a necessidade do tratamento de dados para a execução do contrato (artigo 6.º/1/b) do RGPD).- III. MEIOS DE TUTELA (EFETIVA) DO TITULAR DE DADOS NO ÂMBITO DOS CONTRATOS DE ADESÃO COM RECURSO A CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS DE PROCESSAMENTO DE DADOS PESSOAIS.- 1. O controlo de conteúdo das cláusulas contratuais gerais de processamento de dados pessoais.- 2. A eficácia (quase) normativa das cláusulas contratuais tipo e a eficácia extraterritorial do RGPD segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.- BIBLIOGRAFIA.

I. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Na atualidade a contratação implica a aceitação de cláusulas de processamento de dados pessoais. Se na celebração de contratos na presença física das partes é cada vez mais frequente as convenções relativas ao processamento de dados pessoais, por exemplo, para efeitos de "marketing", na contratação "online", à distância e fora do estabelecimento comercial, estas cláusulas além de mais frequentes, diríamos até inseparáveis da contratação em linha, revelam-se mais intrusivas da esfera pessoal do titular de dados, contraparte no contrato.

As cláusulas que autorizam e disciplinam o processamento de dados pessoais fazem parte dos termos contratuais que o consumidor[1] adere somando-se, por isso, a esta qualidade de aderente, por definição frágil, a de titular de dados pessoais. Inclusive num período prévio ao da contratação, a aceitação do tratamento de dados pessoais encontra-se imbricada na navegação de um "site", por exemplo,

1 Sobre a noção de consumidor no mundo digital veja-se: Hoedl, C.; "How to market services: advertising, consumer protection and personal data", *International Business Law Journal,* vol. 1998, n.º 3, 1998, pp. 285 a 316, em particular, p. 302, e ainda, na sequência do Acórdão "Schrems I", veja-se Caamiña Domínguez, C.: "La noción de "consumidor" en Internet: el assunto C-498/16, Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited", Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 11, n.º 1, março 2019, de acordo com a qual o TJUE considera que ser parte mais débil no contrato integra o conceito de consumidor (p. 715). Para um resumo da sentença "Schrems I" veja-se: Palma Ortigosa, A.: "Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *European Journal of privacy law & Tachnologies,* vol. 2019, n.º 2, 2019, pp. 141 a 153 e ainda Puerto, M. I. e Sferrazza, T.: "La sentencia Schrems del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: un paso firme en la defensa del derecho a la privacidad en el contexto de la vigilancia masiva transnacional", *Revista Derecho del Estado,* vol. 40, 2018, pp. 209 a 236, o qual afirma ter sido o caso Snowden que despoletou as preocupações com a privacidade ao nível internacional (p. 211).

• Inês Camarinha Lopes
Assistente convidada na Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP); Investigadora colaboradora do Centro de Investigação Jurídico-Económicas (CIJE, FDUP); Doutoranda em Direito na Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Correio eletrónico: ilopes@direito.up.pt.

quando este recolhe as "cookies"[2], designadamente, as "cookies" publicitárias, aceitando que os seus comportamentos e atos futuros sejam acompanhados e monitorizados pelo responsável pelo tratamento.

Este fenómeno de processamento de dados pessoais em massa tem conhecido uma evolução muito célere que não tem sido acompanhada pelo Direito, uma vez que os "BigData" revolucionaram o tratamento de dados pessoais e os ordenamentos jurídicos, nacionais, europeu e internacional, apenas de forma tardia e insuficiente procuraram proteger o titular de dados, em particular, os seus direitos à proteção de dados pessoais, intimidade, reserva da vida privada, não discriminação[3]. Na verdade, a imprevisibilidade das capacidades tecnológicas não permite que a ordem jurídica esteja um passo adiante dos riscos e ameaças àqueles direitos.

1. O direito à proteção de dados pessoais – um reconhecimento recente

O direito à proteção de dados pessoais conheceu os seus primeiros desenvolvimentos por volta de 1888, quando o juiz Thomas McIntyre Cooley formula o direito a ser deixado sozinho (em inglês, o "right to be let alone")[4].

No entanto, durante as primeiras décadas de sua construção, este direito confundia-se com o direito à intimidade e com o direito à privacidade. Um dos marcos da sua evolução dogmática foi a publicação de Samuel Warren e Louis Branderis, em 1890, intitulada "Direito à privacidade"[5]. Trata-se, por isso, de um direito de personalidade cujos contornos começaram a ser formulados apenas no final do século XIX.

Depois de um paulatino reconhecimento da autonomia e importância do direito à proteção de dados pessoais, este deixa de ser parte do direito à intimidade e do direito à privacidade em finais do século XX, em concreto, em 1980[6], e é apenas

2 Sobre o tema veja-se Clifford, D.: "EU data Protection law and targeted advertising: consent and the cookie monster – tracking the crumbs of online user behaviour", *Journal of Intellectual Property*, Information, Technology and E-commerce Law, vol. 5, 2014, pp. 194 a 212, no qual o Autor defende que os titulares de dados não estão cientes do "tracking" pelo que o consentimento prestado não corresponde a uma manifestação de vontade informada. Veja-se ainda Navas Navarro, S. e Camacho Clavijo, S.: "Cookies y tecnologia análoga: publicidade comportamental online y protección de los datos de caráter personal", em Mercado Digital, principios y reglas jurídicas, Valencia, Tirant, 2016, pp. 357 a 378.

3 Sobre a delimitação dos direitos de personalidade à proteção de dados pessoais e o direito à intimidade veja-se: Fernández Segado, F.: "El régimen jurídico del tratamento autorizado de los datos de caráter personal en España", *Derecho PUCP,* vol. 51, 1997, pp. 28 e ss..

4 Acerca do tema veja-se Canales Gil, A.: "El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal", *Revista Juridica de Castilha y Leon,* vol. 13, 2007, pp. 13 a 56, em particular, p. 16.

5 Sobre o surgimento da doutrina de Warren e Brandeis, em 1890, a propósito do crescimento da imprensa nacional que ameaçava a vida privada, veja-se Fernández Segado, F.: "El régimen jurídico", cit., pp. 7 ss..

6 Referimo-nos à Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Caráter Pessoal, primeiro documento internacional juridicamente vinculativo no domínio da proteção de dados pessoais. Foi publicada em 1980 e aberta para assinatura em

em 2000 que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia o reconhece, no seu artigo 8.º, como um direito fundamental[7].

2. O âmbito objetivo ou conteúdo do direito à proteção de dados pessoais – a informação pessoal

Ao nível da União Europeia verifica-se uma certa tensão de objetivos: por um lado, a construção de um mercado interno o qual pressupõe a livre circulação de pessoas, bens e serviços, e, portanto, dos dados pessoais, e, por outro o respeito e tutela deste direito, da confiança do titular de dados pessoais e a segurança no seu processamento.

Ainda que o bem jurídico protegido pelo direito à proteção de dados pessoais se tenha, no princípio da sua recente história, confundido com o dos direitos à intimidade, privacidade e reserva da vida privada, hoje é unânime que o direito à proteção de dados conhece um reconhecimento autónomo[8].

O direito à proteção de dados pessoais é na atualidade entendido como um direito à autodeterminação informativa, isto é, um conjunto de prerrogativas do titular de controlo dos seus dados pessoais e poder de decisão sobre o seu destino e quem deles tem conhecimento[9]. Esta visão revela-se, na nossa opinião muito redutora e imprecisa, considerando o quadro normativo existente no que respeita ao processamento de dados pessoais.

Esta autodeterminação informativa incluirá toda a informação pessoal, "inclusive" aqueles dados que se possam considerar menos relevantes ou anódinos, não obstante se prever uma diferenciação quanto ao regime de processamento de dados sensíveis e não sensíveis, o qual limita o processamento dos primeiros em relação aos segundos. Esta amplitude quanto ao objeto de proteção do direito de proteção de dados pessoais é uma das caraterísticas distintivas em relação aos direitos à privacidade e intimidade, cujo círculo de proteção se circunscreve à esfera íntima e privada.

1981 e cujo objetivo era, à data, "proteger o direito ao respeito da vida privada, reconhecido no artigo 8.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais".

7 O reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental constituiu um marco na proteção deste bem jurídico, em 2000, com a sua consagração na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Sobre o tema veja-se Canales Gil, A.: "El derecho", cit., p. 21.

8 Para uma delimitação e distinção entre os direitos à proteção de dados pessoais e o direito à privacidade veja-se Puerto, M. I. e Sferrazza, T.: "La sentencia", cit., p. 224.

9 Veja-se, entre outros, Canales Gil, A.: "El derecho", cit., pp. 22 a 25, e Sousa Pinheiro, A.: *Privacy e Protecção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional,* Lisboa, AAFDL, 2015.

II. CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS DE PROCESSAMENTO DE DADOS PESSOAIS E A VALIDADE DO CONSENTIMENTO

Conforme referimos "supra" o direito à proteção de dados pessoais prescreve um direito do titular de dados a dispor dos mesmos. Encontra-se, por isso, intimamente ligado ao respeito pela vontade do titular, conferindo-lhe direitos "secundários" tais como de acesso aos dados, oposição ao tratamento, retificação dos dados, retirar o consentimento entre outros. Acrescenta-se o direito a prestar o consentimento ao tratamento de dados pessoais, manifestação de vontade que deve ser livre, informada, esclarecida e específica, nos termos do artigo 4.º/11) do RGPD, o qual prevê a definição de "consentimento"[10].

Nos termos do Regulamento, não serão válidos, consentimentos ditos "obrigatórios". Sucede que a aceitação de cláusulas contratuais gerais de processamento de dados pessoais inseridas nos mais diversos contratos de adesão[11] colocam algumas dificuldades no que respeita à manifestação de uma vontade que, sob pena de invalidade, tem de ser livre, conforme exporemos adiante.

10 Veja-se: Barreto Menezes Cordeiro, A.: *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019,* Coimbra, Almedina, 2021, pp. 77 a 100 e Sousa Pinheiro, A.: "comentário ao artigo 4.º do RGPD", em Pinheiro, A. (coordenação): *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados, Coimbra,* Almedina, 2018, pp. 166 a 173.

11 Note-se que os contratos de adesão podem recorrer a cláusulas contratuais gerais ou não, na hipótese de o aderente se limitar a aderir a um clausulado prévia e unilateralmente determinado e individualizado, que não se destina a um conjunto indeterminado de pessoas. No entanto, o recurso a cláusulas contratuais gerais far-se-á sempre no âmbito de um contrato que se qualifica como de adesão. Sobre o tema, veja-se: Almeida Costa, M., J. e Menezes Cordeiro, A.: *Cláusulas contratuais gerais. Anotação ao DL 446/85,* Coimbra, Almedina, 1986; Almeida Costa, M., J.: *Síntese do regime jurídico vigente das cláusulas contratuais gerais,* 2ª edição, Lisboa, Universidade Católica editora, 1999; Almeno de Sá: *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas,* Coimbra, Almedina, 2.ª edição, 2005; Araújo Barros, J., M.: *Cláusulas contratuais gerais,* Coimbra, Coimbra editora, 2010; Botelho, J.: *Cláusulas contratuais gerais – Notas de jurisprudência,* Petrony, 2010; Galvão Telles, I.: "Das condições gerais dos contratos e da Diretiva Europeia sobre as cláusulas abusivas", *O direito,* ano 127, 1995, pp. 297 e ss.; Menezes Cordeiro, A.: *Tratado de Direito Civil Português.* Parte Geral, Tomo I, 4.ª edição, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 411 a 427; Morais Antunes, A., F.: *Comentário à lei das cláusulas contratuais gerais – Decreto-lei n.º 446/85, de 25 de outubro,* Coimbra, Coimbra editora, 2013; Mota Pinto, C.: "Contratos de adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica", *Revista de Direito e Estudos Sociais, Coimbra,* 1973, pp. 119 e ss.; Pinto Monteiro, A.: "Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo DL 446/85 de 25/10", *Revista da Ordem dos Advogados,* ano 46, 1986, pp. 733 e ss.; Oliveira Ascensão, J.: "Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé", *Revista da ordem dos advogados,* abo 60, 2000, pp. 573 e ss.; Paz, M.: "A publicitação das sentenças inibitórias de cláusulas contratuais gerais nulas como corolário do princípio da proteção do consumidor", *Revista do Centro de Estudos Judiciários,* n.º 1, 2013, 2015; Pinto Monteiro, A.: "O novo regime jurídico dos contratos de adesão/ccg", *Revista da Ordem dos Advogados,* ano 62, vol. I, janeiro 2002, pp.111 a 142; Sousa Ribeiro, J.: *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato,* Coimbra, Coimbra editora, 1990; Sousa Ribeiro, J.: *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual,* Coimbra, Coimbra editora, 1990, pp. 585 e ss.; Sousa Ribeiro, J.: *Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais,* Coimbra, Almedina, 2000.

1. As caraterísticas dos contratos de adesão com recurso a cláusulas contratuais gerais

Analisando mais de perto as cláusulas de processamento de dados pessoais através das quais o titular de dados autoriza o armazenamento, a recolha, a transferência de dados pessoais a um terceiro, a análise de dados, ou por exemplo a definição de perfis, diríamos que as mesmas encerram um direito relativo, de crédito ou obrigacional do responsável pelo tratamento de processar os dados pessoais da contraparte contratual. Assim, por via contratual, o titular de dados obriga-se a ceder as suas informações pessoais para tratamento posterior. Parte da doutrina pondera a coisificação dos dados pessoais e nesta perspetiva poderíamos estar na presença de um direito real, em concreto, um direito de propriedade sobre os dados pessoais, a ser transmitido ao responsável pelo tratamento. Esta posição doutrinal não é sufragada por nós, por motivos que noutra sede já expusemos[12].

Considerando a formulação de certas cláusulas, poderemos estar na presença de uma obrigação por parte do titular de dados que não se encontra definida na totalidade no momento da adesão ao contrato. Pensemos na hipótese de o titular de dados prestar o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais de consumo, gostos e preferências demonstradas. Tratam-se de dados pessoais que serão concretizados apenas no futuro e não "ab initio" e cujo volume poderá ser maior ou menor.

A configuração dos contratos de adesão com recurso a cláusulas contratuais gerais, perfeitamente aptos para dar resposta ao frenesim da contratação em massa e generalizada, tem pressuposta a falta de liberdade de modelação do conteúdo contratual: por definição, estes serão contratos cujo clausulado é unilateral e previamente determinado e imodificável pelo aderente, e com recurso a formulários contratuais que se destinam a um conjunto indeterminado de pessoas (são gerais, por contraposição às cláusulas individualizadas)[13]. Todavia, a manutenção da liberdade de celebração das partes constitui o último reduto que permite ver neste molde de contratação tão só um "limite" fático ao basilar princípio da liberdade contratual, previsto no artigo 405.º do Código Civil

12 No âmbito da nossa dissertação de mestrado intitulada "O RGPD e a proteção de dados sensíveis dos menores", a publicar sob o título "A proteção de dados sensíveis dos menores à luz do Regulamento Geral de Proteção de Dados", pela editora GestLegal. No mesmo sentido, mostrando-se contra o modelo de propriedade dos dados pessoias está Clifford, D.: "EU data protection", cit., p. 210.

13 Sobre o princípio da liberdade contratual, veja-se: Canaris, W.: "A liberdade e a justiça contratual na sociedade de direito privado", Contratos atualidade e evolução, Universidade Católica Portuguesa, 1997, pp. 495 e ss.; Carvalho, O., *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, GestLegal, 2021, pp. 101 a 103; Hörster, H. e Moreira da Silva, E. S.: *A parte geral do Código Civil Português,* 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 57 a 77 e Mota Pinto, C. A.: *Teoria Geral do Direito Civil,* 5ª edição, Coimbra, GestLegal, 2020, pp. 102 e ss.. Em particular, sobre a liberdade contratual nos contratos de adesão veja-se Kessler, F.: "Contracts of Adhesion – Some Thoughts About Freedom os Contract", *Columbia Law Review,* vol. 43, 1943, pp. 629 a 642.

português (adiante, abreviado para CC), e cujo reconhecimento reúne o consenso internacional[14].

2. A falta de liberdade na prestação de consentimento para o tratamento de dados pessoais quando prestado através de contratos de adesão com recurso a cláusulas contratuais gerais

A autonomia privada[15], e decorrente desta, a liberdade contratual, constituem as traves mestras do direito civil, conquanto conhecem exceções – quer proibições quer obrigações de contratar com determinadas pessoas – bem como limitações[16]. Assim, o princípio da liberdade contratual é o solo onde assenta o direito civil mas a validade do contrato não depende da afirmação deste princípio, pois, conforme dissemos, a lei impõe verdadeiras exceções e também limites, desde logo decorrentes da própria vida em sociedade, como será o caso dos contratos de adesão cuja negociação do seu conteúdo não existe.

Todavia, esta dependência da liberdade na manifestação da vontade e a validade do consentimento existe no âmbito do direito à proteção de dados pessoais. Conforme afirmámos "supra", o RGPD não contempla consentimentos "obrigatórios". Assim, considerando o molde contratual no qual estas cláusulas se encontram inseridas, a saber, nos contratos de adesão, e ao contexto no qual o consentimento é prestado, levantam-se sérias dúvidas quanto à existência de um consentimento verdadeiramente livre, inquinando a sua validade.

14 Sobre o tema veja-se Moura Vicente, D.: "A autonomia privada e os seus diferentes significados à luz do direito comparado", Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 8, ano 3, p. 276, no qual, além dos princípios Unidroit, se menciona vários instrumentos internacionais de "unificação e harmonização dos direitos dos contratos", tais como: Princípios de Direito europeu dos contratos, Projeto de Quadro Comum de Referência, e a Proposta de Regulamento do Parlamento europeu e do Conselho relativo a um direito comum europeu da compra e venda, dos quais decorre que "o princípio da autonomia privada conquistou neles uma vastíssima (e aparentemente consensual) consagração.". Veja-se ainda: Botteselli, E.: "Princípios do UNIDROIT: internacionalização e unificação do direito comercial internacional", Revista jurídica Luso-Brasileira, ano 2, n.º 1, 2016, pp. 933 a 952; Gotanda, J.: "Using the Unidroit Principles to Fill Gaps in the CISG" em: Gotanda, J.: Contract damages: domestic & international perspectives, Hart Publishing, 2007, Villanova Law, Public Policy Research Paper No. 2007-18, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1019277; Kornet, N.: "Evolving General Principles of International Commercial Contracts: The Unidroit Principles and Favor Contractus", Maastricht Faculty of Law Working Paper Series, 2011, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1756751; Michaels, R.: "The UNIDROIT Principles as Global Background Law", Uniform Law Review, vol. 19, n.º 4, 2014, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2502899 ; Perillo, J. M.: "Unidroit Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and a Review", Fordham Law Review, vol. 63, n.º 281, 1994, disponível em: https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol63/iss2/1; Saumya, V.: "UNIDROIT Principles for Interpreting Private Contracts", 2009, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1438763 ; Vogenauer, S. "Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law?", European Review of Contract Law, vol. 6, n.º 2, 2010, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1581352. Veja-se ainda a anotação do artigo 405.º do CC em Prata, A. (coordenação): Código Civil Anotado, vol I, p. 503 a 506 e Antunes Varela, J. e Pires de Lima: Código Civil Anotado, vol. I, 4ª edição reimpressão com colaboração de Henrique Mesquita, 2010, pp. 355 a 373.

15 O princípio da autonomia privada não se encontra positivado na lei civil portuguesa, antes esta a pressupõe nos instrumentos jurídicos que disponibiliza, os quais se encontram ao serviço do Homem para conformação da sua esfera jurídica de acordo com os seus interesses. Veja-se: Hörster, H. e Moreira da Silva, E. S.: A parte geral", cit., p. 59.

16 Sobre o tema veja-se Moura Vicente, D.: "A autonomia privada", cit., p. 275 a 302.

Nos termos do artigo 7.º/4 do Regulamento europeu[17], o escrutínio quanto à existência de liberdade na manifestação de vontade prestada pelo titular de dados no âmbito de um contrato, passará por aferir "com a máxima atenção", se a sua execução está subordinada ao consentimento para o tratamento de dados pessoais que não é necessário à execução contratual. Assim, conseguimos concluir que o Regulamento europeu desconfia da liberdade na prestação de consentimento para o tratamento de dados pessoais (que não sejam necessários à execução do contrato, uma vez que o tratamento destes sempre seria licito de acordo com o artigo 6.º/1/b) do RGPD) quando o consentimento foi prestado de modo inseparável da declaração negocial que forma o contrato[18].

Sucede que, sendo o clausulado, por definição, imodificável pelo aderente, não raras vezes as cláusulas de processamento de dados pessoais são inseparáveis do restante contrato. Numa palavra, a "liberdade" de celebração do aderente está circunscrita à aceitação ou rejeição do contrato na sua totalidade.

Deste modo, cremos que o consentimento não seja destacável do restante acordo contratual porque está inserido no âmbito de um contrato de adesão, quando se dirija ao processamento de dados pessoais que não sejam necessários à execução do contrato, será inválido, tornando ilegítimo o tratamento de dados pessoais nele fundamentado, considerando a exigência de liberdade na manifestação de vontade e a tradução que o artigo 7.º/4 do RGPD[19] lhe dá no âmbito contratual, moldes que se revelam incompatíveis com a prática e as caraterísticas dos contratos de adesão.

Sem querermos discorrer sobre o significado de liberdade, o qual muitas discussões políticas, filosóficas e sociológicas gerou, diríamos que, para sua verificação jurídica, e em especial para o direito à proteção de dados pessoais, a liberdade pressupõe uma escolha ou opção, uma possibilidade de decisão, quer no sentido da recusa quer da prestação do consentimento.

Cremos que a exigência de uma liberdade irrestrita revelar-se-ia utópica, sob pena de não existirem consentimentos válidos. No entanto, a consagração formal da necessidade de um consentimento livre não encontra o mínimo de tradução na prática contratual em massa, nos termos que explanaremos de seguida.

17 Veja-se Barreto Menezes Cordeiro, A.: Comentário ao Regulamento, cit., pp. 120 a 125 e Sousa Pinheiro, A.; Gonçalves, C. J.: "comentário ao artigo 7.º do RGPD", cit., pp. 227 a 230.

18 Veja-se Barreto Menezes Cordeiro, A.: Comentário ao Regulamento, cit., pp. 112 e 113, conforme afirma o Autor, "necessário" não significa indispensável nem útil ou vantajoso. Nas palavras do Autor, será necessário "sempre que não exista uma alternativa menos intrusiva" e "haja uma ligação direta entre esse tratamento e a execução do contrato". E ainda Sousa Pinheiro, A.; Gonçalves, C. J.: "comentário ao artigo 6.º do RGPD", cit., pp. 212 a 227.

19 Veja-se Barreto Menezes Cordeiro, A.: Comentário ao Regulamento, cit., pp. 120 a 125 e Sousa Pinheiro, A.; Gonçalves, C. J.: "comentário ao artigo 7.º do RGPD", cit., pp. 227 a 230.

O sentido material da exigência de liberdade na prestação de consentimento para o tratamento de dados pessoais quando inserido em contratos de adesão encontra-se inquinado em várias vertentes. Não apenas devido à óbvia inexistência de liberdade de modelação do conteúdo contratual, impedindo que o titular de dados retire ou modifique aquela(s) cláusula(s) de processamento de dados mas também, em certos casos, devido à dificuldade em se afirmar uma verdadeira liberdade de celebração do contrato, vendo-se o titular de dados e consumidor sem alternativa que não seja a adesão ao contrato nos exatos termos que pela contraparte foram prévia e unilateralmente determinados[20].

Pensemos nos contratos de fornecimento de bens e serviços de consumo que revestem um caráter essencial na vivência comunitária[21]. Mais patente se tornou durante o contexto pandémico que vivemos, na medida em que muitos bens e serviços deste tipo foram preferencialmente adquiridos "online", e, nestes casos, a qualidade destes contratos como essenciais e imprescindíveis não permite que se possa vislumbrar uma opção de aceitar ou rejeitar, "in totum", os termos contratuais, e neles, as cláusulas de processamento de dados pessoais, sem consequências de relevo na vida quotidiana condigna.

É certo que a liberdade contratual pressupõe um mínimo de nivelamento entre os poderes das partes, o qual inexiste no âmbito da contratação em massa. A posição do aderente, consumidor e também titular de dados carateriza-se por uma vulnerabilidade decorrente do seu inferior poder económico, informativo e social perante a contraparte contratual. Foi, aliás, em reconhecimento desta posição de fragilidade que o legislador comunitário e nacional veio prever um diploma específico que regula as cláusulas contratuais gerais, o DL n.º 446/85 de 25 de outubro.

Deste modo, concluímos que, sobretudo no caso de estarmos na presença de bens e serviços de consumo essenciais à manutenção da qualidade de vida social e familiar, apenas numa perspetiva estritamente formalista é que somos capaz de afirmar que o titular de dados e consumidor que discorde dos termos contratuais apresentados, e em particular, das cláusulas de processamento de dados pessoais, pode recusar a celebração do contrato. A opção de recusar os termos apresentados implicaria ficar privado de um serviço essencial pelo que

20 Nos termos do artigo 3.º/2 da Diretiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de Abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, "[c]onsidera-se que uma cláusula não foi objecto de negociação individual sempre que a mesma tenha sido redigida previamente e, consequentemente, o consumidor não tenha podido influir no seu conteúdo, em especial no âmbito de um contrato de adesão. O facto de alguns elementos de uma cláusula ou uma cláusula isolada terem sido objecto de negociação individual não exclui a aplicação do presente artigo ao resto de um contrato se a apreciação global revelar que, apesar disso, se trata de um contrato de adesão.

21 Pensemos na compra de bens alimentares, vestuário, adesão a serviços de televisão, fornecimento de energia, telecomunicações, entre outros.

podemos dizer não existir liberdade na adesão ao contrato, no qual se encontram imbricadas as cláusulas de processamento de dados pessoais.

Na sequência do exposto, consideramos que, sobretudo atendendo à imprescindibilidade dos serviços e bens fornecidos (conceito que se pode definir latamente), não existe liberdade na celebração (para além da óbvia inexistência de liberdade de modelação do conteúdo) destes contratos de adesão com recurso a cláusulas contratuais gerais. Se esta falta de liberdade contratual não inquina a validade dos contratos[22], pois, conforme dissemos existem exceções e limitações a este princípio, decorrentes quer da lei quer por razões fáticas resultantes da própria natureza das coisas, como na contratação em massa sucede, o mesmo não acontece no que respeita à prestação de consentimento pelo titular de dados, manifestação de vontade que terá de ser livre, sob pena da ilegalidade do tratamento de dados nela fundado.

3. Os contratos de adesão com recurso a cláusulas contratuais gerais e os fundamentos de licitude no âmbito contratual – o consentimento e a necessidade do tratamento de dados para a execução do contrato (artigo 6.º/1/b) do RGPD)

Note-se que o processamento de dados pessoais que sejam necessários à execução contratual ou a diligências pré-contratuais solicitadas pelo titular encontra guarida no artigo 6.º/1/b) do RGPD (por exemplo a morada para expedição do bem ou o contacto para informação do andamento da encomenda)[23]. Assim, o processamento destes dados pessoais encontra a sua legitimidade naquela disposição, dispensando-se o consentimento do titular. No entanto, todos os dados pessoais que se revelem úteis ao responsável pelo tratamento mas não sejam necessários para a execução contratual carecem de outro fundamento de licitude, o consentimento do titular, cuja validade poderá ser questionada nos termos descritos "supra".

Não se pense que com a afirmação da falta de liberdade na prestação de consentimento ao processamento de dados pessoais através de cláusulas contratuais gerais inseridas em contratos de adesão que não sejam destacáveis do restante clausulado, inexistindo, por isso, liberdade na sua prestação e tornando ilegítimo o seu tratamento, estamos a desconsiderar o consentimento (em si mesmo) como fundamento de licitude para o processamento de dados pessoais.

22 Não estamos a contemplar, naturalmente, os casos particulares de existência de vícios da vontade, em particular a coação e o dolo, nos quais a falta de liberdade na celebração do contrato inquinará a sua validade.

23 Barreto Menezes Cordeiro, A.: Comentário ao Regulamento, cit., pp. 112 e 113 e Sousa Pinheiro, A.; Gonçalves, C. J.: "comentário ao artigo 6.º do RGPD", cit., pp. 212 a 227.

Apesar de serem várias as críticas doutrinais ao consentimento como fundamento para o tratamento de dados[24] – argumentando-se de que este assentaria nas falácias da sua necessidade, suficiência e voluntariedade – em nossa opinião, temos esta posição por excessivamente paternalista e defendemos a importância da manifestação de vontade do titular como meio legitimador do processamento de dados pessoais.

Queremos apenas significar que, por um lado, a exigência imposta pelo RGPD de liberdade na manifestação da vontade do titular terá de ser entendida "cum grano salis", como um liberdade necessariamente limitada e nunca irrestrita, e, por outro, que para estar cumprida a bitola mínima de liberdade, deve ser assegurado algum espaço de opção, de possibilidade de escolha, para que o consentimento seja válido, não tornando o requisito da manifestação de vontade "livre" uma mera garantia formal e teórica que não passa da "law in books".

III. MEIOS DE TUTELA (EFETIVA) DO TITULAR DE DADOS NO ÂMBITO DE CONTRATOS DE ADESÃO COM RECURSO A CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS DE PROCESSAMENTO DE DADOS PESSOAIS

1. O controlo de conteúdo das cláusulas contratuais gerais de processamento de dados pessoais

Cremos que uma tutela efetiva do titular de dados passará mais pelo controlo do conteúdo das cláusulas contratuais de processamento de dados pessoais do que pela preocupação com o modo de sua inclusão no contrato, por exemplo, se o titular de dados manifestou uma vontade livre, informada, esclarecida, expressa (por escrito ou verbalmente) ou tácita.

Apesar de estes requisitos de validade do consentimento precederem, de um ponto de vista lógico, a análise do conteúdo contratual, na nossa opinião, este segundo modo de tutelar o direito à proteção de dados pessoais revela-se mais efetivo e protetivo do titular de dados. Numa palavra, de nada serve procurar garantir que o titular emitiu uma vontade informada e esclarecida, por exemplo, se as cláusulas às quais o titular aderiu redundam em tratamentos de dados pessoais manifestamente abusivos, intrusivos e atentatórios dos seus direitos, liberdades e garantias. Nos termos do artigo 2.º/a) da Diretiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de Abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, consideram-se «[c]láusulas abusivas», as cláusulas de um contrato tal como são definidas no artigo 3.º". Este artigo prevê o critério para a aferição

24 Veja-se Brownsword, R.: "The cult of consent: fixation and fallacy", King's Law Journal, vol. 15, n.º 2, pp. 223 a 251, o qual defende as falácias da necessidade do consentimento e da suficiência do consentimento como crítica à importância dada a este fundamento de licitude do tratamento de dados pessoais baseado na vontade do titular.

se a cláusula é abusiva: "Uma cláusula contratual que não tenha sido objecto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato."[25].

Na nossa opinião, as cláusulas gerais de processamento de dados pessoais que se revelem manifestamente abusivos, intrusivos e atentatórios dos direitos, liberdades e garantias do titular, deveriam ser considerada proibidas por via desta disposição lida em coerência com o sistema de proteção do titular de dados conferido pelo Regulamento europeu.

Esta tutela do conteúdo do clausulado contratual resulta já do nosso DL n.º 446/85, o qual prevê cláusulas relativamente e absolutamente proibidas, nos artigos 18.º, 19.º, 20.º e 21.º[26]. A par deste elenco exemplificativo, o diploma português inclui a proibição de cláusulas contrárias à boa-fé, nos termos do artigo 15.º[27], o qual consagra esta cláusula geral. Assim, as cláusulas de processamento de dados pessoais abusivas poderão ser consideradas nulas por via da cláusula geral da boa-fé.

Na concretização da contrariedade à boa-fé, entendida aqui em sentido objetivo, resulta do artigo 16.º do DL 446/85, que devem ser ponderados "os valores fundamentais do direito, relevantes em face da situação considerada, e, especialmente: a) A confiança suscitada, nas partes, pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa, pelo processo de formação do contrato singular celebrado, pelo teor deste e ainda por quaisquer outros elementos atendíveis; b) O objetivo que as partes visam atingir negocialmente, procurando-se a sua efetivação à luz do tipo de contrato utilizado.".

A título exemplificativo, pensemos em cláusulas contratuais que imponham obrigações desproporcionadas ou excessivamente lesivas dos direitos do titular de dados face ao benefício que proporcionam ao responsável pelo tratamento. Pensemos em cláusulas que autorizam o tratamento e a transferência a terceiros de dados sensíveis, que comportam um elevado risco de discriminação e para os direitos e liberdades do titular, de grande intrusividade para a sua vida íntima,

25 A este propósito salientamos o documento "Update the Unfair Contract Terms directive for digital services" do "Policy Department for Citizens' Rights and Constitucional Affairs Directorate-General for Internal Policies" de fevereiro de 2021, disponível em: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/676006/IPOL_STU(2021)676006_EN.pdf (8/11/2021). De facto, a definição das cláusulas consideradas injustas proporciona certeza jurídica e uma melhor proteção do consumidor (p. 55).

26 Veja-se Prata, A.: Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 387 e ss. e 501 e ss..

27 Veja-se Prata, A.: Contratos de adesão", cit., pp. 353 e ss..

privada e familiar[28], cremos que por via da cláusula geral da boa-fé estas obrigações desproporcionadas podem ser consideradas nulas.

2. A eficácia (quase) normativa das cláusulas contratuais tipo e a eficácia extraterritorial do RGPD segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

Uma diferente via de proteção efetiva do titular de dados e simultaneamente aderente destes contratos encontra-se na força "normativa" das cláusulas contratuais de proteção de dados que conferem garantias de proteção ao titular, na linha da recente jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) vertida no acórdão de 16 de julho de 2020, processo C-311/18 (intitulada, "Schrems II")[29] [30]. Neste âmbito referimo-nos, em particular, às cláusulas contratuais-tipo subscritas no âmbito das transferências de dados pessoais para terceiros. Na sequência deste arresto, a Comissão emitiu a 4 de junho de 2021 a "Decisão de execução (UE) 2021/914 relativa às cláusulas contratuais-tipo aplicáveis à transferência de dados pessoais para países terceiros nos termos do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho", a qual revoga as precedentes "Decisão 2001/497/CE" e "Decisão 2010/87/UE" são revogadas com efeitos a partir de 27 de setembro de 2021, nos termos do seu artigo 4.º.

Se a transferência de dados pessoais para países da União Europeia é livre, uma vez que existem garantias adequadas de proteção considerando a aplicabilidade e obrigatoriedade do RGPD, o mesmo não acontece quando se trate de um país terceiro[31]. Neste caso, a legitimidade da transferência de dados pessoais torna-se mais complexa e consta do capítulo V do RGPD.

28 Conforme afirmam Christophe Lazaro e Daniel le Metayer, as transferências de dados pessoais, em particular de dados médicos e/ou genéticos, pode trazer repercussões nos membros da família, cuja esfera pessoal também é afetada. Veja-se Lazaro, C. e Metayer, D.: "Le consentement au traitement des données personnelles. Perspective comparative sur l' autonomie du sujet", Revue Juridique Themis, vol. 48, n.º 3, 2014, p. 810. Igualmente sobre o consentimento prestado no âmbito médico veja-se Katz, J.: "Informed consent – a fairy tale? Law's vision", University of Pittsburgh Law review, vol. 39, n.º 2, 1977, pp. 137 a 174.

29 Na sequência deste arresto, em 10 de novembro de 2020, o "European Data Protection Board" adotou as Recomendações 01/2020 relativas às medidas complementares aos instrumentos de transferência para assegurar o cumprimento do nível de proteção dos dados pessoais da EU disponível em: https://edpb.europa.eu/sites/default/files/consultation/edpb_recommendations_202001_supplementarymeasurestransferstools_pt.pdf (8/11/2021). Em 4 de junho de 2021 a Comissão Europeia emitiu a Decisão de execução (UE) 2021/914 relativa às cláusulas contratuais-tipo aplicáveis à transferência de dados pessoais para países terceiros nos termos do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho. Salientamos ainda o "Parecer conjunto 2/2021 do European Data Protection Board e da Agencia Europeia de Proteção de Dados sobre a Decisão de execução da comissão Europeia relativa às cláusulas contratuais-tipo aplicáveis À transferência de dados pessoais para terceiros para as matérias referidas no artigo 46.º, n.º 2, alínea c), do Regulamento (UE) 2016/679".

30 Sobre o tema veja-se Conde Nogueira, C.: "Privacy Shield vs. Acórdão C-311/18 – «Schrems II»", CyberLaw, n.º 10, 2021, pp. 12 a 42.

31 A definição de "tratamento transfronteiriço" está contemplada no artigo 4/23) do RGPD. A noção de país terceiro para estes efeitos consta do considerando 101 do RGPD: "países não pertencentes à União". Note-se que na Lei espanhola de proteção de dados continha uma diferente noção da prevista na precedente Diretiva de Proteção de Dados, definindo país terceiro como qualquer país distinto de Espanha. Veja-se sobre o tema: Blas, F.: "Transferencias internacionales de datos, perspectiva española de la necessária búsqueda de estândares globales", Revista Derecho del Estado, vol. 23, 2009, p. 49. Com a saída do Reino

A transferência de dados pessoais a países terceiros será possível se a Comissão tiver emitido uma decisão de adequação através da qual considera que o país em causa assegura um nível de proteção adequado[32], nos termos do artigo 45.º do RGPD[33].

Na falta de decisão de adequação disciplina o artigo 46.º/1 que a transferência de dados pessoais só poderá ser realizada se o país terceiro tiver apresentado "garantias adequadas, e na condição de os titulares de dados gozarem de direitos oponíveis e de medidas jurídicas corretivas eficazes". Nos termos do artigo 46.º/2/c) do RGPD[34] a adoção de cláusulas contratuais tipo (doravante CCT), emanadas pela Comissão Europeia, em inglês as "standard contratual clauses", é considerada uma das garantias adequadas[35].

Repare-se ainda que o consentimento explícito do titular de dados legitimará o tratamento de dados pessoais transfronteiriços, nos termos do artigo 49.º/1/a) do Regulamento europeu[36], na falta de uma decisão de adequação ou de garantias adequadas (previstas no artigo 46.º do RGPD), o qual deverá ser "informado dos possíveis riscos de tais transferências para si próprio devido à falta de uma decisão de adequação e das garantias adequadas". Nos quadros enunciados "supra", se esta manifestação de vontade do titular de dados se encontra inserida no clausulado de um contrato de adesão, poderemos duvidar da liberdade na sua prestação, não obstante esta exigência qualificada de informação permitir uma manifestação

Unido da União Europeia (intitulada "Brexit") colocou-se o problema das transferências de dados pessoais para este país cair no âmbito das transferências para um país terceiro. A União adotou uma postura flexível quanto a esta matéria. Como refere Ana Gascón Marcén, é necessário que a decisão de adequação entre a UE e o Reino Unido seja suficientemente garantística, sob pena de ser considerada inválida pelo TJUE, à semelhança do ocorrido no acórdão Schrems II. Veja-se Gascón Marcén, A.: "The regulation of the flow of personal data between the European Union and the United Kigdom after Brexit", Cuadernos de derecho transnacional, vol. 12, n.º 1, 2020, p. 241 e ainda Ortega Gimenez, A.: "Brexit, relaciones privadas internacionales y protección de datos de caráter personal: ¿dejará de ser el Reino Unido un 'país seguro'?", *Anuario español Derecho Internacional Privado,* vol. 19, 2020, pp. 43 a 66.

32 Sobre o conceito de "*nível adequado*" veja-se Recio Gayo, M.: "Nivel adecuado para transferências internacionales de datos", Derecho PUCP, vol. 83, 2019, p. 207 a 240, no qual o Autor defende que a definição desta cláusula geral requeria uma aproximação multilateral (p. 234). Sobre a numerosa existência de cláusulas gerais e conceitos indeterminados no RGPD, bem como os princípios da subsiariedade e proporcionalidade da regulação europeia veja-se: Miscenic, E.; Hoffmann, A.: "*The role of opening clauses in harmonization of Eu law: exemple of the EU's General Data Protection Regulation (GDPR)*", EU and Comparative Law Issues and Challenges Series,, vol. 4, 2020, p. 44 a 61.

33 A primeira decisão de adequação adotada pela Comissão depois da entrada em vigor do RGPD visou o Japão enquanto país terceiro. Trata-se da Decisão de execução (UE) 2019/419 da Comissão de 23 de janeiro de 2019 nos termos do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a adequação do nível de proteção dos dados pessoais assegurado pelo Japão no âmbito da Lei relativa à proteção de informações pessoais.

34 Barreto Menezes Cordeiro, A.: Comentário ao Regulamento, cit., pp. 332 e 333 e Sousa Pinheiro, A.; Gonçalves, C. J.: "comentário ao artigo 46.º do RGPD", cit., pp. 512 a 517.

35 De acordo com a opinião sufragada por Catarina Conde Correia, "se o privacy shield foi considerado inválido com base na incompatibilidade entre o direito da UE e a legislação de segurança norte americana, seria expectável que as SCC [standard contractual clauses] estabelecidas para regular a transferência de dados precisamente para os EUA também teriam a mesma consequência jurídica.", em Conde Nogueira, C.: "Privacy Shield", cit., p. 31.

36 Veja-se a este propósito: Barreto Menezes Cordeiro, A.: Comentário ao Regulamento, cit., pp. 346 a 352 e Sousa Pinheiro, A.; Gonçalves, C. J.: "comentário ao artigo 49.º do RGPD", cit., pp. 524 a 530.

de vontade do titular mais ponderada e racional. No entanto, as suas vantagens decairão se a cláusula na qual o titular presta o consentimento para o tratamento de dados transfronteiriço não for destacável do restante contrato, na medida em que, apesar de informado das consequências e riscos, o titular de dados não se pode furtar ao consentimento sem recusar a celebração do contrato, inquinando-se, assim, a liberdade na manifestação da vontade.

Em suma, uma das possibilidades para a transferência transfronteiriça de dados pessoais será a existência de uma decisão de adequação da Comissão Europeia que considera que o país terceiro tem um nível de proteção adequado. Deste modo, a transferência de dados pessoais a países terceiros com uma decisão de adequação será permitida e "não exige autorização específica" (artigo 45.º/1 do RGPD[37]).

Todavia, de acordo com a referida jurisprudência do Tribunal de Justiça[38], o artigo 45.º deve ser lido em conformidade com o artigo 44.º do Regulamento europeu[39], nos termos do qual todas as disposições do capítulo V devem ser aplicadas "de forma a assegurar que não é comprometido o nível de proteção das pessoas singulares". Portanto, o nível de proteção do capítulo V deve ser sempre garantido, e não comprometido, independentemente do artigo 45.º, com base no qual se transmitem dados pessoais ao país terceiro.

Para além da decisão de adequação da Comissão que considera que o país terceiro assegura um nível de proteção adequado, note-se que a sua inexistência não é necessariamente impeditiva da transferência de dados ao país terceiro, mas, neste caso, o exportador dos dados pessoais deve assegurar a existência de um nível de proteção equivalente ao da União (garantias adequadas e que os titulares de dados gozem de direitos oponíveis e de medidas jurídicas corretivas eficazes, nas palavras do artigo 46.º/1 do Regulamento europeu).

Perante a jurisprudência do TJUE na decisão "supra" mencionada, a qual considera inválida a decisão de execução 2016/1250 da Comissão, de 12 de julho de 2016, denominada "privacy shield" (escudo de proteção de privacidade), os Estados Unidos da América deixam de ser um país terceiro cujas transferências de dados pessoais beneficiavam do regime do artigo 45.º do RGPD[40]. Assim,

37 Barreto Menezes Cordeiro, A.: Comentário ao Regulamento, cit., pp. 320 a 328 e Sousa Pinheiro, A.; Gonçalves, C. J.: "comentário ao artigo 45.º do RGPD", cit., pp. 504 a 512.

38 Acórdão do TJUE processo C-311/18 de 16 de julho de 2020, parágrafo 92.

39 Barreto Menezes Cordeiro, A.: Comentário ao Regulamento, cit., pp. 317 a 320 e Sousa Pinheiro, A.; Gonçalves, C. J.: "comentário ao artigo 44.º do RGPD", cit., pp. 202 a 504.

40 Veja-se Bennett, S.: "EU privacy shield: practical implications for U.S. ligation", Pratical Lawyer, vol. 62, n.º 2, abril 2016, p. 63, segundo o qual a anterior decisão do TJUE no âmbito do processo C-362/14 ("Schrems I") que invalidou os "Safe Harbour Principles" trouxe dificuldades na implementação do "Privacy Shield". Na atualidade com a decisão "Schrems II" verificam-se semelhantes dificuldades. Já numa fase embrionária do "privacy shield" lhe eram dirigidas críticas pela doutrina americana. Veja-se, Gilbert, F.: "WP29: Thumbs

invalidada a decisão de adequação da Comissão que considerava que os EUA tinham um "nível de proteção adequado", os fluxos de dados para este país apesar de não se encontrarem impedidos, resultam dificultados[41].

Conforme dissemos, a falta de decisão de adequação não é impeditiva da transferência de dados pessoais. Nesse caso, o responsável pelo tratamento ou subcontratante deve garantir o cumprimento das exigências do artigo 46.º do RGPD, sendo uma das possibilidades a adoção das CCT adotadas pela Comissão, dispensando-se, assim, a autorização específica de uma autoridade de controlo (artigo 46.º/2 do Regulamento europeu).

Uma vez que, na falta de decisão de adequação, será o responsável pelo tratamento ou subcontratante que tem a responsabilidade de assegurar que o país terceiro oferece garantias adequadas de proteção de dados[42]. Deste modo, como é fácil de intuir, a transferência de dados pessoais será evitada pelos responsáveis pelo tratamento e/ou subcontratantes, uma vez que representa um risco acrescido para estes, considerando, sobretudo, as consequências sancionatórias previstas pelo RGPD em caso de incumprimento.

A adoção das CCT entre um responsável pelo tratamento ou subcontratante, exportador dos dados pessoais, e o terceiro, sito no país importador dos dados pessoais, tem natureza obrigacional pelo que a sua eficácia é relativa, verifica-se apenas "interpartes", não vinculando entidades externas ao contrato[43].

down to Draft EU-US Privacy Shield", Practical Lawyer, vol. 62, n.º 4, 2016, pp. 45 a 48, a qual critica o impasse gerado pelo WP29, ao desconfiar do nível de proteção oferecido pela proposta ("draft"), em comparação com o RGPD. Sobre a proteção de dados conferida nas transferências internacionais de dados pessoais leia-se: Oliveira Andrade de Jesús, I.: "*O direito à proteção de dados e o regime jurídico das transferências internacionais de dados: a proteção viaja com as informações que nos dizem respeito?*", Anuário de Proteção de Dados, Cedis, 2018, pp. 71 e ss.

41 A doutrina reconhece, por isso, a necessidade de uma solução harmonizada ao nível internacional. Veja-se Blas, F.: "Transferencias internacionales", cit., p. 40. Apesar de representar, em teoria, a solução que facilita a desejável transferência internacional de dados pessoais, cremos que, na prática, e considerando o padrão elevado de segurança exigido pela UE em comparação com a diferente perspetiva dos EUA, esta solução é utópica. O consenso a nível internacional quanto a esta matéria dificilmente seria alcançado. Sobre as diferentes perspetivas na UE e nos EUA na matéria da proteção de dados pessoais veja-se: Houser, K.: "GDPR: The end of Google and Facebook or a New Paradigm in Data Privacy?", SSNR, 2018, p. 6 e ss.. disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3212210 (10/11/2021).

42 Conforme se afirma no Acórdão do TJUE, processo C-311/18, parágrafo 129, a transferência de dados pessoais fundada no artigo 46.º distingue-se "de uma decisão de adequação adotada ao abrigo do artigo 45.º, n.º 3, do RGPD, a qual, na sequência de um exame da regulamentação do país terceiro em causa, à luz, nomeadamente, da legislação pertinente em matéria de segurança nacional e de acesso das autoridades públicas aos dados pessoais, visa constatar com efeito um nível de proteção adequado e que, por conseguinte, o acesso das autoridades públicas do referido país terceiro a esses dados não obsta às transferências deste para esse mesmo país terceiro. Assim, tal decisão de adequação só pode ser adotada pela Comissão na condição de esta ter constatado que legislação pertinente do país terceiro na matéria comporta efetivamente todas as garantias exigidas que permitam considerar que essa legislação assegura um nível de proteção adequado.". Tal como afirma Catarina Conde Nogueira, "se a própria Comissão Europeia com todo o seu conhecimento e recursos ao dispor, provou estar errada duas vezes consecutivas em relação a tais avaliações (Safe Harbour e Privacy Shield), coloca-se a questão pertinente de como poderiam as empresas da UE ter um melhor desempenho nessa tarefa.", em Conde Nogueira, C.: "Privacy Shield", cit., p. 36.

43 Conforme a jurisprudência mencionada, "(…) é inerente ao caráter contratual das cláusulas contratuais tipo de proteção de dados que estas não podem vincular as autoridades públicas dos países terceiros,

Nesta senda, o TJUE[44] considerou que as CCT poderão não ser suficientes para garantia de um nível de proteção adequado, considerando que terceiros, que não sejam parte contratual, designadamente autoridades públicas do país importador dos dados pessoais, não se encontram vinculados pelas CCT, pelo que a legislação do país poderá autorizar processamentos de dados pessoais fora das garantias consideradas adequadas ou equivalentes às da União, exigindo-se, por isso, que o responsável pelo tratamento adote medidas adicionais de proteção.

A referida jurisprudência teve não apenas o valor impactante de considerar inválida a decisão de adequação que considerou os Estados Unidos da América um país terceiro com um nível de proteção adequado, como também o facto de ver nas CCT uma força vinculativa expansiva, que extravasa, na prática, os limites da vinculação "interpartes". A exigência imposta pelo RGPD de ser assegurado um nível de proteção adequado, e que na falta de decisão de adequação se podia verter na adoção das CCT da Comissão, possui, por isso, uma expansão "além-fronteiras" da UE, alargando o âmbito territorial do nível de proteção garantido pelo RGPD[45].

Esta jurisprudência que apela ao respeito das garantias impostas pelas CCT em moldes que extravasam as partes contratuais atribuiu-lhes uma força (quase) normativa, porque impõe uma bitola mínima de proteção não apenas às partes contratuais, obrigadas à observância dos artigos 45 e seguintes do RGPD, mas também fora do seu âmbito de aplicação subjetivo, quando ordens jurídicas de países terceiros tornem débil aquela bitola mínima ao permitir que se contornem as garantias prescritas nas CCT. Tal como uma norma que se mostra geral e abstrata, as garantias impostas pelo RGPD e, em particular, pelas CCT, nos termos da referida jurisprudência do Tribunal de Justiça, vão impor-se para além da sua natural eficácia obrigacional "interpartes".

Conforme afirma o Tribunal de Justiça, a transferência de dados pessoais fundada no artigo 46/2/c) do RGPD deverá ser suspensa pelo responsável pelo tratamento/subcontratante, nomeadamente, se "o direito do país terceiro impõe ao destinatário de uma transferência de dados pessoais provenientes da União obrigações contrárias às referidas cláusulas [cláusulas contratuais tipo] e, portanto, suscetíveis de pôr em causa a garantia contratual de um nível de proteção adequado contra o acesso das autoridades públicas do referido país terceiro

mas que o artigo 44.º, o artigo 46.º, n.º 1, e o artigo 46.º, n.º 2, alínea c), do RGPD, interpretados à luz dos artigos 7.º, 8.º e 47.º da Carta [Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia], exigem que o nível de proteção das pessoas singulares garantido por este regulamento não seja comprometido, pode revelar-se necessário complementar as garantias constantes, dessas cláusulas-tipo de proteção de dados." (parágrafo 132 do Acórdão do TJUE de 16 de julho de 2020).

44 Acórdão do TJUE processo C-311/18 de 16 de julho de 2020, parágrafo 201.

45 Sobre o tema da extraterritorialidade do RGPD veja-se Houser, K.: "GDPR: The end", cit., p. 40 e ss..

a esses dados.''[46]. Logo, não é suficiente a vinculação das CTT entre as partes contratuais nem que as garantias de proteção por elas oferecidas sejam eficazes apenas entre o exportador e o importador dos dados pessoais exigindo-se que se respeite este patamar de proteção de dados pessoais considerado mínimo para que possam ser realizadas transferências de dados pessoais para fora da União (numa palavra a exportação de dados pessoais para países terceiro).

Afinal, a consagração de uma bitola mínima de proteção dos dados pessoais prevista no RGPD de nada serviria se pudesse ser contornada pela legislação do país terceiro (importador dos dados) que não oferece garantias suficientes. Deste modo, aplaudimos a interpretação do TJUE, a qual redunda em benefício do titular de dados.

46 Acórdão do TJUE de 16 de julho de 2020, processo C-311/18, parágrafo 135.

BIBLIOGRAFIA

Almeida Costa, M., J. e Menezes Cordeiro, A.: Cláusulas contratuais gerais. Anotação ao DL 446/85, Coimbra, Almedina, 1986.

Almeida Costa, M., J.: Síntese do regime jurídico vigente das cláusulas contratuais gerais, 2ª edição, Lisboa, Universidade Católica editora, 1999.

Almeno de Sá: Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas, Coimbra, Almedina, 2.ª edição, 2005.

Antunes Varela, J. e Pires de Lima: Código Civil Anotado, vol. I, 4ª edição reimpressão com colaboração de Henrique Mesquita, 2010.

Araújo Barros, J., M.: Cláusulas contratuais gerais, Coimbra, Coimbra editora, 2010; Botelho, J.: Cláusulas contratuais gerais – Notas de jurisprudência, Petrony, 2010.

Barreto Menezes Cordeiro, A.: Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019, Coimbra, Almedina, 2021.

Bennett, S.: "EU privacy shield: practical implications for U.S. ligation", Pratical Lawyer, vol. 62, n.º 2, abril 2016, pp. 63 e ss.

Blas, F.: "Transferencias internacionales de datos, perspectiva española de la necessária búsqueda de estândares globales", Revista Derecho del Estado, vol. 23, 2009, pp. 49 e ss.

Botteselli, E.: "Princípios do UNIDROIT: internacionalização e unificação do direito comercial internacional", Revista jurídica Luso-Brasileira, ano 2, n.º 1, 2016, pp. 933 a 952.

Brownsword, R.: "The cult of consent: fixation and fallacy", King's Law Journal, vol. 15, n.º 2, pp. 223 a 251.

Caamiña Domínguez, C.: "La noción de "consumidor" en Internet: el assunto C-498/16, Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited", Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 11, n.º 1, março 2019, pp. 711 a 721.

Canales Gil, A.: "El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal", Revista Juridica de Castilha y Leon, vol. 13, 2007, pp. 13 a 56.

Canaris, W.: "A liberdade e a justiça contratual na sociedade de direito privado", Contratos atualidade e evolução, Universidade Católica Portuguesa, 1997, pp. 495 e ss.

Carvalho, O., Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra, GestLegal, 2021.

Clifford, D.: "EU data Protection law and targeted advertising: consent and the cookie monster – tracking the crumbs of online user behaviour", Journal of Intellectual Property, Information, Technology and E-commerce Law, vol. 5, 2014, pp. 194 a 212.

Conde Nogueira, C.: "Privacy Shield vs. Acórdão C-311/18 – «Schrems II»", CyberLaw, n.º 10, 2021, pp. 12 a 42.

Fernández Segado, F.: "El régimen jurídico del tratamento autorizado de los datos de caráter personal en España", Derecho PUCP, vol. 51, 1997, pp. 28 e ss.

Galvão Telles, I.: "Das condições gerais dos contratos e da Diretiva Europeia sobre as cláusulas abusivas", O direito, ano 127, 1995, pp. 297 e ss.

Gascón Marcén, A.: "The regulation of the flow of personal data between the European Union and the United Kigdom after Brexit", Cuadernos de derecho transnacional, vol. 12, n.º 1, 2020, pp. 241 e ss.

Gilbert, F.: "WP29: Thumbs down to Draft EU-US Privacy Shield", Practical Lawyer, vol. 62, n.º 4, 2016, pp. 45 a 48.

Gotanda, J.: "Using the Unidroit Principles to Fill Gaps in the CISG" em: Gotanda, J.: Contract damages: domestic & international perspectives, Hart Publishing, 2007, Villanova Law, Public Policy Research Paper No. 2007-18, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1019277 (8/11/2021).

Hoedl, C.; "How to market services: advertising, consumer protection and personal data", International Business Law Journal, vol. 1998, n.º 3, 1998, pp. 285 a 316.

Hörster, H. e Moreira da Silva, E. S.: A parte geral do Código Civil Português, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 57 e ss.

Houser, K.: "GDPR: The end of Google and Facebook or a New Paradigm in Data Privacy?", SSNR, 2018, p. 6 e ss.. disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3212210 (10/11/2021).

KATZ, J.: "Informed consent – a fairy tale? Law's vision", University of Pittsburgh Law review, vol. 39, n.º 2, 1977, pp. 137 a 174.

KESSLER, F.: "Contracts of Adhesion – Some Thoughts About Freedom os Contract", Columbia Law Review, vol. 43, 1943, pp. 629 a 642.

KORNET, N.: "Evolving General Principles of International Commercial Contracts: The Unidroit Principles and Favor Contractus", Maastricht Faculty of Law Working Paper Series, 2011, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1756751 (2/11/2021).

LAZARO, C. e METAYER, D.: "Le consentement au traitement des données personnelles. Perspective comparative sur l' autonomie du sujet", Revue Juridique Themis, vol. 48, n.º 3, 2014, p. 810 e ss.

MENEZES CORDEIRO, A.: Tratado de Direito Civil Português. Parte Geral, Tomo I, 4.ª edição, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 411 a 427.

MICHAELS, R.: "The UNIDROIT Principles as Global Background Law", Uniform Law Review, vol. 19, n.º 4, 2014, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2502899 (2/11/2021).

MISCENIC, E.; HOFFMANN, A.: "The role of opening clauses in harmonization of Eu law: exemple of the EU's General Data Protection Regulation (GDPR)", EU and Comparative Law Issues and Challenges Series,, vol. 4, 2020, p. 44 a 61.

MORAIS ANTUNES, A., F.: Comentário à lei das cláusulas contratuais gerais – Decreto-lei n.º 446/85, de 25 de outubro, Coimbra, Coimbra editora, 2013.

MOTA PINTO, C. A.: Teoria Geral do Direito Civil, 5ª edição, Coimbra, GestLegal, 2020, pp. 102 e ss.

MOTA PINTO, C.: "Contratos de adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica", Revista de Direito e Estudos Sociais, Coimbra, 1973, pp. 119 e ss.

MOURA VICENTE, D.: "A autonomia privada e os seus diferentes significados à luz do direito comparado", Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 8, ano 3, pp. 275 a 302.

NAVAS NAVARRO, S. e CAMACHO CLAVIJO, S.: "Cookies y tecnologia análoga: publicidade comportamental online y protección de los datos de caráter personal", em Mercado Digital, principios y reglas jurídicas, Valencia, Tirant, 2016, pp. 357 a 378.

Oliveira Andrade de Jesús, I.: "O direito à proteção de dados e o regime jurídico das transferências internacionais de dados: a proteção viaja com as informações que nos dizem respeito?", Anuário de Proteção de Dados, Cedis, 2018, pp. 71 e ss.

Oliveira Ascensão, J.: "Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé", Revista da ordem dos advogados, abo 60, 2000, pp. 573 e ss.

Ortega Gimenez, A.: "Brexit, relaciones privadas internacionales y protección de datos de caráter personal: ¿dejará de ser el Reino Unido un 'país seguro'?", Anuario español Derecho Internacional Privado, vol. 19, 2020, pp. 43 a 66.

Palma Ortigosa, A.: "Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", European Journal of privacy law & Tachnologies, vol. 2019, n.º 2, 2019, pp. 141 a 153.

Paz, M.: "A publicitação das sentenças inibitórias de cláusulas contratuais gerais nulas como corolário do princípio da proteção do consumidor", Revista do Centro de Estudos Judiciários, n.º 1, 2013, 2015.

Perillo, J. M.: "Unidroit Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and a Review", Fordham Law Review, vol. 63, n.º 281, 1994, disponível em: https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol63/iss2/1 (5/11/2021).

Pinto Monteiro, A.: "Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo DL 446/85 de 25/10", Revista da Ordem dos Advogados, ano 46, 1986, pp. 733 e ss.

Pinto Monteiro, A.: "O novo regime jurídico dos contratos de adesão/ccg", Revista da Ordem dos Advogados, ano 62, vol. I, janeiro 2002, pp.111 a 142.

Prata, A. (coordenação): Código Civil Anotado, vol I, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 503 a 506.

Prata, A.: Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais, Coimbra, Almedina, 2021.

Puerto, M. I. e Sferrazza, T.: "La sentencia Schrems del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: un paso firme en la defensa del derecho a la privacidad en el contexto de la vigilancia masiva transnacional", Revista Derecho del Estado, vol. 40, 2018, pp. 209 a 236.

Recio Gayo, M.: "Nivel adecuado para transferências internacionales de datos", Derecho PUCP, vol. 83, 2019, p. 207 a 240.

Recomendações 01/2020 relativas às medidas complementares aos instrumentos de transferência para assegurar o cumprimento do nível de proteção dos dados pessoais da EU disponíveis em: https://edpb.europa.eu/sites/default/files/consultation/edpb_recommendations_202001_supplementarymeasurestransferstools_pt.pdf (8/11/2021).

Saumya, V.: "UNIDROIT Principles for Interpreting Private Contracts", 2009, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1438763 (8/11/2021).

Sousa Pinheiro, A. (coordenação): Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados, Coimbra, Almedina, 2018.

Sousa Pinheiro, A.: Privacy e Protecção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional, Lisboa, AAFDL, 2015.

Sousa Ribeiro, J.: Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato, Coimbra, Coimbra editora, 1990.

Sousa Ribeiro, J.: O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual, Coimbra, Coimbra editora, 1990, pp. 585 e ss.

Sousa Ribeiro, J.: Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais, Coimbra, Almedina, 2000.

Vogenauer, S. "Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law?", European Review of Contract Law, vol. 6, n.º 2, 2010, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1581352 (14/11/2021).

LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LAS HOJAS DE ENCARGO DE SERVICIOS JURÍDICOS: EN ESPECIAL, LA CLÁUSULA DE EXONERACIÓN Y LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL PROFESIONAL*

THE ABUSIVE CLAUSES IN THE LEGAL SERVICES ASSIGNMENT SHEETS: ESPECIALLY, THE CLAUSE OF EXEMPTION AND LIMITATION OF LIABILITY OF THE PROFESSIONAL

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1148-1167

* El presente trabajo se enmarca dentro del Grupo de Investigación de referencia reconocido por el Gobierno de Aragón, LEGMIBIO y dentro del "Instituto Universitario de Investigación en Empleo, Sociedad Digital y Sostenibilidad Universidad de Zaragoza" (IEDIS).

Loreto Carmen
MATE SATUÉ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: El trabajo tiene como objetivo exponer el régimen jurídico aplicable a las hojas de encargo profesional suscritas entre un abogado y su cliente, para con ese antecedente analizar las principales cláusulas que son declaradas abusivas por los tribunales, en concreto, la relativa al precio del contrato, a la facultad de desistimiento y, en especial, a la cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad.

PALABRAS CLAVE: Cláusulas abusivas; servicios jurídicos; exoneración de responsabilidad; hojas de encargo.

ABSTRACT: *The objective of the work is to expose the legal regime applicable to the professional commission forms signed between a lawyer and his client, in order to analyze the main clauses that are declared abusive by the courts. Specifically, the clauses related to the price of the contract, the power of withdrawal and, especially, the clause of exoneration or limitation of liability are analyzed.*

KEY WORDS: *Unfair terms; legal services; exclusion of liability; professional assignment sheet.*

SUMARIO.- I. IMPLICACIONES DE LA CALIFICACIÓN DE LA RELACIÓN ABOGADO-CLIENTE COMO UNA "RELACIÓN DE CONSUMO". 1. Las hojas de encargo profesional: ¿una exigencia al amparo del artículo 63 del TRLGDCU?. 2. El régimen jurídico aplicable a las hojas de encargo profesional: la interrelación entre la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el TRLGDCU - II. LAS PRINCIPALES CLÁUSULAS ABUSIVAS INSERTAS EN LAS HOJAS DE ENCARGO PROFESIONAL SUSCRITAS CON UN ABOGADO. 1. El control sobre el precio del contrato. 2. La cláusula que regula la faculta de desistimiento del cliente. 3. La cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad y su relación con el deber de información del abogado sobre los riesgos del proceso.- III. BIBLIOGRAFIA.

I. IMPLICACIONES DE LA CALIFICACIÓN DE LA RELACIÓN ABOGADO-CLIENTE COMO UNA "RELACIÓN DE CONSUMO"

La relación jurídica entre el abogado y el cliente ha sido tradicionalmente calificada como un "contrato de servicios", aunque hay ciertas actuaciones del profesional de la Abogacía que pueden calificarse como un "contrato de obra", como, por ejemplo, la redacción de un contrato, de unos estatutos sociales o la partición de una herencia[1]; actualmente, ha existido un cambio jurisprudencial que considera que esta relación contractual debe enmarcarse como un "contrato de gestión"[2] con elementos tomados tanto del contrato de servicios como del contrato de mandato[3].

La aplicación de las fuentes de reglamentación contractual previstas en los artículos 1255 y 1258 del Código Civil al contrato de servicios jurídicos, puede comportar el reconocimiento de ciertas obligaciones a los abogados y de derechos a los prestatarios de servicios jurídicos, al amparo del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley

1 Entre los autores que consideran que estos supuestos la relación jurídica debe canalizarse como un "contratos de obra", podemos destacar Crespo Mora, M.C.: *La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 88 y 89; Monterroso Casado, E.: "La responsabilidad civil del Abogado: criterios, supuestos y efectos" en *Saberes: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, v. 3, 2005, p. 4 o Chaparro Matamoros, P.: "Nuevas perspectivas de la Responsabilidad Civil del Abogado" en *CEF Legal: Revista Práctica de Derecho*, nº 174, 2015, p. 12.
Los órganos judiciales han calificado la relación jurídica entre abogado y cliente como un "contrato de obra" cuando el objeto del encargo es la emisión de un dictamen jurídico [STS 28 noviembre 1984 (RJ 1984, 5688)], la partición de una herencia [SSAP Alicante 4 noviembre 2002 (AC 2003, 113), Salamanca 5 febrero 2013 (AC 2013, 680)].

2 Entre las resoluciones que califican la relación entre el abogado y su cliente como un "contrato de gestión", pueden señalarse, entre otras, las SSTS 26 febrero 2007 (RJ 2007, 2115), 15 febrero 2008 (RJ 2008, 2670) y SAP Barcelona 3 junio 2013 (JUR 2013, 336841). Hace referencia expresa, a la evolución jurisprudencial sobre la articulación de esta relación jurídica, la SAP A Coruña 9 octubre 2009 (AC 2010, 806).

3 Al respecto, había un sector doctrinal partidario de la aplicación de las normas del mandato previstas en el Código Civil a los contratos de servicios jurídicos. En esta línea, Alonso Pérez, M.T.: *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, JM Bosch, Barcelona, 1997, p. 130 y Crespo Mora, M.C.: *La responsabilidad del Abogado cit.* 2005, pp. 102-103.

• Loreto Carmen Mate Satué
Profesor Ayudante Doctor Centro Universitario de la Defensa (Zaragoza) matesatue@unizar.es

General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGDCU), cuando la relación entre el acreedor y el deudor de la relación jurídica pueda calificarse como una "relación de consumo" *ex* artículo 2 del TRLGDCU[4]. Esto sucederá siempre que, el abogado actúe en la relación jurídica con un propósito relacionado con su actividad profesional[5] (artículo 4 del TRLGDCU) y el prestatario del servicio lo contrate para la defensa de intereses que resulten ajenos a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión (artículo 3 del TRLGDCU).

El reconocimiento de la aplicación de esta normativa tuitiva a la relación jurídica entablada entre el profesional de la Abogacía y el cliente tiene incidencia, respecto a la formación del contrato, en tres ámbitos: en el deber de información precontractual que compete al profesional (artículo 60 del TRLGDCU)[6], en la integración de la publicidad en el contrato (artículo 61 del TRLGDCU) y en su formalización (artículo 63 del TRLGDCU). En este trabajo, nos centraremos en este último aspecto

1. Las hojas de encargo profesional: ¿una exigencia al amparo del artículo 63 del TRLGDCU?

En el ejercicio de la Abogacía constituía una práctica frecuente en el sector que los contratos celebrados por las partes se hiciesen mediante un pacto verbal atendiendo al principio de libertad de forma *ex* artículo 1278 del Código Civil. No obstante, se ha producido una evolución respecto a la formalización de los contratos de servicios jurídicos, de modo que se aprecia una tendencia cada vez mayor, a suscribir hojas de encargo profesional por los beneficios que puede

4 Han calificado como "relación de consumo" la entablada entre un abogado y su cliente y, por *ende*, se ha aplicado la normativa tuitiva de consumidores, entre otras, las SSAP Barcelona, 8 marzo 2011 (JUR 2011, 180420), Salamanca, 11 marzo 2013 (JUR 2013, 136478), de Madrid, de 25 julio 2018 (JUR 2018, 279297).

5 El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido confirmando que el criterio delimitante para que una persona sea calificada como profesional o como consumidor en una determinada relación jurídica no es su cualificación profesional, sino el ámbito en el que está actuando, es decir, si actúa con un propósito relacionado con su actividad profesional o privado. En este sentido, en la STJUE 3 septiembre 2015 (TJCE 2015, 330) afirma que "un abogado que celebra, con una persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad profesional, un contrato que, por no estar referido, en particular, a la actividad de su bufete, no está vinculado al ejercicio de la abogacía, se encuentra, con respecto a dicha persona, en la situación de inferioridad" que justifica la aplicación de la normativa tuitiva de los consumidores porque la situación de inferioridad del consumidor respecto del profesional que pretende paliar la norma comunitaria, afecta tanto al nivel de información del consumidor como a su nivel de negociación ante condiciones predispuestas por el profesional y en cuyo contenido no puede influir el consumidor.
A nivel nacional, se ha atribuido la condición de "consumidores" a profesionales de la Abogacía, entre otras, en la SAP Las Palmas, 1 abril 2019 (JUR 2019, 255602) en relación con la suscripción de préstamos hipotecarios para la adquisición de viviendas que no se encontraban vinculadas con su actividad profesional. En cambio, se ha rechazado cuando estos profesionales han ejercido una opción de compra vinculada a un contrato de arrendamiento financiero con una entidad bancaria para la adquisición de una entreplanta destinada a la localización del bufete profesional [ATSJ Navarra, 26 febrero 2016 (RJ 2016, 6332)] o en relación a un abogado que suscribe un contrato de franquicia para el desarrollo de su actividad profesional [SAP Madrid 11 mayo 2020 (AC 2020, 669)].

6 Sobre este aspecto resulta especialmente interesante el trabajo de la Profesora Crespo Mora, M.C.: "Omisión de la información precontractual sobre los honorarios al cliente consumidor: Comentario a la STS de 24 de febrero de 2020 (RJ 2020, 486)" en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2020, pp. 469-483.

comportar la formalización escrita de las condiciones que van a regir la relación jurídica. En concreto, tiene una incidencia positiva como medio para acreditar la existencia y el objeto del encargo profesional, como vía para la determinación del acuerdo económico y como acreditación del cumplimiento por parte del profesional de ciertas obligaciones legales[7].

La normativa sectorial aplicable a la profesión ha articulado la hoja de encargo profesional como una recomendación para el ejercicio de la Abogacía y como la vía preferente para la proporción de la información precontractual, pero no, como una obligación normativa [artículos 15 del Código Deontológico de la Abogacía y 27 y 49 del Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española (en adelante, Estatuto General de la Abogacía)].

La virtualidad de las hojas de encargo profesional no queda desmerecida por la falta de una obligación legal de suscripción. Los beneficios que comportan a ambas partes del contrato justifican que se considere un mecanismo idóneo para dotar de seguridad a la relación jurídica entablada entre ambos, porque facilita la determinación y acreditación de las obligaciones que corresponden a cada parte y, en ciertos casos, además, el cumplimiento de éstas, como sucede con los deberes de información o advertencia. Por tanto, se articula como una vía apropiada para la delimitación de los contornos de la relación jurídica.

En los supuestos en los que la relación jurídica entre abogado y cliente puede calificarse como "relación de consumo" se plantea si al amparo del artículo 63 del TRLGDCU, la suscripción de una hoja de encargo profesional no se torna en legalmente exigible[8], porque el precepto determina la obligación de entregar al destinatario justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación, aceptadas y firmadas por el consumidor y usuario, cuando éstas sean utilizadas en la contratación. En todo caso, en los servicios jurídicos en este documento deberían constar el precio y el objeto del contrato.

7 Sobre la virtualidad de las hojas de encargo profesional como un mecanismo para la protección de las dos partes del contrato de servicios jurídicos, puede verse Mate Satué, L.C.: *La protección de los consumidores en los contratos de servicios jurídicos*, Reus, Madrid, 2021, pp. 81-101.

8 Esta cuestión fue ya planteada por Ortega Reinoso, G.: "Despachos de abogados, sociedades profesionales, socios, colaboradores, auxiliares, sustitutos ¿quién responde?" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 739, 2013, p. 3190 quien reconoce que la práctica de no suscribir hojas de encargo profesional debería de haber cambiado con la entrada en vigor del TRLGDCU en atención a lo dispuesto en el artículo 63 del TRLGDCU. Además, esta obligación parece exigible a todo tipo de contratos de consumo Cámara Lapuente, S.: "Contratos con los consumidores y usuarios" en Cámara Lapuente, S.: (director) *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores,* Colex, Majadahonda, Madrid, 2011, p. 566, aunque como pone de relieve Crespo Mora, M.C.: "La protección del consumidor de servicios jurídicos" en *Revista de Derecho Civil*, Vol. VIII, N° 1, 2021, p. 118 esta previsión (se refiere al artículo 63 del TRLGDCU) –al igual que ocurre con otros preceptos del TRLGDCU- no parece estar concebida para los servicios intelectuales.

La cuestión que subyace es si esta documentación que exige el artículo 63 del TRLGDCU constituye una forma *ad solemnitatem* cuyo incumplimiento pueda afectar a la validez del contrato. La doctrina ha considerado mayoritariamente, que esta exigencia tiene efectos meramente probatorios[9], de tal forma que el contrato resultaría válido desde la concurrencia de las declaración de voluntad del abogado y del cliente para la celebración del contrato, aunque no se formalice documentalmente en ese momento o, en otro posterior[10]. No obstante, al amparo de este artículo –y, también, del apartado 37 de la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia[11]- el consumidor podrá compeler al letrado para que documente por escrito las condiciones esenciales del contrato, con el objetivo de procurarle un medio de prueba de la existencia y contenido del contrato celebrado y, con ello, garantizar también el cumplimiento de los deberes de información que competen al profesional.

La falta de determinación de las consecuencias del incumplimiento de esta obligación no favorece a que los profesionales tomen conciencia ni de su exigencia, ni de los beneficios que, para ambas partes del contrato, les proporciona.

2. El régimen jurídico aplicable a las hojas de encargo profesional: la interrelación entre la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el TRLGDCU

De un tiempo a esta parte la contratación de servicios jurídicos ha resultado también afectada por la denominada "contratación por adhesión" –así lo ha reconocido expresamente, la STJUE de 15 de enero de 2015 (TJCE 2015, 5) que ha admitido que las hojas de encargo profesional puedan tener la consideración de contratos-tipo[12]-. Es una práctica frecuente, que las estipulaciones incorporadas a una hoja de encargo profesional hayan sido predispuestas por el profesional sin

9 Cámara Lapuente, S.: "Contratos con los consumidores y usuarios" *cit.*, 2011, p. 563. Más concretamente, en relación con los contratos de servicios jurídicos Crespo Mora, M.C.: "Omisión de la información" *cit.* 2020, pp. 478 y 479 reconoce que el principio espiritualista que rige en el Derecho de los contratos "[…] se ha puesto en entredicho en el ámbito del consumo debido a los tajantes términos con lo que el art. 63 TRLGDCU impone la obligación de documentar el contrato. Pese a ello, la doctrina ha reconocido que la función o finalidad del art. 63 TRLGDCU es meramente probatoria […] De acuerdo con lo dicho, el contrato será válido cualquiera que sea el vehículo utilizado por las partes para manifestar sus declaraciones de voluntad, si bien el profesional deberá proporcionar al cliente-consumidor una confirmación o justificación escrita de su celebración a efectos de prueba ex art. 63 TRLGDCU".

10 Crespo Mora, M.C.: "La protección del consumidor" *op. cit.* 2021, p. 119.

11 Esta carta no tiene naturaleza normativa pero como reconoce la SAP Barcelona, de 17 de septiembre de 2013 (JUR 2013, 341288), sirve de parámetro para la interpretación del criterio de la «realidad social» conforme al artículo 3 del Código Civil.

12 Se puede reconocer algún pronunciamiento judicial discordante con esta línea, como la SAP Santa Cruz de Tenerife 19 junio 2018 (JUR 2018, 270533) que afirma como "la Hoja de Encargo no es un contrato tipo, sino un modelo normalizado que utilizan la práctica totalidad de los Abogados para formalizar el encargo. Se trata de un documento que define la actividad de una determinada profesión titulada (arrendamiento de servicios) y no se presenta como vinculado a una activad empresarial, en el sentido que, del término "empresa", se tiene en el sector mercantil. No es un documento cerrado en sus estipulaciones, y menos aún en las más trascendentes del encargo, de modo que están abiertos (y, por tanto, son negociables entre las partes) los campos del documento que se refieren, tanto al objeto del encargo, como al precio y forma de pago, los que, en consecuencia, se pueden negociar y modificar".

que sean fruto de una negociación individualizada sobre su contenido; de este modo concurre en ellas el fenómeno llamado «inevitabilidad de la aplicación», que supone la necesaria aceptación por parte del cliente de las condiciones de prestación del servicio predispuestas por el profesional si desea que sus intereses sean defendidos por un concreto profesional.

La nota de la predisposición de estas estipulaciones comporta la aplicación de dos normas, por un lado, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC) y el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU). El ámbito de aplicación de ambas normas no es coincidente porque la LCGC exige que las estipulaciones predispuestas estén dirigidas a ser incorporadas a pluralidad de contratos, mientras que, el TRLGDCU se aplicará a aquéllas que sean predispuestas por el profesional con independencia de que su incorporación o no a la generalidad de los contratos, siempre que el adherente sea consumidor *ex* artículo 3 del TRLGDCU. En la contratación de servicios jurídicos, con carácter general, el abogado suele predisponer las estipulaciones que se suscriben en las hojas de encargo profesional, pero, en cambio, no es usual que estén dirigidas a ser incluidas en pluralidad de contratos. Por ese motivo, puede concluirse que a estas condiciones les resultará de aplicación el TRLGDCU, pero no la LCGC, salvo en relación con los grandes despachos profesionales que con frecuencia predisponen cláusulas destinadas a ser incluidas en pluralidad de hojas de encargo cuando tienen por objeto la prestación de un mismo servicio jurídico.

La predisposición de estipulaciones en las hojas de encargo por parte de profesionales puede generar desequilibrios en perjuicio del adherente. Por ese motivo, se han articulando mecanismos dirigidos a evitar que la validez y el cumplimiento de las obligaciones queden al arbitrio de una de las partes y, con ello, mitigar los posibles desequilibrios que, en perjuicio de los derechos e intereses del adherente, pueden manifestarse. Estas vías son, el establecimiento de controles sobre las cláusulas predispuestas (de transparencia y de contenido) y de un régimen de interpretación a favor del adherente cuando existan dudas interpretativas; ambas vías tienen como objetivo disuadir al predisponentes de la utilización de estas cláusulas.

El reconocimiento de la aplicación de la normativa comunitaria sobre cláusulas abusivas a los servicios jurídicos se inició con la STS 8 abril 2011[13] pero se consolidó con la STJUE 15 de enero de 2015[14] que reconoció la aplicación de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con

13 STS 8 abril 2011 (RJ 2011, 3153).

14 STJUE 15 enero 2015 (TJCE 2015, 5).

consumidores, tanto en los supuestos en los que el profesional de la Abogacía redacte personalmente las estipulaciones del contrato como cuando utilice las que han sido previamente redactadas por los órganos de su corporación profesional. En aplicación de esta normativa comunitaria –que se encuentra, actualmente transpuesta en nuestro ordenamiento jurídico dentro del TRLGDCU-, una cláusula tendrá la consideración de abusiva cuando no haya sido individualmente negociada y en contra de las exigencias de la buena fe, cause, en perjuicio del cliente, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que se deriven del contrato (cfr. artículo 82.1 del TRLGDCU).

La aplicación de esta normativa sobre condiciones generales de la contratación y sobre cláusulas abusivas es también posible cuando la formalización del contrato de servicios jurídicos se realice por vía electrónica, siempre que la relación jurídica entre el despacho profesional y el cliente pueda ser calificada como una «relación de consumo» y las cláusulas tengan la consideración de *predispuestas*[15].

II. LAS PRINCIPALES CLÁUSULAS ABUSIVAS INSERTAS EN LAS HOJAS DE ENCARGO PROFESIONAL SUSCRITAS CON UN ABOGADO

1. El control sobre el precio del contrato

Con harta frecuencia se alude al carácter abusivo que tienen las cláusulas sobre el precio del contrato en el ámbito de los servicios jurídicos, inadecuadamente. La razón radica, por un lado, en que se tiende a identificar la abusividad de la cláusula del precio con un elevado coste del servicio jurídico y, por otro lado, porque el concepto de "abusividad" se vincula para la mayor parte de la doctrina con la no superación del control de contenido *ex* artículo 82 y ss del TRLGDCU, y, en cambio, los elementos esenciales del contrato –entre los que se encuentra el precio-, no se encuentran sometidos a este análisis.

La exclusión del control de contenido en relación a las estipulaciones que afectan a un elemento esencial del contrato, como el precio, tiene su fundamento en la falta de transposición al ordenamiento jurídico español del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, lo que planteó, en su momento, entre la doctrina el debate de si esa falta de transposición se debía a un error en el legislador español o, por el contrario, se trataba de una opción legislativa legítima que venía a ampliar, el ámbito de protección de los consumidores, al permitir la apreciación del carácter

15 Sobre la aplicación de estas normas a los contratos de servicios jurídicos «mixtos» o «indirectos» –estos son aquéllos en los que la concurrencia entre la oferta y la demanda y la perfección del contrato, se realiza a través de internet, pero la ejecución del mismo se efectúa presencialmente-, puede verse, Mate Satué, L.C. «*Inteligencia artificial, cláusulas abusivas y servicios jurídicos*» en Alonso pérez, M.T. y Hernández SÁINZ, E. (coord.) Servicios digitales, condiciones generales y transparencia, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), p. 74.

abusivo de la cláusulas que afectaran al precio del contrato[16]. Con carácter general, en las cláusulas que afectan a un elemento esencial del contrato se considera que quiebra la presunción general de predisposición, porque se considera que el cliente ha prestado su consentimiento de forma individualizada. No obstante, puede suceder que el letrado aplique a los servicios de idéntica naturaleza una determinada tarifa o, que el cliente no haya tenido capacidad de negociación sobre este elemento, es decir, que le han sido impuesta, de modo que ha tenido que aceptarla, si quería la prestación del servicio por un determinado letrado.

Actualmente, se encuentra descartada la realización de un control de contenido sobre las cláusulas que afectan al precio porque inciden en uno de los elementos esenciales del contrato. No obstante, si el adherente es un consumidor, la estipulación sobre el precio del contrato está sujeta a un doble control de transparencia. Por un lado, el «*control de transparencia formal*» destinado a comprobar si la cláusula cumple con los requisitos para su válida incorporación, esto es, si la cláusula es comprensible desde un plano formal y gramatical (artículos 5 y 7 de la LCGC) y, por otro lado, el «*control de transparencia material*», dirigido a corroborar si el adherente conoce o puede conocer la carga económica y jurídica de la cláusula, esto es, su onerosidad o sacrificio patrimonial.

En el caso de que la cláusula sobre el precio del contrato supere este doble control de transparencia[17], es decir, que su redacción resulte transparente, clara, concreta y sencilla y, por otro lado, que se haya proporcionado al cliente la posibilidad de conocer la carga económica y jurídica que comporta, se entenderá que es válida, porque se considera que ha sido válidamente aceptada por el prestatario del servicio en el momento de su suscripción del contrato, incluso, aunque el coste económico sea elevado [cfr. SAP Córdoba 28 de mayo de 2018 y SAP Barcelona 25 abril 2017[18]]. No obstante, también puede localizarse alguna

16 La Doctrina mayoritaria entre la que se puede destacar a Cámara Lapuente, S. *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato ¿incorrecta transposición, opción legal legítima o mentís jurisprudencial?* Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 61 y ss considera que la falta de transposición del precepto de la Directiva al ordenamiento jurídico español fue consecuencia de un olvido del legislador español y que, por tanto, debe entenderse vigente el artículo 4.2. Los defensores de esta postura la amparan bajo los siguientes argumentos: En el Preámbulo de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación no se hace mención alguna a la falta de transposición de la Directiva, ni tampoco a la posibilidad de poder revisar los precios de los contratos a través de la regulación de las cláusulas abusivas y, como segundo argumento, consideran que aceptar el control sobre los precios iría en contra de la libertad de mercado, amparada constitucionalmente *ex* artículo 38 CE.

17 Reconocen la sujeción de la estipulación sobre el precio a este doble control de transparencia, entre otras, la SAP Córdoba 28 de mayo 2018 (JUR 2018, 261239) que dispone que "al tratarse del precio (honorarios) derivados de dicho contrato linealmente nos situamos ante una "cláusula principal" del contrato sujeta al control de transparencia derivado de lo establecido en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y, por tanto, la labor del profesional queda sujeta al deber de informar de manera clara y comprensible sobre la libertad existente a la hora de fijar dichos honorarios y sobre la cuantía --carga económica-- que los mismos pueden finalmente suponer para el cliente". En la misma línea, SAP Barcelona 25 abril 2017 (JUR 2017, 288693).

18 Sin embargo, la SAP Barcelona 28 junio 2017 (JUR 2017, 278914) mantiene que la buena fe contractual aconseja ineludiblemente que el profesional advierta a los destinatarios de los servicios del coste aproximado de éstos, cuando cuenta con los parámetros para su cálculo y la cuantía resultante es inusualmente, elevada.

resolución judicial en la que se entra a valorar, a mi juicio desacertadamente, la cuantía de los honorarios profesionales para rechazar la validez de la cláusula de honorarios (cfr. SAP Barcelona 4 febrero 2019 y SAP Murcia 16 noviembre 2015) o para estimar la existencia de una penalización gravosa al derecho de desistimiento (cfr. STS 8 abril 2011) pues modulan el contenido del acuerdo económico sobre la base de que no hay justificación para la determinación de precio en un porcentaje elevado sobre la reclamación económica, para lo que se atiende, fundamentalmente, a la dificultad jurídica o fáctica del asunto.

Por el contrario, tiene transcendencia a efectos de la valoración de la validez de la cláusula sobre el objeto del contrato el cumplimiento de los requisitos de transparencia expuestos anteriormente. Al respecto, la ausencia de transparencia sobre el precio en los servicios jurídicos suele plantearse cuando en la hoja de encargo se determinan los honorarios por remisión a las normas orientadoras del Colegio de Abogados. La utilización de estos criterios para la determinación del precio del contrato debería ser descartada desde la entrada en vigor de la Ley Ómnibus porque su virtualidad está limitada para las tasaciones de costas y juras de cuenta; no obstante, en la práctica, al menos con carácter orientador son utilizados por los letrados para la fijación del precio de los servicios jurídicos. En cuanto a la validez de esta fórmula para la fijación del precio, algunas resoluciones, consideran que no garantiza que el prestatario tenga la oportunidad real de conocer la transcendencia económica de la estipulación al tiempo de celebración del contrato porque no se suele facilitar de forma previa o simultánea a la suscripción del contrato, una copia de estos criterios (cfr. SAP Madrid 30 noviembre 2018 o SAP Barcelona 8 marzo 2011). A este respecto, actualmente, los Colegios Profesionales no pueden proporcionarlos a quienes no sean abogados adscritos al mismo y se ha retirado su acceso, desde las páginas webs de estas corporaciones, por las sanciones impuestas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a distintos colegios profesionales. Sin perjuicio de lo anterior, se pueden localizar otras resoluciones, que reconocen que esta forma de determinar el precio del contrato resulta válida, entre ellas pueden destacarse la SAP Zaragoza 23 julio 2010 dictada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Ómnibus o la SAP Córdoba 22 junio 2017 que declara la validez de la cláusula que fijaba el precio del contrato conforme a estos criterios por entender que no se trataba de una «consumidora media», sino de una consumidora formada y experta, por su condición de licenciada en Derecho y asesora fiscal.

En el ámbito del precio de los contratos de servicios jurídicos se ha declarado también que no superaba los controles de transparencia formal y material la cláusula que determinaba el precio del contrato en la cuantía de las costas procesales y los intereses de la cantidad reclamada en el procedimiento, por entender el órgano judicial que este mecanismo no permite al destinatario del servicio comprender la

carga económica que comportaba la suscripción del contrato, sobre todo, cuando se determinaban en la cláusula distintos escenarios para la determinación del precio (cfr. SJPI Santa María La Real de Nieva 14 mayo 2019).

Por último, en este apartado debe hacerse referencia a los supuestos en los que los letrados determinan en las hojas de encargo profesional una cláusula por la que, en caso de impago de los honorarios, se fija el porcentaje aplicable a los intereses moratorios en caso de incumplimiento de la obligación del pago del precio por parte del destinatario de los servicios. A *priori*, debe precisarse que los intereses moratorios, a diferencia de los retributivos[19], no constituyen un elemento esencial del contrato, porque su escenario de actuación requiere de un incumplimiento previo del contrato de servicios por parte del prestatario. Esta afirmación comporta que la cláusula sobre los intereses moratorios pueda estar sujeta a un control de contenido cuando la relación jurídica entre el abogado y su cliente pueda ser considerada como una "relación de consumo". Los órganos judiciales han declarado abusivas las estipulaciones que han fijado un interés del 10% mensual desde la fecha del vencimiento del plazo de la deuda (SAP Valencia 13 octubre 2014) y la que determina un interés mensual del 2% y, anual del 24% (SAP Barcelona 14 de diciembre de 2015), bajo la consideración de que el pacto de los intereses moratorios cuando afectan a consumidores, deben ser proporcionados para garantizar el equilibrio contractual y patrimonial.

2. La cláusula que regula la faculta de desistimiento del cliente

El artículo 1156 del Código Civil no prevé como causa de extinción de las obligaciones dentro de su teoría general, el derecho de desistimiento; tampoco lo hace el Código Civil, dentro del contrato de arrendamiento, salvo para los criados domésticos y trabajadores asalariados (artículos 1583 y ss del Código Civil). En cambio, el TRLGDCU reconoce expresamente la facultad de desistimiento en los artículos 68 a 79, cuando exista una previsión legal o reglamentaria que lo prevea o cuando dicha facultad se reconozca en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato.

Seguidamente, nos debemos plantear si existe un reconocimiento normativo del derecho de desistimiento en los servicios jurídicos. Algunos autores reconocen que el mismo se encuentra en el artículo 62.3 del TRLGDCU en tanto que, prohíbe en los contratos de trato sucesivo o continuado el establecimiento de plazos de duración excesivos o de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin al contrato[20]. Con anterioridad a

19 Sobre el distinto tratamiento entre los intereses retributivos y moratorios en el contrato de servicios jurídicos, Crespo Mora, M.C.: "La protección del consumidor", *cit.*, pp. 125 y 126.

20 Alonso Pérez, M.T. y Calduch Gargallo, M.: "La aplicabilidad de la normativa sobre cláusulas abusivas a los contratos de servicios jurídicos" *en Revista de Derecho Privado, nº 1,* 2020, p. 26.

la aprobación del Estatuto General de la Abogacía de 2021 se podía constatar un reconocimiento reglamentario implícito de esta facultad, en la regulación que se hacía de la venia profesional, en el artículo 26 del Estatuto General de la Abogacía de 2001. Sin embargo, esta previsión ha desaparecido con la aprobación del nuevo Estatuto General de la Abogacía –que entró en vigor, el 1 de julio de 2021- pero reconoce la facultad de renuncia del profesional a la llevanza del asunto, en su artículo 51.

La situación expuesta recomienda la inclusión de una estipulación en la hoja de encargo profesional que se suscriba en la que se determinen las condiciones en las que las partes puedan ejercitar su derecho de desistimiento, sin que comporte obstáculos desproporcionados para los derechos y obligaciones de las partes; esto es así, porque si la relación jurídica entre el abogado y el destinatario del servicio puede ser calificada como una «relación de consumo», podría comportar la declaración de abusividad de la cláusula.

En la articulación de esta estipulación es recomendable que se articule contractualmente el ejercicio de esta facultad a ambas partes del contrato (cfr. artículo 62 en relación con el 87.6 del TRLGDCU) porque es el reconocimiento sinalagmático de esta facultad uno de los criterios que valoran los órganos judiciales para afirmar la concurrencia de un justo equilibrio entre los derechos del profesional y del consumidor; en este sentido, puede verse la STS 8 de abril del 2011. Sin embargo, en la valoración de la abusividad de esta cláusula lo más importante es la onerosidad que para la parte contractual considerada merecedora de protección. Una muestra de ello, es la SAP Vizcaya 14 diciembre 2017. En contraposición, si el destinatario del servicio no tiene la consideración de "consumidor" porque los servicios jurídicos que contratan tienen una finalidad vinculada a su actividad profesional, comercial o empresarial, es posible la incorporación de una cláusula penal que grave el desistimiento efectuado por la parte porque esta relación jurídica no tiene encaje en el ámbito de aplicación del TRLGDCU y por *ende*, no se verá afectada por las limitaciones previstas en los artículos 62.3 y 87.6 del Texto Refundido.

Los órganos judiciales han considerado abusivas y, por tanto, nulas, las estipulaciones por las que se pretende el cobro de trabajos no efectuados por el profesional, si el prestatario del servicio decide resolver unilateral y anticipadamente el contrato celebrado, bien por su deseo de desistir del proceso incoado o por su decisión de cambiar de letrado por comportar un obstáculo oneroso o desproporcionado al ejercicio de los derechos reconocidos a los consumidores y usuarios. En concreto, se han considerado penalizaciones graves al ejercicio del derecho de desistimiento, la cláusula en virtud de la cual, el cliente acepta en el momento de suscripción del contrato el devengo de la totalidad de los honorarios

profesionales, de modo que se impone la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado y el pago de servicios no prestados efectivamente por el profesional[21].

El ejercicio de la facultad de desistimiento por el prestatario del servicio no le exime de abonar los servicios que efectivamente el profesional le ha prestado, aunque se declare la nulidad de la cláusula de desistimiento, por un doble motivo: en primer lugar, porque el profesional tiene derecho a la indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual en tanto que en virtud de la relación contractual, el abogado ha podido desarrollar labores tendentes a la consecución del objeto del encargo profesional, tales como el estudio del caso, la redacción del escrito de incoación del procedimiento, etc. (SAP Zaragoza 19 septiembre 2016) y, por otro lado, porque no resultaría admisible conforme a la buena fe contractual que debe regir estas relaciones, que el destinatario del servicio se beneficiara de la nulidad de la cláusula de desistimiento para no abonar los trabajos efectivamente prestados por el letrado en su beneficio.

En atención a al contenido de los pronunciamientos judiciales analizados, si el abogado decide incorporar en sus hojas de encargo una estipulación que regule la facultad de desistimiento en el contrato de servicios jurídicos, es recomendable que se reconozca bilateralmente a ambas partes del contrato con el objetivo de garantizar el justo equilibrio de derechos entre las partes y la independencia técnica del letrado. Además, el profesional no podrá retener las cantidades abonadas cuando se deriven de prestaciones que no hayan sido efectuadas (cfr. artículos 87.2 y 4 del TRLGDCU) y, en cualquier caso, es necesario evitar penalizaciones excesivas porque podrían suponer la declaración de nulidad de la cláusula al amparo del artículo 87.6 del TRLGDCU.

3. La cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad y su relación con el deber de información del abogado sobre los riesgos del proceso

Existe otra cláusula que puede ser incorporada en los contratos de servicios jurídicos susceptible de generar problemas en torno a su validez, por ocasionar un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato, esto es, la cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad, que podría resultar nula al amparo del artículo 86 del TRLGDCU, si la relación jurídica entre abogado y cliente puede ser calificada como "relación de consumo".

21 Cfr. SAP Zaragoza 19 septiembre 2016 (JUR 2016, 225950) que confirma la SJPI Zaragoza 18 marzo 2016. Muy similar a este supuesto, se ha estimado igualmente nula, la cláusula por la que el cambio de abogado durante el procedimiento supone el pago total del precio pactado y la repercusión de la cuota de IVA correspondiente [cfr. SAP Salamanca 11 marzo 2013 (JUR 2013, 136478)]. En la misma línea puede destacarse también, SAP Vizcaya 14 de diciembre 2017 (JUR 2018, 69297) y la SAP Madrid 26 septiembre 2014 (JUR 2014, 289150).

Esta consideración es relevante porque si el prestatario es una persona física o jurídica que contrata los servicios jurídicos con un propósito vinculado a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, la incorporación de una cláusula de exoneración o de limitación de responsabilidad puede ser considerada válida en virtud del principio de autonomía de la voluntad, cuando la responsabilidad se derive de una actuación dolosa, si el pacto se suscribiera con posterioridad al incumplimiento doloso del contrato (artículos 1102, 1107 y 1255 del Código Civil). En cambio, cuando la responsabilidad es por culpa, existen artículos del Código Civil que permiten argumentar la vigencia de estas cláusulas en casos de falta leve (artículos 1103 y 1104 del Código Civil), limitaciones a la cuantía indemnizatoria (artículo 1152 del Código Civil) y en relación al plazo de prescripción de la acción de responsabilidad, excepto que se determine uno tan breve que imposibilite el ejercicio de la acción.

La controversia sobre estas estas cláusulas radica en la interrelación que tienen con el deber de información o advertencia que corresponde al profesional de la Abogacía y, con el uso que se puede atribuir a las hojas de encargo profesional como una suerte de «consentimiento informado» sobre la declaración de voluntad del destinatario del servicio de aceptar los riesgos que se pueden derivar del propio procedimiento.

El abogado cuando se compromete con un encargo profesional asume una serie de deberes instrumentales destinados a la consecución del resultado pretendido por el acreedor. Entre ellos podemos destacar, el deber de informar sobre los "pros y contras", del riesgo del asunto o de la conveniencia o no del acceso judicial de la pretensión, de los costos, de la gravedad de la situación, de la posibilidad de éxito o de fracaso. Así, es reseñable como de entre estos deberes, ha adquirido una vital importancia el deber de información precontractual, que se ha constituido como un derecho básico del consumidor cuando la relación de servicios jurídicos tiene la consideración de "relación de consumo" [artículos 8d), 17 y 18 del TRLGDCU].

Este deber de información precontractual resulta igualmente exigible al amparo de la normativa sectorial aplicable a la Abogacía, aunque la relación contractual no pueda identificarse como una "relación de consumo". A este respecto, es destacable como el Estatuto General de la Abogacía Española de 2021 (artículos 48 y 49) y el Código Deontológico [artículo 12 b)] realizan un pormenorizado tratamiento de los aspectos que el letrado tiene que poner en conocimiento de su cliente. Por otro lado, las propuestas comunitarias y nacionales de modernización del contrato de servicios[22] articulan este deber como un deber recíproco exigible

22 A nivel comunitario, me refiero a los *Principles of European Law on Service Contracts*, al *Draft Common Frame of References* y al *Codice Europeo dei Contratti de Pavía*. A nivel nacional, al Proyecto de Ley de 12 de abril de

tanto para el prestador como para el prestatario del servicio por la transcendencia que tiene la "colaboración mutua" para el buen fin del contrato. Además, estos textos realizan un pormenorizado tratamiento de la obligación de la advertencia de los riesgos de la prestación.

El deber de información en la prestación de servicios tiene como objetivo paliar el desigual desconocimiento que tienen los clientes y profesionales sobre el desarrollo del procedimiento, de modo que se procura equiparar el desnivel entre la especial competencia técnica del deudor y la inexperiencia o falta de preparación técnica del acreedor. En ocasiones, el letrado se enfrenta a supuestos en los que ha cumplido con este deber de información desaconsejando una determinada actuación procesal o extraprocesal y, sin embargo, el cliente desea que el profesional la lleve a cabo. Ante esta situación, salvo que el profesional de la Abogacía rechace la asunción del encargo profesional, lo cual deberá de efectuarse siempre que las probabilidades de obtener un resultado favorable sean nulas o la misma pueda constituir una conducta temeraria contraria a la «*lex artis*», es conveniente que el prestador del servicio incluya alguna referencia en la hoja de encargo profesional destinada a evitar futuras reclamaciones por responsabilidad profesional. Sin embargo, la incorporación de alguna cláusula en este sentido puede plantear problemas en torno a su validez *ex* artículo 86 del TRLGDCU, porque su incorporación obedece a la voluntad del profesional de exonerarse de responsabilidad cuando, habiendo cumplido su deber de información, consejo y/o advertencia, por mandato del cliente realiza una actuación contraria a su criterio profesional.

Recientemente, el Alto Tribunal ha dictado la STS 6 abril 2021 que reconoce la nulidad de una cláusula de exoneración de responsabilidad inserta en una hoja de encargo profesional de servicios jurídicos.

La cláusula declarada nula eximía al letrado del resultado de los procedimientos objeto del encargo profesional, tanto en el caso de que se presentaran fuera de plazo como si fueran desestimados por cualquier causa. En la propia cláusula la clienta declara conocer la enfermedad por la que estaba pasando el abogado y renuncia a ejercer contra éste, cualquier tipo de reclamación ante cualquier órgano colegiado, judicial o de cualquier clase.

Esta resolución declara que la cláusula incorporada a la hoja de encargo profesional si bien no constituye una renuncia genérica al ejercicio de acciones –pues concreta la naturaleza y el eventual motivo para su interposición, esto es, según el Tribunal, las de responsabilidad civil por su actuación respecto de los dos

1994 y a la Propuesta de la Comisión General de Codificación sobre el Título VI del Libro IV del Código Civil.

encargos encomendados-considera que comporta una limitación en los derechos del consumidor si se produce una negligencia grave del profesional en la prestación de los servicios.

Con esta Sentencia, el Tribunal Supremo vuelve a reconocer la aplicación de la normativa tuitiva de los consumidores y se pronuncia por primera vez, sobre la validez de estas cláusulas que tienden a limitar o a exonerar la responsabilidad del profesional frente a la declaración de voluntad -en principio, informada-, del cliente consumidor. Sin perjuicio de que, en el caso concreto, suscribo el sentido del fallo dictado por el Alto Tribunal, considero que hay ciertas cuestiones de la argumentación que deben ser objeto de comentario y, por otro lado, entiendo que este tipo de estipulaciones no tienen por qué ser en todo caso, declaradas abusivas, pues deberán ser analizadas individualizadamente, atendiendo a la información proporcionada por el profesional y a las circunstancias del supuesto.

La primera de las cuestiones que plantea esta resolución en relación con su fundamentación jurídica es que, para la aplicación de la normativa sobre cláusulas abusivas, tiene que tratarse de una "cláusula predispuesta" al amparo del artículo 82 del TRLGDCU y el Tribunal Supremo se refiere a ella como una "declaración unilateral contenida en un documento". La redacción en primera persona de una estipulación no es óbice para que esta haya podido ser predispuesta por el profesional, pero en todo caso, no ha tenido que ser negociada individualmente con el cliente; recordemos, en este sentido, que, si se tratara de una cláusula negociada individualmente, la carga de la prueba sobre la negociación correspondería al abogado (artículo 82.2 párrafo segundo del TRLGDCU).

Por otro lado, si bien resulta adecuado el fallo de la sentencia que declara la de nulidad de la cláusula de exoneración por suponer una limitación de los derechos del consumidor, lo cierto es que discrepo de la apreciación que de este aspecto ofrece la sentencia, puesto que, el tenor literal de la cláusula establece –aunque el Tribunal no lo considere así- una renuncia genérica y no limitada, de las acciones respecto a cualquier tipo de reclamación en el orden colegial y judicial contra el abogado en relación a los dos procesos que eran objeto de encargo profesional.

Por último, debe señalarse que cuando se incorporan este tipo de cláusulas a las hojas de encargo profesional suelen subyacer en el objeto del encargo profesional cuestiones jurídicas o de hecho que pueden condicionar un resultado desfavorable en el proceso o comportar consecuencias personales o patrimoniales negativas para el cliente, como puede ser, incoación de diligencias previas por cooperación en la comisión de un hecho delictivo, falso testimonio, etc. o una eventual condena en costas. Estos aspectos pueden ser apreciados y valorados por el profesional, por razón de su competencia técnica, pero con harta frecuencia son desconocidos por el cliente, normalmente, lego en Derecho. En este sentido, el deber de

información precontractual obliga a que cuestiones como la posible prescripción de la acción que se va a ejercitar y sus eventuales consecuencias, deban ser puestas en conocimiento del cliente con anterioridad al inicio del procedimiento -siendo incluso recomendable que conste por escrito en la propia hoja de encargo-, sobre todo, si en la misma se establece una estipulación de limitación o exoneración de responsabilidad vinculada a esta causa.

En mi opinión, estas estipulaciones de exoneración o limitación de responsabilidad del profesional, pueden ser válidas en los casos en los que el criterio técnico del profesional no coincida con la voluntad del prestatario del servicio, si incluyen una descripción detallada de la información proporcionada por el profesional y las consecuencias concretas, es decir, los riesgos que pueden derivarse de la actuación profesional, recogiendo un expreso mandato del cliente para llevar a cabo la actuación y, asumiendo la posible materialización de éstos.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PÉREZ, M.T.: *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos,* JM Bosch, Barcelona, 1997.

ALONSO PÉREZ, M.T. y CALDUCH GARGALLO, M.: "La aplicabilidad de la normativa sobre cláusulas abusivas a los contratos de servicios jurídicos" en *Revista de Derecho Privado*, nº 1, 2020.

CÁMARA LAPUENTE, S.: "Contratos con los consumidores y usuarios" en CÁMARA LAPUENTE, S.: (director) *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores,* Colex, Majadahonda, Madrid, 2011, pp. 475-614.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: "Nuevas perspectivas de la Responsabilidad Civil del Abogado" en *CEF Legal: Revista Práctica de Derecho*, nº 174, 2015, pp. 5-56.

CRESPO MORA, M.C.:

- *La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005.

- "Omisión de la información precontractual sobre los honorarios al cliente consumidor: Comentario a la STS de 24 de febrero de 2020 (RJ 2020, 486)" en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2020, pp. 469-483.

- "La protección del consumidor de servicios jurídicos" en *Revista de Derecho Civil*, Vol. VIII, nº 1, 2021, pp. 93-145.

MATE SATUÉ, L.C.:

- «Inteligencia artificial, cláusulas abusivas y servicios jurídicos» en ALONSO PÉREZ, M.T. y HERNÁNDEZ SÁINZ, E. (coord.) *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 53-85.

- *La protección de los consumidores en los contratos de servicios jurídicos*, Reus, Madrid, 2021, pp. 81-101.

MONTERROSO CASADO, E.: "La responsabilidad civil del Abogado: criterios, supuestos y efectos" en *Saberes: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, v. 3, 2005.

ORTEGA REINOSO, G.: "Despachos de abogados, sociedades profesionales, socios, colaboradores, auxiliares, sustitutos ¿quién responde?" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 739, 2013, p. 3190

JURISPRUDENCIA

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE 3 septiembre 2015 (TJCE 2015, 330)

STJUE 15 enero 2015 (TJCE 2015, 5)

Tribunal Supremo

STS 28 noviembre 1984 (RJ 1984, 5688)

STS 26 febrero 2007 (RJ 2007, 2115)

STS 15 febrero 2008 (RJ 2008, 2670)

STS 8 abril 2011 (RJ 2011, 3153)

STS 6 abril 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1270)

Tribunales Superiores de Justicia

ATSJ Navarra 26 febrero 2016 (RJ 2016, 6332)

Audiencia Provincial

SAP Alicante 4 noviembre 2002 (AC 2003, 113)

SAP A Coruña 9 octubre 2009 (AC 2010, 806)

SAP Zaragoza 23 julio 2010 (JUR 2010, 376668)

SAP Barcelona 8 marzo 2011 (JUR 2011, 180420)

SAP Salamanca 5 febrero 2013 (AC 2013, 680)

SAP Salamanca 11 marzo 2013 (JUR 2013, 136478)

SAP Barcelona 3 junio 2013 (JUR 2013, 336841)

SAP Barcelona de 17 de septiembre de 2013 (JUR 2013, 341288)

SAP Madrid 26 septiembre 2014 (JUR 2014, 289150)

SAP Valencia 13 octubre 2014 (JUR 2015, 72653)

SAP Barcelona 14 de diciembre de 2015 (JUR 2016, 14896)

SAP Zaragoza 19 septiembre 2016 (JUR 2016, 225950)

SAP Barcelona 25 abril 2017 (JUR 2017, 288693)

SAP Córdoba 22 junio 2017 (AC 2017, 1122)

SAP Vizcaya 14 diciembre 2017 (JUR 2018, 69297)

SAP Córdoba 28 de mayo 2018 (JUR 2018, 261239)

SAP Santa Cruz de Tenerife 19 junio 2018 (JUR 2018, 270533)

SAP Madrid de 25 julio 2018 (JUR 2018, 279297)

SAP Madrid 30 noviembre 2018 (JUR 2019, 16556)

SAP Las Palmas 1 abril 2019 (JUR 2019, 255602)

SAP Madrid 11 mayo 2020 (AC 2020, 669)

Juzgado de Primera Instancia

SJPI Santa María La Real de Nieva 14 mayo 2019 (ECLI: ES: JPPII: 2019: 79)

DUALIDAD NORMATIVA EN LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS "GRATUITOS" DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES: LA NECESARIA ARMONIZACIÓN ENTRE LA DIRECTIVA (UE) 2019/770 Y EL REGLAMENTO (UE) 2016/679*

DUALITY IN THE REGULATION OF "FREE" CONTRACTS FOR THE PROVISION OF DIGITAL CONTENT AND SERVICES: THE NECESSARY HARMONISATION BETWEEN DIRECTIVE (EU) 2019/770 AND REGULATION (EU) 2016/679

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1168-1185

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón «Ius Familiae», IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz; y del Proyecto de Investigación MINECO: PID2019-105489RB-I00 «Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos», IIPP. Mª Victoria Mayor del Hoyo / Sofía De Salas Murillo.

Javier MARTÍNEZ CALVO

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: La configuración de los datos personales del consumidor como una contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales por parte de la Directiva (UE) 2019/770 puede entrar en conflicto con lo dispuesto en la normativa de protección de datos de carácter personal. Y es que, el Reglamento (UE) 2016/679 prevé, por un lado, que el consentimiento para el tratamiento de los datos ha de prestarse libremente, lo que excluiría su exigencia coactiva por parte del empresario en caso de incumplimiento del consumidor; y, por otro lado, que el consentimiento ha de poder revocarse libremente, lo que supondría un incumplimiento contractual por parte del consumidor.

PALABRAS CLAVE: Directiva (UE) 2019/770; Reglamento (UE) 2016/679; datos personales; consentimiento; revocación.

ABSTRACT: *The configuration of the consumer's personal data as a consideration in contracts for the provision of digital content and services by Directive (EU) 2019/770 may conflict with the provisions of personal data protection law. Regulation (EU) 2016/679 provides, on the one hand, that consent to the processing of data must be freely given, which would exclude its coercive requirement by the entrepreneur in the event of breach by the consumer; and, on the other hand, that consent must be freely revocable, which would imply a breach of contract by the consumer.*

KEY WORDS: *Directive (EU) 2019/770; Regulation (EU) 2016/679; personal data; consent; revocation.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. LA RELACIÓN ENTRE LA DIRECTIVA (UE) 2019/770 Y EL REGLAMENTO (UE) 2016/679. III. EL CONSENTIMIENTO DEL CONSUMIDOR PARA LA CESIÓN DE SUS DATOS PERSONALES COMO CONTRAPRESTACIÓN EN EL CONTRATO DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES. 1. La emisión de un consentimiento libre como presupuesto de la licitud del tratamiento de los datos personales. 2. Remedios frente al incumplimiento del consumidor: tensión entre cumplimiento coactivo y consentimiento libre. IV. LA REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PARA EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES CEDIDOS A MODO DE CONTRAPRESTACIÓN EN EL CONTRATO DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES. 1. El derecho del titular de los datos personales a revocar libremente el consentimiento prestado para su tratamiento. 2. La revocación del consentimiento para el tratamiento de los datos personales como incumplimiento contractual. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando navegamos por internet celebramos infinidad de contratos que, pese a tener apariencia de gratuidad, en realidad están sujetos al pago de una contraprestación. Es lo que ocurre con muchos de los contratos de adquisición de contenidos y servicios digitales, pues, aunque es frecuente que el consumidor no deba pagar un precio, ello no significa ni mucho menos que el acceso a los mismos sea gratuito. Lo que ocurre es que la contraprestación que ha de llevar a cabo el consumidor no consiste en el pago de un precio sino en la cesión de sus datos personales para su tratamiento por parte del empresario.

En muchos casos ni siquiera se es consciente de que se está celebrando un contrato y entregando los propios datos personales como contraprestación. Es lo que sucede cuando se aceptan las denominadas *cookies*, que son ficheros que se instalan en el ordenador del usuario y permiten acceder a un importante volumen de datos, proporcionando importantes beneficios a quien los recaba.

Durante mucho tiempo, el legislador no se ha ocupado específicamente de esta cuestión, quedando huérfana de regulación, lo que ha supuesto una situación de cierta desprotección para el consumidor. Y es que, pese a estar celebrando contratos que habrían de ser calificados como onerosos, no ha podido servirse de los remedios previstos por la normativa para este tipo de contratos.

Por ello, he de admitir desde ya el mérito de la Directiva (UE) 2019/770 sobre los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (en adelante: Directiva (UE) 2019/770), que ha reconocido por vez primera el carácter oneroso de los contratos de intercambio de contenidos y servicios digitales por datos

• Javier Martínez Calvo
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil en la Universidad de Zaragoza. Acreditado Profesor Contratado Doctor. Correo electrónico: javiermc@unizar.es.

personales, al configurar la cesión de datos personales por parte del consumidor como una verdadera contraprestación contractual; ampliando de este modo el marco protector del consumidor digital online.

Sin embargo, no todo son luces en el camino, pues la nueva normativa presenta algunos desajustes en relación a la legislación de protección de datos personales. De hecho, el Supervisor Europeo de Protección de Datos lo puso de relieve expresamente en su Dictamen sobre la propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales de 25 de junio de 2017[1], en el que advertía de los problemas que puede plantear la configuración de la cesión de los datos personales como una contraprestación contractual, debido a las dificultades de conciliación entre la nueva normativa y la legislación existente en materia de protección de datos de carácter personal; y proponía que la cuestión fuera regulada de forma unitaria en 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante: Reglamento (UE) 2016/679).

No obstante, el legislador comunitario optó por hacer caso omiso a las mencionadas advertencias y recomendaciones y siguió adelante con la tramitación del texto que daría lugar a la Directiva (UE) 2019/770, lo que ha derivado en una situación de dualidad normativa en la regulación de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de la cesión de datos personales. Y, como ya he adelantado, ello ha provocado que existan algunas discordancias normativas. Y es que, aunque la Directiva ha tratado de adelantarse a las mismas y salvarlas proclamando el carácter prevalente del Reglamento, lo cierto es que ello no resulta suficiente para dar coherencia al sistema, pues deja sin resolver cuestiones importantes en el ámbito contractual.

El principal problema que se plantea es que la regulación que hace el Reglamento (UE) 2016/679 de los datos personales no casa bien con su configuración como contraprestación contractual, algo que se hace especialmente evidente en lo relativo a la emisión y revocación del consentimiento para el tratamiento de los datos personales; y este es precisamente el aspecto en el que me voy a centrar en las siguientes páginas. Pero antes, haré una breve referencia a la relación existente entre la Directiva (UE) 2019/770 y el Reglamento (UE) 2016/679, pues ello permitirá al lector seguir mejor el desarrollo posterior.

1 Disponible en: eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2017:200:FULL&from=DE (fecha de última consulta: 27/08/2021).

II. LA RELACIÓN ENTRE LA DIRECTIVA (UE) 2019/770 Y EL REGLAMENTO (UE) 2016/679

Como adelantaba en el apartado introductorio, la Directiva (UE) 2019/770 ha tratado de anticiparse a las dificultades de conciliación que pueden existir entre el contenido de su parte dispositiva y las previsiones recogidas en la normativa de protección de datos personales. Y lo ha hecho declarando el carácter prevalente de la normativa de protección de datos. Así se deduce claramente de sus Considerandos 37, 48 y 69:

El primero de ellos dispone que "(…) la presente Directiva se entiende sin perjuicio del Reglamento (UE) 2016/679 así como de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Dicho marco se aplica a cualquier dato personal tratado en relación con los contratos regulados por la presente Directiva. Por consiguiente, los datos personales solo deben recogerse o tratarse de otro modo de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679 y la Directiva 2002/58/CE. En caso de conflicto entre la presente Directiva y el Derecho de la Unión en materia de protección de datos personales, debe prevalecer el segundo".

Por su parte, el Considerando 48 prevé que "el Reglamento (UE) 2016/679 o cualquier otra norma del Derecho de la Unión en materia de protección de datos debe aplicarse plenamente al tratamiento de datos personales en relación con los contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. Además, la presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de la protección de los derechos, obligaciones y acciones extracontractuales que se recogen en el Reglamento (UE) 2016/679".

Finalmente, el Considerando 69 señala que "cuando el consumidor facilite datos personales al empresario, el empresario debe respetar las obligaciones derivadas del Reglamento (UE) 2016/679 (…)".

También en su articulado pone de manifiesto el carácter prevalente de la normativa existente en materia de protección de datos. En concreto, el art. 3.7 prevé que "en caso de conflicto de cualquiera de las disposiciones de la presente Directiva con una disposición de otro acto de la Unión que regule un sector u objeto específicos, la disposición de ese otro acto de la Unión prevalecerá sobre la presente Directiva" y en su art. 3.8 señala de forma más específica que "el Derecho de la Unión en materia de protección de datos personales se aplicará a cualesquiera datos personales tratados en relación con los contratos contemplados en el apartado 1. En particular, la presente Directiva se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y la Directiva 2002/58/CE. En caso de conflicto entre las disposiciones de la presente Directiva y el Derecho de la Unión en materia de protección de datos personales, prevalecerá el segundo".

III. EL CONSENTIMIENTO DEL CONSUMIDOR PARA LA CESIÓN DE SUS DATOS PERSONALES COMO CONTRAPRESTACIÓN EN EL CONTRATO DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES

1. La emisión de un consentimiento libre como presupuesto de la licitud del tratamiento de los datos personales

Dispone el Considerando 24 de la Directiva (UE) 2019/770 que "el Derecho de la Unión relativo a la protección de los datos personales establece una lista exhaustiva de motivos legales para el tratamiento lícito de los datos personales", por lo que el tratamiento de los datos personales[2] solo será lícito cuando concurra alguna de dichas circunstancias.

Pero los motivos legales concretos que amparan el tratamiento de los datos personales no están recogidos por la Directiva (UE) 2019/770, pues como señala en su Considerando 38 "la presente Directiva no debe regular las condiciones para el tratamiento lícito de datos personales, por cuanto esta cuestión está regulada, en particular, por el Reglamento (UE) 2016/679. Por consiguiente, todo tratamiento de datos personales en relación con un contrato que entre en el ámbito de aplicación de la presente Directiva solo es lícito si es conforme a lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 en relación con los fundamentos jurídicos para el tratamiento de los datos personales. Cuando el tratamiento de datos personales esté basado en el consentimiento, en particular con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2016/679, son de aplicación las disposiciones específicas de dicho Reglamento, incluidas las relativas a las condiciones para valorar si el consentimiento se presta libremente. La presente Directiva no debe regular la validez del consentimiento prestado (…)".

Por tanto, será preciso acudir al Reglamento (UE) 2016/679, que en su art. 6.1 a) considera lícito el tratamiento de los datos personales cuando "el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos". Este es precisamente el aspecto que nos interesa en el presente trabajo, pues en la tipología de contrato que estoy analizando el consentimiento del consumidor actúa como presupuesto de la licitud del tratamiento de sus

2 De acuerdo al art. 4.2 del Reglamento (UE) 2016/679, el tratamiento de datos personales consiste en cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción. En términos semejantes se pronunciaba la Directiva (UE) 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante: Directiva (UE) 95/46) en su art. 2 b), así como la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en su art. 3 c).

datos personales por parte del empresario, que en este caso asume el rol de responsable del tratamiento[3].

La validez del consentimiento para el tratamiento de los datos personales estará condicionada por la concurrencia de una serie de requisitos, recogidos en el art. 4.11 del Reglamento (UE) 2016/679, que prevé que el consentimiento habrá de consistir en una "manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen". En términos muy semejantes a lo dispuesto en el art. 6.1 de nuestra Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales[4] (en adelante: LOPD).

Como puede observarse, uno de los requisitos para que el consentimiento pueda considerarse válido es que sea emitido de forma libre. Y para valorar este aspecto, el art. 7.4 del Reglamento (UE) 2016/679 tiene especialmente en cuenta "el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato". Una idea prevista también en su Considerando 42: "el consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar (…) su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno"; así como en el art. 6.3 LOPD: "no podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual".

El problema es que, de acuerdo a lo anterior, puede plantear dudas que en el tipo de contratos que estamos analizando el consentimiento pueda considerarse prestado libremente. Téngase en cuenta que la contraprestación que lleva a cabo el consumidor a cambio del suministro de contenidos y servicios digitales consiste precisamente en la cesión de sus datos personales, por lo que la emisión del consentimiento para su tratamiento resulta ineludible si quiere acceder a dichos contenidos o servicios.

3 El art. 4.7 del Reglamento (UE) 2016/679 considera responsable del tratamiento a la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determina los fines y medios del tratamiento.

4 La actual LOPD sustituyó a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (que había transpuesto a nuestro ordenamiento nacional la Directiva (UE) 95/46 y que sustituyó a la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LORTAD)) y cuyo principal objetivo era la adaptación de nuestra normativa interna al Reglamento (UE) 2016/679 (art. 1 a)).

Si atendemos al carácter prevalente del Reglamento (UE) 2016/679 sobre la Directiva (UE) 2019/770 es evidente que el consumidor puede negarse a prestar consentimiento para el tratamiento de sus datos de carácter personal, pero ¿aun así tendría derecho a adquirir los contenidos o servicios digitales de que se trate?

Una respuesta afirmativa a dicha pregunta sería tanto como hacer recaer en el consumidor la decisión acerca de la gratuidad u onerosidad del contrato[5], de modo que, si el consumidor se niega a prestar consentimiento, el contrato, inicialmente oneroso, pasaría a convertirse en gratuito, pues el consumidor no llevaría a cabo ninguna contraprestación a cambio de la adquisición de los contenidos o servicios digitales. Pero ello contravendría lo dispuesto en el art. 1256 de nuestro Código Civil (en adelante CC), que, como sabemos, prevé que "la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes".

Quizá la explicación pudiera encontrarse en que, en aquellos casos en los que la cesión de los datos personales del consumidor se configura como una de las prestaciones del contrato, habría que considerar que la emisión del consentimiento constituye una condición necesaria para la ejecución del mismo en los términos previstos en los arts. 7 del Reglamento (UE) 2016/679 y 6.3 LOPD. No obstante, dicha interpretación me genera serias dudas, pues parece que cuando la ley dice que el tratamiento ha de ser necesario para la prestación del servicio, lo hace más bien desde una perspectiva técnica, de modo que se referiría a aquellos supuestos en los que el empresario precise de tales datos para poder suministrar al consumidor los contenidos o servicios digitales de que se trate.

Otro de los requisitos para que el consentimiento resulte válido es que sea específico, informado e inequívoco. Ello excluye desde luego el consentimiento presunto[6], y, a mi modo de ver, también el tácito. De hecho, creo que dicha postura queda reforzada por lo dispuesto en el Considerando 32 del Reglamento (UE) 2016/679: "el consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal. Esto podría incluir marcar una casilla de un sitio web en internet (…) o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales. Por tanto, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento (…)". Y a tal fin, el Considerando 42 del Reglamento

5 *Vid*. Domínguez Yamasaki, M.I.: "El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario", *Revista de derecho privado*, 2020, núm. 4, pp. 110 y ss.

6 *Vid*. Martínez Rojas, A.: "Principales aspectos del consentimiento en el reglamento general de protección de datos de la Unión Europea", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2016, núm. 42, p. 62.

(UE) 2016/679 prevé que debe proporcionarse al titular de los datos personales "(…) un modelo de declaración de consentimiento elaborado previamente por el responsable del tratamiento con una formulación inteligible y de fácil acceso que emplee un lenguaje claro y sencillo, y que no contenga cláusulas abusivas. Para que el consentimiento sea informado, el interesado debe conocer como mínimo la identidad del responsable del tratamiento y los fines del tratamiento a los cuales están destinados los datos personales (…)". Además, el art. 7.2 del Reglamento (UE) 2016/679 señala que "si el consentimiento del interesado se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, la solicitud de consentimiento se presentará de tal forma que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo. No será vinculante ninguna parte de la declaración que constituya infracción del presente Reglamento".

Y cuando se trata de menores de edad, el Reglamento (UE) 2016/679 prevé algunas reglas específicas para la validez del consentimiento. En concreto, su art. 8.1 dispone que "cuando se aplique el artículo 6, apartado 1, letra a), en relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información, el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años. Si el niño es menor de 16 años, tal tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó". La justificación se encuentra en que, tal y como dispone el Considerando 38 del Reglamento (UE) 2016/679, los menores "merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales. Dicha protección específica debe aplicarse en particular, a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario, y a la obtención de datos personales relativos a niños cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño".

Ahora bien, el propio art. 8.1 del Reglamento (UE) 2016/679 admite que los Estados miembros puedan establecer una edad inferior a los 16 años para que los menores puedan consentir por sí mismos el tratamiento de sus datos personales, siempre que dicha edad no sea inferior a 13 años. Y nuestra LOPD ha hecho uso de la mencionada facultad y en su art. 7.1 reduce el límite de edad a 14 años: "el tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años", salvo que "la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento" (art. 7.1 LOPD).

Obviamente, cuando se trate de menores de 14 años, el tratamiento de los datos "fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela" (art. 7.2 LOPD).

Finalmente, existen algunos datos especialmente protegidos por la normativa, dado su carácter sensible y su pertenencia a la esfera más íntima de la persona. Al respecto, señala el art. 9.1 del Reglamento (UE) 2016/679 que "queda prohibido el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientación sexuales de una persona física". Es cierto que, en su párrafo segundo, establece una excepción a dicha regla, precisamente cuando "el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados". Sin embargo, a continuación, faculta a los Estados para prohibir el tratamiento de este tipo de datos incluso cuando se cuente con el consentimiento del titular de los mismos: "excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado". Y, una vez más, nuestro legislador ha recogido el guante, al incluir la siguiente previsión en el art. 9.2 LOPD: "a los efectos del artículo 9.2.a) del Reglamento (UE) 2016/679, a fin de evitar situaciones discriminatorias, el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico".

2. Remedios frente al incumplimiento del consumidor: tensión entre cumplimiento coactivo y consentimiento libre

El consumidor incumplirá la obligación a su cargo cuando no proporcione al empresario sus datos personales en la forma y el momento acordados en el contrato, o cuando, habiendo facilitado al empresario dichos datos, estos no sean veraces o resulten incompletos.

El problema es que la Directiva (UE) 2019/770 no ha previsto expresamente la eventualidad de que el consumidor y titular de los datos no cumpla con su obligación, ni las posibles consecuencias de dicho incumplimiento, lo que nos obliga a acudir a las normas generales en materia de contratos para determinar la referida cuestión. Al respecto, dado que nos encontramos ante un contrato de carácter oneroso y sinalagmático, si atendemos al art. 1124.2 CC, la parte que haya cumplido su parte del contrato (en este caso el empresario) "podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de

daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible", nuevamente con resarcimiento de daños y abono de intereses[7].

No obstante, me parece cuando menos dudoso que el art. 1124.2 CC y la facultad que concede al perjudicado por el incumplimiento de la otra parte pueda resultar aplicable a este tipo de contratos. Y es que, si el empresario optara por el cumplimiento coactivo del contrato en los términos acordados, el consumidor quedaría obligado a prestar su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales, lo que resultaría contrario tanto al art. 4.11 del Reglamento (UE) 2016/679 como al art. 6.1 LOPD, que ya hemos visto que exigen que el consentimiento se preste de forma libre. Pues bien, dado el carácter prevalente que tiene el Reglamento (UE) 2016/679 sobre la Directiva (UE) 2019/770, entiendo que no cabría exigir al consumidor el cumplimiento coactivo de su obligación.

Por ello, considero que el empresario únicamente dispondrá de un posible remedio en caso de que el consumidor incumpla con su obligación de ceder sus datos personales para su tratamiento por parte del empresario: resolver el contrato.

IV. LA REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PARA EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES CEDIDOS A MODO DE CONTRAPRESTACIÓN EN EL CONTRATO DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES

1. El derecho del titular de los datos personales a revocar libremente el consentimiento prestado para su tratamiento

Cuando nos encontramos ante un contrato de intercambio de contenidos o servicios personales por la cesión de datos personales, el consumidor asume la obligación de permitir el tratamiento de sus datos personales por parte del empresario (pues es la prestación a su cargo en el contrato), por lo que parece que no estaría facultado para revocar posteriormente el consentimiento emitido para el tratamiento de los referidos datos. De hecho, admitir la posibilidad de que el consumidor revoque en cualquier momento su consentimiento para el tratamiento de los datos de carácter personal es tanto como dejar en sus manos la decisión acerca del cumplimiento del contrato[8], contrariando una vez más lo

7 *Vid*. García Herrera, V.: "El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible «contraprestación» en el suministro de contenidos y servicios digitales", *Actualidad Civil*, 2020, núm. 1, p. 8.

8 *Vid*. Sánchez Lería, R.: "El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 2018, núm. 45, pp. 14 y ss.

dispuesto en el art. 1256 CC, que prevé que "la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes".

El problema es que la normativa de protección datos reconoce el derecho del titular de los datos personales a retirar el consentimiento inicialmente prestado. En este sentido, el Considerando 42 del Reglamento (UE) 2016/679 dispone que "el consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno", y, por si quedara algún género de dudas, el art. 7.3 del Reglamento (UE) 2016/679 señala expresamente que "el interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento" (lo que obviamente no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada: art. 7.3 del Reglamento (UE) 2016/679). De hecho, desde la doctrina se considera que estamos ante un derecho absoluto e irrenunciable[9]. Y el carácter absoluto del derecho a la revocación del consentimiento prestado para el tratamiento de los datos personales impediría que pueda ser objeto de exclusión o limitación, ya que cualquier obstáculo a la libre revocación del consentimiento contravendría la normativa de protección de datos de carácter personal[10].

De acuerdo a lo anterior, y si tenemos en cuenta el carácter prevalente que tiene el Reglamento (UE) 2016/679 sobre la Directiva (UE) 2019/770, habría que concluir que el hecho de que la cesión de los datos personales del consumidor se configure como una de las prestaciones del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales no excluiría ni limitaría la facultad del consumidor para revocar libremente y en cualquier momento el consentimiento inicialmente prestado. De hecho, el Considerando 39 de la Directiva (UE) 2019/770 señala expresamente que "el derecho a la supresión y el derecho del consumidor a retirar su consentimiento para el tratamiento de datos personales deben aplicarse plenamente también en relación con los contratos regulados por la presente Directiva. El derecho del consumidor a resolver el contrato con arreglo a la presente Directiva debe entenderse sin perjuicio del derecho del consumidor con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679 a retirar cualquier consentimiento otorgado al tratamiento de los datos personales del consumidor".

Pero, como apuntaba, desde el punto de vista del derecho de contratos, ello supone dejar en manos de una de las partes (en este caso del consumidor) la

9 *Vid*. Aguilera Ruiz, L.: "La revocación del consentimiento al tratamiento como incumplimiento esencial en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales regulado en la Directiva (UE) 2019/770", en AA.VV.: *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia* (coord. por M.T. Alonso Pérez y E. Hernández Sáinz), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, p. 125.

10 *Vid*. Rosselló Rubert, F.M.: "Las contraprestaciones no dinerarias en la Propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales", *Revista de derecho mercantil*, 2017, núm. 303, pp. 163 y ss.

decisión acerca del cumplimiento del contrato, lo que entra en claro conflicto con lo dispuesto en el art. 1256 CC.

Desde la doctrina se ha formulado alguna propuesta tendente a tratar de conciliar las diferentes disposiciones en conflicto. Al respecto, se ha sugerido que, en realidad, el derecho del titular de los datos a revocar el consentimiento prestado para el tratamiento de sus datos personales se traduciría en el ámbito contractual en una especie de derecho de desistimiento *sine die* en favor del consumidor[11]. Así, el consumidor podría retirar su consentimiento libremente en cualquier momento y ello no constituiría ningún tipo de incumplimiento por su parte en la dimensión contractual.

A mi modo de ver, no plantea dudas que, si la revocación del consentimiento para el tratamiento de los datos personales se produce dentro del plazo de 14 días previsto en los arts. 102 y 104 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante: TRLGDCU), dicha revocación podría traducirse en el ámbito contractual como un supuesto de ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor[12]. Siempre, eso sí, que concurran los estrictos requisitos que exige la Directiva (UE) 2011/83 sobre los derechos de los consumidores (en adelante: Directiva (UE) 2011/83) para que proceda el derecho de desistimiento en los contratos sobre contenidos o servicios digitales suministrados online (arts. 9 y ss.).

Sin embargo, si no concurren los mencionados requisitos o ha transcurrido ya el plazo de 14 días que prevé la normativa para el ejercicio del derecho de desistimiento me parece más discutible que el consumidor pueda apartarse unilateralmente del contrato al amparo de un pretendido derecho de desistimiento *sine die* o *ad nutum*. Y es que, dicho derecho de desistimiento carece de cobertura legal, pues no solo no encontramos en la ley ninguna referencia concreta a la mencionada posibilidad, sino que, además, el carácter tan restrictivo con el que la Directiva (UE) 2011/83 ha configurado el derecho de desistimiento parece excluir cualquier intento de llevar a cabo una interpretación extensiva del mismo. Téngase en cuenta que, de admitirse dicha posibilidad, el consumidor podría apartarse libremente del contrato una vez haya obtenido la utilidad pretendida de los contenidos o servicios digitales de que se trate (ej. visionado de una película o lectura de un libro electrónico).

Por ello, considero que estos supuestos en los que el consumidor revoca el consentimiento inicialmente prestado para el tratamiento de sus datos personales

11 *Vid*. Sánchez Lería, R.: "El contrato de suministro de contenidos digitales", cit., p. 22.

12 *Vid*. Aguilera Ruiz, L.: "La revocación del consentimiento", cit., p. 126.

han de ser tratados como un incumplimiento contractual por parte de este[13], a cuyas consecuencias me referiré en el siguiente apartado. Téngase en cuenta que, una vez revocado el consentimiento por parte del consumidor, el empresario no podrá continuar con el tratamiento de sus datos personales, por lo que no verá satisfechas sus pretensiones. Y es que, normalmente el empresario obtiene rendimiento económico de los datos personales del consumidor no mediante su tratamiento esporádico, sino a través de su tratamiento continuado, poniéndolos en conjunto con los datos de otros usuarios e incluso cediéndolos a terceros[14]. De hecho, la propuesta de Directiva del Consejo relativa al sistema común del impuesto sobre los servicios digitales que grava los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales se refiere de forma expresa a la posible cesión de los datos del consumidor a terceros, al disponer en su Exposición de Motivos que "(…) las empresas digitales pueden obtener datos sobre las actividades de los usuarios en las interfaces digitales que suelen servir para ofrecer a esos usuarios publicidad específicamente destinada a ellos, o que pueden transmitirse a terceros a título oneroso (…)"; lo que entiendo que requerirá siempre el consentimiento del titular de los datos, pues en caso contrario se infringiría el deber de confidencialidad al que está sujeto el responsable del tratamiento de los datos personales de acuerdo con lo dispuesto en el art. 5.1 f) del Reglamento (UE) 2016/679.

Por lo demás, la posibilidad de revocar el consentimiento inicialmente prestado no está prevista exclusivamente en materia de protección de datos, pues, en el caso del resto de derechos de la personalidad, la autorización para permitir intromisiones en los mismos resulta igualmente revocable[15]. Sin embargo, la revocación del consentimiento prestado para el tratamiento de los datos personales sí presenta una importante peculiaridad que le separa de la revocación de la autorización para consentir intromisiones en el resto de derechos de la personalidad: mientras el titular de los datos personales que revoque el consentimiento para su tratamiento no podrá sufrir ningún perjuicio por ello (Considerando 42 del Reglamento (UE) 2016/679), lo que parece que excluye la posibilidad de imponerle el pago de cualquier tipo de indemnización; en el caso de la revocación del consentimiento para que se produzcan intromisiones en otros derechos de la personalidad puede llevar aparejada una indemnización por daños y perjuicios, tal y como prevé expresamente el art. 2.3 de la Ley Orgánica 1/1982,

13 *Vid.* Aguilera Ruiz, L.: "La revocación del consentimiento", cit., p. 126.

14 *Vid.* de Barrón Arniches, P.: "La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales)", *Cuadernos europeos de Deusto*, 2019, núm. 61, p. 36.

15 *Vid.* García Rubio, M.P.: "La huella y el legado de Federico de Castro en la moderna protección civil de los derechos de la personalidad", en AA.VV.: *Glosas sobre Federico de Castro* (coord. por L. Díez-Picazo y Ponce de León), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, p. 252.

de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante: LOPDH).

2. La revocación del consentimiento para el tratamiento de los datos personales como incumplimiento contractual

Como he puesto de manifiesto en el apartado precedente, la revocación del consentimiento por parte del consumidor impide que el empresario pueda continuar con el tratamiento de sus datos personales, por lo que la prestación contractual a cargo de este último quedaría incumplida.

Respecto a las posibles consecuencias de dicho incumplimiento, no han sido previstas expresamente por la normativa, ya que la Directiva (UE) 2019/770 se limita a señalar en su Considerando 40 que "la presente Directiva no debe regular las consecuencias para los contratos sujetos a la presente Directiva en caso de que el consumidor retire el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales. Esta cuestión sigue siendo competencia del Derecho nacional". Así, la remisión que hace la Directiva (UE) 2019/770 nos conduciría de nuevo a las reglas recogidas con carácter general por nuestro Código Civil en sede de contratos, y, en concreto, a las reglas previstas de forma específica para los supuestos de incumplimiento de las obligaciones recíprocas.

Pero ya hemos visto al abordar los posibles remedios a disposición del empresario ante el incumplimiento del consumidor que no cabe aplicar a este tipo de contratos la facultad que atribuye el art. 1124.2 CC a la parte que cumple con su parte del contrato para que opte entre exigir el cumplimiento de la obligación en los estrictos términos en los que ha sido acordada o resolver el contrato. Y es que, tanto el art. 4.11 del Reglamento (UE) 2016/679 como el art. 6.1 LOPD impiden al empresario exigir al consumidor el complimiento coactivo de su obligación, al requerir que el consentimiento para el tratamiento de los datos personales sea prestado de forma libre; y, además, el art. 7.3 del Reglamento (UE) 2016/679 reconoce el derecho del titular de los datos personales a retirar su consentimiento en cualquier momento. Por lo tanto, una vez más, el empresario únicamente podría recurrir a la resolución del contrato.

Como se puede observar, hasta aquí, las consecuencias que contempla la normativa para aquellos casos en los que el consumidor revoque el consentimiento inicialmente prestado para el tratamiento de sus datos son las mismas que las previstas para el resto de incumplimientos. Y es que, en todos los mencionados supuestos el único remedio a disposición del empresario ante el incumplimiento del consumidor será la resolución del contrato, sin que pueda exigir al consumidor su cumplimiento en las condiciones acordadas en el contrato, ya que ello supondría imponerle que preste consentimiento para el tratamiento de sus datos personales,

de modo que este ya no podría considerarse emitido libremente, en los términos exigidos por la normativa de protección de datos.

Sin embargo, hay una consecuencia concreta que sí resultará aplicable en la mayor parte de los incumplimientos por parte del consumidor, pero no en aquellos que se deban a la revocación del consentimiento para el tratamiento de los datos personales. Me estoy refiriendo a la posibilidad de establecer una indemnización a cargo del consumidor por los daños y perjuicios causados al empresario como consecuencia de la revocación del consentimiento y el consiguiente incumplimiento del contrato. Al respecto, ya hemos visto que el Considerando 42 del Reglamento (UE) 2016/679 señala expresamente que "el consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno". Y ya se ha señalado también que ello supone una importante diferencia con el régimen previsto para la revocación del consentimiento prestado para autorizar intromisiones en el ámbito del derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, supuesto en el que sí está prevista la indemnización de los daños y perjuicios causados, incluyendo las expectativas justificadas (art. 2.3 LOPDH).

V. CONCLUSIONES

Como hemos ido viendo a lo largo de estas páginas, la configuración de los datos personales del consumidor como una contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales plantea problemas en relación con la emisión y revocación del consentimiento para el tratamiento de sus datos personales. Problemas que derivan de la necesidad de coordinar las normas establecidas en dos ámbitos distintos: el de consumo y el de protección de datos de carácter personal.

Y es que, el hecho de que el contrato sea calificado como oneroso conlleva que el consumidor quede vinculado por el contrato y nazca para él la obligación de cumplir con la prestación a la que se ha comprometido. Pero ello puede entrar en conflicto con lo dispuesto en la normativa de protección de datos de carácter personal, pues esta prevé que el consentimiento para el tratamiento de los datos ha de emitirse de forma libre, lo que impediría su exigencia coactiva por parte del empresario. Téngase en cuenta que el Reglamento (UE) 2016/679, que recoge las reglas relativas a la emisión y revocación del consentimiento para el tratamiento de los datos personales, tiene carácter prevalente sobre la Directiva (UE) 2019/770. Por ello, en caso de incumplimiento del consumidor, la única opción a disposición del empresario sería resolver el contrato.

Además, la normativa de protección de datos dispone que el consentimiento para el tratamiento de los datos personales ha de poder revocarse libremente. El problema es que dicha revocación supondría en sí misma un incumplimiento contractual por parte del consumidor.

En todo caso, en aquellos supuestos en los que el incumplimiento traiga causa de la revocación del consentimiento por parte del consumidor para el tratamiento de sus datos de carácter personal, no cabe el establecimiento de ningún tipo de indemnización a cargo del consumidor, pues la normativa de protección de datos rechaza expresamente que el titular de los datos pueda soportar cualquier tipo de perjuicio como consecuencia de la revocación del consentimiento.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilera Ruiz, L.: "La revocación del consentimiento al tratamiento como incumplimiento esencial en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales regulado en la Directiva (UE) 2019/770", en AA.VV.: *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia* (coord. por M.T. Alonso Pérez y E. Hernández Sáinz), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 117-129.

de Barrón Arniches, P.: "La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales)", *Cuadernos europeos de Deusto*, 2019, núm. 61, pp. 29-65.

Domínguez Yamasaki, M.I.: "El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario", *Revista de derecho privado*, 2020, núm. 4, pp. 93-120.

García Herrera, V.: "El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible «contraprestación» en el suministro de contenidos y servicios digitales", *Actualidad Civil*, 2020, núm. 1, pp. 1-12.

García Rubio, M.P.: "La huella y el legado de Federico de Castro en la moderna protección civil de los derechos de la personalidad", en AA.VV.: *Glosas sobre Federico de Castro* (coord. por L. Díez-Picazo y Ponce de León), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 229-277.

Martínez Rojas, A.: "Principales aspectos del consentimiento en el reglamento general de protección de datos de la Unión Europea", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2016, núm. 42, pp. 59-88.

Rosselló Rubert, F.M.: "Las contraprestaciones no dinerarias en la Propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales", *Revista de derecho mercantil*, 2017, núm. 303, pp. 163-190.

Sánchez Lería, R.: "El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 2018, núm. 45, pp. 1-27.

APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE USUARIO CON TWITCH: REPERCUSIONES EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

APPROACH TO THE LEGAL REGIME OF THE USER AGREEMENT WITH TWITCH: IMPACT ON THE PROTECTION OF PERSONAL DATA

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1186-1209

Alejandro
PLATERO
ALCÓN

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Twitch es una plataforma dedicada en sus orígenes al mundo del gaming y, que, en la actualidad reúne a millones de personas delante de sus pantallas viendo en directo a sus streamers favoritos. Debido a su imparable crecimiento, resulta necesario conocer los aspectos jurídicos, desde una óptica civil, del proceso de registro en la red social, analizando por ello, los principales aspectos de los términos y condiciones y, como no, de la política de privacidad de la compañía.

PALABRAS CLAVE: Twitch, protección de datos, relación contractual, brecha de seguridad.

ABSTRACT: *Twitch is a platform originally dedicated to the world of gaming, which currently brings together millions of people in front of their screens, watching their favorite streamer live. Due to its unstoppable growth, it is necessary to know the legal aspects, from a civil perspective, of the registration process in the social network, analyzing for them the main aspects of the terms and conditions and, of course, of the privacy policy of the company.*

KEY WORDS: *Twitch, data protection, contractual relationship, security breach.*

SUMARIO.- I. NOTAS INTRODUCTORIAS SOBRE TWITCH.- II. BREVES APUNTES SOBRE LA RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE EL USUARIO Y LA RED SOCIAL.- 1. Los presupuestos civiles que determinan la existencia del contrato.- 2. El consentimiento del menor de edad en el contrato con la red social.- III. ANÁLISIS DE LOS TÉRMINOS Y CONDICIONES DE TWITCH.- 1. Un acuerdo "legalmente vinculante".- 2. La cláusula que nunca puede faltar: La exención de responsabilidades.- IV. LAS REPERCUSIONES JURÍDICAS DE LA POLITICA DE PRIVACIDAD DE TWITCH.- 1. El responsable del tratamiento y el conjunto de derechos captados.- 2. Los derechos del usuario y la conservación de sus datos personales. V. NOTAS CONCLUSIVAS.

I. NOTAS INTRODUCTORIAS SOBRE TWITCH

Las opciones tecnológicas de las que dispone el individuo medio para invertir su tiempo libre no terminan de cesar, y en ocasiones, es probable que exista en parte de la población una pequeña (o mayor) dificultad para seguir conociendo el conjunto de las mismas. Además, como en la mayoría de las ocasiones solo se necesita un *smartphone* para poder disfrutarlas, resulta relativamente sencillo que su utilización y éxito resulten prácticamente imparables, como está ocurriendo en la actualidad con una plataforma que no deja de crecer, como es *Twitch.*

Twitch, es sin lugar a duda, una de las entidades que mejor ha rentabilizado una situación como la pandemia mundial, ya que, como se expondrá, sus datos de crecimiento desde el año 2020, han sido dignos de elogio, pero llegados a este punto, el lector podría preguntarse, ¿y que es *Twitch*? Pues la respuesta no es del todo sencilla y, menos si se intenta responder a la misma con una afirmación categórica, pero en el presente trabajo se considerará a la citada compañía como una red social.

En concreto, en la citada plataforma, una serie de personas que van a recibir el nombre de *streamers*, se dedican, prácticamente desde la intimidad de su cuarto[1], a emitir contenido en directo para sus seguidores, normalmente personas éstas últimas de edad juvenil[2], que se ven atraídos por la influencia de una serie de personas que consideran verdaderos ídolos. Debe advertirse también que, su principal auge comenzó como una plataforma *gaming*, es decir, donde los creadores

1 Ruberg, B., y Lark, L.: "Livestreaming from the bedroom: Performing intimacy through domestic space on Twitch", en *Convergence,* volumen 27, número 3, 2020, p. 679 y siguientes.

2 Gutiérrez Lozano, J.F., y Cuartero, A.: "El auge de Twitch: nuevas ofertas audiovisuales y cambios del consumo televisivo entre la audiencia juvenil", en *Ámbitos: Revista internacional de comunicación*, número 50, 2020, p. 159 y siguientes.

• Alejandro Platero Alcón
Doctor en Derecho Civil. Profesor de la Universidad de Extremadura. Email: platero@unex.es

de contenido se emitían así mismos jugando a determinados juegos y, comentando las diferentes situaciones que se producían[3].

Ahora bien, realizando un poco de historia de la compañía se observa como la misma nació en el año 2011, como una plataforma destinada a la retransmisión de deportes electrónicos y, poco a poco comienza a sufrir una expansión, hasta que, en el año 2014, *Amazon* decide comprarla por una cantidad de 970 millones de dólares, es decir, ya desde la década pasada, los expertos en la materia comenzaron a percibir los éxitos futuros de la plataforma. Pero como se adujo con anterioridad, sería el año 2020 donde su fama se multiplicaría, ya que, según los datos, aumentó su población en un 150%, pasando de contar en el mes de enero del año 2020 con algo más de 3,9 millones de usuarios a, reunir en enero del año 2021 la cifra de 9,9 millones de usuarios. Además, se calcula que, en el primer semestre del año 2021, se alcanzaron 6.300 millones de horas reproducidas en la plataforma, aunque en este sentido debe aclararse que es posible, aunque no siempre, seguir las retransmisiones de los *streamers* sin registrarse.

Ahora bien, en este momento podría llegar a pensar el desconocedor de la plataforma en cuestión que, se parece mucho a otras de las existentes en la actualidad, aunque en su funcionamiento interno existen importantes diferencias, sobre todo en lo relativo a la obtención de un beneficio económico por parte del *streamer*. En efecto, aunque puede resultar bastante contradictorio la orientación hacía el público juvenil[4], en parte menor de edad, de la plataforma, existe en ella una mercantilización evidente y sin rodeos: los creadores de contenido ganan dinero directamente de las personas que los ven y, no de manera indirecta como el sistema de distribución de ganancias de *Youtube,* por ejemplo.

¿Cómo obtienen la citada rentabilidad económica los *streamers*? Pues bien, existen varias vías para obtener de manera directa ingresos económicos por parte de sus seguidores. La primera de ella y más elemental, consiste en conseguir que los seguidores se suscriban al canal, y para ello, como mínimo tendrán que pagar una cantidad de 2,99 euros mensuales, convirtiéndose en ese momento en suscriptores de nivel 1, obteniendo una serie de ventajas respecto a las personas que siguen el canal y no se suscriben. Ahora bien, existen 2 niveles superiores de suscripción, uno donde el usuario deberá pagar 7,99 euros y, el nivel más

3 De hecho, parte de la doctrina ha mostrado su preocupación por el exceso de *gaming* que se produjo en *Twitch* durante la pandemia, como se aprecia en la obra de King, D., Delfabbro, P., y Potenza, M.: "Problematic online gaming and the COVID-19 pandemic", en *Journal of Behavioral Addictions*, volumen 9, número 2, 2020, p. 184 y siguientes.

4 Ya se plantea la doctrina, incluso la posibilidad de utilizar la plataforma para técnicas de aprendizaje universitario. Véase al respecto, la obra de, Guardeño Juan, M., y Calatayud Requena, L., "Twitch e Instagram como plataformas de aprendizaje en el ámbito universitario", en AA.VV.: *Digital media: el papel de las redes sociales en el ecosistema educomunicativo en tiempos de Covid-19*, (coord. por J. Sotelo González), McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid, 2021, p. 1089 y siguientes.

importante de suscriptor vendrá representado por aquellos seguidores que decidan pagar 19,99 euros mensuales.

Debe precisarse que, a pesar de que con carácter general como se introdujo con anterioridad, cualquier persona de manera gratuita puede ver la retransmisión de los creadores de contenido en la plataforma, los mismos pueden realizar muchas actividades a través de las cuales consigan atraer suscripciones, de hecho, en la propia página oficial de *Twitch* se encuentran con relativa facilidad consejos para realizar la citada tarea, como por ejemplo, realizar cada cierto tiempo juegos en directo con solo suscriptores, sortear premios, en fin, cualquier idea que se le ocurra al creador para conseguir obtener mayores recursos económicos. Evidentemente, como se puede atisbar, la compañía se queda un porcentaje de las suscripciones realizadas, es decir, el negocio de la plataforma es más directo y evidente que, el del resto de redes sociales que, bajo un mantra de falsa gratuidad, operan comercializando indiscriminadamente con los datos personales de sus usuarios al mejor postor[5].

La segunda fuente directa de obtención de ingresos por parte de los creadores de contenido se origina a través de las donaciones. En efecto, los seguidores pueden donar una cantidad económica en cualquier momento, a través de la figura específica creada por la plataforma para tal fin: los *cheers*. Cuando se produce esa donación, se muestra en directo para todos los seguidores, con el objetivo de que el *streamer* pueda en ese momento nombrar al donante en público y, verse de este modo recompensado. Además, debido a la vinculación existente de la compañía con *Amazon*, todos los suscriptores del servicio *Amazon Prime*, pueden disfrutar de manera gratuita de una suscripción mensual al creador de contenido que escojan, resultando esta forma, una manera de introducirse poco a poco en el funcionamiento de una plataforma cuyo crecimiento parece no estancarse.

Después de realizar la anterior aproximación sobre la historia y el funcionamiento de *Twitch*, resulta necesario analizar los términos y condiciones que se deben aceptar para convertirse en usuario de la plataforma, prestando especial atención, como no pudiera ser de otra forma, a la política de privacidad de la compañía.

5 Messía de la Cerda Ballesteros, J.A.: "El tratamiento de los datos personales que el interesado hubiese hecho manifiestamente públicos. Especial atención a las Redes Sociales", en *Revista Actualidad Civil*, número 5, 2018, p. 6 y siguientes.

II. BREVES APUNTES SOBRE LA RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE EL USUARIO Y LA RED SOCIAL

1. Los presupuestos civiles que determinan la existencia del contrato

Como es sabido, en la presente obra se está procediendo a analizar los aspectos jurídicos derivados del proceso de registro del usuario en la plataforma *Twitch*, que realmente en cuanto a su funcionamiento, no deja de constituir una red social, donde para formar parte de ella, resulta necesario manifestar un consentimiento tanto en las condiciones de uso del servicio, como en el relativo a la política de privacidad de la compañía. Ahora bien, cuando se manifiesta ese consentimiento por parte del usuario, ¿se está formando una relación contractual entre las partes?

Como se indicó, para acceder a una red social, el pretendido usuario ha de aceptar unas condiciones de uso en las que se le indica (unilateralmente, claro está) su funcionamiento y su actividad, expresando el tratamiento de datos que realizará. En teoría, si se parte de la premisa, ilusoria, de que el usuario ha leído y comprendido el contenido de los términos y servicios de cualquier compañía, donde como se ha expresado suele encontrarse una pestaña anexa con la información relativa a la política de privacidad, deberá aceptarla, o en términos jurídicos, manifestar su consentimiento, ahora bien, lo que ocurrirá en diversos supuestos relativos a entidades similares como lo analizada, es que no se informa correctamente del tratamiento de datos que efectuará, lo que podría determinar que dicho consentimiento no sea válido, ni tenga eficacia jurídica plena.

A juicio del presente autor, a priori cuando se produzca la citada aceptación, el individuo en cuestión, se convertirá en usuario de la red social y, la relación que une a ambos, obviamente, debe ser considerada de carácter contractual, pues aquel texto será el documento donde se expresan las cláusulas ante posibles controversias derivadas durante la relación jurídico-contractual entre ambas partes, aunque como es sabido, pudieran encontrarse vicios tan importantes que constituyeran una anulación de la citada relación[6].

La anterior consideración puede apoyarse en diferentes cuestiones, así, por ejemplo, resulta necesario recordar diferentes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en acrónimo TJUE) al respecto. Efectivamente, en primer lugar, se podría citar la STJUE de 6 de octubre del año 2015, donde se establecía que: "*toda persona residente en el territorio de la Unión que desea utilizar Facebook está obligada a concluir en el momento de su inscripción un contrato con*

6 El carácter contractual de la relación existente entre los usuarios de una red social y la misma, ha sido defendido con una argumentación más extensa en la siguiente obra del presente autor, Platero Alcón, A.: *El derecho al olvido en internet: la responsabilidad civil de los motores de búsqueda y las redes sociales: estudio doctrinal y jurisprudencial*, Dykinson, Madrid, 2021, p. 182 y siguientes.

Facebook Ireland"[7]. También resulta oportuno recordar la STJUE de 25 de enero de 2018, donde se discutía sobre la posibilidad de que existiera una única relación contractual o en cambio, dos relaciones contractuales, cuando el usuario de la red social *Facebook,* también contara con una página en la misma o, la STJUE de 5 de junio de 2018, donde en su apartado 32 se establece: "*cabe observar que cualquier persona que desee crear una página de fans en Facebook celebra con Facebook Ireland un contrato específico relativo a la apertura de tal página y, de este modo, suscribe las condiciones de uso de dicha página, incluida la correspondiente política en materia de cookies*".

También debe precisarse, claro está que existen opiniones contrarias, ya que, existe parte de la doctrina que considera que no se produce una relación contractual entre las partes, por el simple hecho de que se produzca una aceptación de las condiciones del servicio y la política de privacidad por parte del usuario[8]. Aunque al juicio humilde del presente autor, si se aprecian los requisitos legales suficientes como para poder otorgar tal calificación.

En efecto, la relación que une al usuario de una red social y la misma, no puede ser otra que de tipo contractual. En efecto, recuérdese el contenido del artículo 1261 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil[9], (en acrónimo CC), que exige tres requisitos para el nacimiento del contrato: consentimiento, objeto y causa. En el contrato con una red social existe consentimiento, porque el usuario para poder utilizar el servicio debe aceptar las políticas de privacidad de la red social, manifestando su consentimiento, mediante un clic en la casilla correspondiente.

En relación con el objeto del contrato, el mismo vendrá determinado por la cesión de los datos personales de los usuarios a la red social, es decir, el acreedor de la obligación en el contrato con una red social será el usuario, mientras que la red social es la deudora que, podrá utilizar estos datos, a cambio de permitir el uso de la red social al usuario de la red social. Y, en relación con la causa del contrato, ese concepto complejo de explicar[10], resulta evidente notar que, la misma existe y es lícita, ya que consiste en la utilización de los servicios ofrecidos por la red social, por parte del usuario. Las anteriores consideraciones deber permanecer

7 Apartado número 27 de la STJUE de 6 de octubre de 2015.

8 Rott, P.: "Data protection law as consumer law - How consumer organizations can contribute to the enforcement of data protection law", en *Journal of European Consumer and Market Law*, volumen 6, número 3, 2017, p. 115.

9 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889.

10 Quizás para comprender la causa de los contratos, la misma podría venir configurada como la respuesta a la siguiente cuestión: "¿por qué se celebra un contrato?". Obsérvese la obra de, Acedo Penco, Á.: *Derecho de Contratos, Cuasicontratos y Responsabilidad civil extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 55.

inalteradas, con indiferencia de la posible y aparente gratuidad de la red social[11]o, por si el contrario, los usuarios deben realizar una contraprestación económica por utilizarla.

En efecto, mientras que en tipos contractuales específicos, como el de la compraventa, el artículo 1445 CC exige la entrega de un determinado objeto a cambio de un precio, la citada exigencia no se manifiesta en la regulación legal del contrato celebrado entre una red social y el usuario, entre otras cuestiones, porque la citada regulación no existe en sí misma, sino que su regulación, vendrá determinada por el contenido negociado entre ambas partes, negociación que no existe, al tratarse el mismo, de un conocido como contrato de adhesión[12].

Como ya se deslizó con anterioridad, el hecho de que evidentemente exista una nula capacidad de negociación por parte del usuario de la red social, como reconoce el propio Abogado General de la Unión Europea que ha afirmado que la citada relación contractual se forma a través de una, "situación en la que la red social prepara de antemano las condiciones generales y éstas no son negociables"[13], no debe constituir óbice suficiente para considerar que en realidad no existe una relación contractual[14], ya que la misma, viene reconocida por parte de los expertos en el ámbito de la protección de datos personales desde hace tiempo[15].

2. El consentimiento del menor de edad en el contrato con la red social

A pesar del conjunto de afirmaciones anteriores, si es cierto que cuando se introduce un elemento más en la ecuación, aparecen elementos que pueden complicar la determinación o no de una correcta relación contractual. En este caso, se debe hacer referencia, como no pudiera ser de otra forma, a la relación

11 Evidentemente, aunque no se exija una contraprestación de tipo económico para poder ser usuario de una red social, la cesión de los datos personales constituye una herramienta a partir de la cual, las redes sociales obtienen una gran cantidad de beneficio de tipo económico. Así, se plantea la doctrina la siguiente pregunta: "¿Cuánto valen nuestros datos?". Véase, Lleixá Alsina, A.: "La economía colaborativa y el nuevo reglamento. Y mis datos, ¿qué?", en *Diario La Ley*, número 10, 2017, p. 1.

12 Una explicación interesante sobre el establecimiento de condiciones generales por parte de los titulares de las redes sociales puede encontrarse, entre otras, en la obra de Pato Pacín, M.N.: "Los contratos de redes sociales como contratos mediante condiciones generales", en AA.VV.: *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia* (coord. por M.T. Alonso Pérez), Aranzadi, Madrid, 2020, p. 89 y siguientes.

13 Conclusión 60 del Abogado General de la Unión Europea de 24 de octubre de 2017.

14 Como expone acertadamente la doctrina, dichas cláusulas abusivas no determinaran por si sola la nulidad del contrato en su totalidad, sino que se podrá instar la nulidad de estas, perviviendo el resto de contrato. Véase, Lasarte Álvarez, C.: *Contratos. Principios de Derecho Civil III*, editorial Marcial Pons, 21ª edición, Madrid, 2019, p. 72: "la cuestión a dilucidar no es la obligatoriedad del contrato, sino la de evitar abusos por parte del predisponente de las condiciones generales de la contratación, permitiendo incluso que la obligatoriedad de aquel no obste la posible ineficacia de alguna o algunas de las cláusulas que contradigan los más elementales principios de justicia contractual o de equivalencia de las prestaciones".

15 Véase el Informe 93/2008 de la Agencia Española de Protección de Datos sobre Formas de obtener el consentimiento mediante Web: Consentimientos tácitos: "El consentimiento al contrato de adhesión a la red social correspondiente, se ejerce habitualmente aceptando la política de privacidad denominada en otras ocasiones, política de protección, aviso legal o en el caso de Facebook, Declaración de derechos y responsabilidades".

amor-odio que desde un punto de vista jurídico existe entre los menores de edad y las redes sociales. En efecto, es innegable que el menor de edad es un sujeto que goza de importantes protecciones en el ordenamiento jurídico y, en su interacción con las redes sociales pueden surgir determinadas controversias de diversa índole[16], incluso pudiendo derivarse una responsabilidad para los titulares de su patria potestad si se desentienden por completo de la interacción del mismo en el espacio virtual[17].

Una de las principales complejidades vendrá determinada en conocer si el menor de edad puede prestar consentimiento válido para constituir una relación contractual con una red social determinada, ya que, debe recordarse el contenido del artículo 1263.1 CC, donde se establece que: "los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales".

En virtud del citado precepto, habría que determinar si la actividad de un menor de edad en una red social forma parte "de la vida corriente propia de su edad" y, negar la anterior consideración, constituiría en realidad la creación de un ejercicio de no comprensión de la sociedad actual, donde los menores de edad dedican gran cantidad de su tiempo libre, a sumergirse en el escenario tecnológico[18]. Además, al constituir el objeto del contrato con la red social, como se ha defendido con anterioridad, desde el punto de vista del usuario, una cesión de datos personales al prestador del servicio, se deberá respetar lo establecido al respecto en 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE[19], (en acrónimo RGPD), y en la normativa española de protección de datos personales, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos

16 Llamas Bao, C.: "Hijos menores de edad en redes sociales: su protección al amparo de los artículos 18 y 39 de la Constitución española", en *Revista Jurídica de la Universidad de León*, número 8, 2021, p. 205 y siguientes.

17 Serrano Molina, A.: "Responsabilidad de los padres y tutores por actuaciones de los menores de edad en plataformas digitales y redes sociales", en AA.VV.: *Guía de mínimos necesarios para la regulación de la comunicación audiovisual en la infancia y la adolescencia* (coord. por C. Martínez García), Aranzadi, Madrid, 2021, p. 267 y siguientes.

18 En el mismo sentido, obsérvese la obra de, Toral Lara, E.: "Menores y redes sociales: consentimiento, protección y autonomía", en *Revista Derecho Privado y Constitución*, número 36, 2020, p. 197: "Dado que la apertura de una cuenta en una red social puede considerarse un contrato de la vida corriente propio de su edad conforme a los usos sociales, los menores pueden formalizar el contrato con la red social cuando tengan madurez suficiente".

19 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, «DOUE» núm. 119, de 4 de mayo de 2016.

digitales[20] (en acrónimo LOPD), donde se extrae en combinación de ambas que, el menor d edad que supere los 14 años, podría emitir un consentimiento válido en España.

A pesar de lo anterior, debe precisarse que, aunque el menor de edad tenga 14 años, no va a poder consentir válidamente en cualquier tipo de red social, ya que, existen alguna de ellas, como pudiera ser *OnlyFans* que, tienen el servicio restringido para menores de 18 años, impidiendo el registro de los que no cumplan el citado requisito[21]. Y, ya para dar por finalizado este pequeño apunte referido al menor de edad, ¿qué ocurrirá con los menores de 14 años que se registren en una red social? Pues bien, a priori para realizar la citada acción se necesitará el complemento de capacidad de los titulares de la patria potestad, pero volviendo de nuevo a la realidad práctica, en verdad durante el proceso de registro de cualquier red social importante, no se encuentra ningún apartado para permitir tal complemento, lo que provocará en la práctica que el menor de edad se registre en las mismas, simplemente introduciendo una fecha de nacimiento superior a 14 años.

III. ANÁLISIS DE LOS TÉRMINOS Y CONDICIONES DE TWITCH

1. Un "acuerdo legalmente vinculante"

Es el momento de analizar los aspectos más significativos del acuerdo de usuario que se debe aceptar para convertirse en usuario de *Twitch*, ya que, a priori, constituirán las reglas primarias para resolver las posibles disputas que se deriven de la relación contractual que se forme. Debe destacarse que el citado análisis se realizará mediante los términos del servicio publicados por la plataforma a 1 de enero del año 2021, por tratarse de los más recientes en el momento de confección del presente trabajo[22].

En primer lugar, destaca el esfuerzo de la compañía en clarificar ya desde el primer apartado de los términos y condiciones, la naturaleza jurídica del acto que se está realizando, ya que establecen que, "cuando haces clic en Registrarse, estás celebrando un contrato legalmente vinculante entre tú y *Twitch*". A pesar de que

20 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, «BOE» núm. 294, de 06/12/2018.

21 La principal complejidad al respecto de cualquier compañía, será precisamente el articular medidas técnicas que impidan el registro de los menores de 18 años. En este caso en concreto, *OnlyFans* solicita un *selfie* junto a la exhibición del documento de identidad para registrarse, aunque sobre la validez legal del citado método también pueden generarse controversias, ya que, si se tratara de un menor de edad, en el fondo se estarían tratando datos personales del mismo, aunque fuera rechazada su admisión.

22 Términos del servicio de *Twitch* redactados a 1 de enero de 2021. Disponibles en: https://www.twitch.tv/p/es-es/legal/terms-of-service/ (todos los enlaces del presente trabajo están consultados con fecha 11 de octubre de 2021).

como se ha expuesto, parte de la doctrina considera que no se realiza un auténtico contrato entre el usuario y la red social, la entidad se apresura en primer lugar a reafirmar la existencia de una relación contractual, donde de seguido también se aprecia que la citada relación se articulará sin ningún ápice de duda, a través de un contrato de adhesión, donde el consumidor poco puede influir en la fase de redacción contractual[23]. En efecto, la propia compañía afirma, ya desde el inicio de los términos del servicio que, "si no estás de acuerdo con estos términos del servicio, no utilices ninguno de los servicios de *Twitch* ni accedas a ellos".

También se apresura *Twitch* a precisar la edad a partir de la cual se permite utilizar el servicio, estableciendo una prohibición para los menores de 13 años, añadiendo además que entre la citada edad y los 18 años, se deberá contar para utilizar el servicio con la supervisión paterna, resultando estos últimos los sujetos que manifiestan si el menor utiliza el servicio, aceptar las condiciones y servicios explicitados. Evidentemente, debe precisarse que, en el ámbito relativo a la protección de datos personales, el menor de edad podrá consentir a partir de los 16 años como establece el artículo 6 del RGPD, pero en España, se establece de acuerdo a lo establecido en la normativa referenciada, una rebaja de esa edad hasta los 14 años, por lo que el consentimiento para aceptar las condiciones de los términos del servicio será totalmente válido si el menor lo realiza en España con más de 14 años, sin necesidad de contar con un refuerzo de capacidad por parte de los titulares de su patria potestad[24].

Otro aspecto sin duda controvertido se encuentra en el derecho que se arroga *Twitch* en modificar de forma unilateral en cualquier momento las condiciones referenciadas, sin necesidad de que se vuelva a manifestar el consentimiento por los usuarios, sino que la compañía entiende que, "si sigues usando los servicios después de la entrada en vigor de la versión revisada de los términos del servicio, se entenderá que aceptas dichos términos". La citada cláusula, sin duda, puede chocar de nuevo con diversos aspectos relativos a la validez del consentimiento prestado, sobre las que ya se profundizó en los primeros apartados del presente trabajo, ya que si al consumidor se le modifican aspectos claves, pudiera no estar de acuerdo con los mismos, y únicamente le quedaría como remedio práctico, dejar de utilizar el servicio[25].

El punto octavo de los términos y servicios otorga con carácter general un derecho a *Twitch* de forma, "perpetua, ilimitada, a nivel mundial e irrevocable", a

23 Rodríguez, R., y Martínez Cabezudo, F.: "Herencia digital, términos y condiciones de uso y problemas derivados de la praxis social.: Un análisis desde la filosofía del derecho", en *Revista internacional de pensamiento político*, número 12, 2017, p. 85 y siguientes.

24 Rodríguez Ayuso, J.F: "La garantía de la privacidad de los menores de edad", en *Actualidad jurídica Iberoamericana*, número 13, 2020, p. 1014 y siguientes.

25 Messía de la Cerda Ballesteros, J.A.: "El tratamiento de datos en redes sociales: ¿jurisprudencia vacilante o diferencia de supuestos?", en *Actualidad Civil*, número 12, 2018, p. 6 y siguientes.

utilizar el contenido que suba el usuario a la plataforma. Evidentemente, se trata de un aspecto complejo, ya que, ¿Cómo va a utilizar el contenido la plataforma de forma perpetua, si por ejemplo el usuario decide darse de baja del servicio? Parece que la citada cláusula de nuevo pudiera considerarse como abusiva, como muchas de las que con carácter tradicional aparecen en la redacción de las condiciones del servicio de cualquier red social[26].

Como es sabido, si el usuario decide convertirse en *streamer*, podrá emitir en directo un contenido, con el objeto de obtener un beneficio económico con su reproducción. Ahora bien, en todas las plataformas, incluidas algunas con reputación más cuestionada[27], establecen una serie de límites sobre el contenido que puede subirse por parte de los usuarios y, en este caso, *Twitch* prohíbe expresamente el contenido, "difamatorio, obsceno, pornográfico, que invada el derecho a la intimidad o vulnere los derechos de imagen, que sea de tipo acosador, amenazante, abusivo, incendiario o censurable". Sobre este contenido resulta interesante destacar el olvido de incluir en la lista negra, al contenido que viole el derecho fundamental a la protección de datos de terceros, aunque es casi del todo seguro, a que con la referencia al derecho a la intimidad, la compañía lo entenderá incluido. Para dar por terminado este extremo, simplemente hacer referencia a una prohibición, cuanto menos curiosa, ya que se permite compartir opiniones políticas, pero no para monetizarlas, es decir, durante el tiempo en el que el *streamer* manifestara las mismas, debería quedar desactivada la opción de recibir incentivos económicos como los *bits*.

2. La cláusula que nunca puede faltar: La exención de responsabilidades

Otra de las cláusulas estrellas que se encuentra sin ningún ápice de duda en cualquier redacción de los términos y servicios de las redes sociales en la actualidad, es como no puede ser de otra forma, la exención y limitación de responsabilidades por los daños producidos. De este modo, en el punto 15 de las condiciones de *Twitch*, se encuentra una declaración por la que la entidad se declara no responsable de los daños que se originen al usuario, citando textualmente entre otros a los

26 Cláusula que como se ha expresado aparece en otras redes sociales, así entre otros, véase la obra de Ammerman Yebra, J.: "El régimen de prestación del consentimiento para la intromisión en los derechos de la personalidad de los menores. Especial referencia al fenómeno del sharenting", en *Actualidad jurídica iberoamericana*, número 8, 2018, p. 259: "La red social Facebook, por ejemplo, tiene como una de sus condiciones que el usuario conceda una licencia de uso sobre el contenido compartido (…), nos concedes una licencia mundial, no exclusiva, transferible, sublicenciable".

27 En este sentido es obligada la referencia la red social *OnlyFans*, donde como es sabido, se permite que los creadores de contenidos puedan exhibir contenido para adultos. Ahora bien, del análisis de sus condiciones del servicio redactadas en marzo del año 2021, se obtiene que se encuentran prohibidas cuestiones como: "drogas o parafernalia de drogas; autolesión o suicidio; incesto; bestialidad; violencia, violación, falta de consentimiento, hipnosis, intoxicación, agresión sexual, tortura, abuso sadomasoquista o esclavitud extrema, fisting extremo o mutilación genital; necrofilia; material de orina, escatológico o relacionado con excrementos; "pornografía de venganza" servicios de acompañantes, tráfico sexual o prostitución; servicios como "deepfakes" y, como no, discursos de incitación al odio; divulgación de datos personales de terceros sin su consentimiento". Disponible en: https://onlyfans.com/terms.

daños directos, indirectos, emergentes, "o de cualquier otro tipo", de origen contractual o extracontractual, que se pudieran derivar de la posibilidad de no usar el servicio, de acceso a sus datos personales o de cualquier otra incidencia. La anterior cláusula es el ejemplo tipo de abusividad por parte de estas entidades, ya que como el presente autor ha escrito con anterioridad, se arrogan una especie de poder "semidivino"[28], por el que enuncian que nunca van a poder ocasionar un daño a la otra parte contratante, infringiendo así una norma elemental en el ámbito del Derecho, reparar el daño causado a otro, aunque en ocasiones no exista culpa en su producción.

La anterior exención debe ponerse en consideración con el siguiente apartado del mismo punto 15 referenciado, ya que, la compañía establece que a pesar de declararse no responsable de cualquier daño producido, si se apreciara por los juzgadores correspondientes algún ápice de responsabilidad, ya sea, "contractual, extracontractual, por garantía, por productos defectuosos, o de carácter objetiva", establecen un límite en la cuantía económica por la que responderán. En efecto, fijan un límite económico de carácter simbólico[29], que dependiendo de la tipología del daño causado, puede resultar bastante insignificante, ya que, afirman que responderán por una cuantía máxima de 100 dólares americanos, importante bastante inferior al que puede encontrarse en la redacción de cláusulas similares por otras plataformas similares[30].

Como no podría ser de otra forma, en el caso de que se produjera el hipotético daño al usuario de la plataforma, quedaría por determinar dos cuestiones con una indudable transcendencia, como son la jurisdicción y la ley aplicable al conflicto.

28 Véase al respecto, Platero Alcón, A.: "El derecho al olvido en internet: El fenómeno de los motores de búsqueda", en *Opinión jurídica*, número 29, 2016, p. 248: "De esta forma, a juicio del presente autor, se desprende de la actitud del citado motor de búsqueda que su actuación es semidivina y siempre queda impune".

29 Recuérdese que, en la vulneración civil de determinados derechos, tanto los considerados como de la personalidad y, en aspectos relativos al derecho fundamental a la protección de datos, como ocurre en las indemnizaciones por inclusión indebida en ficheros de insolvencia patrimonial, se encuentran prohibidas las indemnizaciones de carácter simbólico. Véase al respecto, entre otros, la obra de Espín Alba, I.: "Daño moral por intromisión ilegítima en el derecho al honor como consecuencia de la inclusión indebida en registros de morosos", en *IUS: revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, número 46, 2020, p. 199 y siguientes.

30 En el caso de *OnlyFans*, en su redacción de términos y servicios ya citada anteriormente, la cuantía máxima de reparación asciende a la cantidad de 5.000 dólares. Distinta redacción sobre la responsabilidad en sus funciones es la que se puede encontrar en la dicción de los términos del servicio de *Instagram*, en su versión más reciente en el momento de redacción del presente trabajo (20 de diciembre del año 2020). En efecto, a diferencia de las anteriores, la compañía no niega su posible responsabilidad de forma categórica, sino que en el apartado final de las condiciones establece que: "Siempre que hayamos actuado con cuidado y destreza razonables, no asumimos responsabilidad alguna por: pérdidas no provocadas por la infracción por nuestra parte de estas Condiciones o como consecuencia de nuestras acciones; pérdidas que ni tú ni nosotros podamos prever de forma razonable en el momento de aceptar estas Condiciones; contenido publicado por otras personas que sea ofensivo, inapropiado, obsceno, ilegal o cuestionable de algún otro modo y que puedas encontrar en nuestro Servicio; y eventos que escapen de forma razonable a nuestro control. La disposición anterior no nos exime de responsabilidad ni la limita en casos de defunción, lesiones personales o representación fraudulenta derivados de una negligencia por nuestra parte. Tampoco se excluye o limita nuestra responsabilidad por cualquier otra causa o motivo que la ley no lo permita". Disponible en: https://help.instagram.com/581066165581870.

En este caso *Twitch*, establece como cláusula obligatoria la necesidad de someter a arbitraje cualquier conflicto que se produzca, prohibiendo por tanto expresamente la posibilidad de entablar demanda, que se celebrará además en California, bajo las leyes del citado estado y de Estados Unidos. Evidentemente, la citada cláusula debe considerarse como abusiva y por tanto no puesta en el contrato, ya que, al tratarse el usuario de la red social de un auténtico consumidor, va a poder demandar en su domicilio, de acuerdo a lo establecido tanto en la legislación internacional, como en la interpretación jurisprudencial realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea[31].

De hecho, la propia compañía recoge, continuando con lo anterior, una excepción al sometimiento del arbitraje obligatorio con las reglas descritas, estableciendo que si el usuario reside en una jurisdicción donde no estuviera permitida la anterior cláusula, la reclamación se sustentará mediante una acción ante los tribunales civiles competentes. Ahora bien, a pesar del avance en materia de protección del consumidor que puede suponer la inclusión de la presente excepción, debe precisarse que acto y seguido, se establece una nueva precisión que puede condicionar y limitar en la práctica el establecimiento de reclamaciones derivadas de una relación contractual como la que en el punto primero de los términos y servicios analizados se enunciaba, ya que, se establece un plazo de 1 año para reclamar los daños desde que los mismos se produjeron.

El citado plazo de 1 año, no se equipara en el conjunto normativo civilista español al sistema de responsabilidad civil contractual, sino que más bien, es el propio del sistema de responsabilidad civil extracontractual establecido en los artículos 1902 y siguientes del Código civil. En efecto, debe recordarse que el artículo 1964.2 del CC establece en España un plazo para reclamar los daños que se produzcan en el seno de las relaciones contractuales de 5 años, plazo bastante superior al de 1 año que introduce en el clausulado la compañía. De admitir la tesis de la existencia de un plazo de 1 año como plazo valido, se estarían dando argumentos innecesarios para catalogar jurídicamente la relación entre las partes como no contractual, cuando evidentemente, como se expuso en los primeros apartados de la presente obra, concurren en la relación jurídica, al juicio humilde el presente autor, tanto el objeto, como el consentimiento, como la causa y, por tanto, a priori, una aceptación libre, informada y no condicionada de las condiciones de uso de una red social, debe constituir la existencia de un contrato con obligaciones y derechos para ambas partes.

31 Sánchez Cano, M.J., y Romero Matute, Y.: "El régimen jurídico de las redes sociales y los retos que plantea el acceso a dichas plataformas", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, número 1, 2021, p. 1142 y siguientes.

IV. LAS REPERCUSIONES JURÍDICAS DE LA POLITICA DE PRIVACIDAD DE TWITCH

1. El responsable del tratamiento y el conjunto de derechos captados

Llegados a este punto, es el momento de analizar los aspectos principales de la política de privacidad de la plataforma, al objeto de poder puntualizar en aquellos aspectos fundamentales para el usuario que, evidentemente, cuando acepta formar parte de la relación contractual con *Twitch*, se expone a que sus datos personales sean tratados bajo una serie de condiciones que, pudieran no corresponderse con las exigencias comunitarias en materia de protección de datos, las cuales cada día son mayores[32].

Por tanto, comenzando con el análisis de la política de privacidad más reciente[33], debe aducirse que se establece en primer lugar un responsable en el tratamiento de datos, que será con carácter general *Twitch Interactive,* con domicilio en San Francisco, es decir, fuera de la Unión Europea. En estos supuestos, debe destacarse que, para cumplir con las exigencias del actual Reglamento General de Protección de Datos, resulta necesario nombrar un representante del responsable del tratamiento, que conforme al artículo 27 del citado texto legal, deberá atender los requerimientos tanto de las autoridades de control, como de los interesados sitos en la Unión. De hecho, la compañía, casi al final de su política de privacidad, cumple con esta obligación, fijando un representante sito en Reino Unido, aunque como es obvio, en la actualidad Reino Unido no forma parte de la Unión Europea y, aunque ya existe una decisión de adecuación para transferir de forma segura datos entre ambos[34], no deben obviarse el conjunto de tensiones políticas que no terminan de cesar, y amenazan con romper los diversos acuerdos comerciales descritos.

Inmediatamente después de precisar quién será el responsable del tratamiento, la compañía comienza a desgranar el conjunto de datos personales que recoge de sus usuarios, articulando el citado conjunto en una especie de sistema de 3 fuentes. En efecto, en primer lugar afirma recopilar datos que son suministrados *directamente por los usuario*s, donde se incluyen datos como la voz, el nombre, la imagen, dirección de correo electrónico, número de teléfono o tarjeta de crédito entre otros; también recopilará datos de *forma automática*, a través evidentemente

32 Polo Roca, A.: "El derecho a la protección de datos personales y su reflejo en el consentimiento del interesado", en *Revista de Derecho Político*, número 108, 2020, p.165 y siguientes.

33 La misma se encuentra fechada a 29 de septiembre de 2021. Disponible en: https://www.twitch.tv/p/es-es/legal/privacy-notice/.

34 *Commission Implementing Decision of 28.6.2021 pursuant to Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council on the adequate protection of personal data by the United Kingdom*.

de las tan temidas *cookies*[35], obteniendo información como la dirección IP de sus usuarios, información sobre el navegador que utilizan, o las páginas de las que provienen con anterioridad a visitar *Twitch*, entre otros; y en último lugar, obtienen datos personales de sus usuarios a *través de terceros*, entre los que se citan a los anunciantes, las redes sociales, a la compañía Amazon, ya que es propietaria de la misma y, como es habitual en la explicación de los datos recabados de otras fuentes, no se aportan muchos más detalles al respecto.

Otro aspecto sin duda interesante es conocer las fuentes de licitud del tratamiento que aduce utilizar la plataforma para tratar los datos de sus usuarios, ya que, si no se utilizará ninguna de las mismas, no resultaría posible tratar de forma valida ningún dato personal de sus usuarios[36]. En este sentido, resulta también habitual en plataformas similares, introducir una cláusula donde se establecen todos (o casi) de los supuestos que legitiman el tratamiento previsto en la normativa comunitaria y, en concreto *Twitch* hace referencia a: cuestiones legales; compromisos contractuales; el consentimiento del interesado y, como no, el controvertido y en ocasiones polémico, interés legítimo.

Sobre la divulgación de los datos obtenidos en virtud del sistema de 3 fuentes expuesto con anterioridad, la compañía manifiesta, como no pudiera ser de otra forma, que los mismos son divulgados a terceros, tanto a filiales como todas las que se incluyen dentro del grupo Amazon, a otra serie de proveedores de servicio sin especificar, o por cuestiones legales, cuando tenga que divulgarlos en el cumplimiento de las obligaciones legales de las normas de Estados Unidos o cualquier otra. En este sentido, debe hacerse una importante precisión, ya que, como es sabido, el sistema de transferencia internacional de los datos personales de los usuarios de la Unión con Estados Unidos, fue vetado hasta en dos ocasiones por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, debido sobre todo a la injerencia de las autoridades públicas americanas en el tratamiento de los citados datos[37], por lo que, habría que analizar con mayor detalle la base legal con la que se realicen estas transferencias, aunque como era de esperar, no se aportan mayores datos al respecto.

2. Los derechos del usuario y la conservación de sus datos personales

35 Entre otros, para observar el funcionamiento sobre todo en materia publicitaria de las *cookies*, véase la obra de Aviñó Belenguer, D.: "El uso de cookies de publicidad comportamental desde la óptica de la protección de datos", en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, número 56, 2021, p. 8 y siguientes.

36 Sempere Samaniego, F.J.: "La licitud del tratamiento. (Comentario al artículo 6 RGPD y al artículo 8 LOPDGDD y Disposición adicional duodécima LOPDGDD)", en AA.VV.: *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales* (coord. por A. Troncoso Reigada), Aranzadi, Madrid, 2021, p. 926 y siguientes.

37 Plaza Penadés, J.: "La transferencia internacional de datos personales a Estados Unidos después de la anulación del "escudo de privacidad", en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, número 54, 2020, p. 3 y siguientes.

Sin duda resulta necesario conocer el conjunto de derechos que puede ejercer el usuario de la plataforma respecto a su tratamiento de datos personales, constituyendo esta cuestión, un apartado relativamente extenso del articulado objeto de análisis. En efecto, en primer lugar, se establece que, el propio usuario podrá restringir el conjunto de datos que quiere suministrar, aunque esa negativa tiene una importante contrapartida, ya que, "en cuyo caso *Twitch* no podrá proporcionarte algunas de las características y funciones que se encuentren en lo servicios ofrecidos". En este sentido debe recordarse que compañías similares como pudiera ser *Grindr,* se encuentran bajo propuesta de sanción, en este caso de la agencia de protección de datos de Noruega, debido a que obligaba al usuario que utilizaba la versión gratuita de la aplicación, a suministrar una serie de datos bastantes superiores que al usuario de pago de la misma, entre los que se encontraba la necesidad de geolocalizar constantemente al usuario[38].

Siguiendo con el conjunto de derechos que puede ejercitar el usuario, se afirma que, si se reside en la Unión Europea, se podrán ejercitar los siguientes derechos: Acceso a los datos personales; oposición; actualización; eliminación; restricción; y la revocación del consentimiento prestado. Como se puede apreciar en la lista expuesta, parece evidente el interés de la compañía en plasmar el conjunto de derechos contenido en el RGPD, aunque como salta a la vista, no terminar de expresar los mismos con la exactitud necesaria. Ahora bien, a pesar de que no vengan expresados en identidad de términos, el usuario residente en la Unión podrá sin ningún ápice de dudas, ejercitar el conjunto de derechos previsto en la norma comunitaria.

Otra cláusula típica que acontece en el estudio de las políticas de privacidad de plataformas coma la analizada, se encuentra en el establecimiento de medidas de seguridad para salvaguardar el conjunto de datos personales de sus usuarios. En este sentido, la compañía no cita ninguna medida propia de protección como pudiera ser el cifrado de datos o la anonimización, sino que simplemente alude al establecimiento de una serie de medidas de carácter técnico para intentar garantizar que no se accede sin autorización al conjunto de los datos personales de sus usuarios. Como es sabido, *Twitch* sufrió en octubre de 2021 una importante brecha de seguridad a nivel mundial[39] y, datos como el pago a los *streamers* más populares fueron expuestos a la vista de cualquier personal, por lo que de acuerdo a lo establecido en la normativa comunitaria al respecto, pudiera haberse

38 Woojeong, J., Newman, A.: "Enforcing European Privacy Regulations from Below: Transnational Fire Alarms and the General Data Protection Regulation" en JCMS*: Journal of Common Market Studies*, número 6, 2021, p. 9 y siguientes.

39 Información recogida por el INCIBE: https://www.incibe-cert.es/alerta-temprana/bitacora-ciberseguridad/twitch-ha-confirmado-brecha-datos.

producido un daño que deba ser reparado, salvo que hubieran actuado con la máxima diligencia posible en la tarea de proteger los datos de sus usuarios[40].

Resulta necesario también cual será el plazo de conservación de los datos personales de los usuarios una vez que se produzca la cancelación de la cuenta. Pues bien, en este sentido, sorprende de nuevo la inexactitud que se encuentra en la redacción aportada por *Twitch*, ya que, no establece un periodo de tiempo como si ocurre en otros servicios similares[41], sino que simplemente se limita a afirmar que, "conserva datos relacionados con tu uso durante el tiempo necesario para conseguir los fines descritos en este aviso de privacidad". Debe recordarse al respecto, que la Agencia Española de Protección de Datos, ya ha sancionado a *Facebook*, entre otros motivos, por almacenar por un periodo de tiempo injustificado, una serie de datos personales de sus usuarios una vez que estos habían cancelado el servicio[42].

En el anterior apartado, se expuso que *Twitch* no permite la utilización del servicio por parte de menores de 13 años, por lo que en su política de privacidad se afirma no recopilar datos de menores de esa edad, afirmándose de hecho que si algún titular de la patria potestad tiene conocimiento de que se ha suscrito un contrato con alguno de estos menores, se ponga en contacto para que se proceda a la eliminación automática de los datos personales.

Como ocurría también en el conjunto de términos y condiciones analizados anteriormente, la compañía se reserva el derecho a modificar su política de privacidad en cualquier momento, sin necesidad de que los cambios se han consentidos por sus usuarios, sino que más bien se establece una suerte de consentimiento tácito, ya que, la entidad manifiesta que, "si sigues utilizando los servicios tras la publicación de cualquier cambio, te estarás vinculando a dichos

40 Cumbreras Amaro, M.: "La seguridad de los datos personales y la obligación de notificar las brechas de seguridad", en *Revista Derecho, Empresa y Sociedad*, número 16, 2020, p. 153 y siguientes.

41 En la política de privacidad de *OnlyFans,* ya citada con anterioridad en el presente trabajo, se manifiesta que conserva los datos durante un periodo de seis meses desde que se produce el cierre, aunque se admite que por el cumplimiento de obligaciones legales, el citado periodo pudiera extenderse. Además, manifiesta que cierta información financiera, sin detallar claramente a cuál hace referencia, puede ser almacenada hasta 7 años después de que se produzca el cierre de la cuenta, un periodo de tiempo excesivo, salvo que se precisara con claridad a que información hace referencia y bajo que mandato legal se produce ese almacenamiento. Ya que con anterioridad se produjo una comparación también con la red social en *Instagram,* se debe aducir que en este aspecto, su política de privacidad no es del todo clara, ya que cuando intentas localizar el periodo de conservación de los datos, te dirige a un apartado de preguntas frecuentes, donde se obtiene lo siguiente: "Es posible que guardemos copias de tu información durante 90 días en el almacenamiento de seguridad que utilizamos para poder recuperarla en caso de una catástrofe, un error de software u otros posibles acontecimientos que causen una pérdida de datos. También puede que almacenemos tu información para ciertos casos, como asuntos legales, infracción de condiciones o prevención de daños". Parece evidente que, *Instagram* pese que pertenece a una compañía que ha sido sancionada por el presente extremo, todavía no es del todo transparente en el mismo.

42 Un análisis del citado pronunciamiento puede encontrarse, entre otros, en la obra de, Carmenati González, M.: "Comunicación de la privacidad en red: una aproximación para el análisis de políticas de Google y Facebook", en *Index.comunicación: Revista científica en el ámbito de la Comunicación Aplicada*, número 3, 2017, p. 235 y siguientes.

cambios". Debe recordarse al respecto que, en la actual normativa europea de protección de datos personales, el consentimiento tácito se encuentra prohibido de forma expresa[43], por lo que, de nuevo, la citada cláusula debe ser considerada como abusiva.

También debe citarse antes de acabar el presente análisis, un aspecto del todo positivo que puede encontrarse entre la información suministrada por la compañía, ya que, en un espacio independiente a la política de privacidad, puede encontrarse un apartado titulado "Tus opciones de privacidad"[44], donde se recogen una serie de cuadros donde se explica de manera fácil y sencilla, el conjunto de pasos que debe seguir cualquier usuario si quiere realizar alguna función relativa al conjunto de datos personales que son tratados por la entidad. Al final, independientemente de la explicación más precisa o menor de estos extremos, se debe facilitar como ocurre en el presente caso, el control de los datos personales de los individuos, ya que, de otra forma, como ocurre en la inmensa mayoría de los supuestos, parece que los usuarios se desprenden de una serie de información, para dejarla de forma indefinida en un lugar intransitado para ellos.

V. NOTAS CONCLUSIVAS

Resulta necesario en este momento, apunta brevemente una serie de aspectos fundamentales sobre el análisis realizado en relación con lo que se puede llamar, el contrato de *Twitch*. De este modo, se ha defendido la existencia de una relación contractual entre los usuarios de una red social y la misma, ya que, a juicio del presente autor, a no existir un tipo específico de contrato al respecto, habrá que acudir a las normas generales sobre contratos contenidas en el Código civil español y, por tanto, se dan las notas necesarias sobre el consentimiento, objeto y causa.

Como se ha expuesto, resulta evidente que este tipo de contratos adolecen de una serie de características propias que, en ocasiones van en claro detrimento del consumidor, como ocurre en la falta de negociación evidente en el contenido del mismo, pero ello no es óbice *per se*, para no calificar a la relación contractual con el *nomen iuris* que se merece. De la lectura de los términos y condiciones de la compañía, se extrae de manera sencilla la estructura propia de un contrato de adhesión, donde se puede encontrar una serie de cláusulas que pueden considerarse como abusivas.

Destaca llamativamente de los analizados términos y condiciones que, desde el primer momento se llame a la atención al potencial usuario de la naturaleza jurídica

43 Trujillo Cabrera, C.: "Aproximación a la regulación del consentimiento en el Reglamento General de Protección de Datos", en *Anales de la Facultad de Derecho*, número 34, 2017, p. 68 y siguientes.

44 Disponible en: https://www.twitch.tv/p/es-es/legal/privacy-choices/.

del acuerdo que está aceptando, denominándolo "acuerdo legalmente vinculante", cuestión que no se suele apreciar con la misma claridad en las condiciones de otros servicios similares. Resulta también interesante la cláusula por la que se solicita supervisión paterna para que el menor de 13 a 18 años utilice los servicios de *Twitch,* ya que como se ha defendido en la presente obra, a partir de los 14 años debería poder emitirse un consentimiento valido para formar parte de la plataforma, por lo menos en España. Ahora bien, no será difícil imaginar, debido a la clara mercantilización de la compañía, supuestos donde el menor de edad realice pagos, ya no solo en concepto de suscriptor, sino también a través de los cheers, que puede que no cuenten con el permiso de los titulares de la patria potestad, originándose en ese momento conflictos jurídicos sobre la validez o no de las citadas transacciones.

Otro aspecto sin duda muy sencillo de encontrar en el examen de los términos y condiciones de las redes sociales es la exención de responsabilidades por parte de estas, ya que, de una forma un tanto extraña de explicar, entienden que son probablemente en el mundo, el único sujeto que nunca podrá causar un daño a otro, aunque sea sin intención. Las citadas cláusulas deben evidentemente entenderse por no puestas, y, de hecho, normalmente con carácter seguido a la formulación de las mismas, se suele encontrar otra donde se establece un límite económico en la posible responsabilidad por daños producida por la red social. Ahora bien, si el citado límite fija una cantidad irrisoria, como es el caso de *Twitch,* también habría que considerar como abusiva la citada cláusula, ya que, de otra forma, no se obtendría una autentica reparación del posible daño causado. También en este aspecto sorprende el establecimiento del plazo propio del sistema de responsabilidad civil extracontractual en el Código civil español, para reclamar los posibles daños causados, ya que, si se considera como sostiene la compañía, que la relación es de carácter contractual, el citado plazo debe ampliarse considerablemente, pasando de 1 a 5 años.

Sobre la política de privacidad de la compañía debe anotarse para concluir una serie de aspectos transcendentales. Así, resulta cuestionable la fijación de un representante de la compañía a efectos de la Unión Europea en el Reino Unido, a pesar de que en la actualidad existe un acuerdo para la transferencia internacional de datos entre ambos. Quizás, hubiese resultado más lógico establecerlo en otro país que formara parte de la Unión. En el mismo sentido, se desprende evidentemente que como mínimo, los datos de los usuarios de la Unión van a ser transferidos a Estados Unidos y, debe recordarse al respecto las importantes controversias jurídicas que se han producido como consecuencia de las citadas transferencias, por ello, quizás resultara necesaria una mayor precisión sobre la forma jurídica en la que se articularan las mismas.

También se hace poco hincapié en las medidas de seguridad adoptadas para proteger los datos personales de sus usuarios, conociéndose al respecto que la compañía ha sufrido una importante brecha de seguridad, donde entre otras cuestiones se ha dado a la luz, el conjunto de pagos a los creadores de contenidos. Debe recordarse que con la actual normativa europea se ha procedido a un refuerzo del deber clásico de seguridad y, se exigen una serie de garantías en relación con los episodios de brechas de seguridad que, en el caso de que no se cumplan, pueden dar lugar a una responsabilidad civil.

Tampoco se encuentra en la política de privacidad una información importante, como es la relativa al tiempo en que se conservan los datos personales de sus usuarios cuando estos cancelan su cuenta. Quizás, como mínimo en los extremos apuntados con anterioridad, resultara necesaria una reformulación de la política analizada, para evitar entre otras cuestiones, posibles sanciones económicas.

Aunque todavía puede considerarse que el auge de la compañía es relativamente reciente, no parece descabellado comenzar a pensar que en un tiempo no muy lejano, comenzarán a producirse controversias jurídicas entre los usuarios y la plataforma, resultando por ello necesario realizar el presente análisis para comprender el funcionamiento y las peculiaridades jurídicas derivadas del proceso de registros en la compañía.

BIBLIOGRAFÍA

ACEDO PENCO, Á.: *Derecho de Contratos, Cuasicontratos y Responsabilidad civil extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2019.

AMMERMAN YEBRA, J.: "El régimen de prestación del consentimiento para la intromisión en los derechos de la personalidad de los menores. Especial referencia al fenómeno del sharenting", en *Actualidad jurídica iberoamericana*, número 8, 2018.

AVIÑÓ BELENGUER, D.: "El uso de cookies de publicidad comportamental desde la óptica de la protección de datos", en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, número 56, 2021.

CARMENATI GONZÁLEZ, M.: "Comunicación de la privacidad en red: una aproximación para el análisis de políticas de Google y Facebook", en *Index. comunicación: Revista científica en el ámbito de la Comunicación Aplicada*, número 3, 2017.

CUMBRERAS AMARO, M.: "La seguridad de los datos personales y la obligación de notificar las brechas de seguridad", en *Revista Derecho, Empresa y Sociedad*, número 16, 2020.

ESPÍN ALBA, I.: "Daño moral por intromisión ilegítima en el derecho al honor como consecuencia de la inclusión indebida en registros de morosos", en *IUS: revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, número 46, 2020.

GUARDEÑO JUAN, M., y CALATAYUD REQUENA, L., "Twitch e Instagram como plataformas de aprendizaje en el ámbito universitario", en AA.VV.: *Digital media: el papel de las redes sociales en el ecosistema educomunicativo en tiempos de Covid-19*, (coord. por J. SOTELO GONZÁLEZ), McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid, 2021.

GUTIÉRREZ LOZANO, J.F., y CUARTERO, A.: "El auge de Twitch: nuevas ofertas audiovisuales y cambios del consumo televisivo entre la audiencia juvenil", en *Ámbitos: Revista internacional de comunicación*, número 50, 2020.

KING, D., DELFABBRO, P., y POTENZA, M.: "Problematic online gaming and the COVID-19 pandemic", en *Journal of Behavioral Addictions*, volumen 9, número 2, 2020.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Contratos. Principios de Derecho Civil III*, editorial Marcial Pons, 21ª edición, Madrid, 2019.

Llamas Bao, C.: "Hijos menores de edad en redes sociales: su protección al amparo de los artículos 18 y 39 de la Constitución española", en *Revista Jurídica de la Universidad de León*, número 8, 2021.

Lleixá Alsina, A.: "La economía colaborativa y el nuevo reglamento. Y mis datos, ¿qué?", en *Diario La Ley*, número 10, 2017.

Messía de la Cerda Ballesteros, J.A.: "El tratamiento de datos en redes sociales: ¿jurisprudencia vacilante o diferencia de supuestos?", en *Actualidad Civil*, número 12, 2018.

Messía de la Cerda Ballesteros, J.A.: "El tratamiento de los datos personales que el interesado hubiese hecho manifiestamente públicos. Especial atención a las Redes Sociales", en *Revista Actualidad Civil*, número 5, 2018.

Pato Pacín, M.N.: "Los contratos de redes sociales como contratos mediante condiciones generales", en AA.VV.: *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia* (coord. por M.T. Alonso Pérez), Aranzadi, Madrid, 2020.

Platero Alcón, A.: *El derecho al olvido en internet: la responsabilidad civil de los motores de búsqueda y las redes sociales: estudio doctrinal y jurisprudencial*, Dykinson, Madrid, 2021.

- "El derecho al olvido en internet: El fenómeno de los motores de búsqueda", en *Opinión jurídica*, número 29, 2016.

Plaza Penadés, J.: "La transferencia internacional de datos personales a Estados Unidos después de la anulación del "escudo de privacidad", en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, número 54, 2020.

Polo Roca, A.: "El derecho a la protección de datos personales y su reflejo en el consentimiento del interesado", en *Revista de Derecho Político*, número 108, 2020.

Rodríguez Ayuso, J.F: "La garantía de la privacidad de los menores de edad", en *Actualidad jurídica Iberoamericana*, número 13, 2020.

Rodríguez, R., y Martínez Cabezudo, F.: "Herencia digital, términos y condiciones de uso y problemas derivados de la praxis social.: Un análisis desde la filosofía del derecho", en *Revista internacional de pensamiento político*, número 12, 2017.

Rott, P.: "Data protection law as consumer law - How consumer organizations can contribute to the enforcement of data protection law", en *Journal of European Consumer and Market Law*, volumen 6, número 3, 2017.

RUBERG, B., y LARK, L.: "Livestreaming from the bedroom: Performing intimacy through domestic space on Twitch", en Convergence, volumen 27, número 3, 2020.

SÁNCHEZ CANO, M.J., y ROMERO MATUTE, Y.: "El régimen jurídico de las redes sociales y los retos que plantea el acceso a dichas plataformas", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, número 1, 2021.

SEMPERE SAMANIEGO, F.J.: "La licitud del tratamiento. (Comentario al artículo 6 RGPD y al artículo 8 LOPDGDD y Disposición adicional duodécima LOPDGDD)", en AA.VV.: *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales* (coord. por A. TRONCOSO REIGADA), Aranzadi, Madrid, 2021.

SERRANO MOLINA, A.: "Responsabilidad de los padres y tutores por actuaciones de los menores de edad en plataformas digitales y redes sociales", en AA.VV.: *Guía de mínimos necesarios para la regulación de la comunicación audiovisual en la infancia y la adolescencia* (coord. por C. Martínez García), Aranzadi, Madrid, 2021.

TORAL LARA, E.: "Menores y redes sociales: consentimiento, protección y autonomía", en *Revista Derecho Privado y Constitución*, número 36, 2020.

TRUJILLO CABRERA, C.: "Aproximación a la regulación del consentimiento en el Reglamento General de Protección de Datos", en *Anales de la Facultad de Derecho*, número 34, 2017.

WOOJEONG, J., NEWMAN, A.: "Enforcing European Privacy Regulations from Below: Transnational Fire Alarms and the General Data Protection Regulation" en JCMS*: Journal of Common Market Studies*, número 6, 2021.

LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES A LAS PREVISIONES DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/2161, DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2019

THE ADAPTATION OF THE RIGHT OF WITHDRAWAL IN CONTRACTS FOR THE SUPPLY OF DIGITAL CONTENT AND SERVICES TO THE PROVISIONS OF DIRECTIVE (EU) 2019/2161, OF NOVEMBER 27, 2019

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1210-1235

Joan Andreu
FERRER
GUARDIOLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: El presente estudio da noticia de las novedades introducidas en el régimen jurídico del derecho de desistimiento en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, celebrados a distancia o fuera del establecimiento mercantil, ya sea a cambio del pago de un precio o de la cesión de datos personales, en el TRLGDCU como consecuencia de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y (UE) 2019/2161 al ordenamiento jurídico español.

PALABRAS CLAVE: Contenidos digitales, servicios digitales, datos personales, derecho de desistimiento.

ABSTRACT: *This study reports on the new features introduced in the legal regimen of the right of withdrawal in contracts for the supply of digital content and services, performed at distance and outside the commercial establishment, either in exchange for the payment of a price or the transfer of personal data, in the TRLGDCU as a result of the transposition of Directives (EU) 2019/770 and (EU) 2019/2161 into the Spanish legal system.*

KEY WORDS: *Digital content, digital services, personal data, right of withdrawal.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. EL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS A DISTANCIA O FUERA DEL ESTABLECIMIENTO MERCANTIL. 1. Los contratos celebrados a distancia. 2. Los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil. III. LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES. 1. El contrato de suministro de contenidos digitales. 2. El contrato de suministro de servicios digitales. 3. A modo de recapitulación. IV. LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO. V. LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO A LAS PREVISIONES DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/2161. 1. Plazo para desistir. 2. Determinación del dies a quo. 3. Excepciones al derecho de desistimiento. En especial, los contratos de prestación de servicios y de suministro de contenidos digitales que no se presten en soporte material. 4. Obligaciones de las partes en caso de desistimiento. VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, los datos personales han adquirido una gran relevancia en el tráfico jurídico-económico. Hoy en día, a menudo, los contenidos digitales y los servicios digitales se suministran con arreglo a contratos en los que el consumidor no paga un precio, sino que proporciona ciertos datos personales al comerciante.

Este hecho exigía que el régimen jurídico del derecho de desistimiento, en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, celebrados a distancia o fuera del establecimiento mercantil, previsto en el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (en lo sucesivo, TRLGDCU), fuera revisado para, así, adaptarlo a esta nueva realidad.

Los cambios en el régimen jurídico actual del derecho de desistimiento responden a una doble reforma legislativa del TRLGDCU.

La primera de ellas tuvo lugar a través del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea (en adelante, Real Decreto-ley 7/2021)[1]. Tal y como se desprende de su Exposición de Motivos, la reforma obedece a la necesidad de transponer la Directiva (UE) 2019/770, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios

1 En las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores.

• Joan Andreu Ferrer Guardiola
Becario FPI. Universidad de las Illes Balears
joan.ferrer@uib.es

digitales [en adelante, Directiva (UE) 2019/770][2], cuyas normas no empezarán a aplicarse hasta el 1 de enero de 2022[3].

La segunda, de mayor enjundia en el ámbito del derecho de desistimiento que la primera, tuvo lugar recientemente, en virtud del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea[4] (en adelante, Real Decreto-ley 24/2021), por el que se incorpora la Directiva (UE) 2019/2161, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE, del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión [en lo sucesivo, Directiva (UE) 2019/2161]. Ahora bien, sus normas de transposición no se aplicarán hasta el 28 de mayo de 2022[5].

Dicho cuanto antecede, a través de las páginas que siguen se pretende exponer los aspectos más relevantes introducidos en el régimen jurídico del derecho de desistimiento, en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, celebrados a distancia o fuera del establecimiento mercantil. En particular, por una parte, veremos que, a pesar de no estar aún en vigor, se ha ampliado su ámbito de aplicación para abarcar contratos que, hasta el momento, carecían de previsión en el TRLGDCU. Y, por otra parte, se han introducido ciertas novedades en relación con las excepciones a su ejercicio.

II. EL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS A DISTANCIA O FUERA DEL ESTABLECIMIENTO MERCANTIL

De acuerdo con el art. 68.1 del TRLGDCU, el derecho de desistimiento concede la facultad al consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándoselo así a la otra parte contratante, en el plazo establecido

2 Junto a la incorporación de su directiva complementaria, la Directiva (UE) 2019/771, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE.

3 Tal y como establece la Disposición final octava, apartado d), del Real Decreto-ley 7/2021, en concordancia con lo previsto en el art. 24.2 de la Directiva (UE) 2019/770.

4 En las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes.

5 Disposición final décima del Real Decreto-ley 24/2021, en consonancia con lo previsto en el art. 7.1 de la Directiva (UE) 2019/2161.

para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización alguna[6].

De este modo, la consecuencia inmediata del ejercicio del derecho de desistimiento consiste en la extinción de las obligaciones de las partes y, consiguientemente, el deber de restitución recíproco de las prestaciones, como consecuencia de la ineficacia sobrevenida del contrato[7].

El régimen jurídico actual del derecho de desistimiento trae causa de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. En virtud de la antedicha ley, se transpuso al ordenamiento jurídico español la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los derechos de los consumidores (en lo sucesivo, Directiva 2011/83)[8].

A través de la anterior reforma legislativa, se modificó la regulación del derecho de desistimiento, en relación con los contratos celebrados a distancia o fuera

6 En palabras de Klein, M.: *El desistimiento unilateral del contrato*, Civitas, Madrid, 1997, el desistimiento "concede al consumidor una facultad de desligarse *ad nutum*, es decir, sin justa causa, del compromiso contraído" (p. 258). Para Llorente San Segundo, I.: "La adaptación de la normativa reguladora del derecho de desistimiento a las exigencias de la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores", *Cuadernos de Derecho transnacional,* 2013, Vol. 5, N.º 2, pp. 371 a 397, el reconocimiento del derecho de desistimiento se constituye como una "excepción al principio "pacta sunt servanda"." (p. 372). En sentido parecido Eidenmüller, H., *et. al.*: "Hacia una revisión del *acquis* de consumo", en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un Derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*; Dir. Sergio Cámara Lapuente, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 107 a 162: "[…] los derechos de desistimiento implican un importante debilitamiento del principio fundamental del *pacta sunt servanda* […]" (p. 128). Apunta Diéguez Oliva, R.: "El derecho de desistimiento en el marco común de referencia", *InDret*, 2/2009: "[…] la naturaleza jurídica del derecho de desistimiento responde a la categoría de los derechos potestativos, entendidos […], como aquellos que confieren a su titular un poder jurídico, en virtud del cual el nacimiento o establecimiento de una relación jurídica, la determinación de su contenido, así como su modificación o rescisión depende únicamente de la voluntad de su titular, manifestada mediante una declaración de voluntad recepticia, sometida a plazo de caducidad".

7 En este sentido se pronunció la STS 14 abril 2021 (RJ 2021,1707). Y, anteriormente, la STJUE 27 marzo 2019, asunto C-681/17 (TJCE 2019,60): "[…] el ejercicio del derecho de desistimiento extingue las obligaciones de las partes de ejecutar el contrato a distancia." Como apunta Díez-Picazo, L.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial, II. Las relaciones obligatorias*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1993, p. 891: "En determinados casos, la ley concede una facultad a una de las partes o a ambas, que les permite poner fin a la relación obligatoria existente, mediante un acto enteramente libre y voluntario, que no tiene que fundarse en ninguna causa especial." Para Álvarez Lata, N.: "Comentario al artículo 110", en *Comentario al Texto refundido de la Ley general para defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 1367-1403, que sea un desistimiento libre "no significa que sea ilimitado: como el ejercicio de todo derecho tiene sus límites en las exigencias de la buena fe y en la interdicción del abuso del derecho." (p. 1372). Para Suárez Vázquez, C.: "Algunos aspectos relevantes sobre la facultad de desistimiento en la contratación electrónica a distancia. Comentario jurisprudencial", *Revista jurídica sobre consumidores y usuarios*, 2018, N.º 3: "Estamos aquí, por tanto, en presencia de una verdadera facultad exorbitante en manos del consumidor […] que no encuentra en su ejercicio otros límites más allá del plazo."

8 Por la que se modifican la Directiva 83/12/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE, del Consejo y la Directiva 97/7/CE, del Parlamento y del Consejo.

del establecimiento mercantil, dándose nueva redacción a los arts. 102 a 108 del TRLGDCU.

De modo que, el TRLGDCU, no reconoce al consumidor la facultad de desistir en cualquier contrato de suministro de contenidos o servicios digitales. Únicamente, a aquellos que hayan sido celebrados a distancia o fuera del establecimiento mercantil.

El fundamento de circunscribir el ejercicio del derecho de desistimiento a tales contratos reside, como apunta el Considerando 37 de la Directiva 2011/83, en que, en este tipo de ventas, el consumidor no puede ver los bienes antes de celebrar el contrato o puede haber un elemento sorpresa o de presión psicológica[9].

La STJUE 23 enero 2019 declaró que:

"[…] El derecho de desistimiento tiene por objeto proteger al consumidor en la situación concreta de una venta a distancia, en la que no tiene la posibilidad real de ver el producto o de conocer las características del servicio antes de la celebración del contrato. Por tanto, se considera que el derecho de desistimiento compensa la desventaja resultante para el consumidor de un contrato a distancia, […]"[10]

1. Los contratos celebrados a distancia

Ex art. 92.1 del TRLGDCU, un contrato a distancia es aquél celebrado "en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuario, y en el que se hayan utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento de la celebración del contrato y en la propia celebración del mismo."

9 Suárez Vázquez, C.: "Algunos aspectos …", *op. cit.*, señala que el fundamento de la facultad de desistir radica en que "[…] el precio siempre es cierto, pero los bienes y servicios requieren de una percepción en muchos casos incompatible con la distancia física o temporal."

10 STJUE 23 enero 2019, asunto C-430/17 (TJCE 2019,9). En ese mismo sentido se pronunció la STS 14 abril 2021. *Vid.* Díaz Alabart, S. y Álvarez Moreno, Mª. T.: "Artículo 16. Excepciones al derecho de desistimiento", en *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU)*, Dir. Silvia Díaz Alabart, Reus, Madrid, 2014, pp. 409 a 426, el consumidor puede que no haya examinado el bien o que no haya reflexionar lo suficiente, por ello, "la regla general es la existencia del derecho a desistir como medio de compensar los inconvenientes que dichas características puedan haber provocado para los intereses del consumidor." (p. 411). O, Cámara Lapuente, S.: "Una prospectiva crítica sobre el régimen de los contratos de suministro de contenidos digitales", en *Derecho digital: retos y cuestiones actuales*, Coord. María de los Ángeles Fernández Scagliusi, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 20 a 55: "El diseño legal del desistimiento del contrato sobre contenidos digitales, […] parte de la premisa de que el consumidor carece del derecho de probar (acceder a) el contenido digital antes de desistir, […]" (p. 32). Este mismo autor, en "La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo", *Revista CESCO de Derecho de consumo,* 2014, N.º 11, pp. 79 a 167 considera que "[…] el desistimiento pretende dejar al consumidor en la misma situación que si hubiese adquirido el producto en un establecimiento comercial físico y tradicional […]" (p. 150).

De este modo, es necesario que el contrato celebrado se inserte, por una parte, dentro de un "sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia"[11], incluidos aquellos sistemas ofrecidos por un tercero distinto del comerciante, pero utilizado por éste, como una plataforma en línea[12]. Y, por otra parte, que tanto la negociación como la conclusión del contrato se realicen a través de técnicas de comunicación a distancia, como puede ser el correo postal, Internet, el teléfono o el fax (art. 92.1, apartado 2 del TRLGDCU).

Asimismo, tendrán la consideración de "contrato celebrado a distancia" aquellas situaciones en las que el consumidor únicamente visite el establecimiento mercantil de la empresa con el propósito de recabar información sobre los bienes o los servicios, y la negociación y subsiguiente celebración del contrato tenga lugar a distancia[13].

2. Los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil

Los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil[14], ex art. 92.2 del TRLGDCU, comprenden aquellos celebrados con la presencia física simultánea del empresario y del consumidor, en un lugar distinto al establecimiento mercantil; los que el consumidor y usuario ha realizado una oferta en un lugar distinto al establecimiento mercantil del empresario; los celebrados en el establecimiento mercantil del empresario mediante el uso de cualquier medio de comunicación a distancia inmediatamente después de que haya existido contacto personal e individual con el consumidor en un lugar que no sea el establecimiento mercantil del empresario, con la presencia física simultánea del empresario y el consumidor y usuario. Y, finalmente, los celebrados durante una excursión organizada por el empresario con el fin de promocionar y vender productos o servicios al consumidor y usuario.

11 Ello supone, en palabras de Miranda Serrano, L. M.: "El derecho de desistimiento en los contratos de consumo sobre contenidos digitales", *La Ley Mercantil*, 2021, n.º 76, que el negocio forme parte "[…] de una organización creada *ad hoc* con vistas a la distribución comercial de bienes o servicios en el mercado a través de técnicas de comunicación a distancia." (p. 5).

12 No obstante, tal y como recoge el Considerando 20 de la Directiva 2011/83, "[…] no debe incluir los casos en los que las páginas web ofrecen información solamente sobre el comerciante, sus bienes o servicios y sus datos de contacto."

13 De ahí que no reciban la consideración de "contrato celebrado a distancia" aquellos que se negocien en el establecimiento mercantil del comerciante y acaben celebrándose a través de un medio de telecomunicación. E, igualmente, aquellos contratos que se inicien utilizando un medio de comunicación a distancia, pero acaben celebrándose en el establecimiento mercantil del comerciante, como declara el Considerado 20 de la Directiva 2011/83.

14 Entendiendo por establecimiento mercantil "Toda instalación inmueble de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma permanente; o toda instalación móvil de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma habitual" (art. 92 bis, apartado k) del TRLGDCU y Considerando 22 de la Directiva 2011/83).

III. LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES

Hasta la aprobación y transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/2161, uno de los aspectos más controvertidos fue el de determinar qué contratos quedaban sometidos al ámbito de aplicación de la Directiva 2011/83 y, por ende, al TRLGDCU.

1. El contrato de suministro de contenidos digitales

El concepto de "contenido digital" fue introducido en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 3/2014 -que, recordemos, transpuso la Directiva 2011/83-. Esta última norma definió el "contenido digital" como los datos producidos y suministrados en formato digital. Posteriormente, la anterior definición se reprodujo en el antiguo art. 59 bis.1, apartado i) del TRLGDCU.

Más tarde, la Directiva (UE) 2019/770 mantuvo ese mismo concepto de "contenido digital", y facilitó ciertos ejemplos al respecto en su Considerando 19. Tales como: programas informáticos, aplicaciones, archivos de vídeo, de audio y de música, juegos digitales, libros electrónicos u otras publicaciones electrónicas.[15]

Ahora, la definición de "contenido digital" la encontramos en el art. 59 bis. 1, apartado d), del TRLGDCU.

Empero, tal y como diferenció la Directiva 2011/83, cabe la posibilidad de que los contenidos digitales sean suministrados a través de un soporte material u "on line".

No disponemos de una definición acerca de qué debe entenderse por soporte material[16]. No obstante, la Directiva 2011/83 y la Directiva (UE) 2019/770 nos ofrecen algunos ejemplos, como puede ser un CD, un DVD o las memorias USB y las tarjetas de memoria[17].

15 STJUE 8 octubre 2020, asunto C-641/19 (TJCE 2020,216), no constituye un suministro de contenido digital "[…] la elaboración, por un sitio de Internet dedicado a la búsqueda de pareja, de un informe de evaluación de la personalidad sobre la base de un test de personalidad realizado por dicho sitio […]."

16 Debemos diferenciar entre "soporte material" y "soporte duradero". La Directiva 2011/83 ya recogió una definición de este último, en el apartado décimo del art. 2: "todo instrumento que permita al consumidor o al comerciante almacenar información que se le transmita personalmente de forma que en el futuro pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo acorde con los fines de dicha información y que permita la reproducción de la información almacenada sin cambios". La anterior definición la conservó la Directiva (UE) 2019/770, en su art. 2, apartado 13 y, en similares términos, aparece recogida en el art. 59 bis. 1, apartado q), del TRLGDCU, señalando dicho precepto que, tendrán la consideración de "soporte duradero" el papel, las memorias USB, los CD-ROM, los DVD, las tarjetas de memoria o los discos duros de ordenador, los correos electrónicos, así como los mensajes SMS.

17 Considerandos 19 y 20 de las Directivas 2011/83 y (UE) 2019/770, respectivamente.

Por su parte, el suministro sin soporte material incluye la descarga por los consumidores en sus dispositivos, la transmisión a través de la web, el permiso para acceder a capacidades de almacenamiento de contenidos digitales o el acceso al uso de redes sociales[18].

Admitido el contrato de suministro de contenido digital, ya fuere a través de un soporte material o no, la controversia surgía a la hora de determinar si era posible su suministro, no sólo a cambio del pago de un precio, sino, y por lo que aquí interesa, a cambio de la cesión de determinados datos personales.

La Directiva 2011/83 se refirió al "contrato de venta" como todo contrato en virtud del cual el comerciante transfiera o se comprometa a transferir a un consumidor la propiedad de ciertos bienes y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio. Y, al "contrato de servicios", como todo contrato, con excepción de un contrato de venta, en virtud del cual el comerciante provee o se compromete a proveer un servicio al consumidor y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio[19].

De ambas definiciones se desprende como requisito esencial el pago de un precio. No obstante, la interpretación del Considerando 19 de la Directiva 2011/83 permitía entrever otra cosa, en relación con los contratos de suministro de contenidos digitales.

Conforme a dicho considerando, "Si un contenido digital se suministra a través de un soporte material como un CD o un DVD, debe considerarse un bien a efectos de la presente Directiva. […] los contratos sobre contenido digital "que no se suministre en un soporte material", no deben ser calificados a efectos de la presente Directiva como contratos de venta ni como contratos de servicios."[20]

Obsérvese, que cuando el anterior considerando se refiere a la imposibilidad de calificarlos como contratos de venta o contratos de servicios alude, exclusivamente, a los contratos sobre contenidos digitales que no se suministren en un soporte material.

En un primer momento, la Guía orientativa acerca de la aplicación de la Directiva 2011/83, aprobada por la Comisión Europea, en junio de 2014, determinó que "[…] de acuerdo con la distinción realizada en el considerando 19, los contratos

18 Considerando 19 de la Directiva (UE) 2019/770.

19 Art. 2, apartados 5 y 6, respectivamente.

20 El entrecomillado es nuestro.

para contenidos digitales en línea están sujetos a la Directiva si no implican el pago de un precio por parte del consumidor."[21]

¿Y si en vez de datos personales, implicaban el pago de un precio los contratos de suministro contenidos digitales en línea?

La Comisión Europea al utilizar la expresión "si no implican el pago de un precio" parece circunscribir dichos contratos a la facilitación de datos personales. No obstante, en esa misma Guía continuó diciendo "[…] la directiva [la Directiva 2011/83] no contempla ninguna disposición por la que los contratos para contenidos digitales en línea estén sujetos a un requisito similar de que el consumidor tenga que pagar un precio."

De modo que, a sensu contrario, si el pago del precio no es un requisito, parece que, además del suministro de contenido digital sin soporte material a cambio de la cesión de datos personales, cabía también la posibilidad de su suministro a cambio de una contraprestación dineraria. No obstante, este último extremo no quedó definitivamente claro hasta la aprobación de la Directiva (UE) 2019/770[22].

Pero ¿qué sucede con los contratos de contenido digital, suministrados a través de un soporte material, en los que el consumidor no abona un precio, sino datos personales? La Directiva 2011/83 no decía nada al respecto.

Para abordar la validez o no de los contratos de contenidos digitales, suministrados a través de un soporte material y a cambio de la cesión de datos personales, debemos acudir al Informe de la Comisión al Parlamento Europeo

21 Documento de orientación de la DG Justicia de junio de 2014, relativo a la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, p. 72.

22 Para Cámara Lapuente, S.: "Una prospectiva …", *op. cit.* pp. 50 y 51: "En la interpretación más adecuada de estos textos [la Directiva 2011/83 y el TRLGDCU] cabe defender que la protección dispensada en esas normas (información y desistimiento) incluye los contratos gratuitos sobre contenidos digitales; dado que el considerando 19 de la Directiva prohíbe calificar los contratos sobre contenidos digitales [que no se suministren en un soporte material, dice dicho considerando] como contratos de venta o de servicios a los efectos de sus nuevas reglas y dado que las definiciones legales de ambos contratos incluyen el pago de un "precio", la consecuencia parece clara: al no poderse calificar los contratos de suministro digital dentro de esos dos tipos y no existir una definición legal que imponga la onerosidad o el requisito del precio como necesario para tales contratos de suministro digital, también los gratuitos estarán incluidos en el ámbito de aplicación de la norma. […] con más razón lo estarán aquellos en que existe una contraprestación no dineraria en forma de datos por parte del consumidor." Y, en términos parecidos, *Vid.* Miranda Serrano, L. M.: "El derecho …", *op. cit.* pp. 12 y 13: "[…] de él [del considerando 19 de la Directiva 2011/83] se infiere con meridiana claridad que los contratos sobre contenidos digitales no pueden calificarse como prestación de servicios ni como compraventa de bienes. Pues bien, si a ese dato (sin duda, relevante) unimos el hecho (no menos importante) de que las definiciones legales de los contratos de prestación de servicios y venta de bienes que ofrece la Directiva 2011/83 incluye el precio como elemento esencial de dichos contratos […] todo parece apuntar a la admisión de los contratos gratuitos sobre contenidos digitales."

y al Consejo, de 23 de mayo de 2017[23]. En dicho informe, la Comisión expone que "[…] estudiando, a reserva de una evaluación de impacto, la posibilidad de introducir modificaciones específicas en la Directiva [la Directiva 2011/83] relativas a: […] Esta modificación pretende aclarar que la Directiva se aplica también a los contratos de suministro de contenidos digitales que no se prestan a cambio del pago de un precio."

La Comisión, a través de una posible modificación, pretende "aclarar", es decir, despejar cualquier duda que pudiera existir acerca de la sumisión de los contratos de contenidos digitales, suministrados a través de un soporte material, que no se prestan a cambio del pago de un precio, sino de la cesión de datos personales, a la Directiva 2011/83.

Un hecho que puede corroborar que, efectivamente, dichos contratos ya estaban sometidos a su ámbito de aplicación, es que la Directiva (UE) 2019/2161, al introducir el apartado 1 bis, en el art. 3 de la Directiva 2011/83 no se refiere a tales contratos, sino que amplia el ámbito de aplicación de esta última norma a "cuando el comerciante suministre o se comprometa a suministrar contenido digital que no se preste en un soporte material o un servicio digital al consumidor, y el consumidor facilite o se comprometa a facilitar datos personales al comerciante […]".

Como puede observarse, no hace referencia a la posibilidad de que el comerciante suministre o se comprometa a suministrar contenido digital en un soporte material, y el consumidor facilite o se comprometa a facilitar datos personales al comerciante.

Puede que el legislador europeo los haya omitido de forma expresa. Hecho que permitiría confirmar que, efectivamente, dichos contratos estaban ya sometidos a la Directiva. Pero podría tratarse también de un error, cuya inobservancia se solventará a partir del 1 de enero de 2022, momento en el cual las normas de transposición de la Directiva (UE) 2019/770 entrarían en vigor, y cuyo ámbito de aplicación despeja cualquier duda al respecto.

Así, conforme a su art. 3.1, quedarán bajo su ámbito de aplicación todo contrato en virtud del cual el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y éste paga o se compromete a pagar un precio y/o facilita o se compromete a facilitar datos personales al empresario[24].

23 Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 23 de mayo de 2017, COM(2017) 259 final, sobre la aplicación de la Directiva 2011/83/UE, p. 11.

24 Decimos "y/o", puesto que el Considerando 67 de la Directiva (UE) 2019/770 así lo recoge: "En los casos en que el consumidor pague un precio y facilite datos personales […]"

2. El contrato de suministro de servicios digitales

Por su parte, tanto la referencia a la expresión "servicio digital", como su definición, constituyen una de las novedades introducidas en virtud del Real Decreto-ley 7/2021, recogiendo el legislador español el concepto de "servicio digital", en su art. 59 bis. 1, apartado o), del TRLGDCU, en los mismos términos dados por la Directiva (UE) 2019/770[25].

De este modo, el "servicio digital" es aquél "que permite al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital" y "compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos". Y, de nuevo, la Directiva (UE) 2019/770 ofrece en su Considerando 20 una serie de ejemplos de servicios digitales, como son "aquellos que permitan la creación, el tratamiento, el acceso o el almacenamiento de datos en formato digital, incluido el programa (software) como servicio, tales como el intercambio de vídeo y audio y otro tipo de alojamiento de archivos, tratamiento de textos o los juegos que se ofrezcan en el entorno de computación en nube y las redes sociales."

Ciertamente, la expresión "servicio digital" no constaba anteriormente en el TRLGDCU, ni en la Directiva 2011/83. Ello podía generar la duda de si dichos contratos quedaban bajo el ámbito de aplicación de la ley tuitiva, incluido el derecho de desistimiento y sus excepciones. No obstante, el Considerando 31 de la Directiva (UE) 2019/2161 declara que: "Dicha Directiva [la Directiva 2011/83/UE] sólo se aplica a los contratos de servicios, incluidos los contratos de servicios digitales […]"[26].

Por lo tanto, parece que cuando el apartado 6, del art. 2 de la Directiva 2011/83 definía el contrato de servicios, debían entenderse incluidos los servicios digitales. Ahora bien, sólo aquellos suministrados a cambio del pago de un precio por parte del consumidor, y no de la cesión de determinados datos personales.

25 Apartados a) y b), del art. 2.2 de la Directiva (UE) 2019/770.

26 Y, anteriormente, lo puso de manifiesto la Comisión Europea en su informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2011/83/UE, de 23 de mayo de 2017, COM(2017) 259 final. Yanguas Gómez, R.: "El principio de conformidad y su aplicación a los contenidos digitales", en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un Derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*; Dir. Sergio Cámara Lapuente, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 471 a 507, pone de manifiesto que "[…] los estudios preparatorios de la norma abogaron inicialmente por el establecimiento de una línea divisoria entre "bienes digitales" y "servicios digitales", […] Sin embargo, […] abandonaron por completo dicha pretensión en la versión final […] Y es que resulta difícil definir *ab initio* cuándo nos situamos ante un bien y cuando ante un servicio […]" (p. 474).

3. A modo de recapitulación

Lo dicho hasta aquí no es baladí. Recordemos que el régimen jurídico vigente del derecho de desistimiento proviene de la transposición de la Directiva 2011/83 y sólo cabe en relación con los contratos en ella recogidos. Éstos son, según lo visto anteriormente, los contratos de suministro de contenidos digitales, con soporte material o en línea, a cambio del pago de un precio o de datos personales, y los contratos de suministro de servicios, incluidos los servicios digitales, a cambio del pago de un precio.

Por lo tanto, los contratos de suministro de servicios digitales a cambio de la cesión de determinados datos personales no quedan sometidos a su ámbito de aplicación y, por ende, tampoco al del TRLGDCU. Este extremo lo confirma el Considerando 31 de la Directiva (UE) 2019/2161: "En consecuencia, dicha Directiva [la Directiva 2011/83] no se aplica a los contratos de servicios en los que el consumidor proporciona datos personales al comerciante sin pagar un precio."

De ahí, que uno de los objetivos de la Directiva (UE) 2019/2161 sea el de garantizar la coherencia entre el ámbito de aplicación de la Directiva 2011/83 y la Directiva (UE) 2019/770, que se aplica a los contratos de suministro de contenidos digitales y servicios digitales en virtud de los cuales el consumidor proporciona o se compromete a proporcionar datos personales al comerciante[27].

Consecuentemente, los consumidores que celebren este tipo de contratos carecerían, en principio, de la potestad para ejercitar su derecho de desistimiento. Aunque, como ya hemos apuntado, esta situación cambiará a partir del 1 de enero de 2022.

IV. LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

El 28 de abril de 2021 se publicó en el BOE el Real Decreto-ley 7/2021, por el que se modificó el TRLGDCU con ocasión de transponer la Directiva (UE) 2019/770.

El propio cuerpo de la Directiva (UE) 2019/770 no regula el ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, ya sea a cambio del pago de un precio o de la cesión de determinados

27 Así lo recoge el Considerando 32 de la Directiva (UE) 2019/2161. Por consiguiente, como establece su Considerando 33, "la Directiva 2011/83/UE debe ampliarse para abarcar los contratos con arreglo a los cuales el comerciante suministre o se comprometa a suministrar un servicio digital al consumidor, y este facilita o se comprometa a facilitar datos personales. De manera similar a los contratos de suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material, la Directiva debe aplicarse siempre que el consumidor proporcione o se comprometa a proporcionar datos personales al comerciante […]".

datos personales[28]. Sino que, en virtud de su Considerando 20, nos remite a la Directiva 2011/83.

Es la Directiva (UE) 2019/2161 la encargada de adaptar el ejercicio del derecho de desistimiento en aquellos contratos en los que la contraprestación consiste en la cesión de datos personales y que, como veremos, introduce novedades a tener en cuenta en el régimen de las excepciones.

No obstante, el legislador español, a través del Real Decreto-ley 7/2021 amplio el ámbito de aplicación del derecho de desistimiento.

En concreto, introdujo un apartado cuarto al art. 59 del TRLGDCU del siguiente tenor: "El ámbito de aplicación de este Libro también abarcará los contratos en virtud de los cuales el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor o usuario y éste facilita o se compromete a facilitar datos personales […]".

El Libro segundo del TRLGDCU -que lleva por rúbrica "Contratos y garantías"- regula en su seno tanto el régimen general del derecho de desistimiento (Título I, Capítulo II); el previsto para los contratos celebrados a distancia o fuera del establecimiento mercantil (Título I, Capítulo III), como sus excepciones (art. 103).

Ello quiere decir que, a partir del 1 de enero de 2022, los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, ya sea a cambio del pago de un precio o de la facilitación de determinados personales, celebrados a distancia o fuera del establecimiento mercantil, quedarán sometidos al régimen del derecho de información precontractual y de desistimiento del TRLGDCU[29].

Cabe señalar que la Directiva (UE) 2019/770 no utiliza la expresión "contraprestación" a lo largo de su articulado para referirse a los datos personales. Sí que lo hace, en cambio, el nuevo art. 119 ter del TRLGDCU y, anteriormente, la Propuesta de Directiva COM(2015) 634 final, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales.

Sea a cambio del pago de un precio o a cambio de la cesión de determinados datos personales, el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales será

28 Decimos determinados datos personales puesto que, conforme a su art. 3.1, no cabrá el suministro cuando "los datos personales facilitados por el consumidor sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales con arreglo a la presente Directiva o para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que está sujeto, y el empresario no trate esos datos para ningún otro fin."

29 Así lo pone de manifiesto Cámara Lapuente, S.: "Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (la transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771)", *Diario La Ley,* 2021, N.º 9881: "Y ello con independencia de cuándo se transponga la Directiva 2019/2161 […]"

de carácter oneroso[30], y ello a pesar de que los consumidores, al desconocer la importancia que tienen sus datos personales para los empresarios[31], puedan llegar a pensar que están ante un contrato de carácter gratuito.

V. LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO A LAS PREVISIONES DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/2161

Como ya hemos mencionado, las normas de transposición de la Directiva (UE) 2019/770, que amplían el ámbito de aplicación del derecho de desistimiento a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, ya sea a cambio del pago de un precio o de la cesión de determinados datos personales, no entrarán en vigor hasta el 1 de enero de 2022.

Y, por su parte, la Directiva (UE) 2019/2161 y las disposiciones que la transponen, a través del Real Decreto-ley 24/2021, no empezarán a aplicarse sino a partir del 28 de mayo de 2022.

Este panorama exige prestar atención al momento en que se celebra el contrato. Conforme al régimen vigente, parece que no cabe el derecho de desistimiento en los contratos de prestación de servicios a cambio de la cesión de determinados datos personales. Sí que será posible, no obstante, a partir del 1 de enero de 2022. Sin embargo, a partir del 28 de mayo de 2022 habrá que tener en cuenta ciertas precisiones en relación con las excepciones al derecho de desistimiento. En especial, las recogidas en las letras a) y m) del art. 103 del TRLGDCU, relativas a los contratos de suministro de servicios y de contenidos digitales sin soporte material, respectivamente.

1. Plazo para desistir

Como destaca la STS 24 marzo 2021, "La efectividad del derecho de desistimiento depende de la información que disponga el consumidor sobre su existencia y contenido."[32] Por tanto, deber de información y ejercicio del derecho de desistimiento están íntimamente conectados.

30 Díez-Picazo, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, I. Introducción a la teoría del contrato,* 5ª edición, Civitas, Madrid, 1996, p. 82: "el acto es oneroso cuando impone sacrificios a ambas partes y, por la misma razón, ambas partes obtienen ventajas del acto. […] se puede decir que en los negocios gratuitos hay una sola atribución patrimonial y un solo desplazamiento, mientras que en los onerosos hay dos atribuciones y dos desplazamientos en sentido recíproco e inverso".

31 En relación con los datos personales, *Vid*. Martínez Velencoso, L. M. y Sancho López, M.: "El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?", *InDret* ,1/2018: "los datos personales se han convertido en un activo patrimonial de gran valor económico en el mercado". No obstante, los consumidores no son conscientes de que "ya no somos meros consumidores pasivos, sino que, a través de una pérdida considerable de nuestra privacidad, nos hemos convertido en parte del producto cuya ganancia, sin embargo, no percibimos" (p. 20).

32 STS 24 marzo 2021 (RJ 2021,1337).

Pese a que se ha dado nueva redacción al art. 97 -"Información precontractual de los contratos a distancia y los celebrados fuera del establecimiento mercantil"-, el contenido de este deber no ha sufrido modificación.

Ahora, el deber de informar acerca del derecho de desistimiento, las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercer ese derecho, así como el modelo de formulario, se trasladan a la letra j), del apartado primero[33]. Por su parte, la obligación de informar acerca de las excepciones del art. 103 y las circunstancias en las que lo perderá cuando sí le corresponda, se prevé en la letra m).

El plazo para su ejercicio se mantiene. De modo que, salvo las excepciones previstas en el art. 103 del TRLGDCU, el consumidor tendrá derecho a desistir del contrato durante un período de 14 días naturales (art. 102.1 del TRLGDCU).

Por el contrario, sí que se ha ampliado el plazo de desistimiento, de 14 a 30 días naturales, en "los contratos celebrados en el contexto de visitas no solicitadas efectuadas por el empresario en el domicilio del consumidor o usuario o de excursiones por el empresario con el objetivo o efecto de promocionar o vender bienes o servicio" (art. 102.1, apartado segundo del TRLGDCU).

Estas comercializaciones, como señala el Considerando 54 de la Directiva (UE) 2019/2161 "pueden colocar a los consumidores bajo presión para que efectúen compras de bienes o servicios que, de otro modo, no adquirirían, o compras a precios excesivos que a menudo conllevan un pago inmediato […]"[34].

El legislador español, para llevar a cabo dicha ampliación, se ha servido de la facultad que le otorga el nuevo art. 9.1 bis de la Directiva 2011/83[35]. Por lo tanto, a partir del 28 de mayo de 2022, los consumidores que celebren contratos en el contexto de visitas no solicitadas efectuadas por el comerciante en el domicilio de los consumidores o de excursiones organizadas por el comerciante, verán incrementado el plazo de ejercicio de su derecho de desistimiento de 14 a 30 días naturales.

33 Se añade, en relación con el deber de información precontractual del art. 97.1 la precisión de que el empresario, a la hora de ofrecer dicha información, además de que sea clara y compresible, preste especial atención en caso de tratarse de personas consumidoras vulnerables, "a las que se les facilitará en formatos adecuados, accesibles y comprensibles [la información]".

34 Continúa diciendo que: "[…] Tales prácticas se dirigen a menudo a personas de edad avanzada u otros consumidores vulnerables."

35 Dicho precepto prevé que: "Los Estados miembros podrán adoptar normas con arreglo a las cuales el plazo de desistimiento de catorce días a que se refiere el apartado 1 se amplíe a treinta días en el caso de los contratos celebrados en el contexto de visitas no solicitadas efectuadas por comerciantes al domicilio de los consumidores o de excursiones organizadas por comerciantes con el objetivo o el efecto de promocionar o vender productos a los consumidores para proteger los intereses legítimos de los consumidores en lo que atañe a ciertas prácticas de comercialización o ventas agresivas o engañosas. Tales normas serán proporcionadas y no discriminatorias, y estarán justificadas por razones de protección de los consumidores."

La ampliación del plazo para desistir que establecía -y establece- el art. 105 del TRLGDCU, en caso de que el empresario haya omitido su deber de información acerca del derecho de desistimiento (previsto en el nuevo art. 97.1 j) del TRLGDCU), no ha sufrido modificación. Ahora bien, sí que se ha adaptado al incremento del plazo de 14 a 30 días naturales en los casos arriba apuntados[36].

Así, si el empresario no ha facilitado al consumidor la información relativa al derecho de desistimiento, el período para su ejercicio finalizará a los 12 meses y 14 días, o a los 12 meses y 30 días (art. 105.1 del TRLGDCU). En cambio, si el empresario ha informado al consumidor respecto de su derecho de desistimiento dentro de esos 12 meses, el plazo para su ejercicio expirará, de nuevo, transcurridos 14 o 30 días naturales.

2. Determinación del *dies a quo*

El art. 104 del TRLGDCU, que lleva por rúbrica "Plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento", también ha recibido nueva redacción. Ello, una vez más, es debido a la ampliación del plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento de 14 a 30 días naturales en los contratos arriba señalados.

Sin perjuicio de lo anterior, la determinación del *dies a quo* para desistir se mantiene. Así:

- En caso de contratos de prestación de servicios, incluidos los digitales, el plazo de desistimiento concluirá a los 14, o 30 días naturales, a partir de la celebración del contrato (art. 104, apartado a) del TRLGDCU).

- Para el caso de contratos de suministro de contenidos digitales a través de soporte material, el plazo de desistimiento concluirá a los 14, o 30 días naturales, a partir de que el consumidor y usuario o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material de los bienes solicitados (art. 104, apartado b) del TRLGDCU).

- Y, en caso de contratos de suministro de contenidos digitales sin soporte material, el plazo de desistimiento concluirá a los 14, o 30 días naturales,

36 Domínguez Luelmo, A.: "Derecho de desistimiento", en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un Derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*; Dir. Sergio Cámara Lapuente, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 209 a 236, considera "[…] que son objeto de regulación dos tipos de derechos de naturaleza diferente. En primer lugar, un desistimiento, que el consumidor puede ejercer durante un determinado plazo (breve), libremente, sin que tenga que indicar o justificar los motivos, y sin que se pueda imponer ningún coste por parte del comerciante en caso de ejercicio por el consumidor. En segundo lugar, un desistimiento, no libre, sino basado en justa causa, que es el incumplimiento por el comerciante de sus deberes de información. […] La DDC trata este segundo derecho de desistimiento como si estuviéramos ante una simple ampliación del plazo para desistir, […] pero, aunque son dos derechos de contenido similar, tienen naturaleza diferente y, entiendo, un régimen jurídico parcialmente diferente." (p. 210).

a partir del día en que se celebre el contrato (art. 104, apartado c) del TRLGDCU).

3. Excepciones al derecho de desistimiento. En especial, los contratos de prestación de servicios y de suministro de contenidos digitales que no se presten en soporte material

Es en el régimen de las excepciones dónde la Directiva (UE) 2019/2161 ha incidido de forma más notable. Diferenciando, en los contratos de prestación de servicios y de suministro de contenido digital que no se preste en soporte material, entre si la contraprestación consiste en el pago de un precio o en la cesión de determinados datos personales.

A) Contratos de prestación de servicios

Actualmente, los contratos de prestación de servicios, incluidos los servicios digitales, sólo caben a cambio del pago de un precio. No obstante, como hemos ya apuntado, a partir del 1 de enero de 2022, será posible también su suministro a cambio de la cesión de datos personales.

En ambos momentos el régimen de la excepción será el mismo -puesto que las normas de transposición de la Directiva (UE) 2019/2161 no se aplicarán hasta el 28 de mayo de 2022-. Así las cosas, el consumidor habrá perdido la facultad de ejercitar su derecho de desistimiento una vez que:

- El servicio haya sido completamente ejecutado;

- Que la ejecución del contrato haya comenzado, con el previo consentimiento expreso del consumidor y;

- Cuando el consumidor reconozca que es consciente de que, una vez que el contrato haya sido completamente ejecutado, habrá perdido su derecho de desistimiento.

Ahora bien, de conformidad con el vigente art. 108.3 del TRLGDCU, si el consumidor ejercita su derecho de desistimiento antes de que el servicio se haya ejecutado completamente, éste quedará obligado a abonar al empresario un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio en el momento en que haya informado al empresario del ejercicio del derecho de desistimiento[37].

37 *Vid.* STS 14 abril 2021 y el Considerando 50 de la Directiva 2011/83 "[…] el consumidor debe poder disfrutar del derecho de desistimiento aun cuando haya solicitado la prestación de los servicios antes de que finalice el período de desistimiento."

Ese abono proporcional parece sencillo si el servicio se suministra a cambio del pago de un precio. Más inconvenientes presentará, a partir del 1 de enero de 2022, si han mediado, únicamente, datos personales.

En el Resumen del Dictamen sobre la propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales, el Supervisor europeo de protección de datos ya puso de manifiesto, y lo reitera la Directiva (UE) 2019/770 en su Considerando 24, que el derecho a la protección de los datos personales no puede quedar sometido al puro interés de los consumidores, ni tampoco deben considerarse los datos personales como una mera mercancía[38].

Si los datos personales no son una mercancía ¿cómo se conjuga ese abono proporcional? El legislador no dice nada al respecto, y no da solución a este aspecto con la incorporación de la Directiva (UE) 2019/2161 a través del Real Decreto-ley 24/2021.

Lo que parece claro es que el abono no podrá realizarse en forma de datos personales. El consentimiento para el tratamiento de los datos personales es libremente revocable, por lo que en estos casos el empresario deberá abstenerse en su tratamiento. Pero también deberán verse satisfechos los intereses del empresario, que ha suministrado un servicio durante un período de tiempo determinado, el cual debe ser retribuido proporcionalmente.

A partir del 28 de mayo de 2022 el régimen de la excepción anterior variará, según la contraprestación consista en el pago de un precio o en la cesión de determinados datos personales. Así:

- Si es a cambio de la cesión de datos personales, el consumidor habrá perdido su derecho de desistimiento una vez que el servicio haya sido completamente ejecutado.

- Si el servicio se suministra a cambio de un precio, el consumidor pierde su derecho de desistimiento una vez la ejecución haya comenzado con el previo consentimiento expreso del consumidor y con el conocimiento por

38 DOUE n.º C 200/10, de 23 de junio de 2017. Como apunta García Herrera, V.: "El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible "contraprestación" en el suministro de contenidos y servicios digitales", *Actualidad civil,* 2020, n.º 1, la posibilidad de que los consumidores comercien con sus datos a cambio del suministro de contenidos o de servicios digitales "entra en conflicto con la normativa en materia de protección de datos". Para la autora "[…] la protección de datos de carácter personal se reconoce en el artículo 14 de la Constitución Española como un derecho fundamental […] no pueden asumir la naturaleza de res intra commercium. Este derecho fundamental goza, además, de la naturaleza de derecho de la personalidad […] y es un derecho extrapatrimonial, de suerte que es extra commercium, irrenunciable, indisponible, inexpropiable, inembargable e imprescriptible."

su parte de que, una vez que el comerciante haya ejecutado íntegramente el contrato, éste habrá perdido su derecho de desistimiento.

Como puede observarse, y éste es también un elemento introducido con ocasión de la transposición de la Directiva (UE) 2019/2161, el requisito de que los comerciantes obtengan el consentimiento expreso previo del consumidor sólo se aplica a los contratos de servicios que imponen al consumidor una obligación de pago, y no de cesión de datos personales[39].

La Directiva no justifica está diferenciación, aunque tal vez responda a que los contratos de suministro de servicios digitales a cambio de una contraprestación monetaria revestirán mayor importancia, en términos económicos, que los suministrados a cambio de la cesión de datos personales. De ahí, quizás, ese requisito adicional exigido para que el consumidor pierda su facultad de ejercitar el derecho de desistimiento.

B) Contratos de suministro de contenidos digitales

1.º A través de soporte material

La Directiva (UE) 2019/2161 no ha introducido ninguna modificación en relación con el suministro de contenidos digitales a través de soporte material, previsto en la letra i) del art. 103 del TRLGDCU.

Por ello, tanto en el régimen actual como en el futuro, ya sea a cambio del pago de un precio como de la cesión de determinados datos personales, el consumidor perderá su derecho de desistimiento cuando, una vez entregadas las grabaciones sonoras, de vídeo o programas informáticos, éstos sean desprecintados.

2.º Que no se presten en un soporte material

Ex art. 103, apartado m) del TRLGDCU en su regulación vigente, y hasta el 28 de mayo de 2022, ya sea a cambio del pago de un precio o de la cesión de datos personales, el consumidor habrá perdido su derecho de desistimiento cuando:

- La ejecución haya comenzado con su previo consentimiento expreso;
- Y éste sea consciente de que, en consecuencia, pierde su derecho de desistimiento.

39 Así lo establece el Considerando 37 de la Directiva (UE) 2019/2161.

A partir del 28 de mayo de 2022 el régimen de la excepción variará, diferenciando, nuevamente, según la contraprestación consista en el pago de un precio o en la cesión de determinados datos personales. De modo que:

- Si el contenido digital es suministrado a cambio de la facilitación de datos personales, el consumidor habrá perdido su derecho de desistimiento una vez la ejecución haya comenzado.

- Si es a cambio del pago de un precio, el consumidor habrá perdido su derecho de desistimiento una vez iniciada la ejecución del contrato con el previo consentimiento expreso y siempre y cuando el consumidor haya expresado el conocimiento de que pierde su derecho.

De nuevo, el requisito de que los comerciantes obtengan el consentimiento expreso previo y el conocimiento del consumidor sólo se aplica a los contratos que imponen una obligación de pago[40].

Como puede observarse, en los contratos de suministro de contenidos digitales, en términos generales, el consumidor pierde su derecho de desistimiento una vez ha comenzado la ejecución del contrato. Por tanto, a diferencia de lo que sucede en los contratos de prestación de servicios, en los que se impide el ejercicio del derecho de desistimiento una vez el contrato ha sido ejecutado completamente, aquí no se dará la problemática relativa al suministro parcial del contenido y el consiguiente abono proporcional del precio.

4. Obligaciones de las partes en caso de desistimiento

Fruto de la incorporación expresa de los datos personales como contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, también se han introducido algunos cambios en relación con las obligaciones del empresario y del consumidor, en caso de desistimiento, previstas en los art. 107 y 108 del TRLGDCU, respectivamente.

Por lo que se refiere al empresario, además de cumplir con las obligaciones en materia de protección de datos personales (apartado cuarto)[41], ex art. 107.5 del TRLGDCU, se abstendrá de utilizar cualquier contenido, distinto de los datos personales, proporcionado o creado por el consumidor o usuario al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario[42]. Y, asimismo,

40 Considerando 38 de la Directiva (UE) 2019/2161.

41 Previstas en el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, así como en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

42 Excepto cuando dicho contenido cumpla alguna de las siguientes condiciones: a) No tenga ninguna utilidad fuera del contexto de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario; b) Esté exclusivamente relacionado con la actividad del consumidor o usuario durante el uso de los contenidos

pondrá a disposición del consumidor o usuario, a petición de éste, cualquier contenido distinto de los datos personales que el consumidor o usuario haya proporcionado o creado al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario (apartado sexto).

Obsérvese que sólo se refiere a cualquier contenido distinto del de los datos personales, y no a los datos personales en sí, cuyo tratamiento, en cualquier caso, quedará sometidos a las disposiciones legales en la materia.

El consumidor podrá recuperar dichos contenidos sin cargo alguno, y sin impedimentos por parte del empresario en un plazo razonable, en un formato utilizado habitualmente y legible electrónicamente (apartado séptimo). Y, finalmente, el empresario podrá impedir al consumidor cualquier uso posterior tras el desistimiento de los contenidos o servicios digitales, haciéndolos inaccesibles al propio consumidor o inhabilitando su cuenta de usuario (apartado octavo).

En cuanto al consumidor, en caso de desistimiento se abstendrá de utilizar el contenido o servicio digital y de ponerlo a disposición de terceros (art. 108.3 del TRLGDCU en su nueva redacción).

VI. CONCLUSIONES

La transposición al ordenamiento jurídico español tanto de la Directiva (UE) 2019/770, como de la Directiva (UE) 2019/2161, ha contribuido a dar seguridad jurídica a una situación, hasta el momento, plagada de incertidumbre. Especialmente, debido a la gran relevancia que han adquirido en el tráfico jurídico-económico los datos personales y, por ende, los contratos que quedaban sometidos al ámbito de aplicación de la Directiva 2011/83 y, consecuentemente, al TRLGDCU.

Consumidor y empresario deberán prestar especial atención al momento en que celebran el contrato. Con independencia de que ambas Directivas [Directiva (UE) 2019/770 y (UE) 2019/2161] se incorporaran de forma conjunta, -así constaba en el borrador de Anteproyecto de ley por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, con objeto de transponer al ordenamiento jurídico español las Directivas (UE) 2019/770, (UE) 2019/771 y (UE) 2019/2161-, sus normas de transposición difieren en su entrada en vigor. Y, por tanto, variará el régimen jurídico aplicable del derecho de desistimiento.

o servicios digitales suministrados por el empresario; c) Haya sido agregado con otros datos por el empresario y no pueda desagregarse o sólo se pueda realizando esfuerzos desproporcionados; d) Haya sido generado conjuntamente por el consumidor o usuario y otras personas, y otros consumidores o usuarios puedan continuar haciendo uso del contenido.

Todo ello supone un gran paso hacia la protección de los derechos de los consumidores en un mercado cada vez más digitalizado. No obstante, permanecen algunas dudas en el aire. En concreto, en aquellos casos en los que el consumidor, en un contrato de prestación de servicios a cambio de datos personales, ejercita su derecho de desistimiento antes de la completa ejecución del mismo, y éste debe abonar al empresario un importe proporcional.

Además, como se ha puesto de manifiesto, uno de los objetivos de la Directiva (UE) 2019/2161, es garantizar la coherencia entre el ámbito de aplicación de la Directiva 2011/83 y la Directiva (UE) 2019/770. Sin embargo, esta cohesión no es absoluta. La Directiva (UE) 2019/770 permite, tal y como establece su Considerando 66, que el consumidor pague un precio "y" facilite datos personales.

Este último supuesto no aparece recogido en la Directiva (UE) 2019/2161 y, por tanto, en estos casos, el consumidor no tendría derecho a desistir del contrato. Únicamente, como continúa diciendo el anterior considerando "el consumidor debe tener derecho a todas las medidas correctoras disponibles en caso de falta de conformidad".

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Lata, N: "Comentario al artículo 110", en *Comentario al Texto refundido de la Ley general para defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 1367-1403.

Cámara Lapuente, S.:

- "Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (la transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771)", *Diario La Ley,* 2021, N.º 9881

- "Una prospectiva crítica sobre el régimen de los contratos de suministro de contenidos digitales", en *Derecho digital: retos y cuestiones actuale*s, Coord. María de los Ángeles Fernández Scagliusi, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 20 a 55.

- "La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo", *Revista CESCO de Derecho de consumo,* 2014, N.º 11, pp. 79 a 167.

Díaz Alabart, S. y Álvarez Moreno, Mª. T.: "Artículo 16. Excepciones al derecho de desistimiento", en *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU)*, Dir. Silvia Díaz Alabart, Reus, Madrid, 2014, pp. 409 a 426.

Diéguez Oliva, R.: "El derecho de desistimiento en el marco común de referencia", *InDret*, 2/2009.

Díez-Picazo, L.:

- *Fundamentos de Derecho civil patrimonial, II. Las relaciones obligatorias*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1993.

- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, I. Introducción a la teoría del contrato,* 5ª edición, Civitas, Madrid, 1996

Domínguez Luelmo, A.; "Derecho de desistimiento", en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un Derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*; Dir. Sergio Cámara Lapuente, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 209 a 236.

EIDENMÜLLER, H.; *et. al.*: "Hacia una revisión del *acquis* de consumo", en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un Derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*; Dir. Sergio Cámara Lapuente, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 107 a 162

GARCÍA HERRERA, V.: "El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible "contraprestación" en el suministro de contenidos y servicios digitales", *Actualidad civil,* 2020, n.º 1.

KLEIN, Michele, *El desistimiento unilateral del contrato*, Civitas, Madrid, 1997.

LLORENTE SAN SEGUNDO, I.: "La adaptación de la normativa reguladora del derecho de desistimiento a las exigencias de la Directiva 2011/73/UE sobre derechos de los consumidores", *Cuadernos de Derecho transnacional,* 2013, Vol. 5, N.º 2, pp. 371 a 397.

MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. y SANCHO LÓPEZ, M.: "El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?", *InDret* ,1/2018.

MIRANDA SERRANO, L. M.: "El derecho de desistimiento en los contratos de consumo sobre contenidos digitales", *La Ley Mercantil*, 2021, n.º 76.

SUÁREZ VÁZQUEZ, C.: "Algunos aspectos relevantes sobre la facultad de desistimiento en la contratación electrónica a distancia. Comentario jurisprudencial", *Revista jurídica sobre consumidores y usuarios*, 2018, N.º 3.

YANGUAS GÓMEZ, R.: "El principio de conformidad y su aplicación a los contenidos digitales", en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un Derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*; Dir. Sergio Cámara Lapuente, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 471 a 507.

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LA CONTRATACIÓN DIGITAL

CONSUMER PROTECTION IN DIGITAL CONTRACTING

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1236-1253

Rut GONZÁLEZ HERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Las normas de protección del consumidor deben extenderse a la contratación digital. La Directiva 2019/770, del Parlamento y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales trata de garantizar un alto nivel de protección al consumidor a través de los deberes de información, el derecho de desistimiento y determinados remedios jurídicos para los casos de falta de conformidad de los contenidos digitales con el contrato. La propia Directiva prevé como contraprestación por los contenidos digitales la entrega de datos personales, sin embargo esta regulación tiene que armonizarse con la protección de datos.

PALABRAS CLAVE: Contratos, contenidos digitales, servicios digitales protección de los consumidores, deberes de información, derecho de desistimiento, datos personales.

ABSTRACT: *Consumer protection is extended to digital contracting, Directive 2019/770 of the Parliament and the Council of 20 May 2019 on certain aspects of contracts for the supply of digital content and services assures a higher protection level to consumers. These new measures are based on the imposition of information duties for professionals, the right of withdrawal for consumers and certain legal remedies for the lack of conformity of digital contents. As personal data is provided by consumers, the treatment of this information shall be in coherence with GDPR framework.*

KEY WORDS: *Contracts, digital content, digital services, consumers protection, duties of information, rights of withdrawal, personal data.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. LA PROTECCIÓN EN LA CONTRATACIÓN DIGITAL. 1. Derecho de consumo y entorno digital. 2. Concepto de bienes digitales. 3. El contrato sobre contenidos digitales. A) Peculiaridades de los contratos. Especial consideración de la gratuidad. B) Los requisitos de información precontractual sobre los contenidos digitales. C) El derecho de desistimiento del contrato. 4. La cesión de datos personales como contraprestación. III. RECAPITULACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Nos encontramos inmersos en la era tecnológica, ocupando los medios digitales una parte muy significativa de nuestras vidas, asistimos a lo que se ha denominado "digitalización de la sociedad". Especial relevancia en este ámbito adquieren las redes sociales que funcionan con plataformas, prestadores de servicios digitales. Incluso para determinadas personas, el uso de las mismas se ha convertido en una herramienta habitual de su actividad diaria y laboral.

Las nuevas tecnologías han transformado la contratación y el consumo, al igual que la economía y la sociedad en su conjunto. La tecnología se desarrolla a un ritmo vertiginoso y la propia revolución digital constituye un reto para el derecho, y en particular para el derecho contractual que debe adaptarse al mundo digital. En concreto, surge la necesidad de dotar de seguridad jurídica a las relaciones contractuales y la protección de los datos personales. Si bien, la innovación tecnológica conlleva grandes ventajas, no es menos cierto que también implica riesgos que afrontar.

La protección del consumidor constituye un eje fundamental en toda la contratación, incluida la contratación digital, razón esta por la que la Unión Europea ha promulgado en los últimos años disposiciones al respecto.

El legislador europeo, en lo que concierne al derecho de consumo, intenta armonizar, promoviendo el mercado digital mediante el intercambio de datos y protegiendo los derechos de los consumidores. La propia Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre sobre los derechos de los consumidores, tiene por finalidad el buen funcionamiento del mercado interior entre empresas y consumidores, para ello, potencia la regulación de los deberes de información precontractuales y el derecho de desistimiento como medio de protección del consumidor, en definitiva, trata de garantizar un alto nivel de protección al consumidor y quedo incorporada al derecho español por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modificó

• Rut González Hernández
Profesora asociada de Derecho Civil Universidad Complutense de Madrid
rutgon04@ucm.es

el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios(TRLGDCU).

Los contratos a distancia se presentan como una de las modalidades de mayor peso en la contratación. Las peculiaridades que lleva aparejada esta clase de contratación determinó su necesaria regulación, al igual que ocurrió con la contratación electrónica, para dotar de mayor protección a los consumidores.

La información a los consumidores se convierte en esencial y constituye un derecho fundamental de estos para que el consumidor preste su consentimiento de forma clara y reflexiva, con pleno conocimiento de sus derechos y obligaciones puesto que se encuentra en una situación de inferioridad con respecto al profesional.

Los contratos sobre suministro de contenidos digitales que se celebran a diario suponen un gran volumen y en los últimos tiempos se ha observado un incremento en el uso de servicios y contenidos digitales en gran medida por la realidad existente como consecuencia del COVID-19.

La Directiva Digital 2019/770 de 20 de mayo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales constituye un primer paso importante para adaptar el Derecho contractual en el ámbito de la protección de los consumidores a los retos de la digitalización. Se introduce así el consumo digital como forma específica de operar, reforzando la protección de los consumidores que a su vez implica una serie de obligaciones para los empresarios: información precontractual, derecho de desistimiento y remedios por la falta de conformidad. En nuestro ordenamiento la referida Directiva es traspuesta por el Real Decreto-ley 7/2021 y afectará a los usuarios de redes sociales, correo electrónico, juegos en línea, etc.

II. LA PROTECCIÓN EN LA CONTRATACIÓN DIGITAL

1. Derecho de consumo y entorno digital

El consumo de contenidos digitales representa un porcentaje importante de nuestra actividad, integrado por un uso y disfrute diverso: descargas de películas, canciones, videojuegos, aplicaciones, etc.

Dentro de los contenidos digitales pueden distinguirse contenidos digitales protegidos por derecho de autor y contenidos digitales que no gozan de protección de las normas de propiedad intelectual. En cuanto a los medios de suministro, pueden distribuirse mediante un soporte material o sin soporte material en sentido estricto. Esto determinará si las facultades del consumidor son de adquisición de la

propiedad, de un uso o de un servicio. Nos encontramos en un ámbito en el que confluye la protección del consumidor con el derecho de propiedad intelectual y la protección de datos personales, como expondremos en el presente trabajo[1].

Además, debido a las limitaciones de los medios tecnológicos, los deberes de información precontractual adquieren, si cabe, más importancia como normas de protección del consumidor.

Tanto la Directiva 2011/83/UE en su art. 2. 11) como la Ley 3/2014, de 27 de marzo, art. 59 bis 1.i), contienen una definición de contenidos digitales: "los datos producidos y suministrados en formato digital", si bien, aquella no se refería a si su ámbito de aplicación incluía también los contratos gratuitos.

2. Concepto de bienes digitales

La Directiva 2019/770[2] de 20 de mayo en su Considerando 19 establece: "La Directiva debe abordar los problemas en las diferentes categorías de contenidos digitales, servicios digitales y su suministro. Con el fin de cubrir los rápidos desarrollos tecnológicos y de que el concepto de contenidos o servicios digitales mantenga un carácter estable frente a futuras innovaciones, la presente Directiva debe aplicarse, entre otras cosas, a programas informáticos, aplicaciones, archivos de vídeo, archivos de audio, archivos de música, juegos digitales, libros electrónicos u otras publicaciones electrónicas, así como a servicios digitales que permitan la creación, el tratamiento, el acceso o el almacenamiento de datos en formato digital, incluido el programa (software) como servicio, tales como el intercambio de vídeos y audio y otro tipo de alojamiento de archivos, el tratamiento de textos o los juegos que se ofrezcan en el entorno de computación en nube y las redes sociales. Dado que existen numerosas formas de suministrar contenidos o servicios digitales, como la transmisión en un soporte material, la descarga por los consumidores en sus dispositivos, la transmisión a través de la web, el permiso para acceder a capacidades de almacenamiento de contenidos digitales o el acceso al uso de redes sociales, la presente Directiva debe aplicarse con independencia del soporte utilizado para la transmisión de contenidos o servicios digitales o para

1 Véase Cámara Lapuente, S.: "La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo", *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* 2014, núm. 11, p. 84.

2 Al respecto de la propuesta de la Directiva, Reiner Schulze: "La protección de los consumidores en la contratación digital". Conferencia dictada en el Colegio notarial de Madrid, El Notario del s. XXI, 2018, núm. 81. "Con esta Directiva, el Derecho contractual se adapta en aspectos importantes al mundo digital, combinando la continuidad de los conceptos claves del Derecho Privado Europeo con enfoques innovadores respecto a las nuevas tecnologías y prácticas empresariales. (….) Esta nueva legislación europea sobre contratos de suministro de contenidos digitales constituye un primer paso importante para adaptar el Derecho contractual en el ámbito de la protección de los consumidores a los retos de la digitalización. Pero esta legislación solo se refiere a un aspecto de estos desafíos. Habrá que reconsiderar otras cuestiones y resolver otros problemas, ya que la legislación afecta a casi todos los ámbitos del Derecho contractual, y por tanto al sistema del Derecho privado en su conjunto".

dar acceso a estos. No obstante, la presente Directiva no se debe aplicar a los servicios de acceso a internet."

El concepto de "bienes con elementos digitales", tal como dispone la Directiva debe referirse a bienes que incorporen contenidos o servicios digitales o estén interconectados con ellos, de tal manera que la ausencia de dicho contenido o servicio digital impediría que los bienes cumpliesen su función.

Así, la definición de bienes digitales permite incluir cualquier producto o servicio y aquellos que puedan surgir con el tiempo, con lo que revierte en la protección del consumidor[3].

Por lo que respecta a los contenidos digitales, el art. 59 bis 1 d) TRLGDCU los define como "los datos producidos y suministrados en formato digital".

Este ámbito de aplicación se extiende a aquellos contratos de contenidos digitales o servicios digitales que se suministran gratuitamente, tal como dispone la Directiva 2019/770, y por tanto, gozan del mismo régimen de protección. Como especialidad, regula el principio de conformidad con el contrato que actúa como fundamento de la responsabilidad del proveedor y de las acciones que pueden ejercitar los consumidores.

3. El contrato sobre contenidos digitales

A) Peculiaridades de los contratos. Especial consideración de la gratuidad

Los contenidos digitales son bienes inmateriales o incorporales no transmisibles en cuanto a su propiedad sino copia con un permiso de uso limitado[4], que puede ser un uso permanente o un uso temporal.

Se diferencia entre contratos sobre contenidos digitales suministrados a través de un soporte material y contratos sobre contenidos digitales suministrados sin soporte material (en línea). En los casos de soporte material, el derecho de propiedad del consumidor recae exclusivamente sobre el soporte material.

3 Al efecto, Cámara Lapuente, S.: "La nueva protección", cit. p. 112.
En opinión de Miranda Serrano, L. M.: "El derecho de desistimiento en los contratos de consumo sobre contenidos digitales", *La Ley mercantil,* 2021, núm 76, p. 10, "se trata, sin duda, de una definición amplia que puede valorarse positivamente por un doble motivo. En primer lugar, por contribuir a una mayor protección de los consumidores, al no dejar contenidos digitales excluidos de las normas dirigidas a conferirles protección en este ámbito. En segundo lugar, por dejar la puerta abierta a que puedan formar parte de la noción de contenidos digitales nuevos métodos para el acceso a dichos contenidos susceptibles de surgir en el futuro, lo que parece especialmente importante en una materia tan cambiante y dinámica como esta".

4 "sino una copia de los datos originales, una copia con la misma calidad que el original, que se podrá entregar por internet o enviar mediante un soporte físico, junto con un permiso de uso limitado" Cámara Lapuente, S.: "La nueva protección", cit, p. 95.

No se exige la onerosidad como necesaria para los contratos sobre contenidos digitales. Algunos contratos que en apariencia son gratuitos no lo son porque el consumidor o usuario esta cediendo sus datos y esos datos tienen valor, de manera que los datos personales pueden calificarse como contraprestación y tienen valor económico a pesar de que como consumidores no seamos conscientes de ello. En este sentido, el legislador europeo reconoce los contratos de contenidos digitales como contratos sinalagmáticos, "a menudo, los contenidos o servicios digitales se suministran también cuando el consumidor no paga un precio, pero facilita datos personales al empresario (….) la presente Directiva debe aplicarse a los contratos en virtud de los cuales el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y este facilita o se compromete a facilitar datos personales(…) La presente Directiva debe aplicarse a todo contrato en virtud del cual el consumidor facilita o se compromete a facilitar datos personales al empresario" (Considerando 24), "siempre que el empresario no recabe tales datos personales exclusivamente para suministrar contenidos o servicios digitales o con el único fin de cumplir requisitos legales" (Considerando 25).

Precisamente una de las novedades más destacadas de la referida Directiva es la extensión de la protección de la legislación de consumo a aquellas transacciones en las que el consumidor haya entregado datos personales a cambio del consumo de contenidos y servicios digitales.

La Directiva ofrece una mayor protección ante servicios defectuosos o interrupciones de los mismos y será aplicable de igual manera cuando la contraprestación sea el intercambio de información o datos del consumidor.

El Real Decreto-ley 7/2021, el cual será aplicable a partir del 1 de enero de 2022, de transposición de la Directiva 2019/770 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, entre otras, incorpora dentro de su ámbito de aplicación aquellos contratos de contenidos digitales o servicios digitales que se suministran gratuitamente, pero que para su acceso obligan al consumidor a facilitar datos personales que no sean necesarios para el suministro de dichos contenidos o servicios. Se reconoce de esta manera como una verdadera contraprestación.

A estos contratos les son aplicables las normas generales sobre contratos con consumidores, y las reglas sobre cláusulas abusivas para determinar si se llevo a cabo la cesión de datos de forma clara y comprensible.

El pago mediante datos personales es habitual en el ámbito de las redes sociales y aplicaciones informáticas. Como premisa, la plataforma puede establecer diversas modalidades de acceso, una de las cuales consiste en la obligación de configurar un

perfil en el que el consumidor debe transmitir determinados datos, que pueden ser personales.

Con la nueva normativa, la protección de la que dispone el consumidor se situá en los mismos términos que si pagase un precio puesto que se reconocen los datos como contraprestación con valor económico para las plataformas.

B) Los requisitos de información precontractual sobre los contenidos digitales

Las nuevas tecnologías han cambiado la forma de adquisición y consumo de productos y servicios, permitiendo una amplia conexión entre comerciantes y consumidores y acceso a un mercado global.

Tratándose de contratación por internet, el legislador procura especial protección al consumidor por la forma de la misma, siendo muy relevante la información que se le suministre. El propio Considerando 34 de la Directiva 2011/83 establece: "El comerciante debe proporcionar al consumidor información clara y comprensible antes de que el consumidor se vea vinculado por un contrato celebrado a distancia o fuera del establecimiento, por un contrato distinto de estos o por una oferta contractual correspondiente".

Las normas de protección del consumidor se centran en los deberes de información precontractual para facilitar que el consumidor preste su consentimiento de forma clara, conociendo el alcance contractual.

En la contratación a distancia y dentro de ella, en la contratación electrónica existe una relación asimétrica, situación de desigualdad o desequilibrio, por ello se impone al empresario la obligación de información previa a la contratación y el derecho al consumidor de desistir del contrato[5].

La Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE) en su art. 27 establece que el prestador de servicios de la sociedad de la información que realice actividades de contratación electrónica tendrá la obligación de informar de manera clara, comprensible e inequívoca y antes de que el destinatario del servicio inicie el procedimiento de contratación.

Si el contrato electrónico contiene condiciones generales resulta de aplicación la ley sobre condiciones generales de la contratación[6], condiciones que

5 Clemente Meoro, M. E.: "La prestación del consentimiento en los contratos de consumo por vía electrónica y la obligación de información previa y posterior", en AA.VV.: *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías* (coord. por L. Cotino Hueso), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 85.

6 A este respecto, Plaza Penedés, J.: " Marco general de la protección del consumidor en la contratación electrónica", en AA.VV.: *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías* (coord. por L. Cotino Hueso),

incorporadas al contrato, limitan la capacidad de negociación de los consumidores a unas cláusulas previamente dispuestas por el empresario.

Para los contenidos digitales concertados a través de cualquier tipo de contrato existen dos específicos requisitos de información precontractual: información sobre la "funcionalidad" e "interoperabilidad". Tales requisitos se encuentran recogidos en el TRLGDCU, arts. 60.2 i) "La funcionalidad de los bienes con elementos digitales, el contenido digital y los servicios digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables, como son, entre otras, la protección a través de la gestión de los derechos digitales o la codificación regional"; j) "Toda compatibilidad e interoperabilidad relevante de los bienes con elementos digitales, el contenido digital y los servicios digitales conocidos por el empresario o que quepa esperar razonablemente que conozca, como son, entre otros, el sistema operativo, la versión necesaria o determinados elementos de los soportes físicos" y con respecto a los contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, art. 97.1 s) y t).

Estos dos requisitos son esenciales en la obligatoria información que el empresario debe facilitar al consumidor antes de quedar vinculado por el contrato. Además, téngase en cuenta que nos encontramos ante contratos de adhesión, predispuestos por el empresario, donde la protección de los consumidores se fundamenta en la situación de inferioridad con respecto a la otra parte.

La Directiva 2019/770 dispone que el concepto de funcionalidad debe entenderse que se refiere a las formas en que pueden utilizarse los contenidos o servicios digitales[7].

El concepto de interoperabilidad se refiere a si, y en qué medida, los contenidos o servicios digitales pueden funcionar con aparatos (hardware) o programas (software) distintos de aquellos con los que se utilizan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo.(considerando 43).

Concretamente es su dependencia de otros aparatos un rasgo caracterizador de los contenidos digitales, por ello, la obligación de informar se refiere a con qué aparatos y programas puede ser compatible y operar el contenido digital contratado[8].

Tirant lo blanch, Valencia, 2008, p. 56.

7 En función de ello, Cámara Lapuente, S.: "La nueva protección", cit., p. 134, señala que el tipo de información cabe dividirlo entres grupos: sobre los requisitos de uso, sobre los usos permitidos y sobre los usos restringidos o prohibidos.

8 En este sentido, Cámara Lapuente, S.: "La nueva protección", cit., p. 138, "el suministrador del contenido digital que no sea su productor , no podrá ampararse en su desconocimiento del medio digital para exonerarse de las consecuencias de la información relativa a la interoperabilidad."

Dado que los contenidos y servicios digitales se encuentran en constante desarrollo, los empresarios pueden convenir con los consumidores el suministro de actualizaciones y características a medida que vayan estando disponibles. Al efecto, el considerando 44 señala que "la falta de suministro de actualizaciones que se hayan acordado en el contrato debe considerarse una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales. Además, las actualizaciones defectuosas o incompletas también deben considerarse una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales, por cuanto ello supondría que dichas actualizaciones no se realizan de la forma estipulada en el contrato". Resulta que para que los bienes y los contenidos o servicios digitales se entiendan conformes con el contrato deberán cumplir con nuevos requisitos como las actualizaciones, que supone una prestación esencial para que los bienes y servicios sigan funcionando y ofrezcan la seguridad que se les ha conferido.

De este modo, la Directiva diferencia entre la responsabilidad del proveedor de contenidos digitales, por una parte, por la falta de suministro de contenidos digitales, y por otra, por falta de conformidad con el contrato. La conformidad o no con el contrato fundamenta la responsabilidad del proveedor y en consecuencia los medios de los que disponen los consumidores.

Estas obligaciones de información tienen por finalidad que el consumidor emita un consentimiento veraz, conociendo el contenido y objeto del contrato.

Debe entenderse que estas obligaciones de información recaen sobre el proveedor y prestador del servicio así como sobre el productor del contenido digital.

A pesar de ello, existe una importante desinformación respecto a la relación contractual que une a los consumidores con los suministradores, especialmente sobre el tratamiento de datos personales del usuario[9]

El entorno digital ha supuesto plantearse los derechos de los consumidores que adquieren bienes y servicios a través de la red.

C) El derecho de desistimiento del contrato

El derecho de desistimiento se configura como un derecho básico e irrenunciable de los consumidores.

En la contratación a distancia, el derecho de desistimiento corrige los principales riesgos de esta modalidad contractual: la desinformación y la posible discordancia

9 Domínguez Yamasaki, M. I.: "El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario", *Revista de Derecho Privado,* 2020, núm 4, p. 114-115.

entre la prestación contratada y la finalmente ejecutada. Compensa la desventaja para el consumidor de no poder ver el producto o de conocer las características del servicio antes de la celebración del contrato. Por tanto, este derecho es de vital importancia y el consumidor debe conocer las condiciones, el plazo y el procedimiento para su ejercicio.

La concesión al consumidor de este derecho encuentra explicación en la búsqueda del equilibrio entre las partes contratantes, que no es otra que equilibrar la situación de desprotección del consumidor.

Las particularidades que presenta el derecho de desistimiento en el ámbito digital responde a la especial naturaleza de los propios contenidos digitales. Como regla general, se puede desistir de los contratos sobre contenidos digitales suministrados tanto con soporte material como sin él aunque en la práctica se verá reducido en los contratos en los que los contenidos digitales se suministraron completamente en línea y sin soporte material alguno. De ahí que el derecho de desistimiento en la contratación digital este configurado como un derecho de eficacia limitada, a diferencia de los contratos de bienes y servicios no digitales[10].

El desistimiento sobre contenidos digitales suministrados comporta dificultades en cuanto a la restitución de las prestaciones. En los contenidos digitales tal restitución será imposible o inadecuada dependiendo de cada caso porque el consumidor puede haberlo disfrutado o utilizado para un uso concreto o puede restituir el original y quedarse con una copia. En cualquier caso, no cabrá tal derecho cuando el servicio haya sido completamente ejecutado.

El art. 103 TRLGDCU sobre las excepciones al derecho de desistimiento en su aparatado m) contempla que no será aplicable a los contratos que se refieren a: "El suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material cuando la ejecución haya comenzado y, si el contrato impone al consumidor o usuario una obligación de pago, cuando se den las siguientes condiciones:

1.º El consumidor o usuario haya otorgado su consentimiento previo para iniciar la ejecución durante el plazo del derecho de desistimiento.

2.º El consumidor o usuario haya expresado su conocimiento de que, en consecuencia, pierde su derecho de desistimiento; y

3.º El empresario haya proporcionado una confirmación con arreglo al artículo 98.7 o al artículo 99.2".

10 Miranda Serrano, L. M.: "El derecho de desistimiento", cit., p. 18.

Se trata de contenidos digitales suministrados enteramente en línea y sin soporte material. Conforme al precepto referenciado, iniciada la ejecución del contrato sobre contenidos digitales con consentimiento reforzado del consumidor desaparece su derecho a desistir. El consumidor debe consentir de forma expresa y con conocimiento efectivo de que comenzar la ejecución del contrato implica la pérdida del derecho de desistimiento.

En los contratos celebrados sobre contenidos digitales suministrados a través de un soporte material se priva al consumidor del derecho de desistimiento, art. 103 i) TRLGDCU: "El suministro de grabaciones sonoras o de vídeo precintadas o de programas informáticos precintados que hayan sido desprecintados por el consumidor y usuario después de la entrega".

4. La cesión de datos personales como contraprestación

La Directiva reconoce dos modalidades de contraprestación, aquellas en las que el consumidor paga un precio como en las que el consumidor facilite datos personales.

Extender el ámbito de aplicación a los supuestos en que la contraprestación del consumidor sea en forma de datos personales ha supuesto un avance, si bien resultaría fundamental que el consumidor dispusiese de información acerca del destino y uso de la cesión de sus datos personales.

Los datos personales tienen gran valor económico en el mercado, los usuarios ceden gratuitamente sus datos personales a empresas que se dedican a comercializarlos para obtener un rendimiento[11]. De este modo, el intercambio de datos constituye una fuente de ingresos basada en el tratamiento que se da a los propios datos[12]. Si bien calcular el valor de nuestra información se plantea una tarea difícil, los datos tienen elevado valor, no a nivel individual sino conjuntamente con el resto de datos que se obtienen y además el valor no reside en la información sino en cuanto forma parte de la creación o transformación de productos o servicios. En este sentido, piénsese que los proveedores digitales manejan un gran volumen de datos.

11 Véase Martínez Velencoso, L. M., Sancho López, M.: "El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?", *Indret,* 2018, núm 1, p. 20, "los usuarios de estos servicios ya no somos meros consumidores pasivos sino que a través de una perdida considerable de nuestra privacidad, nos hemos convertido en parte del producto cuya ganancia, sin embargo, no percibimos".

12 En este sentido expresan Martínez Velencoso, L. M., Sancho López, M.: "El nuevo concepto", cit., p. 11, que "el cedente de los datos asume una obligación de hacer, en concreto una obligación de cesión de uso de la información, del que la otra parte puede obtener un rédito".

Estos datos personales, al quedar en poder del empresario digital, los utiliza para su propio beneficio, lo que puede conllevar la celebración de nuevos contratos y mejorar en definitiva su posicionamiento en el mercado.[13]

Lo que ocurre es que los titulares a menudo no son conscientes del valor de su información personal. Por ello, deben protegerse los derechos de los consumidores frente a las empresas que comercializan con sus datos personales.

El propio consumidor desconoce el valor económico de sus propios datos por las dificultades que presenta su cálculo y que dependerá de diversos parámetros relacionados con la rentabilidad que el empresario obtenga[14].

La cesión de datos supone la contraprestación que ha de pagar el usuario para recibir determinados servicios digitales. En el supuesto de que no se conceda esa cesión, no se prestará el servicio por parte del proveedor. Se configura, por tanto, como una adhesión. Al respecto, propone De Barrón Arniches[15] si es suficiente la ganancia que el consumidor recibe con el suministro del contenido digital puesto que la información proporciona una rentabilidad superior al valor económico del bien o servicio que recibe el usuario-consumidor.

Cabe plantearse si en este ámbito no se produce un desequilibrio entre los contratantes, el consumidor no dispone de ningún medio para controlar los datos que transfiere al proveedor. ¿Podemos saber como usuarios si el proveedor no volverá a utilizar nuestro datos personales en caso de resolución? En opinión de la autora citada no puede negarse la situación de desequilibrio contractual del usuario titular de su propia privacidad[16]. Manifestación del desequilibrio existente se observa en el desconocimiento por parte del consumidor del valor de sus datos personales.

13 Tal como señala Díaz Alabart, S.: *La protección de los datos y contenidos digitales de las personas fallecidas,* Reus, Madrid, 2020, p. 19, a través del tratamiento de datos de una persona se pueden averiguar sus intereses desde un punto de vista político, sanitario, económico, etc., lo que permite conocer, por ejemplo, qué tipo de bienes o servicios estaría dispuesta a adquirir una persona. Por su parte, De Barrón Arniches, P.: "La pérdida de privacidad en la contratación electrónica", *Cuadernos Europeos de Deusto,* 2019, núm. 61, p. 37 "se puede afirmar que en la actualidad existe un modelo de negocio basado en la utilización y explotación de la información personal de las personas físicas, el Big Data genera negocio, es un mercado que funciona y cuyos ingresos son cada día mayores, en proporción inversa a lo que ocurre con la privacidad y la seguridad jurídica de los individuos en la red, que día a día disminuye".

14 En este sentido, Martínez Calvo, J.: "Los datos personales como posible contraprestación en los contratos se suministro de contenidos y servicios digitales", *Indret,* 2021, núm. 4, p. 110, señala que la consecuencia es que en la práctica la información precontractual que recibirá el consumidor resultará incompleta, pues no le permitirá conocer el valor de la contraprestación que realiza.

15 De Barrón Arniches, P.: "La pérdida", cit., p. 47.

16 De Barrón Arniches, P.: "La pérdida", cit., p. 54.

El empresario suministrador puede haber tratado los datos suministrados hasta que tiene lugar la resolución. En este sentido plantea Cámara Lapuente[17] que los estados miembros podrían expandir las reglas de la Directiva sobre el destino de los datos a supuestos de extinción contractual distintos de la resolución o crear reglas distintas para esos casos.

La resolución obliga al prestador a dejar de usar todos los datos facilitados por el consumidor y alcanza a todas las actividades, en las que debe entenderse incluida sin duda la cesión a un tercero, puesto que la restitución de las prestaciones como efecto de la resolución no es posible al no constituir los datos personales un bien objeto de restitución.

En efecto, renunciamos a nuestra privacidad como contraprestación, dejamos de tener intimidad. Tal como señalan Martínez Velencoso y Sancho López[18] "en internet, el tiempo siempre es lineal: el pasado sigue estando presente y será siempre accesible en el futuro".

Cabe considerar que la manifestación de voluntad que presta la persona (consumidor) no ha sido reflexionada y no ha tenido la información necesaria. Para hacer uso de las diferentes aplicaciones que usamos aceptamos los "términos y condiciones de usuarios o términos y condiciones de privacidad" que en una mayoría de las veces no leemos previamente. Se trata de condiciones predispuestas unilateralmente por los proveedores. Tales términos hacen referencia al tratamiento de nuestros datos personales por parte de las plataformas, prestadores de servicios digitales. Estos mecanismos pueden constituir una limitación al ejercicio de la autonomía privada, siendo contratos de adhesión resulta necesario revisar las condiciones generales del contrato para tener la seguridad que el usuario presta su consentimiento libremente acerca de las cuestiones relativas a la privacidad.

El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal-que como ha declarado el Tribunal Constitucional, constituye un derecho con un contenido autónomo-, además de en la Constitución Española, su regulación se encuentra en el Reglamento 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 (RGPD); y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

17 Cámara Lapuente, S.: "Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales", *Cuadernos de Derecho Transaccional,* 2020, núm 1, p. 840.

18 Martínez Velencoso, L. M., Sancho López, M.: "El nuevo concepto", cit., p. 22.

Con el derecho a la protección en el tratamiento de datos personales, las personas están dotadas de un poder de disposición sobre los datos que proporcionan y capacidad de decisión sobre sus finalidades[19].

Al existir una gran variedad de datos personales, no todos son objeto de la misma protección por parte del legislador. A lo que a nuestro interés se refiere el considerando 7 del RGPD señala que "las personas físicas deben tener el control de sus propios datos personales. Hay que reforzar la seguridad jurídica y práctica para las personas físicas, los operadores económicos y las autoridades públicas". Y en cuanto al consentimiento para que terceros hagan un uso legitimo de los datos personales de una persona el considerando 32 RGPD establece: "El consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal. Esto podría incluir marcar una casilla de un sitio web en internet, escoger parámetros técnicos para la utilización de servicios de la sociedad de la información, o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales. Por tanto, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento. El consentimiento debe darse para todas las actividades de tratamiento realizadas con el mismo o los mismos fines. Cuando el tratamiento tenga varios fines, debe darse el consentimiento para todos ellos. Si el consentimiento del interesado se ha de dar a raíz de una solicitud por medios electrónicos, la solicitud ha de ser clara, concisa y no perturbar innecesariamente el uso del servicio para el que se presta".

Por consiguiente, el consentimiento como manifestación de voluntad debe ser libre, especifico, informado e inequívoco. Habrá que analizar si el consentimiento que prestamos para el tratamiento de nuestros datos es "informado" en todos los supuestos. Ocurre, no pocas veces, que si no aceptamos los términos y condiciones de usuario no podremos utilizar la aplicación o servicio o bien no poder utilizar ciertas funciones por quedar suprimidas.

El consumidor dispone de la facultad de revocar en cualquier momento el consentimiento, momento a partir del cual el empresario puede resolver el contrato dejando de prestar el servicio o suministrar el contenido. Ahora bien, tratándose la contraprestación en datos, presenta particularidades en cuanto a la restitución de las prestaciones en caso de resolución.

19 Domínguez Yamasaki, M. I.: "El tratamiento de datos personales", cit., p. 101.

La principal novedad en cuanto a la protección del consumidor que paga con sus datos personales se encuentra en la posibilidad de exigir la puesta en conformidad del objeto del contrato[20].

En conclusión, los datos que cedemos constituyen un elevado valor para las empresas por lo que no estamos recibiendo lo servicios o aplicaciones de manera gratuita sino como contraprestación por la cesión de nuestros datos.

III. RECAPITULACIÓN

La definición de contenidos digitales abarca una gran amplitud, al incluir los datos producidos y suministrados en formato digital.

La nueva Directiva mantiene la línea de fortalecer la protección de los consumidores en la contratación digital, con los deberes de información impuestos al empresario, con el derecho de desistimiento y los remedios por la falta de conformidad de los contenidos digitales con los contratos.

El consumidor recibe la misma protección tanto en contratos onerosos como en aquellos en los que el consumidor ceda al empresario datos personales como contraprestación a los contenidos y servicios digitales, por lo que no supone tal gratuidad. Uno de los inconvenientes que se plantea en relación con la protección de datos se centra en el tratamiento que se realiza de esos datos por parte del empresario y el desconocimiento del consumidor sobre este aspecto, debido a la desinformación por parte del suministrador.

Cada vez el perfil del consumidor es más digital, uno de los riesgos de la innovación tecnológica ha sido la privacidad, por ello el derecho contractual debe adaptarse al ámbito digital y armonizarse con la regulación sobre protección de datos. Para conseguirse un equilibrio en las relaciones contractuales, el consumidor debería conocer el valor económico que suponen sus datos personales. En este sentido, y debido a la difícil restitución de las prestaciones en caso de resolución cuando la contraprestación ha consistido en la cesión de datos personales, habría que plantearse supuestos que impidan el uso de datos por el proveedor cuando los contratos de suministro de contenidos digitales se extinguen.

20 A este respecto, Sánchez Leíra, R.: "Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español", *Indret,* 2021, núm. 4, p. 50.

BIBLIOGRAFÍA

Ayllón García, J. D.: "Privacidad, smartphones y aplicaciones móviles: cuestiones controvertidas en torno al tratamiento de datos personales", Actualidad Civil, 2021, núm. 5 (La Ley 5665/2021).

Botana García, G. A.: " La protección de los consumidores en los contratos electrónicos", Actualidad Civil, 2015, núm. 3 (La Ley 2608/2015).

Cámara Lapuente, S.: "Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales", Cuadernos de Derecho Transaccional, 2020, núm 1, pp. 838-862.

Cámara Lapuente, S.: "La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo", Revista CESCO de Derecho de Consumo, 2014, núm. 11, pp. 79-167.

Clemente Meoro, M. E.: "La prestación del consentimiento en los contratos de consumo por vía electrónica y la obligación de información previa y posterior", en AA.VV: Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías (coord. por L. Cotino Hueso), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 85-88.

De Barrón Arniches, P.: "La pérdida de privacidad en la contratación electrónica", Cuadernos Europeos de Deusto, 2019, núm 61, pp. 29-65.

Díaz Alabart, S.: La protección de los datos y contenidos digitales de las personas fallecidas, Reus, Madrid, 2020.

Domínguez Yamasaki, M. I.: "El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario", Revista de Derecho Privado, 2020, núm 4, pp. 93-120.

Espín Alba, I.: "Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva 2019/770/UE: Datos, consumidores y "prosumidores" en el mercado único digital", Revista de Derecho Privado, 2020, núm 6, pp. 3-37.

González Hernández, R.: "Derecho de desistimiento del consumidor en contratos celebrados a través de técnicas de comunicación a distancia", en AA:VV.: Estudios sobre jurisprudencia europea. Materiales del IV Encuentro anual del Centro español del European Law Institute (coord. por A. Ortega Giménez), Sepin, 2020 (SP/DOCT/109166).

Hernández Fernández, A.: "Los consumidores y usuarios en el entorno digital de internet: la responsabilidad civil extracontractual de los proveedores o "ISP",

en AA.VV.: Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías (coord. por L. Cotino Hueso), Tirant lo blanch, Valencia, 2008, pp. 643-689.

Martínez Calvo, J.: "Los datos personales como posible contraprestación en los contratos se suministro de contenidos y servicios digitales", Indret, 2021, núm. 4, pp. 88-135.

Martínez Velencoso, L. M., Sancho López, M.: El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?, Indret, 2018, núm 1.

Miranda Serrano, L. M.: "El derecho de desistimiento en los contratos de consumo sobre contenidos digitales", La Ley mercantil, 2021, núm 76 (LA LEY 920/2021)

Plaza Penedés, J.: "Marco general de la protección del consumidor en la contratación electrónica", en AA.VV.: Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías (coord. por L. Cotino Hueso), Tirant lo blanch, Valencia, 2008, pp. 53-68.

Reiner Schulze: "La protección de los consumidores en la contratación digital". Conferencia dictada en el Colegio notarial de Madrid, El Notario del s. XXI, 2018, núm. 81.

Sánchez Leíra, R.: "Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español", Indret, 2021, núm. 4, pp. 33- 87.

"SMART CONTRACTS": O PARADIGMA ENTRE A IMUTABILIDADE E A NECESSIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO CONTRATUAL EM TEMPOS DE CRISE

"SMART CONTRACTS": THE PARADIGM BETWEEN IMMUTABILITY AND THE NEED FOR CONTRACT FLEXIBILITY IN TIMES OF CRISIS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1254-1269

Fernanda DE ARAUJO MEIRELLES MAGALHÃES

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: A era de digitalização global na qual nos encontramos, chamada por alguns estudiosos de 4ª Revolução Industrial, impulsiona o surgimento de novos desdobramentos tecnológicos. Principalmente nas últimas décadas, notou-se que este rápido desenvolvimento tecnológico diminuiu a distância entre as pessoas e o mundo físico através da "internet". Neste contexto, despontam novas necessidades sociais e novos desafios para o Direito. Dentro deste cenário, nascem os "Smart Contracts", que vêm ganhando notável atenção, sobretudo, após o aparecimento do "blockchain". No entanto, se por um lado, a utilização dos "Smart Contracts" pode ser apontada como positiva, por outra via, há quem pense o oposto, em decorrência das suas vulnerabilidades. Quando discutimos sobre o seu uso durante uma crise ou evento análogo, algumas dessas fragilidades ficam ainda mais evidentes, principalmente naqueles contratos de execução contínua. Existem diversas questões relacionadas ao uso dos "Smart Contracts" no âmbito de uma crise. Um exemplo delas é a necessidade de avaliação e flexibilização contratual que, a partida, contraria o modo de funcionamento destes contratos. Ora, é notável a essencialidade das tecnologias nos dias atuais, em especial, em tempos de crise, com recurso aos "Smart Contracts" que aplicam, por assim dizer, o princípio "pacta sunt servanda" de maneira absoluta. Mas, assim sendo, levanta-se a questão de saber como contornar esta característica – se possível for – diante duma manifesta justificação de modificação ou resolução contratual. Ou ainda, para melhor aproveitar esta característica e, ao mesmo tempo, salvaguardar as partes contratantes, como incluir estas hipóteses nos "Smart Contracts"? Deste modo, tendo em vista os diversos desafios que estas tecnologias representam para o Direito Privado, nomeadamente, para o Direito dos Contratos, pretende-se, com o presente trabalho, desenvolver este padrão representado pela utilização dos "Smart Contracts" em tempos de crise evidenciando as problemáticas relativas ao tema e possíveis soluções.

PALABRAS CLAVE: "Smart Contracts"; crise; (in)flexibilização contratual; "blockchain"; Direito dos Contratos.

ABSTRACT: *The global digitalization era, called by some researches the 4th Industrial Revolution, promotes the emergence of new technologies. Mainly in the last decades, it was noticed that this fast technological development reduced the distance between people and the physical world through the internet. In this context, new social needs and new challenges arises for Law. Within this scenario, Smart Contracts were born and they have been gaining attention, especially after the blockchain appearance. However, if on one hand, the use of Smart Contracts can be seen as positive, on the other hand, there are those who think the opposite, due to their vulnerabilities. When we discuss about their use during a crisis or similar event, some of these weaknesses are even more evident, especially in those contracts of continued performance. There are several issues related to the use of Smart Contracts in the context of a crisis. An example of them is the need for a contractual evaluation and flexibility which may contradict the way these contracts work. The essentiality of technologies in nowadays is notable, especially in times of crisis, with the Smart Contracts use that apply, somehow, the principle "pacta sunt servanda" in an absolute way. However, this being the case, a question arises as to how to negotiate this characteristic – if possible – in a clear justification for contractual modification or termination. Or, to better take advantage of this feature and, at the same time, protect the contracting parties, how to include these hypotheses in the Smart Contracts? Therefore, considering the different challenges that these technologies represent for Private Law, notably for Contract Law, this paper aims to discuss about this pattern represented by the use of Smart Contracts in times of crisis, highlighting the problems related to the theme and presenting possible solutions.*

KEY WORDS: *Smart Contracts; crisis; contractual (in)flexibility; blockchain; Contract Law.*

SUMARIO.- I. INTRODUÇÃO.- II. A "BLOCKCHAIN" E OS "SMART CONTRACTS".- III. OS "SMART CONTRACTS" ENTRE A IMUTABILIDADE E A NECESSIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO CONTRATUAL EM PERÍODO DE CRISE.- IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

I. INTRODUÇÃO

É notável a velocidade e intensidade do desenvolvimento tecnológico nestes últimos anos, principalmente, nestas duas últimas décadas. Chamada por alguns estudiosos de 4ª Revolução Industrial[1], esta era de digitalização global acaba por estimular o surgimento de novos produtos e serviços, bem como o aparecimento de novas tecnologias, cenário em que estão compreendidos os "Smart Contracts" ou Contratos Inteligentes[2].

Em poucas palavras, os Contratos Inteligentes são contratos de execução automática, na medida que suas cláusulas são descritas no código-fonte em linguagem de programação, pelos quais há troca de fundos, bens móveis, ações e coisas a que se possam atribuir um valor[3]. Sendo sua base uma linguagem criptográfica, esta tecnologia se baseia em declarações condicionais e objetivas.

O jurista Nick Szabo[4] apresentou seu conceito pela primeira vez no final da década de 90 (noventa), mas apenas com o advento da criptomoeda "Bitcoin" e, ao mesmo tempo, da "blockchain" (cadeia de blocos), em 2008, é que os Contratos Inteligentes registaram um maior desenvolvimento. Com a chegada da plataforma "Ethereum"[5], no ano de 2015, com um novo tipo de cadeia de blocos e códigos de programação avançados, passou a haver a possibilidade de aplicação da tecnologia "blockchain" com diferentes adaptações de exclusividade, transparência

1 Cf. Schwab, K.: "The fourth industrial revolution", World Economic Forum, Geneva, 2016. Disponível em https://law.unimelb.edu.au/__data/assets/pdf_file/0005/3385454/Schwab-The_Fourth_Industrial_Revolution_Klaus_S.pdf (11.07.2020).

2 De Araujo Meirelles Magalhães, F.: "Smart Contracts: O jurista como programador", in AA.VV.: Direito Digital (coord. Por M. R. Guimarães, R. Teixeira Pedro e M. R. Redinha), Universidade do Porto, Porto, 2021, pp. 6-8.

3 Vieira da Fonseca Rocha, R., Pereira Oliveira, D., Fernandes Bragança Junior, S. H.: "Smart contracts e blockchain: uma reflexão sobre os desafios jurídicos decorrentes das inovações tecnológicas", Even3, Belo Horizonte, 2018, pp. 4-5, disponível em https://even3.blob.core.windows.net/anais/131567.pdf (22.05.2021).

4 Szabo, N.: "Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets", 1996. Disponível em http://www.truevaluemetrics.org/DBpdfs/BlockChain/Nick-Szabo-Smart-Contracts-Building-Blocks-for-Digital-Markets-1996-14591.pdf (13.03.2021).

5 Projeto lançado por Vitalik Buterin, em 2015. Buterin, V.: "A next generation smart contract & decentralized application platform", Ethereum White Paper, 2014, disponível em https://github.com/ethereum/wiki/wiki/White-Paper#decentralized-autonomous-organizations (15.05.2021).

• Fernanda de Araujo Meirelles Magalhães
Doutoranda Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Investigadora CIJE. Bolseira FCT. fernandaa.magalhaes@hotmail.com

e manutenção dos registos, estabelecendo um ambiente tecnológico sofisticado que garantiu a implementação mais avançada dos "Smart Contracts"[6].

Atualmente, nota-se um crescimento da utilização dos "Smart Contracts" e da "blockchain", principalmente em virtude das características de autoexecutabilidade, descentralização e imutabilidade.

O papel da "blockchain" nos Contratos Inteligentes é garantir a segurança através da sua forma de funcionamento, que valida as informações através de consenso, de forma descentralizada, sendo a utilização desta tecnologia determinante para aplicação destes contratos. Aliás, para a próxima década já se especula o avanço e aprimoramento das "Distributed Ledger Technologies"[7] (DLTs), onde está categorizada a cadeia de blocos[8].

Dentre outros fatores, embora já se notasse os efeitos do avanço tecnológico no âmbito dos contratos, verificou-se um crescimento do uso da tecnologia, em geral, em função da manifestação da pandemia do COVID-19. A situação pandémica produziu não só uma perturbação na vida quotidiana, mas também um impacto nas relações negociais já constituídas afetando direta ou indiretamente as prestações a serem realizadas de forma súbita e, em muitos dos casos, de forma imprevisível[9]. Por conseguinte, diante das medidas adotadas pela OMS para conter a propagação do vírus, percebeu-se um aumento significativo da utilização do meio digital, como método alternativo seguro, diante destas situações de afetação ou limitação do uso dos meios de contratação convencionais[10]. Este facto leva, nos dias hodiernos, à necessidade da utilização de soluções tecnológicas por parte, principalmente, das empresas, de forma a conservar os meios de contratação e, ao mesmo tempo, evitar ao máximo o contacto físico, no caso específico do COVID-19.

6 Cf. Fontes da Costa, M.: "Decentralized Smart Contracts: entre a autotutela preventiva e a heterotutela reconstitutiva", in AA. VV.: *Direito, Tecnologia e Empreendedorismo: uma visão luso-brasileira* (Orgs. R. Lupion e F. Araújo), Ed. Fi, Porto Alegre, 2020, p. 478. Disponível em https://www.editorafi.org/25tecnologia (18.03.2021).

7 Significado: Tecnologia distribuída de livro razão. É uma espécie de armazenamento publico de transações que se vinculam a rede criptograficamente. Estas cópias são ligadas em cada nó de uma rede descentralizada, reduzindo os pontos de vulnerabilidade. Cornelius, K.: "Standard form contracts and a smart contract future", *Internet Policy Review Journal on internet regulation,* 2018. Disponível em https://policyreview.info/articles/analysis/standard-form-contracts-and-smart-contract-future (11.10.2020).

8 Fontes da Costa, M: "Descentralized Smart" cit., p. 477. Cf. também Digibyte: "European countries join Blockchain Partnership", European Comission: Shaping Europe's digital future, 2018. Disponível em https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/european-countries-join-blockchain-partnership (04.02.02021).

9 Teixeira Pedro, R.: "A pandemia Covid-19 e as crises contratuais", *Revista Electrónica de Direito*, 2021, n.º 1, Vol. 24, pp. 2-4. Disponível em https://cije.up.pt/pt/red/edicoes-anteriores/2021-nordm-1/editorial-22/ (22.05.2021).

10 Crepaldi Esteves, B.: "A hora e a vez dos Smart Contracts", 2020. Disponível em https://blog.digitalasset.com/blog/smartcontracts-and-dataprivacy (13.04.2021)

Não obstante, se por um lado a aplicação das tecnologias dos "Smart Contracts" e da "blockchain" pode ser entendida por alguns como uma mudança de paradigma para as relações contratuais em situação de crise ou evento análogo, por outro lado, seu "modus operandi" suscita divergência de opiniões, uma vez que as características deste meio de contratação podem apresentar alguns embaraços, principalmente, naqueles contratos de execução continuada. Junto a eventos desta dimensão, como no caso de uma crise, originam-se diversas questões. Em relação aos "Smart Contracts", discute-se a respeito da sua utilização dentro de um contexto em que há a emergência de modificação ou resolução contratual.

De facto, quando nos referirmos às tecnologias disruptivas[11], como é o caso dos "Smart Contracts" e da "blockchain" despertam-se muitos questionamentos jurídicos em torno dos seus impactos para o Direito, em particular, para o Direito dos Contratos. Assim sendo, discutir-se-á a seguir algumas problemáticas relativas à utilização dos "Smart Contracts", designadamente, aquela relativa a sua imutabilidade no contexto de uma crise ou hipótese equiparável e a essencial flexibilização contratual na conjuntura de uma crise.

II. A "BLOCKCHAIN" E OS "SMART CONTRACTS"

A tecnologia "blockchain" pode ser entendida como uma espécie de "livro de registos"[12] compartilhado entre os participantes de uma cadeia, também conhecidos como "nós", mantido numa rede descentralizada, sob uma lógica "peer to peer"[13]. Assim sendo, a cadeia de blocos tem como objetivo registar transações eletrónicas através do consenso entre seus participantes sem a interferência de terceiros para validar aquela determinada informação[14].

Originalmente a "blockchain" havia sido criada para efetuar, com segurança e de forma autónoma, transações financeiras; no entanto, viu-se a enorme capacidade

11 As inovações disruptivas buscam explorar novos mercados, criar produtos para resolver problemas dos consumidores e não só melhorar os produtos já existentes. O objetivo das tecnologias disruptivas é alterar a maneira como os modelos de negócios existentes funcionam. de Franceschi, A.: *European Contract Law and the Digital Single Market: The implications of the Digital Revolution*, Mortsel, Ed. Intersentia, 2016, pp. 22-23.

12 O livro de registros ou livro-razão é a estrutura de armazenamento de dados imutável, público e global no sistema. Greve, F. [et. al.]: "Blockchain e a Revolução do Consenso sob Demanda", Simpósio Brasileiro de Redes de Computadores e Sistemas Distribuídos (SBRC) - Minicursos, [S.l.], 2018, disponível em http://www.sbrc2018.ufscar.br/wp-content/uploads/2018/04/Capitulo5.pdf (03.03.2020) Cf. também M. Rozario, A., Vasarhelyi A., M.: "Auditing with Smart Contracts. The International Journal of Digital Accounting Research", Vol. 18, 2018, pp. 1-27. Disponível em http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/14419/Auditing_with_Smart.pdf?sequence=2 (05.02.2020).

13 Os sistemas P2P são sistemas distribuídos constituído de nós interligados em formato de rede para compartilhar informações, sem a necessidade de suporte ou intermediação de um servidor centralizado. Androutsellis-Theotokis, S., Spinellis, D.: "A Survey of Peer-to-Peer Content Distribution Technologies.", *ACM Computing Surveys*, vol. 36, n.º 4, 2004, p. 337. Disponível em https://www.spinellis.gr/pubs/jrnl/2004-ACMCS-p2p/html/AS04.pdf (22.05.2020)

14 De Araujo Meirelles Magalhães, F.: "Smart Contracts" cit. pp. 10-14.

da tecnologia para aplicação em outros setores, incluindo, os "Smart Contracts"[15]. Este sucesso e expansão para outras áreas advém, principalmente, das suas características de descentralização e potencial[16] imutabilidade, que promovem maior segurança para os usuários da rede, já que qualquer intenção de alteração ou fraude dentro deste sistema seria conhecida por todos os nós ligados àquela rede, tornando particularmente difícil sua concretização.

Sumariamente, a "blockchain" possui esta designação devido ao seu esquema de funcionamento, que se faz por meio de blocos que se sobrepõem formando uma impressão digital, isto é, o bloco seguinte sempre terá a informação do bloco anterior e, só assim, irá gerar sua própria impressão digital. Estas características da cadeia de blocos criaram um contexto propício para a aplicação dos "Smart Contracts", introduzidos por Nick Szabo, motivo pelo qual estas duas tecnologias encontram-se, muitas das vezes, relacionadas.

O conceito de Szabo de "Smart Contracts" tinha por objetivo corrigir as fragilidades dos meios convencionais de contratação e os definia como promessas, especificadas em formato digital, executadas automaticamente, quando satisfeitas suas condições prévias[17]. Esta configuração que desempenha a realização de contratos possui um funcionamento baseado em um rol de instruções codificadas sob uma lógica condicional e objetiva (Se "X" – então "Y") [18].

Para o que entendemos hoje por Contratos Inteligentes, o protótipo equiparado às máquinas de venda automática ("vending machines"[19]) era uma conceção menos sofisticada e não distinguia aqueles "Smart Contracts" formados dentro de uma rede distribuída daqueles estritamente reduzidos a códigos automatizados. Posteriormente, autores como Vitalik Buterin, criador da plataforma "Ethereum", também vieram a utilizar a expressão "Smart Contracts", mas, desta vez, para os remeter às transações construídas na "blockchain"[20].

15 Vieira da Fonseca Rocha R., Pereira Oliveira, D.; Fernandes Bragança Junior, S. H.: "Smart contracts", cit., p. 3.

16 Usa-se a palavra "potencial", pois, segundo o que deslindaremos a seguir, os "Smart Contracts" já podem ser modificados com auxílio de um sistema, desde que acordado entre as partes.

17 Szabo, N.: "Smart Contracts", cit.

18 Gómez, M. A.: "(In)fallible Smart Legal Contracts", in AA.VV.: Legal challenges in the New Digital Age (A.M. Lopez Rodriguez, M.D. Green, M. Lubomira Kubica), Leiden, Koninklijke Brill, 2021, pp. 29-30.

19 As máquinas de venda automática são máquinas independentes que, ao serem introduzidas moedas, dispensam os mais variados tipos de bens. Significado disponível em https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/vending-machine (08.07.2021). Cf. também Schrepel, T.: "Smart Contracts and the Digital Single Market Through the Lens of a "Law + Technology" Approach", European Comission, 2021, p. 16. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3947174 (10.10.2021).

20 Buterin, V.: "A next generation smart contract & decentralized application platform", *Ethereum White Paper*, 2014. Disponível em https://github.com/ethereum/wiki/wiki/White-Paper#decentralized-autonomous-organizations (15.05.2021).

Com a ascensão dos estudos sobre o tema e aumento dos questionamentos em torno dos Contratos Inteligentes, viu-se que era essencial distinguir as conceções de "Smart Contracts", que podem variar em função da abordagem que estamos diante, ou seja, se estamos a referir-nos a uma abordagem com enquadramento legal ou apenas a códigos informáticos (ótica computacional)[21]. Isto porque, para alguns teóricos, o termo inicial foi um pouco inadequado, já que muitos destes "Smart Contracts", paradoxalmente, não podem ser considerados nem "smart" e, muito menos, "contracts"[22].

Paralelamente à discussão existente em torno da natureza jurídica dos "Smart Contracts" – se podem ser considerados contratos em sentido técnico-jurídico ou não – interroga-se a relação entre os acordos realizados nesta configuração de contrato e o sistema jurídico[23]. Parece-me que esta questão vai além da validade das assinaturas e está relacionada com a identificação das partes do contrato, a inflexibilidade dos "Smart Contracts" e o respeito aos princípios contratuais.

Rebater este questionamento em torno dos Contratos Inteligentes irá depender de alguns elementos como, por exemplo, o caso específico do tipo de "Smart Contract" a que nos referimos e a lei aplicável. Centrando o nosso foco nos "Smart Legal Contracts", assim como toda interação social, por vezes traduzida em acordos, a ordem normativa está sempre iminente, ainda que não seja explícita[24]. Deste modo, no caso específico destes "Smart Legal Contracts", diferentemente dos demais, mesmo que não se pense nas implicações legais daquele acordo, a lei nunca estará totalmente ausente e o contrato não estará – e nem poderia estar – completamente à parte do sistema jurídico.

Uma vez que nem todos os Contratos Inteligentes possuem os elementos necessários de um acordo vinculativo ao abrigo dos princípios jurídicos aplicáveis ou são suscetíveis de afetar as relações jurídicas, os argumentos deste trabalho serão baseados nos "Smart Contracts" sob uma ótica juridicamente vinculante, também conhecidos como "Smart Legal Contracts"[25], onde existe um acordo

21 Neste ponto, sem nos alongarmos a respeito do assunto, observando os "Smart Contracts" à luz do Direito Português, nomeadamente, nos artigos 25º e 26º do Decreto-Lei nº 7/2004, considerá-los como vero contrato também irá depender da ótica pela qual se analisa, sendo certo que se considerarmos como acordo de vontades pré estipulado aquando da formação do contrato, não aparenta haver nenhum óbice na Lei para sua classificação como tal.

22 M. Antonopoulos, A., Wood, G.: "What is a Smart Contract?", 2018. Disponível em: https://github.com/ethereumbook/ethereumbook/blob/develop/07smart-contracts-solidity.asciidoc#what-is-a-smart-contract (18.03.2021).

23 Gómez, M. A., "(In)fallible Smart", cit., pp. 29-30.

24 Gómez, M. A., "(In)fallible Smart", cit., p. 31.

25 Os "Smart Legal Contracts" não se confundem com os "Smart Contracts" com implicação legal. O primeiro termo refere-se a contratos dentro da "blockchain" que representam ou possuem a intenção de representar um contrato legal, junto com as questões que isto envolve. Já os segundos, são construções baseadas em tecnologia inteligente, que possuem certas implicações legais. Cf. Lyons, T., Courcelas L., Timsit, K.: "Legal and regulatory framework of blockchains and Smart Contracts", The European Union Blockchain Observatory and Forum, Bruxelas, 2019, pp. 23-25. Disponível em https://www.

de vontades manifestado total ou parcialmente através de códigos criptografados autoexecutáveis, já que esta é a conceção que mais se aproxima da conceção jurídica de contratos.

Verdadeiramente, apesar dos diferentes pontos de vista em relação aos "Smart Contracts", são notáveis as suas potenciais vantagens quando comparados aos acordos tradicionais. Dentre elas, podemos assinalar o facto de, por se tratarem de contratos autoexecutáveis, ao que parece reduzem os litígios típicos dos contratos. Além disso, a promessa de baixos custos e a desnecessidade de confiança em um terceiro intermediário para realização do contrato – situação típica nos contratos tradicionais – também são fatores de mais valia no uso destes contratos.

Por outra via, sua eventual imutabilidade, garantida através da "blockchain", é ponto de críticas por alguns, visto que podem ir contra alguns princípios e institutos basilares do direito contratual, dificultando em casos de urgência de modificação ou resolução contratual.

Isto posto, faz-se pertinente desenvolvermos a seguir este último ponto, objeto de discussão em matéria de "Smart Contracts".

III. OS "SMART CONTRACTS" ENTRE A IMUTABILIDADE E A NECESSIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO CONTRATUAL EM PERÍODO DE CRISE

Em sede de "Smart Contracts", podemos afirmar que o que os distingue dos demais meios de contratação são as suas características de imutabilidade e autoexecutabilidade. Na verdade, em teoria, os contratos existem com a função de impedir que haja desvio de conduta ou desequilíbrio entre as partes. A imutabilidade, da cadeia de blocos nos "Smart Contracts", por sua vez, acaba por fazer o papel de evitar que haja qualquer desvio técnico do acordo inicial, justificando a força que sua utilização vem ganhando nos últimos anos[26].

De certa forma, estas particularidades, certamente, resolvem algumas instabilidades da contratação tradicional, conforme preconizava Szabo. Todavia, podem haver pontos falhos nos casos em que há a necessidade de flexibilizar o contrato numa circunstância de uma crise ou situação similar, já que, "a priori", as cláusulas, uma vez inseridas, não poderiam ser modificadas.

eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/report_legal_v1.0.pdf (04.08.2021) Legerén-Molina, A.: "Los contratos inteligentes en España: La disciplina de los Smart Contracts", *Revista de Derecho Civil: Notarios y Registradores*, vol. V, n.º 2, 2018, p. 195. Disponível em: https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/320 (27.10.2020).

26 Schrepel, T.: "Smart Contracts", cit., pp. 16-17.

Como vimos, para que o contrato seja automatizado, a linguagem inserida nos códigos dos "Smart Contracts" deve ser objetiva[27], o que exige interpretação dos termos antes de incluí-los no contrato e tende a limitar as cláusulas que podem ser incorporadas, uma vez que seria complicado utilizar dentro de códigos computacionais uma linguagem mais complexa, suscetível de diferentes interpretações. Temos consciência de que a linguagem jurídica pode ser extremamente complexa e, para mais, existem conceitos e institutos fundamentais para o Direito Contratual difíceis de transformar em termos objetivos, como, "exempli gratia", as cláusulas de "hardship"[28], a força maior, o caso fortuito e a razoabilidade, que precisam ser considerados nesta classe de evento.

Na ocorrência de uma crise ou circunstância análoga, em diversos casos, as situações que afetam o acordo obrigacional podem ser desconhecidas pelas partes, quando não são imprevisíveis. Deste modo, outro ponto controvertido está na imutabilidade dos "Smart Contracts", uma vez que existem situações adversas, alheias ao risco próprio do contrato e que são capazes de alterar significativamente o cumprimento do contrato. Ora, em princípio, seria difícil incorporar dentro dos "Smart Contracts" as cláusulas criptografadas que determinem diferentes resultados[29] e, ainda que possível fosse, seira difícil e, porventura, oneroso, antever todas as possibilidades de afetação contratual.

Pensando em todos estes fatores, foram criadas algumas soluções alternativas para se manter o uso dos "Smart Contracts" sem deixar de amparar as hipóteses em que se nota a necessidade de reavaliação contratual. No entanto, estes remédios não são unânimes e suscitam outros questionamentos em torno dos Contratos Inteligentes.

A princípio, compreendendo os "Smart Contracts" como acordos realizados no todo ou em parte em código computacional, seria possível debater sobre uma espécie de contratação mista. Neste sentido, o contrato físico comportaria as cláusulas que dependem de uma interpretação meticulosa, como termos e expressões mais complexos (tal como em um contrato tradicional), enquanto que as outras cláusulas daquele determinado contrato seriam escritas dentro do código.

27 Mik, E.: "Smart contracts: terminology, technical limitations and real world complexity", *Law, innovation and technology*, vol. 9, n.º 2, 2017, p. 289. Disponível em https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17579961.2017.1378468 (06.02.2021).

28 As cláusulas de "hardship" são inseridas no contrato pelas partes, como expressão da autonomia privada. Estas cláusulas permitem, portanto, a renegociação do contrato perante um desequilíbrio contratual causado na ocorrência de novas circunstâncias, não coberta pelos riscos do próprio contrato, podendo, inclusive, levar a resolução do mesmo. Fontes Da Costa, M: *Da alteração superveniente das circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*, Coimbra, Ed. Almedina, 2017, pp. 249-250. Cf. Unidroit, "Principles of international commercial contracts", International Institute for the Unification of Private Law, Roma, 2016, p. 218. Disponível em https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf (23.03.2019)

29 Legerén-Molina, A.: "Los contratos", cit., pp. 200-203.

Embora, à primeira vista, pareça ser a solução ideal, não resolveria todo o problema ligado à imutabilidade. Isto porque, caso as cláusulas codificadas fossem afetadas na circunstância de uma crise, as partes permaneceriam vinculadas ao cumprimento do contrato, tal como descrito[30], já que nesta ideia nenhuma destas partes do contrato (escrita manualmente ou criptografada) se sobreporia a outra.

Uma outra questão invocada em relação a estes "Smart Contracts" mistos tem a ver com a probabilidade de existir um conflito entre a linguagem natural e os termos codificados[31]. Estas disputas entre o conteúdo codificado e a linguagem natural escrita manualmente poderiam ser resolvidas através da interpretação, aplicando o sentido que melhor constituir equilíbrio às prestações. Todavia, seria complicado analisar e interpretar os termos criptografados, já que, normalmente, a interpretação pelos tribunais é feita com base na linguagem natural.

Nos dias atuais, também muito se fala de solucionar o problema dos "Smart Contracts" em aceder a dados fora da base – e que, de certo modo, limita os Contratos Inteligentes de cumprir certas funções possíveis nos acordos convencionais – por meio dos denominados "Oráculos"[32]. Através deste sistema descentralizado podem ser fornecidos dados fora da base ou, até mesmo, recursos computacionais adicionais aos "Smart Contracts"[33]. Os Contratos Inteligentes que utilizam esta rede, que também podem ser chamados de "Contratos Inteligentes híbridos", obtêm as informações externas de fatos inquestionáveis (que não dão espaço para interpretações dúbias), ou interpretáveis (necessitando de uma avaliação prévia de especialistas). Em ambos os casos, mas em especial neste último, para conservar a segurança dos "Smart Contracts", é imprescindível que a intermediação destes "oráculos" seja fiável e imparcial, cuja intervenção é relevante para evitar o abuso de direito e garantir a segurança jurídica, por isso a importância da descentralização deste sistema.

Nestes casos de necessidade de flexibilização contratual, ao que parece, este último remédio seria a opção mais adequada. Além disso, numa visão otimista, alguns autores chegam a afirmar que estes "Contratos Inteligentes híbridos" poderão substituir os contratos tradicionais, sob o argumento de que estes são mais baratos e mais céleres[34], quando comparados aos contratos tradicionais. Contudo, não se pode deixar de observar algumas dificuldades neste modelo de

30 De Araujo Meirelles Magalhães, F.: "Smart Contracts" cit. pp. 36-37.

31 Law Comission: "Smart Contracts: Summary of call for evidence", London, 2021, p. 10. Disponível em https://www.lawcom.gov.uk/project/smart-contracts/ (26.11.2021).

32 Tur Faúndez, C.: *Smart contracts: análisis jurídico*, Colección de derecho de las nuevas tecnologías. Madrid, Reus Editorial, 2018, p. 111-115.

33 Ver mais em Aliança Portuguesa Blockchain: "O futuro estará nos contratos inteligentes híbridos?", 2021. Disponível em https://all2bc.com/noticias/o-futuro-estara-nos-contratos-inteligentes-hibridos-2 (05.10.2021)

34 Aliança Portuguesa Blockchain: "O futuro" cit.

"Smart Contract", visto que pode ocorrer um mau funcionamento do "Oráculo", uma falha no sistema da plataforma na qual o código é implementado, ou, até mesmo, haver algum tipo de interferência por um "malware"[3536].

Sem embargo, apesar de, na atualidade, existirem soluções para a problemática da imutabilidade, nota-se que, em relação aos "Smart Contracts" como paradigma em tempos de crise, um dos principais obstáculos está em encontrar uma alternativa que, por um lado, viabilize meios de alteração deste registo para o tornar menos rígido e, por outro, mantenha as características fundamentais dos "Smart Contracts", que tornam esta tecnologia inovadora.

Isto visto que, em partes, os Contratos Inteligentes têm como um dos principais objetivos reduzir o uso de intermediários e impedir a alteração do código. Reintegrar um requisito de confiança a um terceiro, ainda que através de uma plataforma descentralizada, como é o caso dos "Oráculos", pode vir a representar mais uma complicação, quando nos recordamos do objetivo inicial destes contratos[37].

Em contrapartida, os contratos inteligentes não podem ter um impacto duradouro e sustentável se se mantiverem "cegos" ao que está acontecendo fora da "blockchain"[38]. Desta forma, o uso destas alternativas garantiria a justiça contratual e a aplicação de interpretações mais complicadas, usufruindo das vantagens dos Smart Contracts sem deixar de respeitar as legislações vigentes e, principalmente, os institutos e princípios existentes.

Ainda que sua utilização possa causar alguma resistência, os "Smart Contracts" vêm ganhando cada vez mais força para realização dos negócios atuais, em especial, no comércio eletrónico e em transações de plataformas digitais. Inclusive, poderá contribuir bastante para o avanço das chamadas DLTs. Ainda que existam argumentos contrários em relação, principalmente, à sua inflexibilidade, atualmente, nota-se que já é possível contornar, de certa maneira, esse obstáculo através de propostas alternativas, como é o caso dos "Oráculos".

Efetivamente, estas soluções contrapõem os argumentos sobre a vulnerabilidade das partes à luz de fatores supervenientes provenientes de uma crise ou situação análoga, já que alinha estes contratos com as legislações vigentes.

35 Trata-se de um "software" malicioso projetado para se infiltrar num determinado dispositivo sem conhecimento. É o exemplo do vírus. Cf. https://www.mcafee.com/pt-pt/antivirus/malware.html (12.11.2021)

36 Law Comission: "Smart Contracts", cit. p. 14.

37 De Araujo Meirelles Magalhães, F.: "Smart Contracts", cit., pp. 39-40.

38 Schrepel, T.: "Smart Contracts", cit., p. 27.

Mas, no momento atual, ainda é precoce afirmar que os "Smart Contracts" irão substituir o modelo tradicional de contratação.

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável a presença da tecnologia na sociedade atual e a interferência que ela tem nos mais diversos segmentos, como na Educação, na Economia e no Sistema Jurídico. A consequência deste fenómeno é o surgimento das mais variadas soluções tecnológicas, representando inúmeras expetativas e desafios.

Na revolução digital atual, ao que tudo indica, a trajetória do uso dos "Smart Contracts", assim como no caso das tecnologias de registo distribuído, percorrerá uma curva ascendente de desenvolvimento, ao longo dos próximos anos. Contudo, o que fica patente é que a rigidez é, ao mesmo tempo, um dos elementos mais importantes e um dos grandes riscos para a utilização dos Contratos Inteligentes. Por isso, é preciso ter especial atenção na sua elaboração para contornar os obstáculos que causam receio na implementação do novo, principalmente, no âmbito do Direito.

A eficiência dos "Smart Legal Contracts" é, certamente, atraente e não é – de todo – injustificável o entusiasmo em torno do seu surgimento e evolução. Entretanto, seria demasiado dizer que os Contratos Inteligentes são uma substituição completa dos contratos tradicionais ou de todo envolvimento humano nos acordos negociais.

De maneira geral, os contratos são a representação de relações complexas delineadas pela vontade humana que, podem incorporar regras para se prevenir o efeito de determinadas situações futuras, contudo, há uma certa limitação desta situação, já que as partes só podem decidir, até certo ponto, com fundamento nas informações que dispunham no momento da contratação. Além disso, o esforço necessário para incluir todas as contingências possíveis em cláusulas dos "Smart Contracts" pode ter um custo extremamente alto, enfraquecendo um dos seus objetivos essenciais.

Muitos dos exemplos de contratos dentro do sistema legal, principalmente daqueles que se prolongam no tempo requerem uma flexibilização, ou seja, apesar de não seguir estritamente aquele acordo estipulado inicialmente ou a letra de lei, não deixam de ser eficientes. Na prática, há um nível tolerável de desvio entre o que se estipula e o que se executa.

Embora seja potencialmente um recurso o uso dos "Smart Contracts" em situações de crise, as vulnerabilidades, como no caso da linguagem (já que o

código usa uma semântica formal que dificulta a transformação da linguagem natural em código), devem, em primeiro lugar, ser corrigidas para melhor usufruir desta tecnologia. É de facto relevante o uso da tecnologia dentro deste e de outros cenários, mas ainda não é completamente seguro substituir os meios de contratação convencionais. Atualmente, a proposta de automação dos Contratos Inteligentes cobre apenas parcialmente o sistema jurídico – mais na formação do contrato do que na linguagem –, enxergando-os mais como um complemento aos demais meios de contratação existentes.

Ante todo o exposto, a força da utilização da tecnologia nos dias atuais é inquestionável, além de contribuir e muito para evolução de diversos setores de atividade, especialmente, para o Direito. Por isso, apesar das adversidades que a utilização dos "Smart Contracts" possa causar no âmbito contratual, diante das vantagens que este tipo de contratação proporciona, a tendência é que, cada vez mais, estas possam ser utilizadas em benefício do setor jurídico, sobretudo na elaboração de contratos e que, numa visão otimista, possam vir a ser uma solução diante das crises contratuais, mas, ao meu ver, na atual conjuntura, ainda é prematuro fazer esta afirmação.

AGRADECIMENTOS

Este artigo foi elaborado no âmbito da Bolsa de Investigação para Doutorando na área de Direito, contrato-programa plurianual de unidades de I&D 2020-2023 entre a FCT, a FDUP e o CIJE.

BIBLIOGRAFIA

Aliança Portuguesa Blockchain: "O futuro estará nos contratos inteligentes híbridos?", 2021. Disponível em https://all2bc.com/noticias/o-futuro-estara-nos-contratos-inteligentes-hibridos-2 (05.10.2021)

Androutsellis-Theotokis, S., Spinellis, D.: "A Survey of Peer-to-Peer Content Distribution Technologies.", *ACM Computing Surveys*, vol. 36, n.º 4, 2004, pp. 335–371. Disponível em https://www.spinellis.gr/pubs/jrnl/2004-ACMCS-p2p/html/AS04.pdf (22.05.2020)

B. Cornelius, K.: "Standard form contracts and a smart contract future", *Internet Policy Review Journal on internet regulation*, 2018, pp. 1-18. Disponível em https://policyreview.info/articles/analysis/standard-form-contracts-and-smart-contract-future (11.10.2020)

Buterin, V.: "A next generation smart contract & decentralized application platform", *Ethereum White Paper*, 2014. Disponível em https://github.com/ethereum/wiki/wiki/White-Paper#decentralized-autonomous-organizations (15.05.2021)

Crepaldi Esteves, B.: "A hora e a vez dos Smart Contracts", 2020. Disponível em https://blog.digitalasset.com/blog/smartcontracts-and-dataprivacy (13.04.2021)

De Araujo Meirelles Magalhães, F.: "Smart Contracts: O jurista como programador", in AA.VV.: Direito Digital (coord. por M. R. Guimarães, R. Teixeira Pedro e M. R. Redinha), Universidade do Porto, Porto, 2021, pp. 5-72

Digibyte: "European countries join Blockchain Partnership", European Comission: Shaping Europe's digital future, 2018. Disponível em https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/european-countries-join-blockchain-partnership (04.02.02021)

Fontes da Costa, M.: "Decentralized Smart Contracts: entre a autotutela preventiva e a heterotutela reconstitutiva", in AA. VV.: *Direito, Tecnologia e Empreendedorismo: uma visão luso-brasileira* (Orgs. R. Lupion e F. Araújo), Ed. Fi, Porto Alegre, 2020, pp. 477-494. Disponível em https://www.editorafi.org/25tecnologia (18.03.2021)

Fontes Da Costa, M: "Da alteração superveniente das circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais", Coimbra, Ed. Almedina, 2017

Franceschi, A.: "European Contract Law and the Digital Single Market: The implications of the Digital Revolution", Mortsel, Ed. Intersentia, 2016

Gómez, M. A.: "(In)fallible Smart Legal Contracts", in AA.VV.: *Legal challenges in the New Digital Age* (A.M. Lopez Rodriguez, M.D. Green, M. Lubomira Kubica), Leiden, Koninklijke Brill, 2021, pp. 29-44.

Greve, F., Sampaio, L., Abijaude, J., Coutinho, A. A., Valcy, I.; Queiroz, S.: "Blockchain e a Revolução do Consenso sob Demanda", Simpósio Brasileiro de Redes de Computadores e Sistemas Distribuídos (SBRC) - Minicursos, [S.l.], 2018, disponível em **h**ttp://www.sbrc2018.ufscar.br/wp-content/uploads/2018/04/Capitulo5.pdf (03.03.2020)

Law Comission: "Smart Contracts: Summary of call for evidence", London, 2021. Disponível em https://www.lawcom.gov.uk/project/smart-contracts/ (26.11.2021)

Legerén-Molina, A.: "Los contratos inteligentes en España: La disciplina de los Smart Contracts", *Revista de Derecho Civil: Notarios y Registradores*, vol. V, n.º 2, 2018, pp. 193-241. Acessível em: https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/320 (27.10.2020)

Lyons, T., Courcelas L., Timsit, K.: "Legal and regulatory framework of blockchains and Smart Contracts", *The European Union Blockchain Observatory and Forum*, Bruxelas 2019. Disponível em https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/report_legal_v1.0.pdf (04.08.2021)

M. Antonopoulos, A.; Wood, G.: "What is a Smart Contract?", 2018. Disponível em: https://github.com/ethereumbook/ethereumbook/blob/develop/07smart-contracts-solidity.asciidoc#what-is-a-smart-contract (18.03.2021)

M. Rozario, A., A. Vasarhelyi, M.: "Auditing with Smart Contracts. The International Journal of Digital Accounting Research", Vol. 18, 2018, pp. 1-27. Disponível em http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/14419/Auditing_with_Smart.pdf?sequence=2 (05.02.2020)

Mik, E.: "Smart contracts: terminology, technical limitations and real world complexity", *Law, innovation and technology*, vol. 9, n.º 2, 2017, pp. 269-300. Disponível em https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17579961.2017.1378468 (06.02.2021)

Schrepel, T.: "Smart Contracts and the Digital Single Market Through the Lens of a "Law + Technology" Approach", European Comission, 2021. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3947174 (10.10.2021)

Schwab, K.: "The fourth industrial revolution", World Economic Forum, Geneva, 2016. Disponível em https://law.unimelb.edu.au/__data/assets/pdf_

file/0005/3385454/Schwab-The_Fourth_Industrial_Revolution_Klaus_S.pdf (11.07.2020)

Szabo, N.: "Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets", 1996. Disponível em http://www.truevaluemetrics.org/DBpdfs/BlockChain/Nick-Szabo-Smart-Contracts-Building-Blocks-for-Digital-Markets-1996-14591.pdf (13.03.2021)

Teixeira Pedro, R.: "A pandemia Covid-19 e as crises contratuais", *Revista Electrónica de Direito*, 2021, n.º 1, Vol. 24, pp. 2-4. Disponível em https://cije.up.pt/pt/red/edicoes-anteriores/2021-nordm-1/editorial-22/ (22.05.2021)

Tur Faúndez, C.: *Smart contracts: análisis jurídico*, Colección de derecho de las nuevas tecnologías, Reus Editorial, Madrid, 2018.

Unidroit, "Principles of international commercial contracts", International Institute for the Unification of Private Law, Roma, 2016. Disponível em https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf (23.03.2019)

Vieira da Fonseca Rocha, R., Pereira Oliveira, D., Fernandes Bragança Júnior, S. H.: "Smart contracts e blockchain: uma reflexão sobre os desafios jurídicos decorrentes das inovações tecnológicas", Even3, Belo Horizonte, 2018. Disponível em https://even3.blob.core.windows.net/anais/131567.pdf (22.05.2021)

INFLUENCIA ALGORÍTMICA E INMUTABILIDAD DE LOS SMART CONTACTS: ¿CÓMO IMPACTAN ESTAS TECNOLOGÍAS EN LA ASIMETRÍA CONTRACTUAL?

ALGORITHMIC INFLUENCE AND IMMUTABILITY OF SMART CONTACTS: HOW DO THESE TECHNOLOGIES IMPACT ON CONTRACTUAL ASYMMETRY?

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1270-1287

Cecilia Celeste
DANESI

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: En el presente trabajo nos proponenos analizar el impacto de dos tecnologías de la Cuarta Revolución Industrial en el Derecho de los Contratos, con un marcado enfoque en los sujetos vulnerables del contrato. La primera de ellas es la "inteligencia artificial" que tiene un rol preponderante al momento de la formación, celebración y análisis del contrato. Aquí nos preguntamos cómo impactan los algoritmos en la toma de decisiones, para lo cual, haremos un paso por las neurociencias. La segunda tecnología a abordar, es la denominada blockchain que se emplea en los Smart Contracts (contratos inteligentes). El eje del análisis radicará en una de sus más destacadas características: la inmutabilidad.

PALABRAS CLAVE: Blockchain, Contratos intelingentes, inteligencia artificial, algoritmo, algoritmos, Derecho de Daños, Derecho de los Contratos, Derecho del consumidor, Neurociencias, sujetos vulnerables, personería jurídica.

ABSTRACT: *We propose to analyse the impact of two of the Fourth Industrial Revolution Technologies in Contract Law, with a special focus on vulnerable groups. The first one, "artificial intelligence", which has a key role in contract formation, analysis and conclusion. From this point, we are interested in finding out how algorithms impact in our decision-making processes; to do so, we will see neurosciences. The second technology to study will be "blockchain" (Smart Contracts) and its most remarkable characteristic: immutability.*

KEY WORDS: *Blockchain, Smart Contracts, artificial intelligence, algorithms, algorithm, Tort Law, Contract Law, Consumer Law, Neurosciences, vulnerable groups, legal personality.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL DERECHO DE LOS CONTRATOS. 1. La inteligencia artificial y su controvertida definición. 2. La utilización de la inteligencia artificial en la esfera contractual. 3. El análisis jurídico. A) El reconocimiento de la personería jurídica electrónica a los sistemas de inteligencia artificial B) Las normas relativas a la formación del contrato, la IA, las neurociencias y la desprotección de los consumidores C) Los neuroderechos - III. LA TECNOLOGÍA BLOCKCHAIN Y EL DERECHO DE LOS CONTRATOS. 1. Los contratos inteligentes y su regulación. 2. La inmutabilidad de los contratos inteligentes y la desprotección de los consumidores - IV. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN:

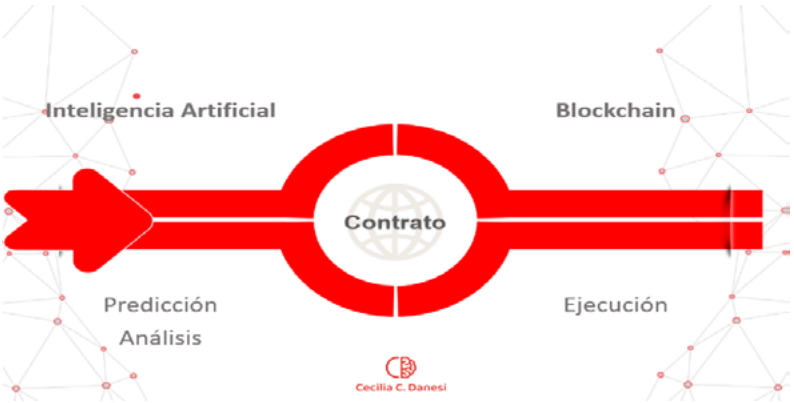
La Cuarta Revolución Industrial llegó para cambiar radicalmente el paradigma de las sociedades modernas. IoT, blockchain, nanotecnología, computación cuántica y principalmente, la inteligencia artificial (IA) -entre otras tecnologías emergentes-, nos invitan a repensar las estructuras más tradicionales del Derecho, especialmente luego de la llegada del Covid-19.

El derecho de los contratos no se encuentra ajeno a esta situación. Por ello, en este trabajo, nos proponemos analizar el impacto de la tecnología blockchain (puntualmente los Smart Contracts) y la inteligencia artificial (en adelante también IA), en el área del Derecho mencionada. Esto lo haremos con una línea de estudio concreta: la afectación de esas tecnologías en los sujetos vulnerables de la relación contractual; generalmente los consumidores y usuarios pero no solamente ellos.

Así, puntualmente nos focalizaremos en dos cuestiones: por un lado, el rol de los algoritmos en la gestión de los contratos y cómo éstos influyen en la "autonomía contractual" (para ello las neurociencias serán de gran valor) y, por el otro, la inmutabilidad de los contratos inteligentes y sus consecuencias.

Tal como veremos a continuación y se ejemplifica en la siguiente imagen, la inteligencia artificial arriba en un primer momento de la celebración del contrato, mientras que los *smart contracts* cobran una mayor virtualidad al momento de la ejecución del mismo.

• Cecilia Celeste Danesi
Profesora en Inteligencia Artificial y Derecho, Universidad de Buenos Aires (www.ceciliadanesi.com / ccdanesi@gmail.com).



II. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL DERECHO DE LOS CONTRATOS

1. La inteligencia artificial y su controvertida definición

En palabras sencillas, la inteligencia artificial se caracteriza por realizar funciones que se asemejan a las de la mente humana (o al menos lo intenta). Sus rasgos más destacables son la autonomía y el autoaprendizaje; lo que significa que la IA toma decisiones absolutamente independientes de su creador o diseñador y, además, tiene la capacidad de seguir aprendiendo una vez puesta en circulación. Además de todo ello, tiene la habilidad de procesar enormes cantidades de datos. Esta combinación convierte a la inteligencia artificial en una valiosa herramienta que se utiliza en las más diversas áreas, tales como la medicina, los vehículos autónomos, el marketing, la robótica (vgr. militar, asistencia de personas mayores, etc.), entre muchos otras.

Ahora bien, intentemos brindar una definición de IA, lo cual es difícil puesto que no hay consenso. La Real Academia Española la define como una disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico[1].

La propuesta de regulación de la IA de la Unión Europea, denominada "Artificial Intelligence Act", define "sistema de inteligencia artificial" como "el software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos,

1 Real Academia Española, disponible al 08/11/21 en https://dle.rae.es/inteligencia?m=form#2DxmhCT.

predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa"[2].

Si bien esa propuesta legislativa constituye una de las publicaciones más recientes de la Unión Europea, encontramos una conceptualización más clara y completa en el documento denominado "Una definición de la inteligencia artificial: principales capacidades y disciplinas científicas"[3] realizado por el Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre IA de la UE. Allí se consigna que son "sistemas de software (y en algunos casos también de hardware) diseñados por seres humanos que, dado un objetivo complejo, actúan en la dimensión física o digital mediante la percepción de su entorno a través de la obtención de datos, la interpretación de los datos estructurados o no estructurados que recopilan, el razonamiento sobre el conocimiento o el procesamiento de la información derivados de esos datos, y decidiendo la acción o acciones óptimas que deben llevar a cabo para lograr el objetivo establecido. Los sistemas de IA pueden utilizar normas simbólicas o aprender un modelo numérico; también pueden adaptar su conducta mediante el análisis del modo en que el entorno se ve afectado por sus acciones anteriores". A primera vista, esta definición nos presenta las diversas características que tiene la IA (y que la diferencian de cualquier otra tecnología): recopilación de datos de forma permanente, capacidad de procesar enormes cantidades de datos en cuestión de segundos, autonomía y autoaprendizaje.

Estas habilidades se utilizan con varios fines, entre ellas, para la elaboración y gestión de contratos. Así, empresas que antes tenían grandes firmas de abogados para la redacción y celebración de aquellos, hoy cuentan con sistemas inteligentes capaces de proponer contratos específicos para cada caso concreto. Además, también existen sistemas capaces de identificar los posibles riesgos que puede acarrear ese contrato y de detectar errores en los contratos ya celebrados.

2. La utilización de la inteligencia artificial en la esfera contractual

Gracias a su capacidad predictiva y a la posibilidad de analizar enormes cantidades de datos, la inteligencia artificial puede desarrollar diversas tareas al momento de la negociación, formación y celebración de un contrato y también de control/supervisión en una etapa posterior.

Lawgeex es una empresa que desarrolló la herramienta Contract Review Automation (CRA)[4], un software de inteligencia artificial que ayuda a los equipos

2 Artificial Intelligence Act, disponible al 08/11/21 en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF.

3 Grupo independiente de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial, "Una definición de la inteligencia artificial: principales capacidades y disciplinas científicas", Unión Europea, junio de 2018, p. 6, disponible al 20/03/20 en https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai.

4 Lawgeex, disponible al 08/11/21 en https://www.lawgeex.com/cra/.

legales internos a automatizar el proceso de revisión de contratos durante la fase previa a la firma. El software puede diagnosticar, marcar y solucionar problemas contractuales durante la negociación en vivo y, a la vez, reduce el riesgo. Su plato fuerte son los acuerdos de rutina, de alto volumen y de complejidad baja a media, como acuerdos marco, de suministro y otros. El funcionamiento consta de tres niveles. En el nivel I "Report card" el cual asigna un nivel de riesgo a varias cláusulas para que el profesional sepa en cuáles enfocarse; en el segundo, "Suggested changes", el cual proporciona sugerencias de idiomas de reemplazo y destaca qué secciones deben eliminarse y, por último, en el nivel III, "Surgical redlining", revisa y marca los contratos, incluidos los documentos propios y de terceros, y las iteraciones posteriores necesarias para que el contrato esté listo para su firma.

Tal como podemos apreciar, el software se erige como una verdadera herramienta de asistencia para los abogados y las abogadas. Su creadora asevera que el foco está puesto en el complemento entre humanos y máquinas, aprovechando las virtudes de cada uno. Además, enfatiza que la tecnología es mucho más efectiva con contratos rutinarios y, aquellos que posean mayor especificidad, deberán ser delegados en profesionales expertos.

Otro ejemplo es SpeedLegal[5] un software que utiliza machine learning para predecir los riesgos que posee un contrato y hacer un resumen del mismo. Este software tiene la particularidad que no solo se ofrece para asistir a despachos de abogados, sino también a consumidores en el campo de los bienes raíces. Brinda la posibilidad que, un sujeto que quiera adquirir una propiedad, pueda de manera gratuita evaluar tres contratos por cuenta. El sistema revisa que todas las partes involucradas formen parte del acuerdo, realiza un resumen de las partes relevantes del documento y analiza posibles riesgos.

3. El análisis jurídico

La injerencia de la inteligencia artificial en la vida cotidiana de las personas ha dado mucho de "que hablar". Si bien las temáticas que ocupan el centro de la discusión giran en torno a la protección de los datos personales, los sesgos algorítmicos o la responsabilidad civil por el uso de algoritmos, existen otras cuestiones preocupantes atinentes al rol de la inteligencia artificial como asistente en la realización de determinadas tareas. Aquí encontramos diversos matices en lo que atañe al rol de los operadores jurídicos y a los requisitos legales para la formación de los contratos.

5 SpeedLegal, disponible al 08/11/21 en https://speedlegal.io/solutions/real-estate.

A) El reconocimiento de la personería jurídica electrónica a los sistemas de inteligencia artificial

En cuanto al primer eje, para comenzar, debemos mencionar el debate acerca de la posibilidad de dotar a los sistemas inteligentes de una personería jurídica. Así, si un software que participa en la creación y celebración de un contrato posee personalidad, tendrá como lógica consecuencia, derechos y obligaciones.

La idea de dotar a determinados sistemas autónomos de una personería jurídica electrónica ya fue incluida en el Informe del 27/01/17 de la Comisión de Asuntos Jurídicos con recomendaciones a la Comisión Europea para creación de una directiva relativa a las normas de legislación civil en materia de robótica[6], donde se señalaba la posibilidad de crear —a largo plazo— una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente.

Posteriormente, el Dictamen del Comité Económico y Social[7] europeo rechazó toda idea de dotar a los robots de una personería jurídica. Así, afirma que ello conllevaría un riesgo moral inaceptable puesto que la legislación en materia de responsabilidad tiene un efecto correctivo y preventivo que podría desaparecer en cuanto el riesgo de responsabilidad civil dejase de recaer sobre el autor por haberse transferido al robot (o sistema de IA). Además, asevera que una forma jurídica así sería susceptible de uso y aplicación indebidos. Comparar la responsabilidad limitada de las sociedades no es válida, dado que el responsable en última instancia es siempre una persona física. Como alternativa, propone investigar en qué medida responden satisfactoriamente a este problema la legislación, la reglamentación y la jurisprudencia de la UE y de cada Estado miembro en materia de responsabilidad (sobre el producto y el riesgo) y atribución de culpa, y, en su defecto, qué soluciones legales se ofrecen.

La postura negacionista fue mantenida con el paso del tiempo. El informe "Liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies" de noviembre de 2019 sostuvo que "no es necesario otorgar personería jurídica

6 Informe del 27/01/17 de la Comisión de Asuntos Jurídicos con recomendaciones a la Comisión Europea para creación de una directiva relativa a las normas de legislación civil en materia de robótica, disponible al 08/11/21 en http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A8-2017-0005&format=XML&language=ES.

7 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo titulado: "Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad" del 31 de agosto de 2017, disponible al 08/11/21 en http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2017.288.01.0001.01.SPA&toc=OJ:C:2017:288:TOC .

a un sistema autónomo dado que el daño puede ser atribuido a personas/ organismos existentes". Lo mismo sucedió con las propuestas legislativas posteriores. En octubre de 2020, se publicó el informe de iniciativa legislativa con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial. Allí, se propuso dividir los sistemas de inteligencia artificial en dos clases: los de alto riesgo (a los cuales se les aplicarán las normas de responsabilidad objetiva) y otros sistemas de inteligencia artificial (en cuyo caso gobernará la responsabilidad subjetiva). En el documento ni siquiera se menciona la posibilidad de dotar a los sistemas autónomos de una personería jurídica electrónica. En los mismos términos, se expide el denominado Artificial Intelligence Act, donde esa tesitura tampoco es considerada. Por su parte, la Recomendación de la Ética de la Inteligencia Artificial de la UNESCO se opone expresamente[8].

En la misma línea, algunos autores afirman que la "personalidad" es, jurídicamente, un "atributo exclusivo y excluyente de las personas humanas, individualmente consideradas o bien agrupadas en un objetivo común —ya sea de personas o de capitales pertenecientes a personas— que configuran la personalidad jurídica. Con ello, ni los robots (ni los animales) pueden ser considerados tales y reconocidos como sujetos de derecho y portadores de obligaciones"[9].

Hemos señalado en otra oportunidad que, algunos autores, sostienen que aún cuando posean personería jurídica para dirigir una acción por daños y perjuicios, resultaría inviable conseguir una indemnización dado que carecen de un patrimonio. Excepto que, estimemos que responde con su propio valor económico y como activo que pueda ser incautado, embargado o enajenado para que, con su precio se pueda resarcir a la víctima[10].

Hasta el momento Sophia, la robot humanoide creada por Hanson Robotics, es la única robot con inteligencia artificial a la cual un país, Arabia Saudita, le ha reconocido el carácter de ciudadana. En este caso, el debate es aún mucho más profundo pues, Sophia goza de un largo catálogo de derechos y libertades (viajar sin estar acompañada de su padre o marido, hablar en público, no utilizar velo, y un sinfín de etcéteras), que las mujeres saudíes carecen.

8 Recomendación de la Ética de la Inteligencia Artificial, UNESCO, disponible al 28/11/21 en https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000379920_spa.page=15.

9 Saux, E., "Algunas reflexiones sobre la notable incidencia de las nuevas tecnologías en ámbitos del derecho privado de tradicional conformación: la persona y el contrato", La Ley, EBOOK-TR 202, 21/01/2021, Cita online: TR LALEY AR/DOC/3472/2020 y Crovi, L. D., "Contornos actuales de la personalidad", Los nuevos horizontes del Derecho de las personas y de la familia, Liber Amicorum en homenaje a la Dra. Graciela Medina, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, p. 25.

10 Gómez - Riesco Tabernero De Paz, J.: "Los Robots y la responsabilidad civil extracontractual", Derecho de los Robots (Dir. Barrio Andrés, M.), Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 115.

Por nuestra parte, tal como lo hemos sostenido en otras oportunidades[11], consideramos que no existe ningún impedimento legal para asignar a los robots una personería jurídica electrónica; lo cual no significa que esto sea conveniente. En una sociedad democrática, es el pueblo representado en el parlamento quien decide las normas que gobernarán ese territorio. Al fin y al cabo, es una cuestión de política legislativa. Al igual que sucede con las sociedades, al momento de reconocerle personería jurídica a un sistema de elevada autonomía, se podría exigir que se delimite su campo de actuación mediante la concreción del objeto societario, se designe un administrador/representante, se lo dote de un patrimonio (el cual irá en proporción a riesgo y el sector donde opere el sistema) y, se podrá prever en qué casos se "corra el velo societario" y responderán sus fundadores. De todos modos, si bien no existe ninguna imposibilidad fáctica, lo cierto es que no consideramos conveniente reconocerles personería jurídica puesto que, al igual que sucede con algunas sociedades, podría ser utilizado indebidamente. Aseveramos que la mejor alternativa es crear un sistema de responsabilidad civil a medida de las particularidades que presenta la IA que proteja a las víctimas pero sin frenar la innovación.

B) Las normas relativas a la formación del contrato, la IA, las neurociencias y la desprotección de los consumidores

Ahora bien, como influyen estos algoritmos (como asistentes de los humanos) en la celebración del contrato. Como punto de partida para este estudio, debemos comenzar por las neurociencias; que mucho tienen para decir en este campo. En palabras del neurocientífico Facundo Manes, las neurociencias se ocupan "de estudiar la organización y el funcionamiento del sistema nervioso y de cómo los diferentes elementos del cerebro interactúan y dan origen a la conducta de los seres humanos". Afirma que se trata de "un abordaje científico multidisciplinario que abarca muchos niveles de estudio, desde lo puramente molecular, pasando por el nivel químico y celular, el de las redes neuronales, hasta nuestras conductas y su relación con el entorno. Entonces, las neurociencias pueden describir los fundamentos de nuestra individualidad como las emociones, la conciencia, la toma de decisiones y nuestras acciones sociopsicológicas, entre otras"[12].

Esa ciencia, y en particular, el estudio de cómo tomamos decisiones las personas, dio como resultado que destacados Premios Nobel como Daniel Kahneman, George Akerlof y Robert Shiller, Richard Thaler, comprobaran que la mayoría de la toma de decisiones no son racionales. El primero de ellos, sostiene en su best seller[13] que existen dos grandes formas de tomar decisiones: por una

11 Ver artículos en https://www.ceciliadanesi.com/lecturas.

12 Entrevista a Facundo Manes: "Inteligencia Artificial, Tecnologías Emergentes y Derecho" (Dir. Cecilia C. Danesi), N°2, Hammurabi, Buenos Aires, 2021, p. 19.

13 Kahneman, D.: "Pensar rápido, pensar despacio", Debate, Madrid, 2012.

parte, el "Sistema 1" que no medita, sino que es ágil, rápido y emocional y, en la vereda contraria, el "Sistema 2" que analítico, lento y profundo. En esta línea, Antonio Damasio explica "que alrededor del 95 % de las decisiones se toman con una especie de marcador somático (análogo al Sistema 1) y solo apenas alrededor del 5 % se decide con la razón elevada (semejante al Sistema 2)". Así las cosas, la gran mayoría de las decisiones de las personas (y muy en especial, de los consumidores) son tomadas en modo "piloto automático" (el Sistema 1 en términos de Kahneman), es decir, sin realizar un análisis racional de la conducta que se adopta [14].

Cabe preguntarnos ahora, ¿cómo afecta la inteligencia artificial en la toma de decisiones de las personas? ¿Existe realmente el libre albedrío?[15]. Hoy en día, no tenemos dudas que la IA ocupa un rol fundamental para la celebración de los contratos.

En el caso Cambridge Analytica, quedó probada la aptitud de la IA para influir en las decisiones a través de la utilización de los datos recabados en Meta (Facebook)[16]. Allí, se manipuló la decisión de voto de grandes grupos de personas como fue el caso del proceso electoral de Trump y el Brexit[17]. Estudios realizados por universidades, muestran cómo se entrena una IA para identificar vulnerabilidades en los hábitos y comportamientos humanos para luego convertirlos en armas para influir en la toma de decisiones[18].

Pero no eso no es todo. Pensemos más específicamente en el área del consumo y, por poner un ejemplo, el contrato de seguro. Allí, será cada vez más frecuente que el consumidor celebre el contrato a través de las redes, donde será atendido por un algoritmo inteligente. Tal como señalan calificados autores, "el grave problema es que en muchos casos se va a producir una especie de *'demagogia cibernética',* dado que dichos *chatbots*, que muchas veces tendrán cálidas voces

14 Sobrino, W., "Inteligencia artificial y neurociencias aplicadas en la Ley de Seguros", LA LEY, cita online: AR/DOC/2708/2021 y SAIJ, Id SAIJ: DACF210170, 2021, disponible al 25/10/21 en http://www.saij.gob.ar/waldo-augusto-sobrino-inteligencia-artificial-neurociencias-aplicadas-ley-seguros-dacf210170-2021-09-22/123456789-0abc-defg0710-12fcanirtcod?q=%28id-infojus%3ADACF210170%29%20&o=0&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina%7CFecha%7COrganismo%7CPublicaci%F3n%7CTribunal%7CTema%7CEstado%20de%20Vigencia%7CAutor%7CJurisdicci%F3n&t=1.

15 Otro tema digno de análisis pero que excede el marco cognoscitivo del presente trabajo es la utilización de la inteligencia artificial para fijar precios mediante lo que se conoce como Data Profiling (perfilamiento de datos). Aquí, lisa y llanamente se realiza una discriminación de los consumidores en razón de sus características socioeconómicas, demográficas, etc. Sobre este tema ver Danesi, C., "La inteligencia artificial en la lucha contra el Covid-19: una mirada desde los Derechos de los Consumidores", en Il consumatore e la normativa emergenziale ai tempi del Covid 19 (Dir. Lorenzo Mezzasoma), Edizioni Scientifiche Italiane E.S.I. SpA, junio 2021.

16 Conseguidos sin respetar las normas de protección de datos personales.

17 Documental "Nada es privado", Netflix.

18 Dezfouli, A, Nock, R and Dayan, P., "Adversarial vulnerabilities of human decision-making", PNAS, 2020, disponible al 25/10/21 en https://www.pnas.org/content/117/46/29221 y "La inteligencia artificial, capaz de manipular el comportamiento y las decisiones humanas", 12/02/21, disponible al 25/10/21 en https://actualidad.rt.com/actualidad/383380-inteligencia-artificial-manipular-comportamiento-decisiones.

humanas, a través del *data mining*, en segundos van a conocer todo del consumidor, en especial sus *preferencias, temores, dudas, debilidades..."*[19].

En el ordenamiento jurídico a veces encontramos una realidad aparentemente paralela. En el Código Civil y Comercial argentino (en adelante también CCCN) -al igual que sucede con muchos otros códigos-, se exige que para el nacimiento del acto jurídico lícito que sea voluntario. Para ello, debe ser ejecutado con discernimiento, intención y libertad[20], que se manifiesta por un hecho exterior (arts. 258 y 259 CCCN). Lo mismo acaece en la esfera contractual, al concebirse la "libertad de contratación" para la celebración del mismo (art. 958 CCCN) y en forma similar en el ámbito del derecho penal (art. 34 Código Penal).

En la esfera civil, el acto jurídico voluntario es aquél cuya característica esencial o principal es la deliberada voluntad de producir efectos jurídicos. Así, el derecho reconoce a los sujetos la posibilidad de regular por sí mismos sus propios intereses o para crear reglas de conducta en las relaciones con otros. El principio general en materia de relaciones privadas es, entonces, la libertad para celebrar actos jurídicos que tiene arraigo en el principio de reserva (art. 19 Constitución Nacional)[21].

Así las cosas, la evidencia científica aportada por las neurociencias, sumado a los avances en materia de inteligencia artificial en cuanto a la aptitud para incidir en el comportamiento, nos llevan a un escenario de incertidumbre en cuanto a la real voluntariedad de los actos humanos a la hora de la contratación. Este escenario se agrava aún más en los casos que una de las partes es un consumidor o usuario que se encuentra en desventaja respecto de la otra.

C) Los neuroderechos

Las temáticas hasta aquí expuestas nos llevan a dialogar -al menos de manera meramente introductoria- acerca de los neuroderechos pues, son justamente ellos quienes vienen a protegernos del avance de la tecnología en nuestra mente. Rafael Yuste, neurocientífico español, uno de los principales referentes en la materia,

19 Sobrino, W., "Inteligencia artificial y neurociencias aplicadas en la Ley de Seguros", cit.

20 Se entiende por discernimiento a la "aptitud de la inteligencia que permite distinguir lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente de las acciones humanas. Se trata de estados de conciencia que permiten al sujeto apreciar las consecuencias de sus acciones, de acuerdo a lo sostenido por Brebbia. El discernimiento se presume y quien invoca lo contrario debe acreditarlo". La intención, por su parte, "supone la aptitud para entender el acto concreto que se realiza. Se diferencia así del discernimiento que, si bien importa un estado de conciencia, se refiere a la aptitud genérica para llevar a cabo actos jurídicos. La falta de discernimiento excluye la intención, pero no a la inversa". Y, por último, "la libertad es la facultad de elegir entre distintas alternativas espontáneamente, esto es, sin coacciones. Por tanto, suprimen la libertad, la fuerza, el temor o intimidación (art. 276). Los actos humanos se presumen libres, de manera que las situaciones de excepción que obstan a la celebración de un acto libre y sin vicios deben demostrarse; por ejemplo, las causas externas que han influido en la voluntad de la persona con la finalidad de coartar la libertad" (Benavente, I., Código Civil y Comercial de la Nación Comentado (Dir. Herrera, Caramelo y Picasso), Infojus, T. I, 2016, p. 429/30).

21 Benavente, I., Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, cit., p. 426/7.

es el pionero en exigir la regulación de los neuroderechos con un doble matiz: por una parte, de autorregulación bajo un juramento tecnocrático que obligue deontológicamente a ingenieros, informáticos y otros especialistas dedicados a la neurotecnología[22] y, por la otra, aspiran a que aquellos se recojan en la Declaración de Derechos Humanos y a que los Gobiernos establezcan un marco legal que evite los abusos[23]. Chile fue el pionero en la materia con la incorporación de los neuroderechos en la constitución.

Elon Musk nos trae algunos claros ejemplos en la materia, con Neuralink, una empresa de neurotecnología que desarrolla interfaces cerebro-computadora implantables y busca en el futuro curar enfermedades como el Alzheimer y el Parkinson. También, tiene como propósito lograr que un Tesla pueda ser manejado con el pensamiento y implantar inteligencia artificial en el cerebro humano.

En realidad, el peligro principal no está en ese tipo de sistemas, donde la invasión en el cuerpo humano es clara. El problema está -como veíamos en el párrafo anterior- en la influencia y manipulación sigilosa que los algoritmos realizan en nuestro cerebro. ¿Por qué es más dañina? Porque es silenciosa y ubicua.

III. LA TECNOLOGÍA BLOCKCHAIN Y EL DERECHO DE LOS CONTRATOS

1. Los contratos inteligentes y su regulación

Enseña con gran claridad el Dr. Granero que en la tecnología blockchain nos encontramos frente a un algoritmo o "código informático" (no un documento escrito) que "existe" en una cadena de bloques compartido por otras computadoras, desde la que se ejecuta. Posee la propiedad de no poder ser modificada por las partes, si no está así previamente acordado. La cadena de bloques es una base de datos automatizada y, descentralizada (está replicada en todos los ordenadores de los usuarios) por lo que no puede ser alterada (sobre esto volveremos más adelante). Cada uno de los bloques que conforman la cadena utilizan una contraseña numérica llamada "hash", tomada del bloque anterior. Como todos los bloques se ordenan cronológicamente, cada "hash" refiere al bloque que le antecede, lo que incrementa su nivel de seguridad para llevar datos transaccionales de manera transparente y en tiempo real, evitando la pérdida de datos y el fraude[24]. Tal como podemos apreciar, es una tecnología muy segura: para manipular la información almacenada y engañar al resto de nodos, es preciso

22 Lo mismo propongo en materia de inteligencia artificial para, principalmente, buscar evitar sesgos algorítmicos.

23 Por qué hay que prohibir que nos manipulen el cerebro antes de que sea posible, El País, 12/02/20, https://elpais.com/elpais/2020/01/30/ciencia/1580381695_084761.html (disponible al 01/11/21).

24 Granero, H.: "Los contratos inteligentes y la tecnología "blockchain" (su encuadre en el Código Civil y Comercial de la Nación)", elDial.com - DC24BB, 2018.

manipular más del 50% de dichos nodos que la integran, lo que es prácticamente imposible.

La tecnología blockachain es utilizada para diversas funciones. Una de ellas, es el sistema bitcoin[25], un tipo de moneda virtual o también denominada criptomoneda. La unidad de valor que usa el sistema se denomina "bitcoin". Otra utilidad es garantizar mayor protección en los datos, por ejemplo en el área de salud; la blockchain podría constituir una excelente herramienta para albergar la historia clínica[26]. Un ejemplo es Oasis Lab, que utiliza blockchain para resguardar datos en el campo de la salud y permite además ejecutar algoritmos en la nube[27].

Actualmente, esa novedosa tecnología es utilizada en los denominados "Smart contracts" (o contratos inteligentes) definidos por un sector de la doctrina como una serie de programas informáticos que buscan garantizar y ejecutar el cumplimiento forzoso de las obligaciones asumidas por cada una de las partes. Aquí encontramos el primer punto de discrepancia ya que algunos autores consideran que los contratos inteligentes constituyen una nueva figura jurídica mientras que otros, entienden que la "inteligencia" del contrato llega recién al momento de la ejecución del mismo y, por consiguiente, no estamos en presencia de un nuevo instituto. Bajo este último prisma, los contratos inteligentes consisten en delegar en un programa informático el cumplimiento forzoso de las obligaciones que hayan asumido mediante un contrato. Este a su vez, podrá ser de locación, de comodato, etc[28].

Así las cosas, debe quedar en claro que la característica por excelencia del contrato inteligente es la ejecución automática, lo que lo diferencia de otras formas de contratación electrónica. Una vez que el programa considera que se ha alcanzado el estado necesario (lo cual es prefijado por las partes), ejecutarán automáticamente la o las prestaciones comprometidas[29].

25 Creado por una persona o grupos de personas que utilizaron el nombre "Satoshi Nakamoto" para publicar sus reglas. La traducción al español está disponible al 20/11/21 en https://bitcoin.org/files/bitcoin-paper/bitcoin_es_latam.pdf.

26 Sobre este tema ver Mora, J.J., Ted Talk, "Blockchain: Más allá del bitcoin", disponible al 19/11/21 en https://www.youtube.com/watch?v=bwVPQB2t-8g

27 Oasis Lab, https://www.oasislabs.com/ y Knight, W., "How AI could save lives without spilling medical secrets", MIT Technology Review, 14/05/19, disponible al 20/11/21 en https://www.technologyreview.com/s/613520/how-ai-could-save-lives-without-spilling-secrets/?utm_campaign=the_download.unpaid.engagement&utm_source=hs_email&utm_medium=email&utm_content=72649028&_hsenc=p2ANqtz--pHNEfUAUw0icKxofUJ010sWOEHtayXm8rTm4GmR_kU1aHvr6rbH_XD2--mBtpA8PisGA6Yjy0NQaPG6MS8_5uof33A&_hsmi=72649028.

28 Dabah, A.: "Inteligencia Artificial, Tecnologías Emergentes y Derecho" (Dir. Cecilia C. Danesi), N°2, Hammurabi, Buenos Aires, 2021, p. 105 y ss.

29 Núñez, J. F.: "Contratación electrónica con ejecución automática: los contratos inteligentes", La Ley, JA 2021-III y SJA, 18/08/2021.

Comencemos a analizar el marco jurídico que gobernará esta nueva figura. En primer lugar, debemos aclarar que, si bien haremos referencia principalmente al derecho argentino, tal como estudiaremos más adelante, los puntos de conflicto son comunes a todos los ordenamientos jurídicos atento las particularidades que presenta la figura contractual bajo estudio.

Al tratarse de un contrato, entendido como "el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales" (art. 957 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina), se le aplican las reglas generales que rigen el Derecho de los Contratos. En primer lugar, impera la autonomía de voluntad de las partes por la cual las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres (art. 958 del mismo cuerpo normativo).

Entonces, conforme establece la doctrina general de los contratos (con algunas variantes en el common law y el derecho continental europeo), los elementos esenciales, constitutivos o intrínsecos del contrato, son el consentimiento con discernimiento, intención y libertad de partes capaces de hecho y de derecho, la causa fin lícita, el objeto posible, lícito y determinable, y la forma. La carencia de alguno de estos elementos acarrea la nulidad del contrato[30].

Por otra parte, también resulta aplicable a los registros de blockchain la ley de firma digital ya que encuadran en un documento digital con firma electrónica. Así, el art. 6 de la ley 25.506 establece que "se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura" y, el anterior prescribe que "se entiende por firma electrónica al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital. En caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez".

Si damos por sentado que los contratos inteligentes cumplen con los preceptos normativos propios del derecho de los contratos en el ordenamiento jurídico correspondiente, analizaremos a continuación las consecuencias que presenta en la práctica una de las características de este tipo de contratos: la inmutabilidad. Elegimos solo este aspecto de estudio puesto que mantiene la línea del presente trabajo que es abordar el impacto de la tecnología (blockchain e IA) el Derecho de los Contratos desde la mirada de los sujetos vulnerables en la relación contractual.

30 Núñez, J. F.: "Contratación electrónica con ejecución automática: los contratos inteligentes", cit.

2. La inmutabilidad de los contratos inteligentes y la desprotección de los consumidores

Lo novedoso en los contratos bajo análisis es la garantía del cumplimiento de las prestaciones las cuales se ejecutarán automáticamente una vez cumplidas las condiciones preestablecidas. En el escenario ideal, mediante el pago -como modo por excelencia de extinción de las obligaciones- automático, la operación se tendrá por concluida con la satisfacción del interés tanto del acreedor y como del deudor. Si bien la ejecución automática puede considerarse como una garantía y una ventaja a la hora de celebrar el acuerdo, lo cierto es que en algunos supuestos puede representar una contra pues, en la contratación tradicional, las partes verbalmente podrán cambiar las condiciones o, en su caso, recurrir a un magistrado o a árbitros. El quid de la cuestión radica en la inmutabilidad de esta figura: ¿es absolutamente inmodificable? ¿cómo procede la alteración del contrato por causas sobrevinientes?

Existen diversos modos de extinción de las obligaciones que no se circunscriben al pago y, en principio, importaría un nuevo panorama imprevisto al momento de la celebración inicial. Según la normativa argentina -así como en el derecho comparado-, se contemplan como otros modos de extinción de las obligaciones: la Compensación, Confusión, Novación, Dación en pago, Renuncia y Remisión e Imposibilidad de cumplimiento. Detengámonos en ésta última.

En primer lugar, debemos señalar que los ordenamientos jurídicos son contestes en estipular ciertos requisitos para la prestación que constituye el objeto de la prestación, vgr. debe ser material y jurídicamente posible, lícita, determinada o determinable, susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés patrimonial o extrapatrimonial del acreedor (art. 725 CCCN). Entonces, si el contrato inteligente prevé una prestación que no cumple con alguno de estos requisitos, debemos revisarlo y eventualmente, declarar la nulidad.

Ahora bien, en segundo lugar, puede que la prestación cumpla con los requisitos legales al momento de la celebración, pero que por causas sobrevinientes, se extinga por imposibilidad de cumplimiento. Esta puede presentar las siguientes características: a) sobrevenida, esto es posterior a la constitución de la obligación; de lo contrario sería nula por objeto imposible como mencionamos anteriormente; b) objetiva, que debe entenderse como ajena a la partes, en cuanto a su causa; y en cuanto al alcance de la imposibilidad, sería subjetiva cuando sólo afecta a un deudor considerado en particular; y objetiva cuando una generalidad de individuos están alcanzados por el mismo obstáculo y; c) absoluta y definitiva, que convierte a la prestación en irrecuperable, fruto del caso fortuito o fuerza mayor (art. 955

CCCN)[31]. Estos no son los únicos casos en los cuales corresponde una alteración posterior, ya sea por nulidad o causas sobrevinientes, a saber: lesión subjetiva u objetiva, por aplicación de la teoría de la imprevisión, por excesiva onerosidad sobreviniente, abuso del derecho, equidad, etc.[32]. Entonces, no tenemos dudas que jurídicamente existen diversos institutos que prevén la modificación del contrato una vez celebrado; pero ¿es posible ésto en los Smart contracts?

Para responder a este interrogante algunos autores utilizan la siguiente clasificación: contratos inteligentes fuertes o débiles. En los primeros, es altamente improbable su alteración una vez perfeccionado o celebrado el acuerdo porque su costo no lo permitiría, mientras que en el contrato débil, la modificación es posible porque no representaría un valor elevado (casi prohibitivo).

Otros juristas, explican que de la autoejecutabilidad se deriva la inmodificabilidad; es decir que "al operar en una blockchain, el código de programación de los contratos inteligentes no se puede modificar una vez que son subidos a la plataforma tecnológica. Por ende, los errores de codificación en los contratos inteligentes no pueden corregirse. Su inflexibilidad (consecuencia de la inmodificabilidad) no les permite acompasar las realidades dinámicas del mundo no digital. (…) Ni siquiera pueden reaccionar a eventos que suceden dentro de la propia blockchain diferentes a los programados en su código". Así, para alterar los datos de una operación ya validada se tendrán que modificar también todos los bloques que se fueron generando con posterioridad al que se quiere alterar; lo cual lo convierte en casi imposible pues al estar la información distribuida (descentralización que garantiza su seguridad), se requiere el consenso de la mayoría de los ordenadores de la red, además de requerir un gran consumo eléctrico. Fácil es concluir que, cuanto más antiguo sea el bloque, más difícil será lograr un consenso para modificarlo; ello sumado a que los sujetos que almacenan las copias, no se conocen entre sí[33].

Como conclusión de lo expuesto, advertimos que existen dos caras de la misma moneda. La inmutabilidad y autoejecutabilidad -una vez cumplidas las condiciones- se presentan como una virtud frente al riesgo de defraudación pero, al mismo tiempo, esto representa la -cuasi- imposibilidad de modificación, con todas las consecuencias que ello implica. Las figuras relativas a los modos alternativos de extinción de las obligaciones, la nulidad, la anulabilidad, la teoría de la imprevisión, la lesión entre muchas otras figuras perdería sentido.

31 Santarelli, F. G.: "Extinción de las obligaciones en el Código Civil y Comercial de la Nación", La Ley, Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial, 2014, 91.

32 Goyenola Ripoll, E.: "La ignorancia de la tecnología no sirve de excusa: blockchain y smart contracts desde una óptica jurídica", La Ley, RDCO 309, 25, cita: TR LALEY AR/DOC/1449/2021.

33 Goyenola Ripoll, E.: "La ignorancia de la tecnología no sirve de excusa: blockchain y smart contracts desde una óptica jurídica", cit.

Y todo ello nos conduce nuevamente a la misma tesitura alcanzada en la primera sección de este trabajo: la desventajosa posición de los sujetos vulnerables en una relación contractual. Aquí no solo nos referimos a los consumidores y usuarios, sino a cualquier sujeto que se posiciona en una situación de asimetría contractual respecto de la otra parte. Se preguntarán el porqué: la revisión del contrato por parte de los magistrados, la nulidad, la interpretación más benigna al consumidor, la revisión de las cláusulas abusivas, entre otros institutos, constituyen la vía de escape para "salvar" al débil de la relación contractual. Si perdemos esta vía, ese colectivo quedará totalmente desprotegido.

IV. REFLEXIONES FINALES

No tenemos dudas que tanto la IA y los contratos inteligentes traen grandes ventajas en el mundo de los contratos La IA permite hacer en segundos lo que a un humano le lleva horas y además, lo hace con una eficiencia mayor lo que la convierte en una excelente herramienta para la formación, gestión y análisis de los contratos. Por su parte, los contratos inteligentes, presentan una garantía de cumplimiento única ya que ésta no depende de la voluntad de las partes. Obviamente, y como vimos a lo largo de este trabajo, también existen desventajas, en el último caso: ¿cómo se alegaría la teoría de la imprevisión o el incumplimiento absoluto por imposibilidad sobreviniente del objeto del contrato? Y en los sistemas de inteligencia artificial, ¿podríamos alegar que somos verdaderamente libres y autónomos frente a la influencia de los algoritmos? En el caso de la IA, la situación es aún peor con la problemática de los sesgos algorítmicos[34].

Frente a estas problemáticas, hemos advertido que las brechas sociales se acrecientan pues, son los consumidores y/o sujetos débiles en la relación contractual que padecen en mayor medida las consecuencias de las fallas tecnológicas. Si bien existen diversas propuestas de soluciones a estos problemas (la creación de una blockchain "editable" o sistemas de inteligencia artificial para detectar sesgos algorítmicos), lo cierto es que en el campo jurídico existen numerosos vacíos legales pendientes de cerrar. Por ello, esperamos que -en el marco del sendero que inició la Unión Europea con el "Artificial Intelligence Act", se logré una equilibrada regulación del impacto de la tecnología en los sujetos vulnerables.

34 Para ampliar sobre ello ver Danesi, C.: "Sesgos algorítmicos de género con identidad iberoamericana: las técnicas de reconocimiento facial en la mira", en Revista de Derecho de Familia, especial sobre "XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil", nro. 100, Editorial Abeledo Perrot, 2021 y "The Impact of Artificial Intelligence on Women's Rights: A Legal Point of View", The Fourth Industrial Revolution and Its Impact on Ethics, Springer, Switzerland, 2021.

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2019/771, 20 MAYO 2019, RELATIVA A DETERMINADOS ASPECTOS DE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE BIENES

SOME ISSUES ON THE TRANSPOSITION OF DIRECTIVE 2019/771, MAY 20, 2019, RELATING TO CERTAIN ASPECTS OF CONTRACTS FOR THE SALE OF GOODS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1288-1313

Gonzalo
MUÑOZ
RODRIGO

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Recientemente, España ha traspuesto la Directiva 2019/771, 20 mayo 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes a través del Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril. La trasposición ha seguido un esquema bastante previsible, teniendo en cuenta que la Directiva era de máximos. Si bien España no ha aprovechado la ocasión para incluir algunas novedades interesantes que quedaban dentro del arbitrio de cada Estado. En definitiva, lo más destacable de la propia trasposición española es el aumento de los plazos, tanto de garantía, como de presunción de defectos e incluso de prescripción de las acciones.

PALABRAS CLAVE: Compraventa, bienes de consumo, conformidad, falta de conformidad, garantía, plazo de garantía, bienes con elementos digitales, armonización, directiva de máximos, trasposición.

ABSTRACT: *Spain has recently transposed Directive 2019/771, of 20th May, on certain aspects of contracts for the sale of goods through Royal Decree-Law 7/2021, of 27th April. The transposition has followed a fairly predictable pattern, bearing in mind that the Directive was a maximum directive. However, Spain has not taken advantage of the occasion to include some interesting novelties that were left to the discretion of each State. In short, the most noteworthy aspect of the Spanish transposition itself is the increase in the time periods, both for guarantees and for the presumption of defects and even for the prescription of actions.*

KEY WORDS: *Sales, consumer goods, conformity, lack of conformity, warranty, warranty period, goods with digital elements, harmonisation, maximums directive, transposition.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. LA CONFORMIDAD EN LA DIRECTIVA 2019/771.- 1. Los requisitos subjetivos de conformidad.- 2. Los requisitos objetivos de conformidad.- 3. La conformidad jurídica.- 4. La facultad de suspender el pago del precio mientras se lleva a cabo la puesta en conformidad.- III. LA PERSISTENCIA "CON MATICES" EN LA JERARQUIZACIÓN DE LOS REMEDIOS.- 1. El desconcertante nuevo art. 117 TRLGDCU. 2. La opción del comprador entre la sustitución y la reparación: De la desproporcionalidad relativa a la desproporcionalidad absoluta.- 3. La gratuidad de la puesta en conformidad. 4. Transcurso de un plazo razonable y la puesta de conformidad "sin mayores convenientes".- IV. LOS REMEDIOS SUBSIDIARIOS.- 1. La posibilidad de acudir a los remedios subsidiarios.- 2. La facultad de resolver el contrato.- 3. Que la falta de conformidad no sea de escasa entidad para poder resolver el contrato.- V. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS POR EL CONSUMIDOR Y USUARIO.- 1. Plazo de garantía y presunción de la falta de conformidad.- 2. Plazo de prescripción y notificación de la falta de conformidad.- 3. Garantía comercial y servicio postventa.-

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Antes que nada, conviene poner de relieve que la trasposición llevada a cabo por el RD 7/2021 ha traspuesto no solo la presente Directiva relativa a los bienes de consumo, sino que también ha traspuesto la Directiva 2019/770 relativa a los contenidos y servicios digitales. De hecho, se ha reformado todo el Título IV relativo a las garantías y servicios posventa para incluir en él tanto las novedades introducidas por la Directiva que es objeto de este trabajo como de la segunda. No obstante, solo vamos a hacer referencia aquellos cambios que tienen que ver con la venta de bienes, incluyendo en ellos los llamados ahora también "bienes con contenidos digitales". A parte de la modificación completa del Título IV, es destacable también la nueva redacción del art. 59 bis relativo a las definiciones en el cual se introducen novedosos conceptos como "compatibilidad", "interoperabilidad", "entorno digital", etc. Además, se reforma el art. 66 bis para adaptarlo a la nueva realidad de los contenidos y servicios digitales. Por último, aunque ya forma parte del Título IV, indicar que la Directiva ha modificado el art. 114 en profundidad y, por lo que respecta a los bienes de consumo, ya no será aplicable a los animales vivos y a los bienes de segunda mano adquiridos en subasta administrativa a la que los consumidores y usuarios puedan asistir personalmente.

Como precisión final, se va hacer referencia indistintamente a la Directiva como al texto definitivo del TRLGDCU, con la cautela de señalar que hasta enero de 2022 tales artículos modificados no entrarán en vigor.

• Gonzalo Muñoz Rodrigo
Investigador Predoctoral (FPU) de Derecho Civil, Universidad de Valencia (España).
Correo electrónico: gonzalo.munoz@uv.es

II. LA CONFORMIDAD EN LA DIRECTIVA 2019/771.

La principal novedad de la Directiva 2019/771 y así lo afirma parte de la doctrina[1], es en lo que llamaríamos "conformidad digital de los bienes". En ese sentido, la conformidad material de los bienes no se limita a cuestiones físicas ("hardware") de los bienes entregados. Sino que se extiende a cuestiones relacionadas con el propio contenido digital de los mismos ("software"), en el caso que lo presenten.

Junto con ello, la Directiva también diferencia entre requisitos objetivos de conformidad y requisitos subjetivos de conformidad[2] (aunque gran parte de sus elementos ya se encontraban presentes en los anteriores textos). Esta diferenciación viene a poner de manifiesto, que los requisitos objetivos son aquellos que deben presentar los bienes independientemente de cualquier otra consideración, en función de las características que se esperan de ellos por ser bienes del mismo tipo, así como aquellas que se hayan declarado por el propio vendedor, por la publicidad o el etiquetado. Mientras que los subjetivos, más específicos, se refieren a las características que deben presentar porque así lo disponga el contrato de compraventa o por haber sido requeridas por el consumidor y que el vendedor haya aceptado.

1. Los requisitos subjetivos de conformidad.

La primera disposición que nos introduce todas estas novedades es el artículo 6 relativo a los requisitos subjetivos de conformidad (que encuentra su equivalente en el art. 115 bis TRLGDCU) cuando en su letra "d)" señala que los bienes "se suministrarán con actualizaciones según disponga el contrato de compraventa". Es decir, según entendemos, los bienes, siempre y cuando así lo prevea el contrato y sean susceptibles de ejecutar programas informáticos, deberán suministrar actualizaciones durante un plazo a fijar por el vendedor. Este precepto también resulta interesante por introducir algunos sustantivos al concepto de conformidad en la letra "a)", como son la "funcionalidad", "compatibilidad" y "interoperabilidad".

A saber, según el presente artículo el contrato podrá comprometerse a garantizar muchas otras características, como las funciones que presente el bien (múltiples cuando hablamos de bienes inteligentes como relojes, pulseras,

1 Morais Carvalho, J.: "Contratos de compraventa de bienes (Directiva 2019/771) y Suministro de contenidos o servicios digitales (Directiva 2019/770). Ámbito de aplicación y grado de armonización", *Cuadernos de Derecho Trasnacional*, núm.1, Vol. 12, 2020, p. 937.

2 Es especialmente significativo que tanto la Directiva como la Transposición de la misma hablen de "requisitos de conformidad", desterrando definitivamente la idea de que el TRLGDCU introducía "presunciones de conformidad". Habida cuenta que ahora se confirma que son criterios de integración del contrato, no se trataba de reglas para presumir la existencia de faltas de conformidad (lo que nos podía hacer pensar que eran reglas relativas a la carga de la prueba), sino que sirven para colmar el contenido del contrato. Esto es, se entiende que las partes han querido que los bienes tengan dichos requisitos. En este sentido, *vid*. Marín López, M. J.: "Falta de conformidad del bien vendido y derechos del consumidor en la Directiva 2019/771/UE", *Diario La Ley,* núm. 9461, Sección Doctrina, 22 julio 2019, Wolters Kluwer, pp. 4-5.

dispositivos electrónicos de toda clase) y su compatibilidad, algo ciertamente olvidado por la legislación de consumo pero de una importancia capital en el sociedad digital, en la medida que un bien caro y valioso puede convertirse en complemente inservible si no resulta compatible con otros dispositivos que poseemos. Véase unos auriculares "noise-cancelling" o "wireless" que mayormente contienen "software" y precisan de su instalación o también de su emparejamiento con otros bienes informáticos[3]. Muy relacionado con ello, también se introduce el término "interoperabilidad", en la medida que algunos de estos dispositivos-accesorios funcionen con otros según se haya previsto.

En el art. 115 bis. c) TRLGCU podemos ver también como se introduce la obligación de ser entregados "con todos los accesorios, instrucciones, también en materia de instalación o integración, y asistencia al consumidor o usuario en caso de contenidos digítales según disponga el contrato".

2. Los requisitos objetivos de conformidad.

El siguiente artículo que profundiza en las novedades es el 7 (que se refleja en el art. 115 ter. TRLGDCU), pues respecto de los requisitos objetivos de conformidad también recogen los términos "funcionalidad" y compatibilidad". Vid. art. 115 ter d) TRLDGCU, ya que al hablar de las conocidas cualidades o prestaciones habituales que se pueden razonablemente esperar de bienes del mismo tipo se introducen estos términos. Y es, en este punto, dónde alcanzan otra dimensión, pues según se deprende del precepto, además de ser conformes según las declaraciones del vendedor y "especialmente en la publicidad y el etiquetado", se deberán poner en relación con otros bienes del mismo tipo. De esta forma, para poder valorar la conformidad de los bienes se tendrá que hacer un ejercicio de hermenéutica y extraer cuales son las características esenciales en cuanto a funciones y compatibilidades de los bienes. Algo harto difícil cuando hablamos, otra vez, de dispositivos inteligentes. Si bien, entendemos que esto se suavizará en la medida que el vendedor informe indirectamente (a través de la publicidad o el etiquetado de las características de los bienes) o directamente, siguiendo el apartado 5 (del art. 7 Directiva y 115 ter. TRLDGCU), porque se haya señalado que el bien no incorpora determinada función de forma expresa.

No obstante, los cambios no acaban ahí pues también se indica que los bienes deberán poseer "durabilidad" y "seguridad". En ese sentido, también nos podemos plantear en qué medida podemos fijar la durabilidad de los bienes y,

3 Los ejemplos son muy variados, es común que determinadas pulseras o relojes inteligentes tengan unos concretos requisitos de compatibilidad. De los que tendrá que informar el vendedor de manera clara y precisa, por ejemplo, el reloj inteligente de una famosa empresa de ordenadores y teléfonos móviles solo es compatible con el móvil de su misma marca. Por ello, será algo que deberá informar claramente en su respectiva publicidad y etiquetado.

más aún, como puede el vendedor o productor informar sobre ella de una forma transparente, habida cuenta del fenómeno de "obsolescencia programada" que muchos conocemos. Respecto de la seguridad, llama especialmente la atención si pensamos en bienes con elementos digitales, puesto que eso implicaría que necesariamente que el vendedor deberá proporcionar actualizaciones de seguridad ya lo prevea el contrato o no. Al menos, durante el plazo de garantía legal. Debido a que, sin dichas actualizaciones es muy seguro que el dispositivo en cuestión sea víctima de "malware" como virus, troyanos, "spyware", etc.

Concretamente, el apartado 3 (art. 7 Directiva) hace referencia al plazo por el cual el vendedor deberá proporcionar actualizaciones de seguridad. La letra a), señala que será aquel que "pueda [el consumidor] razonablemente esperar habida cuenta del tipo y la finalidad de los bienes y los elementos digitales, y teniendo en cuenta las circunstancias y la naturaleza del contrato, cuando el contrato de compraventa establezca un único acto de suministro de contenido o servicio digital o una serie de actos de suministro separados". La literalidad del precepto resulta poco clara, pues no sabemos de qué forma se puede deducir un plazo si no se muestra de manera expresa. Sin lugar a dudas, hubiese sido mucho mejor establecer un plazo mínimo concreto, aunque también se puede interpretar que, en defecto de pacto, deberá ser el de garantía legal de dos años, como hemos concluido en el párrafo anterior. Por otro lado, la letra "b", señala que será el que se comprometa el vendedor en el contrato a suministrar contenido digital. En todo caso, lo expuesto en este párrafo también quedará matizado por lo recogido en el apartado 5 (del art. 7 Directiva como art. 115 ter TRLGDCU), en la medida que no habrá falta de conformidad si el vendedor informa al consumidor de manera expresa de que el bien adolece de una falta de requisitos objetivos de conformidad y el consumidor acepta.

El texto definitivo del art. 115 ter. 2, previsiblemente se limita a indicar lo mismo en el punto a), y en el punto b), sí que señala que cuando se deba suministrar durante un plazo continuo las actualizaciones de seguridad para mantener el bien en conformidad, si es igual o inferior a tres años, el período de responsabilidad será de tres años a partir del momento de la entrega del bien.

Seguidamente, el apartado 4, del mismo artículo 7 (Directiva), tiene que ver con la ausencia de responsabilidad del vendedor, en el supuesto de que las actualizaciones no se instalen por el consumidor. Bajo dos condiciones, que: "a) el vendedor hubiese informado al consumidor acerca de la disponibilidad de la actualización y de las consecuencias en caso de que el consumidor no la instalase" o "b) el hecho de que el consumidor no instalase la actualización o no lo hiciese correctamente y no se debiera a deficiencias en las instrucciones de instalación facilitadas al consumidor". Vid. art. 115 ter. 3 TRLGDCU.

Vendría a cerrar esta cuestión el art. 115 ter. 4 cuando señala que: "el contrato prevea el suministro continuo de contenidos o servicios digitales a lo largo de un período, estos serán conformes durante todo ese período".

Sobre los requisitos objetivos de conformidad, también cabe hablar de la introducción de la obligación de "entregarse o suministrarse junto con los accesorios, en particular el embalaje, y las instrucciones que el consumidor y usuario pueda razonablemente esperar recibir" (art. 115 ter. c). Así como la precisión que se introduce en el art. 115 ter. a) sobre la clásica idea de ser aptos para los fines a los que se destinan bienes del mismo tipo, pues se pone el acento en que será de aplicación para determinar aquello "toda norma vigente, toda norma técnica existente o, a falta de dicha norma técnica, todo código de conducta específico de la industria del sector".

3. La conformidad jurídica.

En cuanto a la conformidad de los bienes, aunque no es propiamente una novedad de la Directiva 2019/771, porque al Propuesta ya lo incluía[4]. Es de resaltar la llamada conformidad jurídica, que vendría a dar una vuelta de tuerca al clásico sistema de responsabilidad por evicción cuando nos encontramos en bienes de consumo. Esto es, si hay una restricción de su uso por derechos de terceros, en particular propiedad intelectual "los Estados miembros velarán por que el consumidor pueda exigir las medidas correctoras por falta de conformidad previstas en el artículo 13, salvo que el Derecho nacional prevea en estos casos la nulidad o la rescisión del contrato de compraventa." Ahora se reflejará en el art. 117.2 TRLGCU.

Para acabar, llama la atención la falta de un precepto similar al 2.3 que tenía la vieja Directiva 99/44, según el cual la responsabilidad objetiva del vendedor queda excluida cuando el consumidor conoció el defecto del bien al tiempo de comprarlo o no pudo "fundadamente ignorarlo"[5]. Ahora nos tendremos que atener al ya indicado apartado 5 del artículo 7 (Directiva), de modo que la responsabilidad objetiva del vendedor quedará limitada cuando "el consumidor hubiese sido informado de manera específica de que una determinada característica de los bienes se apartaba de los requisitos objetivos de conformidad establecidos en

4 No obstante, tenía una redacción distinta, ya que el artículo 7 señalaba que: "los bienes deberán estar libres de cualesquiera derechos de terceros, incluido por motivos de propiedad intelectual de forma que los bienes puedan utilizarse de conformidad con el contrato".

5 Lo evidencia en sentido crítico Arroyo Amayuelas, E.: "La propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas de bienes a distancia", *Revista InDret*, núm. julio, 2016, p. 12, en relación con la PDirCL.

los apartados 1 o 3 y el consumidor hubiese aceptado de forma expresa y por separado dicha divergencia en el momento de la celebración del contrato".[6]

4. La facultad de suspender el pago del precio mientras se lleva a cabo la puesta en conformidad.

En este aspecto la Directiva 2019/771 tampoco se aparta de lo ya previsto en la PDirCOM y recoge una mejora bastante significativa en cuanto a la regulación vigente. Pues el consumidor "tendrá derecho a suspender el pago de cualquier parte pendiente del precio o de parte del importe hasta que el vendedor haya cumplido sus obligaciones derivadas de la presente Directiva" (art. 13.6). Luego, tiene su exacto reflejo en el art. 117.1.II TRLGDCU.

De todos modos, también es cierto que su encaje podía tener lugar en el marco de la *exceptio non rite adimpleti contractus*, admitida de forma constante por la jurisprudencia como medio de defensa que permite suspender el cumplimiento de la propia prestación, mientras la otra parte no subsane el defecto de que adolece la prestación por ella ejecutada[7].

III. LA PERSISTENCIA "CON MATICES" EN LA JERARQUIZACIÓN DE LOS REMEDIOS.

La Directiva 2019/771 sigue manteniendo el mismo sistema de división entre remedios jurídicos primarios (reparación y sustitución) y secundarios (reducción del precio y resolución del contrato). Por tanto, mantiene el mismo espíritu que mostraba la PDirCOM en su Considerando 26: "Para aumentar la seguridad jurídica en relación con las formas disponibles de saneamiento de la falta de conformidad con el contrato y para eliminar uno de los principales obstáculos que inhiben el mercado único, debe establecerse un orden plenamente armonizado en el que pueden ejercerse las formas de saneamiento. En particular, el consumidor debe poder elegir entre la reparación o la sustitución como primer saneamiento, lo que contribuiría a mantener la relación contractual y la confianza mutua"; y se añade: "Además, permitir que los consumidores requieran la reparación fomentaría el consumo sostenible y podría contribuir a una mayor durabilidad de los productos".

De esta forma, verificada la falta de conformidad el consumidor no podrá elegir cualquiera de los remedios que dispone el TRLGDCU, como pudiera ser la resolución del contrato. A diferencia de las relaciones entre particulares, en la

6 Esta solución también se aleja de la que aparecía en el PDirCOM aunque era similar, pues entonces no se hacía referencia a una aceptación expresa, lo que nos llevaba a interpretar que la aceptación podía ser tácita.

7 Entre otras, STS 12 julio 1991 (RJ 1991, 1547), STS 21 marzo 2001 (RJ 2001, 4748), STS 26 febrero 2013 (RJ 2013, 2156) o STS 14 diciembre 2015 (RJ 2015, 5743)

que en virtud del art. 1124.II CC si que es posible (partiendo de la idea de que nos encontremos ante un incumplimiento esencial de la prestación).

Esta jerarquización de remedios ha merecido el favor de la doctrina[8], en la medida que interesa a ambas partes. Por un lado, el consumidor ve corregida la frustración del interés contractual, pero, por otro lado, el vendedor no pierde la ganancia que obtuvo con la venta. Asimismo, es más acorde con el principio de conservación de los contratos, lo cuales tienen un interés social claro de generadores de riqueza[9] y, en definitiva, impide también comportamientos oportunistas por parte de los consumidores que busquen con la resolución del contrato anular la depreciación que ha tenido el bien a lo largo de los años, véase un automóvil.

Sin embargo, el hecho de que mantenga el mismo esquema no quiere decir que hayan tenido lugar algunos ajustes interesantes en el mismo.

1. El desconcertante nuevo art. 117 TRLGDCU.

Lo primero que llama poderosamente la atención cuando se entra en materia de responsabilidad, es que ya no se habla de "vendedor" sino de "empresario", si bien a falta de mayor concreción debemos seguir entendiendo que es prioritariamente el vendedor, sin perjuicio de poder acudir contra el productor, en su caso, como sigue sosteniendo el nuevo art. 125 TRLGDCU. Igualmente, resulta sorprendente la nueva dicción del art. 117, el cual directamente indica que: "El empresario responderá ante el consumidor o usuario de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien, contenido o servicio digital, pudiendo el consumidor o usuario, mediante una simple declaración, exigir al empresario la subsanación de dicha falta de conformidad, la reducción del precio o la resolución

8 Mayoritariamente se muestra favorable a primar las modalidades de cumplimento forzoso frente a los defectos de conformidad. *Vid*., en tal sentido, por ejemplo, Albiez Dohrmann, K.J.: "Los modelos europeos en las proyectadas reformas de la compraventa en el Código civil", en AA.VV.: *Estudios sobre el contrato de compraventa. Análisis de la Trasposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos españoles y alemán* (dirs. A. Ortí Vallejo y M. Jiménez Horwitz), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 85-86; Llamas Pombo, E.: *La compraventa*, La Ley, Madrid, 2014, p. 933; Marín López, J.: "*Ad* art. 117 TRLGDCU", en AA.VV.: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 1486; Sánchez Ruiz De Valdivia, I.: "La reforma del contrato de compraventa a través de la adopción de un concepto único y articulado de incumplimiento", en AA.VV.: *Estudios sobre el contrato de compraventa. Análisis de la Trasposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos españoles y alemán* (dirs. A. Ortí Vallejo y M. Jiménez Horwitz), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 194; Torrelles Torrea, E.: "*Ad* art. 119 TRLGDCU", AA.VV.: *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea* (dir. S. Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2011, p. 1091-1092.

9 Respecto a los costes sociales de la resolución del contrato y su influencia sobre las decisiones de invertir y cumplir, Gómez Pomar, F. y Gili Saldaña, M.: "La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual. Su trascendencia en el Derecho español de contratos, en la normativa común de compraventa europea (CESL) y en otras propuestas normativas", *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, Vol. 67, 2014, pp. 1199-1252.

del contrato. En cualquiera de estos supuestos el consumidor o usuario podrá exigir, además, la indemnización de daños y perjuicios, si procede."

Evidentemente, este artículo no puede ser más ambiguo pues no se puede interpretar con exactitud si verdaderamente se está introduciendo una excepción a la jerarquía de los remedios, tal y como permitía la Directiva y se va a desarrollar en el siguiente párrafo, o sencillamente se está exponiendo el abanico de remedios que el consumidor tiene a su alcance como ya hacía el art. 118 TRLGCU. Esta última opción parece ser la más plausible, en lugar de entender que solo en el momento de entrega el consumidor tendría la posibilidad de exigir automáticamente la resolución del contrato o la reducción del precio.

El motivo de las dudas que se han manifestado tiene sus orígenes en el art. 3.7 y el Considerando 19 de la Directiva 2019/771 en la medida que autorizaban a los Estados miembros a introducir la facultad consistente en que el consumidor pueda elegir una "medida correctora concreta" ante una falta de conformidad que se manifieste poco después de la entrega (en un plazo no superior a 30 días). Pues de introducirse esta norma (cosa que en mi opinión que no se ha hecho) se produciría una alteración del esquema de subsidiariedad que ha regido a la compraventa de bienes de consumo, siempre y cuando se trate de defectos precoces. Lo que seguramente fomentaría entre los empresarios y vendedores una especial preocupación por ofrecer al consumidor bienes conformes. Nada se dice sobre si la medida elegida fuese imposible o desproporcionada, pero parece lógico pensar que igualmente habría que tener las mismas cautelas precisadas anteriormente, por lo que en esencia esta regla vendría a facilitar el ejercicio de la resolución del contrato o la reducción del precio ante defectos que se manifiesten prontamente.

Si bien, cabe albergar algunas dudas ante los supuestos de desproporción de la medida escogida, pues el propio Considerando pone como ejemplo el solicitar "la sustitución inmediata del bien". Esta precisión no tiene mucho sentido, salvo que quiera decir algo más, pues el consumidor siempre tiene, en principio, la elección de la medida primaria (aunque en la práctica muchas veces no se cumple) salvo que la medida sea imposible o desproporcionada por imponer unos costes excesivamente elevados. Por lo que teniendo en cuenta la literalidad del texto no sería descabellado pensar que ante defectos que surjan en un plazo no superior a 30 días desde la entrega, se podría solicitar la medida que se quisiera aun cuando fuese desproporcionada, excepcionando solo las imposibles por razones obvias. Supeditado, claro está, a que el Estado en cuestión decida contemplarlo. En la trasposición española no encontramos ningún rastro de ello, salvo el poco acertado método que en nuestra opinión utiliza el art. 117 para exponer los remedios como hemos señalado.

Tampoco queda claro si la resolución del contrato se podría solicitar independientemente de su entidad (sea leve o grave), puesto que el otro ejemplo que facilita señala: "el derecho del consumidor a rechazar los bienes que presenten un vicio y a considerar denunciado el contrato". No obstante, si tenemos en cuenta el Considerando 53 al que ya hemos hecho referencia antes, parece bastante claro que solo se podría pedir la resolución del contrato ante defectos que no sean de escasa importancia.

2. La opción del comprador entre la sustitución y la reparación: De la desproporcionalidad relativa a la desproporcionalidad absoluta.

Más significativa es la modificación del criterio imperante en el Tribunal de Justicia de Luxemburgo a través un cambio legislativo como el presente. Concretamente, el criterio de que la desproporción entre remedios que únicamente permite al vendedor no ceñirse a la elección del consumidor es la desproporción "relativa"[10]. Por ejemplo, imaginémonos una situación en la que la reparación de producto sea muy complicada y al vendedor le resulte mucho más barato sustituir el producto. Hasta ahora, el vendedor podía negarse a reparar o sustituir el producto (además del supuesto de imposibilidad) solamente cuando la opción elegida fuera desproporcionada en comparación a la otra. De esta forma, cuando solo era posible una opción, porque el producto no podría ser reparado por falta de piezas o no podía ser sustituido al no fabricarse más, el vendedor debía ceñirse a ella por muy onerosa que fuera.

Parece ser, que el legislador comunitario se ha percatado de esta situación y ha decidido a través del art. 13.3 (art. 118.3 TRLGDCU) permitir que el vendedor pueda negarse ante cualquier tipo de desproporción: "El vendedor podrá negarse a poner los bienes en conformidad cuando la reparación y la sustitución resulten imposibles o le impongan costes que resultarían desproporcionados, teniendo en cuenta todas las circunstancias, en particular las que se mencionan en el apartado 2, letras a) y b).". Que vienen a decir: "a) el valor que tendrían los bienes si no hubiera existido falta de conformidad" y "b) la relevancia de la falta de conformidad".

La redacción no lleva a confusión, y a nuestro parecer es claro que el vendedor podrá negarse a la reparación y a la sustitución tanto si son imposibles

10 STJUE 16 junio 2011, C-65/09, Weber. El asunto se planteó en Alemania sobre la adquisición de una serie de baldosas pulidas con el importe de 1.382,27 euros. Tras la colocación de una parte de dichas baldosas en su casa, el comprador detectó en ellas unos sombreados que podían percibirse a simple vista. En unas diligencias preliminares, el perito llegó a la conclusión de que los sombreados aludidos eran unos micro restos de lijado, que no podían desaparecer, por lo que el único medio posible de saneamiento era la sustitución completa de las baldosas. El comprador demandó su sustitución y una indemnización de daños y perjuicios, demanda que fue desestimada en primera instancia, donde obtuvo, exclusivamente, una reducción del precio. En cambio, en segunda instancia, la demanda fue estimada en el punto relativo a la petición de sustitución, condenándose, además, al vendedor a satisfacer una indemnización de 2.122,37 euros por la retirada y el desecho de las baldosas defectuosas.

o desproporcionadas. De hecho, el propio Considerando 49 nos saca de dudas y sentencia sin ambages que: "El vendedor debe poder negarse a poner los bienes en conformidad si tanto la reparación como la sustitución resultan imposibles o le imponen unos costes desproporcionados. El mismo principio debe aplicarse si la reparación o la sustitución resultara imposible y la medida correctora alternativa impusiera al vendedor unos costes desproporcionados. Por ejemplo, cuando los bienes se encuentren en un lugar distinto a aquel en el que fueron entregados inicialmente, los costes de franqueo y transporte podrían ser desproporcionados para el vendedor".

Sin perjuicio de lo anterior, el principio de desproporcionalidad "relativa" se sigue aplicando en el art. 11.2 como criterio para limitar la capacidad de elección del consumidor cuando ambas opciones son posibles, pero una de ellas resulta mucho más costosa para el vendedor. Que tiene reflejo en el art. 118.1 TRLDCU cuando indica que: "el consumidor o usuario tendrá derecho a elegir entre la reparación o la sustitución, salvo que una de estas dos opciones resultare imposible o que, en comparación con la otra medida correctora, suponga costes desproporcionados para el empresario, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, entre ellas las recogidas en el apartado 3 de este artículo, así como si la medida correctora alternativa se podría proporcionar sin mayores inconvenientes para el consumidor o usuario".

En cuanto a la imposibilidad, hay que entender que podrá tener lugar en el supuesto de venta de cosa específica pero no en el de genérica, con base en el aforismo *genus nunquam perit.* Igualmente, habrá imposibilidad cuando se trate de defectos que no se puedan subsanar por su propia naturaleza (siniestro total) o que el bien o la pieza necesaria para reparar el bien ya no se fabrique.

Por lo que respecta a la desproporción, además de lo que se ha indicado antes es llamativo que ya no se haga referencia a qué se entiende por costes no razonables siguiendo lo dispuesto por el antiguo art. 119.2 TRLGDCU cuando decía que: "Para determinar si los costes no son razonables, los gastos correspondientes a una forma de saneamiento deben ser, además, considerablemente más elevados que los gastos correspondientes a la otra forma de saneamiento". A modo de ejemplo, véanse determinados dispositivos electrónicos en los cuales muchas veces la reparación de los defectos es mucho más costosa que su simple sustitución, teniendo en cuenta su carácter homogéneo y producción en masa.

3. La gratuidad de la puesta en conformidad.

Cualquiera que sea la forma de cumplimiento forzoso que se elija, la misma será gratuita, en ese sentido, siguiendo la línea de lo que ya en su día recogía el art. 120. a) TRLGCU (según la Directiva 99/44), el nuevo art. 118.4.a) indica que: "Serán

gratuitas para el consumidor o usuario. Dicha gratuidad comprenderá los gastos necesarios en que se incurra para que los bienes sean puestos en conformidad, especialmente los gastos de envío, transporte, mano de obra o materiales."

En cuanto a la gratuidad de la puesta en conformidad, la Directiva mantiene lo que ya adelantó la PDirCOM en su artículo 10 y que, a su vez, confirma algunos aspectos que se había encargado de precisar la jurisprudencia del TJUE. De esta forma, el art. 14.2 de la Directiva pone de relieve que, en caso de sustitución, "el vendedor recuperará los bienes sustituidos a sus expensas". Aunque sin hacer mención al "salvo que las partes hayan acordado otra cosa una vez que la falta de conformidad con el contrato haya sido puesta en conocimiento del vendedor por el consumidor". De hecho, el nuevo art. 118. 5 TRLGDCU dice que: "Cuando proceda la reparación o la sustitución del bien, el consumidor o usuario lo pondrá a disposición del empresario y este, en su caso, recuperará el bien sustituido a sus expensas de la forma que menos inconvenientes genere para el consumidor o usuario dependiendo del tipo de bien"

Igualmente, el art. 14.3 (Directiva) indica que: "Cuando una reparación requiera la retirada de bienes que hayan sido instalados de forma coherente con su naturaleza y finalidad antes de que se manifieste la falta de conformidad, o cuando se sustituyan los bienes, la obligación de reparar o sustituir los bienes incluirá la retirada de los bienes no conformes y la instalación de los bienes sustituidos o de los bienes reparados, o la asunción de los costes de dicha retirada e instalación" (en términos muy similares el art. 118.6 TRLGDCU) . No se dice expresamente que el vendedor se haga cargo de la obligación de reponer los bienes de reemplazo, cuando sea él mismo quien haya instalado los sustituidos, pero se sobreentiende.[11]

Este apartado ejemplifica cómo se ha aprovechado la Directiva para incorporar algunas aclaraciones jurisprudenciales en esta materia. Como también lo es el nuevo art. 118.7 TRLGDCU cuando señala que: "El consumidor o usuario no será responsable de ningún pago por el uso normal de los bienes sustituidos durante el período previo a su sustitución."[12]

4. Transcurso de un plazo razonable y la puesta de conformidad "sin mayores convenientes".

Aunque no son verdaderamente novedades de la Directiva, es fundamental hacer mención a dos de las más importantes condiciones que se exigen en la

11 En particular, a la luz de STJUE (Sala 1ª) 16 junio 2011, C-65 y C-97/09, Weber y Putz.

12 STJUE (Sala 1ª) 17 abril 2008, C-404/06, Quelle, que, consideró contrario al art. 3.4 de la Directiva 99/44 que el Derecho alemán (§§ 439.4 y 346.2.2 *BGB*) permitiera al vendedor exigir al comprador una indemnización por el tiempo que ha usado el bien defectuoso hasta que se haya procedido a su sustitución. En el caso concreto, el vendedor de una cocina averiada había exigido una indemnización de 69.97 euros por este concepto.

puesta en conformidad de los bienes. Las cuales, si no se cumplen, abrirán la puerta a la activación de los remedios subsidiarios. Y son, tal y como se recoge en el nuevo art. 118.4 b) y c), que: "Deberán llevarse a cabo en un plazo razonable a partir del momento en que el empresario haya sido informado por el consumidor o usuario de la falta de conformidad" (sí que es nueva la referencia al momento en que el empresario haya sido informado) y "deberán realizarse sin mayores inconvenientes para el consumidor o usuario, habida cuenta de la naturaleza de los bienes o de los contenidos o servicios digitales y de la finalidad que tuvieran para el consumidor o usuario".

Esto nos tiene que hacer llegar a la conclusión de que en función de la complejidad del objeto su reparación tardará más o menos tiempo, de igual manera si para la sustitución o reparación del bien es necesaria la importación del mismo o de los materiales (ya sea porque el bien o sus piezas solo se fabrican en otro país)[13]. En cambio, si tras varias reparaciones el vehículo sigue presentando la misma anomalía, "si bien es cierto que la anomalía que sufre el vehículo es de escasa entidad y su reparación de escasa cuantía, sin embargo, la imposibilidad de repararlo", hace que se estime procedente la resolución del contrato, pues "es claro que el vehículo nunca ha conseguido estar en las adecuadas condiciones de seguridad para ser utilizado, sin que sea posible exigir al comprador la revisión mensual del mismo para que se encuentre en condiciones adecuadas para el uso cotidiano"[14].

Puede parecer que hubiese sido más conveniente establecer un plazo de referencia en la Directiva del mismo modo que en su día lo hizo el art. 111.2 CESL, señalando que el plazo nunca excederá de 30 días. De todos modos, la doctrina se inclina más a pensar que a fin de cuentas dicho plazo hubiese generado más problemas que beneficios. Puesto que, por un lado, los empresarios podrían limitarse a cumplirlo aun cuando las reparaciones pudiesen ser más veloces y, por otro lado, seguramente se volvería ineficiente para aquellas otras que por su dificultad no pudieran realizarse en tal plazo[15].

Por lo que respecta a la expresión "sin mayores inconvenientes para el consumidor", plantea dudas respecto de su exacto significado. Principalmente, por su confusa redacción en relación con la del conjunto del precepto en que se inserta. No puede significar que la reparación o sustitución no se haya llevado en un tiempo razonable, porque, en ese caso, este supuesto sería totalmente redundante.

13 SAP Las Palmas, 19 enero 2016 (AC 2016, 915), que considera que no es desmesurada la espera de dos meses, habida cuenta que se trata de una pieza específica (diferencial trasero) de un automóvil de la marca extranjera "Sangyong".

14 Santa Cruz de Tenerife, 26 mayo 2014 (AC 2014, 1411).

15 Arroyo Amayuelas, E.: "La propuesta", cit., p. 21.

Podríamos pensar, por ejemplo, en el caso de una reparación hecha en un vehículo, sin excesivas dilaciones, pero sin garantías de que no vuelva a reproducirse posteriormente, o seguida de otras averías, que, aunque no sean graves y sean rápidamente reparadas, puedan causar graves molestias al comprador (visitas al taller, privación del uso del vehículo durante los periodos de reparación).

Por último, pero no por ello menos importante, el art. 13.7 recoge la facultad de los Estados a decidir en qué medida "una contribución del consumidor a la falta de conformidad afecta a su derecho a exigir medidas correctoras". En cambio, la PDirCOM señala directamente que: "el consumidor no podrá exigir una reparación si ha contribuido a la falta de conformidad con el contrato o a sus efectos" (art. 9.5). Aunque no encontramos en el texto traspuesto una mención concreta a esta idea, no es menos cierto que si el consumidor ha contribuido a la causación del daño, resulta evidente que el nexo de causalidad se quebrará y no será posible asegurar que la falta de conformidad es originaria.

IV. LOS REMEDIOS SUBSIDIARIOS.

A primera vista, lo que más destaca tanto en la Directiva como en la propia trasposición es la ampliación de los supuestos que permiten poder acceder a los remedios subsidiarios. Puesto que antes, sólo, cuando el cumplimento forzoso no llegaba a satisfacer el interés del comprador, podía éste acudir a los remedios jurídicos secundarios. Conforme al art. 121 TRLGDCU, "La rebaja del precio y la resolución del contrato (siempre, en este último caso, que el defecto de conformidad no sea "de escasa importancia") procederán, a elección del consumidor, cuando éste no pudiera exigir la reparación o la sustitución y en los casos en que éstas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario".

No obstante, como ya venimos manifestando, se han producido una serie de matizaciones en relación con la jerarquía de remedios. La primera el cambio de la desproporción "relativa" a la desproporción "absoluta" que encuentra su mayor concreción en el nuevo art. 119: "El consumidor o usuario podrá exigir una reducción proporcionada del precio o la resolución del contrato, en cualquiera de los siguientes supuestos: a) En relación con bienes y los contenidos o servicios digitales, cuando la medida correctora consistente en ponerlos en conformidad resulte imposible o desproporcionada en el sentido del apartado 3 del artículo 118."

Pero no solo ella, habida cuenta que también se produce una ampliación de los supuestos al considerar que: "Aparezca cualquier falta de conformidad después del intento del empresario de poner los bienes o los contenidos o servicios digitales

en conformidad" (art. 119. d). Es decir, no que reaparezca la falta de conformidad o no se haya podido reparar o sustituir como se solía considerar hasta el momento, sino que basta que una vez entregada surja una nueva falta de conformidad para poder exigir la resolución del contrato o la reducción del precio[16].

Si seguimos, se añade una prerrogativa que ya contemplaba el CESL[17]. Específicamente, el consumidor podrá activar los remedios subsidiarios si: "la falta de conformidad es de tal gravedad que se justifica la reducción inmediata del precio o la resolución del contrato de compraventa". En términos prácticamente iguales, el art. 119.e) según el art. 13.4.c) de la Directiva.

Todo esto hay que ponerlo en relación con el Considerando 52 que autoriza a los Estados Miembros a introducir disposiciones relativas a la posibilidad de solicitar inmediatamente la resolución del contrato o la reducción del precio ante determinadas situaciones que lo justifiquen. Especialmente, cuando los defectos sean de tal gravedad que afecten a la funcionalidad normal del bien y no quepa confiar en la capacidad del vendedor para repararlo. En la misma línea, cuando tampoco sea posible mantener la confianza pues el mismo defecto se presenta dos veces. Aunque indica que en bienes caros y complejos podría estar justificado que el vendedor lo pueda reparar dos veces.

Igualmente, se consolida una tendencia jurisprudencial consistente en admitir el recurso a los remedios subsidiarios cuando resulte evidente que el vendedor no tiene el propósito de proceder a la puesta en conformidad del bien defectuoso, tras haber sido requerido por el comprador (judicial o extrajudicialmente) para llevarla a cabo[18].

La nueva Directiva ya lo contempla en sus preceptos, concretamente el art. 13.4.d), cuando dice que "el consumidor podrá exigir una reducción proporcionada del precio con arreglo a lo dispuesto en el artículo 15 o bien la resolución del contrato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 16, en cualquiera de los supuestos siguientes: (…) d) el vendedor ha declarado, o así se desprende claramente de las circunstancias, que no pondrá los bienes en conformidad en un plazo razonable o sin inconvenientes significativos para el consumidor". Cuya plasmación definitiva se puede ver en el art. 119.f) TRLGDCU.

16 Art. 13.4.b Directiva 2019/771. Inicialmente, señalaba que: "subsiste la falta de conformidad pese al intento del vendedor de poner los bienes en conformidad". Si bien, a causa de las dudas interpretativas que puede generar dicha mención en la versión consolidada se ha sustituido el "subsiste la falta" por "aparece una falta". En ese sentido, dará igual que la falta de conformidad sea la misma o una nueva.

17 El art. 114 CESL preveía que el comprador pudiese directamente resolver el contrato si el incumplimiento del vendedor era "esencial", y, si se trataba de un consumidor, siempre que la falta de conformidad no fuese "insignificante".

18 SAP Madrid, 5 diciembre 2007 (JUR 2018, 101642).

1. La posibilidad de acudir a los remedios subsidiarios.

La Directiva 2019/771 muestra una importante variación respecto de lo que la PDirCOM recogía inicialmente[19], y es que se reafirma en lo que el art. 5 de la Directiva 99/44 ya recogía. Esto es, la reducción del precio y la resolución del contrato podrán ser solicitadas por el consumidor o lo que es lo mismo el vendedor podrá negarse a poner los bienes en conformidad (repararlos o sustituirlos) desbloqueando los remedios subsidiarios cuando: "la reparación y la sustitución resulten imposibles o le impongan costes desproporcionados". Por consiguiente, si una de las opciones (reparación o sustitución) es posible y no es desproporcionada, el consumidor deberá pasar por ella. Salvo que, posteriormente, el vendedor no lleve a cabo dicha puesta en conformidad en un plazo razonable, sin mayores inconvenientes y de forma gratuita. Y sin perjuicio de las otras vías para acceder a los remedios subsidiarios que ya hemos comentado de persistencia de los defectos, gravedad de la falta de conformidad o constatación de la voluntad de no poner los bienes en conformidad por parte del vendedor.

En relación con los remedios primarios, no se ha dicho que hay una escandalosa omisión referente a la sustitución de los bienes y se trata de que ya no se contempla su limitación cuando hablamos de productos no fungibles o de segunda mano (como hacía el art. 120.g) TRLGDCU). Algo que tampoco se incluye en el texto definitivo de trasposición y que viene a reformar todo el Título IV, por lo que debemos concluir que ya no será posible negarse en base a dicho artículo. La solución podría venir dada por recurrir al nuevo art. 118.3 TRLGDCU y negarse cuando la sustitución sea imposible o desproporcionada dadas esas circunstancias.

2. La facultad de resolver el contrato.

Tanto el artículo 13.1 de la PDirCOM como el art. 16.1 de la Directiva 2019/771 introducen de manera expresa la facultad de resolver el contrato de forma extrajudicial, si bien con una redacción diferente, ya que la Propuesta indica que será: "por cualquier medio" y la Directiva definitiva: "mediante una declaración al vendedor en la que exprese su decisión de resolver el contrato de compraventa". No obstante, no parece que haya diferencias sustanciales, siempre y cuando la declaración sea expresa. Así lo marca definitivamente el art. 119 ter. TRLGDCU al disponer que se hará: "mediante una declaración expresa al empresario indicando su voluntad de resolver el contrato".

19 El art. 9.3 de la PDirCOM admitía el recurso a los remedios subsidiarios si: "la reparación o la sustitución son imposibles". Lo que podía interpretarse que bastaba que el consumidor eligiera una opción y si no era posible que tuviera derecho a, por ejemplo, resolver el contrato si la falta de conformidad no era de escasa importancia.

Aunque si seguimos la jurisprudencia la presente novedad no debería tener mucha repercusión, en la medida que el Tribunal Supremo ya ha manifestado en numerosas ocasiones que la resolución el contrato puede ser extrajudicial, a pesar de lo recogido en el art. 1124 CC. Deberá ser una declaración de carácter recepticio, que si es discutida por el vendedor o si se niega a la restitución del precio, será necesario acudir a los Tribunales, teniendo la sentencia que se dicte un carácter meramente declarativo[20].

Dónde si se aparta sustancialmente de lo innovado por la PDirCOM es en lo que respecta a los efectos de la resolución del contrato, cuestión que la Directiva 99/44 encomendaba a las legislaciones nacionales. Debido a que, la Propuesta de Directiva imponía en su artículo 13.3 que la restitución de las prestaciones se hiciera "sin demora debida" y, antes del transcurso de 14 días, desde el envío de la notificación de la resolución, en el caso del comprador y, desde su recepción, en el caso del vendedor que deberá correr con los costes.

Sin embargo, la Directiva no recoge ninguna de dichas previsiones, como tampoco las que regulaba en relación con la destrucción o deterioro de los bienes. Simplemente, se limita a decir que la restitución se hará a expensas del vendedor y el reembolso tendrá lugar cuando el vendedor reciba los bienes o una prueba de su correcta devolución. Lo que la Directiva sí que añade en el art. 16.2 es que será posible la resolución de una parte de los bienes entregados y cualesquiera otros que no se pueda razonablemente esperar que el consumidor conserve, ya que se adquirieron con otros bienes no conformes.

Aquí es dónde el texto traspuesto en el TRLGDCU sí estira la protección al consumidor, pues indica que el reembolso se deberá hacer sin demoras y en el plazo de 14 días, tal y como ya señalaba la Propuesta de Directiva (art. 119 quater.1 TRLGDCU). Eso sí, este plazo empezará a contar desde que el vendedor reciba los bienes o una prueba de ello (art. 119 ter. 4.a)). Igualmente, vemos el reflejo del art. 16.2 Directiva en el art. 119 ter.3 cuando señala la posibilidad de resolver el contrato cuando solo una parte de los bienes entregados se vea afectada por la falta de conformidad y haya motivos para la resolución, así como de los otros cuando no se pueda razonablemente esperar que se conserven por haberlos adquirido con otros no conformes.

Cabe destacar también que el reembolso se realizará a través del mismo método de pago usado por el consumidor para adquirir el bien, salvo que se haya acordado otra cosa y no suponga un coste adicional (art. 119 quater.2). Además, el empresario no podrá imponer ningún cargo por el reembolso (art. 119 quater.3).

20 Por todas, STS 26 noviembre 2006 (RJ 2006, 400).

3. Que la falta de conformidad no sea de escasa entidad para poder resolver el contrato.

La PDirCOM introdujo un cambio significativo respecto de la regulación de la Directiva 99/44 y es que permitía la resolución del contrato aún cuando la falta de conformidad fuese de escasa importancia, habida cuenta que eliminó dicho requisito de su articulado.

De todos modos, las alegrías han durado poco porque al Directiva 2019/771 volvió a introducir a través del art. 13.5 una mención similar. Y decimos similar porque en su redacción original señalaba que: "El consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato cuando la falta de conformidad sea leve. La carga de la prueba de que la falta de conformidad es leve corresponderá al vendedor". A pesar de ello y de las dudas interpretativas que pudiese generar, debemos seguir entendiendo que su significado es "escasa importancia", ya que la versión consolidada de la Directiva que salió dos días después corregía ese desliz y volvía a indicar de "escasa importancia". A mayor abundamiento, el propio Considerando 53 apunta que: "el consumidor debe disfrutar del derecho a resolver el contrato únicamente en los casos en que la falta de conformidad no sea de escasa importancia". En efecto, el art. 119 ter.2 TRLGDCU reconoce que: "La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia, salvo en los supuestos en que el consumidor o usuario haya facilitado datos personales como contraprestación, correspondiendo la carga de la prueba al empresario".

Aquí vemos la referencia a la facilitación datos personales como excepción al requisito de la no escasa importancia para resolver al contrato. Evidentemente, esta norma jugará especialmente en los casos en que haya un contrato de contenidos digitales dónde será habitual este tipo de contraprestación. Pero no hay que obviar la posibilidad de que también se proporcionen cuando nos encontremos en un contrato de bienes de consumo, especialmente si se trata de bienes con contenidos digitales.

El resto de apartados del art. 119 ter se refieren al contrato de suministro de contenidos y servicios digitales que no son objeto del presente trabajo.

V. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS POR EL CONSUMIDOR Y USUARIO.

1. Plazo de garantía y presunción de la falta de conformidad.

Por lo que respecta al plazo de garantía de los bienes, el nuevo art. 120 TRLGDCU introduce un plazo de garantía de tres años para el supuesto de entrega de bienes y mantiene uno de dos para el caso de suministro de contenidos

y servicios digitales (si bien, habría que considerarlo una novedad pues hasta el momento dichos contratos no estaban regulados). Esto supone un aumento de la protección dispensada hasta el momento por el legislador en la compraventa de bienes de consumo que, como es por todos conocido, se limitaba a dos años desde la entrega (art. 123.1 TRLGDCU). Así, la mejora llevada a cabo se enmarca dentro de la libertad otorgada por la Directiva a los Estados miembros para poder adoptar plazos más largos que los establecidos en la norma para este ámbito (art. 10.3). Eso sí, cuando nos encontremos en un contrato de suministro de contenidos digitales o de bienes con contenidos digitales que prevea el suministro continuo de contenido, el plazo de responsabilidad se extenderá durante todo ese período que haya determinado el empresario. Y, si es inferior a tres años, igualmente la responsabilidad se extenderá a un plazo de tres años (nuevo art. 120.2 TRLGDCU, según art. 10.2 Directiva). Lo cual, en definitiva, implica que el plazo de dos años se limitará a los contenidos o servicios que se suministren es un solo acto o una serie de actos individuales.

El art. 10.6 de la Directiva indica que los Estados miembros podrán pactar un plazo menor del previsto siempre que no sea inferior a un año por cuanto se refiere a los bienes de segunda mano. De forma muy continuista con lo que ya indicaba el art. 123.1 TRLGDCU. En ese sentido, previsiblemente el nuevo art. 120.1.II TRLGDCU mantiene esa dicción y confirma el plazo mínimo de un año de garantía para bienes de segunda mano.

Igual de importante que el plazo de garantía es el plazo de presunción de las faltas de conformidad, que sufre una merma en la Directiva en cuanto a lo previsto en la Propuesta. Según, el art. 11.1 este plazo de presunción *iuris tantum* será de un año, por tanto, se incrementa en seis meses si nos fijamos en la regulación vigente del TRLGDCU (pues actualmente es de seis meses). Pero no llega a ser tan ambicioso como pretendía la PDirCOM. No obstante, el legislador español ha querido ir más allá y en la trasposición final llevada a cabo en el nuevo art. 121.1 TRLGDCU ha establecido un plazo de presunción de dos años desde la entrega de los bienes y del suministro del contenido o servicio digital cuando se realice en un solo acto o en una serie de actos individuales (gracias a la habilitación del art. 11.2 Directiva). Con la salvedad, que asimismo disponía el art. 11.1 Directiva, de que la presunción "no sea incompatible con la naturaleza de los bienes o con la índole de la falta de conformidad". También es interesante señalar que el nuevo art. 121.2 TRLGDCU señala, que en los supuestos que haya un suministro continuo de contenidos o servicios en un contrato de bienes con elementos digitales o de contenidos o servicios digitales, la carga de la prueba corresponderá al empresario durante todo ese período de tiempo.

No nos gustaría terminar sin mencionar el aumento de seis meses a un año que introduce el nuevo art. 122.3 TRLGDCU relativo a la responsabilidad y presunción de la misma falta de conformidad, tras la entrega del bien y reaparición de defectos una vez acaecida la puesta en conformidad.

2. Plazo de prescripción y notificación de la falta de conformidad.

Por último, la Directiva 1999/44 habilitaba a los Estados miembros a que pudieran exigir a los consumidores la notificación de las faltas de conformidad en el plazo de dos meses desde la fecha en la cual se percataron de la misma para que puedan hacer valer sus derechos (art. 5.2). El TRLGDCU acogió dicho planteamiento y el art. 123.5 señalaba que el consumidor debería informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses, desde que tuvo conocimiento de ella, si bien no aparejaba consecuencias significativas a su incumplimiento, ya que su no ejercicio simplemente supondría que sea responsable "de los daños o perjuicios efectivamente ocasionados por el retraso en la comunicación". Además, se presumía, salvo prueba en contrario, que la notificación había tenido lugar dentro del plazo determinado.

Sin embargo, aunque la Directiva 2019/771 establecía en su art. 12 que los Estados Miembros podían servirse de esta obligación de informar para que los consumidores pudieran exigir sus derechos. Y, se aparta, del cambio que suponía la PDirCOM, puesto que había desparecido de su articulado[21]. Como se puede observar en el texto de trasposición no hay rastro de la clásica notificación de dos meses que como hemos indicado venía exigiendo la normativa de derecho de consumo. En consecuencia, hemos de concluir que el legislador español ha optado por eliminarla de forma definitiva.

Tampoco hay una armonización plena en el plazo de prescripción e igualmente se diferencia de lo que planteaba la PDirCOM, pues no se prevé un plazo mínimo de dos años "desde el momento en que se cumpla el plazo pertinente para establecer la conformidad con el contrato", sino que tanto en los arts. 10.4 y 10.5 de la Directiva se limitan a decir que "los Estados miembros velarán por que dicho plazo de prescripción permita a los consumidores exigir las medidas correctoras establecidas en el artículo 13". En este sentido, dada la libertad

21 El considerando 25 de la PDirCOM argumentaba que la posibilidad de que los Estados miembros puedan exigir la notificación previa en caso de faltas de conformidad podía suponer que los consumidores pierdan el derecho a reclamar, sobre todo, en transacciones transfronterizas "en las que es aplicable la legislación de otro Estado miembro y el consumidor desconoce dicha obligación de notificación en virtud de esa legislación. […]. En consecuencia, los Estados miembros deben abstenerse de introducir o mantener un requisito por el que el consumidor deba notificar al vendedor la falta de conformidad dentro de un plazo determinado". Dichas consideraciones presentaban una gran lógica, ya que desde el momento en que los países que introduzcan ese requisito previo, pueden no ser tan benévolos como la legislación española, y que la falta de notificación implique la pérdida del derecho a reclamar. En cambio, como se ha visto, en España únicamente permitía al vendedor reclamar los daños "efectivamente ocasionados" por el retraso.

otorgada a los Estados, la norma de trasposición ha optado por aumentar en el art. 124 TRLGDCU a cinco años el plazo de prescripción de las acciones desde el momento en que se manifieste la falta de conformidad.

La elección del plazo de cinco años desde que se manifieste la falta de conformidad tiene una gran trascendencia, en la medida que resuelve en parte el problema del *aliud pro alio* en las ventas de consumo. Habida cuenta que, a partir de la entrada en vigor de la nueva regulación, coincidirá el plazo de prescripción de las acciones generales de cumplimiento con el de prescripción por falta de conformidad. Y, lo que es más, el plazo de prescripción del TRLGDCU será mucho más benévolo pues el *dies a quo* comenzará a computarse desde el surgimiento de la falta de conformidad, mientras que el plazo general debería circunscribirse a la entrega del producto, al igual que ya hacía el art. 123.4 TRLGCU. A mayor abundamiento, decimos en parte puesto que al abrigo del TRLGDCU habrá que respetar el sistema de jerarquía de remedios que hemos escrito anteriormente, cosa que no se produciría en el marco de la doctrina del *aliud pro alio.*

Si bien la doctrina se ha mostrado contraria a admitirla[22], debido a que entiende que el legislador quiso subsumir en el TRLGDCU todos los supuestos aplicables a ventas de consumo (y estamos de acuerdo), no parece que se pueda evitar por parte de los tribunales en aquellos defectos que, al menos, hagan inhábil a la cosa. Teniendo en cuenta que carecemos de un precepto como el § 438.3 BGB. De hecho, es posible encontrar alguna sentencia que así lo ha considerado cuando había transcurrido el plazo de tres años para ventas de consumo, como puede ser un automóvil que carecía de la seguridad suficiente por existir la posibilidad de que algunas averías reparadas se reprodujeran (parada brusca de marcha), "frustrando con ello la principal cualidad que debe reunir un automóvil para servir al uso al que se destina, que es la de proporcionar seguridad en la conducción"[23]

3. Garantía comercial y servicio postventa.

Por lo que se refiere a la garantía comercial y el servicio postventa, hay que decir que hay una especial fijación por la durabilidad de los bienes, en consonancia con lo dispuesto en la exposición de motivos del Real Decreto de trasposición. Puesto que hace hincapié en la Resolución de 25 de noviembre de 2020 del

22 En este sentido, Avilés García, J.: *Los contratos de compraventa de bienes de consumo. Problemas, propuestas y perspectivas de la venta y garantías en la Directiva 1994/44/CE y la Ley 23/2003*, Comares, Granada, 2006, pp. 419-419; Fenoy Picón, N.: *El sistema de protección del comprador,* Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pp. 179-186; Marín López, M. J.: "*Ad* art. 117 TRLGDCU", cit., pp. 1475-1476; O'Callaghan Muñoz, X.: "Nuevo concepto de la compraventa cuando el comprador es consumidor", en AA.VV.: *La Ley 23/2003, de Garantía de los Bienes de Consumo: Planteamiento de Presente y Perspectivas de Futuro* (coord. M. J. Reyes López), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 142-143; Torrelles Torrea, E.: "*Ad* art. 117 TRLGDCU", en AA.VV.: *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea* (dir. S. Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2011, p. 1082.

23 SAP Albacete, 3 marzo 2010 (JUR 2010, 154951).

Parlamento Europeo: "Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores".

Esto se puede ver en el nuevo art. 127.1 TRLGDCU (de conformidad con el art. 17 Directiva) que pone especial énfasis en la vinculatoriedad de la eventual garantía de durabilidad durante todo el período que se determine tanto a la reparación como a la sustitución. Añadiendo que la publicidad será igualmente vinculante a menos que se haya corregido. Del mismo modo, se señala en el art.127.3.a) que deberá haber una indicación precisa del derecho a las medidas correctoras y a la gratuidad de la puesta en conformidad.

En cuanto al servicio postventa, se incrementa a un total de diez años el plazo por el cual el empresario debe tener repuestos desde que el bien deje de fabricarse (art. 127 bis.1). Por el contrario, se reduce a solo un año el plazo de prescripción del derecho del consumidor a recuperar el bien después de su entrega para la reparación (art. 127 bis.3).

BIBLIOGRAFÍA:

Albiez Dohrmann, K.J.: "Los modelos europeos en las proyectadas reformas de la compraventa en el Código civil", en AA.VV.: *Estudios sobre el contrato de compraventa. Análisis de la Trasposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos españoles y alemán* (dirs. A. Ortí Vallejo y M. Jiménez Horwitz), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

Arroyo Amayuelas, E.: "La propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas de bienes a distancia", *Revista InDret*, núm. julio, 2016.

Gómez Pomar, F. y Gili Saldaña, M.: "La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual. Su trascendencia en el Derecho español de contratos, en la normativa común de compraventa europea (CESL) y en otras propuestas normativas", *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, Vol. 67, 2014.

Llamas Pombo, E.: *La compraventa*, La Ley, Madrid, 2014.

Marín López, M. J.: "*Ad* art. 117 TRLGDCU", en AA.VV.: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

Marín López, M. J.: "Falta de conformidad del bien vendido y derechos del consumidor en la Directiva 2019/771/UE", *Diario La Ley,* núm. 9461, Sección Doctrina, 22 julio 2019, Wolters Kluwer.

Morais Carvalho, J.: "Contratos de compraventa de bienes (Directiva 2019/771) y Suministro de contenidos o servicios digitales (Directiva 2019/770). Ámbito de aplicación y grado de armonización", *Cuadernos de Derecho Trasnacional*, núm.1, Vol. 12, 2020.

O'Callaghan Muñoz, X.: "Nuevo concepto de la compraventa cuando el comprador es consumidor", en AA.VV.: *La Ley 23/2003, de Garantía de los Bienes de Consumo: Planteamiento de Presente y Perspectivas de Futuro* (coord. M. J. Reyes López), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

Sánchez Ruiz De Valdivia, I.: "La reforma del contrato de compraventa a través de la adopción de un concepto único y articulado de incumplimiento", en AA.VV.: *Estudios sobre el contrato de compraventa. Análisis de la Trasposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos españoles y alemán* (dirs. A. Ortí Vallejo y M. Jiménez Horwitz), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

TORRELLES TORREA, E.: "*Ad* art. 117 TRLGDCU", en AA.VV.: *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea* (dir. S. CÁMARA LAPUENTE), Colex, Madrid, 2011.

TORRELLES TORREA, E.: "*Ad* art. 119 TRLGDCU", AA.VV.: *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea* (dir. S. CÁMARA LAPUENTE), Colex, Madrid, 2011.

PECULIARIDADES DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

CHARACTERISTICS OF ELECTRONIC CONTRACTING

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1314-1333

Carmen R.
IGLESIAS
MARTÍN

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Los diversos cambios que se han ido produciendo en el mundo y, la sensación de inseguridad percibida por la sociedad hace necesario sentar unas bases claras de lo que supone la contratación electrónica y su trascendencia de cara al futuro.

PALABRAS CLAVE: Contratación electrónica, comercio electrónico, medios de comunicación, servicios de la sociedad de la información, mercado único digital.

ABSTRACT: *The various changes that have been taking place in the world and, the feeling of insecurity perceived by society, makes it necesary to lay a clear foundation for what electronic contracting means and its importance for the future.*

KEY WORDS: *Electronic contracting, e-commerce, media, information society services, digital single market.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. SITUACIÓN ACTUAL DEL COMERCIO ELECTRÓNICO.- III. LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN. 1. La influencia de los medios de comunicación. 2. Los aspectos técnicos.- IV. EN CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Por comercio electrónico entendemos tanto la compra de productos o servicios por Internet, como la transferencia electrónica de datos entre operadores de un sector en un mercado. También el intercambio de cantidades o activos entre entidades financieras, o la consulta de información, con fines comerciales, a un determinado servicio, o un sin fin de actividades de similares características realizadas por medios electrónicos. Pero para no perdernos en ambigüedades entenderemos, en un sentido amplio, que es comercio toda aquella actividad que tenga por objeto o fin realizar una operación mercantil y que es electrónico cuando ese comercio se lleva a cabo utilizando la herramienta electrónica, de forma que tenga o pueda tener alguna influencia en la consecución del fin comercial, o en el resultado de la actividad que se está desarrollando.

Por otro lado, contratación electrónica es aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando éste tiene, o puede tener, una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo.

Como establece la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) nº 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE: "Para seguir manteniendo la competitividad en los mercados internacionales, la Unión debe mejorar el funcionamiento del mercado interior y dar una respuesta satisfactoria a los múltiples desafíos planteados en la actualidad por una economía cada vez más basada en la tecnología. La Estrategia para un Mercado Único Digital establece un amplio marco que facilita la integración de la dimensión digital en el mercado interior. El primer pilar de la Estrategia del Mercado Único Digital trata la fragmentación del comercio en el interior de la Unión abordando los principales obstáculos para el desarrollo del comercio electrónico transfronterizo, que constituye la parte más importante de las ventas transfronterizas de bienes de las empresas a los consumidores".

• Carmen R. Iglesias Martín
Profesor Ayudante Doctor
Universidad de Salamanca
carmela@usal.es

Pues bien, vamos a hablar de las peculiaridades de la contratación electrónica; no está de más tenerlas en cuenta ante el espectacular crecimiento del comercio electrónico con idea de lograr realmente un Mercado Único Digital.[1]

II. SITUACIÓN ACTUAL DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

Cada día son más los negocios que se realizan utilizando los medios electrónicos, plenamente aceptados de hecho y de derecho en nuestra sociedad[2]. Pero en este tipo de contratación, en muchas ocasiones, surgen dificultades, tanto de orden jurídico como de orden técnico.

Las primeras dificultades jurídicas fueron consecuencia inmediata del dominio del papel escrito, con una fuerza jurídica especial que residía en la característica manuscrita de la firma que los ordenamientos jurídicos consideraban necesaria para satisfacer las condiciones de validez o de negociabilidad de un documento y, en muchas ocasiones, incluso, para satisfacer cuestiones contables o de índole fiscal, sin entrar en otras, mucho más formalistas todavía, como pueden ser las que tratan de las características que debe cumplir un documento escrito respecto a su valor probatorio. Ya el TS, en una Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección segunda de 3 de noviembre de 1997[3] dijo: "Estamos asistiendo, en cierto modo, en algunas facetas de la vida, incluso la jurídica, al ocaso de la civilización del papel, de la firma manuscrita y del monopolio de la escritura sobre la realidad documental. El documento, como objeto corporal que refleja la realidad fáctica con trascendencia jurídica, no puede identificarse, ya, en exclusiva, con el papel, como soporte, ni con la escritura, como unidad de significación. El ordenador y los ficheros que en él se almacenan constituyen, hoy día, una nueva forma de entender la materialidad de los títulos valores y, en especial, de

1 El art. 26, apartados 1 y 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece que la Unión adoptará las medidas destinadas a establecer el mercado interior o a garantizar su funcionamiento y que este implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías y servicios esté garantizada. Además, el art. 169, apartado 1 y 2 letra a) del mismo TFUE dice que la Unión contribuirá a alcanzar un alto nivel de protección de los consumidores, mediante las medidas que adopte en virtud del art. 114 TFUE en el marco de la realización del mercado interior.
Se tiene que lograr un equilibrio adecuado entre alcanzar un alto nivel de protección de los consumidores y promover la competitividad de las empresas, y garantizar al mismo tiempo el respeto al principio de subsidiariedad. Para ello, es preciso armonizar los aspectos relativos a los contratos de compraventa de bienes, reforzar la seguridad jurídica y reducir los costes de las transacciones, sobre todo para las pequeñas y medianas empresas.

2 La Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) nº 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE, nos recuerda que el comercio electrónico es un motor fundamental de crecimiento del mercado interior, y al no estar aprovechado en su totalidad, se necesita por parte de la UE fortalecer la competitividad e impulsar su crecimiento. Por eso, habrá que estimular a los agentes económicos para que desarrollen todo el potencial ofrecido por el mercado interior. Y esto solo puede hacerse si todos los participantes disfrutan de un acceso fácil a la compraventa transfronteriza de bienes, incluido el comercio electrónico. La evolución tecnológica ha dado lugar a un incremento del mercado de bienes que incorporan contenidos y servicios digitales o están interconectado con ellos.

3 (RJ 1997/8251)

los documentos mercantiles". Hoy por hoy podemos afirmar que todos estos problemas se han visto superados con la firma electrónica, en concreto con la firma electrónica avanzada y reconocida. Con ella se permite no solo identificar al firmante, sino garantizar la integridad del documento firmado electrónicamente (sin posibilidad de manipulación), la confidencialidad del contenido del documento y la imposibilidad de negarla por parte de los firmantes[4].

Pero también dificultades jurídicas, porque con el empleo de la transferencia electrónica de datos, al utilizar las comunicaciones en la formación de los contratos, con la posibilidad de que las partes contratantes se encuentren distantes, surge el problema del derecho aplicable en la relación contractual nueva (en la que está naciendo) [5] y, en el caso de existir diferencias en la interpretación, existe la duda sobre cuál será el órgano jurisdiccional competente para conocer de las referidas diferencias nacidas de esta nueva relación[6]. Al ser los consumidores la parte más

4 La firma electrónica, la firma electrónica avanzada y la firma electrónica reconocida, se regulaban en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, hoy derogada por la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, que complementa el Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativa a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999, y de aplicación en España desde 1 de julio de 2016.
Hay que señalar que el art. 25 de este Reglamento (UE) 910/2014, dice que no se denegarán los efectos jurídicos, ni su admisibilidad como prueba en los procedimientos judiciales, a las firmas electrónicas por el mero hecho de ser firmas electrónicas, o por no cumplir los requisitos de una firma electrónica cualificada. Aunque la firma electrónica cualificada tendrá un efecto equivalente a la manuscrita, reconocida en todos los Estados miembros.
Los requisitos de las firmas electrónicas avanzadas (art. 26 Reglamento UE 910/2014) son: 1. Estar vinculada al firmante de manera única; 2. Permitir la identificación del firmante; 3. Haber sido creada utilizando datos de creación de la firma electrónica que el firmante puede utilizar, con un alto nivel de confianza, bajo su control exclusivo, y 4. Estar vinculada con los datos firmados de modo tal que cualquier modificación ulterior de los mismos sea detectable.

5 Para la determinación de la ley aplicable a los contratos electrónicos, establece el art. 26 de la LSSI (Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico) que se estará a lo dispuesto en las normas de Derecho Internacional Privado del ordenamiento jurídico español, debiendo tomarse en consideración para su aplicación lo establecido en los artículos 2 y 3 de esta Ley (sobre los prestadores de servicios establecidos en España y en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo).

6 La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga nº 142/2006 1 septiembre (AC2006/1888) deja claro que: "La Ley de 19 de julio de 1984, General para la defensa de los consumidores y usuarios proclama que toda cláusula o estipulación general contenida en un contrato concertado con cualquiera de éstos debe cumplir los requisitos de «buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones», lo que entre otras cosas excluye «las cláusulas abusivas, entendiendo por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios». Asimismo, la Directiva 93/137 CEE, de 5 de abril , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores –cuya transposición al Derecho interno cristalizó en la Ley 7/98, de 13 de abril –, sanciona el carácter abusivo de aquellas «cláusulas no negociadas individualmente que, pese a la exigencia de buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato», ejemplificando el legislador comunitario ese desequilibrio –entre otras– en las cláusulas tendentes a «suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción o arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición...». En la actualidad, por mor de la citada transposición, sobre condiciones generales de la contratación, debe reputarse sin duda alguna abusiva en Derecho de consumo español toda cláusula que contenga «la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si fuera inmueble» (Disp. Adicional 1ª, IV, apartado 27, LGDCU). Esa norma legal prácticamente había sido ya adelantada por el Tribunal Supremo, el cual de un modo rotundo a partir de la sentencia de 12 de julio de

vulnerable de la relación, el objetivo será siempre otorgarles un alto nivel de protección[7]. Así pues, con la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011[8], sobre los derechos de los consumidores, se pretende una armonización plena de todos los aspectos reglamentarios fundamentales, sobre todo en los contratos a distancia, para reforzar la seguridad jurídica para los consumidores, pero también para los comerciantes, obligando a proporcionar una previa información clara y precisa con respecto a todos los extremos en este tipo de contratación[9]; información que en muchas ocasiones puede ser a través de un enlace web[10].

1996 había establecido la doctrina (reiterada por las sentencias de 14 de septiembre y 30 de noviembre de 1996 , 1 de febrero , 12 de mayo , 5 de julio y 28 de noviembre de 1997 y de 20 de febrero de 1998) a cuyo tenor las cláusulas de sumisión expresa contenidas en los contratos de adhesión en favor de los Juzgados correspondientes a la sede del empresario en detrimento del fuero más equilibrado y natural relacionado con el lugar de cumplimiento de la obligación y el domicilio del comprador, consumidor o usuario, deben ser reputadas nulas.

7 Martínez Rodríguez, N.: "Un paso adelante en la protección del consumidor en el comercio electrónico: la resolución de litigios en línea", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 1/2018, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2018, p.1-2: "El consumidor es, cada vez más, un consumidor digital que adquiere productos y servicios en línea. Su tutela requiere un marco normativo que le ofrezca confianza y seguridad jurídica en las transacciones comerciales y ello pasa por tener a su disposición mecanismos adecuados de reclamación que le permitan el ejercicio efectivo de sus derechos". Más adelante, en la p. 8 afirma: "El recurso a mecanismos extrajudiciales de resolución es especialmente efectivo para atender reclamaciones de consumo en general y, sin duda, la mejor opción cuando se trata de consumo online y transacciones transfronterizas. En este tipo de operaciones los citados mecanismos se presentan como el medio más adecuado para asegurar a los consumidores el acceso a la justicia. Les permite superar la desmotivación que les produce la vía judicial y evita que se limiten a padecer pasivamente la conculcación de los derechos que les corresponden como consumidores".

8 La Directiva 2011/83/UE modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento y del Consejo, y se deroga la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento y del Consejo

9 La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de La Coruña, nº 379/2019 19 noviembre (JUR 2021/96286), recuerda que "es cuestión nuclear la interpretación que se dé al art. 63.3 RD Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes, que establece que, en los contratos con consumidores y usuarios, éstos tendrán derecho a recibir la factura en papel. En su caso, la expedición de la factura electrónica estará condicionada a que el empresario haya obtenido previamente el consentimiento expreso del consumidor. La solicitud del consentimiento deberá precisar la forma en la que se procederá a recibir la factura electrónica, así como la posibilidad de que el destinatario que haya dado su consentimiento pueda revocarlo y la forma en la que podrá realizarse dicha revocación. El derecho del consumidor y usuario a recibir la factura en papel no podrá quedar condicionado al pago de cantidad económica alguna.
La interpretación de este precepto es preciso realizarla acorde al contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas (art. 3 CC).
La contratación en masa ha llevado al legislador a establecer cautelas y protecciones para la parte más débil en la contratación, procurando que ésta no vea mermado sus derechos como consumidor y usuario de servicios. El precepto en cuestión trata de paliar ciertos comportamientos que imponían, de facto y contra la voluntad del consumidor, una relación exclusivamente telemática o digital. De tal forma que el precepto prevé que la factura en papel es un derecho innato del consumidor, sin coste para él. Introduce la obligación de obtener el consentimiento del consumidor previamente… la interpretación más ajustada a la protección que la norma persigue consiste en entender que el consumidor ha de dar su consentimiento expreso antes de recibir la factura en formato que no sea papel. El hecho de que dicho consentimiento se incluya en el clausulado general es natural a la realidad de los tiempos. Además, en un mundo digital como el que nos ocupa, contratando servicios telemáticos, lo lógico y razonable, es que quien se preocupa de almacenar en papel cierta documentación va a solicitarla, y ahí sí la normativa establece una protección nítida y clara, automática si se quiere.

10 La STJUE, Sala tercera, de 23 de enero de 2019, TJCE/2019/9, establece que, respecto a los contratos a distancia, cuando hay restricciones técnicas o límites sobre el número de caracteres, se acepta el enlace web o el número de teléfono para acceder a la información disponible.

Respecto a la utilización del comercio electrónico, desde el punto de vista del que realiza la oferta en la contratación, podemos decir que una empresa está realizando una actividad de comercio electrónico cuando contempla la utilización de estos medios (electrónicos en general, de Internet en particular) como un canal de comercialización de su oferta, de productos o servicios, habiendo adaptado esta oferta, incluidas las políticas comerciales y el precio, a las características peculiares de la utilización electrónica y de la red[11].

Ello exige una adaptación del comportamiento y forma de trabajo del comerciante a las características del escaparate que es la red y, además adaptar también su actividad, cuando ello sea posible, a otros distintos canales de distribución.

En todo comercio electrónico debe existir un canal de distribución electrónico que, en algunos casos, deberá ser completado con un canal de distribución tradicional, que permita llegar los bienes y productos que se han contratado, desde el productor, o desde el distribuidor, hasta el usuario. El canal de distribución que es Internet, se configura como un canal de distribución de datos e información, en los que se puede incluir un compromiso que deberá reunir determinadas características. El desarrollo de este tipo de contratación ha ido creciendo de forma exponencial, en todos los tipos y formas de comercio, incluso aquellos que, en un principio, se pudiera pensar que no se prestaban bien a ser ofertados, desarrollados y completados a través de la red[12].

Es imposible tratar este tema sin tener en cuenta que los problemas surgen al incidir las comunicaciones en la relación contractual que analizamos.

III. LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

La posibilidad de transmitir datos o información en grandes cantidades y superando los clásicos inconvenientes de tiempo y distancia, condicionan algunas de las teorías en las que se ha basado el análisis de la contratación.

Siempre tendremos que estar y pasar por el principio de la autonomía de la voluntad contractual, por la teoría general de las obligaciones y de los contratos.

11 Davara Rodríguez, M.A.: Manual de derecho informático, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.

12 Gómez Segade, J. A.: "El comercio electrónico en la sociedad de la información", en AA.VV.: Comercio electrónico en Internet (coords. A. Tato Plaza, A. Fernández Albor Batar), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, p. 21-41.

Intentaremos adecuar la realidad social y económica, que sitúa a la informática en un papel protagonista en las relaciones comerciales y en el acuerdo de voluntades contractual, al Derecho vigente[13].

Entre los motivos por los que es importante conocer el momento de perfección de los contratos electrónicos, destacan cuatro: Primero, por la necesidad de saber hasta qué momento pueden ser retiradas y revocadas la oferta y la aceptación. Segundo, para determinar la capacidad de los contratantes. Tercero, para conocer la norma aplicable en supuestos de modificaciones legislativas[14]. Y cuarto, para conocer las obligaciones comunes a todos los prestadores de servicios, sean o no prestadores de servicios de intermediación y realicen o no contratación electrónica. Los artículos 10 y siguientes de la LSSI establecen, entre otras, la obligación del prestador de servicios de la sociedad de la información de disponer de los medios que permitan acceder por medios electrónicos a información sobre nombre y denominación social, residencia, correo electrónico (o cualquier otro dato que permita una comunicación directa con él), datos sobre su inscripción en el Registro Mercantil, datos del Colegio profesional al que pertenezca, número de identificación fiscal, códigos de conducta, precios y características del producto o servicio que ofrezca, así como el deber de colaboración de los prestadores de servicios de intermediación, las obligaciones de información sobre seguridad y las relativas a la portabilidad de datos no personales[15].

13 En el Auto nº 79/2018 19 julio de la AP de Granada (JUR 2018/311456) sobre un proceso monitorio de admisión y requerimiento de pago de una deuda que tiene su origen en un contrato de préstamo al consumo mediante la modalidad de contratación electrónica, establece que "…la documentación acompañada incorpora el contrato de préstamo del que dimana la deuda, que se contrataron electrónicamente. La contratación verificada vía electrónica determina su sumisión a la Ley 34/2022 de 11 de julio reguladora de los servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, y también a la Ley 22/2007 de 11 de julio sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, la cual establece la plena eficacia jurídica de los contratos celebrados por vía electrónica, entendiendo por tales aquellos en que la oferta y la aceptación se transmiten por equipos electrónicos aptos para el tratamiento y almacenamiento de datos conectados a una red…".

14 Arias Pou, M.: "El consentimiento en la contratación electrónica a través de Internet", La Ley 2199/2006, la leydigital, p.6.

15 Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.
El régimen de obligaciones comunes y responsabilidad fue modificado por la Ley 56/2007, de 28 de diciembre de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, en donde quedó sin contenido la obligación de constancia registral del nombre de dominio y el deber de retención de datos de tráfico relativos a las comunicaciones electrónicas, y dando una nueva redacción a los artículos 10, 11, 12 bis, 12 ter y 17.
Artículo 10. Información general.
1. Sin perjuicio de los requisitos que en materia de información se establecen en la normativa vigente, el prestador de servicios de la sociedad de la información estará obligado a disponer de los medios que permitan, tanto a los destinatarios del servicio como a los órganos competentes, acceder por medios electrónicos, de forma permanente, fácil, directa y gratuita, a la siguiente información:
a) Su nombre o denominación social; su residencia o domicilio o, en su defecto, la dirección de uno de sus establecimientos permanentes en España; su dirección de correo electrónico y cualquier otro dato que permita establecer con él una comunicación directa y efectiva.
b) Los datos de su inscripción en el Registro Mercantil en el que, en su caso, se encuentren inscritos o de aquel otro registro público en el que lo estuvieran para la adquisición de personalidad jurídica o a los solos efectos de publicidad.
c) En el caso de que su actividad estuviese sujeta a un régimen de autorización administrativa previa, los datos relativos a dicha autorización y los identificativos del órgano competente encargado de su supervisión.

d) Si ejerce una profesión regulada deberá indicar:
1.º Los datos del Colegio profesional al que, en su caso, pertenezca y número de colegiado.
2.º El título académico oficial o profesional con el que cuente.
3.º El Estado de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo en el que se expidió dicho título y, en su caso, la correspondiente homologación o reconocimiento.
4.º Las normas profesionales aplicables al ejercicio de su profesión y los medios a través de los cuales se puedan conocer, incluidos los electrónicos.
e) El número de identificación fiscal que le corresponda.
f) Cuando el servicio de la sociedad de la información haga referencia a precios, se facilitará información clara y exacta sobre el precio del producto o servicio, indicando si incluye o no los impuestos aplicables y, en su caso, sobre los gastos de envío.
g) Los códigos de conducta a los que, en su caso, esté adherido y la manera de consultarlos electrónicamente.
2. La obligación de facilitar esta información se dará por cumplida si el prestador la incluye en su página o sitio de Internet en las condiciones señaladas en el apartado 1.
3. Cuando se haya atribuido un rango de numeración telefónica a servicios de tarificación adicional en el que se permita el acceso a servicios de la sociedad de la información y se requiera su utilización por parte del prestador de servicios, esta utilización y la descarga de programas informáticos que efectúen funciones de marcación, deberán realizarse con el consentimiento previo, informado y expreso del usuario.
A tal efecto, el prestador del servicio deberá proporcionar al menos la siguiente información:
a) Las características del servicio que se va a proporcionar.
b) Las funciones que efectuarán los programas informáticos que se descarguen, incluyendo el número telefónico que se marcará.
c) El procedimiento para dar fin a la conexión de tarificación adicional, incluyendo una explicación del momento concreto en que se producirá dicho fin, y
d) El procedimiento necesario para restablecer el número de conexión previo a la conexión de tarificación adicional.
La información anterior deberá estar disponible de manera claramente visible e identificable.
Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de lo establecido en la normativa de telecomunicaciones, en especial, en relación con los requisitos aplicables para el acceso por parte de los usuarios a los rangos de numeración telefónica, en su caso, atribuidos a los servicios de tarificación adicional.
Artículo 11. Deber de colaboración de los prestadores de servicios de intermediación.
1. Cuando un órgano competente hubiera ordenado, en ejercicio de las competencias que legalmente tenga atribuidas, que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información o la retirada de determinados contenidos provenientes de prestadores establecidos en España, y para ello fuera necesaria la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación, dicho órgano podrá ordenar a los citados prestadores que suspendan el correspondiente servicio de intermediación utilizado para la provisión del servicio de la sociedad de la información o de los contenidos cuya interrupción o retirada hayan sido ordenados respectivamente.
2. Si para garantizar la efectividad de la resolución que acuerde la interrupción de la prestación de un servicio o la retirada de contenidos procedentes de un prestador establecido en un Estado no perteneciente a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo, el órgano competente estimara necesario impedir el acceso desde España a los mismos, y para ello fuera necesaria la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación establecidos en España, dicho órgano podrá ordenar a los citados prestadores de servicios de intermediación que suspendan el correspondiente servicio de intermediación utilizado para la provisión del servicio de la sociedad de la información o de los contenidos cuya interrupción o retirada hayan sido ordenados respectivamente.
3. En la adopción y cumplimiento de las medidas a que se refieren los apartados anteriores, se respetarán, en todo caso, las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión o a la libertad de información, cuando estos pudieran resultar afectados.
En todos los casos en que la Constitución, las normas reguladoras de los respectivos derechos y libertades o las que resulten aplicables a las diferentes materias atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales de forma excluyente para intervenir en el ejercicio de actividades o derechos, sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo. En particular, la autorización del secuestro de páginas de Internet o de su restricción cuando ésta afecte a los derechos y libertades de expresión e información y demás amparados en los términos establecidos en el artículo 20 de la Constitución solo podrá ser decidida por los órganos jurisdiccionales competentes.
4. Las medidas a que hace referencia este artículo serán objetivas, proporcionadas y no discriminatorias, y se adoptarán de forma cautelar o en ejecución de las resoluciones que se dicten, conforme a los procedimientos administrativos legalmente establecidos o a los previstos en la legislación procesal que corresponda.
Artículo 12 bis. Obligaciones de información sobre seguridad.
1. Los proveedores de servicios de intermediación establecidos en España de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley que realicen actividades consistentes en la prestación de servicios de acceso a

Igualmente, es importante el común régimen de responsabilidad de estos prestadores de servicios de la sociedad de la información, que establecen los artículos 13 al 17 de la LSSI[16], distinguiendo entre los operadores de redes, los que

Internet, estarán obligados a informar a sus clientes de forma permanente, fácil, directa y gratuita, sobre los diferentes medios de carácter técnico que aumenten los niveles de la seguridad de la información y permitan, entre otros, la protección frente a virus informáticos y programas espía, y la restricción de los correos electrónicos no solicitados.

2. Los proveedores de servicios de acceso a Internet y los prestadores de servicios de correo electrónico o de servicios similares deberán informar a sus clientes de forma permanente, fácil, directa y gratuita sobre las medidas de seguridad que apliquen en la provisión de los mencionados servicios.

3. Igualmente, los proveedores de servicios referidos en el apartado 1 informarán sobre las herramientas existentes para el filtrado y restricción del acceso a determinados contenidos y servicios en Internet no deseados o que puedan resultar nocivos para la juventud y la infancia.

4. Los proveedores de servicios mencionados en el apartado 1 facilitarán información a sus clientes acerca de las posibles responsabilidades en que puedan incurrir por el uso de Internet con fines ilícitos, en particular, para la comisión de ilícitos penales y por la vulneración de la legislación en materia de propiedad intelectual e industrial.

5. Las obligaciones de información referidas en los apartados anteriores se darán por cumplidas si el correspondiente proveedor incluye la información exigida en su página o sitio principal de Internet en la forma establecida en los mencionados apartados.

Artículo 12 ter. Obligaciones relativas a la portabilidad de datos no personales. Los proveedores de servicios de intermediación que alojen o almacenen datos de usuarios a los que presten servicios de redes sociales o servicios de la sociedad de la información equivalentes deberán remitir a dichos usuarios, a su solicitud, los contenidos que les hubieran facilitado, sin impedir su transmisión posterior a otro proveedor. La remisión deberá efectuarse en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica.

Asimismo, deberán transmitir dichos contenidos directamente a otro proveedor designado por el usuario, siempre que sea técnicamente posible, según prevé el artículo 95 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.

Para el cumplimiento de estas obligaciones será aplicable lo dispuesto en el artículo 12.5 del 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 sus datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

Artículo 15. Responsabilidad de los prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios. Los prestadores de un servicio de intermediación que transmitan por una red de telecomunicaciones datos facilitados por un destinatario del servicio y, con la única finalidad de hacer más eficaz su transmisión ulterior a otros destinatarios que los soliciten, los almacenen en sus sistemas de forma automática, provisional y temporal, no serán responsables por el contenido de esos datos ni por la reproducción temporal de los mismos, si:

a) No modifican la información.

b) Permiten el acceso a ella sólo a los destinatarios que cumplan las condiciones impuestas a tal fin, por el destinatario cuya información se solicita.

c) Respetan las normas generalmente aceptadas y aplicadas por el sector para la actualización de la información.

d) No interfieren en la utilización lícita de tecnología generalmente aceptada y empleada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información, y e) Retiran la información que hayan almacenado o hacen imposible el acceso a ella, en cuanto tengan conocimiento efectivo de:

1.º Que ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente.

2.º Que se ha imposibilitado el acceso a ella, o 3.º Que un tribunal u órgano administrativo competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella.

16 Artículo 13. Responsabilidad de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información.

1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley.

2. Para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, se estará a lo establecido en los artículos siguientes.

Artículo 14. Responsabilidad de los operadores de redes y proveedores de acceso.

1. Los operadores de redes de telecomunicaciones y proveedores de acceso a una red de telecomunicaciones que presten un servicio de intermediación que consista en transmitir por una red de telecomunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a ésta no serán responsables por la información transmitida, salvo que ellos mismos hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado éstos o a los destinatarios de dichos datos.

No se entenderá por modificación la manipulación estrictamente técnica de los archivos que alberguen los datos, que tiene lugar durante su transmisión.

realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios, los que realizan el alojamiento o almacenamiento de datos y los que facilitan enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda[17].

En la formación de este consentimiento resulta también esencial conocer todos los extremos de la contratación, lo que nos lleva a considerar las principales obligaciones que derivan de la contratación electrónica. La primera está recogida

2. Las actividades de transmisión y provisión de acceso a que se refiere el apartado anterior incluyen el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos, siempre que sirva exclusivamente para permitir su transmisión por la red de telecomunicaciones y su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para ello.

Artículo 15. Responsabilidad de los prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios. Los prestadores de un servicio de intermediación que transmitan por una red de telecomunicaciones datos facilitados por un destinatario del servicio y, con la única finalidad de hacer más eficaz su transmisión ulterior a otros destinatarios que los soliciten, los almacenen en sus sistemas de forma automática, provisional y temporal, no serán responsables por el contenido de esos datos ni por la reproducción temporal de los mismos, si:

a) No modifican la información.

b) Permiten el acceso a ella sólo a los destinatarios que cumplan las condiciones impuestas a tal fin, por el destinatario cuya información se solicita.

c) Respetan las normas generalmente aceptadas y aplicadas por el sector para la actualización de la información.

d) No interfieren en la utilización lícita de tecnología generalmente aceptada y empleada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información, y e) Retiran la información que hayan almacenado o hacen imposible el acceso a ella, en cuanto tengan conocimiento efectivo de:

1.º Que ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente.

2.º Que se ha imposibilitado el acceso a ella, o 3.º Que un tribunal u órgano administrativo competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella.

Artículo 16. Responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos.

1. Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que:

a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o

b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador.

Artículo 17. Responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda.

1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que:

a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos.

17 Ortega Díaz, J.F.: *Los enlaces en Internet. Propiedad Intelectual e Industrial y Responsabilidad de los Prestadores,* Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

en el art. 27 de la LSSI[18] y hace referencia a la obligación referente a la información que debe proporcionarse con carácter previo al procedimiento de contratación electrónica y sobre la que se establecen los aspectos referentes al contenido de la información, a los supuestos en los que debe proporcionarse, a la forma y el momento en el que debe informarse al usuario, a los requisitos de las ofertas o propuestas promocionales y a las reglas por las que se rigen los contratos electrónicos sujetos a condiciones generales de la contratación.

La segunda obligación específica que tienen los prestadores de servicios de la sociedad de la información, cuando realizan contratación electrónica, es la del deber de información posterior a la contratación. Regulado en el art. 28 de la LSSI, este deber consiste en que el oferente está obligado a confirmar la recepción de la aceptación al que la hizo[19].

18 Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.
Artículo 27. Obligaciones previas a la contratación.
1. Además del cumplimiento de los requisitos en materia de información que se establecen en la normativa vigente, el prestador de servicios de la sociedad de la información que realice actividades de contratación electrónica tendrá la obligación de poner a disposición del destinatario, antes de iniciar el procedimiento de contratación y mediante técnicas adecuadas al medio de comunicación utilizado, de forma permanente, fácil y gratuita, información clara, comprensible e inequívoca sobre los siguientes extremos:
a) Los distintos trámites que deben seguirse para celebrar el contrato.
b) Si el prestador va a archivar el documento electrónico en que se formalice el contrato y si éste va a ser accesible.
c) Los medios técnicos que pone a su disposición para identificar y corregir errores en la introducción de los datos, y
d) La lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato.
La obligación de poner a disposición del destinatario la información referida en el párrafo anterior se dará por cumplida si el prestador la incluye en su página o sitio de Internet en las condiciones señaladas en dicho párrafo.
Cuando el prestador diseñe específicamente sus servicios de contratación electrónica para ser accedidos mediante dispositivos que cuenten con pantallas de formato reducido, se entenderá cumplida la obligación establecida en este apartado cuando facilite de manera permanente, fácil, directa y exacta la dirección de Internet en que dicha información es puesta a disposición del destinatario.
2. El prestador no tendrá la obligación de facilitar la información señalada en el apartado anterior cuando:
a) Ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o
b) El contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente.
3. Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación específica, las ofertas o propuestas de contratación realizadas por vía electrónica serán válidas durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio.
4. Con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario.
La rúbrica y los apartados 1 y 2 fueron modificados por el art. 4.11 de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.

19 Artículo 28. Información posterior a la celebración del contrato.
1. El oferente está obligado a confirmar la recepción de la aceptación al que la hizo por alguno de los siguientes medios:
a) El envío de un acuse de recibo por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente a la dirección que el aceptante haya señalado, en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la aceptación, o
b) La confirmación, por un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación, de la aceptación recibida, tan pronto como el aceptante haya completado dicho procedimiento, siempre que la confirmación pueda ser archivada por su destinatario.
En los casos en que la obligación de confirmación corresponda a un destinatario de servicios, el prestador facilitará el cumplimiento de dicha obligación, poniendo a disposición del destinatario alguno de los medios indicados en este apartado. Esta obligación será exigible tanto si la confirmación debiera dirigirse al propio prestador o a otro destinatario.

1. La influencia de los medios de comunicación

Es necesario estudiar la influencia de los medios de comunicación en la formación de un contrato[20].

Podemos decir que influyen desde tres ópticas[21]:

En primer lugar, desde el punto de vista de la inmediatez. El Código Civil[22] indica (art. 1261) que no hay contrato sin el consentimiento de los contratantes. Como señala Albaladejo: "Las declaraciones de voluntad de las partes tienen que concordar, porque si no, no hay acuerdo"[23].

Si el perfeccionamiento del contrato se realiza con el acuerdo de voluntades, no hay ningún problema cuando los contratantes están presentes y se transmiten verbalmente la oferta y la aceptación. Conocida por ambos la oferta y la aceptación en su caso, el acuerdo de voluntades se ha realizado y el contrato se ha perfeccionado.

Pero en el ámbito de la contratación electrónica introduciremos algunos matices, centrándonos en el tema de la aceptación[24].

Para el análisis de la aceptación en la contratación electrónica, hay que acudir a la redacción dada a los arts. 1262 Cc y 54 CCom[25] por la LSSI, que unificó los diferentes criterios que antes existían sobre el momento de perfeccionamiento del contrato, centrados en la recepción de la aceptación por el oferente. Con la nueva redacción de los dos artículos, en el caso de los contratos celebrados

2. Se entenderá que se ha recibido la aceptación y su confirmación cuando las partes a que se dirijan puedan tener constancia de ello.
En el caso de que la recepción de la aceptación se confirme mediante acuse de recibo, se presumirá que su destinatario puede tener la referida constancia desde que aquél haya sido almacenado en el servidor en que esté dada de alta su cuenta de correo electrónico, o en el dispositivo utilizado para la recepción de comunicaciones.
3. No será necesario confirmar la recepción de la aceptación de una oferta cuando:
a) Ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o
b) El contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente, cuando estos medios no sean empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación.

20 Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: *Manual de Propiedad Intelectual,* Tirant lo Blanch, Valencia 2019, 9ª ed.

21 Davara Rodríguez, M.A.: *Manual de derecho informático,* Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2008.

22 A partir de ahora Cc.

23 Albaladejo García, M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, Revista de Derecho privado,* Madrid, 2000 y Compendio de Derecho civil IV, Edisofer, Madrid, 2011

24 Arias Pou, M.: "El consentimiento en la contratación electrónica a través de Internet", La Ley 2199/2006, la leydigital, p.4. Con respecto a la oferta, nos recuerda la autora que "la LSSI establece que la peculiaridad derivada de realizar estas propuestas de contratación por vía electrónica está en que su validez se entiende durante el periodo que fije el oferente o, cuando no haya hecho referencia a éste, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio. Es decir, como regla especial, no obliga a especificar necesariamente el plazo de duración de la oferta o propuesta, sino que, en caso de no determinarse, se entiende válida la oferta en los términos que se establezcan mientras esté accesible".

25 Código de Comercio.

mediante dispositivos automáticos, se entiende que existe el consentimiento desde el momento en que se manifiesta la aceptación, independientemente de que el oferente haya o no recibido dicha aceptación[26]. Con los dispositivos electrónicos se han eliminado los inconvenientes del tiempo y el espacio en los contratos a distancia, con lo cual, la aceptación del contrato puede ser recibida en el mismo momento en que se manifiesta. En este tipo de contratación podemos afirmar que existe inmediatez[27].

En segundo lugar, desde el punto de vista de la calidad del diálogo. No son pocos los autores que ponen en duda que, en los medios de comunicación telemáticos, exista de verdad un diálogo[28]. Solamente podemos hablar de diálogo si se trata del realizado por medio de una conversación telefónica, o por medio de una videoconferencia, en los que interviene como decisiva la voluntad de la persona para adaptar dinámicamente ese diálogo.

Hay que tener en cuenta que esa propiedad de dinamizar puede influir en la formación de la voluntad y en el acuerdo de voluntades emitido. Un gesto, un sonido, o una alteración significativa en la forma de hablar puede modificar la

26 La Disposición adicional cuarta es la que introduce dicha modificación.
Uno. Se modifica el artículo 1.262 del Código Civil, que queda redactado de la siguiente manera:
«El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.
Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.
En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.»
Dos. Se modifica el artículo 54 del Código de Comercio, que queda redactado de la siguiente manera:
«Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.
En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.»

27 Díez-Picazo, L y Gullón, A. *Sistema de derecho civil,* vol. II, 12ª edición, Tecnos, Madrid, 2018, p. 69 y ss; se establece que: "La oferta es una declaración de voluntad emitida por una persona y dirigida a otra u otras, que incluye una propuesta de contratación. Para que la oferta sea válida debe cumplir el requisito de contener todos los elementos necesarios para la existencia del futuro contrato, esto es, cuando el prestador de servicios realiza una oferta y ésta es aceptada, se perfecciona el contrato y el prestador queda vinculado con el usuario en los términos especificados en la oferta".

28 Muchos autores nos llaman la atención sobre la autonomía y capacidad de tomar decisiones que pueden llegar a tener los sistemas de inteligencia artificial. Así, en Iturmendi Morales, G.: "Responsabilidad civil por el uso de sistemas de Inteligencia Artificial", La Ley 14075/2020, laleydigital: "La robótica desarrolla tecnologías que permiten que las máquinas estén programadas y controladas automáticamente para realizar multiplicidad de funciones en el mundo físico, las cuales son realizadas por el ser humano mediante la IA o tecnologías conexas, que posibilitan que los programas informáticos controlen, con un grado de autonomía parcial o total, un proceso físico o virtual, siendo capaces de detectar los datos biométricos, genéticos o de otro tipo; y las tecnologías que copian o utilizan de otro modo características humanas".
En el mismo sentido, Barrio Andrés, M.: "Los principios generales del Derecho de los Robots", *Derecho Digital e Innovación,* Wolters Kluwer, 2019: "Ahora bien, estos preceptos no resuelven del todo los problemas que se plantean cuando los robots infringen ciertas libertades humanas... En consecuencia, es importante establecer un verdadero principio robótico de protección de la libertad humana para evitar que un robot pueda imponer o restringir un determinado comportamiento a una persona… Por lo tanto, este principio general exige que el robot debe respetar la autonomía de toma de decisiones del hombre… Esto supone que un ser humano siempre debería ser capaz de obligar a un robot a obedecer sus órdenes, especialmente en los casos de robots asistenciales o incluso en los vehículos autónomos".

voluntad del interlocutor. Desde una perspectiva tradicional, es complicado aceptar que el intercambio de información o de datos entre dos máquinas electrónicas, exista o no proceso de los mismos por medio, pueda ser aceptado como diálogo, en el sentido de intercambio dinámico de datos o información entre dos personas, en el que, para la formación de la voluntad, puede incidir el uso de la palabra.

Como establece la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017[29], en el punto tercero de los principios generales sobre el desarrollo de la robótica y la inteligencia artificial para uso civil: "…el desarrollo de la tecnología robótica debe orientarse a complementar las capacidades humana y no a sustituirlas; considera fundamental garantizar que, en el desarrollo de la robótica y los sistemas de inteligencia artificial, los seres humanos tengan en todo momento el control sobre las máquinas inteligentes…".

El tercer punto de vista es el de la seguridad: La seguridad es un tema que adquiere gran trascendencia, como garantía jurídica, en la formación de los contratos. Pero esta seguridad también debe ser analizada desde varias ópticas, ya que, en la transmisión por medios electrónicos, se necesita concretar la persona o identidad del emisor y del receptor y el contenido de la información o datos que se transmiten.

Con respecto a la comprobación de la identidad: Al contratar por medios electrónicos puede producirse un error respecto a la identidad de la persona con la que se está contratando. En el caso de una contratación entre presentes la persona es identificada por sus signos y apariencia física, sus datos personales, la firma en el documento. Pero en la contratación por otros medios electrónicos distintos del teléfono o la videoconferencia, debemos considerar que se dan algunas características distintivas. Por ejemplo, que la identificación de la persona puede ser solamente el número de teléfono marcado y, si no existe otro tipo de control, entender un mensaje enviado a otro destinatario como propio; o en el caso de que se envíe y reciba por el destinatario correcto, haber sido transmitido por otra persona que no estuviera autorizada para realizarlo o por persona que cree estar llevando a cabo cualquier otra operación.

A este aspecto le atribuimos el mismo valor en los dos extremos de la comunicación, esto es, puede haber error en la identificación del emisor y error en la identificación del receptor.

Aunque en un principio se puedan establecer unos controles que certifiquen que el emisor y el receptor son el Terminal o equipo que identificamos y aceptamos,

29 Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)

esta garantía no nos puede confirmar el contenido del mensaje, ni si la persona que lo envía o la que lo acepta es persona autorizada o no para enviarlo o para aceptarlo y, en su caso, con capacidad para obligarse en nombre o representación de quien dice obligarse[30].

Sobre la seguridad en los datos recibidos: Se puede enviar un documento de una forma y con un contenido determinado y éste ser sometido a un proceso o tratamiento que modifique la información, lo que puede ocasionar que se produzcan aceptaciones que no eran las queridas.

Estaríamos moviéndonos en dos aspectos a tener en cuenta: el error y el fraude. La diferencia entre uno y otro sería la intencionalidad, pero el resultado podría ser el mismo desde la óptica de la no autenticidad del contenido, ni la identidad del usuario.

Estos mensajes se prestan a ser objeto de una serie de operaciones en corto espacio de tiempo y, en ocasiones, con pocas posibilidades de ser descubiertas.

2. Los aspectos técnicos

Tenemos que considerar los diferentes aspectos que se pueden dar al intervenir la telemática en la contratación. Y entre ellos, los aspectos técnicos son trascendentales[31]. Así se pueden introducir determinados datos y variables en un ordenador, y preparar un programa para que envíe una información cuando se cumplan estos requisitos.

En principio, para nosotros se cumplen todas las exigencias válidas en la formación de la voluntad tanto de la oferta como de la aceptación en el contrato así celebrado. El ordenador lleva a la práctica, sin capacidad de modificación, la voluntad que una persona plasmó mediante una serie de variables en un programa informático y lo único que hace es transmitir esa voluntad cuando se cumplen esos requisitos, así quita al hombre la tarea rutinaria de tener que comprobar que se han cumplido.

Además, en la contratación electrónica, la aceptación así enviada llegará a su destino en el mismo tiempo en que se ha realizado, pues la velocidad de la transmisión entre ordenadores hace que sea despreciable el tiempo en que tarde en llegar al oferente.

30 Bercovitz Rodríguez Cano, R.: *Manual de Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos,* Bercal, S.A., Madrid 2021, 6ª edición.

31 Aparicio Vaquero, J.P.: *Licencias de uso no personalizadas de programas de ordenador,* Comares, Granada, 2004.

No obstante, basándonos en el principio de buena fe contractual, la aceptación llegará al momento prácticamente y la comunicación entre ordenadores se realiza mediante un coloquio de control por el que el aceptante podrá recibir, casi al instante, la conformidad de la aceptación, que su mensaje ha llegado al destino y la comprobación del contenido enviado, quedando el contrato purificado, recordemos que el art. 1313 Cc dice: "…la confirmación purifica al contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración"[32].

Esta confirmación en la transmisión electrónica puede consistir, por ejemplo, en duplicar la transmisión del mensaje, con comprobación de contenido en forma automática. Es decir, el mensaje (sin que intervenga la persona) se envía, se comprueba, se acepta y se confirma, dos veces en forma automática.

IV. EN CONCLUSIÓN

Existen unos principios éticos de la Inteligencia Artificial, que deberíamos tener presentes. El primero es el del beneficio social, ya que estamos hablando de un cambio radical en la forma de hacer las cosas en sectores que tienen un alcance general. En segundo lugar, el desarrollo de estas tecnologías tiene que ser inclusivo, evitando fortalecer derivaciones injustas hacia los colectivos más vulnerables de la sociedad (vulnerabilidad económica o intelectual). Por supuesto que se debe priorizar la garantía de la privacidad, se manejan muchos datos muy sensibles, y solo será válido utilizarlos si el titular ha dado su consentimiento expreso. La Inteligencia Artificial tiene que desarrollarse de forma transparente, con una información clara y precisa de los motivos que llevan a tomar determinadas decisiones, porque solo así se tendrá la confianza de todos los sectores implicados[33].

32 Sobre los vicios de los que pueda adolecer el acuerdo, me gustaría destacar lo señalado por SAP Zaragoza 804/2018 11 diciembre (JUR/2019/141892): "Se ha insinuado que el hecho de que el recurrente haya operado telemáticamente, es síntoma de que tenía conocimientos de cómo funcionaba el mercado de futuros. Pero la Sala no puede estar más disconforme con esta afirmación, pues como ya se apuntó, no hay ninguna diferencia entre dar las órdenes por teléfono, como es lo habitual, o incluso personándose en la oficina, que hacerlo uno mismo usando la herramienta informática diseñada para tal fin. En ambos casos todo se reduce a dar una orden de compra o venta, mediante un sistema u otro. No es la operativa la que se cuestiona, sino el hecho de que al recurrente, cliente minorista sin perfil conocido y que por ello deber presumirse conservador, se le haya dejado operar con un productos que, según afirma, no era el apropiado para él"; continua la sentencia diciendo que "desde la anterior perspectiva, es de estimar que se vulneró por la parte demandada hoy recurrida, la obligación esencial, básica y fundamental exigible a cualquier entidad financiera en cualquier operativa con clientes, cual es la lealtad, transparencia y diligencia exigibles, generando un falso conocimiento de la realidad capaz de dirigir la voluntad del recurrente a la emisión de una declaración que, de haber sido aquella más clara, con toda seguridad no habría emitido dado su perfil inversor. Por tanto, parece claro que la deficiente información ha dado lugar a un consentimiento no informado y por tanto viciado por error ´porque la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta… es decir, la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea (STS de 21 de noviembre de 2012)".

33 https://www.ccii.es/servicios/area-de-descargas/send/12-etica/26-texto-final-del-primer-borrador-europeo-de-principios-eticos-sobre-la-inteligencia-artifical

El Comité Europeo de Normalización, el Comité Europeo de Normalización Electrotécnica y el Instituto Europeo de Normas de Telecomunicaciones en Europa acuerdan que: "La clave de la prevención de riesgos derivados del empleo de medios electrónicos está en la implementación de principios éticos como el trato justo, la responsabilidad proactiva, la seguridad, la transparencia, la formación y la evaluación, gestión y administración de estos riesgos; sin embargo, existen enormes dificultades de control de transparencia, tanto para los usuarios de las aplicaciones, como para los órganos de control administrativo de una actividad que es transfronteriza, lo que motiva su difícil control al ubicarse en ocasiones en lugares donde no existe una exigencia de prevención de riesgos. Según avance el desarrollo tecnológico, van a ir surgiendo nuevos escenarios de riesgos que atenten a los principios éticos en detrimento de los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, no discriminación, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos"[34].

Además, en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y se modifican determinados actos legislativos de la Unión[35], en su Exposición de Motivos señala que existen dos objetivos. Primero, que es el de promover la adopción de la Inteligencia Artificial y abordar todos los riesgos vinculados a los usos de las nuevas tecnologías (en el Libro Blanco se definen las opciones para alcanzar este objetivo)[36]. Y un segundo objetivo, como dice esta propuesta de reglamento: "…para desarrollar un ecosistema de confianza mediante la proposición de un marco jurídico destinado a lograr que la Inteligencia Artificial sea fiable. La propuesta se basa en los valores y derechos fundamentales de la UE y tiene por objeto inspirar confianza en los ciudadanos y otros usuarios para que adopten soluciones basadas en la Inteligencia Artificial, al tiempo que trata de animar a las

34 Iturmendi Morales, G.: "Responsabilidad civil por el uso de sistemas de Inteligencia Artificial", La Ley 14075/2020, laleydigital

35 2021/0106 (COD)

36 https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/llibro_blanco_sobre_el_futuro_de_europa_es.pdf
En la p.10 del Libro blanco sobre el futuro de Europa. Reflexiones y escenarios para la Europa de los Veintisiete en 2025, publicado por la Comisión Europea el 1 de marzo de 2017 (COM (2017)2025), se propone que, "…en un momento en que Europa se enfrenta a una profunda digitalización de la sociedad que está desdibujando las diferencias ente trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, entre los bienes y servicios o entre los consumidores y productores. Muchos de los empleos actuales no existían hace una década, y en los próximos años surgirán otros más. Es probable que la mayoría de los niños que comienzan la escuela primaria hoy acaben trabando en nuevos tipos de empleo que no existen todavía. Los retos que plantean el mayor uso de la tecnología y la automatización afectarán a todos los empleos y sectores. Para lograr aprovechar al máximo las nuevas oportunidades y atenuar al mismo tiempo cualquier efecto negativo, se requerirá una inversión masiva en capacitación y un replanteamiento profundo de los sistemas de educación y de aprendizaje permanente. Asimismo, será necesario el despliegue de nuevos derechos sociales para adecuarse a la evolución del mundo laboral".
Más adelante, en la p.26, en lo que puede ser una declaración de intenciones: "Queremos una sociedad en la que la paz, la libertad, la tolerancia y la solidaridad estén por encima de todo. Queremos vivir en una democracia con diversidad de opiniones y una prensa crítica, independiente y libre. Queremos tener libertad de expresión y la seguridad de que ninguna persona o institución está por encima de la ley. Queremos una Unión en la que todos los ciudadanos y todos los Estados miembros reciban el mismo trato. Queremos crear para nuestros hijos una vida mejor que la nuestra".

empresas a que desarrollen este tipo de soluciones. La Inteligencia Artificial debe ser un instrumento para las personas y una fuerza positiva en la sociedad, y su fin último debe ser incrementar el bienestar humano. En consecuencia, las normas relativas a la IA presente en el mercado de la Unión o que afecte de algún modo a sus habitantes deben estar centradas en las personas, a fin de que la población tenga la seguridad de que la tecnología usa de un modo seguro y en consonancia con la ley, lo que también implica respetar los derechos fundamentales".

BIBLIOGRAFÍA:

Albaladejo García, M.: Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, Revista de Derecho privado, Madrid, 2000 y Compendio de Derecho civil IV, Edisofer, Madrid, 2011.

Aparicio Vaquero, J.P.: Licencias de uso no personalizadas de programas de ordenador, Comares, Granada, 2004.

Arias Pou, M.: "El consentimiento en la contratación electrónica a través de Internet", La Ley 2199/2006, la leydigital

Barrio Andrés, M.: "Los principios generales del Derecho de los Robots", Derecho Digital e Innovación, Wolters Kluwer, 2019

Bercovitz Rodríguez Cano, R.: Manual de Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos, Bercal, S.A., Madrid 2021, 6ª edición.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: Manual de Propiedad Intelectual, Tirant lo Blanch, Valencia 2019, 9ª edición.

Davara Rodríguez, M.A.: Manual de derecho informático, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.

Díez-Picazo, L y Gullón, A. Sistema de derecho civil, vol. II, 12ª edición, Tecnos, Madrid, 2018

Gómez Segade, J. A.: "El comercio electrónico en la sociedad de la información", en AA.VV.: Comercio electrónico en Internet (coords. A. Tato Plaza, A. Fernández Albor Batar), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, p. 21-41.

Iturmendi Morales, G.: "Responsabilidad civil por el uso de sistemas de Inteligencia Artificial", La Ley 14075/2020, laleydigital

Martínez Rodríguez, N.: "Un paso adelante en la protección del consumidor en el comercio electrónico: la resolución de litigios en línea", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 1/2018, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2018

Ortega Díaz, J.F.: Los enlaces en Internet. Propiedad Intelectual e Industrial y Responsabilidad de los Prestadores, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

LA GESTIONE DELL'INADEMPIMENTO CONTRATTUALE NEGLI SMART CONTRACT

THE MANAGEMENT OF CONTRACTUAL NON-PERFORMANCE IN SMART CONTRACT

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1334-1347

Emanuela MAIO

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Il contributo ha l'obiettivo di prospettare soluzioni giuridiche alla gestione delle sopravvenienze contrattuali negli smart contract, ipotesi che sembra in contrasto con la loro rigida struttura, che dà luogo all'automatica esecuzione degli stessi. Strumentale è anche il confronto con il sistema giuridico tedesco, grazie al quale si avvalora la tesi che gli smart contract non sono una nuova tipologia contrattuale, ma una formazione digitale dello stesso, al quale però vanno applicati sia i principi generali del contratto sia soluzioni giuridiche già esistenti, benchè adattati all'ultima evoluzione tecnologica, sempre più incline alla dematerializzazione del contratto.

PALABRAS CLAVE: Sopravvenienze; smart contract; escrow agreement.

ABSTRACT: *The essay aims to propose legal solutions to the management of contractual contingencies in smart contracts, a hypothesis that seems at odds with their rigid structure, which results in their automatic execution. The comparison with the German legal system is also instrumental, thanks to which the thesis that smart contracts are not a new type of contract, but a digital formation of the same, to which, however, both the general principles of the contract and existing legal solutions must be applied, albeit adapted to the latest technological development, which is increasingly inclined towards the dematerialisation of the contract.*

KEY WORDS: *Contingencies; smart contracts; escrow agreements.*

SUMARIO.- I. INTRODUZIONE.- II. CONTESTO NORMATIVO IN ITALIA E IN EUROPA.- III. LA STRUTTURA DEGLI SMART CONTRACT E L'INADEMPIMENTO (IM)POSSIBILE.- IV. IPOTESI RISOLUTIVE.- V. GLI SMART CONTRACT IN GERMANIA.- VI. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

I. INTRODUZIONE.

La presente relazione è il risultato degli studi e degli approfondimenti svolti in tema di smart contract e blockchain all'interno del progetto di ricerca voluto dalla Regione Emilia-Romagna e assegnato alle Università collocate sul territorio, al fine di accertare l'effettiva utilizzazione e diffusione di queste nuove tecnologie nel settore industriale. Gli studi, di cui si riportano di seguito i risultati, si sono concentrati sugli aspetti giuridici dei cosiddetti contratti intelligenti.

Lo scarso quadro normativo a livello nazionale ed europeo non chiarisce i quesiti fondamentali che destano gli smart contract; l'oggetto dell'analisi, che qui interessa, si è focalizzato principalmente su uno di questi e cioè sulla (im)possibile configurabilità dei profili di inadempimento[1] degli smart contract, in ragione della loro struttura, e delle relative alternative giuridiche. La risposta a tale dubbio dipende, però, per garantire un ordine metodologico, dal chiarimento di due presupposti necessari, ovvero la qualificazione giuridica dei contratti intelligenti e dal loro rapporto con le norme sui contratti in generale.

II. CONTESTO NORMATIVO IN ITALIA E IN EUROPA.

In Italia la L. n. 135/2019 "Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per l'impresa e la p.a." all'art. 8-ter fornisce la definizione di Blockchain e Smart contract, per cui si definisce «smart contract» un programma

1 Un altro tema rilevante è la validità degli Smart contract che, come dispone l'art. 8-ter, comma, è data dal rispetto della forma scritta, in questo caso garantita dall'identificazione delle parti contrattuali, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia digitale, in base a delle linee guida che sarebbero dovute essere state adottate entro maggio 2019, ma che ancora oggi non sono state rese note. L'incentivo alle imprese per l'utilizzo di queste nuove tecnologie avanzate è stata ulteriormente promossa dalla Legge di bilancio 2019, che prevede l'istituzione di un fondo per favorire il loro sviluppo per un totale di 45 milioni di euro, distribuiti in 15 milioni per ogni anno dal 2019 al 2021. Tale fondo è strettamente connesso al programma Industria 4.0, con l'obiettivo di finanziare ex art. 1 comma 246 della Legge di bilancio 2019: i progetti di ricerca e innovazione volti a sviluppare Blockchain, Intelligenza artificiale e Internet of things realizzati in Italia da soggetti pubblici o privati; Proposte funzionali alla competitività del Paese per conseguire obiettivi tecnologici e applicativi; Attività di supporto (operativo e amministrativo) legate alle attività precedentemente descritte, con lo scopo di evidenziarne i risultati, con una maggiore attenzione verso le PMI.

• Emanuela Maio
Ricercatrice universitaria (rtdA) in Diritto Privato IUS 01 presso il Dipartimento di Scienze economiche e aziendali dell'Università degli Studi di Parma. E-mail: emanuela.maio@unipr.it.

per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti «blockchain» e la cui esecuzione vincola automaticamente due o piú parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse.

A livello europeo ancora non vi è una regolamentazione unitaria, è ancora ferma la proposta di Risoluzione del Parlamento europeo del 3 ottobre 2018 «sulle tecnologie di registro distribuito e blockchain: creare fiducia attraverso la disintermediazione» (2017/2772(RSP)), dalla quale però si possono evincere le varie funzioni degli smart contract e della blockchain, ovvero: la certezza dell'esecuzione; la trasparenza delle obbligazioni contrattuali; l' immutabilità delle transazioni registrate, la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili. La normativa però non chiarisce esattamente il funzionamento dello smart contract, che rappresenta una delle applicazione della blockchain[2], per cui è bene comprenderne il meccanismo.

2 È da sottolineare che gli esiti della ricerca, di cui nel presente contributo si illustrano i profili giuridici, hanno riguardato anche l'applicazione pratica di queste nuove tecnologie, attraverso l'individuazione dei settori industriali maggiormente attivi nel processo di digitalizzazione della propria attività economica. Gli smart contract sono solamente una delle applicazioni della blockchain, motivo per il quale l'individuazione dei settori che attualmente stanno iniziando a utilizzare queste nuove tecnologie verte su due domande fondamentali: l'adozione della blockchain in generale e il ricorso agli smart contract. L'indagine si è svolta per lo più a livello nazionale, cercando di restringere la ricerca a livello regionale, evidenziando quegli ambiti industriali che trovano riscontro allo stesso modo in entrambi i casi. È anche vero, però, che quello che avviene a livello nazionale e locale, risponde delle statistiche svolte a livello internazionale dove dell'intero comparto industriale, il settore agroalimentare rappresenta il 24% delle imprese che hanno integrato nel proprio sistema aziendale l'utilizzo della blockchain. I settori produttivi industriali che rientrano tra coloro che rispondono alla chiamata dell'industria 4.0 sono per lo più quello alimentare e dell'automotive, con una preponderanza del settore agroalimentare. A livello nazionale la Foodchain s.p.a è stata fondata nel 2012 con lo scopo di adottare la blockchain per tracciare il prodotto lungo tutta la filiera attraverso i QR code (codice a barre bidimensionale cd. etichetta intelligente, i tag NFC (Not Field comunication, ossia spilla/adesivo contenente un chip NFC che comunicano con gli smartphone dotati di un apposito sensore) e l'RFID, ossia l'identificazione a radiofrequenza senza limiti di memorizzazione dati. Le filiere che ad oggi risultano maggiori promotrici dell'utilizzo della blockchain vi è quello dell'olio di oliva e quello vinicolo. Un esempio dell'utilizzo della blockchain nel settore agroalimentare è l'IBM Food Trust, una rete che connette coltivatori, trasformatori, grossisti, fornitori, distributori, produttori, rivenditori e altri attori dell'industria agroalimentare, che consente di gestire la tracciabilità delle materie prime e dei prodotti con diversi vantaggi, quali la velocità di gestione delle informazioni e dei processi, la riduzione delle inefficienze e degli sprechi e una maggiore affidabilità di dati e informazioni (trasparenza) sia all'interno della stessa filiera sia nei confronti del consumatore. Di seguito l'indicazione degli attori coinvolti e il peso rispettivo nell'utilizzo di queste nuove tecnologie: Osservatorio SmartAgrifood e Osservatorio Distributed Ledger, Politecnico di Milano, mentre a livello regionale (Emilia Romagna) la maggiore azienda che risulta adottare le nuove tecnologie nel settore agroalimentare è Barilla, per quanto riguarda invece l'automotive (l'altro settore industriale rilevante) si distinguono Vislab del gruppo Ambarella e Dallara, in quest'ultimo caso è stata promossa la sperimentazione in strada per i veicoli a guida totalmente autonoma. Si è cercato, però, di capire se piccole-medie imprese, radicate sul territorio stiano iniziando a entrare in questa nuova era tecnologica, ma mediamente ancora non vi è un segnale rilevante in merito. È bene precisare che spesso dietro il mancato utilizzo della blockchain nella produzione industriale vi sono diverse ragioni, tra cui le differenti tipologie di produzione, in quanto un conto è quella in serie, altro è l'ipotesi in cui l'impresa produce pezzi unici e commissionati "su misura", per cui risulterebbe difficile l'applicazione della blockchain. Quello che si può dedurre dall'indagine svolta è che fuori dalle grandi industrie, il restante comparto delle PMI è ancora restio nell'utilizzo di queste nuove tecnologie, benché statistiche a livello internazionale abbiano proiettato studi di settore sui vantaggi della loro applicazione. L'utilizzo degli Smart Contract quale modalità di applicazione della blockchain si riscontra maggiormente nel settore assicurativo e finanziario, benché sia altamente probabile che nel prossimo futuro vengano impiegati nei rapporti contrattuali, ad es. di fornitura, tra le imprese della stessa filiera agroalimentare. La diffusione della blockchain nella produzione industriale è il primo passo verso la sua applicazione anche agli smart contract in quest'ambito.

III. LA STRUTTURA DEGLI SMART CONTRACT E L'INADEMPIMENTO (IM) POSSIBILE.

Gli Smart Contract[3] sono considerati un'evoluzione del procedimento negoziale per concludere un contratto nell'era digitale[4] e rappresentano l'ultima generazione delle vending machine[5], in quanto anch'essi hanno un'esecuzione automatica[6], ma in più possono applicarsi a vari tipi di contratti di vendita, che sono valutati e controllati da strumenti digitali (cd. protocolli crittografici).

Gli effetti principali degli smart contract sono la riduzione da un lato dei tempi delle varie fasi di negoziazione, soprattutto quando vi è l'intervento di terze parti (cd. intermediari), e dall'altro lato dei costi sopravvenuti delle transazioni quali ad es. furto, frode e imprevisti[7]. Questo è possibile grazie all'uso di hardware e software per la conclusione del contratto, poiché possono essere inseriti vari tipi di clausole contrattuali (come ad es. le garanzie e le limitazioni del diritto di proprietà), affichè la violazione degli obblighi contrattuali sia più gravosa per la parte inadempiente.

Lo smart contract utilizza la capacità del computer di elaborare condizioni logiche, per cui i fatti di un caso e gli elementi costitutivi di una norma legale vengono scomposti nelle loro condizioni logiche e tradotti in un codice informatico[8]. Quando si verifica la condizione, la conseguenza si attiva automaticamente e la prestazione concordata contrattualmente viene eseguita. Un ovvio vantaggio degli smart contracts è quindi la semplificazione e la facilitazione dell'esecuzione del contratto.

3 La prima definizione di Smart Contract è di Szabo, N.: "Formalizing and securing relationship over public networks", *First Monday,* 1997, vol. 2, n. 9°.

4 Finocchiaro, G.: "Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale", *Riv.trim.dir.proc.civ.*, n. 2°, 2018, p. 445.

5 Sul tema si interrogò la dottrina all'inizio del secolo scorso, la quale arrivò a sostenere che con l'uso dell'automa si desse vita ad un negozio giuridico. Cfr. Cicu, A.: "Gli automi nel diritto privato", *Il Filangieri*, Milano, 1901, n. 8°, pp. 561 ss. e Scialoja, A.:"L'offerta a persona indeterminata ed il contratto concluso mediante automatico", Tip. Stab. di San Lapi, Città di Castello, 1902.

6 Perlingieri, G.: "Contratto telematico. La nozione", in AA. VV.: *Manuale di diritto civile* (a cura di P. Perlingieri), Esi, Napoli, 2014, pp. 281 ss.

7 Sempre Szabo, N.: "Micropayments and Mental Transaction Cost"s, *Proceedings of the 2nd Berlin Internet Economics Workshop*, Berlin, 1999, vol. 44°, nell'individuare i costi delle transazioni, procede a una netta distinzione tra quelli che considera costi mentali e tecnologici, in quanto i primi sono dati da «least three sources: uncertain cash ows, incomplete and costly observation of product attributes, and incomplete and costly decision making» mentre i secondi vengono indicati quali «computational and network costs».

8 Di Nella, L.: "Smart contract, Blockchain e interpretaciòn de los contractos", *Revista critica de derecho privado*, 2020, n. 17°, pp. 191 ss.

Una delle modalità per stipulare gli smart contract è l'utilizzo della blockchain[9]. La blockchain è un sottoinsieme delle DLT (distributed ledger technologies)[10], si tratta di un database distribuito che contiene un elenco di dati, la cui integrità (sicurezza contro manipolazione successiva) è protetta memorizzando il checksum (crittografico) del record di dati precedente in quello successivo, ogni blocco è identificato tramite un hash[11].

Le transazioni vengono inviate direttamente da una parte all'altra, ma per effettuare le transazioni è necessaria una cosiddetta chiave privata. Il possesso di tale chiave dà diritto a trasmetterla a una terza parte e solo con questa terza parte può essere creata una firma corretta, una sorta di sottoscrizione. I processi di transazione sono così piú veloci, meno costosi, meno soggetti a errori e piú tracciabili[12].

Concluso il contratto e tradotto in codice informatico cd. smart contract, questo viene registrato in una blochchain (ad es. Ethereum), e risponde alla logica if/then, per cui al verificarsi delle condizioni inserite, si autoesegue la conseguenza prevista nel contratto. Cosa succede, però, quando vi è un evento sopraggiunto e imprevisto che non consente l'autoesecuzione del contratto, in quanto la condizione prevista nello smart contract non si è verificata?

La blockchain non può accedere a dati esterni alla rete, per cui si ricorre a un agente esterno cd. oracolo, che trasmette l'informazione allo smart contract appena si verifica l'evento ed è proprio questo uno degli aspetti giuridici più rilevanti, in quanto mette in evidenza il rapporto conflittuale tra il principio di libertà contrattuale e l'immodificabilità dello smart contract, fonte di notevoli problematiche nella gestione delle sopravvenienze contrattuali[13].

9 La ricostruzione sul funzionamento della Blockchain in rapporto agli smart contract è delineata chiaramente da Di Nella, L.: "Smart contract", cit., pp. 191 ss. In sostanza, «una blockchain è un protocollo decentralizzato per le transazioni tra le parti, che registra ogni modifica ed elimina l'intervento di terzi intermediari, si parla infatti di disintermediazione, soprattutto per quei contratti che lo richiedono (ad es. i contratti di polizze assicurative, i contratti di fornitura o di vendita di immobili). Il decentramento significa che il protocollo (il database) è distribuito su molti computer; si parla di una rete peer-to-peer, in cui non esiste un organo amministrativo centrale e dove tutti i partecipanti alla rete (nodi) hanno una copia completa dell'intera blockchain sulla memoria locale. I blocchi vengono creati ogni volta da un nuovo calcolo, che viene anche chiamato mining, e più blocchi sono stati calcolati, più difficile e impegnativo diventa questo compito».

10 Così la CONSOB in www.consob.it/web/investor-education/criptovalute.

11 Cfr. Rundo, F. e Conoci, S.: "Tecnologia «blockchain»: dagli smart contract allo smart driving. Spunti di riflessione sulla normativa e sulla sostenibilità tecnologica", *Sicurezza e giustizia*, 2017, n. 3°, pp. 53 ss.

12 Sempre Di Nella, L: "Smart contract", cit.

13 Sulle sopravvenienze contrattuali in generale si rinvia a: Ambrosoli, M.: *La sopravvenienza contrattuale*, Giuffrè, Milano, 2002. Il tema oggi va riletto alla luce della pandemia da Covid-19, si vedano i contributi di Zaccheo, M.: "Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19", *Giust.civ.*, 2020, II, p. 245 ss.; Dolmetta, A.A.: "Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)", *Giust.civ.*, 2020, III, p. 319; Mattei, U. e Quarta, A.: "Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti", *Giust.civ.*, 2020, III, p. 333; Guerrini, L.: "Coronavirus, legislazione emergenziale, e contratto: una fotografia", *Giust.civ.*, 2020, III, p. 345; Gentili, A.: "Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus", *Giust.civ.*, 2020, III, p. 383.; Grondona, M.: "Dall'emergenza sanitaria

IV. IPOTESI RISOLUTIVE.

In merito si propongono due ipotesi risolutive, partendo dal presupposto che lo smart contract non è una nuova tipologia contrattuale[14], poichè si presenta tendenzialmente a struttura neutra, per cui potrebbe essere utilizzato per altri tipi di contratto, come ad esempio il contratto di vendita; ragionando diversamente, potrebbe essere invece inquadrato come un nuovo modo di formazione del contratto, in virtù del principio di autonomia contrattuale ex art. 1322 c.c., per cui si applicano, anche in questo caso, le norme previste dal codice civile per i contratti in generale. Tendenzialmente si preferisce quest'ultima tesi, in quanto l' innovatività degli smart contract non è dal punto di vista tipologico, ma sotto il profilo del procedimento di formazione-conclusione del contratto.

L'immodificabilità dello smart contract è sicuramente la sua caratteristica fondamentale, che se da una parte garantisce una maggiore certezza dei traffici giuridici e commerciali, comportando il massimo rispetto del principio pacta sunt servanda, dall'altra limita la libertà contrattuale, non però rispetto al contenuto o agli effetti, piuttosto in relazione a quei casi in cui vi è una variazione delle condizioni contrattuali, cd. sopravvenienze, ed è questo il motivo che ha fatto sorgere l'esigenza di avanzare delle proposte risolutive sul punto.

Le sopravvenienze contrattuali sono in genere eventi estranei al contratto che, però, incidono sul medesimo, la cui gestione è rimessa alla volontà delle parti di conservare l'accordo negoziale (rinegoziazione) o di sciogliersi dal vincolo (risoluzione, recesso). È interessante quindi capire come si adattano tali rimedi agli smart contract. Se le parti optano per la conservazione del vincolo contrattuale, il procedere poi alla rinegoziazione dello smart contract[15] non vuol dire stravolgerne la natura, ma concludere un nuovo smart contract con condizioni differenti rispetto a quelle indicate nel precedente. In questo caso vi sarebbe un'armonizzazione tra le caratteristiche proprie dello smart contract e i principi del diritto civile in ambito

all'emergenza economica: l'eccessiva onerosità sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoziazione", *AJI*, 2020, pp. 316 ss.; Polidori, S.: "Emergenza epidemiologica e obblighi di rinegoziare nei contratti del calcio professionistico", *AJI*, 2020, pp. 480 ss.; Federico, A.: "Misure di contenimento della pandemia e rapporti contrattuali", *AJI*, 2020, pp. 236 ss.; Giorgini, E.: "Pandemia, equilibrio delle posizioni contrattuali e giusto rimedio", *AJI*, 2020, pp. 274 ss.; Ferrante, E.: "Pandemia e contratto. Alcune proposte per il contenimento dell'incertezza", *AJI*, 2020, pp. 300 ss.; Macario, F.: "Sopravvenienze e rimedi al tempo del «Coronavirus»: interesse individuale e solidarietà", *Contr.*, 2020, pp. 129 ss.; Sirena, P.: "Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziazione del contratto: verso una riforma del codice civile?", *Jus*, 2020, pp. 205 ss.

14 Un altro orientamento invece ritiene gli smart contract una nuova tipologia contrattuale, vedi in merito Eidenmüller, H.: "Roboter agieren wie Menschen", *FAZ Woche*, 2017, n. 22°, p. 55: "Smart Contracts [...] sind Verträge, die unter Einsatz von künstlicher Intelligenz geschlossen werden"; Djazayeri, A.: "Rechtliche Herausforderungen durch Smart Contracts", cit., in nota 1 li ricollega agli "internetbasierte Verträge".

15 Sulla rinegoziazione in generale si rinvia a: Macario, F.: *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Esi, Napoli, 1996, pp. 103 ss.; Cesàro, V.M.: *Clausola di rinegoziazione e adeguamento contrattuale*, Esi, Napoli, 2000. Per una riflessione sul rapporto tra smart contract e gestione delle sopravvenienze, interessante è il contributo di Di Sabato, D.: "Gli smart contract: robot che gestiscono il rischio contrattuale", *Contr. Impr.*, 2017, pp. 378 ss.

contrattuale, ovviando in tal modo alle perplessità che si registrano, soprattutto in ambito economico, sul rispetto del cd. contratto incompleto[16], prassi consolidata nelle transazioni commerciali.

Se si riflette sulla struttura propria dello smart contract, la sua autoesecuzione risponde alla clausola if/then, ciò significa che solamente nel momento in cui si verifica la condizione prevista allora si realizza la conseguenza, per cui se la prima non c'è allora l'esecuzione del contratto non avviene. Pertanto stipulare un diverso smart contract avente lo stesso oggetto, ma con condizioni diverse dal primo, può considerarsi a tutti gli effetti una rinegoziazione dello smart contract.

Appare più complesso, invece, il caso in cui le parti si vogliono sciogliere dal vincolo, in quanto l'esecuzione automatica degli smart contract, sembra spazzar via gli «imprevisti», per cui non sarebbero contemplate né l'impossibilità sopravvenuta o l'eccessiva onerosità della prestazione né l'inadempimento. L'esecuzione automatica del contratto sembra quindi dar vita a uno squilibrio contrattuale[17], che tende ad avere maggior tutela della parte contraente più forte, si pensi ad esempio a un contratto di fornitura dove una volta partito l'ordine, il fornitore procede alla consegna del bene, ma cosa succede se l'altra parte non adempie alla prestazione corrispettiva prevista?

Il tema è sensibile, tant'è vero che anche la Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020[18] chiede che siano previste misure atte ad assicurare che gli smart contract siano dotati di meccanismi in grado di arrestare l'esecuzione e che garantiscono equilibrio e parità adeguati tra le parti.

Come si è avuto modo di osservare, però, già nella struttura dello smart contract è prevista una terza figura chiamata oracle che trasmette allo smart contract il dato esterno a cui non può accedere la blockchain, perché appunto

16 Valentino, D.: "Il contratto «incompleto»", in AA.VV.: *Studi in Onore di Davide Messinetti* (a cura di F. Fruscello), Esi, Napoli, 2008, pp. 939 ss.

17 Vettori, G.: "Autonomia privata e contratto giusto", *Riv. dir. priv.*, 2000, pp. 32 ss.; Perlingieri, P.: "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti", *Rass. dir. civ.*, 2001, pp. 334 ss.; Capobianco, E.: "L'equilibrio economico nei contratti dei consumatori", in AA: VV.: *Squilibrio e usura dei contratti* (a cura di G. Vettori), Giuffrè, Padova, 2002, pp. 377 ss.; Troiano, S.: "Significativo squilibrio dei diritti ed obblighi derivanti dal contratto, art. 1469-bis, 1°comma", in AA: VV.: *Le clausole abusive nei contratti con i consumatori, Commentari agli artt. 1469-bis – 1469 sexies del codice civile* (a cura di G. Alpa, S. Patti), Giuffrè, Milano, 2003 pp. 53 ss.; Camilletti, F.: *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 167 ss.; Ferri, G.B.: "Autonomia privata e poteri del giudice", *Dir. giur.*, 2004, I, pp. 1 ss.; Galgano, F.: "Libertà contrattuale e giustizia del contratto", *Contr. Impresa/Eur.*, 2005, pp. 509 ss.; Roppo, V.: *Il contratto del duemila*, Giappichelli, Torino, 2011, 3ª ed., pp. 74 e 75. Per una ricostruzione della nozione di equilibrio contrattuale prima del codice del consumo: Macario, F.: "Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare", *Riv. dir. civ.*, 2000, pp. 63 ss.; Perlingieri, P.: "Nuovi profili del contratto", *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, pp. 238 ss.; De Nova, G.: "Contratto: per una voce", *Riv. dir. priv.*, 2000, pp. 633 ss.; Galgano, F.: "Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte", *Contr. Impr.*, 1999, pp. 939 ss.; Costanza, M.: "Meritevolezza degli interessi ed equilibrio del contratto", *Contr. Impr.*, 1987, pp. 423 ss.

18 Vedi in www.europarl.europa.eu.

esterno alla rete. Si potrebbe allora configurare l'oracle con l'escrow agreement[19]; si tratta di un contratto collegato unilateralmente al primo, attraverso il quale le parti decidono di affidare i propri beni a un terzo, il quale solo al momento dell'adempimento, trasferirà il bene alla parte interessata.

La funzione principale dell'escrow agreement «è quella di garantire la buona riuscita dell'obbligazione contratta dalle parti coinvolte mediante la figura di un terzo imparziale e indipendente, che si impegna a trattenere la res oggetto del rapporto principale e conseguentemente a consegnarla al legittimato, a patto che le condizioni appositamente previste dalle parti si realizzino»[20]; si realizzerebbe in tal modo un negozio fiduciario.

L'altra possibilità è un escrow smart contract dove nello stesso contratto è prevista sia la prestazione principale delle parti sia la garanzia del terzo fiduciario, il quale in quanto depositario dei beni procederà a verificare l'effettivo avveramento delle condizioni per l'esecuzione dello smart contract, a cui seguirà il trasferimento dei beni alla parte beneficiaria. Si tratterebbe, quindi, di un contratto trilaterale, in cui tutte le parti, compreso il terzo fiduciario, sono in possesso della chiave crittografica per poter fornire le corrette informazioni ai fini dell'esecuzione dello smart contract.

V. GLI SMART CONTRACT IN GERMANIA.

La scelta di confrontare le ipotesi di soluzione date dall'ordinamento tedesco al tema di ricerca è dovuta a due ragioni che avvicinano i due sistemi, la prima è che la Germania è tra i primi partner commerciali dell'Italia, la seconda è che nella Regione Emilia Romagna, insieme a Veneto e Lombardia, sono dislocate la maggior parte delle imprese tedesche operanti nel territorio italiano.

In Germania, si registrano gli stessi settori industriali d'interesse nell'utilizzo della blockchain e anche qui si sono affacciate le medesime perplessità sui profili giuridici degli smart contract rispetto alla loro natura, alla loro forma, al ruolo della volontà contrattuale e all'immodificabilità del contenuto contrattuale.

Un orientamento prevalente ritiene che i contratti intelligenti riguardano i processi aziendali automatizzati e le transazioni legali, ma non si tratta di nuove tipologie contrattuali. Il fatto che uno smart contract sia attuato in una catena a blocchi (come spesso accade nella pratica) non ha alcuna rilevanza per il suo

19 Per ripercorrere le origini storiche sull'utilizzo dell'escrow agreement si veda Lupoi, M.: *Trust: Comparative Study*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 143 ss.

20 Zagami, P.: "L'escrow agreement negli ordinamenti di common law e nell'ordinamento italiano", *Trust e attività fiduciarie*, 2012, n. 4°, p. 366.

trattamento legale[21]. Dopo tutto, una catena di blocchi non è in definitiva altro che una struttura di dati distribuita a prova di falsificazione, in cui le transazioni sono memorizzate in sequenza temporale e sono registrate, tracciabili, immutabili e mappate senza un'istanza centrale. In assenza di un riconoscimento giuridico della catena di blocchi come forma giuridica, elemento di esecuzione o altro presupposto costitutivo per la validità di determinati negozi giuridici, la rappresentazione di processi e fatti in una catena di blocchi è giuridicamente rilevante solo se le rispettive parti del contratto lo hanno fatto in modo privato e autonomo.

L'immodificabilità dello smart contract e il problema della volontà contrattuale vengono così spiegate: il fatto che una catena a blocchi sia inalterabile, non impedisce in alcun modo che i rapporti contrattuali che essa rappresenta possano essere invertiti o resi invalidi, poiché una catena a blocchi - paragonabile al registro fondiario o al registro delle imprese nel sistema tedesco - riproduce fondamentalmente solo (formalmente) una situazione giuridica (sostanziale) che esiste indipendentemente da essa.

Se per la stipula di un contratto viene utilizzato un contratto intelligente, la conclusione del contratto viene valutata in modo secondo i §§ 145 e seguenti BGB. In tal caso, uno smart contract fornisce una dichiarazione d'intenti automatica, che viene inviata al rispettivo utente del contratto smart come proprie; tuttavia non sono ancora ipotizzabili casi in cui gli smart contract generino e presentino dichiarazioni informatiche autonome. Se ciò, però, fosse possibile, la conclusione del contratto e l'attribuzione della corrispondente dichiarazione d'intenti dovrebbero essere valutate secondo i principi delle normali dichiarazioni informatiche, per il mancato riconoscimento di una capacità giuridica di sistemi autonomi o che agiscono in modo autonomo.

Partendo quindi dal presupposto che lo smart contract non è altro che la riproduzione di un contratto già esistente e disciplinato dalle norme sul contratto in generale, si evince che anche le sopravvenienze negli smart contract sarebbero gestite secondo il § 313 Störung der Geschäftsgrundlage, il quale prevede l'obbligo di rinegoziazione del contratto[22].

VI. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

Dall'analisi sui sistemi dei due Paesi (Italia e Germania), si deduce che gli smart contract e la blockchain interessano a velocità diverse l'ambito economico e

21 Paulus, D. e Matzke, R.: "Smart Contracts und das BGB – Viel Lärm um nichts?", *ZfPW*, 2018, p. 431. Vedi anche Kaularttz, M. e Heckmann, J.: "Smart contract – Anwendungen der Blockchain – Tecnologie", *Cr*, 2016, pp. 618 ss.

22 Patti, S.: *Diritto privato e codificazioni europee*, Giuffrè, Milano 2007, p. 158.

quello giuridico, in quanto il settore industriale appare volto maggiormente alla digitalizzazione della propria produzione attraverso la blockchain, mentre gli studi giuridici utilizzano la spiegazione della blockchain in modo strumentale agli smart contract, preoccupandosi maggiormente di individuare soluzioni già esistenti nell'ordinamento giuridico di riferimento a questo nuovo fenomeno contrattuale.

Si osservi come nei due ordinamenti giuridici si arrivi sostanzialmente alla stessa conclusione. Gli smart contract non sono nuove tipologie contrattuali, ma un diverso procedimento di formazione del contratto, tesi maggiormente avvalorata in Germania dove la blockchain non dà valore legale agli smart contract, diversamente da come è stato riconosciuto in Italia dalla L. n. 12/2019. È proprio per questo motivo che si rileva la maggiore differenza tra Italia e Germania, in quanto il valore legale dello smart contract in Italia se da un lato realizza il principio di disintermediazione delle prassi negoziali in àmbito commerciale, dall'altro mette in crisi un sistema ormai consolidato che si basava anche su un rapporto fiduciario con l'intermediario. Problema per certi versi aggirato in Germania dove il non valore legale degli smart contract non si pone in contrasto né con le prassi commerciali né con il principio di autodeterminazione contrattuale (ruolo principale della volontà nella formazione contrattuale). Tant'è vero che cruciale risulta essere, in tal senso, un passaggio prima riportato, secondo il quale lo smart contract non è altro che la rappresentazione formale di un contratto già esistente. In realtà né in un caso né nell'altro le soluzioni si mostrano soddisfacenti, poichè risentono di un orientamento conservatore del contratto, in quanto si è restii a riforme che vadano a colpire certezze ormai acquisite sulla sua disciplina nei rispettivi codici civili di riferimento.

Ci si auspica al più presto un intervento normativo da parte dell'Unione europea attraverso un regolamento specifico che chiarisca e uniformi la disciplina degli smart contract, considerando che si andrà sempre più verso la dematerializzazione del contratto come tradizionalmente concepito. Probabilmente, infatti, il ritardo sulla diffusione degli smart contract rispetto alla blockchain (in generale) nei vari settori industriali è dovuta alla frizione tra una prassi negoziale tradizionalista e una scarsa certezza giuridica sulla loro disciplina.

BIBLIOGRAFIA

Ambrosoli, M.: *La sopravvenienza contrattuale*, Giuffrè, Milano, 2002.

Camilletti, F.: *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 167 ss.

Capobianco, E.: "L'equilibrio economico nei contratti dei consumatori", in AA. VV.: *Squilibrio e usura dei contratti* (a cura di G. Vettori), Giuffrè, Padova, 2002, pp. 377 ss.

Cesàro, V.M.: *Clausola di rinegoziazione e adeguamento contrattuale*, Esi, Napoli, 2000.

Cicu, A.: "Gli automi nel diritto privato", *Il Filangieri*, Milano, 1901, n. 8°, pp. 561 ss.

Costanza, M.: "Meritevolezza degli interessi ed equilibrio del contratto", *Contr. Impr.*, 1987, pp. 423 ss.

De Nova, G.: "Contratto: per una voce", *Riv. dir. priv.*, 2000, pp. 633 ss.

Di Nella, L.: "Smart contract, Blockchain e interpretaciòn de los contractos", *Revista critica de derecho privado*, 2020, n. 17°, pp. 191 ss.

Di Sabato, D.: "Gli smart contract: robot che gestiscono il rischio contrattuale", *Contr. Impr.*, 2017, pp. 378 ss.

Dolmetta, A.A.: "Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)", *Giust.civ.*, III, p. 319.

Eidenmüller, H.: "Roboter agieren wie Menschen", *FAZ Woche*, 2017, n. 22°, p. 55.

Federico, A.: "Misure di contenimento della pandemia e rapporti contrattuali", *AJI*, 2020, pp. 236 ss.

Ferrante, E.: "Pandemia e contratto. Alcune proposte per il contenimento dell'incertezza", *AJI*, 2020, pp. 300 ss.

Ferri, G.B.: "Autonomia privata e poteri del giudice", *Dir. giur.*, 2004, I, pp. 1 ss.

Finocchiaro, G.: "Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale", *Riv.trim.dir.proc. civ.*, 2018, n. 2°, p. 445.

Galgano, F.: "Libertà contrattuale e giustizia del contratto", *Contr. Impresa/Eur.*, 2005, pp. 509 ss.

Galgano, F.: "Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte", *Contr. Impr.*, 1999, pp. 939 ss.

Gentili, A.: "Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus", *Giust. civ.*, 2020, III, p. 383.

Giorgini, E.: "Pandemia, equilibrio delle posizioni contrattuali e giusto rimedio", *AJI*, 2020, pp. 274 ss.

Grondona, M.: "Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica: l'eccessiva onerosità sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoziazione", *AJI*, 2020, pp. 316 ss.

Guerrini, L.: "Coronavirus, legislazione emergenziale, e contratto: una fotografia", *Giust. civ.*, III, p. 345.

Kaularttz, M. e Heckmann, J.: "Smart contract – Anwendungen der Blockchain – Tecnologie", in *Cr*, 2016, pp. 618 ss.

Lupoi, M.: *Trust: A Comparative Study*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 143 ss.

Macario, F.: *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Esi, Napoli, 1996, pp. 103 ss.

Macario, F.: "Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare", *Riv. dir. civ.*, 2000, pp. 63 ss.

Macario, F.: "Sopravvenienze e rimedi al tempo del «Coronavirus»: interesse individuale e solidarietà", *Contr.*, 2020, pp. 129 ss.;

Mattei, U. e Quarta, A.: "Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti", *Giust. civ.*, 2020, III, p. 333.

Patti, S.: *Diritto privato e codificazioni europee*, Giuffrè, Milano, 2007.

Paulus, D. e Matzke, R.: "Smart Contracts und das BGB – Viel Lärm um nichts?", *ZfPW*, 2018, p. 431.

Perlingieri, G.: "Contratto telematico. La nozione", in AA. VV.: *Manuale di diritto civile* (a cura di P. Perlingieri), Esi, Napoli, 2014, p. 281.

Perlingieri, P.: "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti", *Rass. dir. civ.*, 2001, pp. 334 ss.

Perlingieri, P.: "Nuovi profili del contratto", *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, pp. 238 ss.

Polidori, S.: "Emergenza epidemiologica e obblighi di rinegoziare nei contratti del calcio professionistico", *AJI*, 2020, pp. 480 ss.

Roppo, V.: *Il contratto del duemila*, Giappichelli, Torino, 2011, 3ª ed., pp. 74 e 75.

Rundo, F. e Conoci, S.: "Tecnologia "blockchain": dagli smart contract allo smart driving. Spunti di riflessione sulla normativa e sulla sostenibilità tecnologica", in *Sicurezza e giustizia*, 2017, n. 3°, pp. 53 ss.

Scialoja, A.: *L'offerta a persona indeterminata ed il contratto concluso mediante automatico*, Tip. Stab. di San Lapi, Città di Castello, 1902.

Sirena, P.: "Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziazione del contratto: verso una riforma del codice civile?", *Jus*, 2020, pp. 205 ss.

Szabo, N.: "Formalizing and securing relationship over public networks", *First Monday*, 1997, vol. 2, n. 9°.

Szabo, N.: "Micropayments and Mental Transaction Costs", *Proceedings of the 2nd Berlin Internet Economics Workshop*, Berlin, 1999, vol. 44°

Troiano, S.: "Significativo squilibrio dei diritti ed obblighi derivanti dal contratto, art. 1469-bis, 1°comma", in AA: VV.: *Le clausole abusive nei contratti con i consumatori, Commentari agli artt. 1469-bis – 1469 sexies del codice civile* (a cura di G. Alpa, S. Patti), Giuffrè, Milano, 2003, pp. 53 ss.

Valentino, D.: "Il contratto «incompleto»", in AA.VV.: *Studi in Onore di Davide Messinetti* (a cura di F. Fruscello), Esi, Napoli, 2008, pp. 939 ss.

Vettori, G.: "Autonomia privata e contratto giusto", *Riv. dir. priv.*, 2000, pp. 32 ss.

Zaccheo, M.: "Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19", *Giust. civ.*, 2020, II, pp. 245 ss.

Zagami, P.: "L'escrow agreement negli ordinamenti di common law e nell'ordinamento italiano", *Trust e attività fiduciarie*, 2012, n. 4°, p. 366.

LA COMPRAVENTA DE OBRAS PLÁSTICAS EN INTERNET ESPECIAL REFERENCIA A LAS FACULTADES PATRIMONIALES DE SUS AUTORES Y TITULARES

THE SALE OF PLASTIC WORKS ON THE INTERNET. SPECIAL REFERENCE TO THE PATRIMONIAL POWERS OF ITS AUTHORS AND OWNERS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1348-1367

Ana María
PEREDA
MIRABAL

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Las obras plásticas expresan un contenido estético, conceptual y testimonial a través de las líneas, las formas, colores y volúmenes. Por su naturaleza creativa se realizan en ejemplares únicos o ediciones limitadas. En la actual sociedad tecnológica el proceso de digitalización ha dado lugar a nuevas formas de reproducción de la obra plástica propiciando un vuelco del mercado del arte a la web y permitiendo la realización de diversos negocios jurídicos para comercializar obras intelectuales.

La ponencia que se presenta analiza la particular realidad de la circulación y venta de obras plásticas en Internet. El análisis parte de reconocer que es un contrato totalmente válido si bien se enmarca dentro de nuevos conceptos de comercialización, un redimensionamiento de lo que tradicionalmente se ha entendido como facultades autorales y la inevitable adaptación de las instituciones jurídicas a la nueva cultura digital.

Los contenidos desarrollados permiten concluir que la compraventa de obras en formato inmaterial es una realidad dentro del llamado arte digital. En la red, la figura contractual resulta vehículo idóneo para transmitir la titularidad del derecho de propiedad de un soporte inmaterial que contiene un bien también inmaterial, en el sentido estricto del derecho civil común. En ningún caso tal enajenación comprenderá por si el ejercicio de facultades autorales, cuya transmisión queda sujeta a figuras contractuales típicas de las normas de derecho de autor.

PALABRAS CLAVE: Obra plástica, compraventa, internet.

ABSTRACT: *The plastic works express an aesthetic, conceptual and testimonial content through lines, shapes, colors and volumes. Due to its creative nature, it is made in single copies or limited editions. In the current technological society, the digitization process has given rise to new forms of reproduction of the plastic work, causing a shift from the art market to the web and allowing the carrying out of various legal businesses to commercialize intellectual works.*

The presentation that is presented analyzes the particular reality of the circulation and sale of plastic works on the Internet. The analysis starts from recognizing that it is a totally valid contract although it is framed within new concepts of commercialization, a resizing of what has traditionally been understood as authorial powers and the inevitable adaptation of legal institutions to the new digital culture.

The contents developed allow us to conclude that the sale of works in immaterial format is a reality within the so-called digital art. In the network, the resulting contractual figure is the ideal vehicle to transmit the ownership of the property right of an intangible medium that contains an intangible asset, in the strict sense of common civil law. In no case will such alienation include the exercise of authorship powers, the transmission of which is subject to contractual figures typical of copyright regulations.

KEY WORDS: *Plastic work, sale, internet.*

SUMARIO.- I. LA OBRA PLÁSTICA COMO OBJETO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR. 1. Concepto y tipología. 2. Principales características de las obras plásticas. A) La unicidad de la obra plástica como característica esencial. II. EJERCICIO DE LAS FACULTADES MORALES Y PATRIMONIALES DE LOS AUTORES DE OBRAS PLÁSTICAS EN LA SOCIEDAD TECNOLÓGICA. III. EL LLAMADO DROIT DE SUITE COMO POSIBLE DERECHO DEL VENDEDOR INICIAL EN SUCESIVAS REVENTAS. 1. Orígenes definición, fundamento y naturaleza jurídica. 2. Estructura técnico-jurídica del droit de suite. IV. LA VENTA Y REVENTA DE OBRAS DE ARTES PLÁSTICAS EN LA SOCIEDAD TECNOLÓGICA (INTERNET). V. A MODO DE EPÍLOGO. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA OBRA PLÁSTICA COMO OBJETO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR

1. Concepto y tipología.

El objeto de protección del Derecho de Autor lo constituye sin lugar a dudas la obra, sin embargo, ¿qué debemos entender por tal? En su sentido literal según el diccionario, como "obra" se clasificaría en general cualquier producción del entendimiento en ciencias, letras o artes[1]; si se asume un significado técnico jurídico habría que ceñirse a la definición que brinda el Glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) de Derecho de Autor y Derechos Conexos (1980) donde se lee: *obra es toda creación intelectual original expresada en una forma reproducible*[2].

Así, se puede concluir que estaremos en presencia de una obra, cuando se alude a una creación surgida del hombre, es decir proveniente del intelecto humano, cuya forma de expresarse es original y distinta de las ya existentes dentro de su mismo género; tales productos del ingenio pueden expresarse en la esfera artística, literaria o científica y en todos los casos deben estar aptos para ser divulgados.

En sentido general las obras plásticas son aquellas que expresan un contenido estético, conceptual y testimonial, a través de las líneas, las formas, los colores y volúmenes y por su naturaleza creativa se realizan en ejemplares únicos o ediciones limitadas, siendo ese soporte material el que condensa el *corpus mysticum* y el

1 *Vid.* Alvero Francés, F: *Cervantes Diccionario Manual de la Lengua Española*, Pueblo y Educación, La Habana, 1976, p. 547.

2 *Glosario de la OMPI de Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Ginebra, 1980, voz 262, p. 268.

• Ana María Pereda Mirabal
Profesora Auxiliar de Derecho Civil y Derecho de Autor
Universidad de Pinar del Río (Cuba)
Notaria con Protocolo Docente en Pinar del Río (Cuba)
anamariapereda5@gmail.com

corpus mechanicum de la obra autoral, verificándose la originalidad en la concepción plástica y en la ejecución concreta.

Las manifestaciones artísticas que integran las llamadas obras plásticas en el Derecho de Autor son disímiles, aunque tradicionalmente se han entendido por tal: las obras pictóricas, la escultura, la litografía, la arquitectónica, la fotográfica y los mapas, planos, croquis relativos a la topografía, actualmente se han incorporado otras categorías como comics, historietas gráficas y tebeos.

2. Principales características de las obras plásticas

La obra plástica debe caracterizarse por su originalidad, ya sea en la concepción plástica o en su ejecución, o en ambas inclusive, aun cuando por su esencia misma este elemento original es apreciable mayoritariamente en la ejecución, tal es el caso de la escultura o la pintura, obras en las que la sensibilidad y técnica del artista a la hora de ejecutar la obra resultan determinantes para apreciar la originalidad.

Es característica de las obras plásticas que en el resultado final, es decir en el producto final: la obra, se entremezclen un conjunto de elementos como la forma, la materia y el color.

La fijación de estas obras en un soporte material es esencial para acceder a la protección autoral, y así ha sido reconocido por el Convenio de Berna y por las legislaciones nacionales de los diferentes países[3]. De ahí, una de las características más relevantes de la obra plástica: la unicidad, que significa la existencia de una íntima relación entre la creación como obra del intelecto humano y el soporte material en que ésta se exterioriza.

A) La unicidad de la obra plástica como característica esencial

En las obras plásticas como se ha venido señalando existe una íntima dependencia entre la creación misma y el soporte material que la contiene, característica que se conoce doctrinalmente como unicidad y que a criterio de los estudiosos del tema es una de las más trascendentales.

Ello deriva de la estrecha relación existente en las obras plásticas entre lo que se ha llamado en la doctrina *corpus mysticum* y el *corpus mechanicum*. Las obras

3 El Convenio de Berna en su art. 2.2 establece que se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer que *«las obras literarias y artísticas o algunos de sus géneros no estarán protegidos mientras no hayan sido fijados en un soporte material».* La ley española regula en su art. 10 la protección de la obra expresada con la ayuda de cualquier medio o soporte, tangible o intangible, conocido actualmente o que se invente en el futuro. En este mismo sentido se pronuncian las legislaciones de Francia, Italia y Portugal en sus respectivos arts. L.112-1, 1 y 2. La ley autoral cubana señala en su art. 2 las obras a las que se refiere el derecho de autor que regulan sus preceptos *(…)* cualesquiera que sean sus formas de expresión.

plásticas son creadas por su autor con el objetivo de que sean únicas, siendo esta característica parte de su esencia.

La distinción entre la obra como creación intelectual y el soporte material es de gran interés pues la pérdida del soporte de la obra plástica conlleva irremediablemente a la destrucción de la creación intelectual que contiene, por el estrecho ligamen que existe entre soporte-creación. En este sentido cabe aclarar que existirán al unísono dos sistemas de adquisición y transmisión de derechos, a saber: los derechos autorales que se deriven de la obra se adquirirán y/o transmitirán por el Derecho de Autor y, en el caso del objeto material que sirve de soporte a la creación, las normas jurídicas que regirán serán las del Derecho Civil; esta distinción de derechos parte del hecho cierto de que se trata de objetos de protección distintos, pues en un caso lo que se protege es la creación intelectual (bien inmaterial) y en otro el soporte de la obra (bien material).

La unicidad de las obras plásticas se erige como esencia misma de este tipo de creaciones, el autor no tiene otra forma de dar a conocer su creación sino a través de un medio determinado, como se ha venido exponiendo, de lo contrario estaríamos en presencia de meras ideas que tendrían virtualidad solo en su mente y por ello estarían desprovistas de protección autoral; empero cierto es que convergen dos derechos distintos sobre ese producto final que es la obra plástica, por esa especial característica que une a la obra y a su soporte material, y la imposibilidad real de separar uno y otro sin que a la postre la consecuencia sea la destrucción de la obra del intelecto.

II. EJERCICIO DE LAS FACULTADES MORALES Y PATRIMONIALES DE LOS AUTORES DE OBRAS PLÁSTICAS EN LA SOCIEDAD TECNOLÓGICA

Asumiendo la tesis monistas, siguiendo a autores como Greco, quien mostró las pautas elementales de esta teoría y otros exponentes como Bernaldo de Quirós y Storch de Gracia, reconocemos en el Derecho de Autor un derecho único con una naturaleza mixta, integrado por un conjunto de facultades personales o morales y patrimoniales o económicas.

La interrelación de estas facultades puede provocar en algunos supuestos situaciones de conflicto en lo que se refiere al ámbito de explotación de la obra, especialmente la obra plástica, al surgir problemas con los cesionarios de los derechos de explotación, o los que puedan surgir con relación al dominio que el autor tiene sobre su obra, e incluso los que se susciten por el influjo que pueda tener el derecho de autor en el régimen económico del matrimonio.

El autor posee la facultad de divulgación, la cual le permite tomar la decisión de mantener la obra en su esfera privada o darla a conocer al público, estaríamos hablando de una faz negativa cuando la obra se mantiene inédita y de otra positiva cuando se pone al conocimiento del público.

En el caso particular de las obras plásticas es oportuno señalar que la venta de estas no implica en todos los casos una decisión de divulgar, por ello si el autor enajena su obra a una galería o museo u otra institución, analógica o digital, abierta al público se entenderá que hay una voluntad implícita de que la obra sea conocida por este, pues se considera que existe el ánimo de dar a conocer la obra plástica a un grupo amplio e indeterminado de personas, si por el contrario la venta se realiza a favor de un particular no debe entenderse que este acto equivalga a la divulgación, pues se entenderá que su uso se circunscribirá al ámbito familiar.

Goza el autor, además de la posibilidad de retirar la obra del conocimiento público ante el cambio de convicciones que pueda experimentar una vez que esta ha sido divulgada e incluso se extiende hasta el hecho de suspender cualquier utilización que de la misma se haya autorizado.

Para las obras plásticas se asume el criterio mayoritario de que esta facultad no afecte al coleccionista, salvo por el hecho de que se le prohíba que la muestre en público; sin embargo el tema no es tan noble, debemos recordar que producto a la unicidad que las caracteriza sobre la obra plástica existe el dominio del propietario del soporte y las facultades autorales, es por ello que autores como Hualde Sánchez refieren con base a criterios legislativos que el ejercicio de esta facultad será imposible frente al propietario del soporte material que no sea, al mismo tiempo, el cesionario de algunos de los derechos de explotación sobre la obra incorporada al mismo, y, con respecto de este, será posible con la única virtualidad de impedir que continúen con el ejercicio del derecho o derechos de explotación cedidos[4], más controvertida se manifiesta la situación si la obra ha sido digitalizada y vendida en la red.

Con respecto a la facultad moral de modificación de la obra se hace necesario decir que la misma no se identifica con la facultad patrimonial de transformación, que da lugar en la generalidad de los casos a la obtención de obras derivadas. La obra solo puede ser modifica por el autor si cambia *per se*.

El uso de las nuevas tecnologías podría en algún sentido influir negativamente en la facultad de modificación, en principio se debate sobre la digitalización de la obra, en el sentido de considerarla un acto modificativo que debe realizar el autor

4 Hualde Sánchez, J.J: "El Derecho Moral del Artista Plástico", en AAVV.: *Derechos del Artista Plástico* (coord. Por A. Bercovitz Rodríguez –CANO, Arazandi, Navarra, 1996, p. 55.

en exclusiva como facultad moral o por el contrario entender por tal un acto de transformación como facultad patrimonial, la trascendencia de tal dicotomía cobra relevancia cuando no es el autor sino un tercero quien posee la facultad patrimonial, pues muchos han pensado que en tales supuestos no se necesitaría la autorización expresa del creador.

A *priori* el proceso de digitalización no trae aparejado una alteración sustancial de la creación intelectual, más operaría un cambio de formato, de ahí que se asemeja más a la modificación que a la reproducción, aunque la actividad legislativa se ha inclinado por la segunda variante.

Junto a estas facultades morales positivas que demandan un actuar de su autor se reconocen las llamadas facultades morales negativas: derecho de paternidad y derecho al respeto e integridad de la obra, consideradas como defensivas pues se esgrimen frente a terceros para impedir que estos perjudiquen la obra.

Desde el punto de vista legislativo se reconoce que cuando se produce la venta, ya sea *online* o no, de la obra plástica conjuntamente con este acto se transmita la facultad de exposición pública de la misma, siendo una obligación del propietario del soporte material respetar el de derecho del autor a que se le identifique como autor, o sea que se declare su autoría sobre la creación intelectual, pudiendo sus sucesores por causa de muerte ejercitar la defensa de tal facultad.

El respeto a la integridad sobre las obras plásticas debe ser observado tanto en las obras originales como en sus copias o en las obras que son reproducidas en serie como los grabados. Así se evitan atentados a la integridad de forma indirecta a través de la distorsión de las copias que reproducen fielmente la obra que llegaría al público de manera diferente a la concebida por el autor[5].

Por otro lado, si la obra es subida por la red o portal digital o es descargada por los usuarios de la red, estaremos en presencia de una reproducción digital de la misma, lo que se enmarca dentro de las llamadas facultades patrimoniales, sin embargo, si por cualquier razón se reforma o cercena, ya sea por la adición o supresión de alguna de sus partes, sin la debida autorización del autor se configura un supuesto de violación del derecho de autor.

En virtud de la manipulación que facilitan las TIC de la obra, se empieza a relativizar la aplicación de este derecho en el ámbito digital, por cuanto incluso la variación de la integridad de una obra es parte fundamental de procesos de formación virtual o a distancias, o bien como parte de procesos de integración de la obra preexistente a otras nuevas, como las obras multimedia. Incluso la misma

5 *Vid.* Ortega Doménech, J: *Obra plástica y derechos de autor*, Reus y Aisge, Madrid, 2000, p. 342.

tipología de la obra multimedia, varía la integridad de las obras que la conforman al presentar un producto interactivo compuesto por diversos elementos que forman una unidad distinta a las obras originarias[6].

Debido a la unicidad que las caracteriza el derecho de reproducción sobre las obras plásticas adquiere connotaciones particulares, al extremo que se ha llegado a afirmar por no pocos especialista que resulta imposible, sin embargo la práctica ha demostrado que no es así, de tal suerte que el Convenio de Berna en su artículo 9 refiere la reproducción *bajo cualquier forma* y en el propi apartado tres del mentado artículo refiere que en el sentido del Convenio se considerará reproducción *toda grabación sonora o visual*, de ahí que se pueda colegir que la representación de una obra plástica a través de una fotografía u otro medio de captación y expresión de la obra, incluyendo su digitalización, constituye una reproducción de la misma, pues la fijación en cualquier soporte que permita la posterior comunicación pública de la obra reproducida será en definitiva entendida como reproducción.

Con el proceso de digitalización, el soporte material de la obra (corpus) se desvanece quedando la creación reproducida de forma impalpable e inmaterial, a través de dígitos que siguen el sistema binario, lo que facilita su incorporación a bases de datos, transmisión por redes y etc., en otras palabras con la técnicas digitales actuales se puede reproducir la obra a partir de su desmaterialización y consiguiente incorporación a un soporte electrónico, produciéndose su distribución ya sea *off line* u *online*, e incluso radiodifusión digital.

Con relación a las artes plásticas hoy en día se ha estado hablando de una facultad de carácter instrumental que tiene un fin generalmente espiritual, la llamada facultad de acceso a la obra, como aquella que le permite al autor el acceso al soporte material en el cual está contenida su obra, con el fin de ejercitar facultades tanto morales como patrimoniales, esta prerrogativa se extiende a los ejemplares únicos y raros[7], y corresponde al autor ir en todos los casos donde está su obra.

Esta categoría de ejemplar único o raro no existe en internet por lo peculiar de esta plataforma informática, por lo que esta facultad pierde importancia si nos referimos al entorno de la red.

6 Castro Bobadilla, A: *Contenido del derecho de autor en internet*. En http://www.revistaarte.com/nemro83/enportada.html. Consultado febrero de 2014.

7 Para Rams Albesa a la obra de arte plástica "*no le cuadra en absoluto el término ejemplar, aunque se acompañe del adjetivo único, pues el término ejemplar tiene un significado claro de unidad aislada y completa de un término plural…*". *Vid.* Rams Albesa, J: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por Albaladejo M. y Díaz Alabart, S., Tomo V, vol. 4.º A, Madrid, 1994, p. 329.

III. EL LLAMADO *DROIT DE SUITE* COMO POSIBLE DERECHO DEL VENDEDOR INICIAL EN SUCESIVAS REVENTAS

1. Orígenes definición, fundamento y naturaleza jurídica.

Los orígenes de este derecho se ubican en Francia, por ser una revista de este país la primera en dar referencias al *droit de suite* en el año 1983, a través de la publicación de un artículo del abogado Albert Vaunois en el que se exponían sus ideas al respecto[8]. En el año 1914 que el diputado Albert Ferry presentó una iniciativa de ley en el año 1914, proceso que se vio frustrado por el comienzo de la Primera Guerra Mundial. Posteriormente el diputado León Berard, acoge el proyecto que se convertiría en Ley para el año 1920, cuerpo legal que se convertiría en la primera Ley reguladora del *droit de suite* y que se vio complementada por varios Decretos Leyes y por la Ley de 27 de octubre de 1921[9]. El 11 de marzo del año 1957 entra en vigor una nueva Ley que abroga la de 20 de mayo de 1920, en la cual se mantiene y da un nuevo enfoque al *droit de suite*[10].

Es un derecho que básicamente surge para las obras plásticas por sus singulares características, y por extensión de forma excepcional a las literarias (entendido en el sentido de los manuscritos originales).

El *droit de suite*: es una facultad patrimonial inalienable del autor de obras plásticas o sus sucesores *mortis causa* que les permite obtener una parte o por ciento del valor que alcanza la obra original después de su primera enajenación por las sucesivas reventas de la misma en subasta públicas o siempre que tales transmisiones se produzcan con la intervención de un comerciante.

Su fundamento es reconocer un derecho autoral a la persona que con su creatividad ha dado vida a una obra sobre la cual ostentará un conjunto de facultades, aun después de transmitida la misma.

El hecho de dotarlo de un carácter personal e irrenunciable, atendiendo al criterio de varios de los autores, hace que se equipare a los derechos morales. Sin desconocer las razones que sostienen tales planteamientos partimos de reconocer que resulta indiscutible el beneficio económico que este derecho aporta a sus titulares, por lo que somos del criterio de que continúa siendo una construcción

8 *Vid.* Duchemin, J L: "El Derecho de Continuación"*, RIDA*, 1968, número especial- octubre 1967, p. 372, *cit pos* Rangel Medina, D: *El droit de suite de los autores en el Derecho contemporáneo*, Anuario –Jurídico. UNAM, México 1989, p. 431.

9 *Vid.* Duchemin, J: "El derecho de prosecución para los artistas", *RIDA*, 1969, p.82 *cit pos* Rangel Medina, D: *El droit de suite de los autores en el Derecho contemporáneo*, Anuario –Jurídico. UNAM, México 1989, p. 432.

10 *Vid.* Françon, A : *Cours de propiété litteraine, artistique et industrielle*, Les cours de droit, Paris, 1980-1981, p.148, *cit pos* Rangel Medina, D: *El droit de suite de los autores,* cit., p. 432.

patrimonial por estar en estrecho vínculo con la explotación económica de la obra y no con el creador propiamente dicho.

Este carácter patrimonial le viene atribuido de igual forma no porque el autor directamente proceda a la explotación de su obra, como suele suceder con el derecho de reproducción o el de transformación, sino por el aprovechamiento que de ellas hacen terceras personas, resultando procedente que los autores, por el solo hecho de haber creado la obra, se beneficien con los dividendos que se deriven de la explotación económica que de la misma se haga.

2. Estructura técnico-jurídica del *droit de suite*.

La titularidad de este derecho será del autor de la obra y en su defecto de sus herederos, al menos en principio.

Es importante afirmar que el *droit de suite* como facultad autoral se configura sobre cada obra plástica que se crea y no sobre el conjunto creativo, por lo que al momento del fallecimiento los herederos o legatarios, y teniendo en cuenta las singulares características que para estos sucesores a título particular tiene la configuración de tal derecho, pueden resultar titulares del *droit de suite* para una obra determinada, recibiendo como consecuencia el porcentaje que le corresponde, por otro lado por voluntad del causante se puede establecer una cotitularidad sobre el derecho entre los causahabientes y el por ciento de participación.

La doctrina sostiene que el obligado a pagar o sujeto pasivo en la relación jurídica será el vendedor, quien en su calidad de propietario de la obra sufre una limitación en lo que atañe al derecho de disposición de la misma[11].

La aplicación práctica de este derecho y con el fin de evitar el incumplimiento del pago del *droit de suite* se ha extendido esta obligación a los profesionales del arte que intervengan en la venta de la obra. Esta postura se traduce en facilitar la percepción del derecho a su autor.

Se ha entendido que será objeto del *droit de suite* toda aquella obra original o sus múltiples siempre y cuando se hayan hecho por la mano del autor en un número reducido, raro o escaso, que sea difícil su localización en el mercado.

El derecho de participación no se ejercita directamente por el autor, quien sin lugar a dudas es su titular, de ahí que debamos vislumbrar que la esencia de tal derecho radica en la participación que tendrá el autor en las ventas que se hagan

11 *Vid.* Mouchet, C. y Radaelli, S.A: *Derechos intelectuales sobre las obras literarias y artísticas,* Tomo 2do, Guillermo Kraft Ltda, Buenos Aires, 1948., p. 102.

de su obra, exactamente el contenido del *droit de suite* estará determinado por el por ciento de la participación sobre la base de cálculo.

En cuanto a las formalidades, desde el punto de vista doctrinal y legislativo, se esgrime el criterio de que este derecho se verifica cuando se realizan ventas públicas sucesivas de la obra con la intervención de un agente del mercado del arte, es decir para que el *droit de suite* nazca en cabeza del autor se impone que la reventa de la obra se haga en subasta pública u otra venta similar, con la intervención de un comerciante o un experto valuador, o en un establecimiento comercial, de lo que se colige que las ventas privadas quedan fuera de este derecho.

Al igual que el resto de los derechos de autor y siguiendo las pautas trazadas por el Convenio de Berna, en su artículo 7 en relación con el 14ter, la protección conferida a los autores para gozar de las prerrogativas del *droit de suite* así como al resto de los titulares del mismo (entiéndase causahabientes), estará vigente toda la vida del autor más el plazo de protección que *post mortem* reconozcan las legislaciones nacionales a sus causahabientes.

IV. LA VENTA Y REVENTA DE OBRAS DE ARTES PLÁSTICAS EN LA SOCIEDAD TECNOLÓGICA (INTERNET)

La informática ha revolucionado nuestro paradigma cultural, nos encontramos inmersos en lo que se ha llamado la era de la información, sin lugar a dudas los conocimientos informáticos ha cambiado la forma en que el conocimiento se transmite y almacena, de ahí que haya instaurado el desarrollo del pensamiento creativo en todas las esferas de la vida, en lo que al arte atañe ha permitido crear nuevas formas y soportes para el mismo, es decir la sustitución de la formas tradicionales de explotación de las obras por la comercialización de las mismas a través se procesadores personales e Internet.

La comercialización de las artes en sentido general y las obras plásticas en sentido particular quedan sujeta inexorablemente a las leyes de la oferta y demanda que hace prevalecer el precio y valor de aquello que es más escaso y disminuye lo que prolifera, la esencia multiplicadora de Internet, como la vehiculización de imagen y sonido en registros de placas discográficas es parte del patrimonio cultural del consumidor y del artista contemporáneo.

Siguiendo este orden es dable afirmar que la sociedad tecnológica se ha globalizado y es natural que complejas transacciones comerciales se realicen a través del sistema informático, cada vez es más frecuente que las distancias intercontinentales o nacionales se acorten con el uso de la red, el comercio por internet se ha vuelto algo cotidiano, de hecho resulta fácil hoy en día las operaciones

de adquisición, clasificación, posibilidad de disposición y de explotación de bienes y servicios empleando el sistema binario.

Para el caso particular de la comercialización de las obras de arte, a través de la venta y reventas sucesivas, la era digital, principalmente Internet, ha revivido el debate sobre el derecho de autor y la legitimidad de su fundamentación[12].

Realmente internet se erige como un medio masivo que permite utilizar las obras y comercializarlas, ha permitido a los autores de obras plásticas entrar en contacto directo con el público y generar espacios de venta sin la intervención de intermediarios, de ahí que esta forma de comercialización y los usos que a posteriori se hagan de esas obras siempre y cuando devenguen las remuneraciones correspondientes, en plena consonancia con la explotación que de la obra se haga, constituye inevitablemente un aspecto positivo de la digitalización, es decir la remuneración justa y equitativa deducida por estas actividades que se desarrollan en la red de redes, podrí significar nuevas oportunidades de negocios y de explotación económica de las obras plásticas y de ejercicio, en definitiva, de las facultades patrimoniales de los autores de este tipo de obras.

Las llamadas tiendas virtuales cuentan con interfaces que permiten el constante intercambio con el público a la vez que conminan a los autores a crear un sistema que tiene como centro la obra que pretende ser vendida pero alrededor del cual se crea todo un andamiaje que incluye desde la presentación de catálogos o trabajos anteriores del artista, inspiraciones, bocetos u otros que den fe de los caminos creativos el autor, la selección del público al que estará destinado, ya sean coleccionistas o simples decoradores hasta la personalización del espacio donde se está mostrando la obra creando cabezales, fondos y otros elementos web, que se centren en la presentación de la misma, con el fin de que ello genere una fuerte conexión entre la identidad del artista, es decir su nombre, y su creación.

La realidad muestra que es completamente viable la existencia de la obra en un formato inmaterial y por ende nada obsta para que estas se conviertan en objeto de las más disímiles transacciones comerciales en la red y que se ubique en el centro de diversas relaciones jurídicas, que un tiempo atrás eran exclusivas del mundo material y que ahora se replican con igual facilidad y eficiencia en el digital, piénsese en la comercialización de las obras o en buena técnica jurídica del soporte que las contiene, mediante la concertación de contratos como puede ser el de compraventa.

A partir de la unicidad que caracteriza la obra plástica el ejercicio de las facultades autorales y de las facultades emanadas del derecho de propiedad,

12 Lucas, A. y Lucas, J-H : *Traité de la Propriété littéraire et artistique*, Litec- 2ª edición, Paris, 2001, p. 53.

cuando la creación sale del ámbito de su autor, adquieren connotaciones relevantes, pues convergerían al unísono el derecho de autor y el derecho real de propiedad, dando lugar a dos sistemas de adquisición del derecho: el del derecho civil común con respecto al soporte material y los autorales con respecto a la creación propiamente dicho.

Hasta este punto la cuestión parece allanarse, pues los derechos tendrían objetos diferentes, pero: ¿qué sucede cuando la realización tiene lugar en el ciberespacio y sobre obras con tal especiales características?

En cualquier caso los sujetos serán el comprador y el vendedor, que en todo caso se comunicarán a través de la red, en el primer caso fungirá como comprador la persona natural o jurídica dotada de la capacidad jurídica civil necesaria para la realización efectiva del acto, en la otra parte encontraremos al autor, sus derechohabientes o el propietario del soporte material o inmaterial, dichas personas tienen que gozar igualmente de capacidad jurídica.

El contrato deberá señalar, explícitamente, los datos de los contratantes, identificados plenamente, si actúan en nombre propio o en nombre ajeno, en este caso se deberá aportar el documento acreditativo de la representación. Además de mantener la localización, por medio del domicilio, de cada uno de los contratantes.

Dentro de los elementos reales tendremos el soporte inmaterial en el que ha sido fijada la obra, la que puede estar disponible en diversos formatos, para ser vistas en un televisor con conexión a Internet, en el iPhone o en el iPad, con la correspondiente aplicación para cada dispositivo de manera que las obras se visualicen, dando la posibilidad de colgar una pantalla plana y emplearla como lienzo digital o llevar la colección en el bolso para poderla enseñar en cualquier lugar. Además del precio, que al igual que en el ámbito tradicional deberá ser el dinero o signo que lo represente.

La materialización de estos contratos de compraventa en la red deben hacerse constar por escrito, pues se quiera o no estamos antes una cuestión con amplio trasfondo mercantilista, comercial y economicista, donde el autor debe tener conocimiento de cuáles son sus derechos y obligaciones en dichas relaciones profesionales, pues esto le permitirá llevar a cabo la negociaciones con su representante, galerista, museos, marchantes, *etc*, con una mayor conciencia de los compromisos que asume, así como poder exigir que las obligaciones asumidas por la otra parte se plasmen, efectivamente, con escrupulosidad y exactitud en los documentos contractuales que se suscriban y poder así exigirlas en caso de incumplimiento, de lo contrario se ubicará consciente o inconscientemente en

situación de debilidad frente al resto de los agentes intervinientes en el mercado cultural.

Amén de que en su versión más auténtica sea un contrato consensual, la compraventa de obras de artes por internet no debe ser un negocio que se perfeccione verbalmente, la forma escrita, sea pública o privada, ofrece mayores garantías, máxime si tenemos en cuenta que sobre la obra plástica al final convergen el derecho de autor de su creador y el derecho de propiedad de quien ostente la titularidad sobre el soporte material.

Sobre su formalización a través de la escritura compartimos el criterio de que debe hacerse ante notario, por las garantías que ofrece el fedatario público, deviniendo este documento en justo título de propiedad del negocio que formaliza. Esta cuestión supone que se modernice igualmente la función notarial y que entre al juego el documento y la firma electrónica. Igualmente se debe reconocer que estamos hablando de un fenómeno que desde hace tiempo se han estado sucediendo por el avance agigantado de la sociedad tecnológica, y mientras el derecho brinda los mecanismos jurídicos correspondientes, en la práctica los actores de esta realidad se las han agenciado para garantizar su derecho, de esta forma es común que después de la verificación del negocio en cuestión y para evitar violaciones como las falsificaciones cada comprador/a obtenga un certificado de autenticidad (en su versión digital) que le identifica como propietario/a de la obra.

Por otro lado el instrumento que en definitiva contenga el negocio jurídico deberá contener a modo expositivo las manifestaciones de las partes y en su parte dispositiva las cláusulas que recojan los términos y condiciones del contrato, a saber el fin que se persigue, las características de las obras objeto de transmisión: tamaño, título, técnica utilizada material empleado, y todos aquellos extremos que se consideren necesarios para su correcta identificación, los términos ante el incumplimiento y las autorizaciones para el ejercicio de las facultades autorales. Con respecto a esta última cuestión consideramos que tales cesiones de facultades son objeto de otras figuras contractuales típicas del Derecho de Autor, por lo que deberían constar en documentos independientes.

De acuerdo a lo explicado es válido argüir que el hecho de que la obra se venda *on line* no lleva aparejada que se transmitan las facultades de reproducción, ni de exposición pública, las cuales serán de dominio exclusivo de su autor o sus derechohabientes, pues el Convenio de Berna establece claramente en el supramentado artículo 9 la diferencia entre la trasmisión de la obra como objeto (soporte material que la contiene) y la obtención de facultades autorales sobre la misma.

De lo antes expuesto se colige que cuando se compra una obra de artes plástica *online* en principio se está adquiriendo una reproducción (versión digitalizada de la misma) pues la obra en su versión original continuará en posesión de quien la tenga, ya sea el autor, una galería, un museo, *etc.*; sin embargo esa persona que ha pagado por la obra será el titular del derecho de propiedad sobre la misma, teniendo facultades de disposición sobre el soporte que la contiene tanto en su versión digital como material, con las limitaciones propias que le impone el ejercicio de la facultades autorales de su creador y lo términos establecido en el contrato suscrito al efecto como es lógico, es decir las facultades de reproducción y comunicación pública quedarán en manos del autor, quien podrá haciendo uso de su derecho mantenerlas para sí, enajenarlas al comprador o cederlas a un tercero, distinto del que adquiere la obra plástica.

Después de esta primera venta se pueden continuar haciendo otras de forma sucesiva y si en algunas de ellas se verifica la intervención de un marchante, galerista o comerciante del mercado del arte habrá que ofrecer la correspondiente remuneración por concepto de derecho de participación se dispensa a los autores de obras plásticas.

En aras de lograr una eficiente realización de estos derechos la gestión colectiva se erige hoy en día como la alternativa más eficaz para que el autor salvaguarde sus facultades, frente a la realidad de las producciones multimedia, la tecnología digital y el uso creciente de los contenidos protegidos en Internet.

La pertinencia del ejercicio de estas facultades patrimoniales a través de estas personas jurídicas radica en que estas sociedades tienen mayor facilidad para verificar la información recibida por los profesionales del arte y que pueden contactar directamente con las casas de subastas o galerías, además de contar con personal especializado que puede de forma más ágil y frecuente visitar las ferias de arte moderno, controlar los catálogos, etc., elementos que cobran mayor significado si nos atenemos al hecho de que en no pocas ocasiones estas compraventas se realizan entre sujetos de diferentes países y continentes, vía *online* o empleado cualquiera de las formas que ofrecen las técnicas de la información y las comunicaciones (TICs).

Ante el progresivo proceso de mercadeo de las reproducciones, muchas veces no autorizadas, de la obra plástica, piénsese en el empleo de este tipo de obras en sitios web, postales, medios audiovisuales, en anuncios publicitarios, etcétera; y la imposibilidad de una autogestión eficaz del propio autor, se entiende plenamente justificado que se autorice a las sociedades de gestión colectiva para que represente al autor en el negocio jurídico de compra y venta en internet y además haga valer el derecho a percibir una remuneración por concepto del *droit de suite* su nombre.

V. A MODO DE EPÍLOGO

Las obras plásticas son aquellas que expresan un contenido estético, conceptual y testimonial, a través de las líneas, las formas, los colores y volúmenes. Por su naturaleza creativa se realizan en ejemplares únicos o ediciones limitadas, siendo ese soporte material el que condensa el *corpus mysticum* y el *corpus mechanicum* de la obra autoral; no obstante esta unidad indisoluble, la creación intelectual no se identifica con el bien material sobre el que se plasma o ejecuta y, a los efectos de la protección debida siempre se pondera el Derecho del Autor sobre el Derecho de Propiedad común que tenga el titular de la cosa material.

En la nueva sociedad tecnológica el proceso de digitalización ha dado lugar a nuevas formas de reproducción de la obra plástica, se pasa de un formato material a uno inmaterial, propiciando un vuelco del mercado del arte a la web, lo que ha representado una oportunidad singular para los autores de obras plásticas a la hora de establecer contacto directo con el público, la difusión y venta de sus creaciones a escala mundial.

La compraventa de obras plásticas por internet se erige como un negocio jurídico totalmente válido, si bien se enmarca dentro de nuevos conceptos de comercialización, un redimensionamiento de lo que tradicionalmente se ha entendido como facultades autorales y la inevitable adaptación de las instituciones jurídicas a la nueva cultura digital, ya que estamos ante una figura contractual que se encarga de trasmitir la titularidad del derecho de propiedad de un soporte inmaterial que contiene un bien también inmaterial, en el sentido estricto del derecho civil común, pues en ningún caso tal enajenación comprenderá por si el ejercicio de las facultades autorales.

A partir de las reventas sucesiva de la obra en la sociedad tecnológica, al igual que sucede en la sociedad tradicional, emergerá en cabeza del creador o sus derechohabientes el derecho de participación o *droit de suite*, como una facultad patrimonial de simple remuneración, nunca como un derecho real, pues solo faculta al autor para que pueda seguir la circulación del bien en el mercado secundario, obteniendo la remuneración correspondiente cuando se produzca la reventa sucesiva de sus obras, las que en la generalidad de los casos se revaloriza. Exigiéndose para su configuración legal que tales ventas sean intervenidas por expertos o profesionales del arte, que actúen como tal en el negocio jurídico de compraventa. Agentes comerciales que se verán constreñidos al cumplimiento de varias obligaciones instrumentales que tienen como fin la eficacia práctica y jurídica del derecho de participación.

Ante el avance tecnológico y la aparición de nuevos espacios para explotación económica de la obra plástica, así como las posibles vulneraciones de las facultades

autorales se impone que se deseche la autogestión por partes de los titulares del Derecho de Autor y que en aras de lograr una eficiente realización de sus derechos se haga una gestión colectiva de los mismo, constituyendo hoy en día la alternativa de protección y explotación más eficaz para el autor, frente a la realidad de las producciones multimedia, la tecnología digital y el uso creciente de los contenidos protegidos en el ciberespacio y la compraventa de obras plásticas por Internet.

BIBLIOGRAFÍA

Textos Doctrinales

ALBALADEJO, M: *Compendio de Derecho Civil*, Edisofer SL- 12ª edición, España, 2004.

ALVERO FRANCÉS, F: *Cervantes Diccionario Manual de la Lengua Española*, Pueblo y Educación, La Habana, 1976.

LUCAS, A. y LUCAS, J-H : *Traité de la Propriété littéraire et artistique*, Litec- 2ª edición, Paris 2001.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ –CANO, A: (coordinador), *Derechos del Artista Plástico,* Arazandi, Navarra, 1996.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ –CANO, R: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, TECNOS, S.A- 2 edición, Madrid, 1997.

CASTRO BOBADILLA, A: *Contenido del derecho de autor en internet*. En http://www.revistaarte.com/nemro83/enportada.html. Consultado el 25 de febrero de 2014.

FERNÁNDEZ BULTÉ, J; CARRERAS CUEVAS, D y YÁNEZ, R M: *Manual de Derecho Romano*, Félix Varela, La Habana, 2003.

GLOSARIO de la OMPI de Derecho de Autor y Derechos Conexos, Ginebra, 1980, voz 262.

HUALDE SÁNCHEZ, J.J: "El Derecho Moral del Artista Plástico", en AAVV.: *Derechos del Artista Plástico* (coord. Por A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ –CANO, Arazandi, Navarra, 1996, p. 55.

MOUCHET, C. y RADAELLI, S.A: *Derechos intelectuales sobre las obras literarias y artísticas*, Tomo 2do, Guillermo Kraft Ltda, Buenos Aires, 1948.

ORTEGA DOMÉNECH, J: *Obra plástica y derechos de autor,* Reus y Aisge, Madrid, 2000.

PÉREZ GALLARDO, L. B: (coordinador), *La compraventa como paradigma contractual*. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2012.

RANGEL MEDINA, D: *El droit de suite de los autores en el Derecho contemporáneo*, Anuario –Jurídico. UNAM, México, 1989.

Rams Albesa, J: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* dir. por Albaladejo M. y Díaz Alabart, S., Tomo V, vol. 4.º A, Madrid, 1994.

Rapa Álvarez, V: *Manual de Obligaciones y Contratos*, Tomo 2do, Félix Varela, La Habana, 2003.

Valdés Díaz, C C *et. al.*: *Compendio de Derecho Civil*, Félix Varela, la Habana, 2005.

Textos Legales

Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y artísticas. Publicaciones OMPI, No. 223(s), Ginebra, 1999, ISBN 92-805-0649-8.

Código Civil de la República de Cuba, Ley número 59 de 16 de julio de 1987 vigente desde el 12 de abril de 1988, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1988.

Ley sobre Derecho de autor cubana, Ley 14 de 28 de diciembre de 1977. Gaceta Oficial, Edición Ordinaria, La Habana. En http://www.gacetaoficial.cu. Consultado el 25 de septiembre de 2018

LOS CONSUMIDORES EN LÍNEA FRENTE A LA PUBLICIDAD DIRIGIDA. BREVES CONSIDERACIONES DESDE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LAS TECNOLOGÍAS CONEXAS*

ONLINE CONSUMERS VERSUS TARGETED ADVERTISING. BRIEF CONSIDERATIONS FROM ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND RELATED TECHNOLOGIES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1368-1385

* Este trabajo es resultado del Proyecto de Investigación financiado «Derecho e Inteligencia Artificial: nuevos horizontes jurídicos de la personalidad y la responsabilidad robótica»; Ref. PID2019-108669RB-100/AEI/10.13039/501100011033; del que es investigadora principal la Dra. Margarita Castilla Barea.

Madelín CRUZ GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: El presente trabajo centra su atención en la incidencia de la publicidad digital en los consumidores en línea, con especial atención a la publicidad dirigida. Las empresas utilizan la inteligencia artificial para crear publicidad más eficiente basada en los intereses de los consumidores, con el fin de persuadir y, atraer a la clientela utilizando la información obtenida a través de perfiles y sugerencias en línea. El uso que se hace de la inteligencia artificial y la publicidad dirigida puede invadir la esfera de necesaria protección jurídica de los consumidores digitales.

PALABRAS CLAVE: Consumidores, comercio electrónico, publicidad digital, publicidad dirigida, inteligencia artificial, empresas, publicidad basada en intereses, aprendizaje automático, big data, autonomía de la voluntad.

ABSTRACT: *This paper focuses on the impact of digital advertising on online consumers, with special attention to targeted advertising. Companies use artificial intelligence to create more efficient digital advertising based on consumers' interests, in order to persuade and, attract clientele using information obtained through online profiles and suggestions. The use of artificial intelligence and targeted advertising may encroach on the sphere of necessary legal protection of digital consumers.*

KEY WORDS: *Consumers, e-commerce, digital advertising, targeted advertising, artificial intelligence, companies, interest-based advertising, machine learning, big data, autonomy of will.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. PUBLICIDAD DIGITAL Y DIRIGIDA. CONSIDERACIONES INICIALES.- 1. Inteligencia artificial y manipulación digital. III. LA PARTE MÁS DÉBIL EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO. EL CONSUMIDOR EN LÍNEA.

I. INTRODUCCIÓN.

En el año 1995 la compañía estadounidense Amazon abrió por primera vez en el espacio digital una tienda *online* para la venta de libros. Aunque no fue la primera compañía que se lanzó al comercio electrónico (e-*commerce*)[1], es la que más ganancias ha generado convirtiéndose en líder mundial de ventas. Amazon tiene en oferta un catálogo con millones de productos de diferentes proveedores alrededor del mundo y, junto con otras compañías como Ebay y Zappos, marcó un hito en la historia comercial a nivel mundial, al introducir un nuevo modelo de negocio que no para de crecer y transformarse. Treinta años atrás no se podía prever que el nuevo modelo comercial que habían introducido estas empresas cambiaría la forma en la que se hacían los negocios y que también transformaría el marketing, las prestaciones de servicios, los trámites administrativos o, los servicios bancarios, por solo mencionar algunos ejemplos.

Desde que el comercio digital se introdujo en el mercado, el tráfico comercial no ha parado de crecer y perfeccionarse. En el año 2017, las ventas *online* a nivel mundial ascendieron a 2,3 billones de dólares, siendo el 10,2 % del total de las ventas minoristas.[2] Este crecimiento acelerado del comercio y la contratación

1 Desde un punto de vista tecnológico, el e-*commerce* se refiere al intercambio sin papel de información comercial mediante el tráfico electrónico de datos, el correo electrónico, los tablones de anuncios electrónicos, la transferencia electrónica de fondos, la World Wide Web y otras tecnologías basadas en la red. Para ampliar sobre el tema,véase: Bajay, K. K. y Nag, D., 2005. *E-Commerce. The cutting edge of business,* Second Edition. New Delhi: Tata McGraw-Hill Publishing Company Limited. Por su parte, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España refiere que puede definirse el comercio electrónico como toda transacción realizada electrónicamente a través de Internet, excluidas las realizadas en cajeros automáticos, EDI, con independencia del medio de pago utilizado, y del mecanismo de intercambio utilizado (adhesión, subasta, negociación entre las partes, etc.) Mientras que la Oficina del Censo de los Estados Unidos (*U.S. Census Bureau*) define el comercio electrónico como aquel que mide el valor de los bienes y servicios vendidos *online* a través de redes públicas como Internet, o redes privadas basadas en sistemas tales como el de Intercambio Electrónico de Datos (EDI, en sus siglas en inglés). Las ventas de comercio electrónico son ventas de bienes y servicios para las cuales la orden de compra o la negociación del precio y condiciones de la venta tienen lugar a través de Internet, de una extranet como la red EDI, u otro sistema online. El pago podrá o no hacerse efectivo *online*. El comercio electrónico puede clasificarse de tres formas atendiendo a los sujetos que intervienen en la actividad comercial: la categoría B2B (Business-to-Business) es la que denomina a los actos de comercio que se realizan entre los negociantes, la segunda categoría, B2C, es la que denomina a los negocios que se realizan entre compañías y consumidores, y la tercera categoría que se denomina C2C, que envuelve los negocios que se realizan entre consumidores.

2 Tomado del Informe global sobre consumidores en internet del año 2017 de la compañía KMPG, disponible en: https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/es/pdf/2017/06/la-realidad-de-consumidores-online.pdf.

• Madelín Cruz García
Doctoranda Programa de Doctorado en Derecho
Universidad de Cádiz
madelin.cruz@gm.uca.es

electrónicos[3] está impulsado por varios factores que varían en cada región demográfica[4], por lo que solo haremos mención de los más comunes. Un primer factor lo constituye el desarrollo de los servicios digitales, donde entra a jugar un papel importante el móvil-commerce (*m-commerce*), que facilita el acceso a los productos en cualquier lugar del mundo con solo acceder a una aplicación desde la comodidad del hogar o la oficina. Un segundo factor es la gran oferta de productos y servicios que se han incorporado a esta forma de comercio, al sumarse más empresas y compañías al espacio digital, así como los medios de pago alternativos que facilitan el acceso a los productos y servicios. Un tercer y muy importante factor es la publicidad dirigida al consumidor a través de redes sociales, espacios en línea, periódicos, revistas, etc.

Si bien podemos enumerar un gran número de beneficios del comercio digital que demuestran cómo ha facilitado nuestra vida, también existen elementos que no se deben perder de vista en materia jurídica pues, a fin de cuentas el *e-commerce* solo se diferencia del comercio tradicional en el medio donde se desarrolla y debe seguir las mismas pautas en materia de contratación y consumo. Esta forma de marketing ha asumido el rol principal de las campañas publicitarias de los negocios y compañías a nivel mundial, atendiendo al aumento de la presencia de los consumidores en la web para realizar compras o contratar servicios. Las compañías invierten mucho capital en tecnología para publicitar sus anuncios y que lleguen de forma personalizada y específica a cada consumidor, en cualquier rincón del mundo. En el año 2017 una estadística de la compañía *The Nielsen Company*

3 La Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europea y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores incluye el contrato electrónico dentro de los contratos a distancia. En su artículo 20 dispone que: "La definición de contrato a distancia debe abarcar todos los casos en que los contratos se celebran entre el comerciante y el consumidor en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, exclusivamente mediante el uso de uno o varios medios de telecomunicación (venta por correo, Internet, teléfono o fax), hasta el momento en que se celebra el contrato, con inclusión de ese momento. Dicha definición debe cubrir también las situaciones en las que el consumidor únicamente visita el establecimiento mercantil de la empresa con el propósito de recabar información sobre los bienes o los servicios, y la negociación y celebración subsiguiente del contrato tienen lugar a distancia. Por otra parte, un contrato que se negocie en el establecimiento mercantil del comerciante y acabe celebrándose a través de un medio de telecomunicación no debe considerarse un contrato a distancia. Tampoco debe considerarse un contrato a distancia el contrato que se inicie utilizando un medio de comunicación a distancia, pero acabe celebrándose en el establecimiento mercantil del comerciante. Asimismo, el concepto de contrato a distancia no debe incluir las reservas que el consumidor pueda realizar a través de una técnica de comunicación a distancia para solicitar a un profesional la prestación de un servicio, como puede ser el caso de un consumidor que llame por teléfono para pedir una cita en una peluquería. El concepto de sistema organizado de prestación de servicios o de venta a distancia debe incluir los sistemas ofrecidos por un tercero distinto del comerciante, pero utilizado por este, como una plataforma en línea. No obstante, no debe cubrir los casos en los que las páginas web ofrecen información solamente sobre el comerciante, sus bienes o servicios y sus datos de contacto."

4 Según datos aportados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la facturación del comercio electrónico en España ha aumentado en el primer trimestre de 2021 un 1,9% interanual hasta alcanzar los 12.474 millones de euros, según los últimos datos de comercio electrónico disponibles. La metodología que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) utiliza para estas estadísticas trimestrales de comercio electrónico sólo tiene en cuenta el comercio electrónico (volumen de negocio y número de transacciones) realizado a través de tarjetas bancarias de pago adscritas a Sistema de Tarjetas y Medios de Pago S.A. Disponible en: https://www.cnmc.es/

reveló que el 48% de los compradores en línea de la muestra tomada gastaron más o compraron productos que no planeaban adquirir, mientras estaban en línea[5].

Es en la publicidad dirigida y en su relación con los usuarios/consumidores donde centramos nuestra investigación, atendiendo a las desventajas que sufre el consumidor dentro de la relación comercial *online*. El tema que nos hemos planteado puede analizarse a través de varias disciplinas jurídicas, pero nuestro enfoque se efectúa desde el punto de vista del Derecho de contratos y, en particular, del Derecho de los consumidores.

II. PUBLICIDAD DIGITAL Y DIRIGIDA. CONSIDERACIONES INICIALES.

Así como el desarrollo tecnológico facilita la vida en sociedad como hemos experimentado con los dispositivos móviles, las aplicaciones de geolocalización, los dispositivos de respuesta por voz, los coches autodirigidos, etc., puede también facilitar actividades o comportamientos deshonestos o contrarios a la ley. Ponemos como ejemplo el *blockchain*[6], una tecnología que se teoriza cambiará por completo la forma en la que efectuamos nuestras transacciones y transferencia de información en línea. No obstante, una de las grandes desventajas que se ha destacado sobre esta novedosa tecnología es, precisamente, que la falta de supervisión de las acciones dentro de la cadena de bloques puede ser un espacio en el que se transfieran archivos o documentos, prohibidos o ilícitos[7]. Con este ejemplo queremos destacar que la tecnología, especialmente la intangible, tiene sus zonas oscuras y que un uso incorrecto de la misma puede traer consecuencias adversas para los internautas, que habitualmente desconocen el funcionamiento de los medios que se ponen a su alcance.

El aumento de la presencia en línea, unido al aumento de los servicios a los que se tiene acceso desde la web, ha obligado a las compañías prestadoras, a cambiar la forma en la que publicitan sus anuncios. Esta transformación ha sido decisiva para muchas empresas que han perdido parte de su capital o se han arruinado al

5 Véase en: https://www.nielsen.com/wp-content/uploads/sites/3/2019/05/Reporte20E-Commerce20espa%C3%B1ol.pdf

6 Este protocolo establece una serie de normas —en forma de computación distribuida— que garantiza la integridad de la información intercambiada entre esos miles de millones de ordenadores sin pasar por terceros. Esta circunstancia aparentemente sutil ha estimulado, asombrado y, en definitiva, cautivado la imaginación de los informáticos, efecto que se ha extendido rápidamente a los negocios, a los gobiernos, a los defensores de la privacidad, a los activistas sociales, a los teóricos de los medios de comunicación y a los periodistas, por mencionar sólo unos pocos ámbitos. Este protocolo es el fundamento de un creciente número de registros globalmente distribuidos llamados cadenas de bloques (*blockchain*), el más grande de los cuales es *bitcoin*. Aunque el aspecto tecnológico es complicado y la expresión «*blockchain*» suena rara, la idea es sencilla: las cadenas de bloques nos permiten enviar dinero de manera directa y segura de una persona a otra sin pasar por un banco, una tarjeta de crédito o PayPal. *Vid.* Tapscott, D., y Tapscott, A., 2017. *La revolución blockchain*. Ediciones Deusto. Barcelona.

7 Para ampliar sobre el tema véase. https://www.trecebits.com/2018/03/26/pornografia-infantil-puede-ser-ilegalice-blockchain/

no poder seguir el ritmo que internet y las operaciones en línea habían marcado[8]. Al cambiar las reglas del juego comercial, cambió también la forma en la que las compañías ofrecían sus productos (en línea) al público (consumidor o no, del producto o servicio). Las vallas publicitarias, los volantes o, los anuncios de periódico, aunque aún útiles, no satisfacían el acceso a la publicidad que se requería, lo que trajo consigo una modificación de la publicidad, de las campañas de marketing y también, porque no, del público consumidor. El nuevo entorno tecnológico y la evolución del proceso comunicativo están transformando, por tanto, la forma en que la comunicación publicitaria se dirige al público. La creatividad publicitaria debe aproximarse al consumidor con ideas y conceptos que impliquen un tipo de comunicación interactiva y personalizada[9]. Nace entonces una nueva estrategia de marketing, la publicidad digital, cuya actividad se realiza eminentemente en línea y parte de la elaboración de perfiles[10] de los usuarios de la red, convirtiendo a los internautas en objetivos sobre los cuales dirigir, con base en los perfiles y en las preferencias, los anuncios en los sitios o páginas web[11].

En rasgos generales, la publicidad dirigida es un mecanismo o herramienta que permite categorizar a los visitantes de los sitios webs atendiendo a diferentes criterios establecidos, ya sea por raza, edad, ciudad donde viven, gustos, etc. Este método se emplea principalmente para aumentar la efectividad de las campañas publicitarias, siendo su uso un elemento irremplazable de la promoción de cualquier bien o servicio en internet. Esto facilita que se le muestren a cada consumidor o visitante anuncios publicitarios acordes con sus intereses. Anteriormente apuntábamos las consecuencias para las empresas de la inserción del comercio

8 Para ampliar sobre el tema véase: https://www.elmundo.es/papel/historias/2017/02/19/58a5a91e468aeb9d608b4579.html

9 Ramos Serrano, M., y Lozano del Mar, J., 2014. El factor tecnológico en el nuevo discurso publicitario: ¿se puede hablar de creatividad 2.0? En: Catalá, M., y Díaz, O., (Coordinadores). *Publicidad 360*. Zaragoza: Ediciones Universidad de San Jorge, 359-375.

10 En 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 se define la elaboración de perfiles como toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física.

11 En comparación con otras formas de publicidad, la realizada en Internet tiene una ventaja decisiva: los mensajes pueden dirigirse automáticamente a los consumidores individuales, basándose en la información sobre dichos consumidores. Al principio, la orientación se realiza de forma inocua, de forma similar a como se hacía en el contexto anterior a Internet, cuando, se colocaban diferentes anuncios en diferentes publicaciones periódicas o en distintas secciones o departamentos de las mismas. En la llamada publicidad basada en el contexto, los usuarios son se les presentan anuncios que se ajustan a la página por la que están navegando o a la búsqueda que acaban de realizar. Sin embargo, los proveedores de servicios de Internet aprendieron muy pronto que se podía obtener más información sobre los usuarios, tanto más cuanto que Internet se expandió, convirtiéndose en un medio universal para la prestación de cualquier tipo de servicios. Así, se abrió la posibilidad de utilizar esta información con el fin de dirigirse a los consumidores. La publicidad *online* se disparó, superando en pocos años a las formas tradicionales de publicidad (particularmente la insertada en los periódicos), que perdieron una parte considerable de sus ingresos publicitarios. Al respecto, *Vid.* Helberger, N., (2016). *Profiling and targeting consumers in the internet of things – A new challenge for consumer law.*

electrónico (como consecuencia del avance tecnológico) en la esfera comercial. Con el uso de la publicidad dirigida, la tecnología ha favorecido a las empresas que desarrollan su actividad o parte de su actividad en línea, al dotarlas de mecanismos capaces de analizar a sus clientes/usuarios/consumidores y ofrecerles sugerencias de productos y servicios individualizados y personales, cuestión que analizaremos posteriormente.

1. Inteligencia artificial y manipulación digital.

En el mes de julio de 2021, la compañía norteamericana Facebook anunció que no permitirá publicidad dirigida a menores de 18 años en su plataforma, con base en sus intereses y actividades en otros sitios webs[12]. La decisión tenía como trasfondo la presión ejercida por organizaciones de defensa de los menores en distintos países, que habían destacado la falta de capacidad de los jóvenes y menores para tomar determinadas decisiones que este tipo de publicidad puede inducirles a adoptar. Si bien la posición de Facebook ante este sector poblacional demuestra el reconocimiento del peligro que representa una influencia del comportamiento a través de la "seducción publicitaria", máxime cuando es el sector poblacional que más tiempo pasa en línea, ello no significa que las personas jóvenes sean las únicas para los que este tipo de marketing agresivo y personalizado representa una amenaza en su autonomía de la voluntad.

A priori, más que un peligro para el consumidor puede parecer que este tipo de mecanismos constituye una herramienta útil que ahorra tiempo e incluso dinero al usuario. Sin embargo, lo cierto es que en muchas ocasiones el usuario ni siquiera es consciente de que está siendo analizado y, de cierta forma, controlado, por este tipo de mecanismo, para inducirle a comprar un bien o contratar un servicio determinado y menos aún conoce el entramado tecnológico que hay detrás de una simple sugerencia. Aunque la inteligencia artificial y el *Big Data* no son los únicos mecanismos a través de los cuales se realiza la publicidad dirigida, es a través de estos que se hace más exacta la predicción y la sugerencia, al analizar un mayor cúmulo de datos que otros *software* o programas de ordenador no podrían hacer.

Ni en los artículos tecnológicos, ni en la literatura académica, podemos encontrar una definición que ofrezca una conceptualización completa de la

12 En relación con este particular, el Artículo 38 del 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 dispone: "Los niños merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales. Dicha protección específica debe aplicarse en particular, a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario, y a la obtención de datos personales relativos a niños cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño. El consentimiento del titular de la patria potestad o tutela no debe ser necesario en el contexto de los servicios preventivos o de asesoramiento ofrecidos directamente a los niños."

inteligencia artificial. En materia de tecnología, para aquellos que no somos especialistas en el tema, una definición no sustituirá la ausencia de conocimiento técnico[13]. No obstante, para los operadores del Derecho esta ausencia de conocimiento tecnológico se suple fácilmente cuando nos acercamos a los efectos de la tecnología en la sociedad y las formas en las que su uso incide en la misma. Considera Jabłonowska *et al*. que, al hablar de "inteligencia artificial", nos referimos a una práctica sociotecnológica de las empresas (u otros actores) que utilizan herramientas de aprendizaje automático para generar datos legibles por ordenador y utilizarlos para optimizar ciertos procesos y emprender nuevos tipos de acciones, por ejemplo, para predecir el comportamiento de los consumidores (individuos/grupos) influir en ellos, tomar decisiones, etc. Lo que está ocurriendo ahora, bajo la etiqueta de "inteligencia artificial", es que las empresas utilizan el *maching learnig* (aprendizaje automático)[14] para dar sentido a grandes cantidades de datos (Big Data)[15], generar nuevos conocimientos y actuar sobre ese conocimiento para optimizar ciertos procesos y emprender nuevas tareas, antes imposibles[16]. Con el aprendizaje automático se consigue procesar una cantidad de datos de entrada y salida en un corto período de tiempo, que con la programación tradicional no se podrían procesar, o se tardaría mucho tiempo en hacerlo. La máquina consigue procesar por sí misma los datos, sin necesidad de ser auxiliada (solo aporta el humano el algoritmo de aprendizaje y los datos), y logra encontrar la solución al problema presentado. Si bien no sabemos cómo ha conseguido obtener el

13 En sentido estricto, la inteligencia artificial forma parte de las ciencias de la computación, cuyo objetivo es explorar la gama de tareas en las que los ordenadores pueden ser programados para comportarse de forma inteligente. Por lo tanto, es el estudio de las formas en que se puede hacer que los ordenadores realicen tareas cognitivas, que generalmente realizan los seres humanos. En un sentido más amplio, la inteligencia artificial se dirige a programas que simulan los procesos reales que el ser humano realiza en su comportamiento inteligente. Y estos programas de simulación pretenden ser teorías que describan y expliquen la actuación humana. Pero se ponen a prueba comparando el resultado del ordenador con el comportamiento humano para determinar si tanto el resultado como el comportamiento real de los ordenadores y las personas son muy similares. *Cfr.* Nath, R., y Sahu, V., 2020. The problem of machine ethics in artificial intelligence. *AI & Soc* [en línea].Springer, volumen 35, p. 103–111.

14 En la literatura científica especializada se denomina *Big Data* a la gestión y análisis de enormes volúmenes de datos que no pueden ser tratados de manera convencional, ya que superan los límites y capacidades de las herramientas de software habitualmente utilizadas para la captura, gestión y procesamiento de datos. Este mecanismo de gestión está sostenido por infraestructuras tecnológicas y servicios desarrollados con el propósito de solucionar el procesamiento de enormes conjuntos de datos estructurados, no estructurados o semi-estructurados (mensajes en redes sociales, señales de móvil, archivos de audio sensores, imágenes digitales, datos de formularios, emails, datos de encuestas, logs, etc.) Su principal objetivo es traducir los datos en información que facilite la toma de decisión y guarda similitud con otros programas de análisis de datos, pero supera a los tradicionales en el volumen de datos que puede procesar a gran velocidad, lo que lo hace una herramienta importante para analizar la cantidad de datos de millones de usuarios alrededor del mundo.

15 *Maching learning* o aprendizaje automático es la rama de la inteligencia artificial que dota a las máquinas de la habilidad de "aprender" a partir del análisis de datos con el fin de identificar patrones y apoyar en ellos la toma decisiones con la mínima intervención humana; personas y máquinas trabajan de la mano. Esta herramienta permite optimizar los procesos del día a día y su característica principal es que va aprendiendo de las acciones que realizamos como cuando redactamos un correo electrónico y se nos sugiere el texto, atendiendo a correos que hemos redactado con anterioridad.

16 *Vid.* Jabłonowska, A., et al., 2018. *Consumer Law and artificial intelligence challenges to the EU consumer law and policy stemming from the business' use of artificial intelligence.* Italia: European University Institute. ISSN 1725-6739

resultado, sí sabemos cuál era la tarea para la que estaba programada la máquina, qué algoritmo de aprendizaje se ha insertado y con qué datos se ha entrenado[17].

Como señalábamos anteriormente, detrás de este mecanismo de marketing se encuentra un entramado tecnológico que no es sencillo de identificar. No en todos los casos en los que se nos sugiere un producto mientras navegamos en la web a veces asociada la sugerencia a una búsqueda previa en un navegador o motor de búsqueda, nos encontramos ante mecanismos de inteligencia artificial, ni ante una publicidad dirigida. En el ejemplo antes planteado, la sugerencia a partir de una búsqueda, se debe a la presencia de un *software* que reconoce nuestra actividad en línea y sugiere resultados con base en lo que buscamos. Sin embargo, cuando se usa inteligencia artificial o Big Data el proceso se torna más complejo, atendiendo a las características de estos mecanismos.

La IA ha proporcionado tecnologías que permiten explotar la riqueza de la información obtenida de los consumidores para mejorar su segmentación. En particular, el aprendizaje automático ha permitido a los operadores captar correlaciones entre datos de los consumidores (compras, sitios visitados, gustos en las redes sociales) y posibles respuestas a los anuncios. La capacidad de predecir las reacciones de los consumidores permite a los comerciantes desencadenar esas reacciones mediante anuncios y otros mensajes adecuados. Esta capacidad podría convertirse en manipulación[18], ya que las sugerencias podrían basarse en aspectos irracionales de la psicología de los consumidores, en su falta de información o en una situación de necesidad. Ha surgido un mecanismo generalizado de cambio de comportamientos, cuyo objetivo final es modificar las decisiones de compra de las personas a través de anuncios dirigidos.

El interés en este aspecto debe recaer en el uso que de esta tecnología hacen las empresas y cuál es el objetivo que persigue su uso. Siguiendo el pensamiento antes apuntado, hasta la fecha no es posible conocer como las máquinas consiguen el resultado, pero sí sabemos para qué las programamos y qué algoritmos introducimos en ellas. En este sentido está claro que las empresas utilizan la inteligencia artificial, *maching learning* y *Big Data* para crear perfiles de los usuarios y poder hacerles sugerencias ajustadas a su individualidad[19]. Estamos hablando de

17 *Idem.*

18 *V.t.* Hanson, J. y Kysar, D., 1999. *Taking Behaviouralism Seriously: The Problem of Market Manipulation.* New York University Law review [en línea]. New York: New York Law Review Editions, volumen 74, número 3,630-749; Calo, R., 2014. *Digital Market Manipulation. George Washington Law Reviwm* [en línea]. University of Washington School of Law UW Law Digital Commons Faculty Publications, volume 8, 995-1051.

19 Artículo 70 - 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.
"Si los datos personales son tratados con fines de mercadotecnia directa, el interesado debe tener derecho a oponerse a dicho tratamiento, inclusive a la elaboración de perfiles en la medida en que esté relacionada con dicha mercadotecnia directa, ya sea con respecto a un tratamiento inicial o ulterior, y ello en cualquier

millones de datos que se transforman en conocimiento, para que las empresas y compañías puedan conocernos más como consumidores e incluso predecir nuestro comportamiento y modificarlo. Las "cosas inteligentes" o los dispositivos están equipados con la capacidad de recoger y procesar datos e interactuar con otras cosas inteligentes, con los usuarios y también con los comerciantes y terceros (como compañías de seguros, gobiernos o anunciantes). Los dispositivos inteligentes son capaces de adoptar nuevas funcionalidades, ejecutar aplicaciones y proporcionar una plataforma para servicios (a medida) y comunicaciones (comerciales)[20]. Si bien este conocimiento del cliente puede dar una sensación de eficiencia comercial, lo cierto es que entre toda la información que se colecta y procesa se pueden identificar también sesgos y debilidades personales que pueden ser usados en la estrategia publicitaria. Más bien, se trata de que los fabricantes tienen incentivos para utilizar los prejuicios cognitivos de forma activa para moldear percepciones de los consumidores en todo el contexto de la compra del producto. La publicidad, la promoción y la fijación de precios se convierten en medios para alterar las percepciones de riesgo de los consumidores[21]. A modo individual, cada persona reacciona de manera diferente y conocer la forma en la que reaccionamos y a ante qué estímulos, puede ayudar a terceros, como los anunciantes o los vendedores, a desplegar una estrategia de persuasión. El interés se constituye sobre poder diferenciar cuándo estamos ante un estímulo o una sugerencia y cuándo estamos ante una manipulación.

El consumidor en línea depende de una información manipulada que modela su percepción del mercado e influye en sus decisiones de compra. El negocio en línea diseña el entorno de las transacciones para promover ciertos comportamientos y desalentar otros, para dar prioridad a ciertos contenidos y hacer otros contenidos más difíciles de acceder o menos destacados. La atención del consumidor, un recurso cada vez más escaso en sí mismo, se dirige hacia productos o servicios específicos, alejándose de otros. En qué condiciones la elaboración de perfiles puede suponer un menoscabo significativo de la libertad de elección o de conducta del consumidor, dependerá del potencial de persuasión del mensaje personalizado y de la medida en que la práctica reduce el proceso de toma de decisiones autónomo[22].

momento y sin coste alguno. Dicho derecho debe comunicarse explícitamente al interesado y presentarse claramente y al margen de cualquier otra información."

20 *Vid.* Helberger, N., (2016). *Op. cit.*

21 *Vid.* Hanson, J., y Kysar, D., 1999. Taking Behaviouralism Seriously: The Problem of Market Manipulation. *New York University Law review* [en línea]. New York: New York Law Review Editions, volumen 74, número 3,630-749

22 *Vid.* Helberger, N., (2016). *Op. cit* pg-5

III. LA PARTE MÁS DÉBIL EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO. EL CONSUMIDOR EN LÍNEA.

Llegado este punto hay varias cuestiones que ya han quedado establecidas: las empresas utilizan la inteligencia artificial (*maching learning* y *Big Data*) para crear una publicidad digital más eficiente basada en los intereses de los consumidores; las empresas tienen claro el objetivo de estas tecnologías y las emplean con el fin de persuadir y, atraer a la clientela utilizando la información obtenida a través de perfiles y sugerencias en línea; finalmente el uso que se hace de la inteligencia artificial y la publicidad dirigida puede invadir la esfera de necesaria protección jurídica de los consumidores digitales. En este epígrafe, trataremos de explicar con más detenimiento el porqué de esta última afirmación.

El primer elemento que resalta y avala nuestra valoración es el desequilibrio entre el consumidor el empresario.[23] Este es un tema ampliamente discutido desde el nacimiento del derecho de los consumidores en la década de los años 60 del pasado siglo. Por lo general, la idea estaba vinculada a la asimetría percibida en el nivel de conocimientos, experiencia y poder de negociación[24]. Este reconocimiento de la desigualdad entre las partes estableció la categorización del consumidor como parte débil y, de ahí, su protección en normativas específicas[25]. Con el avance de la sociedad de la información, esta protección debió trasladarse a las nuevas formas comerciales emergentes. El cuestionamiento se ha traslado a si el consumidor en línea debe considerarse como parte débil y las posiciones al respecto han sido dispares. Una primera opinión considera que el consumidor en línea se corresponde con el consumidor responsable, haciendo una interpretación extensiva de la realidad, al considerar que es conocedor de las tecnologías, cauteloso y atento. En oposición a esta, una segunda opinión considera que el consumidor en línea es potencialmente vulnerable, partiendo principalmente de la ventaja tecnológica de la otra parte. Considera Mik que cada consumidor puede ser vulnerable a su propia manera y los vendedores tienen la capacidad tecnológica de explotar las vulnerabilidades temporales –no sólo las causadas por la edad, la enfermedad mental o la credulidad. Ante este escenario, podemos preguntarnos: ¿cómo influye la inteligencia artificial en el desequilibrio entre empresa y consumidor en el ámbito digital? Sin lugar a dudas existe una asimetría entre las partes, teniendo en cuenta quién domina la tecnología y contra quien se emplea. En este sentido

23 Artículo 6 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores. "Ciertas disparidades crean obstáculos significativos en el mercado interior, que afectan a los comerciantes y a los consumidores. (…).La fragmentación desproporcionada también afecta a la confianza de los consumidores en el mercado interior."

24 *Vid.* Jablonowska, A., et al., 2018. *Op.cit.*

25 En la normativa europea de consumo se hace la distinción entre consumidor responsable, el confiado y el vulnerable. Los dos últimos, y en particular el consumidor vulnerable se acercan más al concepto original de la parte más débil, aquella en la que el consumidor se encuentra se encuentra enfrentado a una empresa grande y/o experimentada.

traemos a colación la idea supra planteada sobre el uso de la inteligencia artificial y su efecto en la sociedad: las empresas utilizan la inteligencia artificial y el *Big Data* para procesar grandes cantidades de datos a través de algoritmos que están en constante aprendizaje y que son capaces de identificar las necesidades y los perfiles de riesgo de los usuarios. Esto, indudablemente, establece una ventaja de una parte sobre la otra. Por otro lado, los consumidores pueden estar ajenos a que son objeto de dicha categorización o, incluso conociendo que se emplea esta tecnología, pueden no conocer con exactitud qué tipo de implicaciones puede traer para sí.[26] En este sentido, sería pertinente analizar si con una regulación del uso de la Inteligencia artificial por parte de las empresas en materia de publicidad es posible minimizar las desventajas de los consumidores. También sería válido analizar en qué forma la inteligencia artificial puede auxiliar a los internautas en materia de consumo, con un mecanismo accesible y fácil que les permita saber cuándo reciben publicidad basada en sus intereses y aceptan recibirla (pudiera asimilarse a la política de cookies que nos salta en los navegadores y buscadores, que obliga al internauta a aceptarla) y así disminuir la asimetría con las empresas en materia de tecnología.

Un segundo elemento es la tecnología detrás de la publicidad[27], enfocada exclusivamente a modificar la conducta o atraer la atención del consumidor hacia determinados productos. Demostrarlo se hace aún complicado, pero el

26 Artículo 39 - 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.
"Todo tratamiento de datos personales debe ser lícito y leal. Para las personas físicas debe quedar totalmente claro que se están recogiendo, utilizando, consultando o tratando de otra manera datos personales que les conciernen, así como la medida en que dichos datos son o serán tratados. El principio de transparencia exige que toda información y comunicación relativa al tratamiento de dichos datos sea fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje sencillo y claro. Dicho principio se refiere en particular a la información de los interesados sobre la identidad del responsable del tratamiento y los fines del mismo y a la información añadida para garantizar un tratamiento leal y transparente con respecto a las personas físicas afectadas y a su derecho a obtener confirmación y comunicación de los datos personales que les conciernan que sean objeto de tratamiento. Las personas físicas deben tener conocimiento de los riesgos, las normas, las salvaguardias y los derechos relativos al tratamiento de datos personales así como del modo de hacer valer sus derechos en relación con el tratamiento. En particular, los fines específicos del tratamiento de los datos personales deben ser explícitos y legítimos, y deben determinarse en el momento de su recogida. Los datos personales deben ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario para los fines para los que sean tratados. Ello requiere, en particular, garantizar que se limite a un mínimo estricto su plazo de conservación. Los datos personales solo deben tratarse si la finalidad del tratamiento no pudiera lograrse razonablemente por otros medios. Para garantizar que los datos personales no se conservan más tiempo del necesario, el responsable del tratamiento ha de establecer plazos para su supresión o revisión periódica. Deben tomarse todas las medidas razonables para garantizar que se rectifiquen o supriman los datos personales que sean inexactos. Los datos personales deben tratarse de un modo que garantice una seguridad y confidencialidad adecuadas de los datos personales, inclusive para impedir el acceso o uso no autorizados de dichos datos y del equipo utilizado en el tratamiento.-

27 La Directiva 84/450/CE, del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, modificada por las Directivas 97/ 55/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, y 2005/ 29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, impone a los Estados miembros la adopción de medidas adecuadas y eficaces para luchar contra la publicidad engañosa, que es definida en la directiva como "toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor."

objetivo de estos mecanismos está claro y las estadísticas demuestran que los usuarios compran o gastan más de lo que inicialmente pensaron o necesitan, cuando hacen compras *online*. La publicidad es válida en el comercio, beneficiosa, siempre y cuando esté bien orientada a instruir, informar. La reciente decisión de Facebook para los menores de 18 años nos demuestra que, en efecto, este tipo de publicidad personalizada, específica, ajustada, puede dañar y llevar a conductas que el usuario no quiere realizar. Pudiéramos, siguiendo este orden de ideas, pensar que las empresas que utilizan este tipo de publicidad no actúan de buena fe y no actúan con trasparencia en la relación contractual, aun cuando publican sus políticas sobre este particular. En este aspecto, las consideraciones son similares a las expuestas en el apartado anterior. Si bien se debe encontrar un equilibrio entre el desarrollo y fomento de la tecnología y la empleabilidad de estas a nivel social, deben existir mecanismos de control que impidan que el modo en que son empleadas afecte a los usuarios o establezca posiciones de poder de una parte sobre otra.[28] También pudiéramos considerar que la forma en la que a través de la tecnología y la publicidad se incita a contratar, utilizando mecanismos creados para analizar nuestra actividad en línea y crear patrones con base en nuestros datos y los de otros usuarios, puede constituir una práctica dolosa[29].

Un tercer y muy importante elemento es el sesgo que se produce al categorizar un sector poblacional o un grupo de individuos. Este resultado de los mecanismos digitales puede limitar la valoración de otras ofertas comerciales, incluso puede existir discriminación, pues no todos los usuarios tienen igualdad de acceso a los productos y servicios del mercado. Existe el riesgo de que se introduzcan sesgos en sistemas de IA mediante la incorporación de datos que no son representativos, así como de reproducir, inconscientemente al programar, o sesgos propios de los desarrolladores humanos[30]. A través del aprendizaje automático y el Big Data se analizan grandes cantidades de datos para construir automáticamente modelos que rastrean las correlaciones y luego se utilizan dichos modelos para hacer predicciones para nuevos casos. Este tipo de sistemas atraen a los usuarios sobre la base de un enfoque conductista radical, que se basa en patrones cognitivos y de comportamiento que a menudo operan en niveles automáticos, casi instintivos, y que pueden ser manipulados instrumentalmente.

28 Al respect, *Vid.* Hildebrandt, M., y Gutwirth, S., (Editores), 2008. *Profiling the European Citizen. Cross-Disciplinary Perspectives*. Springer Science + Business Media B.V.

29 El Artículo 1269 del Artículo 1269 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil establece que hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho. Esta constituye una de las causales de anulabilidad de los actos jurídicos civiles.

30 Cambridge Consultants, 2019. *Use of ai in online content moderation*. [en línea] Ofcom. Disponible en: https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0028/157249/cambridge-consultants-ai-content-moderation.pdf

En este particular, el elemento humano que inserta el algoritmo conducente al sesgo (voluntario o no) puede facilitar el control sobre la actividad. Las propias empresas deben controlar si la información que obtienen de los perfiles digitales y se emplea en la publicidad es discriminatoria o no.

Un cuarto elemento es la información que recibe el consumidor sobre este tipo de mecanismos. Si bien compañías como Amazon tienen en su sección de seguridad y privacidad un aviso sobre publicidad basada en los intereses del usuario, estas secciones el consumidor medio no las lee o no entiende en qué consiste la explicación y las posibilidades de actuación que tiene al respecto. Siguiendo con el ejemplo de Amazon, gran parte de su éxito comercial se ha debido a los anuncios basados en los intereses, que ha garantizado la fidelidad de sus suscriptores, ofreciéndoles secciones personalizadas que son diferentes para cada usuario, atendiendo a sus búsquedas y compras. La facilidad para contratar este tipo de servicios resulta atractiva para las personas, pero caen en la encrucijada de que de no aceptar los términos y condiciones contractuales que se les ofrecen en el momento de suscribirse, quedan privados del servicio, sin otra alternativa. A través de los perfiles, las empresas pueden saber quiénes son sus consumidores, comunicarse e interactuar con ellos atendiendo a sus especificidades. Este conocimiento tan cercano del cliente, sus preferencias su comportamiento, puede llevar a ajustar dinámicamente los precios y las condiciones de los contratos, a segmentar qué tipo de oferta se le ofrece e incluso a modificar su conducta sobre la adquisición del bien o servicio. Estas cuestiones afectan a principios reconocidos de protección al consumidor, como la exigencia legal de que deben estar debida y ampliamente informados[31]. De igual forma se vulnera la protección al consumidor frente a las prácticas desleales y la autonomía de elección como derecho fundamental en materia de consumos. Como refiere Helberger, la cuestión fundamental en este contexto es, por supuesto, si el consumidor necesita esa información para tomar una decisión transaccional con conocimiento de causa, y si (no) tener esa información le llevaría a tomar una decisión transaccional que no habría tomado de otro modo. Esta es una cuestión difícil y, en el mejor de los casos, también una cuestión empírica. Mucho dependerá de quién sea el consumidor medio en el contexto de la elaboración de perfiles y la selección de objetivos. ¿Es el consumidor digital ilustrado y crítico que está razonablemente familiarizado con los medios de

31 En 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 también encontramos respaldo legal sobre este particular en el Artículo 58, que dispone: "El principio de transparencia exige que toda información dirigida al público o al interesado sea concisa, fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje claro y sencillo, y, además, en su caso, se visualice. Esta información podría facilitarse en forma electrónica, por ejemplo, cuando esté dirigida al público, mediante un sitio web. Ello es especialmente pertinente en situaciones en las que la proliferación de agentes y la complejidad tecnológica de la práctica hagan que sea difícil para el interesado saber y comprender si se están recogiendo, por quién y con qué finalidad, datos personales que le conciernen, como es en el caso de la publicidad en línea. Dado que los niños merecen una protección específica, cualquier información y comunicación cuyo tratamiento les afecte debe facilitarse en un lenguaje claro y sencillo que sea fácil de entender."

comunicación, consciente de que los datos fluyen y para quien las consideraciones de privacidad y seguridad de la información son lo suficientemente importantes como para no comprar un producto o suscribirse a un servicio si no se garantiza su privacidad y un trato justo no están garantizados? ¿O se trata de un consumidor que está interesado principalmente en el producto que compra y no se preocupa por el trasfondo técnico y organizativo el trasfondo mientras el reloj (o cualquier otro dispositivo inteligente) haga lo que se supone que debe hacer? Por su parte Van der Hof y Prins consideran que la transparencia también implica conciencia del usuario con respecto a la forma en la que el proveedor de servicios personalizados crea y utiliza perfiles personalizados. Los usuarios también deben estar informados sobre las formas de acceder, revisar y actualizar los datos y perfiles personales y de la seguridad de este proceso. Es más, los usuarios deben saber si y cómo (por ejemplo, enviando un correo electrónico a una dirección claramente especificada) pueden restringir u oponerse al uso (comercial) de su información personal y otros datos, así como perfiles completos. En el caso de los servicios web, por ejemplo, una declaración de privacidad en el sitio web del proveedor de servicios es un buen instrumento para proporcionar dicha información. Las declaraciones de privacidad deben ser completas y de fácil acceso y entendimiento.

En relación con el deber de información y la transparencia pudiéramos considerar que estas empresas pueden incurrir en incumplimiento de las obligaciones por parte de los proveedores del servicio atendiendo al deber de información consignado como una de las obligaciones de las partes. La peculiaridad del medio donde se pacta el contrato obliga al que ofrece el servicio o el bien a ser explícito, a utilizar un lenguaje sencillo y comprensible por todos y a ofrecer toda la información posible al consumidor. Muchas de estas grandes compañías exponen en sus políticas de seguridad y privacidad que esta será ofrecida atendiendo a los intereses de los usuarios[32], pero no explican la tecnología detrás de este tipo de publicidad ni se ofrece como información previa al contrato, aun cuando se mencionan. El usuario común no lee las políticas y avisos que normalmente no se facilitan al inicio del contrato, como de igual forma no lee el uso de las cookies ahora obligatorio en el acceso a las páginas webs. Tampoco conoce el usuario común que se puede desistir de la publicidad basada en sus preferencias.

La autonomía de la voluntad constituye un requisito *sine qua non* para la concertación de cualquier contrato, imprescindible y necesaria para su validez, y es el último elemento que traemos a consideración. Como apuntábamos anteriormente, se hace muy difícil demostrar de manera tangible la influencia de la publicidad en la voluntad individual. Primero por lo subjetivo del elemento en sí y segundo porque las tecnologías se han perfeccionado para que esta influencia sea imperceptible. La línea entre la manipulación volitiva y la sugerencia o propaganda

32 Paraejemplificar, *Vid:* https://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html?nodeId=G64JFZVFDY66XG9K

comercial es muy fina y, como apuntábamos con anterioridad, cada persona reacciona de manera diferente y la influencia será diferente en cada persona. No obstante, tenemos elementos técnicos que sustentan una posible manipulación. Y es precisamente que los algoritmos y datos que se le introducen a las máquinas para establecer los patrones de sugerencia tienen un objetivo tangible y es la obtención de conocimiento de los usuarios a partir de los datos. Es el principal uso de la inteligencia artificial en las empresas (en materia de publicidad, la IA puede tener innumerables usos). Este conocimiento es la base de la propaganda, que puede influir o no, pero que evidentemente convierte a los usuarios/consumidores en objetivos pre-analizados. Pudiéramos decir que las empresas juegan con ventaja. En este sentido consideramos que los consumidores deben tener la opción de no ser rastreados ni (micro)-objetivados y deben tener una oportunidad de expresar sus preferencias sin que esto los prive del acceso a los servicios digitales. El reto es instrumentar a los usuarios, que no conocen de términos legales ni técnicos del uso y valor de la información que poseen y que constituye un activo muy valioso en la era digital.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Bajay, K. K. y Nag, D., 2005. *E-Commerce. The cutting edge of business.* Segunda Edición. New Delhi: Tata McGraw-Hill Publishing Company Limited ISBN:0-07-058558-3

Calo, R., 2014. Digital Market Manipulation. *George Washington Law Reviwm* [en línea]. University of Washington School of Law UW Law Digital Commons Faculty Publications, volume 8, 995-1051 [consulta: 31-10-2021]. Disponible en: https://digitalcommons.law.uw.edu/faculty-articles/25

Cambridge Consultants, 2019. *Use of ai in online content moderation.* [en línea] Ofcom Disponible en: https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0028/157249/cambridge-consultants-ai-content-moderation.pdf

Catalá, M., y Díaz, O., (Coordinadores), 2014. *Publicidad 360.* Zaragoza: Ediciones Universidad de San Jorge. ISBN: 978-84-941198-1-1

Hanson, J. y Kysar, D., 1999. Taking Behaviouralism Seriously: The Problem of Market Manipulation. *New York University Law review* **[en línea].** New York: New York Law Review Editions, volumen 74, número 3,630-749 [consulta: 31-10-2021]. Disponible en: https://www.nyulawreview.org/issues/volume-74-number-3/taking-behavioralism-seriously-the-problem-of-market-manipulation/

Helberger, N., (2016). Profiling and targeting consumers in the internet of things – A new challenge for consumer law. En: Schulze, R., y Staudenmayer, D., (Eds.). *Digital Revolution: Challenges for Contract Law in Practice.* Baden-Baden: Nomos, 135-161. ISBN: 9783848729562

Hildebrandt, M., y Gutwirth, S., (Editores),2008. *Profiling the European Citizen. Cross-Disciplinary Perspectives.* Springer Science + Business Media B.V. ISBN 978-1-4020-6913-0

Jablonowska, A., et al., 2018. *Consumer Law and artificial intelligence challenges to the EU consumer law and policy stemming from the business' use of artificial intelligence.* Italia: European University Institute. ISSN 1725-6739

Mik, E., 2016. The Erosion of Autonomy in Online Consumer Transactions. *Law, Innovation and Technology* [en línea]. Research Collection School Of Law. 8, (1), 1-38. [consulta: 31-10-2021]. Disponible en: https://ink.library.smu.edu.sg/sol_research/1736

Nath, R., y Sahu, V., 2020. The problem of machine ethics in artificial intelligence. *AI & Soc* [en línea]. Springer, volumen 35, 103–111 [consulta: 31-10-2021]. https://

doi.org/10.1007/s00146-017-0768-6 Disponible en: https://link.springer.com/article/10.1007/s00146-017-0768-6#Sec2

Ramos Serrano, M., y Lozano del mar, J., 2014. El factor tecnológico en el nuevo discurso publicitario: ¿se puede hablar de creatividad 2.0? En: CATALÁ, Manuel y DÍAZ, Oscar (Coordinadores). *Publicidad 360*. Zaragoza: Ediciones Universidad de San Jorge, 359-375. ISBN: 978-84-941198-1-1

Sartor, G., 2020. *New aspects and challenges in consumer protection. Study for the committee on the Internal Market and Consumer Protection, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, European Parliament* [en línea]. Luxemburgo, [consulta: 31-10-2021] Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses

Tapscott, D., y Tapscott, A., 2017. *La revolución blockchain.* Ediciones Deusto. Barcelona: ISBN: 978-84-234-2655-3.

van der Hof, S. y Prins, C., (2008). Personalisation and its Infl uence on Identities, Behaviour and Social Values. En: *Profiling the European Citizen. Cross-Disciplinary Perspectives*. Springer Science + Business Media B.V, 111-1127. ISBN 978-1-4020-6913-0

LA IDENTIDAD DIGITAL EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

DIGITAL IDENTITY IN ELECTRONIC PROCUREMENT: A VIEW FROM PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1386-1411

Antonio
MERCHÁN
MURILLO

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: La identidad electrónica es un componente importante en la contratación electrónica. Por ello, en este artículo se pretende hacer un estudio partiendo del marco normativo existente. Todo ello, nos va a llevar, como decimos, a reflexionar acerca de los debates que surgen en torno a la identidad digital en la contratación electrónica, especialmente, el enfoque lo daremos desde una mirada del derecho internacional privado.

PALABRAS CLAVE: Contratación electrónica; Identidad digital; Responsabilidad; Competencia judicial; Ley aplicable.

ABSTRACT: *Electronic identity is an important component in electronic procurement. Therefore, this article aims to make a study based on the existing regulatory framework. All this will lead us, as we say, to reflect on the debates that arise around digital identity in electronic procurement, especially, the focus will be given from a perspective of private international law.*

KEY WORDS: *Electronic contracting; Digital identity; Responsibility; Judicial competence; Applicable law.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. EL ENCAJE NORMATIVODE LA IDENTIDAD ELECTRÓNICA. 1. El primer enfoque normativo. 2. Evolución del Modelo Normativo. 3. Desarrollo normativo final. III. EL MARCO NORMATIVO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA Y LA LEY APLICABLE. IV. LA APLICABILIDAD DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA UTILIZACIÓN DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES COMO ASPECTO RELEVANTE. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Un elemento importante en la contratación electrónica, que a veces se pasa por alto, es la identidad digital (en adelante, e-ID). No debemos olvidar que toda transacción cumple tres funciones: identificación, autenticación de la identificación y autorización/autenticación de la transacción.

En todo proceso de contratación interesa todo lo relacionado con la identidad de las partes que emiten su voluntad y la confidencialidad de sus datos personales, la existencia y validez de sus declaraciones de voluntad, la autoría e integridad de sus mensajes electrónicos y el no rechazo del mensaje en su origen y destino, lo que concierne a su seguridad y validez jurídica y existencia del documento electrónico, así como su autenticación a través de la firma electrónica; pues, todo ello va a constituir la prueba electrónica en sí. Con todo, puede decirse que a través de la e-ID se va a garantizar: que la persona que va a firmar es quien dice ser, ya que puede probarlo, así como la capacidad de obrar y la libertad de la actuación, a la hora de asumir el contenido del documento.

En el contexto que describimos, la e-ID puede observarse como una cuestión de suma importancia, ante el desarrollo tecnológico que supone, el avanzado estado en el que se encuentra y el uso cada vez más cotidiano que se realiza, a nivel nacional y transfronterizo, en la contratación electrónica; pues, con fecha 3 de junio de 2021, la Comisión ha presentado una propuesta de modificación del Reglamento eIDAS, que incluye la tecnología Blockchain para las e-ID.

Habida cuenta de lo anterior, surge la necesidad de estudiar su problemática desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, especialmente, cuando en la contratación se utiliza la tecnología Blockchain.

Lo haremos planteando la e-ID como un criterio de conexión, para determinar tanto la competencia judicial internacional como la ley aplicable, ya que la e-ID

• Antonio Merchán Murillo
Prof. Ayudante doctor.
Universidad Pablo de Olavide

va a guardar relación bien con el domicilio del demandado o residencia habitual[1], en este caso electrónica, en tanto que la necesidad de vincular la información y su manejo, únicamente, con quien la emite se hace esencial para numerosas interacciones diferentes en las que se da una infraestructura organizativa (gestión de la identidad) y una infraestructura técnica (sistemas de gestión de identidad), para desarrollar, definir, designar, administrar y especificar los niveles de autorización, asignando roles y atributos de identidad relacionados las partes contratantes, así como los administradores de la sociedad, los empleados o los clientes[2].

Debemos tener presente que todos los esquemas de e-ID dependen de dos procesos: primero, autenticación de identidad y, posteriormente, verificación de identidad. Cuando se autentica, la identidad se registra en el sistema y luego se puede usar para realizar transacciones. La identidad se verifica en el momento de cada transacción, desde dentro de la propia nube. De la información registrada en ese momento, surge la información de identificación o que va a identificar a la persona, tal y como si fuera la firma, que se usará, posteriormente, para vincular a un individuo de manera inseparable. Así, se producirán dos elementos que se unirán para facilitar la identidad de la persona que pretende acceder a la plataforma. Estos dos elementos fundamentalmente son: la identidad fijada al individuo y otra fijada a la propia transacción que se realiza. Todo ello, nos va a llevar, como decimos, a reflexionar acerca de los debates que surgen en torno a la identidad digital en la contratación electrónica, especialmente, el enfoque lo daremos desde una mirada del derecho internacional privado.

II. EL ENCAJE NORMATIVODE LA IDENTIDAD ELECTRÓNICA

Como sabemos, el comercio electrónico genera incertidumbres derivadas, entre otras cuestiones, de la naturaleza de los medios a través de los que se desenvuelve, lo que lleva a la búsqueda de soluciones, necesarias a fin de mitigar los riesgos e incertidumbres, inherentes a las transacciones por medios electrónicos, que permitan hablar de un comercio electrónico seguro.

El hecho de que la transmisión electrónica de datos no se circunscribe sólo al ámbito nacional, ha llevado a la UE a la búsqueda de soluciones, al observarse que la acción nacional, por sí sola, no era suficiente, para alcanzar los objetivos y lograr las metas fijadas en la estrategia Europa 2020.

1 Diago Diago, Mª. P., "La residencia digital como nuevo factor de vinculación en el Derecho Internacional Privado del Ciberespacio ¿posible conexión de futuro?", *Diario LA LEY*, núm. 8432, 2014, pág. 2.

2 Cuthbertson, A., "Estonia First Country to Offer E-Residency Digital," *International Business Times, octubre, 2014*

Con la Directiva 1999/93/CE sobre firma electrónica, si bien contemplaba la eficacia legal de las firmas electrónicas, las disposiciones nacionales realizaron interpretaciones divergentes y, al mismo tiempo, no aplicaron uniformemente las normas técnicas, que se introducían, lo que llevó, con el paso del tiempo, a revisar el marco normativo, para colmar las lagunas que había dejado la citada Directiva, como consecuencia del camino que había desarrollado el mercado de certificación, más heterogéneo y con más posibilidades que las existentes en el momento de su realización.

No obstante, un hecho se pone de manifiesto, el establecimiento de normas básicas comunes y, al mismo tiempo, una mejora del marco normativo para el establecimiento del Reglamento 910/2014, favoreciendo su desarrollo.

Con el Reglamento 910/2014, que deroga la Directiva, si bien mantiene las mismas conceptualizaciones las rediseña, fabricándose una profunda transformación del modelo previo, con una orientación que pretende ofrecer un marco global transfronterizo e intersectorial para garantizar la seguridad, fiabilidad y sencillez de las transacciones electrónicas que incluya la identificación, la autenticación y la firma electrónicas.

De esta forma, la experiencia aprendida ha permitido tomar consciencia en Europa de la necesidad de adoptar este nuevo marco regulatorio e ir más allá de lo que, esencialmente, regulaba la Directiva, sólo la firma electrónica.

Asimismo, el propio Reglamento atribuye a la Comisión la posibilidad de adoptar, por un lado, actos delegados, actos que irán dirigidos a conseguir un alcance general, que completen o modifiquen determinados elementos no esenciales; y, por otro lado, actos de ejecución, con objeto de atribuir competencias de ejecución en los casos en que, de conformidad con el artículo 291 del TFUE, se requieran condiciones uniformes de ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión.

1. El primer enfoque normativo

El 13 de diciembre de 1999 fue aprobada la Directiva 1999/93/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica; pues, como dice la propia Directiva en su Considerando cinco, "la comunicación y el comercio electrónicos requieren firmas electrónicas y servicios conexos de autenticación de datos. La heterogeneidad normativa en materia de reconocimiento legal de la firma electrónica y acreditación de los proveedores de servicios de certificación entre los Estados miembros puede entorpecer gravemente el uso de las comunicaciones electrónicas y el comercio electrónico".

Con la Directiva se pretendía instaurar un marco comunitario sobre condiciones aplicables a la firma electrónica, de manera que aumente la confianza en las nuevas tecnologías y la aceptación general de las mismas. De esta forma, se trataba de armonizar la legislación de los Estados miembros en este ámbito para, no obstaculizar la libre circulación de bienes y servicios en el mercado interior; asimismo, se hizo preciso promover la interoperabilidad de los productos de firma electrónica de conformidad con el Artículo 14 del Tratado; el mercado interior implica un espacio sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de mercancías, debiendo satisfacer los requisitos esenciales de los productos de firma electrónica, para fomentar la confianza en la citada firma electrónica.

Sin embargo, la Directiva sobre la firma electrónica si bien ha tenido como resultado un cierto grado de armonización en Europa, los Estados, en su transposición al derecho interno, han establecido marcos jurídicos distintos, que hacían imposible, en la práctica, realizar transacciones electrónicas transfronterizas.

Hay que tener presente que la normativa comunitaria de armonización resultaba un marco que permitía la existencia de divergencias significativas entre las legislaciones de los Estados miembros. En este sentido pude mencionarse el artículo 3,2 de la Directiva que establecía que "los Estados miembros podrán establecer o mantener sistemas voluntarios de acreditación destinados a mejorar los niveles de provisión de servicios de certificación" o el artículo 3,7 que establecía que "los Estados miembros podrán supeditar el uso de la firma electrónica en el sector público a posibles prescripciones adicionales". No obstante, hay que recordar, en referencia al artículo 3,2 que, en principio, en referencia a la firma electrónica reconocida, no había problema, en tanto que su contenido era uniforme en todos los Estados de la Unión Europea, pero la firma electrónica avanzada no lo era, lo que suponía una clara incertidumbre difícil de superar. Ante un control y una supervisión *ex post,* como dice la Directiva Europea "hasta que haya recaído la decisión positiva administrativa" (artículo 2,13 de la Directiva 1999/93/CE). Por otro lado, respecto al artículo 3,7 el uso de la firma electrónica en el ámbito público podía quedar supeditada a la cumplimentación de requisitos adicionales, siempre que estos requisitos fueran objetivos, proporcionados, no discriminatorios y solo puedan hacer referencia a características específicas de la aplicación de que se trate.

El ámbito de aplicación en el espacio de las diversas legislaciones nacionales, en materia de firma electrónica, adoptadas en transposición de la Directiva 1999/93/CE, quedaba directamente condicionado por lo dispuesto en el artículo 4.1 de ésta, en lo que se refiere a la prohibición expresa de someter al prestador de servicios de certificación a servicios de autorización previa, ya que realizará sus

funciones en régimen de libre competencia y prohibiendo la imposición de cualquier restricción procedente de cualquier Estado miembro del Espacio Económico Europeo. Dicha prohibición se sustenta en el respeto a los principios del país de origen y reconocimiento mutuo de las legislaciones internas de los Estados miembros, comprendidas en el ámbito normativo, coordinado y consagrado por el legislador comunitario y nacional, en las normas sobre comercio electrónico y firma electrónica.

Asimismo, la Directiva recoge el principio de neutralidad tecnológica, pero da especial importancia a un tipo de firma, la firma electrónica reconocida; haciendo girar la equivalencia formal de los instrumentos en su seguridad; es decir, en su fuerza vinculante y probatoria, situando este principio en un plano superior al del principio de neutralidad tecnológica[3].

De esta forma, se deduce que el efecto típico de la firma electrónica avanzada no es otro que el de crear una vinculación segura entre el firmante y el mensaje de datos y la de proteger el mensaje, pero sin que, en ningún caso, pueda equipararse esta firma a una firma manuscrita[4]. A pesar de esto, a las firmas electrónicas simples y avanzadas no se les negarán efectos, o lo que es lo mismo, deben tener efectos jurídicos según el apartado segundo del Artículo 5, pero si se podrán negar efectos si no pueden considerarse suficientemente seguras o si no permiten establecer un vínculo, suficientemente, fiable entre firmante y mensaje firmado. Aunque, es obvio que las causas, por las que se le pueden negar efectos a la firma electrónica avanzada, son inferiores a las casusas de la firma electrónica simple.

Al mismo tiempo, el Artículo 5,1 de la Directiva, recoge una firma electrónica especialmente fiable, la firma electrónica avanzada, basada en un certificado reconocido y creada por un dispositivo seguro de creación de firma, que equivale a la firma manuscrita, lo que se denomina como firma reconocida.

La firma electrónica reconocida se trata de un subtipo de la firma electrónica avanzada, caracterizada por un refuerzo de los requisitos de la firma electrónica avanzada; pues, se basa en un tipo especial de certificado (el reconocido) y necesita que la firma electrónica avanzada haya sido creada empleando un dispositivo seguro de firma electrónica. Al decir un subtipo firma electrónica avanzada, lo hacemos refiriéndonos a aquella generada por una persona física, no la jurídica. Siguiendo al Prof. Madrid Parra[5], esto es una opción de política legislativa; pues,

3 Illescas Ortíz, R., *Derecho de la Contratación Electrónica*, Cizur Menor, 2019, p. 31.

4 CNUDMI/UNCITRAL, *Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales*, Nueva York, 2007, p. 15.

5 Madrid Parra, A., "Contenido esencial de la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre Documentos Transmisibles Electrónicos", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, ISSN 1696-0351, Nº. 48, 2018, pp. 1-55.

se sigue el modelo de la firma manuscrita. La persona jurídica actúa a través de personas físicas, pero las consecuencias jurídicas se imputan a las personas jurídicas. Así pues, a efectos fiscales sería más operativo otorgar una firma electrónica a la persona jurídica que tiene su correspondiente código de identificación fiscal. Por ello, la ley española, para este concreto ámbito del derecho público, el legislador contempla la posibilidad de que el firmante sea una persona jurídica.

La aceptación transfronteriza de la firma electrónica solo se aplica al nivel reconocido, ya que el apartado segundo del Artículo 4 de la Directiva establece la libre circulación de los productos de firma electrónica, que se ajustan a lo dispuesto en la Directiva, lo que en la práctica significa ajustarse a los requisitos establecidos en los Anexos. La firma electrónica reconocida es un mecanismo de seguridad jurídica, emplea unas tecnologías que deben ofrecer unas garantías de calidad y seguridad elevadas, que de algún modo son "reconocidas" por los Estados miembros.

De esta manera, aparecen en la Directiva dos visiones diferentes de lo que debe ser la firma electrónica como equivalente de la firma manuscrita; o sea, establece una distinción entre dos tipos de firmas, las reconocidas y las demás, atribuyendo a las primeras unos efectos diferenciados. Por un lado, las firmas electrónicas reconocidas parten del hecho de que cumplen la misma función autenticadora que la firma manuscrita; por otro, las firmas electrónicas no reconocidas, plantean problemas y restricciones jurídicas, técnicas y organizativas. La Directiva define la firma electrónica avanzada de forma muy genérica, por lo que los Estados han utilizado sus Leyes para atribuirles efectos diversos con distintos niveles de seguridad, además, de imponer soluciones nacionales específicas para aplicaciones concretas, creando nuevos obstáculos al uso transfronterizo de la firma electrónica.

Por consiguiente, este estatus puede llevar a los Estados miembros, que solo están obligados a no negar efectos legales a la firma electrónica avanzada por el hecho de estar en formato electrónico, a gozar de un mayor margen de apreciación, en cuanto a la solución de firma electrónica avanzada, o simple, y a su aceptación o no. En definitiva, el reconocimiento legal de las firmas electrónicas, que no satisfacen los requisitos del Artículo 5,1 de la Directiva, dependerán de que se llegue a probar la fiabilidad y/o la seguridad del sistema de firma electrónica utilizado, mientras queda garantizado el reconocimiento de eficacia legal a la firma electrónica, que cumpla las exigencias enunciadas en el mencionado Artículo.

Las firmas electrónicas, contempladas en el Artículo 5,1, serán siempre equiparadas a las firmas manuscritas, cuyo juicio se ha realizado *ex ante* por el legislador. Por el contrario, la eficacia de las restantes firmas estará sometidas a un juicio *ex post*, que habrán de realizar los propios Tribunal a la espera de

determinar, si son suficientemente fiables atendidas las circunstancias y si garantizan la autenticidad e integridad del mensaje de datos o documento electrónico.

La Directiva ya venía asumiendo que los Estados limitarían la eficacia jurídica y formal por el hecho de no ser lo suficientemente segura. La Directiva en su Artículo 5,2 pide a los Estados que revisen sus Ordenamientos jurídicos, para que no se niegue la eficacia jurídica a la firma electrónica por el hecho de ser electrónica, porque no se base en certificado reconocido. Es este el motivo por el que no pide a los Estados que revisen su Derecho de contratos, y es que el Artículo 5 no puede entrar en cada uno de los supuestos en los que se exige la firma, supuestos que no son uniformes en las regulaciones europeas.

Por otro lado, la firma electrónica reconocida es el instrumento, a través del cual se intenta conseguir la homogeneidad necesaria, para la utilización de firmas electrónicas en negocios de tracto internacional; así como, la configuración de un servicio uniforme de prestación de servicios de certificación. De esta forma, se conjuga como el equivalente pleno de la firma manuscrita a nivel europeo, incluyendo exigencias capaces de asegurar las comunicaciones electrónicas. Esta firma sirve de equivalente de la firma para legislaciones más estrictas, las medidas de seguridad que implica exceden de la propia equivalencia funcional respecto de la firma tradicional, para constituirse en garante de las comunicaciones electrónicas.

Sin embrago, el uso de las firmas electrónicas reconocidas plantea problemas similares a los ya esbozados para las firmas no reconocidas, si bien la situación es mucho más compleja para las no reconocidas. La firma electrónica reconocida tiene un estatus jurídico dentro de la Directiva inequívoco y se espera con ella un uso transfronterizo claro, lo que se demuestra con la presunción de equivalencia con la firma manuscrita y la obligación jurídica de los Estados miembros de reconocer mutuamente los certificados reconocidos.

2. Evolución del Modelo Normativo.

Con la Directiva 1999/93/CE se aprecia que los mecanismos de firma electrónica típicamente utilizados en el ámbito del comercio electrónico, prácticamente, no fueron objeto de atención legislativa, así como que otros posibles mecanismos tecnológicos relevantes, para aportar seguridad al comercio electrónico, quedaron al margen de ese régimen legal. Asimismo, se observaron dificultades de aplicación o el carácter innecesario de ciertos requisitos legales, la inadecuación de algunas de las limitaciones previstas, o el carácter inviable de ciertos elementos básicos de la Directiva 1999/93/CE y de sus normas de transposición.

Por otro lado, se veían ciertas lagunas como la obligación no definida de la supervisión nacional de los proveedores de servicios. Además, se hizo hincapié

en que todos los países de la UE tenían marcos jurídicos para la firma electrónica, pero distintos lo que imposibilitan las transacciones electrónicas transfronterizas. Y lo mismo cabe decir respecto de los servicios de confianza, antiguos Prestadores de Servicios de Certificación, de las marcas de tiempo electrónicas, de las ventas y servicios de entrega electrónica y de la autenticación electrónica, que carecía de interoperabilidad europea.

Todo ello, entre otras cosas, motivó una profunda transformación del modelo previo, mediante la adopción del Reglamento (UE) nº 910/2014, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE.

El origen para su establecimiento debemos situarlo en el Tratado de Lisboa, firmado en esta ciudad, el 13 de diciembre de 2007, que entró en vigor el 1 de diciembre 2009, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, y que, en gran parte, reproduce las innovaciones contenidas en el "fallido" Tratado que establecía una Constitución para Europa.

El Tratado de Lisboa sitúa la libertad, la justicia y la seguridad entre sus prioridades más importantes. Con ello, se quiere poner en práctica políticas en diversos campos: crecimiento económico y competitividad, desarrollo del empleo y las condiciones sociales, aumento de la seguridad personal y colectiva, fomento del medio ambiente y las condiciones sanitarias, desarrollo de la cohesión y la solidaridad entre los Estados miembros, en cuanto a progreso científico y tecnológico, además de mejorar su capacidad de actuación en la escena internacional[6].

De modo más concreto, en el Tratado de Lisboa encontramos tres disposiciones legales que podrían invocarse para sostener la acción legal de la UE en el ámbito de la identificación electrónica, que son:

a) Artículo 77 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que recoge la posibilidad de que la UE, en referencia a las políticas de fronteras, asilo, inmigración, etc. pueda establecer, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, disposiciones relativas a los pasaportes, documentos de identidad, permisos de residencia o cualquier otro documento asimilado.

b) Artículos 20 a 25 TFUE, en el que se recoge lo que podríamos denominar como el derecho de la ciudadanía europea. En efecto, la ciudadanía de la

6 Merchán Murillo, A., *Firma electrónica: funciones y problemática*, Pamplona, 2016, p. 212.

Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla, lo que presupone la necesidad de crear un sistema de identificación dentro de la zona europea.

c) Artículo 16 TFUE, donde se consagra que el derecho a la protección de datos de carácter personal, afirmando que las comunicaciones electrónicas y la protección de los datos personales se encuentran íntimamente conectadas.

Además, el Artículo 114 TFUE se refiere a la adopción de normas a fin de eliminar los obstáculos que dificultan el funcionamiento del mercado interior. A través de este precepto, se pretende que los ciudadanos, empresas y administraciones puedan beneficiarse del reconocimiento y la aceptación mutua de la identificación, autenticación y la firma electrónica y otros servicios de confianza través de las fronteras cuando resulte necesario para el acceso y la realización de procedimientos o transacciones electrónicos.

El citado Reglamento se presentó sobre la base de una propuesta emitida por la Comisión fundamentada en el citado Artículo 114 del TFUE, que se refiere a la adopción de normas a fin de eliminar los obstáculos que dificultan el funcionamiento del mercado interior. De esta manera, se considera que un Reglamento es el instrumento jurídico más apropiado. La aplicabilidad directa de un Reglamento en virtud del artículo 288 del TFUE reducirá la fragmentación jurídica y aportará mayor seguridad jurídica.

Con este Reglamento se viene a plantear un mercado único de la firma electrónica y los servicios de confianza en línea afines, más allá de las fronteras, asegurando que esos servicios funcionen y gocen del mismo estatuto jurídico que los trámites tradicionales en papel, dándose pleno efecto a los posibles ahorros propiciados por la contratación electrónica. Por otro lado, se pretende respetar los sistemas de identificación nacionales, así como las preferencias de los Estados miembros que no tienen sistemas nacionales de identificación, permitiendo a los países que si tienen sistemas de identificación electrónica optar por quedar fuera del sistema paneuropeo. Si un Estado miembro notifica que desea sumarse a este sistema deberá ofrecer el mismo acceso a los servicios públicos mediante la identificación electrónica que a sus propios ciudadanos. Así, se trata de dar un reconocimiento recíproco a las identificaciones electrónicas nacionales, a la vez que se quiere establecer normas comunes sobre los servicios de confianza y la firma electrónica. De esta forma, se pretende profundizar en la mejorara la legislación existente y en la ampliación del reconocimiento y la aceptación mutua, dentro de la Unión Europea, de los sistemas de identificación electrónica y otros servicios de confianza electrónicos conexos.

No obstante, no se obliga a los Estados miembros de la UE a introducir (ni a los individuos a obtener) documentos nacionales de identidad, tarjetas electrónicas de identidad u otras soluciones de identificación electrónica, ni introduce una identificación electrónica europea ni ninguna especie de base europea de datos, ni permite ni requiere que se comparta información personal con otras partes[7].

Se aprecia así, el respeto de la soberanía nacional, al no imponer la obligación de que todos los ciudadanos de la UE tengan una identificación electrónica, aunque habría que considerar, como ha puesto el Comité Económico y Social Europeo, los beneficios de un sistema universal de identificación electrónica europea. Todo ello, con el objetivo de que los ciudadanos puedan disfrutar de una igualdad de oportunidades dentro de la UE.

Por ello, es importante asegurar la interoperabilidad transfronteriza en el seno de la UE de las identificaciones nacionales, así como el reconocimiento y aceptación mutuos entre los Estados miembros de los medios de identificación electrónica, para la ejecución de operaciones electrónicas sin fisuras que dependan de la identificación electrónica y la prestación de los servicios de confianza[8].

El Reglamento parte de tres cuestiones fundamentales:

1) Mejorar el marco jurídico de la firma electrónica sustituyendo la Directiva vigente sobre la firma electrónica, impone una mayor responsabilidad por la seguridad y establece normas claras y estrictas para la supervisión de la firma electrónica y servicios relacionados

2) Imponer el requisito del reconocimiento mutuo entre diversos sistemas nacionales de identificación electrónica (artículo 6 del Reglamento).

3) Incluir los servicios de confianza, dejando claro el marco jurídico estableciendo a unos sólidos organismos de supervisión para los prestadores de servicios relacionados con ventas electrónicas, marcas de tiempo, aceptabilidad electrónica de documento, servicios de entrega electrónica y autenticación electrónica.

De esta forma, se promueve el uso de estándares de firma electrónica, tratando de centrarse en un área de aplicación menos compleja y, por tanto, más accesible. Estas recomendaciones son las de promover: la interoperabilidad entre Estados miembros de la UE, el reconocimiento legal de la aplicación de la firma

7 Madrid Parra, A., "Seguridad, pago y entrega en el comercio electrónico", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 241, 2001, pp. 1189-1264.

8 Sullivan, C.: "Digital identity – From emergent legal concept to new reality," *Computer Law & Security Review*, 2018, vol. 34, núm. 4, pp. 723-731.

electrónica simple de acuerdo con la Directiva y un desarrollo sencillo en cualquier contexto empresarial. Unas aplicaciones accesibles son una condición *sine qua non* para su adopción[9]. Las aplicaciones para el uso de las firmas electrónicas deben cumplir con unos criterios de utilización estrictos, que los usuarios deberán ser capaces de usar, a través de su firma electrónica, sin complejidad.

3. Desarrollo normativo final

La profunda transformación del modelo previo destaca, en primer lugar, por el abandono como instrumento normativo de la Directiva y su sustitución por un Reglamento, al considerarse que un Reglamento es el instrumento jurídico más apropiado.

La aplicabilidad directa de un Reglamento, en virtud del artículo 288 del TFUE, reduce la fragmentación jurídica y aporta mayor seguridad jurídica, mediante la introducción de un conjunto armonizado de normas básicas, que contribuirán al buen funcionamiento del mercado interior. Todo ello, teniendo presente que el objetivo fundamental es mejorar la legislación existente y ampliarla, incluyendo el reconocimiento y la aceptación mutua, dentro de la UE, de los sistemas de identificación electrónica notificados y otros servicios de confianza electrónicos conexos esenciales

De esta forma, con la elección de este marco normativo, se trata de evitar la multitud de problemas causados por la Directiva, de reforzar la seguridad jurídica, de estimular la coordinación de la supervisión nacional, de garantizar el reconocimiento y la aceptación mutuos de los regímenes de identificación electrónica y de incorporar servicios de confianza conexos. Especial importancia tiene la identificación; pues, con el Reglamento se trata de suprimir los problemas de armonización causados por los diferentes sistemas nacionales de identificación electrónica.

Dicho lo anterior, tenemos presente que la naturaleza transnacional del Reglamento exige una acción de la UE. Con arreglo al principio de subsidiariedad (artículo 5, apartado 3, del TUE), la Unión sólo debe intervenir en caso de que los objetivos perseguidos, no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros por sí solos, para que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión.

En cualquier caso, para entender el desarrollo emprendido del Reglamento 910/2014, hay que tener presente que no existe un mercado único digital; es decir, preexisten de 28 mercados digitales individuales, divididos y, hasta la fecha,

9 Alamillo Domingo, I, *Identificación, firma y otras pruebas electrónicas: la regulación jurídico-administrativa de la acreditación de las transacciones electrónicas*. Pamplona, 2019, p. 120.

no armonizados. No obstante, estos 28 mercados, como sabemos, son sistemas jurídicos aproximados, más aún, en la materia que tratamos, gracias a la Directiva.

Así, a la luz de estos problemas, se consideró, como decimos que, por sí solos, los Estados miembros no pueden mitigar los problemas que se plantean, en la situación actual, especialmente, los debidos a la fragmentación de las legislaciones nacionales. Por tanto, existe una necesidad específica de establecer un marco armonizado y coherente, con la intención de alcanzar los objetivos y metas fijadas en la e*strategia Europa 2020*[10].

Asimismo, la Comisión consideró que la UE es la que está en mejores condiciones para garantizar de forma efectiva y coherente la interoperabilidad de la firma electrónica; pues, como sabemos, las medidas nacionales han creado barreras *de facto* a la citada interoperabilidad de la firma electrónica en la UE, y están teniendo, actualmente, el mismo efecto sobre la identificación electrónica, la autenticación electrónica y los servicios de confianza conexos, por lo que es necesaria la creación de un marco, que permita abordar la interoperabilidad transfronteriza y mejorar la coordinación, de los regímenes nacionales de supervisión[11].

Por lo anterior, se ha dotado a la Comisión de la potestad de adoptar actos delegados (artículo 47 del Reglamento) y de ejecución (artículo 52, b) y c) del Reglamento). Asimismo, A la hora de adoptar actos delegados o actos de ejecución, la Comisión debe tener en cuenta las normas y especificaciones técnicas elaboradas por organizaciones y organismos de normalización europeos e internacionales, en particular, el Comité Europeo de Normalización (CEN), el Instituto Europeo de Normas de Telecomunicación (ETSI), la Organización Internacional de Normalización (ISO) y la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), con vistas a garantizar un elevado nivel de seguridad e interoperabilidad, de los servicios de identificación electrónica y de confianza.

El procedimiento de ejecución de estos actos se contiene en el artículo 48, intitulado "Procedimiento de comité", que remite al Reglamento (UE) nº 182/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión, que establece las normas y principios generales, que regulan los mecanismos aplicables, en los casos en que un acto jurídicamente

10 Alamillo Domingo, I., "Firma y sello electrónicos: el porqué y el cómo de la implantación del nuevo reglamento europeo", *Red seguridad: revista especializada en seguridad informática, protección de datos y comunicaciones*, Nº. 74, 2016, págs. 28-29.

11 CNUDMI/UNCITRAL, *Proyecto de disposiciones sobre el reconocimiento transfronterizo de sistemas de gestión de la identidad y servicios de confianza*, Nueva York, 5 a 9 de abril de 2021, p. 2.

vinculante de la Unión determine la necesidad de condiciones uniformes de ejecución y requiera que la adopción de actos de ejecución, por la Comisión esté sometida al control de los Estados miembros.

Estos actos van destinados a garantizar la disponibilidad de normas organizativas y técnicas, gestionar la información notificada por los Estados miembros, y, en particular, mantener la información relacionada con las listas de confianza, sensibilizar acerca de las ventajas de la utilización de la identificación, autentificación y firma electrónicas y los servicios de confianza conexos e iniciar conversaciones con terceros países con vistas a conseguir la interoperabilidad a nivel mundial en este ámbito.

En este sentido, puede decirse sé que se trabaja en la creación de un "espacio de confianza transfronterizo"[12] que signifique una combinación de condiciones jurídicas, organizativas y técnicas recomendadas por la propia UE. Todo ello con el objetivo de promover la investigación y cooperación, que permitan el uso eficaz de datos y software, en particular documentos y operaciones electrónicos, incluidos medios electrónicos de autenticación, el mejoramiento de los métodos de seguridad y, además, promover la confianza en un entorno electrónico en todo el mundo alentando las corrientes de información transfronterizas seguras, incluidos los documentos electrónicos y las actividades encaminadas a ampliar y reforzar la Infraestructura de la Información.

No obstante, si bien esos actos pueden ser necesarios, desde la perspectiva estatal, pueden provocar incertidumbre e inseguridad; pues, como se establece en el artículo 290 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Acuerdo Común del Parlamento Europeo: "el Parlamento Europeo o el Consejo podrán decidir revocar la delegación", si lo consideran necesario.

Dicho lo anterior, decir que, con fecha 3 de junio de 2021, la Comisión Europea ha elaborado una Propuesta de Reglamento por el que se modifica el Reglamento eIDAS en lo que respecta al establecimiento de un Marco para una Identidad Digital Europea, al considerarse que el Reglamento actual no consigue dar respuesta a estas nuevas demandas del mercado debido a las escasas posibilidades que tienen los prestadores privados en línea para conectarse al sistema, a la disponibilidad insuficiente de soluciones de identidad electrónica en todos los Estados miembros y a la falta de flexibilidad del sistema para admitir diversos tipos de casos de uso[13].

12 CNUDMI: *A/CN.9/WG.III/WP.136 - Solución de controversias en línea en las operaciones transfronterizas de comercio electrónico. Documento presentado por la Federación de Rusia*, Viena, 30 de noviembre a 4 de diciembre de 2015, págs. 3 y ss.

13 Alamillo Domingo, I., "El uso de los sistemas de identidad auto-soberana en el sector público español y de la unión europea", *Blockchain intelligence*, 2019, pp. 1-22.

Entre las novedades del citado proyecto, se pretende desarrollar un Marco para una Identidad Digital Europea, mediante el uso de las de las tecnologías de registro distribuido (TRD), lo que será objeto de estudio más adelante, con el fin de crear un marco seguro para la identificación electrónica, para que todos las personas, físicas o jurídicas, puedan controlar sus propias interacciones, así como su presencia en línea.

III. EL MARCO NORMATIVO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA Y LA LEY APLICABLE

Debe tenerse en cuenta que vamos a encontrarnos con cadenas de proveedores y otros agentes, tales como proveedores de infraestructuras o de comunicaciones, por lo que resulta necesario disponer de directrices concretas, para identificar y distinguir los derechos y obligaciones correspondientes de los controladores, conectores y procesadores que trabajan para los proveedores de servicios en la nube, los agentes de la cadena de valor, etc.[14]; pues, todo va a plantea cuestiones sobre competencia judicial internacional y sobre ley aplicable en caso de infracción, en supuestos de materia contractual o extracontractual, ya que el lugar de establecimiento pertinente de un prestador de servicios será difícil de determinar, por ejemplo, cuando se trate de usuarios de fuera de la UE, o de proveedores de fuera de la UE, cuando utilicen equipos que funcionen en la UE. En este sentido, es posible que los factores tradicionales no puedan ser fácilmente identificados en el caso de un determinado supuesto. Ante esto, el uso de los servicios va a plantear un riesgo importante, que consiste en ver cómo la responsabilidad se puede diluir respecto de las operaciones llevadas a cabo por los proveedores de servicios, si los criterios de aplicabilidad de la legislación no están lo suficientemente claros, motivo por el que pensamos en la necesidad de plantear posibles soluciones.

En relación con el derecho preexistente serán relevantes los acuerdos atributivos de competencia incluidos en el contrato, en la medida en que sean eficaces conforme a las reglas de nuestro sistema de Derecho internacional privado, en este caso, centrémonos en los establecido en el Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Al margen de esas transacciones de las transacciones con consumidores, habrá que observarse la eventual incidencia de reglas especiales como la del artículo 25,2 Reglamento 1215/2012 con respecto a la forma escrita en la contratación electrónica;

14 Comisión Europea: *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Liberar el potencial de la computación en nube en Europa ({SWD (2012) 271 final}, Bruselas*, 27 de septiembre de 2012, COM (2012) 529 final, pág. 2 y 3.

pues, nos viene a indicar que "se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo", por lo que da un presupuesto de la eficacia de los acuerdos atributivos de competencia[15]. En este sentido, habrá que tener presente la posibilidad de aplicación del foro del artículo 7,1 del citado Reglamento, en relación con el foro especial en materia de contratos, pudiendo ser controvertida; pues, como indica el Prof. De Miguel Asensio[16], habrá que determinar en qué medida la automatización de ciertas prestaciones condiciona la determinación del lugar de cumplimiento de la obligación a los efectos de esa norma[17]; pues, precisar esa cuestión no va a ser tarea sencilla ya que tendríamos que acudir al "método analítico distributivo"[18], que ha sido precisado por el TJUE en muchas de sus sentencias, que en definitiva consiste en que es competente para conocer del litigio contractual el tribunal del lugar del Estado miembro en el que hubiere sido o debiera ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda, que será la obligación incumplida y para conectar el lugar de cumplimiento de dicha obligación debe aplicarse la Ley que regula el contrato según las normas de Derecho internacional privado vigentes en el Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto.

La complicación va a venir porque, en resumen, el original del contrato se reemplaza por su manifestación digital: un "token"; es decir, un "ficha" que tiene por función facilitar la efectividad de las transacciones y minimizar sus costos, sin que su naturaleza jurídica esté clara y/o determinada aún[19]. No obstante, habrá que determinar para cada caso si estamos ante tokens de pago (sinónimos de criptomonedas), tokens de utilidad (destinados a proporcionar acceso digital a una aplicación o servicio) o tokens de activos (representan activos, como la participaciones en compañías, un derecho a dividendos, etc.).

Siguiendo con la Ley aplicable vamos a tener presente cuestiones que tienen que ver con el significado del cumplimiento automatizado de ciertos compromisos y su interacción con la relación entre las partes. Como no puede ser de otra manera, la base debemos asentarla en el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las

15 Rodríguez Benot, A., "Acuerdos para la determinación del lugar de ejecución de las obligaciones contractuales y acuerdos atributivos de competencia en los convenios de Bruselas y de Lugano" en *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: una reflexión preliminar española. Seminario celebrado en Tarragona 30-31 de mayo de 1997*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, pp. 165-197.

16 De Miguel Asensio, P. A., *Derecho Privado de Internet*, Ed. Civitas, Madrid, 2015, pág. 445; de Miguel Asensio, P. A.: *Blog de Derecho internacional privado*, Disponible en: http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/search/label/Comercio%20electr%C3%B3nico

17 Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 908.

18 Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J, *Derecho Internacional Privado*, cit, pp. 929-931.

19 Savelyev, A., *Some risks of tokenization and blockchainizaition of private law*, Computer Law & Security Review, vol. 34, Agosto, 2018, pp. 863-869.

obligaciones contractuales (Roma I), donde nos vamos a encontrar la problemática de determinar, si no hay acuerdo entre las partes la determinación de la Ley aplicable.

En este sentido, como decimos, deberá tenerse en cuenta la libertad de elección de la ley aplicable (Artículo 3,1), que evitará controversias entre las partes en torno a la cuál es la Ley del contrato, facilitando la elección del Derecho material más adecuado al interés de las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Probablemente, el contrato incluirá una cláusula de elección de la ley por la que se regirá y, además, vendrá impuesta por el propio proveedor de servicios. Esta cuestión es respetada por el Reglamento a través de su Artículo 3,3 al determinar que "cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo". De esta forma, la Ley aplicable al contrato será limitada por las normas imperativas del país con el que el contrato está objetivamente vinculado (por ejemplo, el Reglamento General de Protección de Datos).

Por otro lado, si las partes no han realizado cláusula de elección, habrá que tener en cuenta el tipo de contrato, que dependiendo del Estado en el que nos situemos puede llegar a calificarse de distinta forma e, incluso podremos encontrarnos distintos tipos de acuerdos de licencia de usuario final, términos de servicio y otros documentos similares que forman la base del marco contractual y que se han convertido en una parte integral de cualquier servicio o sitio web de Internet. Dichos contratos se utilizan principalmente para administrar los servicios, de uso del software, de despliegue, de condiciones de pago, etc. Resultando contratos mixtos o de cualquier otro tipo.

Lo comentado, nos sitúa fuera del ámbito de los tipos de contratos reflejados en el artículo 4,1 del Reglamento, lo que nos debe llevar a la residencia habitual de la parte que deba realizar la prestación característica del contrato o que resulte claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país. Este hecho puede llevar al Tribunal a tener en cuenta la verdadera intención de las partes, las circunstancias del caso o las costumbres o prácticas comerciales. No obstante, en un entorno virtual ¿cuál es el lugar donde el contrato fue negociado y firmado? ¿En qué lugar está previsto que el contrato sea ejecutado? ¿Dónde se encuentra la sede del proveedor de servicios de informática en la nube? Cuestiones complejas ante la situación altamente tecnológica que se nos presenta. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, la eficacia probatoria para acreditar transacciones u otras circunstancias en el marco de procesos judiciales

vendrá, en principio, determinada, en relación a la cuestión procesal, por la lex fori[20], que también conlleva una problemática aparejada y cuyo debate excede este trabajo.

Además, es posible que debamos tener en cuenta el criterio de origen de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), en relación a que, como se indica en el Considerando 22 "El control de los servicios de la sociedad de la información debe hacerse en el origen de la actividad para garantizar que se protegen de forma eficaz los intereses generales" en relación con los aspectos contractuales incluidos en el ámbito coordinado.

Asimismo, habrá que tener en cuenta la capacidad para contratar y, por supuesto, no debemos olvidarnos de la protección de datos[21], muy especialmente, todo lo relativo al régimen aplicable en materia de protección de datos personales[22], en el que habrá que estar a lo dispuesto a los artículo 79,2 y 3 2016/679, del Reglamento 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) en lo que concierne a la necesidad de cumplir con lo dispuesto en el mismo en las situaciones incluidas dentro de su ámbito de aplicación territorial. Ahora bien, habrá que observarse obligatoriamente una serie de cuestiones que, en ocasiones, no será fácil de determinar: que la accesibilidad de los servicios en el territorio de un Estado determinado pueda ser suficiente para aplicar el Reglamento; que la nacionalidad o la residencia del sujeto de los datos o de las partes contratantes, en especial del responsable de los datos, puedan dar lugar a la aplicación de la ley del sujeto de los datos o de alguna de las partes; y que la ley del lugar en que se originó la actividad (por ejemplo, la ubicación del equipo o el nodo) o a la que se orienta la actividad con fines de lucro haga que se aplique la ley de ese lugar. En este contexto, no debemos perder de vista el Reglamento 910/2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE, ya que va a tener una gran relevancia, como veremos más adelante para determinar la identidad electrónica como un criterio de conexión.

20 De Miguel Asensio, P. A., *Derecho Privado de Internet*, cit., Cit., p. 464.

21 Debe hacerse una observación importante en relación con esta cuestión, pues son objeto de una protección legal especial en muchas jurisdicciones. La legislación aplicable al procesamiento de dichos datos puede ser diferente a la que se aplica al contrato y, en ese caso, invalidará las cláusulas contractuales no conformes con dicha legislación.

22 Carrascosa González, J., "La Directiva 95/46/CE: Entre la protección de la intimidad y la libre transferencia internacional de datos personales automatizados", *Economist-Jurist*, enero / febrero, 1997, pp. 30-35

IV. LA APLICABILIDAD DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA UTILIZACIÓN DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES COMO ASPECTO RELEVANTE

Ante la posibilidad de que distintos operadores que se sitúan en el contexto electrónico de Blockchain y la IA, sin perder de vista, la computación en nube, puedan operar en el foro debemos tener presente la Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales en 2005, que en su aartículo 20 de la Convención, intitulado "Comunicaciones intercambiadas en el marco de otros instrumento internacionales", dispone que la Convención se aplique también al empleo de comunicaciones electrónicas, relacionadas con la formación o ejecución de un contrato, que venga regido por una de las Convenciones que el propio Artículo determina en su apartado segundo.

Este artículo ofrece soluciones que tropieza el comercio electrónico en los instrumentos internacionales existentes, de forma que se evite la necesidad de enmendar los distintos Tratados internacionales[23]. De esta forma, se produce una situación atípica en dos sentidos[24]:

Se delimita el ámbito de aplicación de una Convención en función de la aplicación de otras Convenciones.

Estas resultan indirectamente modificadas, ya que, sin modificación formal, se permite incluir supuestos, en principios no contemplados, en referencia al uso de las comunicaciones electrónicas.

La Convención se aplica al modo de empleo de las comunicaciones electrónicas en relación con la formación y/o cumplimiento de un contrato (artículo 1,1); es decir, formación y ejecución de un contrato (no a las comunicaciones electrónicas bursátiles o financieras, etc. excluidas en el artículo 2,2), sin tener en cuenta la nacionalidad ni el carácter mercantil o civil de las partes del contrato.

Partiendo del ámbito de aplicación de la Convención, hemos de hacer dos precisiones: por un lado, la Convención se aplica a las partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados; estos es, mensajes electrónicos intercambiados entre partes cuyos establecimientos estén en Estados contratantes diferentes, aun cuando

23 Oliva Blázquez, F., "Análisis de la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales", *Revista de Derecho Patrimonial*, 2007-2, núm. 19, pp. 45-88.

24 Madrid Parra, A., "El derecho uniforme de la contratación electrónica", en *Comercio electrónico: estructura operativa y jurídica*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, pp. 221-295.

uno de esos Estados no sea contratante[25], en la medida que la Ley de un Estado contratante fuese aplicable a la operación de que se trate; por otro, la Convención de 2005 permite a los Estados contratantes expandir sus disposiciones a otros instrumentos internacionales en los que el Estado contratante sea o no parte del mismo (artículo 20), lo que lleva a que tengan que ser aplicados e interpretados conforme a la Convención de 2005, facilitándose la aplicación de lo previsto en los Convenios internacionales, en un entorno electrónico, al que no siempre se encuentran acomodados.

De esta forma, la regla contenida dentro del artículo 20 debe interpretarse de forma conjunta con el artículo 1, referente al ámbito de aplicación, con el fin de evitar la más que probable crítica a la suerte de la unilateralidad, que supondría el planteamiento contrario. Podemos decir que no se imponen reglas de un Convenio a otro Estado que no forme parte de él, sino que tan solo se auto delimita el ámbito de aplicación de la Convención, en tanto que integrante del ordenamiento nacional señalado aplicable, por el sistema de Derecho internacional privado del Estado del foro, a determinadas situaciones mercantiles internacionales.

Este planteamiento no es automático, pues según se indica en la Nota Informativa de la Secretaría de la CNUDMI[26]: "Los párrafos 1 y 2 presuponen que todo Estado Contratante incorporará a su Derecho interno una disposición que ordene a sus órganos judiciales que recurran al régimen de la Convención para resolver toda cuestión jurídica suscitada por el empleo de mensajes de datos en el contexto de otros convenios internacionales".

Por consiguiente, no se trata de enmendar o modificar ningún convenio, tratado o acuerdo internacional, con independencia de si figura o no en la lista del párrafo 1, ni tampoco se trata de dar una interpretación auténtica del texto de ninguno de esos instrumentos, sino que se trata de eliminar obstáculos jurídicos que el texto actual de los convenios internacionales pudieron imponer al comercio electrónico, lo que resulta lógico conforme a lo dispuesto en el derecho internacional público y en el Convenio de Viena de los Tratados de 1969. No lo hace, porque si se enmendara o modificara un convenio podrían contrariar en alguna medida el objeto y el fin del convenio o tratado, de tal forma que su conclusión y su aplicación haría incurrir a los Estados parte en un acuerdo *inter se* en responsabilidad internacional frente a los demás Estados parte[27].

25 Perales Viscasillas, Mª P., "Publicidad y Formación del contrato: Convención de UNCITRAL sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, 2005", *Revista Electrónica de la Contratación*, núm. 72, junio 2006, pp. 3-45.

26 Cndmi/Uncitral, *Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI* cit., pág. 54.

27 Moncayo, G., Vinuessa, R., Gutierrez Posse, A, *Derecho Internacional Público*, Tomo I, Ed. Zaida, Buenos Aires, 1990, p. 126.

A la Convención se le da una aplicación de carácter general y transversal, ofreciendo soluciones prácticas para problemas, que se sustancian en el uso de los medios electrónicos de comunicación en la celebración de contratos internacionales. Y lo hace proyectándose sobre la plantilla resultante de la Convención de Viena de 1980 y con los principios cardinales de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico (1996) y la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas (2001)[28].

Así, teniendo en cuenta que una convención o tratado internacional supone una cierta unidad, relativamente cerrada y suficiente en sí misma, al margen de la relación de normativa necesaria, hay supuestos en los que se establece entre unos y otros acuerdos una concatenación fáctica. Así, esta Convención, como la Convención de Viena de 1980, recurre en ocasiones al criterio de "acuerdos que regulan la misma materia"; es decir, que además de la conexión formal establecida, hay otras que necesariamente surgen de la identidad del objeto entre acuerdos, que pueden ser formalmente distintos.

El estudio del proceso de integración comunitaria europea enseña que, aunque haya acuerdos comunitarios todo recibe una unidad en el derecho comunitario y, en su caso, consiste uno de los refinamientos de la unidad de esta técnica de integración. La Jurisprudencia de la Haya reconoce, que el principio de interpretación de una regla internacional debe ser interpretada en contemplación de las circunstancias que concurrieron en su constitución y los efectos jurídicos deben ser medidos por el entorno jurídico vigente en el momento de su aplicación. En consecuencia, la Convención se inserta en un marco normativo y sus distintos elementos evolucionan, acompasadamente, de tal modo que la mutación que se produzca repercute a los demás, por lo que esa expansión, en principio, no produce problemas.

Ahora bien, el empleo de Internet, como medio para la celebración de contratos internacionales, no modifica, normalmente, la determinación de la ley aplicable. Sin embargo, las peculiares características de la contratación por Internet hacen que la localización de las relaciones jurídicas en un ordenamiento estatal, con base a los criterios típicos empleados por las reglas de conflicto en la materia, como el lugar de celebración del contrato, lugar de ejecución de las obligaciones, el domicilio de alguna de las partes, etc. pueden resultar inapropiados, de tal forma que la falta de adecuación de estos criterios puede generar una dificultad en su concreción[29], por ejemplo, en términos de perfección del contrato a través de medios electrónicos es internacionalmente aceptado que la oferta es aceptada desde el momento en que la aceptación es recibida por el oferente sin que sea necesario conocimiento de la misma. Asimismo, hay ordenamientos que aceptan

28 Madrid Parra, A., "El derecho uniforme", cit., pp. 221-295

29 Miguel Asensio, P.A., *Derecho Privado de Internet*, cit., p. 419.

el recurso de la vía electrónica, en el marco de ciertas categorías de operaciones, imponiendo requisitos especiales para su empleo, como puede ser el tipo de firma electrónica utilizada, mientras en otros países adoptan un enfoque más liberal, por razón de la cual, puede suceder que ciertas materias puedan estar sujetas a requisitos especiales o, incluso, excluidas en algunos países, mientras que en otros países no lo están.

Hemos de tener en cuenta que, el planteamiento del Artículo 20 a los instrumentos de derecho internacional privado comunitario resulta compleja si no imposible: una interpretación literal de este Artículo excluye del ámbito de aplicación material instrumentos supraestatales que no tengan carácter convencional (con independencia de su denominación), siendo los Reglamentos y Directivas de la Unión Europea técnicamente actos de Derecho comunitario europeo y no Convenios internacionales. Ahora bien, si las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad (Artículo 3 de la Convención de 2005) declararan aplicable a los contratos internacionales que se celebren bajo el paraguas de la Convención de 2005, sin que los Estados fuesen parte de este, ¿qué pasaría en tal caso si la normativa aplicable no está adecuada para la celebración del contrato a través de medios electrónicos?

Las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad, tan usada en el derecho internacional, para la configuración del contenido obligacional del contrato, son libres para pactar la aplicación al acuerdo de las reglas que tengan por conveniente (Aplicación indirecta).

Ante esto, el Artículo 19, 1 – b) de la Convención de 2005, prevé una limitación eventual del ámbito de aplicación de la Convención, de tal forma que todo Estado podrá declarar que solo aplicará la Convención a determinados contratos si las partes, en dicho contrato, han convenido que su régimen será aplicable a las comunicaciones electrónicas que vayan a intercambiar. Con ello, se reduce la aplicabilidad de la Convención y se priva a todo Estados, que se valiera de ella, de un régimen supletorio uniforme aplicable a las comunicaciones electrónicas intercambiadas entre partes en un contrato internacional, cuyo texto no prevea todos los pormenores que están resueltos en el régimen de la Convención[30].

V. CONCLUSIONES

Internet es la máxima expresión del comercio internacional, donde se producen nuevas formas de comunicación, información y comercialización. Ante

30 Cndmi/Uncitral, *Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI*, cit., pág. 56.

esta situación resulta necesaria la introducción de normas, en los ordenamientos jurídicos existentes.

Hasta ahora, cada Estado miembro había traspuesto la Directiva 1999/93/CE, sobre firma electrónica, aunque en algunos aspectos, de manera divergente y, al mismo tiempo, se constataba en esta norma un vacío que provocaba barreras al comercio electrónico creando incertidumbres en torno a la firma electrónica, en cuanto a la ausencia de seguridad jurídica, debida a la heterogeneidad de las disposiciones nacionales y a la falta de interoperabilidad de los sistemas de firma electrónica establecidos a nivel nacional. Situación que va acompañada de la falta de confianza derivada de los ciudadanos en los propios sistemas electrónicos.

En este contexto nace el Reglamento 910/2014, con el objetivo de mejorar la legislación existente y ampliarla, incluyendo el reconocimiento y la aceptación mutuos a nivel de la UE, de los sistemas de identificación electrónica notificados y otros servicios de confianza electrónicos conexos esenciales.

el Reglamento, va más allá, incluyendo aspectos relacionados con la identificación: función identificativa y una la función de autenticación de la identificación; esto es, establecer un nivel de aseguramiento universal, confiable para la unión de identidades, con el fin de establecer credenciales aceptables en cualquier país.

Algo de vital de vital importancia, si se tiene en cuenta que la integridad del contenido del documento electrónico y la firma se basa en la capacidad de identificar al firmante o al remitente del documento de manera real y confiable.

Sin un estándar de aseguramiento de identidad electrónica uniforme, que esté alineado con las diversas leyes de firmas nacionales, aún en desarrollo por el progreso normativo del propio Reglamento europeo, todas partes presentes en la transacción se enfrentan a la necesidad de poseer varios tipos de credenciales electrónicos.

BIBLIOGRAFÍA

Alamillo Domingo, I., "El uso de los sistemas de identidad auto-soberana en el sector público español y de la unión europea", *Blockchain intelligence*, 2019, pp. 1-22.

Alamillo Domingo, I., "Firma y sello electrónicos: el porqué y el cómo de la implantación del nuevo reglamento europeo", *Red seguridad: revista especializada en seguridad informática, protección de datos y comunicaciones*, Nº. 74, 2016, págs. 28-29.

Alamillo Domingo, I., *Identificación, firma y otras pruebas electrónicas: la regulación jurídico-administrativa de la acreditación de las transacciones electrónicas*. Pamplona, 2019.

Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018

Carrascosa González, J., "La Directiva 95/46/CE: Entre la protección de la intimidad y la libre transferencia internacional de datos personales automatizados", *Economist & Jurist*, enero / febrero, 1997, pp. 30-35

Carrascosa González, J.: "Protección de la intimidad y tratamiento automatizado de datos personales en Derecho internacional privado", en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1992-1, vol. XLIV, pp. 417-442

Cnudmi/Uncitral, Cuestiones jurídicas relacionadas con la gestión de la identidad y los servicios de confianza, Nueva York, 24 a 28 de abril de 2017

Cnudmi/Uncitral, *Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales*, Nueva York, 2007

Cnudmi/Unictral, *Aspectos contractuales de la computación en la nube*, Nueva York, 24 a 28 de abril de 2017

Cuthbertson, A., "Estonia First Country to Offer E-Residency Digital," International Business Times, octubre, 2014

De Miguel Asensio, P. A., *Derecho Privado de Internet*, Ed. Civitas, Madrid, 2015.

Diago Diago, Mª. P., "La residencia digital como nuevo factor de vinculación en el Derecho Internacional Privado del Ciberespacio ¿posible conexión de futuro?", *Diario LA LEY*, núm. 8432, 2014, pág. 2.

MONCAYO, G., VINUESSA, R., GUTIERREZ POSSE, A, *Derecho Internacional Público,* Tomo I, Ed. Zaida, Buenos Aires, 1990

OLIVA BLÁZQUEZ, F., "Análisis de la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales", *Revista de Derecho Patrimonial*, 2007-2, núm. 19, pág. 45-88.

PERALES VISCASILLAS, Mª P., "Publicidad y Formación del contrato: Convención de UNCITRAL sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, 2005", *Revista Electrónica de la Contratación*, núm. 72, junio 2006, págs. 3-45.

RODRÍGUEZ BENOT, A., "Acuerdos para la determinación del lugar de ejecución de las obligaciones contractuales y acuerdos atributivos de competencia en los convenios de Bruselas y de Lugano" en *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: una reflexión preliminar española. Seminario celebrado en Tarragona 30-31 de mayo de 1997*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, págs. 165-197.

LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO CONSUMIDORES VULNERABLES EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO: EL PROBLEMA DE LA ACCESIBILIDAD DIGITAL*

PEOPLE WITH DISABILITIES AS VULNERABLE CONSUMERS IN E-COMMERCE: THE PROBLEM OF DIGITAL ACCESSIBILITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1412-1431

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón «Ius Familiae», IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, y del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación PID2019-105489RB-I00: «Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos», IIPP. Mª Victoria Mayor del Hoyo y Sofía de Salas Murillo.

Romina
SANTILLÁN
SANTA CRUZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Este trabajo aborda el estudio de la accesibilidad de las personas con discapacidad al comercio electrónico y su especial situación de vulnerabilidad en este ámbito. Toda contratación de consumo comporta siempre la existencia de una parte débil en la relación contractual debido al fenómeno de la asimetría informativa y a la unilateralización de las cláusulas generales que componen los contratos de consumo. Pero cuando el comercio es electrónico, la participación de las personas con discapacidad supone adicionalmente, por un lado, la existencia de problemas de accesibilidad digital o electrónica que reclaman solución (problemas tales que no son solo de adaptabilidad de los equipos electrónicos a las particulares necesidades de cada discapacidad, pues en el caso de las discapacidades intelectuales el asunto es mucho más complejo), y, por otro lado, la necesidad de implementar medidas para garantizar sus derechos en este ámbito dada su especial condición de personas consumidoras vulnerables a la luz del Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero.

PALABRAS CLAVE: Comercio electrónico; personas con discapacidad; consumidores vulnerables; accesibilidad digital; principio de diseño universal.

ABSTRACT: *This work offers a study about the accessibility of people with disabilities to e-commerce and their special situation of vulnerability in this area. Any procurement with consumers always implies the existence of a weak party in the contractual relationship due to the phenomenon of information asymmetry and to the unilateralisation of the general clauses that make up consumer contracts. But when commerce is electronic, the participation of people with disabilities implies additional, on the one hand, the existence of problems of digital or electronic accessibility that require solutions (problems such that they are no longer only of adaptability of electronic equipment to the particular needs of each disability, because in the case of intellectual disabilities the issue is much more complex), and, on the other hand, the need for the implementation of measures to guarantee their rights in this area given their special status as vulnerable consumers in the light of Royal Decree-Law 1/2021 of 19 January.*

KEY WORDS: *E-commerce; people with disabilities; vulnerable consumers; digital accessibility; Universal Design principle.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. LA REALIDAD DE LA DISCAPACIDAD A CAUSA DE SU HETEROGENEIDAD. III. VENTAJAS E INCONVENIENTES QUE PLANTEA EL COMERCIO ELECTRÓNICO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. IV. PREVISIONES LEGALES SOBRE LA MATERIA EN EL DERECHO ESPAÑOL Y EUROPEO: ESPECIAL REFERENCIA AL CONCEPTO DE PERSONA CONSUMIDORA VULNERABLE. V. CLAVES PARA UNA ACCESIBILIDAD REAL EN EL CAMPO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO. VI. RECAPITULACIÓN CONCLUSIVA.

I. INTRODUCCIÓN

El avance vertiginoso que viene experimentando la tecnología en los últimos tiempos conduce necesariamente a valorar su impacto y efectos en determinados ámbitos del desarrollo humano, así como la oportunidad de acceso a todos estos por cualquier persona en igualdad de condiciones. Uno de esos ámbitos que se ha visto afectado por el avance en cuestión es, sin duda, el comercio, que ha tenido un progreso importante gracias a Internet. Y es que el comercio electrónico ofrece a día de hoy múltiples ventajas y oportunidades, aunque, al mismo tiempo, puede entrañar algunos problemas de notable relevancia que el Derecho debe encarar con solvencia y eficiencia.

De común, un problema que siempre ha estado ligado al entorno de la contratación de consumo (electrónica o no) ha sido el fenómeno de la asimetría informativa, que plantea la necesidad de proteger a la parte débil de la relación contractual. Pero, además de ello, ya en el contexto del comercio electrónico, puede haber problemas asociados al uso de las nuevas tecnologías como instrumento o vía de acceso normalizado al mercado de bienes y servicios. De ahí que pase a constituir objeto de preocupación el nivel de conocimiento y manejo de nuevas tecnologías de los consumidores, por cuanto un conocimiento y manejo inadecuados afectarían la posibilidad de acceder a información que es fundamental para la adquisición de un determinado bien o servicio. Cuando la relación de consumo se constituye por medios electrónicos, tales aspectos podrían dar lugar a errores en la comprensión del proceso de contratación y en la emisión del consentimiento, con inevitables efectos económicos y personales (*v.gr.* cesión de datos de carácter personal).

Y aun cuando lo anterior ya introduce algunos sesgos de vulnerabilidad en la relación de consumo mencionada, habría que sumar a dicho escenario la posibilidad de que el consumidor presente determinadas características particulares que

• Romina Santillán Santa Cruz
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Internacional de La Rioja
romina.santillan@unir.net

provoquen que su situación de debilidad sea aún mayor frente al comerciante o empresario; escenario en el que, precisamente, tiene plena cabida la condición de las personas con discapacidad por varias razones que explico enseguida.

Recientemente, entró en vigor la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica[1] (en adelante, Ley 8/2021). Esta reforma se inspira, en términos generales, en el respeto de la dignidad y la libre voluntad de las personas con discapacidad, deroga la incapacitación como medida de protección jurídica y la reemplaza por un sistema de apoyos en la toma de decisiones, en cuyo engranaje la autonomía de la persona con discapacidad y el apoyo como institución jurídica —que nace precisamente para facilitar esa autonomía, mas no para sustituirla— se constituyen como los ejes centrales sobre los que pivota este nuevo sistema.

En el actual sistema de protección de las personas con discapacidad, la función de la persona designada, voluntaria o judicialmente, como apoyo[2] —aunque eventualmente pudiera tener atribuidas facultades de representación— "no es suplir ni complementar la voluntad del individuo, sino cooperar a que su voluntad, libremente formada, se exprese y se lleve a efecto a través de los medios en los que tales apoyos se materialicen"[3]. Pero dicha designación de apoyo estará supeditada a un criterio de necesidad, de modo que si una persona con discapacidad no precisa de apoyo en el ejercicio de su capacidad de obrar, podrá actuar de manera autónoma. Y cuando sí precisara de él, la persona encargada de prestarlo deberá actuar respetando la voluntad, deseos y preferencias del sujeto asistido[4]. Lo cual supone, en ambos supuestos, un amplio reconocimiento de la autonomía privada de las personas con discapacidad y su posible incursión en un entramado de actos jurídicos cuya celebración antes no se pensaba, con los consiguientes efectos y responsabilidades que de estos emanen —pero no debemos olvidar que la discapacidad engloba una tipología diversa y que cada discapacidad puede presentar, a su vez, circunstancias y necesidades muy diferentes; cuestiones todas estas sobre las que volveré en breve—.

Y en estrecha relación con el tema que vengo exponiendo está el Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica (en adelante, Real Decreto-ley

1 Publicado en el BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021.

2 De acuerdo con el art. 250 CC, en la redacción dada por la Ley 8/2021, son medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica las medidas de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.

3 De Salas Murillo, S.: "Significado jurídico del 'apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica' de las personas con discapacidad: presente tras diez años de Convención", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2018, núm. 5, p. 4.

4 *Vid.* art. 249 CC, párrafo segundo, reformado por la Ley 8/2021.

1/2021), toda vez que esta vulnerabilidad parece apreciarse especialmente, aunque no solo, en el comercio electrónico. Por lo que, en concordancia con ello, el Real Decreto-ley 1/2021 introduce al Derecho español el concepto de "persona consumidora vulnerable", que no sería otra que aquella que por sus características particulares se encuentra en una situación de especial desventaja, desprotección e indefensión, como posteriormente veremos con más detalle, y en el que se subsume, entre otras, a las personas con discapacidad y, en general, a todas aquellas que presenten determinadas dificultades para acceder a la información en las relaciones de consumo.

En vista de lo expuesto, y para poder tener una visión completa de los problemas y retos jurídicos que plantea el comercio electrónico para las personas con discapacidad, empezaremos por el estudio de la discapacidad y su realidad heterogénea con el propósito de mostrar a continuación que las dificultades de accesibilidad no serán las mismas, por ejemplo, para una persona con discapacidad física o sensorial que para una persona que presenta una discapacidad intelectual o psíquica. Luego nos introduciremos en un breve estudio de las disposiciones que han previsto tanto el Derecho español como el europeo sobre la participación de las personas con discapacidad en el comercio electrónico, haciendo especial referencia a la regulación de su condición de persona consumidora vulnerable. Finalmente, ofreceré algunas soluciones para procurar su accesibilidad real en este campo.

II. LA REALIDAD DE LA DISCAPACIDAD A CAUSA DE SU HETEROGENEIDAD

Las discapacidades, conforme a su tipología más general, pueden ser físicas, sensoriales y psíquicas, mentales o intelectuales (desde ahora, me referiré a esta última modalidad solo como discapacidad psíquica). La realidad de la discapacidad, como se puede ver, es heterogénea y, a su vez, cada tipo de discapacidad puede presentar circunstancias y necesidades muy diferentes, como ya anticipaba en las líneas introductorias, aunque no siempre se repare con el debido detenimiento en estas cuestiones tan importantes a la hora de abordar los distintos asuntos que les conciernen.

Es suficientemente sabido que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD) declara que todas las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica —categoría que comprende, por un lado, la aptitud para ser titular de derechos (y, entiéndase, también de obligaciones), y por otro, la capacidad para ejercitar los derechos de que se es titular—, acentuando su autonomía e independencia individual, incluida su libertad para tomar sus propias decisiones —declaraciones, todas estas, con las que comulga la ya citada Ley 8/2021—. Pero aun con ello, existen sólidas razones para

sostener que tales condiciones no convergerán por igual en todos los casos de discapacidad debido a esa heterogeneidad que antes se ha puesto de manifiesto. Así, puede pasar que las facultades cognitivas y volitivas se vean naturalmente limitadas por una discapacidad psíquica, afectándose directamente, a causa de esta, el sustrato mismo de la plena capacidad de obrar[5].

A ello se debe que, de entre las varias discapacidades conocidas, dada su notable complejidad (en unos casos más que en otros)[6], la que suela suscitar un mayor interés y preocupación sea la discapacidad psíquica, sin que esto deba suponer, bajo ningún sentido, una minusvaloración de las demás discapacidades. Lo que sucede es que hay discapacidades, como las sensoriales y físicas, que no comprometen las facultades de entender y querer de las personas que las padecen, y, en consecuencia, tampoco su capacidad natural de autogobierno. Esto cambia, sin embargo, en una discapacidad psíquica, pues en casos muy concretos, y dependiendo de su grado o intensidad, las personas afectadas por esta discapacidad podrían verse casualmente privadas de su capacidad natural de conocer y querer, como acabamos de ver.

De ahí que deban evitarse, en la medida de lo posible, las referencias generalizadas cuando se alude a las personas con discapacidad y a su derecho de accesibilidad. Para garantizar el disfrute efectivo de sus derechos a todas las personas con discapacidad, se debe atender, en cualquier caso, a las particulares circunstancias que lleva anejas cada discapacidad, porque solo en esa medida será posible alcanzar una integración socio-económica con reales posibilidades de plena actuación autónoma, especialmente de quienes se presentan más vulnerables, como son las personas con discapacidad psíquica. Una exigencia que impone al Derecho español una verdadera obligación de justicia de eliminar no solo los obstáculos físicos (incluso tecnológicos), sino también los obstáculos sociales y normativos, que son los que, la gran mayoría de las veces, impiden en sustancia una verdadera integración de las personas con discapacidad y su participación (autónoma o con apoyos) en los diversos ámbitos del desarrollo humano[7].

5 Cfr. Martínez de Aguirre Aldaz, C.: *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: Reflexiones para una reforma legal*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 82-88.

6 A este respecto, observa con acierto Elizari Urtasun, L.: "Adopción de decisiones en el ámbito clínico por pacientes con discapacidad intelectual, a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: autonomía, sistema de apoyos e interés superior de la persona con discapacidad", *Derecho privado y Constitución*, 2016, núm. 30, p. 340, (cuyas afirmaciones también son válidas para otros ámbitos), que si bien algunos problemas son universales y afectan, en mayor o menor grado, a todas las personas con discapacidad, «las personas con discapacidad intelectual presentan una problemática singular y específica, derivada de su propia discapacidad, que incide en la recepción de la información clínica y en la aceptación o rechazo de un tratamiento, es decir, en el ámbito del ejercicio de su derecho de autodeterminación».

7 Cfr. Santillán Santa Cruz, R.: "Personas con discapacidad psíquica en situaciones de protección transfronteriza. Balance de la Estrategia Europa 2020", en AA.VV.: *Europa en un mundo cambiante: Estrategia Europa 2020 y sus retos sociales: Una perspectiva desde el Derecho Internacional Privado* (dir. por A. Ortega Giménez), Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 99.

III. VENTAJAS E INCONVENIENTES QUE PLANTEA EL COMERCIO ELECTRÓNICO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Como antes mencionaba, las discapacidades son diversas y tienen matices, por lo que, en función de la discapacidad de que se trate, la persona afectada presentará unas características u otras. Lo que lleva a pensar, lógicamente, que los apoyos y ayudas técnicas que las personas con discapacidad pudieran llegar a necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica dependerán, en gran medida —pues pueden verse además condicionados por el entorno socio-familiar de la persona que los requiere—, del tipo de discapacidad que las aqueje en cada caso particular[8]. Y, sobre la base de esta premisa, ahora veremos la cuestión de la accesibilidad de estas personas al comercio electrónico y las ventajas e inconvenientes que este comercio plantea (tanto en general como en específico para ellas), aunque no sin antes abordar el concepto de accesibilidad, su definición y contenido.

Uno de los derechos reconocidos a las personas con discapacidad en el tiempo contemporáneo es el "derecho de accesibilidad". Este derecho responde, al igual que otros comprendidos en la CDPD, al "modelo social de la discapacidad", que se centra en la importancia de las barreras discapacitantes, en las limitaciones de diversa índole que estas producen y en la lucha para desmantelarlas[9]. Con estas ideas de fondo, dicha accesibilidad, prevista en el art. 9 de la CDPD, puede ser definida, en sentido positivo, como aquel derecho que comporta una real posibilidad de acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones —incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC)—, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales.

El derecho de accesibilidad se estructura, dado su amplio alcance, sobre la base de dos exigencias muy claras: por un lado, la necesidad de identificar los obstáculos y barreras que impiden el acceso a los entornos antes mencionados, y por otro, la aplicación de medidas que permitan la eliminación de tales obstáculos y barreras. De acuerdo con esto, como señala la propia CDPD en su art. 9.1, tales medidas se aplicarán, entre otras cosas: i) a los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo; y, ii) a los servicios de información, comunicaciones

8 En consonancia con ello parece pronunciarse De Salas Murillo, S.: "Significado jurídico del 'apoyo", cit., pp. 4-5, cuando dice que la voluntad, libremente formada, de una persona con discapacidad puede necesitar de diversos medios para expresarse, los cuales van "desde apoyos físicos visuales, auditivos, o de eliminación de barreras arquitectónicas en el acceso a las sedes donde se ejercitan los derechos, a aquéllos (*sic*) que faciliten la accesibilidad cognitiva, así como todo lo que pueda considerarse apoyo en el ejercicio de las capacidades volitivas e intelectuales". En este texto, la expresión "apoyos" que aparece al principio debe ser entendida como equivalente de "ayudas técnicas".

9 Cfr. Crow, L.: "Including all for our lives: renewing the social model of disability", en AA.VV.: *Exploring the Divide* (ed. por C. Barnes y G. Mercer), The Disability Press, Leeds, 1996, pp. 55-72.

y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia (en general, hablamos en este último caso de la llamada "accesibilidad electrónica o digital").

Conjunto de cuestiones, todas estas, que era menester precisar antes de sumergirnos en el tema de fondo, pues el asunto de la eliminación de las barreras discapacitantes, de entrada, suele ser tratado con una visión algo reduccionista. Y es que a veces se cae en el error de pensar que garantizar el acceso de las personas con discapacidad a los diversos entornos del desarrollo humano (físico, social, económico, cultural, entre otros), como medio para posibilitar el goce pleno y efectivo de otros derechos, se limita a la supresión de las barreras físicas, arquitectónicas o de diseño[10]. Es cierto que esta acción constituye el primer paso para mejorar sus condiciones de movilidad y accesibilidad, pero con ello solo se atiende a un sector de la discapacidad: el de quienes padecen una discapacidad física o sensorial[11]. El asunto, cuando hablamos de acceso a la tecnología y a los servicios electrónicos, se torna mucho más conflictivo y engloba la aplicación de medidas de la más variada índole.

Visto lo que antecede, y como se había anticipado, el comercio electrónico y el acceso a este por parte de personas con discapacidad es el tópico específico en que se centra el presente estudio.

El comercio electrónico, en general, facilita a los empresarios la realización de su actividad económica (debido a los bajos costes, la celeridad y el aumento de competitividad), a la vez que masifica sus oportunidades de venta/suministro de bienes o servicios y amplía su mercado incluso a relaciones de consumo transfronterizas. Pero tal masificación va también acompañada de la unilateralización al hacerse uso del mecanismo de las condiciones generales de los contratos, "que son el medio a través del cual es posible celebrar un gran número de contratos (*masificación del contrato*, por tanto), cuyo contenido es predispuesto por una sola de las partes contratantes (*unilateralización del contrato*); este último dato provoca riesgo de abusos y desequilibrio en las respectivas posiciones contractuales entre quien redactó el contrato y quien se limitó a firmarlo"[12] o a aceptarlo, si aquel se concluyó por medios informáticos (contratación electrónica).

Desde el prisma del consumidor, por otra parte, dicho comercio ofrece una mayor posibilidad de elección y permite la realización de un sinnúmero de operaciones contractuales, con comodidad y sin desplazamiento físico, desde

10 Sobre esto nos ilustra con mayor detalle Maravall Gómez-Allende, H.: "La protección de los ciudadanos europeos con discapacidad: las políticas sociales de integración y de igualdad de oportunidades", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2006, núm. 11, 2º semestre, pp. 202-203.

11 Cfr. Santillán Santa Cruz, R.: "Personas con discapacidad psíquica", cit., p. 98.

12 Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "El contrato", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de Obligaciones. Vol. I. Teoría general de la obligación y el contrato* (coord. por C. Martínez de Aguirre Aldaz), 4ª ed., Edisofer, Madrid, 2016, p. 312.

cualquier dispositivo electrónico que tenga acceso a Internet. Pero también están los inconvenientes a que antes se aludió relativos al riesgo de abusos y desequilibrio que pueden venir provocados por una aceptación apresurada y no bien informada de las condiciones generales de contratación. Situaciones desventajosas a las que habría que sumar los fenómenos de la asimetría informativa y del conocimiento escaso o nulo en el manejo de nuevas tecnologías, que ya se advirtieron en un inicio, así como el uso de métodos agresivos de distribución y comercialización o de publicidad por parte del comerciante o empresario ("profesionales del mercado") que influyen sobre el consentimiento contractual del consumidor (que carece de dicho carácter profesional).

En este ámbito, que, como se ha podido ver, no es poco complejo, se plantea la ardua tarea de implementar los medios necesarios para posibilitar, de modo real y efectivo, que todas las personas con discapacidad accedan, en igualdad de condiciones que las demás, al comercio electrónico. "Históricamente uno de los grupos más desfavorecidos en el acceso a los contenidos electrónicos han sido las personas con discapacidad, lo que representa para este colectivo una de las mayores frustraciones el no poder acceder a la información, convirtiéndose en un *handicap* importante a la hora de participar en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos"[13] en sectores que dependen de tales contenidos. Y toda vez que el Internet y los dispositivos electrónicos que permiten acceder a él son los recursos de los que se vale el mencionado comercio para su funcionamiento, las barreras a eliminarse parecerían ser principalmente tecnológicas, digitales o electrónicas. Escenario este que, al menos preliminarmente, conduce a pensar que la solución al problema podría estar en procurar productos y tecnología, que, atendiendo a las particulares características de cada discapacidad, maximicen el acceso de las personas que la sufren a las últimas innovaciones de la "sociedad de consumo".

Los problemas de accesibilidad en el contexto descrito se deben, si son vistos desde un plano externo, a la existencia de barreras físicas y tecnológicas. Al respecto, la CDPD, mediante su art. 9.2 literales f) y g), impone a todas las entidades involucradas (sean públicas o privadas) asegurar a las personas con discapacidad su acceso a la información a través de la promoción de formas adecuadas de asistencia y apoyo, así como su acceso a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida Internet. Por lo que, como ya se había advertido, la eliminación de las barreras físicas y tecnológicas solo estaría permitiendo la accesibilidad de las personas con discapacidad física o sensorial, mas no la de las personas con discapacidad psíquica, pues las primeras

13 Segura Hechavarría, L. M.: "La Unión Europea y las personas con discapacidad en el acceso a los contenidos electrónicos", en AA.VV.: *IX Congreso ISKO-ESPAÑA: Nuevas perspectivas para la difusión y organización del conocimiento*, 11-13 de marzo de 2009, p. 24.

con dispositivos electrónicos adaptados a su discapacidad podrían, sin necesidad de medidas de apoyo, acceder al comercio electrónico. Pero las últimas (aquellas que padecen una discapacidad psíquica), siempre que tal discapacidad afecte su posibilidad, ya no tanto de acceder a la web, sino de comprender una información que resulta compleja, necesariamente tendrían que contar con una medida de apoyo para introducirse sin demasiados riesgos en el comercio electrónico.

IV. PREVISIONES LEGALES SOBRE LA MATERIA EN EL DERECHO ESPAÑOL Y EUROPEO: ESPECIAL REFERENCIA AL CONCEPTO DE PERSONA CONSUMIDORA VULNERABLE

En Europa[14], muchos países han sancionado legislaciones en favor de la eliminación de las barreras de accesibilidad electrónica que afectan a las personas con discapacidad[15]. España hizo lo propio a través de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (en adelante, LSSI), en la que se contemplan una serie de previsiones para hacer efectiva la accesibilidad de las personas con discapacidad a la información proporcionada por medios electrónicos, y muy especialmente a aquella suministrada por las Administraciones Públicas; compromiso este último al que se refiere la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 25 de marzo de 2002, sobre accesibilidad de los sitios web públicos y de su contenido.

En concreto, la LSSI recoge en su Disposición adicional quinta (rubricada de la "Accesibilidad para las personas con discapacidad y de edad avanzada a la información proporcionada por medios electrónicos") que: "Las Administraciones Públicas adoptarán las medidas necesarias para que la información disponible en sus respectivas páginas de Internet pueda ser accesible a personas con discapacidad y de edad avanzada, de acuerdo con los criterios de accesibilidad (…). [Asimismo] exigirán que tanto las páginas de Internet cuyo diseño o mantenimiento financien total o parcialmente como las páginas de Internet de entidades y empresas que se encarguen de gestionar servicios públicos apliquen los criterios de accesibilidad antes mencionados" (apartado Uno). En consonancia con lo cual, la citada Disposición continúa señalando que: "Igualmente, se promoverá la adopción de normas de accesibilidad por los prestadores de servicios y los fabricantes de equipos y "software", para facilitar el acceso de las personas con discapacidad o de edad avanzada a los contenidos digitales" (apartado Dos).

14 En el marco de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, DOUE L 108 de 24.4.2002, pp. 33-50.

15 Varias de estas legislaciones europeas son citadas por Segura Hechavarría, L. M.: "La Unión Europea y las personas con discapacidad", cit., pp. 32-35.

La accesibilidad, en tanto presupuesto para el ejercicio o disfrute de otros derechos, es esencial para avanzar hacia la igualdad, y así lo recoge la CDPD, como hemos visto más arriba. Por ello, en la materia que ahora nos interesa, la accesibilidad de las personas con discapacidad a las nuevas tecnologías y a la información proporcionada por medios digitales constituye el umbral primario para garantizar su acceso al comercio electrónico, que, como acabamos de ver, encuentra sus principales disposiciones en la LSSI. Pero también guarda relación con esta la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, sobre Firma Electrónica, que respecto de las personas con discapacidad, en su Disposición adicional novena (sobre "Garantía de accesibilidad para las personas con discapacidad y de la tercera edad"), señala que: "Los servicios, procesos, procedimientos y dispositivos de firma electrónica deberán ser plenamente accesibles a las personas con discapacidad y de la tercera edad, las cuales no podrán ser en ningún caso discriminadas en el ejercicio de los derechos y facultades reconocidos en esta ley por causas basadas en razones de discapacidad o edad avanzada".

Lo anterior va, precisamente, en la línea de lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que prohíbe toda discriminación basada en la discapacidad (art. 21), a la vez que declara que la UE "reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad" (art. 26).

Por ello, a los efectos de minimizar los riesgos de exclusión social y garantizar el acceso de todas las personas, y muy en especial, de las personas con discapacidad, a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, se emitió la Directiva 2019/882 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios. Esta Directiva contiene directrices vinculantes sobre accesibilidad digital y pautas específicas para los servicios que se presten desde equipos informáticos; equipos terminales de consumo con capacidad informática interactiva, usados para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas; equipos terminales de consumo con capacidad de informática interactiva, utilizados para acceder a servicios de comunicación audiovisual; lectores electrónicos; hasta en sitios web de comercio electrónico. Todo lo cual se ajusta a las exigencias propias de la CDPD, aunque, de acuerdo con lo previsto en el art. 2 de la Directiva en cuestión, debe saberse que este instrumento europeo no será aplicable a los citados productos sino hasta después del 28 de junio de 2025.

Ahora bien, en materia de protección al consumidor, en el Derecho europeo y estatal existe normativa orientada a cumplir con este objeto, la cual resulta aplicable a toda persona con discapacidad que integre una relación de consumo.

Así tenemos, en cuanto al primero, la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, y en cuanto al segundo, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Derechos de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGDCU), aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Este texto refundido, cabe indicar, experimentó una amplia reforma en virtud de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que tuvo como principal medida trasladar a nuestro Derecho interno la Directiva 2011/83/UE antes citada, cuya medida más importante fue mejorar la protección de los consumidores en su acceso a la información para contratar a distancia o fuera del establecimiento comercial.

Más recientemente, el TRLGDCU ha vuelto a sufrir modificaciones, esta vez con ocasión del Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica. Entre sus disposiciones más importantes, este Real Decreto-ley introduce en el art. 3 del TRLGDCU el concepto de "persona consumidora vulnerable", siendo en específico el inciso 2 de este artículo el encargado de definir que "tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad".

De acuerdo con Marín López, en el marco de esta nueva regulación, cabe tener presente que "el consumidor vulnerable se define por comparación con el consumidor 'normal', que es el que no está en esa situación especial de vulnerabilidad. A [diferencia] de este, aquel está en una situación de desigualdad en el ejercicio de los derechos, lo que significa que para él es más costoso, difícil o complicado ese ejercicio o que incluso ese ejercicio resulta imposible"[16]. A lo que cabe añadir que, en cualquier caso, y aun cuando la especial situación de subordinación, indefensión o desprotección, que da lugar a dicho estado de vulnerabilidad en la relación de consumo, pudiera producirse por su pertenencia a un colectivo concreto, el consumidor vulnerable siempre será una persona física. "No tienen esta consideración, por tanto, ni las personas jurídicas, ni los entes sin personalidad, que sin embargo sí pueden reputarse consumidores a los efectos del art. 3.1 TRLGDCU"[17].

16 Marín López, M. J.: "El concepto de consumidor vulnerable en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2021, núm. 37, p. 114. https://doi.org/10.18239/RCDC_2021.37.2680

17 Marín López, M. J.: "El concepto de consumidor vulnerable", cit., p. 113.

Al hilo de las aclaraciones que preceden, y atendiendo a esa posibilidad de que la mayor vulnerabilidad del consumidor derive de su pertenencia a un determinado colectivo, se inserta también un apartado 3 en el art. 17 del TRLGDCU con la siguiente redacción: "En el cumplimiento de lo dispuesto en los apartados anteriores, se prestará especial atención a aquellos sectores que, debido a su complejidad o características propias, cuenten con mayor proporción de personas consumidoras vulnerables entre sus clientes o usuarios, atendiendo de forma precisa a las circunstancias que generan la situación de concreta vulnerabilidad".

Se refuerza, con base en el articulado transcrito, la protección de los colectivos vulnerables en las relaciones de consumo, como son el de los menores, las personas de avanzada edad, las personas con discapacidad y, en general, de todas aquellas que presenten determinadas dificultades para acceder a la información contractual; este, como también se extrae de la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 1/2021, es el objeto último del nuevo marco normativo. Razón por la que se han previsto, en la redacción actual del art. 8.1 del TRLGDCU, como derechos básicos de las personas consumidoras vulnerables, además de otros, la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos, así como el acceso a información correcta sobre los diferentes bienes o servicios a contratarse, que facilite el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.

Téngase en cuenta, a mayor abundamiento, que con el Real Decreto-ley 1/2021 se ha cumplido con trasponer al Derecho español el concepto de "consumidor vulnerable" que ya aparecía recogido en la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012, sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables.

En esta Resolución del Parlamento Europeo, el concepto de "consumidor vulnerable" es amplio y se basa tanto en una noción de vulnerabilidad endógena (grupo heterogéneo compuesto por personas consideradas vulnerables de forma permanente por razón de su discapacidad, su edad o su género, etc.) como de entorno (por encontrarse el consumidor en un estado de impotencia temporal procedente de una brecha entre su estado y sus características individuales, por una parte, y su entorno externo, por otra parte, teniendo en cuenta criterios tales como la educación, la situación social y financiera, el acceso a Internet, etc.). Considera también, la citada Resolución, que todos los consumidores, en algún momento de su vida, pueden tornarse vulnerables, ya sea por sus interacciones con el mercado o porque presenten dificultades para acceder a la información y entenderla, y, por tanto, precisarían de una protección especial.

V. CLAVES PARA UNA ACCESIBILIDAD REAL EN EL CAMPO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

En la actual legislación estatal y europea, como se ha dejado constancia, existe una tendencia a considerar a las personas con discapacidad como un colectivo vulnerable que necesita especial protección en las relaciones de consumo. Es de destacar, no obstante, que esta vulnerabilidad a la que en teoría están expuestas las personas con discapacidad no se presentará en todos los casos de discapacidad, y que en los casos en que sí se presente, dicha vulnerabilidad tampoco será la misma, pues habrá matices que vendrán definidos por cada tipo de discapacidad. Incluso, personas afectadas por una misma discapacidad podrían ser vulnerables en distinta medida.

Queda claro que estamos atravesando una profunda transformación social motivada por el auge de la digitalización, cuyo impacto se percibe en la forma en que ahora nos relacionamos y que se extiende a nuevos ámbitos a medida que avanzan las tecnologías de la información y la comunicación. Pero al mismo tiempo se advierte una desigualdad en el acceso a estas alternativas ofrecidas por las TIC, pues determinadas personas encuentran barreras para desarrollar sus actividades por medios electrónicos, siendo aquí donde la promoción de la accesibilidad constituye un justo reclamo de inclusión social. Y es que, como resulta acertado apuntar, "la accesibilidad ha tomado un nuevo significado, ya no se trata sólo (*sic*) del acceso en el sentido tradicional, a los edificios o a los transportes [aunque éste (*sic*) sigue siendo fundamental], sino del acceso, por ejemplo, a una página web o a una aplicación de móvil"[18].

Las TIC son vistas, por todo ello, como una oportunidad para la integración de las personas con discapacidad. Y procurar el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías de la información y la comunicación constituye una acción encaminada a reducir la brecha digital que a aquellas, aunque no por igual en todos los casos, viene afectando[19]. Ello, con el objetivo último de lograr su adecuada inmersión en los diversos ámbitos que hacen uso de esas tecnologías, como son, entre otros, el teletrabajo, la educación a distancia o el comercio electrónico. En este último escenario, conseguir que todas las personas con discapacidad puedan acceder a los contenidos que aparecen en la red es una de las principales metas de accesibilidad. Al respecto, la UE apuesta por poner en marcha el principio de

18 Gascón Marcén, A.: "Los avances de la Unión Europea hacia la accesibilidad digital para las personas con discapacidad", *Revista General de Derecho Europeo*, 2021, núm. 53, p. 82.

19 Para conocer más detalles sobre cómo puede afectar la brecha digital a las personas con discapacidad, *vid.* Goggin, G.: "Disability and digital inequalities: Rethinking digital divides with disability theory", en AA.VV.: *Theorizing digital divides* (ed. Por M. Ragnedda y G. W. Muschert), Routledge, London, 2017, pp. 69-80. También *vid.* Macdonald, S. J. y Clayton, J.: "Back to the future, disability and the digital divide", *Disability & Society,* 2012, vol. 28, pp. 702-718. https://doi.org/10.1080/09687599.2012.732538.

"diseño universal" o "diseño para todos"[20], que consiste en crear productos aptos para el uso del mayor número de personas sin necesidad de adaptaciones ni de un diseño especializado. Pero se trata más de una aspiración que de un objetivo a corto plazo.

El acceso a las nuevas tecnologías es, como acaba de verse, el presupuesto de accesibilidad al comercio electrónico. Pero, como también se había adelantado, este acceso a las nuevas tecnologías no supone un problema para todas las personas con discapacidad, y en los casos en que sí lo suponga, las dificultades de acceso no serán las mismas.

Así, en los casos de discapacidades físicas, los retos de accesibilidad serán básicamente de movilidad y adaptabilidad —y solo para aquellas personas que presenten limitaciones funcionales, totales o parciales, en las extremidades superiores—, mas no, en sentido estricto, de acceso a las nuevas tecnologías ni de comprensión de la información que se comparte por medios electrónicos para las transacciones de bienes y servicios. De modo que las barreras físicas pueden superarse, en este estricto campo, mediante la adaptación de los equipos electrónicos a las necesidades de cada discapacidad física en particular (*v.gr.* adaptación de los ordenadores y adecuación de los programas de dictado de voz).

Parecidamente sucede con las discapacidades sensoriales, y digo parecidamente, porque el acceso a las nuevas tecnologías, dependiendo de la discapacidad sensorial de que se trate, puede representar mayores limitaciones en unos casos que en otros. Por ello, frente a este tipo de discapacidades, puede que ya no se trate solo de salvar las dificultades adaptando los dispositivos electrónicos a las necesidades de la persona que padece la discapacidad (*v.gr.* adaptación de los teclados al diseño Braille), sino que esta puede requerir adicionalmente determinadas ayudas técnicas para lograr su acceso a Internet y, por consiguiente, al comercio electrónico. Por ejemplo, en el caso de limitaciones visuales, se necesitaría que el ordenador traslade la información del documento a voz o a Braille —aunque tampoco se descarta la posibilidad de que en determinados casos se necesite la asistencia técnica de alguna persona—. Y en esta misma línea, las personas con discapacidad auditiva que precisarían de ayudas técnicas serían solo aquellas con dificultades de lectoescritura, bien porque utilizan la lengua de signos, o bien porque no han recibido una formación adecuada en lectoescritura.

Muy distinto a los anteriores es el caso de las discapacidades psíquicas, debido a que estas pueden ser muy variadas y dependiendo del grado de la discapacidad, el acceso a Internet podría llevarse a cabo sin demasiada dificultad, aunque también

20 *Vid.* el Estándar europeo *EN 17161:2019 'Design for All - Accessibility following a Design for All approach in products, goods and services - Extending the range of users'.*

podría suceder que la persona, debido a su discapacidad, se desoriente ante la complejidad de la información. Por lo que, en este último supuesto, la solución al problema no reside tanto en la adaptabilidad de los dispositivos electrónicos, sino en el diseño de un comercio electrónico accesible para todos (con páginas web de manejo sencillo e intuitivo, sin exceso de contenidos y de publicidad, con asistencia técnica, mayores controles de seguridad en las transacciones, etc.). Y, aun así, podría pasar que todo esto no resultara suficiente para un determinado sector de las personas con discapacidad psíquica, quienes, dada su mayor vulnerabilidad en las relaciones de consumo, derivada de su propia discapacidad (que afecta su capacidad de entendimiento)[21], precisarían necesariamente de una medida de apoyo[22] —en cualesquiera de las modalidades reguladas— para adquirir bienes o servicios en el mercado electrónico.

VI. RECAPITULACIÓN CONCLUSIVA

Todo lo anterior pone en evidencia la necesidad de promover estudios sobre esta materia para ir perfilando soluciones a las cuestiones que se han ido mencionando, pues existe en la actualidad una mayor exposición al *e-commerce* o comercio electrónico y se habla incluso, como un concepto cada vez más generalizado, de una economía digital y, por derivación, transfronteriza. Por esta razón, y dada la mayor promoción de la autonomía de las personas con discapacidad, incluidas aquellas que sufren una discapacidad intelectual o psíquica, es preciso que se concreten medidas reales para fomentar y efectivizar su accesibilidad al comercio electrónico.

El real acceso al comercio electrónico pasa por garantizar, como primera medida, la accesibilidad de todas las personas con discapacidad al ámbito electrónico o digital (se trate de productos y servicios o de información en general), constituyéndose así el acceso a las nuevas tecnologías en presupuesto básico de accesibilidad a este comercio. Pero dicho acceso a las nuevas tecnologías, como ha cumplido con advertirse, no supone un problema para todas las personas con discapacidad (así sucede cuando se trata de discapacidades físicas que solo afectan a las extremidades inferiores), y en los casos en que sí lo suponga, las dificultades de acceso tampoco serán las mismas, pues estas dependerán de la discapacidad de

21 A propósito de la participación de las personas con discapacidad psíquica en las relaciones contractuales, resulta ampliamente interesante el análisis efectuado por Carrasco Perera, A.: "Discapacidad personal y estabilidad contractual. A propósito del Anteproyecto de Ley presentado por el Ministerio de Justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad", *Centro de Estudios de Consumo. Publicaciones Jurídicas*, 12 de octubre de 2018, pp. 1-5.

22 Según puede verse del párrafo segundo del art. 249 CC, en la redacción dada por la Ley 8/2021: "Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro".

que se trate. No obstante, y sea como fuere, lo cierto es que, a menor accesibilidad, mayor será el espectro de vulnerabilidad en el comercio electrónico.

Por todo ello, para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al comercio electrónico resulta crucial centrar la mirada en las particulares características de cada discapacidad. Esto se debe a que no son convenientes las generalizaciones cuando entramos en el sector de la discapacidad, y menos aun cuando ponemos a esta realidad en relación con otra tan compleja como es el comercio electrónico. Cuando se generaliza, al menos sí en este ámbito, se corre el riesgo de excluir o apartar, siendo las personas con discapacidad psíquica las más propensas a asumir dicho riesgo, y esto sucede precisamente cuando pensamos que las únicas barreras a eliminar son físicas y tecnológicas. El asunto, sin embargo, es mucho más conflictivo y engloba la aplicación de medidas de la más variada índole.

BIBLIOGRAFÍA:

Carrasco Perera, A.: "Discapacidad personal y estabilidad contractual. A propósito del Anteproyecto de Ley presentado por el Ministerio de Justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad", *Centro de Estudios de Consumo. Publicaciones Jurídicas*, 12 de octubre de 2018, pp. 1-5.

Crow, L.: "Including all for our lives: renewing the social model of disability", en AA.VV.: *Exploring the Divide* (ed. por C. Barnes y G. Mercer), The Disability Press, Leeds, 1996, pp. 55-72.

De Salas Murillo, S.: "Significado jurídico del 'apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica' de las personas con discapacidad: presente tras diez años de Convención", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2018, núm. 5, pp. 1-32.

Elizari Urtasun, L.: "Adopción de decisiones en el ámbito clínico por pacientes con discapacidad intelectual, a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: autonomía, sistema de apoyos e interés superior de la persona con discapacidad", *Derecho privado y Constitución*, 2016, núm. 30, pp. 337-369.

Gascón Marcén, A.: "Los avances de la Unión Europea hacia la accesibilidad digital para las personas con discapacidad", *Revista General de Derecho Europeo*, 2021, núm. 53, pp. 79-108.

Goggin, G.: "Disability and digital inequalities: Rethinking digital divides with disability theory", en AA.VV.: *Theorizing digital divides* (ed. Por M. Ragnedda y G. W. Muschert), Routledge, London, 2017, pp. 69-80.

Macdonald, S. J. y Clayton, J.: "Back to the future, disability and the digital divide", *Disability & Society,* 2012, vol. 28, pp. 702-718. https://doi.org/10.1080/09687599.2012.732538.

Maravall Gómez-Allende, H.: "La protección de los ciudadanos europeos con discapacidad: las políticas sociales de integración y de igualdad de oportunidades", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2006, núm. 11, 2º semestre, pp. 195-214.

Marín López, M. J.: "El concepto de consumidor vulnerable en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2021, núm. 37, pp. 111-120. https://doi.org/10.18239/RCDC_2021.37.2680

Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "El contrato", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de Obligaciones. Vol. I. Teoría general de la obligación y el contrato*

(coord. por C. Martínez de Aguirre Aldaz), 4ª ed., Edisofer, Madrid, 2016, pp. 309-310.

Martínez de Aguirre Aldaz, C.: *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: Reflexiones para una reforma legal*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.

Santillán Santa Cruz, R.: "Personas con discapacidad psíquica en situaciones de protección transfronteriza. Balance de la Estrategia Europa 2020", en AA.VV.: *Europa en un mundo cambiante: Estrategia Europa 2020 y sus retos sociales: Una perspectiva desde el Derecho Internacional Privado* (dir. por A. Ortega Giménez), Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 97-108.

Segura Hechavarría, L. M.: "La Unión Europea y las personas con discapacidad en el acceso a los contenidos electrónicos", en AA.VV.: *IX Congreso ISKO-ESPAÑA: Nuevas perspectivas para la difusión y organización del conocimiento*, 11-13 de marzo de 2009, pp. 23-39.

LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS DE COMPUTACIÓN EN NUBE

LAW APPLICABLE TO CLOUD COMPUTING CONTRACTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1432-1447

Álvaro
MARTÍNEZ
MARÍN

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: El rápido cambio tecnológico, nos sitúa en una nueva era que da lugar a cambios transversales, fundado en datos que nutren Internet. En este sentido, se observa que la informática en la nube, es una de las plataformas que permiten apoyo a todas las nuevas tecnologías que van surgiendo. Su importancia va en aumento ante su creciente uso, a nivel nacional e internacional.

Generalmente, la informática en la nube incluye un componente internacional debido a que los datos se almacenan o se transfieren entre servidores situados en diferentes países. Este elemento extranjero, puede plantear cuestiones sobre ley aplicable en caso de infracción, lo que nos lleva a plantear posibles soluciones al problema de ley aplicable.

PALABRAS CLAVE: Computación en nube, servicios, responsabilidad, ley aplicable.

ABSTRACT: *The Rapid technological change places us in a new era that gives rise to transversal changes, founded on data that nourish the Internet. In this sense, it is noted that cloud computing is one of the platforms that allow support for all the new technologies that are emerging. Its importance is increasing due to its growing use, nationally and internationally.*

Cloud computing generally includes an international component because data is stored or transferred between servers located in different countries. This foreign element can raise questions about applicable law in case of infringement, which leads us to propose possible solutions to the problem of applicable law.

KEY WORDS: *Cloud Computing, services, responsibility ,applicable law..*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. COMPUTACIÓN EN NUBE. 1. Concepto. 2. Tipos de servicios. III. PROBLEMAS JURÍDICOS DE LA COMPUTACIÓN EN NUBE. 1. Ley aplicable a las obligaciones contractual. 2. Ley aplicable a las obligaciones extracontractual. IV. REGLAMENTO 2016/679 DE 27 DE ABRIL DE 2016; PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS FÍSICAS EN LO QUE RESPECTA AL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES Y A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE ESTOS DATOS Y POR EL QUE SE DEROGA LA DIRECTIVA 95/46/CE (REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS) V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Para poder entender el tema a tratar a continuación, hemos de retornar al momento en donde nació la relación contractual. En un inicio, esta se celebraba de manera apalabrada o lo que es lo mismo verbal y fue progresivamente evolucionando hasta nuestros días, donde este modelo ya no es el que brinda mayor seguridad jurídica y son los escritos los que se encuentran a la orden del día.

Estas relaciones contractuales plasmadas en, digamos un "papel", recoge el contrato que se está celebrando, y dentro de este, se establece el objeto del mismo junto con los datos de la persona contratante y contratistas.

A esto mencionado, debemos añadirle la naturaleza digital, la cual se ha ido incorporando progresivamente en materia contractual, celebrándose una gran parte de estas relaciones contractuales mediante medios digitales, o lo que es lo mismo a partir de la red que nos permite conectar de manera global con otros individuos o empresa para llevar a cabo este tipo de relaciones.

Ahora bien, y volviendo al hilo del objeto, y para poder tratar este asunto me he de dirigir a la responsabilidad que surge de las relaciones contractuales.

Esta responsabilidad surge del incumplimiento de la relación establecida, la cual es contractual. Dicha acción ejercida por una de las partes puede limitarse al marco del contrato o puede ser extra a él. Dicha responsabilidad puede surgir ya sea por un incumplimiento de lo pactado u otras causas como la que se va a tratar en este escrito en relación a la privacidad de los individuos de sus datos personales.

Esta responsabilidad derivará en consiguiente en que ley, será la aplicable a cada caso, y como dicta la legislación europea y acorde a esta, dependerá bastante

• Álvaro Martínez Marín
Master Abogacía y Derecho de las Nuevas tecnologías
Universidad Pablo de Olavide
alvaromm99@gmail.com
Perspectiva internacional del derecho contractual

acorde al tipo de contrato o por el objeto del mismo. Esta cuestión, es necesaria entender para tener un conocimiento básico, para poder determinar la ley aplicable en dichas relaciones.

Acorde a lo referido con la privacidad de los individuos de sus datos personales, y en relación a esto, puede surgir diversas situaciones donde una de las partes de esta relación surgida mediante la red, divulgue accidental o ilegítimamente información confidencial de un cliente de la nube. Esta situación a día de hoy, surge con mayor frecuencia y de formas complejas, tomando en cuenta que muchos proveedores de servicios alojan datos de sus clientes en cualquier país en el que opere, apareciendo, por tanto, ese elemento extranjero en la presente relación contractual.

Dicho todo esto, este escrito tendrá como tema principal, determinar cuál será ley aplicable en supuestos, en los que un cliente sube datos a la nube de un proveedor de servicios, proveniente dicha acción de una relación contractual, y estos, violen la privacidad de los datos subidos por dicho cliente, ya sea, por ejemplo, con la venta a terceros de dichos datos.

Tratando, por tanto, de presentar las diversas situaciones conflictivas y complejas que pueden surgir sobre la violación de la privacidad de los datos personales de los clientes en una relación contractual. Así como, de dar una respuesta clara y concisa sobre que ley se amparará el sujeto perjudicado cuando se produzcan dichas situaciones.

II. COMPUTACIÓN EN NUBE

1. Concepto

Puede definirse como el almacenamiento, tratamiento y utilización de datos en ordenadores a distancia a los que se tiene acceso a través de Internet[1], es decir, la computación en nube permite la disponibilidad de capacidad informática en todas partes y para cualquier persona.

La computación en nube se define por las siguientes características: autoservicio a pedido; acceso a la red; combinación de recursos; elasticidad; y escala de servicios[2].

1 Comisión Europea: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Liberar el potencial de la computación en nube en Europa ({SWD(2012) 271 final}, Bruselas, 27 de septiembre de 2012, COM(2012) 529 final, pág. 2.

2 CNUDMI/UNICITRAL: Labor prevista y posible labor futura: parte cuarta Propuesta del Gobierno del Canadá: posible labor futura en materia de comercio electrónico: cuestiones jurídicas que afectan a la informática "en la nube", Viena, 29 de junio a 16 de julio de 2015, p. 3.

Desde un punto de vista empresarial, los servicios de CC son especialmente relevante. Externalizando las empresas las capacidades de procesamiento de datos, los recursos basados en Internet y la entrega de aplicaciones de tecnologías de la información y la comunicación, almacenamiento y espacio de memoria a los servicios en la nube. Para reducir así costes.

2. Tipos de servicios

Debido a la amplia variedad de los servicios ofrecidos para, mediante la tecnología suministrar los mismos. Es necesario y útil clasificar estos servicios dividiéndolos en tres categorías[3]:

I. Infrastructure as a Service; es el suministro de servicios en la nube en los cuales una organización adquiere externamente los recursos y los equipos que utiliza para prácticamente todas sus operaciones de informática.

II. Platform as a Service; es una categoría de servicios de informática en la nube que suministran una plataforma y un entorno para que los desarrolladores puedan crear aplicaciones. Sin embargo, no administran ni controlan la infraestructura de la nube central, como servidores, sistemas operativos o almacenamiento.

III. Software as a Service; suele ser la categoría de servicios de informática en la nube más utilizada para necesidades personales. Los usuarios de este servicio pueden tener acceso, a través de la Internet, a aplicaciones y programas informáticos que ya están listos para su consumo personal.

Dicho esto, existen diversas combinaciones para implementar la plataforma en la nube[4], como son la nube privada, utilizada principalmente por empresas que le aportan una gran ventaja con respecto a la nube pública; la nube pública, que permite a los usuarios el acceso a recursos de cómputo compartidos, a través de internet; la nube híbrida, compuesta de dos o más nubes, que permanecen como entidades únicas pero que coexisten por tener tecnología que permite compartir datos entre las mismas y la nube comunitaria, cuya infraestructura es compartida por varias organizaciones.

3 OCDE, "Cloud Computing and Public Policy", documento informativo elaborado para el ICCP Technology Foresight Forum, 14 de octubre de 2009, pár. 16; J. L. Vidal Portables: "Cloud computing: su problemática jurídica", *Actas de derecho industrial y derecho de autor,* Tomo 31, 2010-2011, pp. 455 - 456.; J. Sluijs; P. Larouche; W. Sauter: "Cloud Computing in the EU Policy Sphere Interoperability, Vertical Integration and the Internal Market", *JIPITEC,* 2012, núm. 3, pp. 14 y 15.

4 L. Joyanes Aguilar: "Computación en la nube (Notas para una estrategia española en cloud computing)", *Revista del instituto español de estudios estratégicos,* núm. 0, 2012. Disponible en: http://publicaciones.defensa.gob.es/pprevistas/46f2896b-fb63-65ab-9bdd-ff0000451707/pubData/source/R_IEEE_0.pdf#page=87 (última visita: 30/07/2018).

III. PROBLEMAS JURÍDICOS DE LA COMPUTACIÓN EN NUBE

En cuanto hacemos mención a la computación en nube, podemos intuir la existencia de algún elemento internacional. Esto sucede debido al uso de los datos, los cuales se almacenan frecuentemente en servidores situados en otros países, pudiendo dar lugar, ya sea en el almacenamiento o en la trasferencia a estos servidores, a que suceda algún tipo de divulgación accidental, así como alguna interrupción de los servicios en la nube o la pérdida de datos.

Estas situaciones, en cuanto a que los servidores se encuentran en el extranjero, pueden desencadenar en que conozcan del asunto más de un Tribunal, así como la presencia de varias leyes.

Debido a estas situaciones que pueden surgir, será necesario tener en cuenta unas directrices, para poder, identificar y distinguir los derechos y obligaciones de los servicios en la nube. Ahora bien, la naturaleza de la computación en nube, tantea cuestiones sobre ley aplicable en caso de infracción, en materia contractual o extracontractual, pues el lugar de establecimiento de un prestador de servicios, será difícil y a veces imposible de determinar.

Esto da a entender el riesgo que plantea el uso de los servicios de computación en nube, pues si los criterios de aplicabilidad de la legislación no son, ni están lo suficientemente claros, la responsabilidad se diluye con respecto de las operaciones llevadas a cabo por los proveedores de servicios.

1. Ley aplicable a las obligaciones contractual

A la hora de aplicar la ley en un supuesto de vulneración contractual realizada en la computación en nube, hay que distinguir entre la libre elección de la ley y la falta de elección de la misma, recogido esto en el Reglamento 598/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

Con respecto a la libre elección de la ley aplicable, este se recoge en el artículo 3.1 del Roma I, "el contrato se regirá por la ley elegida por las partes". Esto, evitará conflictos entre las partes sobre Ley del contrato, siendo esta elección manifestada de forma expresa o inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso.

Ahora bien, puede darse el caso recogido en el artículo 3.3 del Roma I, es decir que "cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la

ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo". Limitando, por tanto, la Ley aplicable al contrato por las normas imperativas del país con el que el contrato está objetivamente vinculado. Hay que tener en cuenta que, si la Ley elegida ofrece una protección inferior al consumidor a la que brindan las leyes imperativas de la Ley del Estado de la residencia habitual del consumidor, la Ley elegida no se aplicará al contrato.

Dicho esto, puede darse en estas relaciones contractuales la falta de cláusula de elección. Cuando esto sucede, en primer lugar, no remitimos al artículo 4 del Roma I, determinando ante que tipo de contrato nos encontramos. Los contratos utilizados para el uso de la computación en nube pueden llegar a calificarse como un contrato de servicios, de alquiler, de externalización, de licencia, como un contrato mixto o de otro tipo.

Sin embargo, estos tipos de contratos se encuentran fuera del ámbito de los tipos de contratos reflejados en el artículo 4,1 del Reglamento, debiendo por ende remitirnos al artículo 4.2 del Roma I para buscar la ley aplicable en el caso de la falta de elección o bien al artículo 4.3 del Roma I, cuando resulte claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país.

Para dar respuesta a esto último, debido a que nos encontramos en un entorno virtual, y por ende cuestiones como determinar la residencia habitual se vuelve muy compleja, resulta acertado plantear la identidad electrónica como un criterio de conexión, ya que guarda relación con la residencia, en este caso electrónica[5]. La identidad electrónica, en la computación en nube, es una identidad que se compone de información almacenada y transmitida a los distintos usuarios de ésta[6]. Es un elemento fundamental, que vincula la información a su propietario, localizado en algún Estado dando lugar a su localización, y, por tanto, al buen manejo efectivo y seguro de los datos específicos que dan entrada a la nube.

Dentro de la nube, se producirán dos elementos para facilitar la identidad de la persona que pretende acceder a la nube. Siendo la identidad fijada al individuo y otra fijada a la propia transacción que se realiza. La primera, será la que identifique a las partes y, por tanto, tendrá un efecto directo sobre la formación y la exigibilidad del contrato, determinando así su capacidad para obligarse contractualmente, al incluir elementos tales como el nombre de la persona jurídica, su forma legal, su número de inscripción en el registro, su domicilio social o dirección del centro de negocios, junto con la mención de sus documentos fundacionales. La segunda,

5 M.ª Diago Diago: "La residencia digital como nuevo factor de vinculación en el Derecho Internacional Privado del Ciberespacio ¿posible conexión de futuro?", *Diario LA LEY,* núm. 8432, 2014, p. 2.

6 A. Merchán Murillo: "Identidad electrónica: necesidad de un entorno transfronterizo de confianza" en A. Madrid Parra (Dir.), *Derecho mercantil y tecnología,* Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 181-183.

sería el cuerpo más grande de la información de la transacción y que se actualiza continuamente, en función de las transacciones que realice en la nube.

Si lo anterior no fuera suficiente, habrá que apreciar el contrato en concreto y las vinculaciones específicas, de dicho contrato, con los distintos países atendiendo, como indica el TJUE, en su Sentencia de 23 de octubre de 2014, asunto C-305/13, a la "apreciación global de la totalidad de los elementos objetivos que caracterizan la relación contractual y apreciar el elemento o elementos que, a su juicio, son más significativos" y "en el supuesto de que se alegue que un contrato presenta lazos más estrechos con un país que no sea el país cuya ley venga designada en virtud de la presunción que establece dicho apartado, el juez nacional deberá comparar los lazos existentes entre el contrato y el país cuya ley venga designada en virtud de la presunción, por una parte, y entre el contrato y el otro país de que se trate, por otra.

El juez nacional deberá tener en cuenta todas las circunstancias que concurran, incluida la existencia de otros contratos relacionados con el contrato en cuestión"[7].

Una presunción a favor de la ubicación sería la indicación que da el propio prestador de servicios sobre su establecimiento, entendiendo éste como el lugar donde una parte mantiene un centro de operaciones no temporal, para realizar una actividad económica distinta del suministro transitorio de bienes o servicios desde determinado lugar. En caso de que el prestador tuviera más de un establecimiento podría determinarse a través de la que la relación más estrecha con el contrato pertinente, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o al concluirse éste, refiriéndonos con ello sólo a la relación más estrecha del contrato.

Esta presunción resulta más razonable que la de determinar un factor de conexión la ubicación del equipo y la tecnología, ya que, si bien puede ser criterio para determinar los vínculos más estrechos, no necesariamente es el más importante, entre otras cosas porque es más que rebatible y no es absoluta al poder llevar aparejadas situaciones de fórum shopping.

Por todo ello, a exclusión del primer apartado del artículo 4 del Reglamento Roma I, se desencadenará una disputa para ver si con la identidad electrónica es suficiente para poder determinar el país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato, o bien si la

7 STJUE de 23 de octubre de 2014, Haeger & Schmidt GmbH y Mutuelles du Mans assurances IARD (MMA IARD), Jacques Lorio, Dominique Miquel, en calidad de administrador concursal de Safram intercontinental SARL, Ace Insurance SA NV, Va Tech JST SA, Axa Corporate Solutions SA, asunto C 305/13, apartados 49 y 51.

cláusula de escape donde los vínculos más estrechos del contrato son capaces de determinar a que país se une y por lo cual que ley será la aplicable.

2. Ley aplicable a las obligaciones extracontractual.

En lo referente a la obligación extracontractual, debemos de entender que, un tercero no puede exigir la ejecución de ningún aspecto del contrato de informática en la nube, al no haber asegurado la protección de sus datos personales. Por ello, la reclamación contra el proveedor de servicios en la nube también podrá efectuarse en el marco del derecho de responsabilidad civil extracontractual[8].

Dicho esto, y calificando el objeto del litigio como materia extracontractual, será competente el Reglamento Roma II[9].

Ahora bien, cuando las obligaciones extracontractuales deriven en la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad, será competente de ellos el artículo 10,9, primer párrafo, del Código civil, que dice lo siguiente; "las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven".

Con respecto a la ley aplicable[10], hay que tener en cuenta que los ilícitos por Internet son ilícitos a distancia, por lo que deberá aplicarse exclusivamente la Ley aplicable del país donde se verifica el daño.

Por ende, el artículo 10,9-1 CC se interpreta de dos maneras para señalar la Ley aplicable: Primero, la del país de residencia habitual de la víctima, al tratarse del país donde se ha producido el mayor daño; o las Leyes de los países donde se haya difundido el material que vulnera los derechos de la personalidad.

Dicho lo anterior, las leyes españolas que regulan los derechos al honor, intimidad y propia imagen no contienen normas que conflicto de leyes que determinen la Ley aplicable a estos derechos en los casos internacionales[11]. A lo

8 A-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, "El Reglamento Roma II: Reglas generales sobre determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales", *Revista crítica de Derecho inmobiliario,* núm. 712, 2009, pp. 862-864

9 Las obligaciones extracontractuales derivadas de un uso indebido del nombre de una persona física también quedan excluidas, pues como comentan A-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González: "parece ser que la exclusión presenta un alcance general, por lo que alcanzaría también a este supuesto" (Véase: Cf. A-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, Derecho Internacional Privado…, op. cit., p. 1363).

10 J. Carrascosa González, "La protección de los datos personales en un escenario tecnológico supranacional: Cloud computing, tribunales competentes y ley aplicable", en J. Valero Torrijos (coord.), *La protección de los datos personales en internet ante la innovación tecnológica (riesgos amenazas y respuestas desde la perspectiva jurídica),* Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 113-130.

11 P. Abarca Junco, "El derecho a la intimidad en el Derecho internacional privado español", B.F.D. de la UNED, nº 2 (1992), pp. 7-27.

cual, surgen tesis sobre cuál debe ser la Ley reguladora de estos derechos[12]. Siendo la principal la del sistema de responsabilidad no contractual, determinándose como la ley aplicable a los derechos de la personalidad se fija mediante el art.10, 9-1 CC., que conduce a la Ley del país donde se ha producido la vulneración del derecho de la personalidad[13].

Para determinar el país donde se produce el daño, habrá de tener en cuenta que las vulneraciones de los derechos de la personalidad se producen mediante una cadena de ilícitos. De esta forma, si el tratamiento de datos se desarrolla, en distintas fases, cada acción se regirá por la Ley del país en cuyo territorio haya tenido lugar.

Ahora bien y dicho lo anterior, para determinar la Ley aplicable a una infracción de los derechos de la personalidad, la cuestión deberá subsumirse en el artículo 9,1 C.C. La Ley aplicable a los derechos de la personalidad es la "ley nacional" del sujeto afectado, que le seguiría allí donde se encuentre. Ello garantizaría tanto la permanencia necesaria de las normas que rigen el estatus jurídico de la persona, como la conexión psicológica de la persona con su ambiente cultural. Un sector de la doctrina española se ha manifestado en esta línea.

Con todo esto, hay que examinar a su vez si la exclusión del Reglamento Roma II también afecta a las personas jurídicas.

La protección de derechos fundamentales de los individuos puede darse, no solo mediante su tutela individual, sino también mediante su tutela en las organizaciones de que los individuos se valen. De esta manera, allí donde negar a una organización la protección de los derechos fundamentales individuales, podrá extenderse su protección reforzada a las personas jurídicas. Por ejemplo, si las personas jurídicas gozan de capacidad procesal es natural que gocen de la tutela judicial efectiva.

Por lo tanto, la duda gira en torno a la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad. Las personas jurídicas pueden declararse víctimas de una violación de los derechos de la personalidad. Los derechos al honor, a la propia imagen y a la intimidad se vulneran constantemente en Internet

12 J. Carrascosa González: "Circulación internacional de datos personales informatizados y la Directiva 95/46/CE", *Actualidad Civil,* núm.23, 2-8 junio 1997, pp. 509-539; "Régimen jurídico del flujo internacional de datos automatizados de carácter personal", en *Revista General de Derecho,* octubre-noviembre-diciembre 1992, pp.9527 - 9548; "Protección de la intimidad y tratamiento automatizado de datos personales en Derecho internacional privado", en Revista Española de Derecho Internacional, 1992-1, vol. XLIV, pp. 417-442; "La Directiva 95/46/CE: Entre la protección de la intimidad y la libre transferencia internacional de datos personales automatizados", Economist & Jurist, enero / febrero, 1997, pp. 30-35.

13 L. Garau Juaneda: "Las fuentes españolas en materia de ley aplicable a la responsabilidad por ilícito civil", *La responsabilidad internacional. XIII Jornadas Asociación española de profesores de Dcho.internacional y Rel. internacionales,* Alicante, 1990, pp.403-450.

y las noticias falsas son un gran problema a día de hoy, afectando seriamente al éxito comercial y a la viabilidad de las empresas por lo que la protección efectiva de esos derechos económicos, se relacionan con la protección de sus derechos de la personalidad.

Así, atendiendo a lo dicho, tras determinar el Tribunal competente "el lugar del daño donde se ha producido la vulneración de los derechos de la personalidad, verificados en internet", se aplicará la exclusión del artículo 1,2-g del Reglamento Roma II y, por ende, se aplicará las normas internas de cada Estado miembro[14].

Siendo aplicable, en nuestro sistema de Derecho Internacional Privado el artículo 10,9-1 CC, con la problemática que conllevaría, ya que su aplicación puede ocasionar dificultades en la práctica, al no tener en cuenta la especificidad de los distintos tipos de responsabilidad civil y no dar una respuesta satisfactoria para los daños a distancia[15], por ejemplo, la difamación en internet[16].

IV. REGLAMENTO 2016/679 DE 27 DE ABRIL DE 2016; PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS FÍSICAS EN LO QUE RESPECTA AL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES Y A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE ESTOS DATOS Y POR EL QUE SE DEROGA LA DIRECTIVA 95/46/CE (REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS)

Con respecto a este reglamento hay dos artículos principales a tener en cuenta, el artículo 3 y 79. Con respecto al primer artículo se refiere al ámbito territorial donde se aplica este reglamento, es decir, se aplicará en los siguientes casos:

1. Se aplica al tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la Unión, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no.

2. El presente Reglamento se aplica al tratamiento de datos personales de interesados que residan en la Unión por parte de un responsable o encargado no establecido en la Unión.

3. El presente Reglamento se aplica al tratamiento de datos personales por parte de un responsable que no esté establecido en la Unión sino en un lugar en que el Derecho de los Estados miembros sea de aplicación en virtud del Derecho internacional público.

14 J.J. Álvarez Rubio: *Difamación y protección de los derechos de la personalidad: Ley aplicable en Europa,* Thomsom Reuters Aranzadi, 2009, pp. 156 - 161.

15 A. Rodríguez Benot; B. Campuzano Díaz; M.ª. A. Rodríguez Vázquez; A. Ybarra Bores: *Manual de Derecho Internacional Privado,* 4ª Ed. Tecnos, 2017, p. 279.

16 M. Eslava Rodríguez: "El locus delicti commissi en los ilícitos contra la vida privada cometidos a través de Internet", *Informática y Derecho,* 34, 20014, pp. 15-38.

Ahora bien, con respecto al artículo 79, se refiere al derecho a la tutela judicial efectiva contra un responsable o encargado del tratamiento, cuando ocurra algunas de las situaciones planteadas u otras que no estén presentes en este escrito, pero puedan darse.

Concretamente da derecho a todo interesado a la tutela judicial efectiva cuando considere que sus derechos en virtud del presente Reglamento han sido vulnerados como consecuencia de un tratamiento de sus datos personales.

Además, busca establecer el tribunal competente para conocer del asunto del cual hablamos al principio diciendo que; "Las acciones contra un responsable o encargado del tratamiento deberán ejercitarse ante los tribunales del Estado miembro en el que el responsable o encargado tenga un establecimiento. Y podrán ejercitarse ante los tribunales del Estado miembro en que el interesado tenga su residencia habitual, salvo que el responsable sea una autoridad pública de un Estado miembro que actúe en ejercicio de sus poderes públicos".

Dicho esto, vemos que este reglamento da un paso más con respecto a los reglamentos Roma I y II, para dar concreción a situaciones ambiguas y en el aire, pero no definitivas pues pueden variar como anteriormente se ha ido demostrando acorde a las circunstancias de cada caso.

V. CONCLUSIONES

La CC plantea cuestiones importantes que deben llevar a examinar las cuestiones jurídicas que afectan al suministro de servicios, ante el aparente desequilibrio que se presenta entre los derechos y las obligaciones de los participantes en un contrato de informática en la nube u otras evidencias, todo ello con vistas a mejorar el comercio internacional.

De esta forma, surge la necesidad de analizar y profundizar en un marco jurídico adecuado, para que tanto los ciudadanos como las empresas puedan confiar en la tecnología con la que interactúan, disponer de un entorno jurídico predecible y contar con la garantía efectiva de que van a protegerse sus derechos y libertades.

En este contexto, debe prestarse especial atención a las cuestiones relacionadas con la Ley aplicable a los contratos de CC. Estos contratos plantean problemas en los que es posible que los factores tradicionales pueden no ser suficientemente fáciles de identificar. Por ello, planteamos la necesidad de revisar determinados criterios para evitar que la responsabilidad se diluya respecto de las operaciones llevadas a cabo por los proveedores de servicios, si los criterios de aplicabilidad de la legislación no están lo suficientemente claros

BIBLIOGRAFÍA

A. Ortega Giménez: Transferencias internacionales de datos de carácter personal ilícitas, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

A. Merchán Murillo: "Identidad electrónica: necesidad de un entorno transfronterizo de confianza" en A. Madrid Parra (Dir.), Derecho mercantil y tecnología, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 179 – 209.

A-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, Derecho Internacional Privado, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018.

A-L Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González: Las obligaciones extracontractuales en el Derecho internacional privado: el Reglamento Roma II, Ed. Comares, Granada, 2008.

A. Rodríguez Benot; B. Campuzano Díaz; M.ª. A. Rodríguez Vázquez; A. Ybarra Bores: Manual de Derecho Internacional Privado, 4ª Ed. Tecnos, 2017.

B. Shojaiemehra Amir; M. Rahmania Nooruldeen; N. Qader: "Cloud computing service negotiation: A systematic review", Computer Standards & Interfaces, vol., 2018, pp, 196-206.

CNUDMI/UNICTRAL: A/CN.9/509 - Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de 39º período de sesiones, Nueva York, 17 a 28 de junio de 2002.

CNUDMI/UNCITRAL: Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, Nueva York, 2007.

CNUDMI/UNCITRAL: Propuesta del Gobierno del Canadá: posible labor futura en materia de comercio electrónico: cuestiones jurídicas que afectan a la informática "en la nube", Nueva York, 7 a 18 de julio de 2014.

CNUDMI/UNICITRAL: Labor prevista y posible labor futura: parte cuarta Propuesta del Gobierno del Canadá: posible labor futura en materia de comercio electrónico: cuestiones jurídicas que afectan a la informática "en la nube", Viena, 29 de junio a 16 de julio de 2015.

CNUDMI/UNICTRAL: Aspectos contractuales de la computación en la nube, Nueva York, 24 a 28 de abril de 2017

Comisión Europea: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Liberar el potencial de la computación en nube en Europa ({SWD (2012) 271 final}, COM (2012) 529 final, Bruselas, 27 de septiembre de 2012.

J.J. Álvarez Rubio: Difamación y protección de los derechos de la personalidad: Ley aplicable en Europa, Thomsom Reuters Aranzadi, 2009.

J. Carrascosa González, "La protección de los datos personales en un escenario tecnológico supranacional: Cloud computing, tribunales competentes y ley aplicable", en J. VALERO TORRIJOS (coord.), La protección de los datos personales en internet ante la innovación tecnológica (riesgos amenazas y respuestas desde la perspectiva jurídica), Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 113-130.

J. Carrascosa González: "Circulación internacional de datos personales informatizados y la Directiva 95/46/CE", Actualidad Civil, núm.23, 2-8 junio 1997, pp. 509-539.

J. Carrascosa González: "Régimen jurídico del flujo internacional de datos automatizados de carácter personal", en Revista General de Derecho, octubre-noviembre-diciembre 1992, pp.9527 – 9548.

J. Carrascosa González: "Protección de la intimidad y tratamiento automatizado de datos personales en Derecho internacional privado", en Revista Española de Derecho Internacional, 1992-1, vol. XLIV, pp. 417-442.

J. Carrascosa González: "La Directiva 95/46/CE: Entre la protección de la intimidad y la libre transferencia internacional de datos personales automatizados", Economist & Jurist, enero / febrero, 1997, pp. 30-35.

J.Sluijs; P. Larouche; W. Sauter: "Cloud Computing in the EU Policy Sphere Interoperability, Vertical Integration and the Internal Market", JIPITEC, 2012, núm. 3, pp. 130 – 149.

J. L. Vidal Portables: "Cloud computing: su problemática jurídica", Actas de derecho industrial y derecho de autor, Tomo 31, 2010-2011, pp. 449-474.

L. Garau Juaneda: "Las fuentes españolas en materia de ley aplicable a la responsabilidad por ilícito civil", La responsabilidad internacional. XIII Jornadas Asociación española de profesores de Dcho.internacional y Rel.internacionales, Alicante, 1990, pp.403-450.

L. Joyanes Aguilar: "Computación en la nube (Notas para una estrategia española en cloud computing)", Revista del instituto español de estudios estratégicos, núm. 0, 2012

Mª Diago Diago: "La residencia digital como nuevo factor de vinculación en el Derecho Internacional Privado del Ciberespacio ¿posible conexión de futuro?", Diario LA LEY, núm. 8432, 2014.

M. Eslava Rodríguez: "el locus delicti commissi en los ilícitos contra la vida privada cometidos a través de Internet", Informática y Derecho, 34, 20014, pp. 15-38.

M. Aguilar Benítez De Lugo: Lecciones de Derecho civil internacional, Ed. Tecnos, Madrid, 1996.

EL DERECHO DE DESISTIMIENTO DEL CONSUMIDOR EN LA PRECOMPRA O SUMINISTRO ANTICIPADO DE CONTENIDOS DIGITALES

THE CONSUMER'S RIGHT OF WITHDRAWAL IN THE PRE-PURCHASE OR ADVANCE SUPPLY OF DIGITAL CONTENT

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1448-1465

Alejandro
ZORNOZA
SOMOLINOS

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: La precompra, o suministro anticipado de contenidos digitales, es la práctica por la cual el consumidor adquiere, a cambio de precio, un archivo con contenido digital bloqueado y al que no podrá acceder hasta que se cumpla una condición de pendencia, que por lo general será la llegada de la fecha oficial de lanzamiento del producto. En el contexto del suministro de contenidos digitales que no se prestan en soporte material, el legislador concede al empresario la facultad de exceptuar el derecho de desistimiento del usuario con la finalidad de proteger los derechos de autor y los intereses legítimos de terceros. A la luz de las prácticas de mercado, este trabajo analiza si esta excepción debe estar al servicio del empresario también en los supuestos de suministro anticipado, aun cuando el riesgo de acceso al contenido ya no sirve para fundamentar dicha excepción.

PALABRAS CLAVE: Contenido digital, compra anticipada, derecho de desistimiento, comercio electrónico, consumidor.

ABSTRACT: *The pre-order of digital content is the practice whereby the user acquires digital content in exchange for a price, but will not be able to enjoy it until a condition of pendency is met, generally the official release date. In the context of the supply of digital content, the lawmaker grants the entrepreneur the power to exempt the user's right of withdrawal in order to protect copyright and the legitimate interests of third parties. In the light of market practice, this paper examines whether this exception should also be available to the entrepreneur in cases of advance supply, even if the risk of access to the content no longer serves as a basis.*

KEY WORDS: *Digital content, pre-order, right of withdrawal, e-commerce, consumer.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. EL CASO: LOS CONSUMIDORES ALEMANES CONTRA NINTENDO. III. EL MARCO JURÍDICO DEL SUMINISTRO DE CONTENIDOS DIGITALES. IV. EL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN EL SUMINISTRO DE CONTENIDOS DIGITALES. V. EL DESISTIMIENTO EN LA PRECOMPRA O SUMINISTRO ANTICIPADO DE CONTENIDOS DIGITALES SIN SOPORTE MATERIAL VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El comercio electrónico suele identificarse con la práctica de comprar bienes o contratar servicios a través de Internet, siendo que esos bienes o servicios tienen después una representación y existencia en el mundo físico. Sin embargo, desde hace más de una década, la legislación comunitaria en materia de protección de los consumidores ha reservado una serie de disposiciones para aquellos contratos o servicios que, además de formarse de manera electrónica, también se ejecutan de manera virtual, de modo que lo que el consumidor o usuario recibe como contraprestación es un contenido digital sin soporte material o un servicio digital.

La reciente aprobación y entrada en vigor de una serie de Directivas comunitarias (a saber, la Directiva 2019/2161 sobre la mejora y la modernización de las normas de protección de los consumidores,[1] la Directiva 2019/770 sobre los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales,[2] y la Directiva 2019/771 sobre los contratos de compraventa de bienes con contenido digital,[3] en adelante y respectivamente, D. 2019/2161, D. 2019/770 y D. 2019/771) viene a reafirmar la importancia de los contenidos digitales para el comercio electrónico.

Junto a las nuevas normas de mercado y protección de los consumidores, las Directivas traen también la reformulación de viejos conceptos y el fortalecimiento

1 Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión, DOUE L 328, 18.12.2019, pp. 7–28.

2 Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, DOUE L 136, 22.5.2019, pp. 1–27.

3 Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.° 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE, DOUE L 136, 22.5.2019, pp. 28–50.

• Alejandro Zornoza Somolinos
Profesor de Derecho Mercantil
UCAM Universidad Católica de Murcia
azornoza@ucam.edu

de determinadas garantías y derechos, especialmente, y en lo que aquí interesa, los que se refieren a la conformidad de los contenidos digitales y al derecho de desistimiento.

Entre las empresas dedicadas al suministro de contenidos digitales que no se prestan en soporte material (plataformas digitales de libros, cine, música o juegos, por ejemplo) se ha popularizado la práctica de la venta anticipada, según la cual, después de abonar el precio, el consumidor recibe los contenidos digitales, pero no podrá tener acceso a ellos hasta que se produzca un determinado evento que, generalmente, será la llegada del día del lanzamiento al mercado del producto.

En relación al suministro de contenidos digitales, y a favor del consumidor, se articula un derecho de desistimiento que le otorga la facultad de dejar sin efecto el contrato celebrado, pero, al mismo tiempo, se concede al empresario la posibilidad de establecer una excepción que le permite evitar que el derecho de desistimiento del consumidor llegue a nacer.

Este trabajo, que tiene por objeto el estudio del fundamento de la excepción del derecho de desistimiento en los contratos de suministro anticipado de contenidos digitales que no se prestan en soporte material, se expone como sigue: en primer lugar, se comenta la Sentencia de 6 de diciembre de 2019, del Tribunal de Primera Instancia de Frankfurt,[4] sobre la posibilidad de la empresa de exceptuar el derecho de desistimiento en los contratos de suministro anticipado de contenidos digitales. A continuación, se analiza la naturaleza jurídica de los contenidos digitales, el fundamento del derecho de desistimiento del consumidor y la facultad del empresario de disponer de éste en determinados casos y, en particular, la posibilidad de que exista la potestad de exceptuar el derecho de desistimiento en los casos de suministro anticipado de contenido digital cuando éste no se preste en soporte material.

En otro orden, anotar que este estudio se centra en el suministro de contenidos digitales cuando la prestación es única (es decir, un único acto de suministro, y no cuando consiste en una serie de actos puntuales de suministro o en un suministro continuado a lo largo de un periodo de tiempo -que no requiere, por otro lado, que ese periodo de tiempo sea largo) y siempre a cambio de precio.[5] Debido a que la materia de protección de los consumidores está fuertemente armonizada, y para facilitar que quien se acerque a esta lectura pueda realizar estudios más

4 LG Frankfurt am Main, Urteil vom 6 Dezember 2019 (2-03 O 95/19).

5 La D. 2019/770 también regula la práctica comercial por la cual el empresario suministra contenidos digitales, pero no a cambio de un precio, sino a cambio de que el usuario le facilite datos personales. Para un estudio sobre esta disciplina: Martínez Calvo, J: "Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales", *InDret,* vol. 4, 2021, pp. 88-135.

concretos sobre su propia legislación nacional, las referencias normativas se hacen a las Directivas europeas, por regla general.

II. EL CASO: LOS CONSUMIDORES ALEMANES CONTRA NINTENDO

Al igual que otras empresas de videojuegos, la empresa Nintendo ofrece a sus jugadores una tienda electrónica (la Nintendo eShop) en la que pueden adquirir nuevos títulos en formato digital sin soporte material. De esta manera, el jugador puede prescindir de los convencionales juegos en discos físicos y descargar directamente los juegos en su dispositivo, instalándolos y ejecutándolos para poder jugar.

Haciendo uso de la excepción al derecho de desistimiento para contenidos digitales que no se suministran en soporte material (para el caso de autos, siguiendo la configuración que tenía la excepción antes de la entrada en vigor de la D. 2019/2161), Nintendo informaba a sus clientes de que la adquisición de los juegos en esa modalidad requería de la renuncia, por parte del usuario, a su derecho de desistimiento, práctica que es perfectamente legal si se observan los requisitos previstos por el legislador.

El conflicto nace cuando Nintendo hace renunciar al derecho de desistimiento también en los procesos de adquisición anticipada, de modo que aquellos usuarios que habían adquirido un juego antes de su fecha oficial de salida, pero, por cualquier razón, habían perdido el interés en tenerlo cuando estuviera disponible, descubrían que estaban impedidos de desistir del contrato.

Mientras que otras empresas del ramo permiten el desistimiento antes de que se produzca el lanzamiento oficial del juego, para Nintendo la venta anticipada tiene un claro valor estratégico y económico al que no tiene intención de renunciar.

En el sector de los videojuegos, la valoración que den los jugadores a un título en los días siguientes a su lanzamiento afecta de manera considerable al volumen de ventas de ese título. Partiendo de la base de que una de las consecuencias del derecho de desistimiento es la devolución al consumidor de las cantidades abonadas por el producto, exceptuar el derecho de desistimiento en la venta anticipada garantiza a Nintendo una serie de ingresos que no tendrá que devolver, cualquiera que sea el resultado de las ventas.

A principios de 2018, el Consejo de Consumidores Noruego (*Forbrukerrådet*) expresó su preocupación por esta práctica al considerar que Nintendo violentaba los derechos de los consumidores europeos, entendiendo que la venta anticipada no despliega efectos hasta que el consumidor tiene acceso al contenido digital y,

por tanto, debe poder desistir de su pretensión antes de que llegue el término fijado.

Finalmente, fue la Federación de Organizaciones de Consumidores Alemanes (*Verbraucherzentrale Bundesverband* o VZBV, desde ahora) la que presentó la demanda contra Nintendo atribuyéndose los mismos argumentos que el organismo noruego. Nintendo, por su parte, se acogió a la excepción al derecho de desistimiento alegando que el contrato quedaba ejecutado en el momento en que el consumidor pagaba el precio y recibía a cambio una versión precargada del juego, por lo que no estaba obligado a modificar sus políticas de suministro de contenidos digitales.

El 6 de diciembre de 2019, el Tribunal regional civil de Frankfurt resolvía, en primera instancia, el conflicto planteado por la VZBV fallando a favor de Nintendo. El Tribunal considera que, en efecto, el contrato de venta anticipada se entiende realizado en el momento en que el juego se descarga en el dispositivo del consumidor[6] y que, habiéndose respetado los requisitos que permiten exceptuar con garantías el derecho de desistimiento, no cabe observar conducta abusiva por parte de Nintendo.[7]

La resolución fue recurrida en apelación por VZBV, pendiente de resolución a fecha de estas líneas.

III. EL MARCO JURÍDICO DEL SUMINISTRO DE CONTENIDOS DIGITALES

Las relaciones de consumo, aquellas que nacen entre un empresario y un consumidor, están sustentadas por obligaciones de dar (entrega de bienes) u obligaciones de hacer (prestación de servicios). En ocasiones se da una combinación de ambas, pero esto, creo, cubre todo el asunto.

No obstante, la clasificación de una determinada actividad empresarial como mera actividad de dar o hacer no siempre resulta sencilla, especialmente cuando nos encontramos ante actividades que quedan fuera de los contratos típicos.

El suministro de contenido digital, cuando no se presta en un soporte material, es una de esas relaciones contractuales atípicas cuya naturaleza jurídica, a pesar

6 LG Frankfurt am Main (2-03 O 95/19), p. 10: "*Die von der Beklagten zur Verfügeng gestellten „Downloads" stellen indes entgegen der Rechtsauffassung des Klägers einen „Beginn der Ausführung" dar.*"

7 LG Frankfurt am Main (2-03 O 95/19), p. 13: "*Die Beklagte macht die Verbraucher während der Bewerbung ihrer „Pre-Order"-Produkte und insbesondere bei Vertragsschluss unmissverständlich darauf aufmerksam, dass das erworbene Spiel erst zum Veröffentlichungsdatum spielbar wird. Schon der Begriff „Pre-Order" kann in einschlägigen Kreisen als Hinweis drauf verstanden werden, dass noch kein unmittelbar spielbares Spiel Gegenstand der Vertragsvereinbarung sein soll. Etwaige Zweifel daran räumt die Beklagte durch deutlich erkennbare Hinweise darauf während des Bestellvorgangs aus*".

de la relevancia que tiene el conocer el tipo contractual que se maneja en cada momento, no ha sido aclarada por el legislador.[8]

El suministro de contenido digital que no se presta en un soporte material (y al que me referiré simplemente como "suministro de contenido digital", por economía del lenguaje y porque el contenido que se presta en soporte material no es objeto de este trabajo, por lo que no habrá confusión) puede concebirse, bien como la entrega de un contenido digital (cesión de uso por medio de la licencia correspondiente) o bien como la prestación de un servicio de suministro.

Sin perjuicio de la notoriedad que las Directivas 2019/770 y 2019/771 han conferido a los contenidos digitales en los últimos años, lo cierto es que éstos no resultan en absoluto novedosos para los ordenamientos europeos.

El concepto de contenido digital ya lo encontrábamos en el art. 2.11 de la Directiva 2011/83 sobre los derechos de los consumidores (en adelante, D. 2011/83)[9] que lo define como aquellos datos producidos y suministrados en formato digital. El artículo resulta más clarificador[10] cuando se lee conjuntamente con el Considerando 19 de la propia Directiva, que apostilla que son contenido digital los "programas, aplicaciones, juegos, música, vídeos o textos informáticos independientemente de si se accede a ellos a través de descarga o emisión en tiempo real, de un soporte material o por otros medios", así como los servicios digitales que permitan la creación, el tratamiento, el acceso o el almacenamiento en nube de contenidos digitales.

Por su parte, y aunque la D. 2019/770 no altera en absoluto esta definición, sí que la complementa con la introducción del concepto de "servicio digital", entendiendo por tal: a) un servicio que permite al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital, o b) un servicio que permite compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos.

A pesar de las dos Directivas, la naturaleza jurídica del contrato sobre contenidos digitales no ha sido nunca determinada por el legislador comunitario.

8 También en esta línea Cámara Lapuente, S: "Una prospectiva crítica sobre el régimen de los contratos de suministro de contenidos digitales", en AA.VV., *Derecho digital: retos y cuestiones actuales*, (Dir. Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada, Francisco José Aranguren Urriza, Juan Pablo Murga Fernández, Coord. María de los Ángeles Fernández Scagliusi), Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 24).

9 Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, DOUE L 304, 22.11.2011, pp. 64–88.

10 Muy a pesar de, cómo indica Garrote Fernández-Díez, I. "Compraventa y suministro de contenidos digitales en la Directiva 83/2011 y CESL", en AA.VV., *Tratado de la compraventa* (Dir. Carrasco Perera, A.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 129-139, lo incorrecto de la definición y de los ejemplos.

Ya en su momento, el Considerando 19 de la D. 2011/83 señalaba que "(…) los contratos sobre contenido digital que no se suministre en un soporte material, no deben ser clasificados a efectos de la presente Directiva como contratos de venta ni como contratos de servicios".

Cabía esperar que la D. 2019/770, que hace las veces de ley especial respecto de la D. 2011/83, aclarase la naturaleza de estos contratos y, sin embargo, sostiene que "la cuestión de si tales contratos constituyen, por ejemplo, un contrato de compraventa, de servicios, de alquiler o un contrato atípico, debe dejarse a la determinación del Derecho nacional" (Considerando 12 de la D. 2019/770).

En el Derecho nacional español tampoco se va a encontrar una solución a la disyuntiva: bajo el Título "Contratos con los consumidores y usuarios", se introduce en el art. 59 bis del Real Decreto Legislativo 1/2007 de protección de los consumidores (RDL 1/2007, en adelante)[11] los conceptos de "contenido" y "servicio digital", reproduciendo el literal antes expuesto que les da la D. 2019/770, y se modifica el concepto de contrato de servicios, que ahora pasa a ser "todo contrato, con excepción del contrato de venta o compraventa (…) en virtud del cual el empresario presta o se compromete a prestar un servicio al consumidor o usuario, incluido aquel de carácter digital".

Así las cosas, tras la lectura del RDL 1/2007 caben dos posturas: o considerar que todo suministro de contenido digital constituye un contrato de servicios o, como apuntan algunos autores, considerar que los contratos de suministro de contenidos han quedado sin tipificar y que sólo los contratos cuyo objeto sea un servicio digital entran en la categoría de contrato de servicios.[12]

Esta última parece la interpretación más adecuada, no sólo en base a la letra del texto, sino también con respecto a la regulación de los contratos de suministro de contenidos, cuya atipicidad les hace estar más próximos a la naturaleza jurídica de la compraventa (art. 1445 del Código Civil) que a la prestación de servicios, pues existe un precio cierto y una *traditio* (si quiera una *traditio* digital, aunque, en aras de la exactitud, lo que se traslada es un derecho de uso en base a una licencia sobre el contenido digital conceptuado como obra, y no la propiedad de la misma).

11 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007, pp. 49181 - 49215.

12 Sánchez Lería, R: "Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español", *InDret,* vol. 4, 2021, p. 43. También Aparicio Vaquero, J.P. "La tipificación del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales: entre la propiedad intelectual y el derecho de consumo", *Revista de Educación y Derecho,* núm. 24, 2021, p. 6, que apunta que, mientras que en la noción de suministro contenido digital lo relevante es la forma en que se suministra el contenido al consumidor, en la noción de servicio se incluyen también los casos en que es el consumidor el que crea, sube o comparte dichos contenidos.

Sea como fuere, la clasificación del suministro de contenidos digitales como una obligación de dar o de hacer sólo tendrá relevancia cuando, en caso de conflicto, corresponda adoptar un régimen jurídico supletorio en consideración de la naturaleza de la obligación a la que se refiere el caso concreto, pues la D. 2019/770 ha establecido una equivalencia de requisitos de conformidad y cumplimiento entre los contratos de entrega de bienes y de prestación de servicios.

IV. EL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN EL SUMINISTRO DE CONTENIDOS DIGITALES

El derecho de desistimiento se configura como la garantía del consumidor ante el riesgo de la decepción. Es la facultad discrecional concedida al consumidor para poder dejar sin efecto el contrato celebrado con el empresario, sin sanción aparejada y siempre en observancia de las reglas legalmente previstas.[13]

El Considerando 37 de la D. 2011/83 afirma, sin vacilación, que el consumidor debe disponer de un derecho a desistir de los contratos celebrados electrónicamente, ya que no tiene ocasión de examinar, probar e inspeccionar los bienes como sí lo haría en el comercio convencional.

Aunque el derecho de desistimiento ya estaba contemplado en el ordenamiento europeo antes de esta Directiva, existían diferencias en los plazos que manejaban las legislaciones nacionales. El art. 9 de la D. 2011/83 armonizó este derecho, fijando un plazo de catorce días para su ejercicio a contar a partir del día de la celebración del contrato para los contratos de servicios, y a partir del día en que se adquiera la posesión material del bien en los casos de contratos de venta.

El legislador comunitario, consciente de que existen determinados productos o servicios que pueden generar un perjuicio, tanto a los intereses del empresario como a los intereses legítimos de terceros, si el consumidor pudiese ejercitar indiscriminadamente el derecho de desistimiento, estableció una serie de contratos para los cuáles el empresario dispone de la facultad de exceptuar el derecho a desistir del consumidor[14] y, entre ellos, se encuentra el suministro de contenidos digitales.

13 Así lo establece el art. 9 de la D. 2011/83: "(…) el consumidor dispondrá de un periodo de 14 días para desistir de un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento, sin indicar el motivo y sin incurrir en ningún coste (…)".

14 Art. 13 de la D. 2011/83: "Los Estados miembros no incluirán el derecho de desistimiento contemplado en los artículos 9 a 15 en los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento que se refieran a: a) La prestación de servicios, una vez que el servicio haya sido completamente ejecutado, y si el contrato impone al consumidor o usuario una obligación de pago, cuando la ejecución haya comenzado, con previo consentimiento expreso del consumidor o usuario y con el conocimiento por su parte de que, una vez que el empresario haya ejecutado íntegramente el contrato, habrá perdido su derecho de desistimiento. b) el suministro de bienes o la prestación de servicios cuyo precio dependa de fluctuaciones del mercado financiero que el comerciante no pueda controlar y que puedan producirse durante el período

Cuando el contenido es suministrado digitalmente, el empresario no siempre puede saber si el consumidor que ejerce el derecho de desistimiento ha accedido ya a dicho contenido. De ser así, el consumidor malintencionado podría desistir del contrato después de haber disfrutado del contenido, o incluso haber realizado una copia del mismo, y se estaría generando un doble perjuicio: uno, de naturaleza patrimonial al empresario, que deberá devolver las cantidades entregadas por el producto,[15] y otro moral, que afectará a los titulares de los derechos de autor no patrimoniales.

Por ello, el legislador permite al empresario exceptuar el derecho de desistimiento del consumidor aun cuando éste no ha tenido la posibilidad de examinar el contenido digital antes de desistir, siempre que la ejecución haya comenzado y, si el contrato impone al consumidor o usuario una obligación de pago, cuando se den las siguientes condiciones: (1) que el consumidor o usuario haya otorgado su consentimiento previo para iniciar la ejecución durante el plazo del derecho de desistimiento; (2) que el consumidor o usuario haya expresado su conocimiento de que, en consecuencia, pierde su derecho de desistimiento; y (3) que el empresario haya proporcionado una confirmación de lo anterior.[16]

Cuestión distinta es que una vez examinado el contenido digital éste no resulte de conformidad con lo ofertado. En estos casos, el consumidor tendrá derecho a ejercitar los remedios legalmente previstos y, aquí, la información precontractual que facilite el empresario reviste una importancia capital, pues ello puede dar lugar

de desistimiento; c) el suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados; d) el suministro de bienes que puedan deteriorarse o caducar con rapidez; e) el suministro de bienes precintados que no sean aptos para ser devueltos por razones de protección de la salud o de higiene y que hayan sido desprecintados tras la entrega; f) el suministro de bienes que después de su entrega y teniendo en cuenta su naturaleza se hayan mezclado de forma indisociable con otros bienes; g) el suministro de bebidas alcohólicas cuyo precio haya sido acordado en el momento de celebrar el contrato de venta y que no puedan ser entregadas antes de 30 días, y cuyo valor real dependa de fluctuaciones del mercado que el comerciante no pueda controlar; h) los contratos en los que el consumidor haya solicitado específicamente al comerciante que le visite para efectuar operaciones de reparación o mantenimiento urgente; si, en esa visita, el comerciante presta servicios adicionales a los solicitados específicamente por el consumidor o suministra bienes distintos de las piezas de recambio utilizadas necesariamente para efectuar las operaciones de mantenimiento o reparación, el derecho de desistimiento deberá aplicarse a dichos servicios o bienes adicionales; i) el suministro de grabaciones sonoras o de vídeo precintadas o de programas informáticos precintados que hayan sido desprecintados por el consumidor después de la entrega; j) el suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas o revistas, con la excepción de los contratos de suscripción para el suministro de tales publicaciones; k) los contratos celebrados mediante subastas públicas; l) el suministro de servicios de alojamiento para fines distintos del de servir de vivienda, transporte de bienes, alquiler de vehículos, comida o servicios relacionados con actividades de esparcimiento, si los contratos prevén una fecha o un período de ejecución específicos".

15 Por aplicación del régimen general de devoluciones, el consumidor debería devolver al empresario el contenido que éste le ha suministrado digitalmente, pero, dada la dificultad de esta tarea, lo que se suele hacer en la práctica es impedir remotamente el acceso del usuario al contenido, por parte del empresario.

16 Curiosamente, el legislador comunitario dejó constancia de su voluntad de que el derecho de desistimiento para el suministro de contenido digital quedase sometido a estas tres condiciones (Considerando 19 de la Directiva 2011: "En relación con dichos contratos, el consumidor debe tener derecho de desistimiento a menos que haya dado su consentimiento para que comience la ejecución del contrato durante el plazo de desistimiento y haya tenido conocimiento de que, consecuentemente, perderá el derecho de desistimiento"), y sin embargo no las incluyó en la redacción del art. 16.

a que el derecho de desistimiento nazca para el consumidor incluso después de haber tenido acceso al contenido.

V. EL DESISTIMIENTO EN LA PRECOMPRA O SUMINISTRO ANTICIPADO DE CONTENIDOS DIGITALES SIN SOPORTE MATERIAL

En los últimos años, en el sector de la tecnología y, especialmente, en el de los videojuegos y sus dispositivos, se ha popularizado la práctica de la *pre-order*, por la cual el consumidor paga el precio del producto antes de que se ponga a la venta, garantizándose, de este modo, la reserva de una unidad.

Para el consumidor, la *pre-order* cumple un doble objetivo: por un lado, se trata de una forma de anticiparse a la eventual falta de existencias cuando el producto en cuestión es muy popular y, por otro, le permite participar en una suerte de carrera contra otros consumidores por ser de los primeros en poder disfrutarlo.

Esta misma práctica se ha extendido al suministro de contenidos digitales que no se prestan en soporte material, de modo que el consumidor puede adquirir el contenido digital antes de que sea puesto a disposición del público general. A diferencia de la *pre-order* convencional, en la que el consumidor no recibirá el producto hasta que se ponga a la venta, en la *pre-order* digital el consumidor recibe, en el momento de la compra, un archivo con el contenido digital bloqueado, y el empresario no le permitirá el acceso hasta que se alcance una fecha concreta o se produzca un determinado evento fijado en el contrato (que por lo general será la fecha de lanzamiento del producto).

Debido a la naturaleza digital del contenido, no hay riesgo de que el productor se quede sin existencias, por lo que la *pre-order* gana atractivo para el usuario en la posibilidad de ser de los primeros en consumir el contenido, evitando una ralentización en los tiempos de descarga el día del lanzamiento del producto.

Téngase en cuenta que, para poder ejecutar ciertos contenidos digitales, es necesario descargar e instalar el contenido en un dispositivo concreto y, en función del tráfico de red y del tamaño del archivo, este proceso puede demorarse por periodos considerables de tiempo (o quizás no sean tan considerables, pero sin duda son claramente fastidiosos para quien es aficionado).

Así, el consumidor adquiere (en ocasiones, varios meses antes) una versión precargada de los contenidos digitales a los que sólo se le facilitará el acceso cuando llegue el evento o término contractualmente fijado, pero para ese momento ya se habrá evitado posibles retrasos en la descarga y ya tendrá realizado el proceso de instalación.

A raíz del caso Nintendo, comentado al principio de este trabajo, la cuestión que aquí se plantea es la de si, antes de que llegue el fin del término de pendencia, existe la posibilidad de excepcionar el derecho de desistimiento de los contenidos digitales suministrados anticipadamente. Y la cuestión no es trivial, pues obliga a poner sobre la mesa lo antedicho sobre la naturaleza jurídica del suministro de contenidos digitales y la fundamentación del derecho de desistimiento.

Antes de profundizar en la cuestión, debe hacerse una aclaración terminológica: en nuestra lengua, la *pre-order* se ha traducido con la equívoca expresión de precompra o prerreserva, pero en realidad no se trata ni de una cosa ni de la otra: el empresario pone a disposición del consumidor un contenido digital cuando éste abona el precio, con la particularidad de que, aun teniendo un derecho sobre el contenido, no puede todavía ejercitarlo.

Así, no hay prereserva de contenido porque éste ya ha sido transferido, y tampoco hay precompra porque ya se han dado los elementos de pago y *traditio* (si es que terminamos por aplicar supletoriamente el régimen de la compraventa al suministro de contenidos digitales).

El prefijo "pre" antes del término "compra" o "reserva" puede hacer pensar que estamos ante un precontrato, pero en este contexto ni la precompra ni la prerreserva pueden construirse teóricamente como una auténtica figura precontractual, sino que son más bien un desacierto del conceptualismo jurídico.

El precontrato (o así los actos preparatorios) requiere que las partes celebren en un futuro un nuevo contrato, pero en esta mal llamada precompra, o prerreserva, ya han concurrido la oferta, su aceptación y la entrega, quedando pendiente únicamente la liberación del contenido digital por parte del empresario, por lo que se puede afirmar que, primero, estamos ante una auténtica relación contractual en la que empresario y consumidor se encuentran inmersos, aunque sea de forma debilitada, y segundo, que estamos ante un contrato de suministro de contenido (o de servicio, según la postura de cada cual) que ya se está prestando.

En cualquier caso, y realizadas las precisiones anteriores, por lo popularizado de la expresión nos referiremos a esta práctica como "precompra".

Habiendo determinado que la precompra es un contrato de consumo, el régimen general nos permite afirmar que el consumidor está en disposición de ejercitar su derecho de desistimiento, siempre y cuando éste no haya sido exceptuado por el empresario. Pero resulta que, a diferencia de los contratos de dar o hacer, para los que las reglas del momento de ejecución están claras, ya sean de prestación inmediata o de tracto sucesivo, en el caso de la precompra estamos ante un negocio jurídico a término (art. 1125 Cc: "las obligaciones para

cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto sólo serán exigibles cuando el día llegue").

Si lo que está sometido a término es el negocio o lo es su ejecución, es una cuestión abierta a debate.

Por un lado, puede considerarse que la obligación no es exigible hasta que se alcance el término fijado, por lo que en realidad no existe una verdadera obligación para las partes, sino sólo una fase preparatoria de la misma. Desde esta perspectiva (para la que el término es un término de eficacia), si durante la pendencia el acreedor no puede pedir ni reclamar nada, no puede hablarse de un auténtico derecho de crédito ni de un deber de prestación.

En el caso de la precompra, el consumidor no puede exigir nada del empresario hasta que llegue el término, y asume el riesgo de que incluso el contrato se haya celebrado sobre una falta de objeto: hasta el *dies a quo,* el consumidor pasa el tiempo en la absoluta incerteza de saber si lo que se le ha suministrado ha sido, efectivamente, el contenido digital por el que pagó el precio, o si se trata de un archivo vacío. Si llegado el momento de liberar el contenido éste no existe o no se ajusta a lo convenido, entonces el contrato podrá resolverse o remediarse, según las disposiciones aplicables. En realidad, el consumidor está abonando el precio de una expectativa de derecho.

Por otro lado, si se considera el término como un término de ejecución, el negocio jurídico y los derechos que éste genera nacen en el momento de su celebración, pero el ejercicio queda dilatado en el tiempo hasta que llegue el término, que opera como presupuesto del ejercicio del derecho del consumidor, no como requisito de su nacimiento.[17] A diferencia del caso anterior, aquí el consumidor adquiere una expectativa de ejercicio del derecho ya nacido.

Pero, en cualquier caso, sostengo que lo que no nace bajo ninguna circunstancia es la facultad del empresario de impedir al consumidor ejercer su derecho a desistir antes de la llegada del término.

Debido a que el usuario no puede acceder al contenido digital, el riesgo que en condiciones normales garantizaría la excepción, aquí ha desaparecido, por lo que, a la pregunta de si cabe exceptuar el derecho de desistimiento en un proceso de precompra antes de alcanzarse el término, la respuesta es no.

17 En esta línea, sobre la consideración del término como fundamento de la ejecución, Diez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Thompson-Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 369 y ss; Albaladejo, M., *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, Edisofer, Madrid, 2004, pp. 735 y ss.

En apoyo a la tesis de Tapia Herrero,[18] el derecho de desistimiento ya no queda limitado a los fundamentos originarios –la existencia de una segunda oportunidad para reevaluar la contratación- sino que deben atenderse otros elementos de contenido económico, y el suministro de contenidos digitales es el escenario idóneo para poner en valor que los mercados de consumo no pueden quedar supeditados a la protección exclusiva del consumidor, sino que son fuertemente dependientes de la competitividad de las empresas.

Sobre el momento en que se comprende realizada la prestación por parte del empresario, el art. 5 de la D. 2019/770 dispone que el empresario suministrará los contenidos o servicios digitales al consumidor sin demora indebida tras la celebración del contrato, salvo que las partes lo hayan acordado de otro modo. En concreto, el empresario deberá haber cumplido con su obligación de suministrar el contenido cuando éste sea puesto a disposición del consumidor o sea accesible para él o para su instalación virtual.

Por la propia naturaleza del contenido digital sin soporte material, la puesta a disposición debería ser inmediata, y si bien en el caso de la precompra lo que se pone sin demora a disposición del consumidor es un archivo a cuyo contenido digital no puede acceder por el momento, se debe considerar que el contenido será conforme cuando llegue el día. En caso contrario, la Directiva concede al empresario una segunda oportunidad de cumplir con su obligación, pues el usuario podrá exigir al empresario el suministro de los contenidos y, ante un nuevo incumplimiento, podrá resolver el contrato.

En la precompra, el empresario sólo podrá disponer de la facultad de exceptuar el derecho de desistimiento cuando se haya liberado el contenido o cuando el usuario haya tenido acceso a él, pero nunca antes de que haya nacido el riesgo para los intereses legítimos que se quieren proteger. Así, el empresario podrá adoptar la postura de entender que el contrato se ejecuta en el momento de realizar la descarga, de modo que el consumidor dispone de catorce días para desistir la compra, con independencia de cuándo sea la fecha de liberación del contenido (art. 9.2.c de la D. 2011/83, el plazo comienza a contar el día en que se celebra el contrato) o entender que el contrato no nace hasta el *dies a quo,* en cuyo caso el consumidor podrá desistir de la compra hasta el momento inmediatamente anterior a que se le facilite el acceso al contenido, siendo irrelevante el tiempo que falte a contar desde el momento de la descarga.

Personalmente, considero que la forma adecuada de concebir la precompra es como un contrato sometido a término de ejecución, es decir, que la relación

18 Tapia Herrero, I: "Una mirada crítica hacia el derecho de desistimiento en los contratos de consumo y perspectivas de futuro", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid,* núm. 43, 2021, p. 72.

obligatoria nace en el momento en que el empresario pone a disposición del consumidor el contenido digital, aunque éste no pueda acceder a él. En el periodo que media entre la celebración del contrato y la llegada del *di*es los derechos del consumidor existen, aunque no puedan ser ejercitados, y durante el periodo que dura el término suspensivo, el empresario sigue obligado a garantizar que, llegado el momento, el contenido digital se encontrará debidamente suministrado y será accesible para el consumidor en los términos acordados y con base en los requisitos objetivos y subjetivos de conformidad del contenido (arts. 7, 8 y 9 de la D. 2019/770).

Con todo lo expuesto hasta aquí, y aplicándolo al caso Nintendo que abre este trabajo, se puede afirmar que el Tribunal de Frankfurt acierta en sus consideraciones sobre el momento de ejecución del contrato (cuando el contenido es puesto a disposición del consumidor, aunque no pueda consumirlo), pero también que se alcanza un resultado injusto al arrebatarle al consumidor la posibilidad de desistir, y ello por no profundizar sobre la naturaleza del derecho de desistimiento y limitarse a afirmar que, realizadas las advertencias adecuadas al consumidor, no hay razón para declarar abusiva la excepción.

En realidad, el ejercicio de control de abusividad que cabía esperar del Tribunal no era el de observar si se daban o no los presupuestos objetivos para exceptuar el derecho de desistimiento, sino valorar si dichos presupuestos seguían siendo válidos cuando ya no existía riesgo para los bienes e intereses legítimos que se querían proteger.

VI. CONCLUSIONES

El derecho de desistimiento es una facultad conferida al consumidor por medio de la cual puede dejar sin efecto un contrato. Aunque se trata de una anomalía respecto del principio *pacta sunt servanda,* es posible amparar su existencia en la posición desigual que en muchas ocasiones tiene el consumidor frente al empresario.

Pero, si hay un ámbito en el que el derecho de desistimiento queda plenamente justificado, éste es el del comercio electrónico, en el cual el consumidor no puede verificar la calidad ni la aptitud del producto o servicio hasta que lo recibe.

El derecho de desistimiento, sin embargo, está lejos de ser absoluto. El legislador comunitario ha procurado establecer un equilibrio entre el derecho a desistir y el correcto funcionamiento del mercado. Para ello, se prevén una serie de supuestos en los que el derecho de desistimiento puede ser exceptuado por voluntad del empresario, de tal modo que las garantías de una de las partes no lo

sean en detrimento de la situación de la otra. Entre estos supuestos se encuentra el suministro de contenidos digitales que no se prestan en soporte material. Su razón de estar en este catálogo es clara: la protección de los intereses del empresario y de los derechos de autor e intereses legítimos de terceros. Para evitar que el consumidor acceda a los contenidos digitales y, después de disfrutarlos o copiarlos, desista del contrato, con su correspondiente devolución de las cantidades, el empresario puede hacer depender el suministro de contenidos de la declaración expresa por parte del consumidor de renunciar a su derecho de desistimiento.

En cuanto al suministro de contenidos digitales, no cabe duda de que se está ante un contrato atípico: la D. 2011/83 impide que se apliquen a estos contratos las reglas de la venta o de la prestación de servicios. Dado que toda obligación consiste en dar (régimen de compraventa, incluso con carácter subsidiario) o hacer (prestación de servicios), resulta complejo determinar la naturaleza jurídica del suministro de contenidos digitales sino es mediante las reglas de la analogía.

Lejos de solucionar este intrincado que, por derivación de la D. 2019/770, corresponde al legislador nacional, el legislador español ha entrado a regular únicamente los servicios digitales, no así los contratos de suministro de contenidos digitales, por lo que se ha considerar que estos contratos no constituyen un servicio digital, sino un contrato de suministro y, por tanto, una obligación de dar que sigue apegada a las reglas de la compraventa: el consumidor entrega un precio cierto a cambio de que le sea transmitido un contenido. De haberse realizado el contrato en un ámbito de comercio convencional, ya sea físico o electrónico, sin duda constituiría una compraventa de bienes de consumo.

A pesar de la diferente naturaleza que existe entre el suministro de contenidos digitales y la prestación de servicios digitales, el legislador comunitario ha establecido un régimen de conformidad y garantías coincidentes entre ambas figuras. En cualquier caso, el suministro de contenidos se entiende realizado cuando el empresario pone a disposición del consumidor, sin demora indebida, los contenidos o la forma de acceder a ellos.

El momento en que se entienda ejecutado el contrato resultará de gran relevancia para determinar si, en los casos de precompra o suministro anticipado de contenidos, los consumidores tienen derecho a desistir del contrato y, si lo tienen, cuándo pueden ejercitar ese derecho, así como para saber si el empresario dispone de la facultad de exceptuar el derecho de desistimiento en estos casos.

La precompra consiste en un suministro de contenidos digitales sujeto a término, de modo que el consumidor puede adquirir los contenidos antes de una fecha cierta pero no puede disfrutarlos hasta que se alcance el término fijado en el contrato.

Si bien puede ejercitarse o exceptuarse el derecho de desistimiento en el suministro de contenidos digitales que no se prestan en soporte material, no hay fundamentación jurídica suficiente que ampare la posibilidad de exceptuar este derecho en los casos de precompra, pues, tanto si el término afecta a la eficacia de la obligación como si afecta a su ejecución, el riesgo que aseguraba la excepción al derecho de desistimiento desaparece desde el momento en que se arrebata al consumidor la posibilidad de acceder al contenido digital.

Como puede verse, respecto del caso Nintendo comentado al comienzo de este trabajo, se considera que el Tribunal interpreta correctamente el momento en que el suministro de contenidos digitales se ha ejecutado, que es cuando el consumidor descarga en su dispositivo el archivo que contiene (o contendrá) el juego pero, sin embargo, yerra en la valoración de la posibilidad de exceptuar el desistimiento: debido a que el consumidor no puede acceder al contenido de Nintendo, ha desaparecido el riesgo de que dicho contenido sea copiado o disfrutado con la intención de desistir después del contrato. Por tanto, si no hay riesgo, no hay razón para mantener la garantía que representa la excepción al derecho de desistimiento, por lo que el consumidor que adquiera en precompra un juego debería poder desistir de la misma en el plazo de catorce días a contar desde el momento en que se descargó el archivo, aunque no haya tenido la posibilidad acceder al contenido, sin importar el tiempo que todavía reste hasta la finalización del término.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M., *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, Edisofer, Madrid, 2004.

APARICIO VAQUERO, J.P. "La tipificación del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales: entre la propiedad intelectual y el derecho de consumo", *Revista de Educación y Derecho,* núm. 24, 2021, pp. 1-33.

CÁMARA LAPUENTE, S: "Una prospectiva crítica sobre el régimen de los contratos de suministro de contenidos digitales", en AA.VV., *Derecho digital: retos y cuestiones actuales*, (Dir. Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada, Francisco José Aranguren Urriza, Juan Pablo Murga Fernández, Coord. María de los Ángeles Fernández Scagliusi), Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 19-55.

DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Thompson-Civitas, Cizur Menor, 2008.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. "Compraventa y suministro de contenidos digitales en la Directiva 83/2011 y CESL", en AA.VV., *Tratado de la compraventa* (Dir. Carrasco Perera, A.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 129-139.

MARTÍNEZ CALVO, J: "Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales", *InDret,* vol. 4, 2021, pp. 88-135.

SÁNCHEZ LERÍA, R: "Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español", *InDret,* vol. 4, 2021, pp. 33-87.

TAPIA HERRERO, I: "Una mirada crítica hacia el derecho de desistimiento en los contratos de consumo y perspectivas de futuro", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid,* núm. 43, 2021, pp. 59-77.

PLATAFORMAS DIGITALES Y CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA: CONFLICTOS DERIVADOS Y MÉTODOS DE RESOLUCIÓN

DIGITAL PLATFORMS AND E-PROCUREMENT: DISPUTES AND METHODS OF RESOLUTION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1466-1491

Almudena
GALLARDO
RODRÍGUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: El presente artículo parte de la noción de economía colaborativa en el marco del comercio electrónico; un concepto difuso que se entrelaza con otros como el de economía de plataformas y que al mismo tiempo cuenta con ciertas variantes como la de consumo colaborativo. En este entorno confuso, analizamos los sujetos implicados que participan en las formas de contratar electrónicamente dentro de dicha economía de plataformas, planteando los tipos de relaciones contractuales que existen entre ellos para posteriormente centrarnos en las formas de solucionar los conflictos que deriven de dicha situación. En este punto, prestamos especial atención a las posibilidades de aplicar distintos mecanismos extrajudiciales electrónicos, ODR. Este análisis partirá de la regulación dada a nivel europeo y su posterior reflejo en la legislación española.

PALABRAS CLAVE: Comercio electrónico, contratación electrónica, plataformas, colaborativo, ODR, mediación.

ABSTRACT: *This article is based on the notion of the collaborative economy within the framework of e-commerce; a diffuse concept that is intertwined with others such as the platform economy and at the same time has certain variants such as collaborative consumption. Within this entangled environment, we analyse the parties involved in the forms of electronic contracting within this platform economy, considering the types of contractual relationships that exist between them and then focusing on the ways of resolving the conflicts that arise from this situation. At this point, we pay special attention to the possibilities of applying different electronic extrajudicial mechanisms, ODR. This analysis will be based on the regulation given at European level and its subsequent reflection in Spanish legislation.*

KEY WORDS: *E-commerce, e-recruitment, platforms, collaborative, ODR, mediation.*

SUMARIO.- I. DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA AL CONSUMO COLABORATIVO; II. CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y ECONOMÍA COLABORATIVA: SUJETOS IMPLICADOS Y TIPOS DE CONTRATOS. 2.1. Sujetos implicados. 2.2. Tipos de contratos. A) Contrato de mediación o corretaje. B) El contrato de acceso. C) Distintos contratos entre particulares en función del servicio contratado. III. CONFLICTOS DERIVADOS DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y MECANISMOS DE SOLUCIÓN. IV. REFLEXIONES FINALES.

I. DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA AL CONSUMO COLABORATIVO

La pandemia del Covid-19 ha servido para cambiar nuestra forma de ser, de ver la vida, afectando del mismo modo a nuestros hábitos diarios de consumo. En este sentido, la crisis económica vinculada a la crisis sanitaria que padecemos ha hecho que los ingresos de muchas familias disminuyan, buscando otras opciones que permitan ahorrar costes y mirando hacia un desarrollo sostenible, en el que el reciclado o la reutilización son soluciones cada vez más habituales. Todo ello unido a la potenciación en el uso de tecnología durante un periodo de tiempo en el que hemos estado confinados, ha hecho que la utilización de diferentes aplicaciones se haya convertido en algo habitual.

Estas cuestiones unidas entre sí han dado lugar a un crecimiento exponencial del comercio electrónico en general, y del consumo colaborativo en particular. Muchas personas se valen de determinadas plataformas para ofrecer sus servicios, compartir bienes o servicios y fomentar la sostenibilidad a través de precios más económicos.

Por todo ello, la economía y el consumo colaborativo a través de las plataformas digitales se encuentra en auge, lo que nos lleva a plantearnos escenarios nuevos que deben ser abordados a nivel jurídico y desde otras disciplinas, situándonos ante una temática multidisciplinar. Es necesario comenzar conceptualizando este nuevo escenario en el que se desarrollan diferentes tipos de contrataciones dentro del comercio electrónico.

Así, debemos plantearnos a qué nos referimos exactamente con, "economía colaborativa" y "consumo colaborativo", términos que hoy en día se encuentran interrelacionados.

Respecto al primero de ellos, economía colaborativa, nos encontramos ante un nuevo modelo económico que se refleja claramente en el mercado digital.

• Almudena Gallardo Rodríguez
Doctora en Derecho.
Profesora asociada de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca
algaro@usal.es

Para poder conceptualizarlo debemos acudir a la Comisión Europea a su informe "Una Agenda Europea para la economía colaborativa" del año 2016, donde indica que se refiere a: "modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares. La economía colaborativa implica a tres categorías de agentes: i) prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias —pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional («pares») o prestadores de servicios que actúen a título profesional («prestadores de servicios profesionales»); ii) usuarios de dichos servicios; y iii) intermediarios que —a través de una plataforma en línea— conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos («plataformas colaborativas»). Por lo general, las transacciones de la economía colaborativa no implican un cambio de propiedad y pueden realizarse con o sin ánimo de lucro"[1].

En cuanto al concepto, el Comité Económico y Social Europeo, CESE, en un dictamen exploratorio aprobado en mayo de 2016, no ofrece un concepto de lo que debe entenderse por economía colaborativa, pero sí plantea las siguientes características[2]:

- Uso o utilización compartido de bienes: "esta práctica no conduce a la propiedad de bienes ni a su copropiedad, sino a un uso o utilización compartidos".

- La existencia de una plataforma digital para realizar la actividad de intermediación: "la intermediación de una plataforma que pone en contacto, en particular por medios electrónicos, a una pluralidad de predisponentes de bienes o servicios y una pluralidad de usuarios".

- Reutilización de bienes y servicios: "el objetivo común de aprovechar mejor los bienes y servicios de que se trate mediante su uso compartido".

- Partes que intervienen en la actividad: "el hecho de que las partes finales en estos negocios de estructura triangular compleja sean primordialmente «pares» (P2P) y nunca relaciones contractuales (B2C)". Aquí realmente estaríamos hablando de un tipo de economía colaborativa pura.

1 Comunicación de la Comisión Europea "Una Agenda Europea para la economía colaborativa" Bruselas, 2.6.2016 COM (2016) 356 final. Vid. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0356 (Fecha de consulta: 20 de octubre de 2021).

2 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema "La economía colaborativa y la autorregulación" (Dictamen exploratorio). (2016/C 303/05). 18-08-2016. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016AE0933 (Fecha de consulta: 20 de octubre de 2021).

Con todo ello, se puede ver como dentro de los modelos de economía colaborativa, pueden existir a su vez diversos subtipos, entre los cuales se encontrarían aquellos que hacen referencia al consumo colaborativo. Respecto a esta cuestión, según el propio CESE, el consumo colaborativo no sería ninguna idea nueva, "sino más bien el rescate de una práctica que se beneficia de la tecnología actual para que el servicio sea mucho más eficiente y escalable"[3]. Autores como Jarne Muñoz indican que la economía colaborativa "implica una vuelta al pasado, a los modos originarios de satisfacción de necesidades humanas (...) se considera frecuentemente que el trueque se esconde detrás del origen del movimiento colaborativo"[4]. Esta cuestión es fundamental para entender esta realidad en una sociedad tecnológica, donde nos encontramos interconectados, con un ancho de banda eficaz y ante individuos que cada vez se relacionan menos con la palabra pero más a golpe de *click* o de *like*. Una nueva generación en la que también ha impactado una crisis económica y con una juventud que no aspira a tener una estabilidad concreta a nivel laboral que le permita ser propietario de bienes con alto coste, con lo que la ayuda entre iguales es algo que se valora enormemente como forma de ahorrar gastos, revender lo utilizado o compartir bienes comunes entre diversas personas. Si a este sentimiento le unimos las posibilidades ofrecidas por las plataformas digitales nos encontramos con una nueva forma de consumo que busca racionalizar nuestros recursos sin necesidad de ser propietarios de grandes bienes y mirando de forma concreta a nuestros ingresos. Las plataformas digitales se suman a la ecuación como una especie de intermediaria o facilitadora de los servicios entre particulares, desplazando así el concepto clásico de empresa.

Podemos decir así que nos encontramos ante dos conceptos o realidades que se interrelacionan entre sí y que hoy en día no cuentan ni con una diferenciación o disociación clara, ni tampoco con un concepto global comúnmente aceptado por la doctrina especializada, pues su definición y concreción están unidas a dos realidades cambiantes: la tecnología y los hábitos de consumo.

II. CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y ECONOMÍA COLABORATIVA: SUJETOS IMPLICADOS Y TIPOS DE CONTRATOS

Para examinar las diferentes relaciones de contratación que se producen en la economía colaborativa debemos de partir de cuáles son los sujetos implicados y cuál es la relación entre ellos. Concretamente nos encontramos con tres sujetos: la plataforma digital, el sujeto oferente de servicios y el consumidor final. Una vez

3 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI". *Vid.* https://eur-lex.europa.eu/legal-(Fecha de consulta: 20 de octubre de 2021).
content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013IE2788&from=ES (Fecha de consulta: 20 de octubre de 2021).

4 Jarne Muñoz, P., *Economía colaborativa y plataformas digitales,* Reus, 2019, p. 18.

conceptualicemos cada uno de ellos, desgranaremos las distintas interacciones que se dan entre ellos y que derivarán posteriormente en distintas formas de contratos.

1. Sujetos implicados

A) Plataforma digital.

Ofrecer un concepto de plataforma no es una cuestión fácil, como indica Álvarez Moreno "el primero de los problemas que plantean las plataformas, vienen dado por su definición". En este sentido, como bien señala la autora, en el "Informe sobre las plataformas en línea y mercado único digital (2016/2276[INI]) de la Comisión de Industria, Investigación y Energía y de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor", no llegaron a un consenso "sobre lo que debe entenderse por plataforma digital intermediaria debido a la diversidad de sus estructuras, actividades que desarrollan o tamaño de las mismas"[5].

Por parte de la doctrina se han ofrecido diversos conceptos, entre los que destacamos, el ofrecido por la citada autora: "las plataformas electrónicas son prestadores de servicios de la información que realizan una intermediación (configurado jurídicamente como una mediación atípica) mediante la cual ponen a disposición de las futuras partes contratantes el canal adecuado y los medios técnicos e informáticos necesarios, para que pueda concluirse el contrato relativo al bien o servicio que interesa, y que pueden incluir el ofrecimiento por parte de la plataforma de prestar otra serie de servicios adicionales o complementarios, por sí misma o a través de terceros". Por otra parte, Rodríguez Martínez se refiere a las plataformas de economía colaborativas como "empresas que tienen por objeto la organización y gestión de portales de contratación a través de páginas web u otros medios electrónicos. Se trata, por tanto, de empresas que organizan sistemas que operan por internet y, en ocasiones, prestan servicios complementarios a aquel como actividad principal de su objeto social. En otros términos, aunque similares, las plataformas de economía colaborativa o *marketplace*s han sido definidas como un tipo de plataformas electrónicas, intermediarios electrónicos de computación de datos y en la nube y la economía colaborativa" y añade que "en todas las plataformas de economía colaborativa se aprecia su capacidad para `posibilitar interacciones entre dos o más grupos de usuarios diferentes, pero interdependientes, con el fin de generar valor para al menos uno de los grupos´, apuntando además al recurso a Internet como canalizador de dicha capacidad"[6]. Podemos decir así, que las opiniones en la doctrina no son idénticas, y que cada

5 Alvarez Moreno, Mª T., *La contratación electrónica mediante plataformas en línea: modelo negocial (B2C), régimen jurídico y protección de los contratantes (proveedores y consumidores,* Reus, Madrid, 2021. pp.20-21

6 Rodríguez Martínez, I "El servicio de mediación electrónica y las plataformas de economía colaborativa", *RDM*, Núm. 305, 2017, julio-septiembre. BIB 2017/13013, p.8.

autor proporciona matices nuevos en un concepto que aún presenta múltiples interrogantes y que está abierto a nuevas interpretaciones.

Las plataformas digitales se caracterizan por servir de canal o intermediario en la contratación electrónica entre los restantes sujetos, puesto que ponen en contacto a diversas personas para actividades de diversa índole.

Lo que diferencia a las plataformas de economía colaborativa "pura" de otras es la actividad que desarrollan. En este caso, la función de la plataforma en la economía colaborativa es la de intermediación entre las dos partes, pero de una manera pasiva, puesto que únicamente se dedica a conectar, pero no a tomar partido por ninguna de ellas ni ofrecer un servicio por el que se lucre de manera adicional[7]. Únicamente pone a disposición de todos los sujetos que quieran utilizarlo, un canal por el que varias partes conectan entre sí, con el fin de que una parte oferte un servicio y la otra lo consuma, así vemos una clara conexión entre dos personas físicas, un oferente y un consumidor del servicio que ofrece el primero de ellos.

En definitiva, la plataforma dentro de esta categoría, no se podría considerar como prestadora de un servicio subyacente, sino que únicamente se limita a conectar a dos sujetos. Cuestión distinta es la función de las plataformas dentro de la economía colaborativa, pero al margen de las situaciones de lo considerado como "consumo colaborativo"; las plataformas sí pueden ofrecer un servicio subyacente en otros casos. Así ya lo indicó la Comisión Europea en la Comunicación sobre "una Agenda Europea para la Economía Colaborativa", en el que señaló: "proporcionan un «servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un prestatario de servicios», ofrecen un servicio de la sociedad de la información". En este segundo caso estaríamos hablando de que la plataforma guarda una relación contractual con el oferente del servicio, por lo que se configura una relación B2C; dicho usuario se publicita en la plataforma y a su vez dicho usuario ofrece el servicio subyacente al consumidor final.

En definitiva, tenemos diferentes escenarios, en función de que nos movamos en una plataforma electrónica vinculada a consumo colaborativo puro a otro tipo de escenario de economía colaborativa. En definitiva, tendremos que analizar caso por caso si la plataforma presta o no un servicio subyacente. Para ello, la Comunicación de la Comisión Europea "Una Agenda Europea para la economía colaborativa", establece que la plataforma sí prestaría el servicio subyacente si la misma fijase el precio final que debe pagar el usuario como beneficiario, estableciera términos y condiciones distintos del precio que determinan la

7 Jarne Muñoz, P., *Economía colaborativa…, cit.*, p. 88 y ss.

relación contractual entre la misma o en el caso de que el oferente o la plataforma contasen con activos claves para prestar el servicio subyacente[8]. Así, tendremos que analizar situación a situación, plataforma a plataforma, y en definitiva, caso por caso, ante qué tipología nos encontramos, pues no podemos ofrecer una respuesta clara e inequívoca debido a la heterogeneidad de características que acabamos de plantear.

B) Sujeto oferente.

Atendiendo al concepto de "economía colaborativa" que ofreció la Comisión Europea en su informe "Una Agenda Europea para la economía colaborativa", entre los agentes se encuentran: "prestadores de servicios", que se refiere a los que "comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias". Estos prestadores pueden ser: "particulares que ofrecen servicios de manera ocasional («pares»)"; o "prestadores de servicios que actúen a título profesional («prestadores de servicios profesionales»)".

Por tanto, la Comisión Europea ofrece un concepto más amplio de economía colaborativa, en el cual los oferentes de bienes o servicios pueden ser tanto particulares como profesionales[9].

En la economía colaborativa "pura" el oferente de los bienes o servicios se acotaría a un particular, lo que genera una relación entre iguales. Ejemplo de plataformas entre particulares, BlaBlaCar, considerado el claro ejemplo de la economía colaborativa, plataforma que pone en contacto a particulares, en el cual un particular que va a realizar un viaje pone a disposición los asientos vacíos de su coche para que puedan ocuparlos otro/s particular/es que vayan a realizar

8 COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA AL PARLAMENTO, AL CONSEJO, AL CESE Y AL COMITÉ DE REGIONES "Una Agenda Europea para la economía colaborativa", COM/2016/0356 final; "Normalmente, deberá establecerse caso por caso si una plataforma colaborativa ofrece también el servicio subyacente. Varios elementos de hecho y de Derecho desempeñan un papel a este respecto. El nivel de control o influencia que la plataforma colaborativa ejerce sobre el prestador de dichos servicios tendrá por lo general una importancia significativa. En particular, puede establecerse a la luz de los siguientes criterios clave: Precio: ¿fija la plataforma colaborativa el precio final que debe pagar el usuario como beneficiario del servicio subyacente? El hecho de que la plataforma colaborativa solo recomiende un precio o de que el prestador de los servicios subyacentes sea libre de adaptar el precio fijado por una plataforma colaborativa, indica que puede que no se cumpla este criterio. Otras condiciones contractuales clave: ¿establece la plataforma colaborativa términos y condiciones distintos del precio que determinan la relación contractual entre el prestador de los servicios subyacentes y el usuario (por ejemplo, instrucciones obligatorias sobre la prestación del servicio subyacente, incluida cualquier obligación de prestar el servicio)? Propiedad de activos clave: ¿posee la plataforma activos clave para prestar el servicio subyacente? Cuando se cumplen estos tres criterios, hay indicios claros de que la plataforma colaborativa ejerce una influencia o control significativos sobre el prestador del servicio subyacente, lo que puede indicar a su vez que debe considerarse que presta también el servicio subyacente (además de un servicio de la sociedad de la información)".
Vid. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0356#footnote24 (Fecha de consulta: 25 de octubre de 2021).

9 CUENCA CASAS, M., "La contratación a través de plataformas intermediarias en línea", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Octubre 2020), Vol. 12. Nº 2, pp. 283-348. ISSN 1989-4570, https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5612, p. 290.

el mismo trayecto, se trata de trayecto de larga distancia[10]. Un concepto más amplio de economía colaborativa engloba como oferente de bienes o servicios a un profesional, por lo que no estaríamos hablado de "economía colaborativa pura", pero si de otros modelos de este tipo de economía colaborativa más amplios, como el modelo de "economía bajo demanda"[11], tal y como indica Cuena Casas. Por ejemplo, Glovo, una plataforma que ofrece un servicio de entregas a domicilio, como comida, regalos, etc.[12]. En este último supuesto, parte de la doctrina especializada habla de la figura del "prosumidor", entendiendo que una misma persona unas veces presta el bien o servicio, y en otras se beneficia del mismo, por lo que en algunas ocasiones adoptaría el rol de proveedor y en otras de consumidor[13].

C) Usuario consumidor.

El usuario consumidor es la persona que hace uso de los bienes o servicios que se comercializa a través de las plataformas digitales. Con relación al usuario o consumidor hay que señalar que estamos ante un consumidor digital, y ¿qué se entiende por consumidor digital?

El concepto de consumidor ha sufrido una gran evolución en las últimas décadas, pasando a hablar no solo de consumidor físico sino también de consumidor digital debido al gran impulso que Internet ha supuesto en la realización de actividades vinculadas al consumo.

A pesar de que a nivel social se asume esta nueva situación de manera natural, en el plano legal el reconocimiento no es expreso en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (LGDCU)[14], puesto que se aluden referencias globales que

10 Acerca del Carpooling, destaca un amplio estudio de Estacona Pérez; Vid. Estancona Pérez, A. A. ´CARPOOLING´: C2C en el transporte de personas", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, ISSN 1696-0351, Nº. 37, 2015, pp. 161y ss.

11 Cuenca Casas, M., "La contratación a través de plataformas...", *cit.,* p. 290. Como bien señala la autora, "(…) el mismo esquema tiene lugar en la denominada "economía bajo demanda" que también se suele englobar en el concepto de economía colaborativa en un sentido más amplio que es el que parece adoptar la Comisión Europea" en el informe "Una Agenda Europea para la economía colaborativa" ; e indica que la plataforma en estos casos no realiza el servicio subyacente: "la clave diferenciadora sería pues el papel de intermediario material que como prestador de servicios de la sociedad de la información desempeña la plataforma, no llevando a cabo la actividad subyacente. Lo relevante no sería tanto el hecho objetivo de que se comparta un recurso, sino más bien la horizontalidad de la relación entre proveedor y usuario del bien o servicio. Coincido pues con aquellos que incluyen bajo el paraguas del concepto de economía colaborativa también los casos englobados bajo el concepto de economía bajo demanda".

12 Sharing España "Los modelos colaborativos y bajo demanda en plataformas digitales". https://biblio.ontsi.red.es:8080/intranet-tmpl/prog/img/local_repository/koha_upload/plataformas-colaborativas.pdf

13 Puede ampliarse sobre la figura del prosumidor en Jarne Muñoz, P., *Economía colaborativa…cit.,* p. 96 y ss.

14 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y usuarios y otras leyes complementarias. https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555

deben ser interpretadas de manera analógica para dar cabida a esta nueva conceptualización. Debemos resaltar que sí se han dado pasos de forma progresiva para ampliar el concepto de consumidor e incluir nuevas realidades vinculadas al plano telemático, pero solo a nivel autonómico, con la mención concreta de la Ley 6/2019, de 26 de febrero, del Estatuto de Consumidores de Extremadura, donde se habla de "persona consumidora" como destinataria final de bienes y servicios fabricados, distribuidos o simplemente comercializados a través de un medio electrónico o telemático[15]. Si bien el legislador nacional si se ha centrado en matizar algunas cuestiones vinculadas al consumidor, como es la última concepción de consumidor vulnerable en el 2021, no cuenta con una definición concreta en la LGDCU.

Al margen de esta ley, si vemos cómo esta noción se conecta con normativa tanto nacional como europea relacionada con el comercio electrónico, puesto que la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE) si hace referencia a la persona que consume dentro de este escenario. Si bien, hemos podido observar que el concepto de comercio electrónico ha sufrido modificaciones en la última década, refiriéndose no solo a los actos de compraventa en Internet, y aglutinando muchas más acciones indirectas que hacen referencia a los periodos preventa y postventa. A su vez, mediante la potenciación de las plataformas digitales como servicios de intermediación, unido a la realidad múltiple vinculada a la economía y al consumo colaborativo, nos lleva a una nueva figura que podría dar lugar a una conceptualización nueva y expresa del "consumidor digital", o incluso al reconocimiento legal de la figura del "prosumidor".

Todo apunta a que en el año 2022, a través de las futuras Leyes de Servicios Digitales y de Mercados Digitales[16] el concepto que aquí hemos ofrecido podrá tener un reconocimiento legal expreso a nivel europeo.

2. Tipos de Contratos

Una vez estudiados los sujetos, debemos plantearnos las relaciones que surgen entre esta especie de relación triangular, en el que van a existir tres tipos de relaciones, y cada una de ellas dará lugar a un tipo de contratación diferente, con sus propias características y particularidades.

De este modo, diferenciaremos tres tipos de relaciones, por un lado las que se producen entre la plataforma y el suministrador del servicio (B2C), en segundo

15 Ley 6/2019, de 26 de febrero, del Estatuto de Consumidores de Extremadura. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-3492

16 https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20211209STO19124/la-ley-de-mercados-digitales-y-la-ley-de-servicios-digitales-explicadas.

lugar aquellas que existen entre el consumidor digital y la plataforma (B2C), y por último, la relación puramente colaborativa producida entre el oferente y el usuario destinatario (C2C). Las mismas darán lugar de manera correlativa a tres tipos de contratos: de mediación o corretaje, de acceso y distintos contratos entre particulares en función del servicio contratado.

Debemos apuntar además que serán únicamente esas últimas relaciones las que se consideran realmente de economía colaborativa pura o en sentido estricto, haciendo que el resto de relaciones tengan que ver también con tipos de economía de plataformas pero sin llegar a atender a una noción estricta de consumo colaborativo. A continuación, vamos a hacer referencia a, dentro de la gran amplitud de contratos existentes, a aquellos que nos parecen más comunes dentro de las relaciones que hemos apuntados, puesto que la forma de entender la contratación en este punto pudiera ser más amplia en función de la diversidad y la multifuncionalidad que ofrecen las plataformas[17].

A) Contrato de mediación o corretaje[18].

Tal y como hemos apuntado anteriormente las plataformas digitales parten del ofrecimiento de una serie de servicios de intermediación[19], pero solo en los casos de las plataformas colaborativas puras actuarían como meros intermediarios, sin ofrecer servicio subyacente.

En el caso concreto que aquí analizamos nos situamos fuera de esa situación, puesto que en estos casos la relación se produce entre una plataforma electrónica y un particular que contacta con ella para poder ofrecer un servicio a un tercero particular.

El servicio electrónico de la plataforma con los dos usuarios consiste en poner a disposición de los distintos usuarios oferentes y destinatarios todo un sistema electrónico pero la relación contractual que surge con cada uno de ellos es dispar, así, en el caso del oferente del servicio, la relación con la plataforma se basa en la prestación de un servicio por parte de la misma hacia este usuario profesional.

17 Alvarez Moreno, Mª T., *La contratación electrónica mediante plataformas…, cit.,* p. 52.

18 Vid. Álvarez Moreno, Mª T., *La contratación electrónica mediante plataformas…, cit.,* pp 53 y ss; Cuenca Casas, M., "La contratación a través de plataformas…", *cit.,* pp. 329 y ss.; Rodríguez Martínez, I "El servicio de mediación electrónica..", *cit.,* pp. 15 y ss Montero pascual, J.J., "El régimen jurídico de las plataformas colaborativas" en *El régimen jurídico de las plataformas colaborativas. La regulación de la economía colaborativa. Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas,* Juan José. Montero Pascual (Dir.), Tirant lo Blanch, 2016, p. 97. En la doctrina han trabajado sobre este tipo de contrato, entre otros, Blanco Carrasco, M., "El contrato de corretaje", *Revista de derecho Privado,* ISSN 0034-7922, Año nº 89, Mes 2, 2005, pp. 3 y ss.; Gázquez Serrano, L., *EL contrato de mediación o corretaje,* ed. La Ley, Madrid, 2007; Villa Vega, E., "Contrato de corretaje o mediación", en *Contratos mercantiles*, Alberto Bercovitz-Cano (dir.), María Ángeles Calzada Conde (dir)., Vol.1, Tomo 1, 2007, pp. 455-507; Macanás Viente, G., *El contrato de mediación o de corretaje (carencias y posibilidades*), Las Rozas, Madrid, Wolters Kluwer, 2015.

19 Parte de la doctrina incluso hablan de un contrato de intermediación, como una subespecie del contrato de corretaje para las relaciones B2C. Vid. Estancona Pérez, A. A. "Carpooling C2C…", *cit.,* p.32.

En este sentido, el objeto del contrato se basa en un servicio de intermediación, consistente en que la plataforma presta un servicio de intermediación en línea. Así, el portal web permite al oferente publicitarse en la misma ofrecer sus servicios y que así sirvan de reclamo para que el usuario consumidor localice el servicio y le contacte.

En tal sentido, la intermediación se basa en poner dicho sistema electrónico, como canal de contacto y de publicidad para terceros. Es por ello que la plataforma se convierte en una especie de nexo o canal de contratación entre partes e intermedia en la celebración de un determinado contrato entre partes; pero a su vez, existe un contrato de mediación entre la plataforma y el oferente, dicho contrato se puede conceptualizar del siguiente modo: "contrato por el que una parte (mediador) se compromete a indicar a la otra (comitente) la oportunidad de celebrar un negocio jurídico con un tercero o servirle de intermediario a cambio de la retribución pactada"[20].

Es por ello que a través de este concepto queda claramente reflejado como la plataforma intermedia pero a la vez ofrece un servicio concreto al oferente, de ello derivará una relación contractual puesto que el usuario profesional deberá proporcionar una cantidad económica determinada por usar los servicios de la plataforma, y de ahí derivaría la onerosidad propia para la plataforma y el beneficio para el oferente, lo que explica y justifica de forma inequívoca la relación contractual.

B) El contrato de acceso[21].

Por otro lado, la plataforma también ofrece una serie de servicios de intermediación al usuario consumidor, a través del acceso a sus servicios, la visualización de las ofertas a través de búsquedas y su posterior conexión con el oferente.

Cuando instalas una APP o accedes a una web en la que se solicita registro, es común que los usuarios consumidores tengan que aceptar unos términos y condiciones para poder formalizar y finalizar con éxito la instalación de la aplicación y proceder a su uso.

20 Alvarez Moreno, Mª T., *La contratación electrónica mediante plataformas…", cit-*, p. 54. STS de 13 de octubre de 2011 (RJ 2011/7405).

21 Vid. Álvarez Moreno, Mª T., *La contratación electrónica mediante plataformas…", cit-*, pp.141 y ss; Cuenca Casas, M., "La contratación a través de plataformas...", *cit.,* p.328 y ss; Rodríguez de las Heras Ballell, T., "El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados (*e-Marketplaces*), Marcial Pons, 2006, p. 466. Rodríguez de las Heras Ballell, T., "La contratación en plataformas electrónicas en el mercado de la estrategia para un mercado único digital en la Unión Europea", en *El mercado digital en la Unión Europea,*(coord.) Alicia María Pastor García, Isabel Martens Jiménez; Paula Castaños Castro (dir.), José Antonio Castillo Parrilla (dir.), Agustín Madrid Parra (aut.), 2019, pp.. 110 y ss.

En muchas ocasiones, una gran parte de los usuarios no llegan a leer detalladamente estos escritos, debido a que lo consideran un mero trámite y su finalidad particular es el uso de la plataforma como medio prácticamente obligatorio para usar los servicios y proceder a la contratación de un determinado servicio.

En definitiva, muchas veces los usuarios no son conscientes de lo que están aceptado y tampoco consideran que lo que realmente están haciendo es formalizar un contrato denominado "contrato de acceso". El mismo se puede conceptualizar como aquel contrato "que permite al usuario registrarse y navegar a través la página web aplicación o interfaz en línea y en definitiva para conseguir conocer los contenidos que le interesan dentro de esta o poder interactuar en el seno de dicha página o aplicación. se trata de un contrato típico conocido como el *click agreement*".

Es por ello que nos encontraríamos ante un contrato de aceptación expresa a través del *click*. En otras ocasiones, existen también páginas webs o servicios que nos piden aceptar *cookies* pero no de forma obligatoria, cuestión que a veces aceptamos y otras no, pero en cualquiera de los dos casos, seguimos visualizando el contenido de la página. Es en este último caso en el que también podríamos estar ante una especie de contrato tácito, cuestión que ha sido debatida y criticada por parte de distintos sectores doctrinales, quienes incluso niegan propiamente la existencia de un contrato ante esta situación.

Una vez planteadas las características particulares de este contrato, podríamos llegar a plantearnos cuál sería la onerosidad del mismo, o de otro modo, qué ganaría la plataforma a través del comportamiento del usuario o de la aceptación de términos y condiciones por parte del mismo. La respuesta dentro de la contratación electrónica aquí es clara: datos. Nuestros datos se configuran como un potencial intangible y para las empresas adquieren valor económico ya que pueden usarlos para saber qué nos gusta, qué precio estaríamos dispuesto a pagar y qué preferencias tenemos para poder seguir haciendo negocio con nosotros en un futuro. De este modo el suministro de datos que el usuario otorga a la empresa a través de ese *click* constituirá de manera inequívoca la contraprestación que el consumidor le otorgaría a la plataforma por usar sus servicios.

C) Distintos contratos entre particulares en función del servicio contratado.

Nos encontramos ante la relación de economía colaborativa o consumo colaborativo puro, en el que las dos partes usan una plataforma como intermediaria y en la que esta última no es parte del contrato. Así, en estos casos las plataformas de economía colaborativa se califican como "puras" pues no ofrecen servicio subyacente alguno, no hay contratación ni tampoco existe una onerosidad de la

misma. Nos encontramos ante un canal que no cobra ni a al oferente ni al usuario consumidor y que les sirve para conocerse, ponerse de acuerdo y que ellos mismos establezcan condiciones y precio. Hablamos así por tanto de un contrato de consumo en sentido amplio, cuya nomenclatura concreta tendrá relación con la naturaleza jurídica del servicio que se trata de ofertar y adquirir. Estamos así ante una contratación entre particulares.

Dichas relaciones se remitirán por un lado a las condiciones generales de contratación, y por otro, a las particularidades propias de distintos contratos regulados en el CC, puesto que al no haber en sentido estricto un profesional, no debiera aplicarse de manera estricta la normativa de tutela de consumidores, tal y como señala Álvarez Moreno[22]. Si contextualizamos con ejemplos de plataformas de economía española actuales, podríamos indicar que si usamos BlaBlaCar el contrato que se celebrará entre los dos particulares sería de transporte, si lo que utilizamos es Wallapop nos encontraríamos ante un contrato de compraventa, o si por ejemplo la plataforma que manejamos es Airbnb estaríamos ante un contrato de arrendamiento.

Con independencia del contrato que analicemos, debemos tener una cuestión clara: de todos ellos pueden surgir disputas en razón de un incumplimiento de alguna de las cláusulas o condiciones del mismo. En este sentido, nuestra intención es detenernos en la forma de solucionarlos a través de distintos medios extrajudiciales de naturaleza electrónica.

III. CONFLICTOS DERIVADOS DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y MECANISMOS DE SOLUCIÓN

En el marco de la contratación electrónica y el consumo colaborativo pueden surgir diversos conflictos que deben ser resueltos por diferentes vías, judiciales o extrajudiciales, para satisfacer los intereses de consumidores, usuarios y empresarios. En este sentido, por los propios componentes trasnacionales intrínsecos de la contratación electrónica, resulta conveniente incentivar el uso de vías alternativas a la jurisdicción ordinaria para resolver dichos asuntos, fomentando este tipo de soluciones a través de la utilización del arbitraje y la mediación.

A su vez, dentro de este tipo de medios extrajudiciales, resultaría idóneo fomentar su vertiente electrónica, por medio de los mecanismos ODR, *Online Disputes Resolutions*, en un tiempo marcado por la pandemia del Covid-19 donde las limitaciones geográficas y espaciales están plenamente conectadas con medidas sanitarias que buscan preservar la salud de los ciudadanos. Así, partiríamos de

22 Álvarez Moreno, Mª T., *La contratación electrónica mediante plataformas…", cit-*, pp.157 y ss.

dos realidades: ADR y TICs, que al conjugarse crean una nueva posibilidad. Así, al igual que los avances tecnológicos llegan a la Administración de justicia, los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos también se ven obligados a estar impregnados por las TICS, configurando un medio más atractivo para agilizar los procedimientos, denominados globalmente ODR. Estas serían el resultado de combinar la eficiencia de los sistemas convencionales de ADR con las ventajas ofrecidas por los medios telemáticos de comunicación.

En este sentido, debemos hacer alusión a las principales medidas que el legislador español prevé afianzar para hacer frente a este tipo de conflictos en época pandémica. Concretamente, hacemos referencia al "Plan Justicia 2030", un proyecto muy ambicioso para modernizar el sistema de justicia español y potenciar diversas fórmulas extrajudiciales que encajarían en el terreno de la contratación electrónica y el consumo colaborativo.

Concretamente, la web institucional del Plan indica que el mismo "es un plan de trabajo común a 10 años, desarrollado en cogobernanza, que impulsa el Estado de Derecho y el acceso a la Justicia como palancas de la transformación de país. Sólo incide en aquellos puntos que tienen mayor impacto en el sistema o que han quedado desfasados y ya son poco operativos. No se trata de introducir cambios en cada uno de los componentes del Servicio Público de Justicia, sino de generar transformaciones en puntos que tienen efecto sistémico en el ecosistema Justicia[23]".

En primer lugar, para hablar del Plan Justicia 2030, debemos partir de que la situación creada por el COVID-19 acelera el proceso de transformación en marcha de nuestro sistema judicial. Es decir, reformas que estaban dormidas o que no acababan de asentarse, se precipitan para dar solución a una serie de deficiencias que hemos podido detectar con la pandemia. Por ejemplo, a nivel de organización y administración judicial, gracias a las TICS el servicio de justicia no sufrió un apagón, puesto que con el primer estado de alarma hubo un tiempo en el que nuestra justicia se paralizó, al igual que el resto de servicios públicos. Ya en la desescalada, gracias a las TICS hemos podido comprobar que la transformación digital de la administración era una necesidad imperiosa. Así, por ejemplo, la celebración de juicios telemáticos de manera habitual era una realidad que veíamos lejana y que ha venido para quedarse.

De igual modo, había que pensar en una situación postpandémica en la que los asuntos derivados del Covid podrían llegar a saturar o a colapsar el sistema judicial. Así nos debiéramos plantear si todo conflicto derivado del Covid es necesario

23 Vid. https://www.justicia2030.es/documents/107891/185900/Resumen_ejecutivo_castellano.pdf/af34c8cf-dfb4-8126-aff5-a7fc4f677545?t=1621325883176 (Fecha de consulta: 8 de noviembre de 2021).

que se sustente ante los tribunales, o podríamos pensar en medios alternativos o extrajudiciales para lograr una solución adecuada para los ciudadanos. En este sentido, durante el confinamiento a nivel mundial, los servicios de comercio electrónico a través de plataformas digitales han sido protagonistas. Al no poder desplazarnos, tener contacto social o hacer compras a nivel físico, hemos decidido trasladar nuestro día a día y nuestros hábitos al mundo digital.

Hemos normalizado utilizar APPS para pedir comida, que nos traigan los medicamentos a nuestra casa o que las compras de ropa u otros enseres sea mucho más habitual que antes de la pandemia provocada por el Covid-19. A más uso de estos medios, mayores son los conflictos que se van a producir. Por tanto, el servicio público de justicia debe plantear alternativas o medios adecuados para que el sistema pueda ser solvente y que todo el mundo tenga una respuesta judicial en un tiempo concreto, sin que se produzcan dilaciones indebidas ni un colapso del sistema y favoreciendo que los ciudadanos puedan reclamar sus pretensiones a distancia o a través de la Red, sin necesidad de desplazarse físicamente a la sede judicial.

El plan contiene 3 grandes bloques, con 3 programas aparejados cada uno. De entre estos 3 bloques, nos vamos a centrar en el segundo de ello, en las medidas de eficiencia. Así, se busca la eficiencia a tres niveles:

Eficiencia Organizativa[24]

Eficiencia Procesal[25]

Eficiencia Digital [26]

Dentro de estas tres, debemos detenernos en el programa de Eficiencia Procesal cuyo núcleo es la adaptación procesal a los cambios y la incorporación de los Medios Adecuados de Solución de Conflictos (MASC) a la Administración de Justicia.

24 El Anteproyecto de Ley de eficiencia procesal, también en tramitación, potencia los medios adecuados de solución de controversias (MASC), para aumentar la sostenibilidad, reducir la litigiosidad existente en los tribunales y promover la cohesión social. Puede consultarse en: .https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20Eficiencia%20Procesal.pdf (Fecha de consulta: 8 de noviembre de 2021).

25 El Anteproyecto de Ley de Eficiencia Organizativa del Servicio Público de la Justicia, aprobado el 20 de abril de 2021 en el Consejo de Ministros, contempla la creación de tres figuras fundamentales: los Tribunales de Instancia, la Oficina Judicial y las Oficinas de Justicia en el municipio. Vid. https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APLO.pdf (Fecha de consulta: 8 de noviembre de 2021).

26 El Anteproyecto de Ley de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia, aprobado en octubre de 2021, tiene como objetivo establecer un marco jurídico que facilite y promueva la digitalización, regulando los servicios digitales accesibles a la ciudadanía, reforzando la seguridad jurídica en el ámbito digital y orientando al dato los sistemas de Justicia.
Vid. https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20Eficiencia%20Procesal.pdf (Fecha de consulta: 8 de noviembre de 2021).

¿A qué nos referimos con MASC- Medios Adecuados de Solución de Conflictos? "Se entiende por medio adecuado de solución de controversias *cualquier tipo de actividad negocial a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de un tercero neutral*[27]". Es decir, estaríamos hablando de métodos autocompositivos como la mediación, en la que las partes buscas una solución no adversarial al conflicto.

Estos medios se impulsan a través del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, ya disponible en la Red, En él, tal y como indica Bueno De Mata[28], se promueven así los Medios Adecuados de Solución de Controversias (MASC) como un elemento de cohesión social, estableciendo una estructura de incentivos más efectiva, con incidencia sobre la rebaja en las costas procesales si se acude de manera previa, y estableciendo acudir a los MASC como "requisito de procedibilidad", con ello dejaría de regir el principio de voluntariedad y pasaría a ser sistemas prejudiciales obligatorios. Es decir, se debería acreditar haber acudido previamente a cualquiera de estos medios para poder ir al proceso, siempre que el MASC no se haya llegado a un acuerdo. Además la tipología de los MASC es muy amplia, no se queda solo en la mediación o la conciliación sino que se abre a otros medios. Así, tal y como indica el autor, ello supone un cambio radical a nuestro sistema procesal civil, y que por tanto pueden afectar directamente a los conflictos derivados del comercio electrónico.

Unido a lo anterior el plan también incide en fomentar la solución de controversias en línea, ODR, para disponer de un acceso sencillo a mecanismos de solución de controversias, la posibilidad de acceso desde cualquier lugar con la consiguiente reducción de costes en infraestructuras y medios. La idea se centraría en ordenar y visibilizar las herramientas y plataformas de ODR existentes, darlas a conocer y hacerlas accesibles dentro del Servicio Público de Justicia. En definitiva, se trata de una integración mucho más visible de estas plataformas dentro de las posibilidades que los ciudadanos pueden tener para resolver sus disputas. En el fondo, lo que subyace es la promoción de una verdadera cultura de los ODR, cuestión que aún está pendiente en nuestra sociedad, debido a que relacionamos la solución de conflictos con el plano judicial, pero pocas veces con las posibilidades que se ofrecen a nivel extrajudicial, y menos aún, a nivel electrónico.

Parece lógico acudir a una solución de naturaleza electrónica cuando el conflicto se ha producido en el mismo ámbito. Es decir, las ODR, dentro de su

27 Esta definición es la recogida en el I Anteproyecto de Ley de eficiencia procesal.

28 Bueno De Mata, F., *Hacia un proceso civil eficiente: transformaciones judiciales en un contexto pandémico*, Valencia, 2021, pp.137 y ss.

amplitud, pueden servir para ofrecer soluciones a estas controversias, pero…¿qué tipo de ODR sería más conveniente para solucionar conflictos derivados de la contratación electrónica por medio de plataformas digitales?

En este sentido la respuesta depende del tipo de relación que nos encontremos, aunque apostamos por regla general por la utilización de los sistemas de mediación y negociación electrónica como métodos ODR prioritarios. Tal y como hemos apuntado en este plano podríamos encontrarnos con relaciones B2C en atención tanto a las producidas entre la plataforma y el vendedor o el suministrador del servicio como a las del consumidor digital y la plataforma; y por otra las relaciones C2C, producidas entre el oferente y el usuario destinatario.

En este sentido, justificamos nuestra decisión en el completo respaldo tanto a nivel europeo como a nivel nacional con el que cuenta este medio autocompositivo que se hace idóneo para solucionar conflictos de relaciones B2C y C2C dentro del comercio electrónico.

Concretamente en España[29], esta forma de resolución de controversias en el plano del comercio electrónico vienen amparado en la Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE), incorpora en nuestro ordenamiento legislativo la Directiva 2000/31/CE del Consejo y del Parlamento Europeo en la que se regulan determinados aspectos jurídicos de los Servicios de la Sociedad de la Información, en particular los relativos al comercio electrónico. En su artículo 32 se recoge la opción de que el prestador y el destinatario de servicios de la Sociedad de la Información puedan someter sus conflictos a diversos sistemas de ODR. Si nos centramos en la mediación electrónica, si acudimos a la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 reguló ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, deja claramente abierta la posibilidad a distintos usos de ODR. Concretamente, en su considerando 9º abre la posibilidad de utilizar TICs en la mediación al indicar que "La presente Directiva no debe impedir en modo alguno la utilización de las nuevas tecnologías de comunicaciones en los procedimientos de mediación".

Esta cuestión tiene su reflejo a nivel nacional desde el año 2012[30]. Concretamente se parte de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Precisamente, es el art. 24 de la Ley el que regula la posibilidad de que las actuaciones de mediación se realicen por medios electrónicos. El precepto prevé dos tipos de procedimientos: por un lado, el apartado primero del precepto

29 Bueno De Mata, F., "El arbitraje y la mediación como medios extrajudiciales para la solución de conflictos vinculados al comercio electrónico y al Derecho de la Moda*", Actualidad civil,* ISSN 0213-7100, Nº 9, 2021.

30 Gallardo Rodríguez, A., "Mediación "online" aplicada a situaciones de rupturas matrimoniales", *FODERTICS 3.0: (estudios sobre nuevas tecnologías y justicia*, Granada, 2015, pp.19-31.

determina que las partes pueden acordar la mediación *online* en todas las sesiones o sólo en algunas de las actuaciones (incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que se estimen conveniente). Se pueden emplear medios electrónicos tales como la videoconferencia u otros medios análogos como correos electrónicos y la utilización de mensajes o sistemas de mensajería multimedia. La Ley exige dos requisitos para que pueda llevarse a cabo un procedimiento de mediación *online:* por una parte, que quede garantizada la intervención de ambas partes, lo que en estos casos se consigue con la utilización del DNI electrónico[31]; y por otra, la Ley exige respetar los principios de toda mediación: voluntariedad, buena fe, confidencialidad, igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores, lo cuales, igualmente se cumplen al realizarla mediación electrónica[32].

Por otro lado, el apartado segundo, prevé el procedimiento simplificado de mediación para reclamación de cantidades que no superen los 600 euros, cuestión que encaja perfectamente con las disputas derivadas del comercio electrónico y las plataformas de economía colaborativa debido a que su precio difícilmente superará en muchos casos esta cantidad. Este precepto se complementa con la Disposición Final Séptima de la Ley que establece este procedimiento[33]. Dicho procedimiento se desarrolla en su totalidad a través de medios electrónicos, esto es: las partes introducen sus pretensiones en un formulario *web*, que en ningún caso se referirán a argumentos de confrontación de derecho y después, un sistema informático genera el acuerdo. Por ello, este tipo de mediación en la doctrina es discutida, pues al igual que un sector doctrinal, entendemos que en estos casos no puede hablarse de mediación, sino de una negociación electrónica negociación[34]. El ámbito de aplicación para realizar este tipo de mediación no es cerrado, pero al dar preferencia a las reclamaciones de cantidad, vemos como este mecanismo de solución podría tener clara aplicación en las relaciones B2C y C2C.

31 Vid. Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica. BOE, núm. 304, de 20 de diciembre de 2003, páginas 45329 a 45343 (15 págs.); y la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. BOE, núm. 150, de 23 de junio de 2007, pp. 27150 a 27166 (17 pp).

32 García del Poyo, R., "La mediación electrónica", *Revista Jurídica de Castilla y León*, número 29, enero 2013. ISSN: 2254-3805. El autor analiza con detalle los medios electrónicos existentes que pueden ser utilizados y como garantizar la identidad de los intervinientes; y el cumplimiento de los principios de mediación en el ámbito electrónico.

33 La Disposición Final Séptima de la Ley 5/2012, de 6 de julio, ha sido desarrollado por el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre. Este Real Decreto desarrolla determinados aspectos fundamentales de la Ley estatal de mediación, como la formación del mediador, su publicidad a través de un registro dependiente del Ministerio de Justicia y el aseguramiento de su responsabilidad, y por último, desarrollo las líneas básicas de ese procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos. Orden Just/746/2014, de 7 de mayo, por el que se desarrollan los arts.- 14 y 21 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley estatal de mediación en asuntos civiles y mercantiles. BOE-A-2014-4910.núm. 113, de 9 de mayo de 2014, páginas 35687 a 35689 (3 págs.).

34 En este sentido, Conforti F., "El proceso simplificado de mediación por medios electrónicos ¿es mediación?".
Vid.http://www.acuerdojusto.com/Articulos/Entradas/2013/12/13_El_proceso_simplificado_de_mediacion_por_medios_electronicos_es_mediacion.html (Fecha de consulta:12 de noviembre de 2021).

Pero, ¿podríamos también aplicar esta cuestión propiamente a los conflictos en los que también se viera involucrado el ofrecimiento de servicios a través de una plataforma electrónica? La respuesta viene dada también a nivel europeo y nacional con las reformas que posteriormente al año 2012 se produjeron en el ámbito de la UE y posteriormente tuvieron su reflejo a nivel nacional.

Para ello, a nivel europeo es necesario partir de la Directiva 2013/11/CE y el Reglamento (UE) nº 524/2013, que buscan homogeneizar los niveles de calidad de los procedimientos de resolución alternativa de conflictos entre todos los Estados miembros, con el fin de solucionar disputas con componente transfronterizo. A su vez, esta normativa tiene su fundamento en la protección a los consumidores de acuerdo con el art. 114 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y las últimas reglas de UNCITRAL[35] de finales de 2016, en la que se permiten y potencian el uso de ODR para poner remedio a este tipo de disputas[36]. Esta normativa venía acompañada del Reglamento 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo[37]. Justamente en este texto legal es donde se avanza la creación de una plataforma para toda Europa en materia de consumo. De hecho, en su considerando 18ª se establece que es uno de los principales objetivos del texto legal es "crear una plataforma de resolución de litigios en línea en el ámbito de la Unión", para continuar diciendo que "la plataforma de resolución de litigios en línea debe adoptar la forma de un sitio de internet interactivo que ofrezca una ventanilla única a los consumidores y a los comerciantes que quieran resolver extrajudicialmente litigios derivados de transacciones en línea". Hablaríamos así de una especie de "plataforma de plataformas", donde la negociación electrónica y la mediación electrónica serían las ODR protagonistas y que pueden aplicarse claramente a situaciones de contratación electrónica y plataformas digitales. Finalmente, dicha plataforma se convierte en una realidad a través del siguiente enlace: http://ec.europa.eu/consumers/odr/. Muchos han sido los estudios que se han dedicado a analizar esta plataforma, pero debemos aquí realizar mención al proyecto EMEDEU[38], del cual en su día formamos parte dentro del equipo de trabajo, y que consistía en proponer un marco legal completo para los sistemas de negociación y mediación electrónica tendentes a solucionar todo tipo de conflictos

35 Las mismas corresponden a la abreviatura de la expresión *United Nation Comission on International Trade Law* y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).

36 Guía de la CNUDMI Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, publicada por la Secretaria de la CNDMI en 2013. Disponible en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/12-57494-guide-to-uncitral-s.pdf (fecha de consulta: 12 de noviembre de 2021).

37 Gracias a esta normativa se modifica el Reglamento 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. Se puede consultar la normativa en diversos idiomas en: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=OJ:L:2013:165:TOC (Fecha de consulta: 12 de agosto de 2020).

38 Civil Justice Programme of the European Union (Action Grant JUST/2013/JCIV/AG/4689 -EMEDEU Project-). Vid. VVAA. *Electronic mediation and e-mediator: proposal for the European Union,* Lorenzo M. Bujosa Vadell (dir.); Almudena Gallardo Rodríguez (coord.). Editorial Comares, 2016.

transfronterizos en materia civil y mercantil en el ámbito de los Estados miembros de la Unión Europea[39].

Al trasladar esta herramienta a nuestro país, y más si lo queremos aplicar a cuestiones vinculadas al consumo colaborativo, era necesario un cambio legislativo, puesto que desde el 2012 al 2017 la mediación estaba excluida en casos de consumo. Así, se produce un significativo cambio a través de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y que por tanto, permite la aplicación de este tipo de método autocompositivo en el ámbito de los consumidores. A través de esta ley se realiza la transposición de la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo[40].

El ámbito de aplicación se centra en reclamaciones con componente transfronterizo o ante compañías áreas o financieras, lo que hace que pensemos que las distintas actividades relacionadas con el comercio electrónico y las plataformas digitales sean realmente las principales actividades amparadas por esta ley. Podemos decir que gracias a este cambio, tanto las relaciones C2C como las B2C con base en conflictos en contratación electrónica y consumo colaborativo, contarían con formas de solución de conflictos extrajudiciales que cuentan con respaldo legal. De forma estricta, este medio podría aplicarse entre consumidores, y también en las relaciones que se establezca desde los consumidores hacia los empresarios, pero no al revés, por considerarse de carácter unidireccional. De todas formas, no la mediación, pero si la negociación electrónica como otro mecanismo de ODR, podría darse en las relaciones B2C que partieran del empresario al sujeto oferente del servicio o al consumidor final. Dentro de este campo, pensamos que los sistemas disruptivos centrados en aplicación de Inteligencia Artificial y sistemas automatizados, podrían tener un claro impacto en este sentido, y que realmente son el futuro inminente para aplicar a este campo.

Tal y como indican autores como Martín Diz, las tecnologías ODR mediante inteligencia artificial "serán un elemento de referencia en la justicia post-covid19[41]", a las que el autor denomina i-ODR, y que puede servir para evaluar o no la

39 Vid. Marques Cebola, C. "La plataforma ODR, ¿Posible integración con ECC-NET?", *Mediación en la Administración de Justicia*, Santiago de Compostela, 2017, pp.201-2224; Martin Diz, F., "Litigiosidad extrajudicial en sedes electrónicas: planteamientos y nuevas realidades", *La globalización del Derecho Procesal*, Valencia, 2019, pp.419- 454.

40 Vid. González Pillado, E., "La mediación en materia de consumo", *Arbitraje y mediación en materia de consumo*, Madrid, 2012, pp.159-186; Cubillo López, I. J., "El procedimiento para la tutela arbitral de los consumidores", *Cuestiones actuales sobre la protección de los consumidores: Tutela penal, civil y arbitral*, Navarra, 2010, pp.275-349.

41 Martín Diz, F., "Justicia digital post-covid19: el desafío de las soluciones extrajudiciales electrónicas de litigios y la inteligencia artificial", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, ISSN-e: 2660-7964, n.º 2, Universidad de Cádiz, 2020, pp. 41-74. En el mismo sentido, Bueno De Mata, F., "Mediación electrónica e inteligencia artificial", *Actualidad civil,* Nº 1, 2015: Barona Vilar, S., "Psicoanálisis de las ADR. Retos en la sociedad global del siglo XXI", La Ley. Mediación y Arbitraje, núm., 1, 2020.

conveniencia de utilizar una mediación electrónica ante un determinado conflicto, procesar los datos de la disputa o ayudar a sugerir soluciones, lo que nos derivaría en algo más cercano a los sistemas automatizados, para los que ya tenemos respaldo legal.

4. REFLEXIONES FINALES.

Nos encontramos ante un fenómeno en auge, la economía colaborativa ha venido para quedarse y se ha convertido en una realidad imparable que necesita de un mayor respaldo legal para evitar situaciones de inseguridad jurídica tanto para los consumidores, como para los sujetos oferentes y las plataformas digitales.

En primer lugar, es necesario que desde la UE se defina claramente qué se entiende por economía colaborativa y qué tipos de modelos incluye. Hasta el momento, y en espera de que se aprueben las nuevas normativas vinculadas a los Mercados Digitales y a los Servicios Digitales, a lo largo del presente 2022. Todo parece indicar que tomarán la forma de Reglamentos y que tendrán aplicación directa en todos los estados miembros. Esta normativa, que estará más centrada en cuestiones de competencia, con la noción de "guardianes de acceso" como protagonista[42], dotará de una mayor seguridad jurídica a todos los sujetos implicados y por ende, a los distintos tipos de contrataciones que aquí se establezcan.

Estamos hablando de tres tipos de sujetos (plataformas, sujetos oferentes y consumidores) que se entrelazan así emanando diversas relaciones de tipo B2C y C2C con especiales características, puesto que dependiendo del modelo de economía en el que nos encontramos, si es de consumo colaborativo puro o no, la plataforma será mera intermediaria o no en función de si oferta un servicio subyacente. Esto a su vez está conectado con distintos tipos de contratos tal y como hemos analizado: mediación o corretaje, acceso o consumo en función del servicio contratado.

Ante una situación tan novedosa y que entraña aún grandes interrogantes a nivel legal, es habitual que existan múltiples conflictos a los que debemos darles una respuesta judicial o extrajudicial oportuna. Creemos que el recurso a los ODR es el mecanismo autocompositivo ideal para hacer frente a estas disputas y ofrecer una solución aceptable y beneficiosa para todas las partes, al configurarse como

42 La futura Ley de Mercados Digitales, tratará de evitar que las grandes plataformas digitales impongan condiciones injustas a las empresas y a los consumidores. La normativa se focaliza en aquellas plataformas con una posición económica fuerte, una sólida posición de intermediadora o arraigada en el mercado denominadas "guardianas de acceso".
Vid. https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20211209STO19124/la-ley-de-mercados-digitales-y-la-ley-de-servicios-digitales-explicadas (Fecha de consulta: 12 de enero de 2022).

un método no adversarial especialmente destinado para las reclamaciones de cantidad de no muy alto momento y que está especialmente pensada para sujetos que se encuentran geográficamente separados, conectados por herramientas tecnológicas y que necesitan una respuesta técnicamente sencilla y expedita.

Creemos que entre los distintos tipos de ODR los sistemas de mediación y negociación electrónica son los que pueden poseer un mejor encaje para las situaciones vistas, al tener ya un reflejo claro en la plataforma europea de consumo[43]. Respecto a la tecnología, estamos convencidos de que avanzamos hacia un escenario en el que la inteligencia artificial se convertirá en protagonista en los años venideros y que servirá para aumentar aún más el catálogo de recursos de este tipo de modelos para lograr que los mismos alcancen un alto grado de eficiencia y eficacia.

En último lugar, debemos indicar que España cuenta con un respaldo legal fuerte y completo para la implementación de este tipo de ODR, y que además el horizonte legal que esta cuestión plantea es claramente ambicioso, puesto que estos mecanismos se configuran como una puesta clara a través del Plan de Justicia 2030 y el Anteproyecto de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia. Estaremos atentos, puesto que si este texto finalmente entra en vigor, seremos testigos de una auténtica revolución en la implementación de nuevos métodos autocompositivos de resolución de conflictos vinculados al comercio electrónico, y más concretamente, a aquellos derivados de servicios vinculados a la economía colaborativa.

43 Respecto al impulso institucional europeo a la Resolución de Disputas en Línea puede consultarse Alzate Saéz de Heredia, R., y Vázquez de Castro, E.,*Resolución de Disputas en Línea (RDL). Las claves de la mediación electrónica*, Editorial Reus, Zaragoza, 2013, págs. 203 y ss.

BIBLIOGRAFÍA.

ALVAREZ MORENO, Mª T., *La contratación electrónica mediante plataformas en línea: modelo negocial (B2C), régimen jurídico y protección de los contratantes (proveedores y consumidores,* Reus, Madrid, 2021.

ALZATE SAÉZ DE HEREDIA, R., Y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Resolución de Disputas en Línea (RDL). Las claves de la mediación electrónica*, Editorial Reus, Zaragoza, 2013.

BLANCO CARRASCO, M., "El contrato de corretaje", *Revista de derecho Privado,* ISSN 0034-7922, Año nº 89, Mes 2, 2005, pp. 3-36.

BARONA VILAR, S., "Psicoanálisis de las ADR. Retos en la sociedad global del siglo XXI", La Ley. Mediación y Arbitraje, núm., 1, 2020.

BUENO DE MATA, F., Mediación electrónica e inteligencia artificial, *Actualidad civil*, Nº 1, 2015.

- "El arbitraje y la mediación como medios extrajudiciales para la solución de conflictos vinculados al comercio electrónico y al Derecho de la Moda*", Actualidad civil,* ISSN 0213-7100, Nº 9, 2021.

- *Hacia un proceso civil eficiente: transformaciones judiciales en un contexto pandémico*,

Valencia, 2021.

CONFORTI F., "El proceso simplificado de mediación por medios electrónicos ¿es mediación?".

Vid.http://www.acuerdojusto.com/Articulos/Entradas/2013/12/13_El_proceso_simplificado_de_mediacion_por_medios_electronicos_es_mediacion.html (Fecha de consulta:12 de enero de 2022).

CUBILLO LÓPEZ, I. J., "El procedimiento para la tutela arbitral de los consumidores", *Cuestiones actuales sobre la protección de los consumidores: Tutela penal, civil y arbitral*, Navarra, 2010, págs. 275-349.

GARCÍA DEL POYO, R., "La mediación electrónica", *Revista Jurídica de Castilla y León*, número 29, enero 2013. ISSN: 2254-3805.

GÁZQUEZ SERRANO, L., *EL contrato de mediación o corretaje,* ed. La Ley, Madrid, 2007.

González Pillado, E., "La mediación en materia de consumo", *Arbitraje y mediación en materia de consumo*, Madrid, 2012.

Cuenca Casas, M., "La contratación a través de plataformas intermediarias en línea", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Octubre 2020), Vol. 12. Nº 2, pp. 283-348. ISSN 1989-4570, https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5612

Cubillo López, I. J., "El procedimiento para la tutela arbitral de los consumidores", *Cuestiones actuales sobre la protección de los consumidores: Tutela penal, civil y arbitral*, Navarra, 2010.

Estancona Pérez, A. ´CARPOOLING´: C2C en el transporte de personas", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, ISSN 1696-0351, Nº. 37, 2015, pp. 161-184.

Gallardo Rodríguez, A., "Mediación "online" aplicada a situaciones de rupturas matrimoniales", *FODERTICS 3.0: (estudios sobre nuevas tecnologías y justicia*, Granada, 2015, págs. 19-31.

González Pillado, E., "La mediación en materia de consumo", *Arbitraje y mediación en materia de consumo*, Madrid, 2012, pp. 159-186.

Jarne Muñoz, P., *Economía colaborativa y plataformas digitales,* Reus, Madrid, 2019.

Macanás Viente, G.*, El contrato de mediación o de corretaje (carencias y posibilidades)*, Las Rozas, Madrid, Wolters Kluwer, 2015.

Marques Cebola, C. "La plataforma ODR, ¿Posible integración con ECC-NET?", *Mediación en la Administración de Justicia*, Santiago de Compostela, 2017, págs. 201-2224.

Martín Diz, F., "Justicia digital post-covid19: el desafío de las soluciones extrajudiciales electrónicas de litigios y la inteligencia artificial", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, ISSN-e: 2660-7964, n.º 2, Universidad de Cádiz, 2020, pp. 41-74.

- "Litigiosidad extrajudicial en sedes electrónicas: planteamientos y nuevas realidades", *La globalización del Derecho Procesal*, Valencia, 2019, pp. 419- 454.

Rodríguez de las Heras Ballell, T., *El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados (e-Marketplaces)*, Marcial Pons, 2006.

-"La contratación en plataformas electrónicas en el mercado de la estrategia para un mercado único digital en la Unión Europea", en *El mercado digital en la Unión Europea,* (coord.) Alicia María Pastor García, Isabel Martens Jiménez; Paula Castaños Castro (dir.), José Antonio Castillo Parrilla (dir.), Agustín Madrid Parra (aut.), 2019, pp. 93-127.

Rodríguez Martínez, I "El servicio de mediación electrónica y las plataformas de economía colaborativa", *RDM*, Núm. 305, 2017, julio-septiembre. BIB 2017/13013.

Sharing España "Los modelos colaborativos y bajo demanda en plataformas digitales". https://biblio.ontsi.red.es:8080/intranet-tmpl/prog/img/local_repository/koha_upload/plataformas-colaborativas.pdf

Villa Vega, E., "Contrato de corretaje o mediación", en *Contratos mercantiles*, Alberto Bercovitz-Cano (dir.), Marla Ángeles Calzada Conde (dir)., Vol.I, Tomo I, 2007, pp. 455-507.

Vilalta Nicuesa, A.E., "La regulación europea de las plataformas de intermediación digitales en la era de la economía colaborativa", *RCDI*, nº 765, 2018, pp. 265 y ss.

VVAA. *Electronic mediation and e-mediator: proposal for the European Union,* Lorenzo M. Bujosa Vadell (dir.); Almudena Gallardo Rodríguez (coord.). Editorial Comares, 2016.

LA APROXIMACIÓN CONDUCTUAL A LA TRANSPARENCIA CONTRACTUAL EN LOS SERVICIOS FINANCIEROS DE CRÉDITO

THE BEHAVIORAL APPROACH TO CONTRACTUAL TRANSPARENCY IN CREDIT FINANCIAL SERVICES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1492-1519

Antoni MUT
PIÑA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: El deber de información se ha consagrado como la herramienta estrella del derecho contractual de consumo. Su proliferación a lo largo del ordenamiento jurídico es una realidad por pocos negada. Sin embargo, su utilización ha demostrado pocas evidencias de éxito. Lo que nos lleva a cuestionar la naturaleza de las premisas teóricas sobre las que se fundamenta. En especial, aquellas relacionadas con la imagen del consumidor medio adoptada tanto a nivel normativo como jurisprudencial. Con el presente artículo, pretendemos cuestionar la eficacia de los deberes de información como herramientas encaminadas a evitar la celebración de contratos con clausulado asimétrico.

PALABRAS CLAVE: Deberes de información; asimetrías informativas; derecho contractual de consumo europeo; servicios financieros de créditos; contratación asimétrica; economía conductual; análisis económico del derecho.

ABSTRACT: *Disclosure information has been established as the main tool of Contractual Consumer Law. Its proliferation throughout the legal system is a reality that few deny. However, its use has shown little evidence of success. This reality leads us to question the nature of the theoretical premises on which it is based. Specially, those related to the image of the average consumer adopted both at the normative and jurisprudential level. The aim of this article is to question the effectiveness of disclosure information as a tool aimed to avoiding the conclusion of asymmetric contracts.*

KEY WORDS: *Disclosure Information; Information Asymmetry, European Consumer Contract Law; Financial Services; Behavioral Economics; Law and Economics.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA INFORMACIÓN EN LA CONTRATACIÓN: UNA APROXIMACIÓN ECONÓMICA.- 1. ¿Por qué el mercado no soluciona por si solo la presencia de clausulado asimétrico?.- A) El papel de la información en los modelos económicos.- B) Sobre la relación entre las asimetrías informativas y el clausulado abusivo.- III. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO DE CONSUMO.- 1. Una visión de mercado: la tesis productivista.- IV. EL ESQUEMA NORMATIVO DE LA TRANSPARENICA EN LOS SERVICIOS FINANCIEROS DE CRÉDITO.- 1. La adhesión a la Unión Europea: el motor de la liberalización bancaria.- 2. La protección indirecta de la clientela bancaria.- 3. El sistema europeo de contratación con consumidores de créditos al consumo.- V. EL PARADIGMA DE RACIOANALIDAD EN LOS DEBERES DE INFORMACIÓN.- 1. ¿Es suficiente un cambio en el paradigma de racionalidad?.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente artículo es demostrar que las herramientas de transparencia, especialmente los deberes de información precontractual, contenidas en el derecho contractual europeo de consumo y, por tanto, en la normativa relativa a los servicios financieros de crédito, basan su funcionamiento en un paradigma de racionalidad incompatible con la realidad observable. De acuerdo con nuestra visión esto reduce la eficacia de la intervención, entendiendo por la misma a la capacidad de la norma de reducir las asimetrías informativas[1]. Y explica el fenómeno de la proliferación de cláusulas contractuales abusivas en los mercados financieros de crédito.

Puesto que nos disponemos a analizar la capacidad de las herramientas de transparencia, entendiendo por las mismas a las disposiciones normativas encaminadas a garantizar y proteger la autonomía del consumidor, adherente o cliente de distorsiones en relación con la información necesaria para configurar su decisión, en primer lugar, presentaremos el problema desde un punto de vista económico. Ya que, en definitiva, la naturaleza del problema que este conjunto de reglas viene a resolver ha sido abordado, tradicionalmente, por dicha disciplina. En segundo lugar, analizaremos la ratio legis del derecho contractual de consumo europeo y de la normativa de trasparencia relativa a los servicios financieros de crédito en el ordenamiento jurídico español. Pues, para analizar la eficacia de las normas debemos acotar el objetivo o razón de ser de las mismas con independencia de su efectividad institucional o el valor accidental que las mismas adquieren en el contexto normativo en que se ubican. Finalmente, evaluaremos si la presunción de racionalidad sobre la que estas se edifican es compatible con su

1 Capella, JR.: "Elementos de análisis jurídico", Editorial Trotta, Madrid, 2004, pp. 87-88.

• Antoni Mut Piña
Investigador predoctoral
Universidad de Barcelona
amut@ub.edu

pretensión de servir como determinante causal de la reducción de las asimetrías informativas en el mercado, lo que de aceptarse implicará corroborar su futilidad.

II. LA INFORMACIÓN EN LA CONTRATACIÓN: UNA APROXIMACIÓN ECONÓMICA.

Aunque los modelos económicos se conjugan muy bien con los postulados utilitaristas, los economistas han sido capaces de prescindir de anclajes morales en la construcción de sus modelos teóricos[2]. Así pues, la asunción generalizada de que los agentes en el mercado actúan siguiendo sus preferencias sin que sea necesario entrar a valorar el contenido material de estas; llevó a John Kicks a afirmar que los economistas se habían liberado de todos los compromisos filosóficos[3]. Por lo tanto, incluso aceptando, como Martijn W. Hesselink señala, que muchas de las características clave del derecho contractual europeo parecen ser compatibles con los principales postulados de las teorías utilitaristas[4]. Es posible analizar su ratio legis no desde un enfoque político o filosófico sino desde el marco teórico económico. Esta es, en cierto modo, la tarea que pretendemos abordar mediante esta primera sección. En primer lugar, no solamente porqué la naturaleza del fenómeno de las asimetrías informativas sea nuclearmente económica sino porqué, como más adelante expondremos, la aparición de normas encaminadas a combatirla encuentra su fundamentación en razonamientos y lógicas de mercado. Y, en segundo término, porque la conceptualización económica, tanto de la problemática como de las intervenciones encaminadas a su corrección, nos brinda un marco de análisis poco común en la literatura jurídica española.

1. ¿Por qué el mercado no soluciona por sí solo la presencia de clausulado asimétrico?

El primer teorema fundamental del bienestar, que puede considerarse como el corolario de numerosos aportes, destacando, por su refinamiento, el trabajo de Kenneth Arrow[5], determina que, si los mercados son completos y funcionan correctamente, el resultado al que llegan es eficiente en el sentido de Pareto[6,7].

2 Gordley, J.: "Contract Law in the Aristotelian Tradition", en AA.VV.: *The Theory of Contract Law* (coord. por P. Benson), Cambridge University Press, Cambridge, 2001, pp. 268-333.

3 Hicks, J.: " Value and Capital: An Inquiry into Some Fundamental Principles of Economics Theory, Clarendon Press, Oxford, 1939.

4 Hesselink, M.: "Contract theory and EU contract law", en AA.VV.: *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law* (coord. por C. Twigg-Flesner), Elgar, Cheltenham, 2016, pp. 508-535.

5 Arrow, K y Debreu, G.: "Existance of an Equilibrium for a Competitive Economy", Econometrica, 1954, vol. 22, núm. 3, pp. 265-290.

6 Bajo una división óptima de Pareto, es imposible que mejore una parte individual sin que empeore otra.

7 Muriel, V y Rodríguez, F.: "El fin social del contrato en tiempos de crisis: una aportación al debate pacta sunt servanda vs. rebus sic estantibus desde el análisis económico del Derecho", en AA.VV.: *COVID-19: Conflictos jurídicos actuales y otros desafíos* (coord. por R. Luquin), Wolter Kluger, Madrid, 2020, pp. 697-714.

Esto implica que si estos son tan amplios que en ellos se puede comercializar cualquier bien o servicio y hay suficiente oferta y demanda, por lo que ningún agente tiene capacidad para influir en los precios, se convierten en un sistema de asignación de recursos en el que no es posible realizar nuevas distribuciones de bienes en que uno de los agentes mejore sin que otro empeore –mejoras paretianas–. El primer teorema fundamental, viene a constituir la correspondencia formal de la metafórica mano invisible de Adam Smith, y, por lo tanto, equivale a aceptar que, en el plano teórico, no es posible justificar a priori el intervencionismo de los poderes públicos en el funcionamiento de los mercados. Sin embargo, los supuestos en los que el teorema se fundamenta son en la realidad difícilmente alcanzables en su totalidad lo que da lugar a la aparición de los denominados fallos de mercado –bienes públicos, externalidades, asimetrías o poder de mercado–. El estudio y tratamiento de estos fallos de mercado ha llevado, incluso a las escuelas de pensamiento económico más liberales, a reconocer que, atendiendo a criterios de eficiencia, la intervención económica se encuentra justificada allí donde estos aparezcan.

Si atendemos al objeto de nuestro estudio, el fallo de mercado que nos interesa, o que explica que sea económicamente justificable que una parte de la relación contractual esté obligada a brindar a la otra cierta información, es la presencia de asimetrías informativas. De este modo, entenderemos que existe información asimétrica, siempre que nos encontremos ante una situación en la cual comprador y vendedor disponen de información diferente respecto a las condiciones o características de una determinada transacción. Veamos ahora como aborda dicha problemática la teoría económica.

A) El papel de la información en los modelos económicos

El estudio del papel de la información en la economía comienza, fundamentalmente, con el artículo de Gorge Stigler "The Economics of Information"[8]. En su intento por comprender la dispersión de precios, Stigler confirma que el papel de la información ha sido subestimado profundamente en los modelos económicos. Esto lleva al académico a destacar la importancia de tomar en consideración el costo de la información para el consumidor y a evidenciar cómo el vendedor asume el coste de eliminar la ignorancia de este mediante el uso de la publicidad o de intermediarios. En esencia, Stigler evidencia el papel central de la información proporcionada por la empresa y su importancia en la determinación del equilibrio de mercado.

Sin embargo, pese a la importancia del aporte de Stigler, fue Gorge Akerlof quien, unos años más tarde, confirmó que la presencia de asimetrías informativas

8 Stigler, G.: "The Economics of Information", *Journal of Political Economy,* 1961, vol. 69, núm. 3°, pp. 213-225.

en los mercados acaba impactando en la calidad de los productos allí negociados y, en consecuencia, en la eficiencia de los mercados como mecanismo de asignación de recursos[9]. El estudio de Akerlof se centra únicamente en los mercados con información asimétrica o, como indicábamos anteriormente, en los que los vendedores tienen más información que los compradores sobre la calidad del producto. El autor demostró que la presencia de este tipo de anomalías en el mercado podría conducir a una "selección adversa" de productos de mala calidad, y, por ende, cuando una parte de la relación económica supiera más que la otra o cuando retuviera información importante, que se iniciase una desescalada de la calidad de los productos negociados, expulsando productos de alta calidad en favor de otros de baja calidad. En definitiva, si compradores y vendedores no disponen de información completa se incumple uno de los requisitos básicos de la competencia perfecta, por lo que los mercados se tornan opacos y la inexistencia de transparencia enmarca las transacciones[10].

La información a la que nos referimos puede concretarse en datos sobre el precio, cantidades, calidades de los bienes, servicios y factores de producción. En cualquier caso, los modelos teóricos de competencia perfecta entienden que dicha información está al alance de todos los agentes del mercado y no solo eso, sino que su coste es de todo despreciable. Sin embargo, la información perfecta es una rara avis, lo que nos permite rechazar la validez de los análisis relativos al funcionamiento del mercado, como mínimo en períodos temporales reducidos si no incorporan la problemática asociada a la información y su importante rol en la determinación del equilibrio. En este contexto, el estudio de los mercados opacos se ha articulado mediante la singularización de los problemas que origina, por sí misma, la información imperfecta.

B) Sobre la relación entre las asimetrías informativas y el clausulado abusivo

La pregunta que surge en este punto es si es posible hacer equivalencias entre los hallazgos del modelo de Akerlof y la proliferación de cláusulas contractuales abusivas en los contratos de adhesión. De hecho, parece plausible presuponer que, ante la presencia de condiciones generales, si el predisponente conoce el contenido normativo del contrato, pero el adherente no, este último solamente entrará racionalmente en la negociación si cree que los costes que debe afrontar para acceder a la información y negociar son menores que los riesgos a los que se enfrenta[11]. Este razonamiento explica porque muchas cláusulas ni son verificadas por los adherentes ni se toman como datos relevantes a los efectos de una posible

9 Akerlof, G.: "The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism", 1970, vol. 84, núm. 3, pp. 488-500.

10 Hortalà, J.: "Microeconomia", Vicens Vives, Barcelona, 2011, p. 528.

11 Ayres, I y Schwartz, A.: "The No Reading Problem in Consumer Contract Law", *Stanford Law Review,* 2014, vol. 66, núm. 3, pp. 545-609.

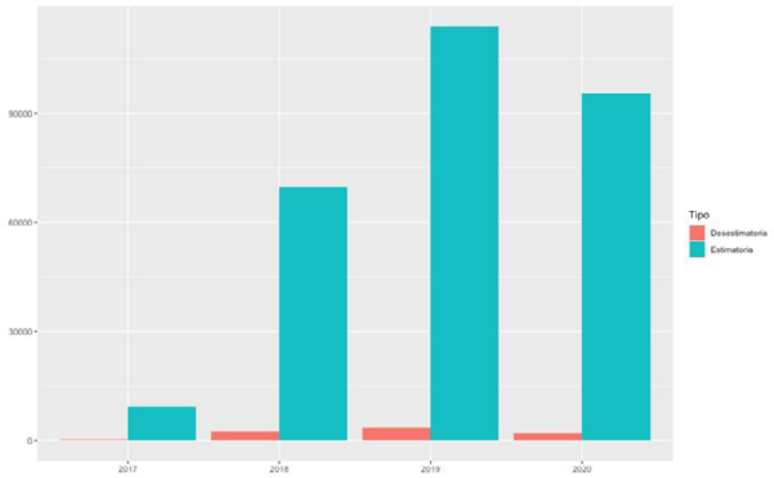
evaluación comparativa. Y incentiva que la parte que predispone el clausulado del contrato utilice términos menos ventajosos para el adherente, compitiendo en el mercado únicamente vía precio, lo que puede irrevocablemente desembocar en una pérdida de la calidad del clausulado general negociado en dicho mercado, confirmándose el proceso descrito por Akerlof.

Sin embargo, no parece muy realista entender un contrato de adhesión como un acuerdo voluntario. Como sostiene Victor P. Goldberg parece mucho más realista verlo, en cambio, como una legislación privada donde el proceso legislativo se delega a las partes[12]. En este sentido, aunque se podrían establecer términos específicos para cada contrato mediante un proceso de negociación individualizado, los costes en tiempo y dinero asociados a dicho proceso únicamente son asumibles por la empresa, que, como "repeat player" que es, puede distribuirlos a medida que aumenta la contratación siempre que, evidentemente, mantenga uniforme el contenido contractual. Desde esta óptica, la determinación del contenido en los contratos de adhesión se desarrolla en un contexto que beneficia únicamente a aquella parte que es capaz de asumir los costes de producción del contrato.

Podríamos pensar que la concurrencia en un sistema de libre comercio es suficiente para limitar el poder de la empresa y sus incentivos a incluir términos contractualmente asimétricos. Después de todo, si el mercado es razonablemente competitivo, el mecanismo de competencia protege al consumidor del poder de mercado. Sin embargo, es fácilmente comprobable que esto apenas se corresponde con la realidad del tráfico jurídico, donde cada vez son más abundantes las cláusulas sesgadas a favor del empresario. Piénsese, por ejemplo, en la abundante casuística relativa a las cláusulas suelo, cuya condición de abusividad por pocos se pone en duda. No solo resulta alarmante la cantidad de contratos que contenían dicho clausulado tipo (Figura 1), sino la casi total omnipresencia de estas en el sector (Banco Sabadell, Liberbank, Banco Santander, Caja Rural, Ibercaja, Cajasur, Kutxabank, etc.)

12 Goldberg, V.: "Institutional change and the quasi-invisible hand", en AA.VV.: *Readings in the economics of contract law* (coord. por V. Goldberg), Cambridge Press, Cambridge, 1989, pp. 169-174.

Figura 1. Número de sentencias sobre cláusulas suelo por año.



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del CGPJ[13].

Interpretación: Número de resoluciones en materia cláusulas suelo en España. Para los años 2017 a 2020. Con independencia del órgano judicial. Y diferenciados por el carácter de la sentencia (Estimatoria/Desestimatoria). El enorme volumen de sentencias nos permite en cierto modo evidenciar la efectividad institucional de la que goza la normativa relativa a la transparencia a pesar de su ineficacia.

Esta incapacidad del mercado para dar coto y frenar dichas prácticas responde a varias razones. En primer lugar, porque los costes de información relacionados con la calidad del contrato son mucho más altos que los de obtener información sobre la posición del precio en el mercado. Esto explica no solo por qué una gran parte de los consumidores aceptan los términos y condiciones sin leerlos[14], sino porqué, incluso, en esferas competitivas podemos observar una proliferación de cláusulas desventajosas para el consumidor. Además, si una parte minoritaria de los consumidores obtiene a través de una negociación más agresiva condiciones más beneficiosas, las empresas pueden discriminarlos contractualmente y mantener la barrera de información para otros clientes prácticamente intacta. Véase, el artículo 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE[15], que indica que el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no

13 Datos estadísticos extraídos de la Base de Datos de la Estadística Judicial Online del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) relativos a los asuntos resueltos en materia de cláusulas suelo.

14 Segger-Piening, S.: "No Need to Read: 'Self-Enforcing' Pre-Contractual Consumer Information in European and German Law, en AA.VV.: *Consumer Law and Economics* (coord. por K. Mahis y A. Tor), Springer, Switzerland, 2021, pp. 89-115.

15 Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. «DOCE» núm. 95, de 21 de abril de 1993, páginas 29 a 34 (6 págs.).

excluirá la aplicación del artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. Lo que en cierta manera implica que se acepta la convivencia de cláusulas negociadas individualmente y condiciones generales de la contratación. Disposición que en apariencia puede beneficiar a los consumidores pero que en realidad diluye su poder de negociación, pues implica que los consumidores deberán asumir individualmente los costes tanto de información como de transacción.

Y, en segundo lugar, porque si los beneficios derivados del uso de condiciones contractuales asimétricas atraen a nuevos competidores al mercado, estos se verán obligados a mantener el nivel de calidad contractual del mercado, en buena medida debido al hecho que la información que se transmite con el precio no tiene un coste de procesamiento tan elevado como el de la comprensión del clausulado. En otras palabras, puesto que cuesta mucho más diferenciarse por las condiciones que por el precio, se impone una pseudo Ley de Gresham donde los contratos con malas condiciones contractuales expulsan a los buenos. Lo que, por otro lado, implica que incluso en el plano teórico sea justificable en atención a criterios de eficiencia la intervención pública. Sin embargo, antes de traer a colación para su análisis al conjunto de disposiciones normativas encaminadas a corregir el problema de la asimetría informativa en los mercados de servicios financieros de crédito, nos resultará útil evaluar el sustrato normativo en el que se desarrollan, a saber: el derecho contractual de consumo europeo. En el siguiente apartado analizaremos la visión con la que las instituciones europeas abordan dicha problemática lo que nos permitirá evaluar si, como hemos afirmado anteriormente, tiene si fundamentación en razonamientos y lógicas de mercado.

III. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO DE CONSUMO

De acuerdo con Hesselink[16], el derecho contractual europeo puede ser entendido como mínimo en dos sentidos. Uno amplio incluiría a todas las normas de derecho contractual, con independencia de su origen, aplicables en el territorio de la Unión Europea, comprendiendo tanto las normas emanadas de los órganos legislativos europeos como las provenientes de los estados miembros y de los tratados y convenciones internacionales de los cuales los países miembros de la Unión son parte. Otro mucho más acotado, se constriñe únicamente a las normas de derecho contractual contenidas en el derecho de la Unión Europea, primario y secundario. Esto incluye a todas las directivas, reglamentos, tratados y principios reconocidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es a esta última acepción del término a la que nos referiremos. En este sentido, por derecho

16 Hesselink, M.: "Five Political Ideas of European Contract Law", *European Review of Contract Law,* 2011, núm. 2, 295-313.

contractual de consumo europeo entenderemos al subconjunto de prerrogativas referentes a los contratos realizados entre un consumidor o un usuario y un empresario (B2C), lo que excluye de este ámbito de aplicación a toda relación que se estipule entre particulares (C2C) o entre empresa entre sí (B2B)[17].

El objetivo que pretendemos abordar durante este apartado es el de dar respuesta a la cuestión: ¿qué finalidad persigue el derecho contractual de consumo europeo? Sabemos que, en esencia, este busca garantizar y proteger la autonomía de la contraparte no profesional en la relación de consumo[18] o, en otras palabras, la protección del consumidor frente a todos los problemas derivados de la contratación con comerciantes[19]. Estamos, por consiguiente, ante un conjunto de prerrogativas que brindan un régimen de protección categórica a la parte débil de la relación contractual durante la formación o la ejecución del contrato. Lo que permite reformular la cuestión del siguiente modo: ¿por qué la Unión Europea decide reglamentar un sector específico de las relaciones jurídicas del mercado con independencia de las necesidades de protección concreta de cada agente? La respuesta a esta pregunta la podemos encontrar, en cierto modo, gracias a la lectura económica realizada en el epígrafe anterior. El mercado por sí solo no resuelve los fallos de mercado asociados a la presencia de información asimétrica lo que justifica una intervención por parte de los poderes públicos encaminada a restablecer la asignación eficiente.

Aceptar esta premisa implica que el legislador europeo sigue en su intervención un esquema típicamente ordoliberal. En este sentido, las intervenciones de los poderes públicos en los mercados se limitan, únicamente, a aquellas que aseguran su correcto funcionamiento. Es decir, la intervención correctiva por parte del ordenamiento es bien vista si va encaminada a asegurar una asignación más eficiente de recursos en el marco del libre-mercado. Y matizo el termino ordoliberal por encima de liberal porqué si bien el liberalismo clásico o la escuela austríaca conciben, en cierto modo, la intervención ante posibles fallos de mercado estas intervenciones son siempre con carácter ex post. El modelo ordoliberal, por otro lado, entiende que la competencia perfecta es una concepción puramente teórica y por lo tanto es necesario articular un cuerpo normativo que discipline al mercado más allá de garantizar la propiedad o la libertad de pactos.

Comprobemos, de este modo, si la UE desarrolla las herramientas de transparencia –(§1) la inclusión de acuerdos obligatorios en favor del consumidor,

17 Reyes, MJ.: "Concepto y caracteres del derecho de consumo", AA.VV.: *Manual de Derecho Privado de Consumo,* Wolters Kluwer, España, 2009, pp. 145–155.

18 Reich, N., Micklitz, H.-W., Rott, P. y Tonner, K.: *European Consumer Law,* Intersentia, Cambridge, 2014, pp. 8-17.

19 Díaz Alabart, S.: "La contratación con consumidores", en AA.VV.: *Manual de Derecho de Conusmo* (coord. por Díaz Albart, S.), Editorial Reus, Madrid, 2016.

(§2) la divulgación obligatoria de información, (§3) facilitar el desistimiento unilateral por parte del consumidor y (§4) aplicar criterios interpretativos favorables a la parte contractual débil[20]– siguiendo una tesis productivista Lo que implica vincular unívocamente la protección al consumidor con el crecimiento económico y por lo tanto su uso se justifica en base a los criterios de eficiencia especificados en el apartado anterior.

1. Una visión de mercado: la tesis productivista.

La base jurídica sobre la que se justifican las normas de consumo promulgadas por la Unión Europea, que fundamentalmente se articula mediante un juego de remisiones entre el artículo 114 y el 169 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea[21] ya nos proporciona un primer indicio de que las normas en materia de protección de los consumidores tienen, esencialmente, la vocación de mejorar los resultados del mercado para la economía en su conjunto y, por ende, la protección que se brinda al consumidor resulta meramente incidental.

Véase, por ejemplo, la Directiva (UE) 2019/2161[22] relativa a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión, que en su considerando primero estipula que "el artículo 169, apartado 1, y el artículo 169, apartado 2, letra a), del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establecen que la Unión contribuirá a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores mediante las medidas que adopte en virtud de su artículo 114;" o la Directiva (UE) 2019/771[23] relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, que en su considerando segundo indica que "en el artículo 169, apartado 1, y apartado 2, letra a), del TFUE se establece que la Unión contribuirá a alcanzar un alto nivel de protección de los consumidores, mediante las medidas que adopte en virtud del artículo 114 del TFUE en el marco de la realización del mercado interior."

El Derecho Contractual de Consumo tiene, en origen, un carácter esencialmente finalista, en la medida que su voluntad es la de proteger la autonomía de los consumidores para que se desarrolle el mecanismo competencial de la forma

20 Bar-Gill, O. y Ben-Shahar, O.: "Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law", *Common Market Law Review,* 2013, vol. 50, pp. 109–126.

21 Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. «DOUE» núm. 83, de 30 de marzo de 2010, páginas 1 a 388 (388 págs.).

22 Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión. «DOUE» núm. 328, de 18 de diciembre de 2019, páginas 7 a 28 (22 págs.).

23 Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE, y se deroga la Directiva 1999/44/CE. «DOUE» núm. 136, de 22 de mayo de 2019, páginas 28 a 50 (23 págs.).

más eficiente posible. Hesselink, llega a una conclusión similar, al afirmar que la vasta mayoría de las normas contractuales europeas constituyen elementos instrumentales destinados a la mejora del funcionamiento el mercado interior, siendo esta la razón por la que todo el derecho secundario que se desarrolla en esta materia se fundamenta en ocasiones parcialmente, pero en su gran mayoría totalmente en el artículo 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o en sus predecesores[24].

Esta visión de mercado también puede observarse en la "labelling doctrine" desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea durante sus primeros años de funcionamiento y en especial mediante el caso Cassis de Dijon[25] donde el tribunal estimó que la prohibición a la importación de bienes fundamentada en la protección del consumidor era desproporcionada y donde se indicaba que acorde al principio de proporcionalidad un esquema de protección menos intrusivo era mucho más adecuado. En definitiva, esto venía a significar que la prohibición de bienes debía ser una medida de ultima ratio. Y supeditaba la protección a los consumidores al resto de libertades económicas, verdadero núcleo del derecho económico europeo[26].

Sin embargo, el elemento clave que nos conduce a sostener que el Derecho contractual de consumo europeo configura un régimen de protección indirecto, supeditado a siempre a la no distorsión competencial del mercado, es el cambio de tendencia en lo referente al tipo de armonización efectuada. En los órdenes tuitivos las directivas de mínimos han sido el instrumento que tradicionalmente más se ha utilizado en lo que al establecimiento de estándares de protección se refiere. Piénsese, por ejemplo, en el marco del Derecho laboral, como la Directiva del Consejo de 12 de junio de 1989 relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores (89/391/CEE)[27], aprobada en virtud del artículo 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , y según la cual se regulan determinados aspectos relativos a la salud y la seguridad en el trabajo donde los Estados miembros tienen libertad para agravar si con ello aumentan la protección de los trabajadores las condiciones en ella estipuladas o en la Directiva (UE) 2019/1158[28] del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a la conciliación de la vida familiar y la

24 Hesselink, M.: La información en la contratación: una aproximación económica. cit., p. 1.

25 Sentencia de 20 de febrero de 1979, Cassis de Dijon, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42

26 Busch, C.:"The future of pre-contractual information duties: from behavioral insights to big data", en VV.AA.: *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law* .(coord. por C. Twigg-Flesner), Eldgar, Cheltenham, 2016, pp. 221-241.

27 Directiva del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. «DOCE» núm. 183, de 29 de junio de 1989, páginas 1 a 8 (8 págs.)

28 Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se

vida profesional de los progenitores y los cuidadores, en la que se especifica que los Estados miembros podrán introducir o mantener disposiciones que sean más favorables para los trabajadores que las establecidas en la presente Directiva.

En este sentido, durante sus primeros años, el desarrollo de la política de protección a los consumidores se realiza vía armonización de mínimos. Es el caso de la Directiva 85/577/CEE[29] del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, la Directiva 90/314/CEE[30] del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones y los circuitos combinados o la Directiva 93/13/CEE[31] del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En todas ellas los estados miembros son libres para determinar diferentes niveles de protección, en particular para mantener niveles de protección superiores o bien para incrementarlos posteriormente.

El uso de esta técnica, sin embargo, como apuntan Reich y Micklitz requiere aceptar una cierta distorsión de la competencia asociada a la propia naturaleza de la técnica que permite restringir la entrada de competidores en el mercado mediante un aumento de los estándares. La propia armonización será, por ende, meramente parcial y podrá llegar a generar "desarmonías"[32]. En su regulación más reciente, sin embargo, es observable un viraje hacia la armonización total o completa. En este sentido, la Directiva 2008/48/CE[33] del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, la Directiva 2011/83/UE[34] sobre los derechos de los consumidores o la Directiva 2005/29/CE[35] relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en

deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo. «DOUE» núm. 188, de 12 de julio de 2019, páginas 79 a 93 (15 págs.).

29 Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. Diario Oficial, núm L 372 de 31.12.1985, p. 31/33.

30 Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones y los circuitos combinados. Diario Oficial núm. L 158 de 23/06/1990 p. 59-64.

31 Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. «DOCE» núm. 95, de 21 de abril de 1993, páginas 29 a 34 (6 págs.).

32 Reich, N., Micklitz, H.-W., Rott, P. y Tonner, K.: *Naturaleza y características del derecho contractual europeo de consumo.* cit., p. 7.

33 Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo. «DOUE» núm. 133, de 22 de mayo de 2008, páginas 66 a 92 (27 págs.).

34 Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. «DOUE» núm. 304, de 22 de noviembre de 2011, páginas 64 a 88 (25 págs.).

35 Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE

sus relaciones con los consumidores en el mercado interior adoptan la premisa según la cual una armonización total es necesaria para garantizar que todos los consumidores de la Comunidad se beneficien de un nivel elevado y equivalente de protección de sus intereses y para crear un auténtico mercado interior.

En definitiva, la Comisión Europea respalda el papel activo de las disposiciones europeas en el campo del derecho de los consumidores[36], en base a la idea de que las diferencias en las legislaciones nacionales obstaculizan el desarrollo del mercado interior. A la vista de la Comisión, las disparidades entre los Estados miembros en lo relativo a la regulación del Derecho contractual de consumo crea importantes obstáculos al mercado interior que afectan a las empresas y consumidores[37]. El motivo principal, en definitiva, es evitar distorsiones de competencia mediante la unificación de los mercados nacionales para la venta de bienes y la provisión de servicios lo que nos condice ineludiblemente a aceptar la hipótesis productivista. Según el cual el libre comercio y la eficiencia de los mercados reporta per se el ansiado bienestar de los consumidores y la mejora en la calidad de vida de los ciudadanos. Y nos lleva a corroborar la idea según la cual instituciones defienden la correlación entre bienestar social y el crecimiento económico como piedra angular en la justificación de las intervenciones en materia contractual de consumo. Comprobemos ahora si esto es extrapolable a la regulación relativa a la transparencia de los servicios financieros de crédito en España.

IV. EL ESQUEMA NORMATIVO DE LA TRANSPARENCIA EN LOS SERVICIOS FINANCIEROS DE CRÉDITO

1. La adhesión a la Unión Europea: el motor de la liberalización bancaria

Si bien es cierto que el proceso de liberalización bancaria en España tiene sus antecedentes mediatos en los programas de renovación política y económica del año 1977[38], el proceso de adhesión comunitario que culminó en el año 1986[39] supuso un motor de avance más que remarcable en el proceso de liberalización

del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales). «DOUE» núm. 149, de 11 de junio de 2005, páginas 22 a 39 (18 págs.)

36 Faure, M.: "Towards a Maximum Harmonization of Consumer Contract Law?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law,* 2008, vol. 15, núm. 4, pp. 433-445.

37 Smits, JM.: "Full harmonization of consumer law? A critique of the draft directive on consumer rights." *European Review of Private Law,* 2008, vol. 18, pp. 5-14.

38 Nos referimos al programa de actuación jurídica y política y el programa de saneamiento y reforma económica. Sendos programas fueron firmados por las principales fuerzas políticas del momento en el Palacio de la Moncloa el año 1977, por lo que también son conocidos como los Pactos de la Moncloa.

39 Documentos relativos a la adhesión del Reino de España y la República Portuguesa a las Comunidades Europeas, Dictamen de la Comisión, de 31 de mayo de 1985, relativo a las solicitudes de adhesión a las Comunidades Europeas del Reino de España y la República Portuguesa. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 302, 15 de noviembre de 1985.

de los servicios financieros. En este sentido, tras la firma del tratado de adhesión, España dispuso de un marco normativo de referencia con el que armonizarse lo que se tradujo, de acuerdo con Casado, Campoy y Chuliá, en un impulso renovado al proceso de liberalización y apertura financiera[40].

A pesar de que el Tratado de Roma ya preveía la creación de un gran mercado financiero europeo[41], las directrices de este nuevo marco de referencia las podemos encontrar en el Acta Única Europea[42] que, a su vez, recogía las ideas contenidas en el Libro Blanco sobre el Mercado Interior publicado por la Comisión en 1985[43]. De este modo, se inició un proceso de levantamiento de los obstáculos a la libre circulación de capitales y a la libre prestación de servicios financieros mediante un proceso de armonización de mínimos que garantizaba el correcto funcionamiento del mercado interior a la par que aseguraba el principio de reconocimiento mutuo entre estados. En España, esto se tradujo en una profunda transformación del sistema financiero –reorganización administrativa, reducción gradual de la presencia del sector público en el sistema financiero, abandono de la especialización legal bancaria, etc.–.

En el plano crediticio este proceso de reforma se desarrolló de forma dual –liberalizador y tuitivo–. De este modo, a la par que se reducía la intervención administrativa y el control sobre los tipos de interés y las comisiones, se promoción el refuerzo de la vigilancia sobre el mercado y la aprobación de un amplio abanico de normas encaminadas a asegurar la protección de los inversores y, en última instancia, del propio sistema de crédito, como veremos a continuación.

2. La protección indirecta de la clientela bancaria

La liberalización del sector bancario comportó la paulatina desaparición de la intervención estatal sobre tipos de interés y comisiones bancarias en un proceso que se inició con la Orden Ministerial de 17 de enero de 1981[44] –como indicábamos, con carácter previo a la adhesión comunitaria– sobre liberalización de tipos de interés en la que se transitaba de un régimen de tipos de interés máximos y comisiones libres a uno de tipos de intereses libres y comisiones máximas y que terminó con la Orden Ministerial de 3 de marzo de 1987[45] sobre liberalización de

40 Casado, J. C., Alberto, J., Chuliá, C.: "La regulación financiera española desde la adhesión a la Unión Europea", Banco de España, 1995.

41 Así en su artículo 3. c) promulga la supresión de obstáculos a la libre circulación de capitales para la creación de un mercado común europeo.

42 Acta Única Europea. Diario Oficial, núm. L 169 de 29.6.1987, p. 1/28.

43 Comisión Europea (1985). Completing the internal market: White paper from the Commission to the European Council. COM/85/0310 FINAL.

44 Orden de 17 de enero de 1981 sobre liberalización de tipos de interés y dividendos bancarios y financiación a largo plazo. «BOE» núm. 16, de 19 de enero de 1981, páginas 1191 a 1193 (3 págs.).

45 Orden de 3 de marzo de 1987 sobre liberalización de tipos de interés y comisiones y sobre normas de actuación de las Entidades de depósito. «BOE» núm. 55, de 5 de marzo de 1987, páginas 6604 a 6606

tipos de interés y comisiones mediante la cual intereses y comisiones podían ser fijadas libremente.

Esta mayor libertad en el funcionamiento de los mercados aumentó la necesidad de asegurar la transparencia en el proceso de contratación. La lógica que se siguió fue la siguiente: ante la imposibilidad de los consumidores de acceder al proceso contractual en condiciones de igualdad –piénsese que estamos ante mercados donde la capacidad de negociación del cliente es ínfima y donde impera la contratación en masa– para que la adhesión permita el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad y asegure el correcto funcionamiento del mercado es necesario, como especificábamos anteriormente, romper con toda asimetría informativa.

Por ello, el proceso de liberalización de intereses y comisiones bancarias vino acompañado de la promulgación de la normativa sectorial de trasparencia bancaria. Normativa que se integró en un marco más general de protección de la clientela bancaria aprobado en el ejercicio de las tareas de supervisión otorgadas al Banco de España y al Ministerio de Economía y Hacienda.

La normativa sectorial de transparencia bancaria se desarrolló, como hemos indicado, mediante Órdenes Ministeriales y Circulares del Banco de España en base a la facultad otorgada a estos por el artículo 48.2 de la Ley 26/1988[46], de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. La normativa se centraba, básicamente, en la delimitación de los deberes informativos que las Entidades de crédito debían cumplir durante las fases precontractual, contractual y de ejecución. En este sentido, la Orden de 1988[47] sobre la información que las Entidades de depósito deben incluir en sus contratos con clientes tomó la obligación de entrega del contrato contenida en la ya citada Orden del 1987 e incluyó el contenido mínimo que debían integrar los contratos de las operaciones tanto pasivas como activas –los actualmente denominados servicios financieros de crédito, objeto del presente estudio– que debía estar integrado por: el tipo de interés nominal, la periodicidad del devengo de intereses, las comisiones y los gastos repercutibles. La Orden del 1989[48] sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito extendió este contenido mínimo a todas las entidades de crédito y refundió las Ordenes de 1987 y 1988, antes citadas. Ese mismo año se instauró, en lo concerniente

(3 págs.).

46 Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. «BOE» núm. 182, de 30 de julio de 1988, páginas 23524 a 23534 (11 págs.).

47 Orden de 16 de junio de 1988 sobre información que las Entidades de depósito deben incluir en sus contratos con clientes. «BOE» núm. 145, de 17 de junio de 1988, páginas 19029 a 19029 (1 pág.).

48 Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito. «BOE» núm. 303, de 19 de diciembre de 1989, páginas 39289 a 39292 (4 págs.).

a la publicidad, un régimen de autorización previa mediante la Orden de 12 de diciembre de 1989.

En ellas podemos atisbar el carácter accidental de la información precontractual como un medio de protección a los clientes bancarios. En concreto, la Orden del 1989 se expresaba en los siguientes términos: "una mejor información a la clientela sentará las bases de una mayor competencia entre entidades". A la luz de esto, resulta evidente que la normativa de transparencia bancaria tenía por objetivo no la protección al cliente sino la supervisión de las entidades y el correcto desarrollo competencial del mercado.

La Orden del 1989 se completó con la Orden de 5 de mayo de 1994[49] sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios en ella se concretaba el clausulado mínimo a integrar y se obligaba a las entidades a entregar un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos con garantía hipotecaria sobre vivienda concertados por personas físicas y cuya cuantía no rebasase los 25 millones de pesetas. De nuevo se confirma la línea antes evidenciada puesto que de la literalidad del texto de desprendía lo siguiente: "téngase presente que la primera premisa para el buen funcionamiento de cualquier mercado, y, a la postre, la forma más eficaz de proteger al demandante de crédito en un mercado con múltiples oferentes reside en facilitar la comparación de las ofertas de las distintas entidades de crédito, estimulando así la efectiva competencia entre éstas". De nuevo se confirma como la protección que se brinda a la clientela mediante la normativa sectorial de trasparencia bancaria es efecto y no causa de la misma[50] .

La crisis financiera internacional iniciada el 2008 propició que se iniciara un cambio de paradigma en el tratamiento de las relaciones cliente-entidad. Mediante la aprobación de la Ley 2/2011[51], de 4 de marzo, de Economía Sostenible se trató dar un avance en materia de trasparencia bancaria. Por un lado, se fomentó del crédito responsable mediante la preceptiva evaluación de solvencia y la promulgación de prácticas dirigidas a garantizar la concesión responsable de préstamos. Y por el otro, se continuó recurriendo al Ministerio de Economía y Hacienda para adecuar el nivel de protección de los ahora usuarios de servicios financieros –hasta la fecha, clientes–. En materia de publicidad de transitó a un sistema de disciplina mediante

49 Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. «BOE» núm. 112, de 11 de mayo de 1994, páginas 14444 a 14449 (6 págs.),

50 Esta idea de la trasparencia de mercado la encontramos sobradamente desarrollada en Inmaculada Barral, I.: "Los contrataos de crédito inmobiliario: Control de transparencia vs control de abusividad", Aranzadi, Navarra, 2020.

51 Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. «BOE» núm. 55, de 05/03/2011.

la aprobación de la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, desarrollada por la Circular 6/2010, de 28 de setiembre.

Esta continuidad en lo que respecta a la configuración reglamentaria de las medidas de protección a la clientela, acabó por desembocar en la Orden EHA/2899/2011[52], de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios que vino a derogar a las dos Órdenes Ministeriales anteriores a la par que refundía su contenido siguiendo la línea argumental marcada hasta el momento. De hecho, la Orden indica en su exposición de motivos que la correcta asignación de los recursos no puede producirse de manera auténtica, ni es factible garantizar plenamente la competencia, si no existe un marco adecuado de protección para los clientes que, limitando los efectos de la asimetría de información, les permita adoptar sus decisiones económicas de la forma más conveniente. De este modo, se mantiene la idea de proteger al cliente –obligando a la entidad a facilitarle la información necesaria para la toma de decisiones– en la medida que este es una pieza clave para el funcionamiento eficiente del mercado.

3. El sistema europeo de contratación con consumidores de créditos al consumo

Como indicábamos el objetivo prioritario de las instituciones comunitarias en lo referente a servicios financieros ha sido la creación de un mercado único. En este contexto de voluntad armonizadora de los mercados, la aproximación de legislaciones en materia de créditos al consumo iniciada con la aprobación de la Directiva 87/102/CEE del Consejo de 22 de diciembre de 1986 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo contempló desde sus orígenes el desarrollo de una política de información que sirviera como herramienta de tuición hacia los consumidores. La lógica seguida por el legislador europeo era la de paliar la complejidad de los servicios financieros facilitando al consumidor la información necesaria para permitirle tomar una decisión fundada sobre la oportunidad de adquirir el producto financiero más eficiente. De este modo, tanto la ya citada Directiva 87/102/CEE en materia de crédito al consumo, como sus modificaciones en el 1990 y en el 1998 establecieron las bases de un sistema de información enfocado en asegurar la eficiencia del mercado y los beneficios indirectos que esto reportaba a los consumidores.

Sin embargo, a finales de los noventa la Comisión trajo a colación la necesidad de modificar este esquema normativo. En buena medida a resultas de evaluar los informes relativos a la aplicación de la directiva 87/102/CE en los que se hacía constancia de la ineficiencia de esta para dar respuesta a la realidad actual del

52 Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. «BOE» núm. 261, de 29 de octubre de 2011, páginas 113242 a 113283 (42 págs.)

mercado del crédito al consumidor. El objetivo de la revisión era la creación de un mercado más eficiente y transparente que en el ámbito de la asimetría informativa debería concretarse en una definición de información más completa al consumidor y a los posibles avalistas. Este nuevo impulso legislativo se concretó en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores presentada por la Comisión el 11 de setiembre de 2002. Tras seis años de tramitación dicha propuesta culminó en la aprobación de la Directiva 2008/48/CE relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se derogaba la ya citada Directiva del 1987.

La Ley 16/2011[53], de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo transpone finalmente la directiva 2008/48/CE. Esta dedica su capítulo segundo a la concreción de los deberes de transparencia impuestos a los prestamistas en todas las fases de la contratación –publicidad, oferta, información precontractual y asistencia previa al contrato– así como, las obligaciones de evaluación de la solvencia del consumidor; y su capítulo cuarto a la configuración mínima del contrato imponiendo, en este sentido, deberes de forma y contenido mínimos. Sin embargo, en la Directiva 2008/48/CE, se descartó expresamente la regulación de los créditos inmobiliarios (art. 2.2 letras a y b), y de forma paralela, la Directiva 2014/17/UE[54], sobre contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial iniciaba su andadura con la Propuesta de Directiva de 31 de marzo de 2011.

Esta última, queda finalmente transpuesta en la Ley 5/2019[55], de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Que constituye la última pieza de lo que Díaz Alabart ha denominado el sistema europeo de contratación con consumidores de créditos al consumo. Entre ambas es posible observar un cierto paralelismo, en cuanto a los aspectos concretos que regulan y también en relación con los mecanismos de control que establecen, atisbando una cierta complementariedad que, por otro lado, ha sido ampliamente buscada por el legislador europeo en su afán por dar cohesión y unidad al mercado de los servicios financieros de crédito. La Ley 5/2019 vino acompañada por la aprobación de la Orden ECE/482/2019[56], de 26 de abril, por la que se modificaba la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los

53 Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. «BOE» núm. 151, de 25/06/2011.

54 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) nº 1093/2010. «DOUE» núm. 60, de 28 de febrero de 2014, páginas 34 a 85 (52 págs.)

55 Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. «BOE» núm. 65, de 16 de marzo de 2019, páginas 26329 a 26399 (71 págs.)

56 Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, por la que se modifican la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. «BOE» núm. 102, de 29 de abril de 2019, páginas 43131 a 43146 (16 págs.)

servicios y productos bancarios, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Dicha Orden sitúa a las normas sectoriales –desarrolladas en el epígrafe anterior– como normas de desarrollo de la Ley 5/2019, convirtiendo, en cierto modo, parte de la transparencia bancaria en ley formal.

Mas, este nuevo sistema europeo de contratación con consumidores de créditos al consumo estructurado mediante la Directiva 2008/48/CE y la Directiva 2014/17/UE no abandona la tesis productivista y, por ende, perpetúa el ideal de transparencia de mercado. Pues si bien si incorpora, en especial la Directiva 2014/17/UE, ciertos elementos que rebajan los criterios de racionalidad que se imputan al consumidor, mediante la simplificación y estandarización de la información, mantiene un abanico de herramientas no intrusivas (integración de la publicidad, información precontractual, contenido mínimo del contrato, oferta vinculante, análisis de la solvencia, etc.), más centradas en la forma que en el fondo de las transacciones. Este afán por manutener la neutralidad revela que la UE todavía justifica la imposición de deberes informativos en base a que el mercado funcione correctamente cuando los agentes implicados en las decisiones económicas se encuentran simétricamente ubicados a efectos informativos[57]. Y, en definitiva, viene a confirmar que lo indicado en relación con el derecho contractual de consumo europeo es extrapolable a la normativa de servicios financieros de crédito con consumidores en el contexto español.

V. EL PARADIGMA DE RACIOANALIDAD EN LOS DEBERES DE INFORMACIÓN

Hemos podido comprobar como la información, así como sus efectos en la economía y en la toma de decisiones ha sido objeto de interés por parte del estudio económico desde sus orígenes. Así como, una de las hipótesis más restrictivas del modelo de competencia perfecta es la condición de información perfecta o completa. De acuerdo con dicho modelo, es necesario que todos los participantes en el mercado se encuentran óptimamente informados para alcanzar un equilibrio competitivo. Sin embargo, la información perfecta es un planteamiento más bien teórico que en la práctica se da en escasas ocasiones. Los mercados, por lo general, destacan por tener una naturaleza más opaca.

57 Manso-Hualde, T.: "El consumidor ignora el contenido de su contrato. La falta de lectura en los contratos de adhesión". *InDret*, 2019, vol. 4.

Es por ello por lo que, desde sus orígenes[58,59], la normativa de consumo ha consagrado el derecho a la información como un fundamento esencial de la protección contractual del consumidor tanto en su normativa general[60] como sectorial[61]. La información se rebela incluso como requisito indispensable para la eficacia jurídica en materia de contratación entre consumidores y empresarios[62] hasta el punto de poder afirmar que nos encontramos ante un neoformalismo contractual[63]. De acuerdo con la tesis productivista, la voluntad del legislador, en este sentido, es la de romper las asimetrías que provoca el hecho de que el profesional, en el ejercicio de su actividad económica, obtiene y comprende la información a un coste menor. Esta realidad se agrava a medida que nos sumergimos en sectores donde es observable un alto grado de complejidad técnica en sus productos y servicios. Es el caso de los servicios financieros que por causa de la especificidad y/o complejidad de los productos y servicios prestados, el consumidor se convierte en parte especialmente vulnerable considerando sus escasos conocimientos financieros[64]. También hemos podido comprobar como estas asimetrías informativas no se producen únicamente en relación con las características del bien o servicio objeto del contrato, sino también con el clausulado del mismo, con especial énfasis si nos encontramos ante cláusulas generales de contratación inseridas en contratos de adhesión.

La tesis productivista, sin embargo, implica que el ordenamiento concede al consumidor un papel de importancia nuclear en relación con la eficacia de la norma. Entendiendo por eficacia a la capacidad de esta para funcionar como determinante causal de la reducción de la asimetría informativa existente entre partes en los contratos de servicios financieros de crédito. Resulta lógico, llegados a este punto, cuestionar si la imagen del consumidor adoptada por la normativa – que no es otra que la del consumidor medio como un agente racional que maximiza sus decisiones atendiendo a un criterio de utilidad– es adecuada o no.

El paradigma actual de protección del consumidor en lo referente a la articulación de deberes de información durante el iter contractual se basa, fundamentalmente,

58 Escajedo, L.: "La base jurídico-constitucional de la protección de los consumidores en la Unión Europea", *Revista de Derecho Político,* 2007, vol. 70, pp. 225–254.

59 errero Jiménez, M.: "Los programas comunitarios de protección del consumidor (1975-2020)", *Revista de estudios económicos y empresariales,* 2017, núm. 29, pp. 177-220.

60 Véase, por ejemplo, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. «BOE» núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.

61 Díaz Alabart, S.: "La contratación con condiciones generales y cláusulas abusivas", en AA.VV.: *Manual de Derecho de Consumo* (coord. por Díaz Albart, S.), Editorial Reus, Madrid, 2016.

62 Dominguez-Alchaud, V.: "El derecho de información como garantía en la contratación de los consumidores y usuarios". *Revista de Derecho,* 2008, núm. 3, pp. 393–407.

63 Arroyo Amayuelas, E.: "¿Qué es forma en el derecho contractual comunitario de consumo?" *Anuario de Derecho Civil,* 2008, vol. 61, pp. 519–542.

64 Gil-Vernet, L. "La comercialización a distancia de servicios financieros: especial énfasis en la protección del consumidor y su control regulatorio", Atelier, Barcelona, 2016, pp. 37.

en la imagen del consumidor del modelo económico neoliberal, es decir, tiene al "homo oeconomicus" como base normativa[65]. Esto explica que la aproximación tradicional del legislador a la problemática de la asimetría informativa haya sido la adopción de la doctrina del "full-disclosure" que se resume en facilitar al consumidor toda la información que consideraba necesaria para que este pudiera tomar una decisión racional y por ende informada con anterioridad al momento de la conclusión del contrato[66]. Sin embargo, el legislador en la aplicación de dicho modelo tiene que hacer frente a dos cuestiones clave.

En primer lugar, se ve obligado a determinar un nivel concreto de información óptimo que maximice las decisiones del consumidor. Un criterio puramente teórico podría ser aquel que se sitúa en el punto exacto donde el valor marginal esperado de una unidad adicional de información se iguala con el coste marginal derivado de continuar informándose. Sin embargo, dicho criterio comporta grandes problemas de orden práctico, en su gran mayoría ligados a la imposibilidad material de conocer el beneficio marginal de seguir informándose si no conocemos el conjunto de información completo. En este sentido, al tiempo que estamos reconociendo la necesidad de información nos asalta la duda de cuanta información debe ser facilitada, para que la decisión tomada por los agentes sea racional, esto es tanto como querer determinar que más información no hubiera variado la decisión llevada a término por los consumidores[67]. Sabiendo que no facilitar la suficiente información conlleva la ruptura de la elección racional, y abrumarlo con un exceso provoca que el coste de procesarla lo lleve al mismo punto, es decir, que el consumidor únicamente aspire a satisfacer sus necesidades y no a maximizar su utilidad[68]. Si, por el contrario, se impone una obligación general de informar nos topamos ante la problemática de concretar el concepto jurídico indeterminado de consumidor medio al que debemos adecuar el contenido de nuestra información corriendo el riesgo de desatender las necesidades informativas de grandes grupos poblacionales tal y como exponen autores como Lasarte[69].

La segunda gran cuestión es la de atribuir una determinada racionalidad a la conducta del consumidor. El paradigma de la elección racional[70] ha demostrado estar muy alejado de la realidad observable. Las decisiones que toman los individuos no siempre maximizan su utilidad, son raramente previsibles y las preferencias en

65 Segger-Piening, S.: *La información en la contratación: una aproximación económica.* cit., p. 5.

66 Bar-Gill, O. y Ben-Shahar, O. *Naturaleza y características del derecho contractual europeo de consumo,* cit., p. 8.

67 Raga-Gil, J.: "La información veraz, variable significativa en la elección del consumidor." en AA.VV.: *Derecho renovado del Consumidor. Entre la economía y el derecho,* Dilex S.L., Madrid, 2011, pp. 31–55.

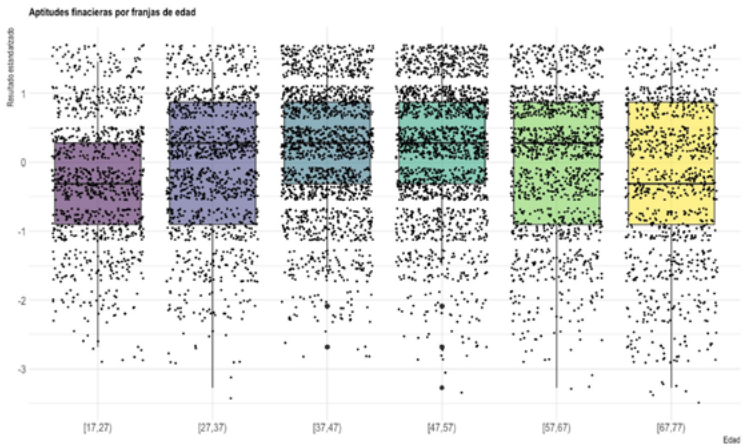
68 Howard, L.: "'Good' Warnings, Bad Products, and Cognitive Limitations", *UCLA L. REV,* núm. 41, 1993, pp. 1193-1211.

69 Lasarte, C. y Torrejón, J.: "Manual sobre protección de consumidores y usuario", Madrid, Dykinson, 2019.

70 Fuertemente entroncada en la hipótesis de la utilidad esperada de Bernoulli, el teorema de Bayes o la "mano invisible" de Adam Smith de acuerdo con Baisch, R., y Weber, R.: "Investment Suitability Requirements in the Light of Behavioural Findings", en VV. AA: *Challenges for a Legal Framework coping with ambiguous Risk Perception* (coord. por Klaus Mathis), Springer nternational Publishing, 2015, pp. 159-192.

las que se basan tienden a ser inconsistentes[71]. En base a las evidencias observadas en el campo del análisis conductual se pone en duda la utilidad práctica de los deberes de información pre-contractual[72]. En este sentido, son varias las premisas utilizadas por los autores para evidenciar el fracaso de la estructuración actual de los deberes de información. Las más habituales se centran mayoritariamente en la idea de que los consumidores normalmente o bien caen en la paradoja de no lectura[73], o bien no comprenden la información[74] (Figura 2), o incluso si la comprenden no la utilizan en el sentido que le otorga la norma[75] que no es otra que garantizar el correcto funcionamiento del mercado y la competencia facilitando la comparabilidad entre productos y empresas[76].

Figura 2. Aptitudes financieras por franjas de edad.



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la encuesta de aptitudes financieras (CNMV)[77]

Interpretación: En el gráfico se han representado los resultados obtenidos (8.554 observaciones) por el Banco de España (BdE) y la Comisión Nacional

71 Nathis, K. y Tor, A.: "Consumer Law and Economics", Springer International Publishing, Springer, Switzerland, 2021.

72 Howells, G. G., Twigg-Flesner, C., y Wilhelmsson, T.: "Pre-Contractual Information Duties and the Right of Withdrawal", en VV.AA.: *Rethinking EU consumer law,* Routledge, 2018, pp. 49-129.

73 Ayres, I y Schwartz, A.: La información en la contratación: una aproximación económica. cit., p. 4.

74 Ben-Shahar, O. y Schneidern, C.: "The failure of mandated disclosure", University of Pennsylvania Law Review, vol. 159, núm. 3, 2011, pp. 647–749.

75 London Economics, Vaa Consulting y Ipsos Mori.: "Consumer vulnerability across key markets in the European Union", Final report, January 2016.

76 Marandola, G., Proestakis, A., Lorenço, J. y Van Bavel, R.: "Applying behavioural insight to encourage consumer switching o financial products", EU publications, 2020.

77 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). Encuesta de competencias financieras (ECF) 2016.

del Mercado de Valores (CNMV) durante la realización de la Encuesta de Competencias Financieras (ECF), realizada en el marco del Plan de Educación Financiera. La encuesta mide el conocimiento y la comprensión de conceptos financieros de la población española de entre 18 y 79 años mediante 8 cuestiones centradas en evaluar los conocimientos del encuestado en relación con su comprensión de la inflación, el interés compuesto o la diversificación de riesgos. En el podemos observar que existen patrones de respuesta diferenciados entre preguntas cuando se comparan distintos grupos de edad siendo los grupos [17,27) y [67,77) los que reportan peores resultados.

Estas dos realidades nos llevan a cuestionar si la divulgación obligatoria de información mejora, en efecto, la toma de decisiones de los consumidores. De hecho, autores como Ben-Shahar han llegado a afirmar, al respecto, que la gran paradoja del Disclosure Empire es que a medida que prolifera su uso, también crecen las evidencias respecto a su ineficacia. En definitiva, el modelo de elección racional ha demostrado estar muy alejado de la realidad observable. Pues obliga al legislador a, en primer lugar, determinar un nivel óptimo de información y en segundo lugar a asumir que el consumidor actuará con una determinada racionalidad. La eficacia de la norma queda por lo tanto puesta en duda si de acuerdo con lo aquí expuesto esta pretende ser el determinante causal de la reducción de la asimetría informativa.

1. ¿Es suficiente un cambio en el paradigma de racionalidad?

En verdad, las instituciones comunitarias ya han interiorizado que la doctrina del "full-disclosure" difícilmente cumple con sus objetivos. En primer lugar, porqué la sobrecarga de información que genera incrementa el coste de acceso a la información y lleva a los consumidores a caer en la paradoja de no lectura, afirmar, en este sentido, que la divulgación de la información basta por sí sola como mecanismo de reequilibrio contractual y de protección al consumidor es de todo ingenuo pues la sobreabundancia informativa en vez de paliar la protección agrava la vulnerabilidad[78]. Y el problema no termina aquí, pues dicha visión requiere asumir que el nivel de formación de los consumidores es suficiente para procesar y utilizar en el sentido esperado la información facilitada, lo que difícilmente se ajusta a las observaciones. Esto ha llevado a incluir en las últimas modificaciones legislativas la opinión generalizada de que resulta necesario paliar dicha problemática mediante la simplificación de la información facilitada. Piénsese, por ejemplo, en como la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014 introduce la Ficha Europea de Información Normalizada, o en como la Directiva 2008/48/CE del Parlamento y del Consejo de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo cuando

78 Manso-Hualde, T.: *El paradigma de racionalidad en los deberes de información.* cit., p. 16.

introduce el sistema de información Normalizada Europea sobre el crédito al consumo. Pero, en definitiva, dichas mediadas siguen referidas al mismo paradigma de racionalidad. Presuponen el hecho que el consumidor como agente racional intentará maximizar su utilidad. Por lo tanto, aplacan o bien el coste, intentando estandarizar y mejorar la comparabilidad de las condiciones de los servicios financieros; o bien, sus aptitudes o conocimientos, mediante la simplificación del lenguaje, mas en cierto modo implican que una vez superados dichos lastres, el consumidor disciplinará a los mercados mediante sus elecciones.

Sin embargo, la economía conductual se ha afanado en demostrar que el paradigma de racionalidad utilizada en los modelos económicos clásicos no contempla en su configuración los sesgos conductuales de los consumidores[79]. Esto implica aceptar, como hemos ido viendo, que los consumidores tienen un atención y racionalidad limitadas que ponen en jaque la efectividad de las herramientas de transparencia.

Planteémonos, llegados a este punto, si una aproximación que se sustente en un paradigma de racionalidad diferente puede en cierto modo salvar las limitaciones aquí contempladas. Esto es en cierto modo lo que propugnan los "behaviorally informed disclosures". Esta es la línea seguida por los marcadores de índices de riesgo de los productos de seguro e inversión que la ley obliga a aportar en la comercialización de productos financieros. La Orden ECC/2316/2015[80], de 4 de noviembre, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros establece un método para determinar el riesgo de los productos financieros que transmite los datos no sólo del citado riesgo sino también de la liquidez y complejidad. Mediante los índices de riesgos se pretende resumir de forma unidimensional las características en términos de riego de un determinado producto. En cierto modo, también es la lógica que subyace bajo la promoción del uso de la Tasa Anual Equivalente en la contratación de los servicios financieros de crédito[81], pues mediante la misma se incluye en un solo término numérico la tasa de interés nominal, así como los costes y comisiones asociadas al crédito, y permite comparar de forma homogénea el coste o rendimiento financiero de diferentes productos. Pero, a pesar de que la simplicidad de estos métodos permite mejorar tanto la transparencia como la comparabilidad de los productos, su carácter unidimensional también implica escoger un método de agregación de la información concreto y, por ende, la selección y priorización de una determinada información sobre otra. En este sentido, la pérdida o prelación de determinada

79 Véase por ejemplo: Kahneman, D.: "Thinking, Fast and Slow", MacMillian, 2011; o Sunstein, C.: Choosing not to Choose: Understanding the Value of Choice", Oxford University Press, 2015.

80 Orden ECC/2316/2015, de 4 de noviembre, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros. «BOE» núm. 265, de 5 de noviembre de 2015, páginas 104567 a 104580 (14 págs.).

81 Artículo 4.3 c) y 11.2 (3) de la Directiva 2008/48/CE y la Directiva 2014/17/UE, respectivamente.

información asociada a la simplificación puede acabar por agravar la problemática en el sentido expuesto por Goldberg.

A modo de resumen, podemos decir que, en ausencia de regulación, la problemática del clausulado abusivo se origina porqué el coste de informase sobre determinados aspectos de la relación contractual es mayor que el de otros y en presencia de "behaviorally informed disclosures" porqué se cae en la trampa de determinar "qué" es información y el predisponente puede "esconder" el clausulado asimétrico tras el resto de las características. Esta tensión parece irresoluble. Lo que nos hace pensar que estamos ante un nudo gordiano.

Adoptar un nuevo paradigma en lo que la imagen del consumidor se refiere puede ayudar a reducir los costes asociados al acceso a la información. Simplificándola y combatiendo los sesgos conductuales. Esto, hasta cierto punto, ayudará a garantizar y proteger la autonomía del consumidor, adherente o cliente de distorsiones en la información necesaria para configurar su decisión. Sin embargo, los límites de dicho modelo de protección siguen siendo más que evidentes. Mientras la arena en que se negocien los contratos de adhesión sea un terreno que incentive la inclusión de clausulado asimétrico los remedios que recaigan únicamente en la conducta del consumidor serán insuficientes. En otras palabras, mientras la empresa siempre pueda competir a través de los elementos principales del contrato (precio, tipo de interés, grado de apalancamiento, disponibilidad temporal del capital) a costa de un clausulado que les sea favorable (cláusula suelo, de vencimiento anticipado, interés de demora leonino, índices de referencia manipulables…) y el coste de adquisición de la información sea menor para los primeros que para los segundos la competencia no constituirá un sistema de protección eficiente de los intereses de los consumidores. La protección indirecta únicamente es marco de tuición eficaz si (1) los agentes en el mercado son sujetos racionales y (2) el coste al que adquirieran la información es nulo. En este caso, y en ausencia de otros fallos de mercado, en especial del poder de mercado, sí que el consumidor podría disciplinar al mercado mediante su elección y sería correcto asociar bienestar y crecimiento económico como propugna la tesis productivista. Si, como sucede, la adquisición y el procesamiento de la información tiene un coste, ya sea en tiempo o en dinero, y la conducta del consumidor es más bien errática y sesgada, las herramientas de transparencia son remedios que pueden ayudar a proteger la autonomía de la voluntad pero que en ningún caso garantizan que el predisponente no aproveche la asimetría tanto en lo relativo al poder de negociación como a la informativa para hacer una asignación asimétrica de los riesgos asociados a la relación contractual.

VI. CONCLUSIONES

Mediante el presente trabajo hemos querido evidenciar lo siguiente. El derecho contractual de consumo europeo y, por consiguiente, la regulación en materia de servicios financieros de crédito adopta una serie de herramientas de transparencia con el objetivo de aplacar la problemática de las asimetrías informativas. Mediante dicho esquema adopta la denominada tesis productivista según la cual el bienestar del consumidor, en su acepción amplia –equiparable a ciudadano–, se vincula directamente con el crecimiento económico y por lo tanto el ordenamiento debe asegurar la eficiencia del mercado como sistema de asignación de recursos. Sin embargo, la eficacia de dichas herramientas se supedita al papel que el consumidor desempeña en el marco del sistema de mercado. Donde, en un marco de concurrencia competencial el consumidor mediante su elección disciplina a los mercados. Por lo que la imagen que el ordenamiento tenga de este condicionará el éxito de las medidas adoptadas. En este sentido, cabe argumentar que la racionalidad que los modelos económicos clásicos imputan al consumidor y en la que se fundamenta el derecho contractual de consumo constituye un paradigma poco coherente con la realidad observable. La vulnerabilidad informativa entendida como la incapacidad para comprender la información, el coste de esta o los sesgos conductuales del consumidor son barreras al pleno funcionamiento de las herramientas como motores del libre desarrollo de la autonomía del consumidor y, por ende, del buen funcionamiento del sistema de libre mercado. Algunos autores e iniciativas legislativas plantean reconfigurar la imagen del consumidor y adaptarla de manera que se ajuste en mayor mediad a la realidad. Sin embargo, creemos que plantear un cambio de paradigma en lo que a la figura del consumidor se refiere no será suficiente si lo que se pretende es acabar con la presencia de cláusulas abusivas en el mercado de servicios financieros de crédito. Pues, ante todo, el problema en origen es que el sistema de determinación del contenido del contrato se encuentra únicamente en manos de una de las partes y la competencia empuja a competir vía elementos con menor coste informativo, en esencia mediante el precio. Lo que incentiva la repercusión del coste de la competencia a través de la inclusión clausulado asimétrico en el contrato.

NULLITÀ E SANATORIE NEI CONTRATTI PER L'ACQUISTO DI IMMOBILI DA COSTRUIRE: FRA TUTELA DELLA PARTE DEBOLE E CONTRASTO ALL'ABUSO DEL DIRITTO

NULLITY AND SANABILITY IN CONTRACTS FOR THE PURCHASE OF PROPERTIES TO BE BUILT: BETWEEN THE PROTECTION OF WEAKER PARTIES AND THE PROHIBITION OF ABUSE OF RIGHTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1520-1531

Marco RIZZUTI

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Il contributo si sofferma sui recenti sviluppi in materia di invalidità dei contratti aventi ad oggetto immobili da costruire nell'ordinamento italiano, con particolare riguardo alla valorizzazione della tecnica argomentativa del divieto di abuso del diritto.

PALABRAS CLAVE: Nullità sanabile; Fideiussione obbligatoria; Immobili da costruire; Abuso del diritto.

ABSTRACT: *The paper deals with recent developments in the matter of nullity of contracts for the purchase of properties to be built in the Italian legal order, with particular regard to the argument of abuse of rights.*

KEY WORDS: *Curable nullity; Mandatory surety; Immovables under construction; Abuse of rights.*

SUMARIO.- I. IMMOBILI DA COSTRUIRE E NULLITÀ CONTRATTUALI.- II. I NUOVI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI.- III. RIFORME LEGISLATIVE E PROSPETTIVE DI SVILUPPO.

I. IMMOBILI DA COSTRUIRE E NULLITÀ CONTRATTUALI

In molti ordinamenti giuridici il procedimento contrattuale volto all'acquisto di immobili da costruire rappresenta una vicenda assai delicata, che viene pertanto regolata da specifiche discipline di tutela del contraente debole, ovvero dell'acquirente. Anche il legislatore italiano da anni cerca, non sempre con grande successo, di intervenire al riguardo: con l'introduzione della trascrivibilità del contratto preliminare ai sensi del nuovo art. 2645 *bis* c.c.[1], che ha trovato finora scarsa applicazione, con la normativa sulla multiproprietà[2], ma soprattutto con la disciplina generale dell'obbligo di prestare garanzia fideiussoria in favore dell'acquirente persona fisica, anche non consumatore, per il caso di insolvenza del costruttore[3] [4].

I contratti in questione rappresentano operazioni con causa mista, di scambio e di finanziamento per il costruttore: in via diretta, infatti, l'imprenditore può coprire parte dei costi della costruzione con gli acconti ricevuti, mentre, in via indiretta, la certezza di aver bloccato l'affare gli rende molto più agevole l'accesso

1 La nuova norma è stata inserita all'interno del Codice Civile dall'art. 3 del d.l. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito con l. 28 febbraio 1997, n. 30.

2 Il riferimento è alla norma introdotta, in attuazione della direttiva europea 94/47, anche se per scelta autonoma del legislatore italiano, con l'art. 7 del d.lgs. 9 novembre 1998, n. 427, poi trasfuso nell'art. 76 del Codice del Consumo (oggi art. 72 *bis*, per effetto delle modifiche apportate a detto codice dall'art. 2, comma 1, del d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79, recante il cd. Codice del Turismo), in forza del quale il venditore è tenuto a prestare idonea fideiussione a garanzia dell'ultimazione dei lavori.

3 Il riferimento è all'art. 2 del d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122, in forza del quale il costruttore è tenuto a prestare idonea fideiussione per la restituzione degli acconti versati. In questo caso, dunque, la tutela è più limitata rispetto alla ricordata ipotesi della multiproprietà, in quanto non si garantisce l'ultimazione dei lavori, che consentirebbe al promissario acquirente di ottenere il bene della vita cui aspira. Infatti, la norma mira unicamente a limitare i danni per i casi in cui l'impresa costruttrice non sia neppure in grado di restituire quanto abbia anticipatamente ricevuto.

4 Si possono vedere al riguardo: AA.VV.: *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire* (a cura di G. Sicchiero), Cedam, Padova, 2005, pp. 106 ss.; D'Arrigo, C.: "La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire", *Riv. not.,* 2006, pp. 911 ss.; Paglietti, M.C.: "La nullità della vendita di immobili da costruire per mancata prestazione della garanzia fideiussoria", *Riv. dir. priv.*, 2007, pp. 101 ss.; Mezzasoma, L.: *Il «consumatore» acquirente di immobili da costruire fra diritto al risparmio e diritto all'abitazione*, Esi, Napoli, 2008; Palermo, G.: "La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire", *Giust. civ.*, 2008, pp. 319 ss.; Delle Monache, S.: "La garanzia fideiussoria negli acquisti di immobile da costruire (fra obbligo e onere)", *Riv. dir. civ.*, 2009, pp. 622 ss.; Cardarelli, S.: *L'acquisto di immobili da costruire o in corso di costruzione*, Giuffrè, Milano, 2009; Cilento, A.: *L'acquisto di immobili in costruzione tra rischio economico e tutela della persona*, Esi, Napoli, 2010.

• Marco Rizzuti
Ricercatore di Diritto Privato
Università degli Studi di Firenze
marco.rizzuti@unifi.it

al credito bancario. Il problema è che qualora sopravvenga una situazione di insolvenza dell'impresa, il finanziatore, cioè il promissario acquirente, rischia di perdere tutto: non potrà ottenere né l'immobile, se non è ancora venuto ad esistenza, né la restituzione degli acconti, se il costruttore non è più in grado di far fronte alle proprie obbligazioni. Peraltro, se, come accadeva nella maggior parte dei casi, la contrattazione si è svolta nelle forme di un preliminare non trascritto, il costruttore potrebbe procedere ad operazioni truffaldine, particolarmente allettanti specie nei periodi in cui il mercato immobiliare conosca situazioni di rapido aumento dei valori medi.

Il legislatore è dunque, come dicevamo, intervenuto per porre rimedio a questa situazione, con un'operazione di integrazione eteronoma delle obbligazioni nascenti dal contratto, che vi ha aggiunto quella di procurare all'acquirente un'adeguata fideiussione per il caso di crisi dell'impresa. L'acquirente, infatti, grazie alla prestazione di tale garanzia avrà almeno la sicurezza di poter recuperare il valore degli acconti versati, anche in caso di totale insolvenza del costruttore. In tal modo, si dovrebbe attenuare quella condizione di inferiorità, che abbiamo visto caratterizzare la posizione del promissario acquirente. Ad esempio, potranno aumentare le possibilità di agire contro il costruttore, magari per gli eventuali ritardi nei lavori, in quanto avrebbe minore rilevanza il timore di provocare, o di accelerare, la crisi dell'impresa, di cui, in mancanza della garanzia, l'acquirente sarebbe stato la prima vittima. Dall'altra parte, la necessità di procurare le fideiussioni, peraltro dotate dei requisiti prescritti dalla legge, finirà per espellere dal mercato quelle imprese costruttrici, di piccole o piccolissime dimensioni, che non possano essere considerate abbastanza solide per farsele rilasciare dai soggetti autorizzati. Pertanto, si ridurranno anche le stesse situazioni di crisi di impresa nel settore in questione, dato che esse riguardano, tendenzialmente, proprio gli operatori meno solidi. Se, invece, le imprese costruttrici vorranno evitare di dover procurare la fideiussione, esse dovranno anche rinunziare alla dazione anticipata degli acconti, utilizzando al loro posto, per bloccare l'affare e per finanziarsi, strumenti alternativi e meno pericolosi per gli acquirenti[5].

Naturalmente, tutto ciò presuppone che la nuova norma venga effettivamente applicata ed assume, quindi, primaria importanza il problema della sanzione prescelta dal legislatore. Il problema è quello di trovare sanzioni adeguate, evitando di produrre invece norme inefficaci, in quanto incapaci di incidere concretamente

5 Zoppini, A.: "La garanzia fideiussoria vista dall'angolo visuale del costruttore: costi, rischi e problemi", in AA.VV.: *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del d.lgs. 122/2005 e prospettive (Atti del Convegno tenutosi a Roma il 20-21 gennaio 2006)*, ne *I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, 2006, 1, pp. 118 ss., propone, infatti, di sostituire il pagamento degli acconti con un loro versamento su un conto vincolato con funzione cauzionale. Quanto alla funzione finanziaria, secondo il medesimo autore, gli acconti potrebbero essere surrogati da un accorto utilizzo del finanziamento destinato ad uno specifico affare di cui all'art. 2447 *decies* c.c.

sull'azione ordinante dei privati, ma che, al tempo stesso, consentono che dei nuovi rimedi si abusi per finalità che nulla hanno a che fare con gli scopi del legislatore.

La conseguenza per il mancato adempimento di questa obbligazione è stata però individuata dal legislatore in una nullità di protezione, con una scelta che ha sollevato non poche perplessità, specie con riguardo alla reale efficacia di una siffatta sanzione nei confronti dei costruttori inadempienti. Invero, dopo il pagamento degli acconti il soggetto interessato a mantenere la vincolatività del contratto non è il costruttore, che anzi potrebbe tentare di liberarsene per vendere a terzi disposti a pagare di più, ma è proprio il promissario acquirente. Egli, dunque, ricaverà ben pochi vantaggi dalla possibilità di azionare la nullità introdotta in suo favore dal legislatore. Pertanto, dato che la minaccia di azionare tale invalidità costituisce l'unico elemento che dovrebbe indurre il costruttore a procurare la fideiussione legalmente imposta, ben si comprende quanto possa essere facile sottrarsi a tale obbligazione. Così, in molti casi, le parti finiscono per essere concordi nel voler evitare la fideiussione, e i relativi costi, per cui si prospetta una situazione in cui buona parte dei contratti relativi alla circolazione immobiliare è a rischio di una nullità suscettibile, come vedremo, di essere opportunisticamente sfruttata. Peraltro, una serie di ulteriori ipotesi di nullità deriva anche dalla prestazione di fideiussioni improprie, cioè inadeguate a soddisfare i requisiti imposti dalla nuova normativa. Infatti, è probabile che, per ridurre i costi, le parti, specie in contratti stipulati al di fuori di un contesto notarile, tenteranno spesso di utilizzare questo genere di mezzi.

Il legislatore, invero, si è poi premurato di precisare che la rinuncia dell'acquirente alle tutele in esame è a sua volta nulla[6], ma ciò non toglie, com'è ovvio, che i contraenti continuano tranquillamente a rinunciarvi di fatto. Del tentativo di porre rimedio alle ricordate criticità sono indicativi sia alcuni interventi giurisprudenziali di notevole interesse sistematico, sia le più recenti ulteriori riforme legislative in materia.

II. I NUOVI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Quanto al primo profilo, i supremi giudici italiani hanno sposato un innovativo orientamento in base al quale l'azione di nullità relativa opportunisticamente proposta nonostante il tardivo rilascio della fideiussione, e senza che nelle more si sia manifestata l'insolvenza del promittente venditore ovvero risulti altrimenti pregiudicato l'interesse del promissario acquirente, costituisce un'ipotesi di abuso

6 Il riferimento è al comma 1 *bis* aggiunto all'art. 5, del già menzionato d.lgs. 122 del 2005, dall'art. 10 *quater*, comma 1, lett. *a* del d.l. 28 marzo 2014, n. 47, convertito con modificazioni dalla l. 23 maggio 2014, n. 80.

del diritto[7]. Alla medesima categoria[8] si era frattanto richiamata anche parte della giurisprudenza di merito a fronte di ulteriori ipotesi di anomala strumentalizzazione della comminatoria in esame, come nell'ipotesi in cui la fideiussione non venga mai prestata ma l'immobile sia completato ed il venditore pronto a trasferirlo si veda opporre opportunisticamente la nullità[9].

A prima vista, tali esiti potrebbero apparire in contrasto con le tradizionali regole della patologia negoziale, ed in particolare con il dogma dell'insanabilità delle nullità contrattuali[10], in quanto, anche se le sentenze richiamate non parlano di sanatoria, è evidente come quello sia l'esito sostanziale una volta che l'unico legittimato a far valere la nullità relativa venga privato di tale legittimazione in ragione della sua condotta abusiva[11]. Il punto è che quelle regole tradizionali sono già state violate dallo stesso legislatore che ha introdotto la nullità per inadempimento[12], per cui le ulteriori violazioni non sono altro che naturali conseguenze delle prime, e servono anzi ad evitare esiti palesemente irragionevoli. Invero, se si applicassero le regole

7 Avevamo argomentato che in siffatta ipotesi l'azione avrebbe dovuto essere considerata abusiva in Rizzuti, M.: *La sanabilità delle nullità contrattuali*, Esi, Napoli, 2015, pp. 208-210, dopodiché, nonostante il contrario avviso di una giurisprudenza di merito (Trib. La Spezia, 9 giugno 2016, in *Arch. locazioni*, 2018, 2, p. 204), tale posizione è stata più di recente fatta propria da Cass., 22 novembre 2019, n. 30555, in *Vita not.*, 2020, p. 233, e sostanzialmente ribadita pure da Cass., 18 settembre 2020, n. 19510, in *www.personaemercato.it*, con nota di Sartoris, C.: "La tutela degli immobili da costruire tra buona fede e nullità", che ha invero manifestato un'esplicita adesione all'orientamento della precedente decisione pur non ravvisando nella specie il ricorrere dell'abuso in quanto la fideiussione tardivamente prestata era anche di importo insufficiente per cui non poteva comunque avere valore di adempimento. Sulla complessiva vicenda giurisprudenziale, e per ulteriori riferimenti, si veda ora Imbruglia, D.: "Tutela recuperatoria e nullità relativa nella contrattazione preliminare di immobili da costruire", *Persona e Mercato*, 2021, 1, pp. 143 ss.

8 Sui profili generali del problema dell'abuso del diritto si vedano almeno: Romano, Salv.: "Abuso del diritto (diritto attuale)", *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 166 ss.; Natoli, U.: "Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, pp. 18 ss.; Rescigno, P.: "L'abuso del diritto", *Riv. dir. civ.*, 1965, pp. 203 ss.; Taruffo, M.: "Elementi per una definizione di abuso del processo", *Dir. priv.*, 1997, pp. 435 ss.; Dondi, A.: "Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile", *Dir. priv.*, 1997, pp. 459 ss.; AA.VV.: *Abuso del diritto e buona fede nei contratti* (a cura di S. Pagliantini), Giappichelli, Torino, 2010; Scognamiglio, C.: "L'abuso del diritto", *Contratti*, 2012, pp. 5 ss.; AA.VV.: *Abuso del diritto. Significato e valore di una tecnica argomentativa in diversi settori dell'ordinamento* (a cura di G. Furgiuele), Esi, Napoli, 2017.

9 Al riguardo la giurisprudenza di merito appare divisa: Trib. Monza, 3 settembre 2015, *https://dejure.it*, aveva considerato abusiva siffatta azione di nullità, mentre Trib. Teramo, 8 ottobre 2014, *https://dejure.it*, aveva respinto tale prospettazione. Un'ulteriore ipotesi potrebbe riguardare un trasferimento in proprietà già perfezionatosi e strumentalmente contestato in ragione dell'originaria mancanza della fideiussione, ed al riguardo avevamo già a suo tempo ravvisato la possibilità di riconoscervi un, ancor più evidente, caso di abuso del diritto (cfr. Rizzuti, M.: *La sanabilità, cit.*, pp. 210-211). In alternativa il problema potrebbe, d'altronde, considerarsi risolto *in radice* argomentando in forza dell'alterità causale fra il definitivo, che ha realizzato in maniera comunque valida tale trasferimento, e il preliminare originariamente viziato.

10 Sulla progressiva erosione di tale presunta regola si vedano: Pagliantini, S.: *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Giappichelli, Torino, 2007; Girolami, M.: *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Cedam, Padova, 2008; Monticelli, S.: "La recuperabilità del contratto nullo", *Notariato*, 2009, pp. 174 ss.; Perlingieri, G.: *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Esi, Napoli, 2010; Rizzuti, M.: *La sanabilità,* cit.; Polidori, S.: *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Esi, Napoli, 2016.

11 Del resto, la *ratio* della tradizionale convalida del contratto annullabile si fonda proprio sul contrasto a quella particolare ipotesi di abuso del diritto che consiste nella violazione del divieto di *venire contra factum proprium*: cfr. Betti, E.: "Convalescenza del negozio giuridico (diritto vigente)", in *Noviss. dig. it.*, Utet, Torino, 1959, IV, pp. 789 ss.

12 Per una discussione critica di tale categoria in termini più generali si veda Sicchiero, G.: "Nullità per inadempimento?", *Contr. e impr.*, 2006, pp. 368 ss.

generali, il compratore potrebbe bensì pretendere la risoluzione per inadempimento del contratto, ma se la vedrebbe in concreto negata in considerazione della scarsa importanza dell'inadempimento stesso. Vale insomma anche per questo ambito il principio sancito in sede nomofilattica per un'altra anomala ipotesi di nullità, quella delle locazioni non registrate, per cui "il riconoscimento di una sanatoria per adempimento è una conseguenza coerente all'introduzione nell'ordinamento di una nullità per inadempimento"[13].

Nel complesso, parrebbe che, in coerenza con altri innovativi orientamenti dei supremi giudici in materia di contratto monofirma[14] e di nullità selettive[15], si vada sempre più affermando un approccio che valorizza il criterio procedimentale del raggiungimento dello scopo, in modo da ostacolare un esercizio strumentale delle azioni di nullità. Stiamo andando dunque verso un superamento di molti degli antichi dogmi della materia delle invalidità contrattuali, soprattutto con riferimento alle nuove nullità protettive ma con riverberi anche su ipotesi più tradizionali[16], in favore di un approccio non già strutturale bensì funzionalistico al formalismo negoziale[17].

13 Così si era espressa Cass. 28 aprile 2017, n. 10498, in *Arch. locazioni*, 2017, 4, p. 428, riprendendo l'argomentazione di Rizzuti, M.: *La sanabilità, cit.*, p. 223, per riconoscere l'ammissibilità della sanatoria del contratto di locazione nullo perché non registrato (ex art. 1, comma 346, L. 30 dicembre 2004, n. 311, c.d. Finanziaria per il 2005) in seguito al tardivo adempimento di tale onere, esito successivamente ribadito anche da Cass., sez. un., 9 ottobre 2017, n. 23601, in *giustiziacivile.com*, con nota di Marcello, D.: "Le locazioni ad uso non abitativo. Profili tributari e interferenze civilistiche, nullità e sanatorie", ed in *Corr. giur.*, 2018, 8-9, p. 1098, con nota di Cuffaro, V.: "Contratto di locazione e nullità per mancata registrazione: *si peccas, pecca fortiter*".

14 Cass., sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898, in *Contratti*, 2018, p. 133, con note di D'Amico, G., Pagliantini, S., e Amagliani, R., ha escluso la nullità del cosiddetto monofirma, cioè del contratto recante la sottoscrizione della sola parte protetta, cioè il cliente, per cui, applicando anche al formalismo negoziale un criterio procedimentale fondamentalmente analogo a quello dell'art. 156 c.p.c., si è potuto concludere che la disciplina formale avesse comunque raggiunto il suo scopo protettivo, nonostante l'innegabile carenza strutturale. In proposito si veda ora anche Franco, R. (a cura di): *Il monofirma: firma, procedimento e formalità*, Esi, Napoli, 2021.

15 Cass., sez. un., 4 novembre 2019 n. 28314, in *Giur. it.*, 2020, 273, con note di Iuliani, A., e Pagliantini, S., ha consentito di sollevare un'eccezione di abuso del diritto nei confronti del cliente che invochi una nullità formale allo scopo di far cadere in maniera selettiva ed opportunistica i soli ordini relativi ad affari andati male, trattenendo invece i profitti di quelli andati bene, in relazione al medesimo contratto quadro di intermediazione finanziaria viziato. In proposito si possono vedere anche Robustella, C.: *Forma di protezione e nullità selettiva nei contratti del mercato finanziario*, Giappichelli, Torino, 2020, e Russo, D.: *Dimensione del vizio, nullità selettiva e conformazione dei negozi*, Esi, Napoli, 2020.

16 Abbiamo avuto modo di osservare come la medesima mentalità giuridica di contrasto all'abuso delle nullità formali emerga anche nella decisione di Cass., sez. un., 6 marzo 2020, n. 6459, in *giustiziacivile.com*, con nota di Rizzuti, M.: "Rapporto fiduciario e formalismo negoziale", in quanto si trattava alla fin fine di impedire al fiduciario di abusare della carenza formale di una sorta di dichiarazione monofirma.

17 Su forma e formalismo si possono vedere: Giorgianni, M.: "Forma degli atti (diritto privato)", in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1968; Irti, N.: *Idola libertatis: tre esercizi sul formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1985; Perlingieri, P.: *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Esi, Napoli, 1987; Favale, R.: "Nullità del contratto per difetto di forma e buona fede", *Rass. dir. civ.*, 2003, pp. 572 ss.; Breccia, U.: "La forma", in AA.VV.: *Trattato del contratto* (a cura di V. Roppo), Giuffrè, Milano, 2006, I, pp. 465 ss.; Berti de Marinis, G.: *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, Esi, Napoli, 2013; Orlando, G.: *Le nullità documentali. Dal neoformalismo al documentalismo*, Esi, Napoli, 2021. In particolare, per la prospettiva procedimentale cfr. Romano, Salv.: *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1961 (ristampa Esi, Napoli, 2021, con *Presentazione* di A.M. Benedetti), e Landini, S.: *Formalità e procedimento contrattuale*, Giuffrè, Milano, 2008.

III. RIFORME LEGISLATIVE E PROSPETTIVE DI SVILUPPO

Quanto invece agli interventi legislativi, vanno in particolare segnalati quelli che hanno avuto luogo nel contesto di una generale riforma della materia dell'insolvenza e della crisi di impresa[18]. Nella nostra prospettiva i profili più interessanti sono essenzialmente due.

Da una parte, è stata introdotta un'ulteriore nullità relativa per inadempimento, riferita questa volta al definitivo, come sanzione per la mancata consegna della polizza assicurativa indennitaria per i danni da rovina dell'immobile[19], prestazione che era invero già obbligatoria nel previgente regime ma senza ricadute sul piano dell'invalidità. Si ripropongono così alcuni degli interrogativi già postisi per la menzionata invalidità del preliminare privo della prescritta fideiussione, in quanto anche rispetto al definitivo privo della prescritta assicurazione si potrà discutere della eventuale valenza sanante di un adempimento tardivo, ma comunque verificatosi prima di qualsiasi pregiudizio per la posizione dell'acquirente ovvero in questo caso prima dell'emergere di qualsivoglia pericolo di rovina dell'immobile, e riterremmo coerente con quanto abbiamo già argomentato concludere che pure in tale ipotesi un'azione di nullità andrebbe considerata abusiva.

Dall'altra parte, per rendere più effettiva l'osservanza di tutta la complessa e spesso trascurata disciplina cui abbiamo sin qui fatto riferimento, è stato reso necessario, ispirandosi al modello francese[20], in tutti i contratti comunque diretti al successivo acquisto di immobili da costruire il ricorso alla forma notarile, opzione dalla quale dovrebbero derivare conseguenze di notevole rilievo ai fini della concreta implementazione di tutto il sistema di tutele su cui ci siamo sinora intrattenuti. Il notaio, infatti, essendo soggetto al significativo rischio di una responsabilità disciplinare e civile in caso di redazione di atti nulli[21], dovrebbe ragionevolmente essere ben attento a che la fideiussione venga davvero prestata e non sia oggetto, per le già ricordate ragioni, di una tacita rinunzia delle parti, di talché dovrebbero ampiamente ridursi le concrete casistiche di nullità e quindi anche le possibilità di un

18 Si allude al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, recante il cosiddetto Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, emanato in attuazione della l 19 ottobre 2017, n. 155. Tale provvedimento contiene infatti anche alcune modifiche agli artt. 3, 4, 5 e 6 del menzionato d.lgs. 122 del 2005, vigenti già a decorrere dal 16 marzo 2019, mentre per quasi tutto il resto del Codice l'entrata in vigore è poi stata più volte rinviata dalla legislazione emergenziale.

19 Si veda in proposito Semprini, A.: "Polizza assicurativa indennitaria e immobili «da ristrutturare»", *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 4, pp. 1077 ss.

20 Nell'ordinamento transalpino, infatti, gli artt. *L 261-10* e *L 261-11* del *Code de la construction et de l'habitation* richiedono, a pena di nullità, la forma dell'atto pubblico notarile per ogni contratto in materia immobiliare che comporti l'obbligo per l'acquirente di effettuare versamenti o depositi prima dell'ultimazione della costruzione.

21 Alludiamo naturalmente alla tradizionale responsabilità disciplinare di cui al famigerato art. 28 della legge notarile (l. 16 febbraio 1913, n. 89), ma anche ai possibili profili di responsabilità professionale civile che, non soltanto per i notai, possono oggi discendere dalla redazione di un atto invalido: cfr., anche per gli ulteriori riferimenti, Rizzuti, M.: "Invalidità negoziali e profili di responsabilità del professionista", *Nuovo diritto civile*, 2018, 3, pp. 99-114.

suo abusivo utilizzo. Al tempo stesso, per il notaio la trascrizione non è, come per le parti, un onere che può anche risultare economicamente non conveniente, ma un vero e proprio obbligo, il che rende ipotizzabile che nel nuovo regime di forma notarile pure la trascrizione del preliminare, quantomeno con riguardo all'ambito degli immobili in costruzione, vada ad acquistare quella concretezza operativa che le manca nonostante la pluridecennale vigenza della relativa disciplina codicistica.

Occorre, però, anche riflettere sulle possibili problematicità ricollegabili al nuovo scenario. Invero, nella prassi consolidata degli operatori del settore immobiliare le contrattazioni preliminari, o pre-preliminari, in forma notarile sono sempre state abbastanza infrequenti, e non si può certo dare per scontato che la nuova normativa possa ribaltare immediatamente abitudini consolidate. Non è dunque peregrino lo scenario in cui un ampio novero di fattispecie finisca per risultare affetto proprio da questa nuova nullità formale, con effetti potenzialmente dirompenti, anche perché l'invalidità in discorso parrebbe configurata come una tradizionale nullità assoluta. Ne consegue che il rischio di abusi potrebbe risultare persino accresciuto, in quanto di tale nullità potrebbe valersi anche il venditore/costruttore scorretto e interessato a svincolarsi per concludere un affare più conveniente. Sarà pertanto necessario concentrare la massima attenzione interpretativa su questo genere di ipotesi, e riterremmo che l'utilità argomentativa degli approdi cui la giurisprudenza è, come abbiamo visto, già arrivata con riguardo all'abuso della nullità per difetto della fideiussione potrà al riguardo emergere con il massimo rilievo.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV: *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire* (a cura di G. Sicchiero), Cedam, Padova, 2005, pp. 106 ss.

AA.VV.: *Abuso del diritto e buona fede nei contratti* (a cura di S. Pagliantini), Giappichelli, Torino, 2010.

AA.VV.: *Abuso del diritto. Significato e valore di una tecnica argomentativa in diversi settori dell'ordinamento* (a cura di G. Furgiuele), Esi, Napoli, 2017.

Berti de Marinis, G.: *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, Esi, Napoli, 2013.

Betti, E.: "Convalescenza del negozio giuridico (diritto vigente)", in *Noviss. dig. it.*, Utet, Torino, 1959, IV, pp. 789 ss.

Breccia, U.: "La forma", in AA.VV.: *Trattato del contratto* (a cura di V. Roppo), Giuffrè, Milano, 2006, I, pp. 465 ss.

Cardarelli, S.: *L'acquisto di immobili da costruire o in corso di costruzione*, Giuffrè, Milano, 2009.

Cilento, A.: *L'acquisto di immobili in costruzione tra rischio economico e tutela della persona*, Esi, Napoli, 2010.

D'Arrigo, C.: "La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire", *Riv. not.,* 2006, pp. 911 ss.

Delle Monache, S.: "La garanzia fideiussoria negli acquisti di immobile da costruire (fra obbligo e onere)", in *Riv. dir. civ.*, 2009, pp. 622 ss.

Dondi, A.: "Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile", *Dir. priv.*, 1997, pp. 459 ss.

Favale, R.: "Nullità del contratto per difetto di forma e buona fede", *Rass. dir. civ.*, 2003, pp. 572 ss.

Franco, R. (a cura di): *Il monofirma: firma, procedimento e formalità*, Esi, Napoli, 2021.

Giorgianni, M.: "Forma degli atti (diritto privato)", in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1968.

Girolami, M.: *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Cedam, Padova, 2008.

Imbruglia, D.: "Tutela recuperatoria e nullità relativa nella contrattazione preliminare di immobili da costruire", *Persona e Mercato*, 2021, 1, pp. 143 ss.

Irti, N.: *Idola libertatis: tre esercizi sul formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1985.

Landini, S.: *Formalità e procedimento contrattuale*, Giuffrè, Milano, 2008.

Mezzasoma, L.: *Il «consumatore» acquirente di immobili da costruire fra diritto al risparmio e diritto all'abitazione*, Esi, Napoli, 2008.

Monticelli, S.: "La recuperabilità del contratto nullo", *Notariato*, 2009, pp. 174 ss.

Natoli, U.: "Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, pp. 18 ss.

Orlando, G.: *Le nullità documentali. Dal neoformalismo al documentalismo*, Esi, Napoli, 2021.

Pagliantini, S.: *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Giappichelli, Torino, 2007.

Paglietti, M.C.: "La nullità della vendita di immobili da costruire per mancata prestazione della garanzia fideiussoria", *Riv. dir. priv.*, 2007, pp. 101 ss.

Palermo, G.: "La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire", *Giust. civ.*, 2008, pp. 319 ss.

Perlingieri, G.: *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Esi, Napoli, 2010.

Perlingieri, P.: *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Esi, Napoli, 1987.

Polidori, S.: *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Esi, Napoli, 2016.

Rescigno, P.: "L'abuso del diritto", *Riv. dir. civ.*, 1965, pp. 203 ss.

Rizzuti, M.: *La sanabilità delle nullità contrattuali*, Esi, Napoli, 2015.

Rizzuti, M.: "Invalidità negoziali e profili di responsabilità del professionista", *Nuovo diritto civile*, 2018, 3, pp. 99-114.

ROBUSTELLA, C.: *Forma di protezione e nullità selettiva nei contratti del mercato finanziario*, Giappichelli, Torino, 2020.

ROMANO, SALV.: *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1961.

ROMANO, SALV.: "Abuso del diritto (diritto attuale)", in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 166 ss.

RUSSO, D.: *Dimensione del vizio, nullità selettiva e conformazione dei negozi*, Esi, Napoli, 2020.

SCOGNAMIGLIO, C.: "L'abuso del diritto", *Contratti*, 2012, pp. 5 ss.

SEMPRINI, A.: "Polizza assicurativa indennitaria e immobili «da ristrutturare»", *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 4, pp. 1077 ss.

SICCHIERO, G.: "Nullità per inadempimento?", *Contr. e impr.*, 2006, pp. 368 ss.

TARUFFO, M.: "Elementi per una definizione di abuso del processo", *Dir. priv.*, 1997, pp. 435 ss.

ZOPPINI, A.: "La garanzia fideiussoria vista dall'angolo visuale del costruttore: costi, rischi e problemi", in AA.VV.: *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del d.lgs. 122/2005 e prospettive (Atti del Convegno tenutosi a Roma il 20-21 gennaio 2006)*, ne *I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, 2006, 1, pp. 118 ss.

LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO EN LOS CONTRATOS DE CESIÓN DE VIVIENDAS CON FINES TURÍSTICOS. ESPECIAL MENCIÓN A LA CONTRATACIÓN POR MEDIO DE OTAS

LIABILITY FOR BREACH OF HOUSING ASSIGNMENT CONTRACTS FOR TOURIST PURPOSES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1532-1553

Covadonga
LÓPEZ SUÁREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: En los últimos tiempos han incrementado los contratos de cesión de viviendas con fines turísticos realizados en nuestro país, sobre todo, aquellos perfeccionados por medio de plataformas web como Airbnb o Homeaway. Son muchos los interrogantes que han surgido al respecto, siendo uno de ellos su régimen de responsabilidad por incumplimiento y cuál es el papel que dichas plataformas juegan.

PALABRAS CLAVE: Incumplimiento contractual, Airbnb, Homeaway, Viviendas con fines turísticos, alojamiento colaborativo, economía colaborativa.

ABSTRACT: *Recently, there has been an increasement in the number of contracts for the assignment of accommodation for tourism purposes in Spain, especially those made through web platforms such as Airbnb or Homeaway. Many questions have arisen in this regard, one of them being the liability regime for breach and the role that these platforms play in this respect.*

KEY WORDS: *Contractual liability, Airbnb, Homeaway, turist accomodation, collaborative housing, sharing economy.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. DELIMITACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO. 1. Contextualización: la economía colaborativa. 2. Algunas pinceladas sobre la naturaleza del contrato. 3. Los sujetos contractuales. III. LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO EN LOS CONTRATOS DE CESIÓN DE VFT. 1. El papel de las OTAs. A) Breve análisis de las relaciones entre la plataforma y los sujetos. B) La (no) responsabilidad por incumplimiento de las OTAs. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Es por todos conocido el papel crucial que juega el turismo en la economía española a día de hoy, reflejándose esto mismo en su peso en el Producto Interior Bruto año tras año, así como su dependencia del ciclo económico. La crisis acontecida en 2008 trajo consigo un cambio de tendencia, produciéndose un incremento reseñable en los contratos de alojamiento de viviendas con fines turísticos (en adelante, VFT) y virando hacia un uso mayor de los denominados "alojamientos colaborativos". Por otro lado, la generalización de las nuevas tecnologías ha conllevado, asimismo, un aumento en su contratación por medio de "Online Travel Agencies" (en adelante, OTAs), tales como los archiconocidos Airbnb o Homeaway.

Lo lógico sería pensar que el Derecho, respondiendo a las necesidades creadas a raíz del panorama aquí planteado, hubiese actuado clarificando el régimen por el que dichos contratos han de regirse, pero nada más alejado de la realidad, pues actualmente el ordenamiento jurídico español parece dar la espalda a estos cambios, generando una situación, cuando menos, confusa.

Como se desarrolla con mayor profundidad en apartados sucesivos, se plantean grandes incógnitas en torno a la naturaleza jurídica de esta relación contractual, habiendo tenido una gran relevancia a este respecto la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos (en adelante, LAU) acontecida en el año 2013 con motivo de la Ley 4/2013. La doctrina, en consecuencia, se ha visto abocada al estudio de esta figura, tratando de concretar los distintos aspectos de la relación jurídica nacida entre las partes (anfitrión, huésped y, en su caso, plataforma). Y es que, si bien es cierto que algunas Comunidades Autónomas cuentan con normas a este respecto, estas se circunscriben, principalmente, al ámbito administrativo, dejando al margen los aspectos civiles.

Son muchas las cuestiones que podrían estudiarse al hilo de estos contratos, pudiendo ser incontables las páginas destinadas a ello. Sin embargo, en la

• **Covadonga López Suárez**
Graduada en Derecho y en Administración y Dirección de Empresas
Universidad de Cádiz
covadonga.lopezsuarez@mail.uca.es

investigación que aquí se desarrolla se trata de ahondar en su régimen de responsabilidad, concretamente, en la responsabilidad por incumplimiento. Los distintos sujetos que forman parte de esta relación (mencionados con anterioridad) lo hacen comprometiéndose al cumplimiento de unas determinadas obligaciones, de manera que, en caso de que estas no sean correctamente ejecutadas, se tendrá que indemnizar por los daños que ello cause a las demás partes. Así explicado, de una forma eminentemente teórica, parece no entrañar mucha dificultad, pero si se transpone a una situación real, queda patente no solo la importancia de este estudio, sino también el amplio abanico de posibilidades a las que se expone la práctica jurídica.

Además, las OTAs plantean cuestiones de sumo interés en este sentido, pues ha de cuestionarse si, ante un incumplimiento del huésped o del hospedador, la plataforma que ha dado pie a esta relación podría, en algún caso, ser responsable, ya sea solidaria o subsidiariamente. Para su estudio es ineludible el análisis de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) de 19 de diciembre de 2019, en la que se afirma que son prestadores de servicios de la sociedad de la información, pues, en principio, ello implicaría que se rigiese en España por la Ley 34/2002, con todas las consecuencias que esto tendría en cuanto a la responsabilidad de estas, sobre la que se profundiza más adelante.

II. DELIMITACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO

Cierto es que el eje principal de estas páginas viene siendo, tal y como se ha adelantado, cuál es el régimen de responsabilidad por incumplimiento en aquellos contratos en virtud de los cuales se permite la cesión de una VFT. Sin embargo, se considera esencial, pues son los cimientos sobre los que naturalmente se erigen estos conocimientos y conclusiones, conocer de antemano cuál es el origen del mismo, su naturaleza y quiénes son los sujetos que toman parte en esta relación contractual. Ha de matizarse, eso sí, que no se busca realizar un análisis exhaustivo de estas cuestiones, por cuanto podrían protagonizar por sí mismas investigaciones mucho más extensas que la presente.

1. Contextualización: la economía colaborativa

La cesión de VFT se desarrolla bajo el paraguas de la denominada "economía colaborativa". Si bien este es un fenómeno que surgió tiempo atrás[1], resalta

1 Concretamente, relata sobre los orígenes más remotos de la economía colaborativa Guillén Navarro, N. A.: "La vivienda con un uso turístico: entre el turismo "colaborativo" y la competencia desleal. Pequeños propietarios, grandes plataformas en internet y la respuesta normativa ante el caos regulatorio", en AA.VV.: *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* (dir. por G. Cerdeira Bravo de Mansilla), REUS editorial, Madrid, 2018, p.20. Según este autor, sus inicios se remontan al año 1978 (cuando quedaban aún treinta años para que tuviera lugar la citada crisis) y su denominación se debe a Felson Marcus y Spaeth Joe.

sobremanera el impulso recibido a raíz de la crisis que se sucedió hace poco más de una década[2], conocida como la "crisis subprime". Sucede que, a pesar de que era de esperar que tras un período de expansión como el que se vivió hasta ese momento sobrevendría una recesión, esta fue especialmente dura para la sociedad de aquel entonces. Sin entrar a detallar los motivos o las circunstancias que la rodearon, pues ello escapa, por mucho, el objeto de este estudio, interesa señalar en estos instantes la delicada situación en la que, a consecuencia de esta, se encontraban numerosos países, entre los que, por desgracia, España destacaba. Era necesario reinventarse, adaptar las comodidades y costumbres que habían sido acuñadas en los tiempos de bonanza a los momentos de mayores dificultades, siendo especialmente conveniente para ello la economía colaborativa[3], puesto que esta, a grandes rasgos, se caracteriza por la cesión, normalmente por particulares, a través de plataformas creadas para estos fines de bienes o servicios por un tiempo limitado[4], siendo patentes los beneficios que lleva aparejados[5].

Dicho movimiento alcanza ámbitos de lo más variopintos[6], que van desde la financiación hasta el comercio incluyendo el transporte y el alojamiento, pero es este último el que, en el seno del presente trabajo, merece una mayor atención. No es de extrañar que la burbuja inmobiliaria concluyera con múltiples particulares siendo propietarios de varias viviendas[7]. Se conformó, pues, un caldo de cultivo que favoreció sobremanera, como se viene diciendo, el reforzamiento de este

2 Son numerosos los que destacan este auge, entre los que se pueden mencionar, a modo de ejemplo, De la Encarnación, A. M.: "El alojamiento colaborativo: viviendas de uso turístico y plataformas virtuales", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época*, 2016, núm. 5, p. 31; o Sáenz De Jubera Higuero, B.: "Alojamiento turístico colaborativo en España: régimen jurídico, naturaleza y contenido contractual", en AA.VV., *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital* (coord. por G. García González, M. R. Redinha, M. R. Guimaraes y B. Sáenz de Jubera Higuero), Dykinson, Madrid, 2019, pp. 283-284.

3 Al hilo de lo aquí argumentado, De la Encarnación, A. M.: "El alojamiento", cit., p. 31, hace referencia a la "cultura del decrecimiento", que parte de la creencia de que es necesario modificar los valores que primaban hasta el momento en la economía, siendo sustituidos por otros que, previsiblemente, la encaucen en un camino que permita resultados óptimos para todos los partícipes.

4 Definen esta realidad de forma similar Guillén Navarro, N. A.: "La vivienda", cit., pp. 20-21; Alfonso Sánchez, R.: "Economía colaborativa: un nuevo mercado para la economía social", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 2016, núm. 88, pp. 235; Alfonso Sánchez, R.: "Aproximación jurídica a la economía colaborativa: diferentes realidades", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 2016, núm. 66, pp. 17; o Vilalta Nicuesa, A. N.: "La regulación europea de las plataformas de intermediarios digitales en la era de la economía colaborativa", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2018, núm. 765, pp. 277. Parece ser que, en la mayoría de estos casos, se toma de inspiración para la confección de este concepto (o directamente se cita textualmente) la definición aportada por la Unión Europea en la "Agenda Europea para la economía colaborativa" de 15 de junio de 2017 (2017/2003(INI)), que dice así: "modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares".

5 Ahonda en este sentido la arriba mencionada "Agenda Europea para la economía colaborativa", que comienza resaltando las ventajas que puede acarrear esta nueva modalidad ya no solo a los emprendedores sino también a los consumidores.

6 Profundiza sobre sus ámbitos de actuación Alfonso Sánchez, R.: "Economía colaborativa", cit., p. 236-238.

7 Muchas de estas viviendas, si se atiende a lo afirmado, por ejemplo, por Fernández de Lis, S. y García Mora, A.: "Algunas implicaciones de la crisis financiera sobre la banca minorista española", *Revista Estabilidad Financiera*, 2008, núm.15, p, podría llegar a suponerse que estaban gravadas con hipoteca, siendo aún más compleja la situación económica de sus titulares.

fenómeno, ya que, por un lado, habiendo visto las familias mermados sus ingresos, se postulaba como una posibilidad especialmente satisfactoria la cesión de estas segundas viviendas para uso vacacional a cambio de una suma que ayudase a mitigar los problemas económicos[8]; y, por otro, las personas que desearan viajar se decantarían por opciones habitacionales menos costosas. Esto último, en parte[9], fue la causa de un cambio paulatino de paradigma, comenzando a perder importancia ostentar la propiedad de una vivienda vacacional, virando la sociedad hacia una preferencia clara por el simple derecho de uso[10].

Retomando el concepto antes aportado de la economía colaborativa y reflexionando sobre este mismo, cabría preguntarse, igualmente, cuán importante es la ausencia de ánimo de lucro en estos contratos y si esta ejerce la función de línea divisoria entre aquellos que realmente se amparan en esta modalidad y los que, simplemente, están inspirados en la misma[11]. Esta no es una cuestión baladí, dado que, si se considerase un elemento esencial, las relaciones contractuales sobre las que se indaga en las próximas páginas no tendrían cabida en este movimiento, deviniendo inútil en lo que a este estudio concierne lo hasta ahora comentado.

No se puede negar que este movimiento nació siguiendo una filosofía que primaba compartir y relegaba a un segundo plano la obtención de lucro alguno por sus participantes. El fin último era el intercambio y la ayuda mutua entre particulares. Sin embargo, el término economía colaborativa no se ha mantenido indemne todo este tiempo. Por el contrario, este ha ido evolucionando, de manera tal que en la actualidad se admite un posible enriquecimiento de alguna de las partes a su costa[12]. A su vez, este paso hacia la aceptación dentro de la economía

8 Esta conclusión es alcanzada, asimismo, por Guillén Navarro, N. A.: "La vivienda", cit., p. 20, quien, a su vez, hace mención de los problemas relativos a la competencia desleal, aunque de forma muy superficial.

9 Y decimos "en parte" puesto que esto de lo que aquí se habla guarda cierta similitud con las viviendas en multipropiedad que venían alentando estos cambios desde tiempo atrás. No obstante, dejaremos este aspecto fuera del presente estudio.

10 Como líneas atrás se apuntaba, aunque en sentido genérico, los ciudadanos tuvieron que adaptar su modo de vida a las nuevas circunstancias, para lo cual se produjeron modificaciones sustanciales, siendo una de ellas la prevalencia de la experiencia a la propiedad, como apunta Guillén Navarro, N. A.: "La vivienda", cit., p. 20. A día de hoy se prefiere disfrutar de la época estival en un paraje diferente cada año, cuando antes era lo más común hacerlo segundas viviendas. Incide en esta idea también De la Encarnación, A. M.: "El alojamiento", cit., pp. 31-32, quien reflexiona acerca de los cambios culturales que suelen producirse con motivo de períodos importantes de recesión económica.

11 En Guillén Navarro, N. A.: "La vivienda", cit., p.21, se hace mención a este hecho, afirmándose que la existencia de contraprestación o retribución modifica la esencia de los contratos originarios, convirtiéndolos en una especie de "modelo híbrido de economía colaborativa". Asimismo, se refiere a ello Sáenz De Jubera Higuero, B.: "Alojamiento turístico", cit., pp. 284-285.

12 Para realizar esta afirmación nos basamos, principalmente, en lo defendido por la Unión Europea en la anteriormente citada "Agenda Europea para la economía colaborativa", que tajantemente declara que "pueden realizarse con o sin ánimo de lucro". Se podría llegar a esta misma conclusión prestando especial atención a la terminología empleada. Como se destaca tanto en Alfonso Sánchez, R.: "Economía colaborativa, cit., p. 236; como en Alfonso Sánchez, R.: "Aproximación jurídica", cit., pp. 17-19; y en Vilalta Nicuesa, A. N.: "La regulación", cit., p. 277-278, a pesar de la popularidad del término inglés "sharing economy" (que podría traducirse al español como "economía del compartir"), suele huirse de su uso al poder inducir a error, puesto que la palabra "compartir" podría llevar a pensar que no se incluyen

colaborativa de modalidades contractuales en las que comienza a primar el ánimo de lucro ha podido ser lo que ha promovido que la doctrina divague sobre la naturaleza de la relación contractual existente entre las partes, preguntándose qué tipo de contrato es realmente este[13]. En el siguiente apartado se profundiza sobre esta última cuestión al respecto de la cesión de VFT.

2. Algunas pinceladas sobre la naturaleza del contrato

Si ya en tiempos anteriores las relaciones humanas mutaban con presteza, la entrada a escena de las nuevas tecnologías e internet ha avivado, más aún si cabe, este hecho. Esto ha supuesto, como era de esperar, nuevos retos al Derecho, que, siguiendo los pasos marcados por la evolución de la sociedad, ha de ordenar las nuevas situaciones que pudieran originarse. Un claro ejemplo de ello ha sido el estudio exhaustivo al que ha procedido la doctrina en los últimos años sobre los contratos que dan nombre a este trabajo, tratando, entre otros aspectos, de dilucidar cuál es su naturaleza.

No son pocas las investigaciones que centran sus esfuerzos en abordar este tema con mucha más profundidad de la que es posible en esta misma, tal vez como consecuencia de la falta de claridad legislativa reinante en este sentido. No existe, por ahora, normativa estatal alguna que arroje algo de luz sobre la regulación de estas relaciones contractuales, sino que, por el contrario, el legislador ha logrado con sus últimas intervenciones que la situación luzca más enrevesada todavía. Nos referimos, en este caso concreto, a la reforma de la LAU operada con motivo de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, como se puede deducir de las siguientes explicaciones.

Para el momento en el que entró en vigor la ley en cuestión, eran varias las hipótesis barajadas por la doctrina en relación a la naturaleza de este contrato. Los contratos de cesión de VFT que protagonizan el mercado actual son contratos, por lo general, onerosos, facilitados por OTAs y que se caracterizan, como su propio nombre indica, por versar sobre la cesión de una vivienda en condiciones tales que pueda permitir a la persona que en ella se aloje desarrollar su jornada con plena normalidad (entre otros aspectos, que se encuentre plenamente amueblada y dispuesta para ser habitada), por un período de tiempo determinado y a cambio de un precio[14]. A pesar de que giran, principalmente, en torno al alojamiento, en su

las relaciones que conllevan una contraprestación monetaria. "Sensu contrario", ello confirmaría la no esencialidad de su carácter altruista.

13 Como así mismo lo expresa Guillén Navarro, N. A.: "La vivienda", cit., p. 21.

14 La definición que aquí se articula se corresponde con las aportadas, por ejemplo, por Sáenz De Jubera Higuero, B.: "Alojamiento turístico", cit., p. 287; González Cabrera, I.: *El alojamiento colaborativo o el nuevo hospedaje low cost*, Dykinson, Madrid, 2020, p. 89; o Guillén Navarro, N. A.: "La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2015, núm. 45-46, p. 119.

gran mayoría incluyen otros servicios (como podría ser el desayuno o la limpieza), atendiendo a lo cual no es de extrañar que hubiera quien abogase porque este fuera un contrato de hospedaje[15]. Con todo, otros lo desechaban, considerando que se trataba de un contrato de arrendamiento de temporada.

Por un lado, un sector doctrinal ponía (y pone) en duda que el contrato de arrendamiento de temporada[16] sea una buena opción. Aunque este, precisamente, destaca por ser temporal, característica que comparte con los de cesión de VFT, obvia la prestación de servicios adicionales. En el contrato de hospedaje, por el contrario, prima el alojamiento, pero sí se prevé que el hospedador se obligue a la prestación de dichos servicios[17]. Es decir, al igual que en los contratos que aquí se analizan, este segundo va más allá del alojamiento, lo que podría indicar un mejor encaje para la cesión de VFT[18].

Empero, por otro lado, parte de la doctrina desechaba (y desecha) la posibilidad de aplicar por analogía lo dispuesto para los contratos de hospedaje[19].

Este era el panorama reinante cuando entró en vigor la anteriormente citada reforma[20]. Parecía lógico esperar una aclaración por parte del legislador en este sentido[21], de forma que podría decirse que con ella se perdió una oportunidad de oro para zanjar esta discusión al ignorarla. Se trataba de abordar un problema que comenzaba a aflorar en la superficie (las situaciones de intrusismo y competencia

15 Se hace eco de esto Murga Fernández, J. P., y Fernández Scagliusi, M. A.: "La constitución de las viviendas de fin turístico: aspectos civiles y administrativos", en AA.VV.: *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* (dir. por G. Cerdeira Bravo de Mansilla), REUS editorial, Madrid, 2018, p. 56.

16 En Sánchez Jordán, M. E., y García García, J. A.: "La cesión de viviendas con fines turísticos: concepto, naturaleza y delimitaciones frente a figuras afines", en AA.VV.: *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* (dir. por G. Cerdeira Bravo de Mansilla), REUS editorial, Madrid, 2018, pp. 151-156, se estudia en profundidad el encaje que pudiera tener el contrato de arrendamiento de temporada en este tipo de relaciones en las que se procede a la cesión de VFT.

17 Se define en este sentido el contrato de hospedaje en Represa Polo, M. P.: *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros por los efectos introducidos por los clientes*, Edersa, Madrid, 2004, p. 36.

18 Se llega a esta misma conclusión en Sánchez Jordán, M. E., y García García, J. A.: "La cesión", cit., p. 188. Se cree más adecuado el contrato de hospedaje debido a la variedad de prestaciones que ofrece en comparación con el contrato de arrendamiento, que como se ha manifestado, asimismo, al hilo de las explicaciones, únicamente pone el foco en el alojamiento.

19 Un ejemplo de ello sería Murga Fernández, J. P., y Fernández Scagliusi, M. A.: "La constitución", cit., p. 59, cuyos autores, aún a día de hoy se mantienen reacios a admitir que se trate de un contrato de hospedaje. Asimismo, y valiéndose para ello de un minucioso análisis sobre los servicios que acompañan a la cesión de la vivienda, Botello Hermosa, J. M.: "La preponderancia del criterio de habitualidad en la configuración de los alquileres turísticos y su necesaria reconfiguración. Una propuesta de solución", *Anuario de Derecho Civil*, 2020, vol. 73, núm. 4, pp. 1600-1605, niega rotundamente que se trate de un contrato de hospedaje.

20 Interesa decir que con ella se buscaba, tal y como reza en su preámbulo, lograr "flexibilizar el mercado del alquiler", pues los datos arrojados por aquel entonces señalaban la existencia de un casi insignificante número de viviendas en alquiler en contraposición con las cuantiosas viviendas que se encontraban vacías, así como "rentas muy elevadas".

21 De hecho, resulta curiosa la reflexión que se refleja en Guillén Navarro, N. A.: "La vivienda de", cit., p. 116. Este artículo fue escrito muy poco tiempo tras la reforma, y su autor guardaba aún esperanzas de que esta sirviese de empujón definitivo para la confección de una regulación completa de estos contratos. Seis años después de su redacción y ocho desde la entrada en vigor de la Ley 4/2013, podemos afirmar que este impulso no se produjo, pues todo sigue prácticamente igual.

desleal, cada vez más patentes según aumentaban las cesiones de VFT en la práctica) pero se pasaban por alto aquellos que permanecían escondidos en el fondo, alimentando y agravando estos primeros (la falta de una regulación clara). Es por ello por lo que no se pudo más que poner un parche: se excluyeron del ámbito de aplicación de la LAU estos contratos, para lo cual se impusieron una serie de requisitos, como que se sometiesen "a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística"[22]. El legislador estatal evitó las dificultades que entrañaban su solución y lo delegó en las Comunidades Autónomas[23]. Esto, a nuestro juicio, fue el origen de nuevos problemas.

De una parte, se había hurgado en las aguas ya revueltas de quienes indagaban en su naturaleza sin intención de calmarlas. No se había decantado la balanza a favor de que fuera un contrato de arrendamiento, así como tampoco se sentenciaba que fuese un contrato de hospedaje. Simplemente se negaba la aplicación de la LAU en caso de que ya hubiera una normativa sectorial al respecto, pudiendo aplicarse en esos casos el régimen dispuesto por el Código Civil para los arrendamientos de cosas.

Y, de otra, se propiciaba que se produjese una fragmentación legislativa, con claros efectos perniciosos para la seguridad jurídica[24] (por la que, supuestamente, se ha de velar), al desencadenarse una cascada de normas sectoriales de carácter autonómico (aunque algunas comunidades ya se habían adelantado y disponían para el momento de su propia norma).

A día de hoy, mucho después de la reforma, esta sigue siendo una cuestión no resuelta. Mientras que parte de la doctrina considera que en los casos en los que la LAU no sea aplicable, lo será el régimen dispuesto por el CC para el arrendamiento de cosas[25], la doctrina mayoritaria defiende que se trata de un contrato de hospedaje (salvando los límites, eso sí, con los perfeccionados entre huéspedes y entidades hoteleras), pero solamente en aquellos casos en los que existan distintas prestaciones[26].

22 Concretamente, la ley introdujo un nuevo apartado e) al art. 5 LAU, refiriéndose a aquellos contratos que versasen sobre "la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial".

23 No han sido pocos los autores que se han preguntado sobre si las Comunidades Autónomas tienen competencia para ello. Si bien es cierto que el art. 148.1.18ª CE les faculta en cuanto a la "promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial", no debemos olvidar que el art. 149.1.8ª CE sentencia que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación civil. Profundizan en esta cuestión Murga Fernández, J. P., y Fernández Scagliusi, M. A.: "La constitución", cit., pp. 58-59; Guillén Navarro, N. A.: "La vivienda de", cit., pp. 117-118; o Sáenz De Jubera Higuero, B.: "Alojamiento turístico", cit., pp. 186-187.

24 Hace este mismo apunte Sánchez Jordán, M. E., y García García, J. A.: "La cesión", cit., p. 189.

25 Reiteramos en este punto que, por ejemplo, Murga Fernández, J. P., y Fernández Scagliusi, M. A.: "La constitución", cit., p. 59 mantienen a día de hoy esta postura.

26 Hace esta afirmación sobre la tendencia de la doctrina mayoritaria González Cabrera, I.: "El turismo colaborativo: las múltiples actividades puestas al servicio del turismo y la dificultad de su encaje jurídico único", en AA. VV.: *El régimen jurídico del turismo colaborativo* (dir. por H. Gosálbez Pequeño), Editorial

No concierne a esta investigación ahondar mucho más en esta cuestión a pesar de su complejidad y relevancia. Sin embargo, lo aquí estudiado nos ha permitido llegar a algunas conclusiones. Consideramos que cada uno de los contratos de estas características que sea perfeccionado en el tráfico jurídico, ya sea gracias o a espaldas de las OTAs, gozará de entidad propia, no teniendo que ser considerado contrato de hospedaje o contrato de arrendamiento de temporada o arrendamiento de cosas forzosamente por nacer gracias a una determinada plataforma en la que esto sea lo mayoritario. Es decir, a pesar de que creemos que es cierto que principalmente abundan en este sentido los contratos que encajan a la perfección con lo anteriormente disertado en torno a los contratos de hospedaje, no entendemos que sea necesario que, en caso de que exista uno que no encaje como tal, sea forzado a ser considerado un contrato de hospedaje, pudiendo serle asignada otra naturaleza que se ajuste mejor a sus características. Concluimos, por tanto, posicionándonos a favor de lo que la mayoría de la doctrina defiende, que dependiendo de las características del contrato en cuestión este habrá de ser considerado contrato de hospedaje o contrato de arrendamiento.

3. Los sujetos contractuales

No merece gran atención esta cuestión, pues basta con presentar, someramente, los sujetos partícipes de la relación contractual que se estudia para lograr el objetivo que el presente apartado pretende: la contextualización de los temas sobre los que más adelante sí se profundiza.

A rasgos generales, como ya se ha advertido, estos contratos se centran en la cesión de una vivienda y, habitualmente, en la prestación de una serie de servicios de diferente índole. Por ende, puede afirmarse, a priori, que al menos será posible identificar dos sujetos contractuales: aquel que cede la vivienda[27] y aquel que finalmente se beneficia de su uso y disfrute[28]. Nótese, sin embargo, que existe la posibilidad de que los servicios ofrecidos junto con el alojamiento sean prestados por otros sujetos[29], en cuyo caso deberá estudiarse con detenimiento qué sucede.

Bosch, 2019, p. 34; pudiendo destacarse, entre otros autores, por ejemplo, a Sánchez Jordán, M. E., y García García, J. A.: "La cesión", cit., p. 188.

27 Estudia con ahínco la figura de este sujeto Moreno Torres, M. L.: "Ámbito subjetivo del contrato de alojamiento turístico: los anfitriones, los huéspedes y el papel de los prestadores de servicio de vivienda vacacional", en AA.VV.: *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* (dir. por G. Cerdeira Bravo de Mansilla), REUS editorial, Madrid, 2018, pp. 213-219. En estas páginas, la autora afirma que pueden ceder la vivienda, sin duda alguna, tanto el propietario como el usufructuario, así como reflexiona sobre si esta posibilidad está disponible para los arrendatarios o comodatarios de la vivienda, cuestionándose qué sucedería si hay más de una persona con derecho para hacerlo. Por último, también apunta la importancia de discernir si esta persona ejerce o no una actividad empresarial al ceder la vivienda para uso vacacional.

28 También es posible hacer un estudio exhaustivo de esta figura, procediendo a ello de nuevo Moreno Torres, M. L.: "Ámbito subjetivo", cit. pp. 219-220.

29 Apunte realizado por Moreno Torres, M. L.: "Ámbito subjetivo", cit. p. 221.

Mayores dudas surgen, eso sí, en cuanto a las plataformas destinadas a poner en contacto a estas personas[30], y es que, aunque no siempre, gran parte de los contratos aquí estudiados son posibles gracias a su existencia. Nuevamente, se postula una dificultad la falta de diligencia por parte del legislador en este ámbito, ya que prácticamente guarda silencio a este respecto. Ha de estudiarse, necesariamente, el papel que ostentan estas en las relaciones contractuales forjadas a su amparo, es decir, su grado de intervención, asunto abordado a continuación como parte del estudio de su responsabilidad en caso de incumplimiento contractual.

III. LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO EN LOS CONTRATOS DE CESIÓN DE VFT

Hasta este punto se ha tratado de canalizar el conocimiento para lograr abordar con propiedad los aspectos más relevantes sobre la responsabilidad por incumplimiento contractual[31] en la cesión de VFT. Gracias a lo debatido anteriormente, se puede afirmar que estos son contratos prácticamente "a la carta"[32], pues su contenido dependerá, en gran medida, de lo acordado por las partes: algunos tan solo versarán sobre la cesión de una vivienda (en cuyo caso, como concluíamos en los apartados que preceden a este, entendemos que habrían de ser calificados bien de arrendamientos de cosas del CC o de arrendamientos de temporada de la LAU), mientras que otros incluirán la prestación de diversos servicios[33] (en cuyo caso ya defendimos que considerábamos que se trataba de un contrato de hospedaje)[34].

La doctrina, al hacer frente al régimen de responsabilidad de estas relaciones contractuales sobre la cesión de VFT, tiende a acudir a los estudios existentes

30 Como más arriba se detallaba, para poder entender excluido uno de estos contratos del ámbito de aplicación de la LAU a raíz de la reforma llevada a cabo en 2013, se exige que sea "comercializada o promocionada en canales de oferta turística". Averiguar qué son estos "canales de oferta turística" ha sido una misión asumida por la doctrina desde entonces, pues la ley ofrece poco más que el nombre de los mismos. Así, por ejemplo, tratan esta cuestión Guillén Navarro, N. A.: "La vivienda de", cit., pp. 121-123,; o González Cabrera, I.: *El alojamiento*, cit., pp. 101-106, quienes hacen mención a cómo abordan las Comunidades Autónomas la definición de este concepto jurídico indeterminado. En definitiva, interesa resaltar que este es un término muy amplio dentro del que se encuadran no solo las OTAs.

31 Se deja al margen, consecuentemente, el estudio de la responsabilidad extracontractual relativa a estos contratos debido a que excedería por mucho la extensión del presente trabajo.

32 Emplean una expresión similar Murga Fernández, J. P., y Fernández Scagliusi, M. A.: "La constitución", cit., p. 56, quienes, concretamente, se refieren a estos como contratos "al gusto del consumidor".

33 De nuevo pudiendo elegirse entre un catálogo no cerrado de opciones.

34 Este hecho no obsta para que múltiples autores aúnen las obligaciones y derechos de las partes, aunque de forma genérica. Ejemplo de ello son Puente Orench, J.: "Régimen de responsabilidad (por incumplimiento y por daños) y seguros en las VFT", en AA.VV.: *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* (dir. por G. Cerdeira Bravo de Mansilla), REUS editorial, Madrid, 2018, pp. 312-318; Sáenz De Jubera Higuero, B.: "Alojamiento turístico", cit., pp. 297-300; o García Mayo, M.: "Ideas claves sobre alojamiento en viviendas de uso turístico", en AA.VV.: *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* (dir. por G. Cerdeira Bravo de Mansilla), REUS editorial, Madrid, 2018, pp. 400-403.

relativos a la responsabilidad de los contratos de hospedaje y de arrendamiento[35]. Mas, aun siendo, a nuestro entender, acertado, ya que se evitan, así, cuantiosas investigaciones que redunden sobre algo ya estudiado[36], este contrato que aquí se analiza no ha de encuadrarse sin más en un régimen u otro, pues presenta peculiaridades que hacen que podamos defender que se trata de un contrato (de hospedaje o de arrendamiento) "sui generis".

Téngase en cuenta, a modo de ejemplo, que, de lo poco regulado en el CC acerca de los contratos de hospedaje, los arts. 1783 y 1784 de este mismo texto legal hacen responsables a los mesoneros o fondistas por lo introducido por los huéspedes[37] en sus mesones o fondas. Se articula, en consecuencia, la obligación de depósito como un elemento esencial del contrato. De este modo, podría suponerse (en virtud de las conclusiones alcanzadas) que, de haberse acordado no solo la cesión de la vivienda sino también, junto con ella, la prestación de otros servicios, ello implicaría, "ipso facto", la calificación del contrato de cesión de VFT como contrato de hospedaje y, por ende, la asunción por parte del hospedador de la obligación de depósito señalada anteriormente. Ahora bien, deberíamos, quizá, cuestionarnos en qué medida sería lógica esta exigencia debido a las divergencias existentes entre ambos escenarios: mientras que el mesonero, fondista u hotelero[38] (o sus trabajadores) permanecen presumiblemente en las instalaciones en las que se alojan los huéspedes, pudiendo, de primera mano, ejercer de vigías de sus pertenencias, en estos nuevos contratos es común que el hospedador se ausente de la VFT y de sus inmediaciones. Sin embargo, serían responsables ambos por igual del extravío de estos enseres[39].

35 Concretamente, Puente Orench, J.: "Régimen de", cit., p. 319, comienza su análisis de la responsabilidad contractual por incumplimiento en la cesión de VFT remitiéndose a un estudio sobre el incumplimiento de los contratos de hospedaje (tras haber justificado por qué defiende que el contrato de VFT se corresponde con los contratos de hospedaje). Sigue su estela en esta misma obra colectiva García Mayo, M.: "Ideas claves", cit., p.403.

36 Motivo por el cual entendemos necesario hacer mención nosotros también en este punto a Fernández Álvarez, J.: "Incumplimiento del contrato de hospedaje", *Revista de Estudios Turísticos*, 1986, núm. 91, pp. 49-62. Como podrá aducirse de lo disertado en estas páginas, no creemos que pueda, sin más, aplicarse lo aquí dispuesto a los contratos analizados en este caso. No obstante, creemos relevante conocer en profundidad investigaciones que abunden en su régimen de responsabilidad, pues mucho de lo ahí dispuesto probablemente sea de aplicación a aquellos casos en los que se contraten servicios adicionales, asemejándose este contrato a un contrato de hospedaje.

37 Ha de señalarse que, como indica el art. 1783 CC, para ello se le tendría que haber "dado conocimiento a los mismos, o a sus dependientes, de los efectos introducidos en su casa, y que los viajeros, por su parte, observen las prevenciones que dichos posaderos o sus sustitutos les hubiesen hecho sobre cuidado y vigilancia de los efectos", quedando exentos, tal y como reza el art. 1784 CC siempre y cuando los daños no "provengan de robo a mano armada, o sean ocasionados por otro suceso de fuerza mayor".

38 Se hace referencia a los hoteleros además de a los mesoneros y fondistas a raíz de lo defendido por la SAP 11 mayo 2017 (JUR 2017\164474).

39 Se pronuncia sobre este asunto diversos autores en cuyas conclusiones nos apoyamos. Entre otros, destaca Puente Orench, J.: "Régimen de", cit., pp. 307-308, quien defiende que no en todos los casos podrá entenderse que medie obligación de depósito, por lo que no necesariamente responderá el hospedador de la pérdida de los objetos introducidos por los huéspedes en la VFT. Retoma este hilo argumental en la misma obra García Mayo, M.: "Ideas claves", cit., p. 404, concretando que, así como se ha concluido a lo largo de este apartado, difícilmente podrá exigirse esta obligación a quien no está físicamente en la vivienda cedida. Este mismo autor, en García Mayo, M.: "Responsabilidad del anfitrión por los efectos introducidos

Por lo tanto, puede que las características arriba analizadas lleven a defender la similitud entre un contrato de hospedaje o de arrendamiento y uno de cesión de VFT, pero, al menos en lo que al régimen de responsabilidad respecta, han de estudiarse los matices que los diferencian para evitar cometer errores que provengan de tratar de conectar dos piezas de puzles diferentes que parecían, en un principio, encajar.

Igualmente, resultan singulares estos contratos en lo relativo al derecho de cancelación que se otorga al usuario una vez perfeccionado el contrato[40], figura cuya popularidad se ha visto notablemente aupada como consecuencia de la reciente pandemia del COVID-19 y las dificultades que esta ha llevado aparejada en cuanto a movilidad y previsiones a largo plazo.

Dicho lo cual, no estimamos oportuno ni correcto destinar exclusivamente este estudio a las cuestiones señaladas aquí, habida cuenta de que aparenta suscitar más interés determinar qué papel pudieran llegar a tener las OTAs en estos contratos y, consecuentemente, en la responsabilidad derivada de su incumplimiento.

1. El papel de las OTAs

Si hace un tiempo, cuando la electricidad y el teléfono eran elementos casi traídos por arte de magia desde el futuro, los lugareños hubieran sido informados de que la vida acabaría haciéndose gracias al por aquel entonces impensable internet, habrían tachado de loco al mensajero. Pero es una realidad incontestable que la sociedad ha avanzado a velocidades vertiginosas afectando a todos los ámbitos de la vida, incluida, como no podía ser de otra manera, la organización de los viajes y estancias. El Derecho siempre ha ido a rebufo de estos cambios, buscando ordenar lo que ya se ha materializado en la realidad, como sucede hoy por hoy con las OTAs[41] de las que hemos venido hablando y en las que ahora nos centramos.

en las viviendas de uso turístico", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, núm. 779, p. 1513, apoya esta teoría de que la obligación de depósito propia de los contratos de hospedaje no será necesariamente exigible en los contratos de cesión de VFT, pues, como decíamos "ni el anfitrión o empleados suyos tienen por qué tener una presencia física en la VUT que los sitúe —como ocurre en el establecimiento hotelero— en una posición tal que hayan de ser considerados como quienes mejor pueden conservar y vigilar las pertenencias de los huéspedes".

40 Afirma, Gálvez Criado, A.: "El derecho de cancelación del usuario de la reserva de alojamientos turísticos", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, 2021, núm. 3, p. 97, que gracias a "este instrumento jurídico, las partes excluyen la aplicación de los remedios generales para el caso de incumplimiento y los sustituyen por una solución alternativa que permite a ambos contratantes adaptarse a esta nueva situación". Asimismo, interesan enormemente las averiguaciones que a lo largo de todo el artículo se plasman, aunque no puedan ser analizadas con rigor en estas páginas.

41 Ya ponía de manifiesto Guillén Navarro, N. A.: "La vivienda", cit., pp. 25-26 la cada vez mayor incidencia en el panorama turístico de estas plataformas. Hoy día se postulan, podríamos decir, como la opción preferida de las nuevas generaciones.

Hemos de agradecer a estas plataformas (principalmente, a Airbnb y a Homeaway que son las más sonadas) todas las facilidades que nos prestan, posibilitando el contacto entre personas que se encuentran, quizá, a kilómetros de distancia y que no tienen ningún lazo en común. Pese a ello, en numerosas ocasiones estas se ven opacadas por las dificultades añadidas que conllevan y que pueden extraerse de esto sobre lo que aquí se ahonda.

A) Breve análisis de las relaciones entre la plataforma y los sujetos

Cuestión ineludible para proseguir con esta investigación es conocer el funcionamiento de estas plataformas, así como las relaciones que las unen con los otros sujetos, es decir, con el "anfitrión"[42] y "huésped"[43], pues tiene una trascendencia mucho mayor de la que pudiera parecer a simple vista.

Basta con ojear los términos y condiciones anunciados en la propia página web de Airbnb (OTA a la que nos referiremos, de aquí en adelante, con más asiduidad por ser considerada la principal), para advertir que tiene vocación de mero intermediario entre anfitrión y huésped. Por una parte, permite a los anfitriones anunciar sus viviendas, incluyendo fotografías y otro tipo de información y, por otra, ayuda a los huéspedes en su búsqueda, clasificando las ofertas según parámetros como qué servicios incluyen, dónde se encuentran o en qué fechas están libres, así como a tener una mejor idea de las viviendas al disponer de una sección en la que, personas que la han contratado ya, pueden puntuarla (en cuanto a limpieza, comunicación, llegada, veracidad, ubicación y calidad) y añadir los comentarios que estimen oportunos. Finalmente, esta misma página web proporciona un método de pago seguro, sirviendo de puente entre anfitrión y huésped.

Las relaciones fraguadas entre uno y otro con la plataforma, respectivamente, recuerdan a los contratos de intermediación, aunque, claro está, con salvedades (en las que no podemos profundizar) propias de las circunstancias. Esto mismo ha sido apreciado por la doctrina[44] en las investigaciones realizadas a este respecto. La nitidez en este campo, como se puede apreciar, brilla por su ausencia, pues nuevamente han sido los estudiosos de la materia los que han tenido que intervenir y aclarar estos extremos.

42 Esta es la denominación empleada por las plataformas para designar a la parte contratante que cede su vivienda a otros, y que nosotros, en apartados previos hemos denominado arrendador u hospedador dependiendo del contrato concreto.

43 Si se toma como modelo la plataforma Airbnb, se puede comprobar que este es el término que emplea para referirse a aquellos usuarios de la misma que hacen uso de las viviendas puestas a disposición por los antes mencionados. A pesar de ello, tienen también cabida en este los que sean considerados "arrendatarios" según lo argumentado previamente.

44 Todo ello se desarrolla con algo más de profundidad en Moreno Torres, M. L.: "Ámbito subjetivo", cit. pp. 223-225. Interesan, particularmente, las reflexiones realizadas acerca de si anfitrión y huésped pueden o no ser considerados consumidores.

B) La (no) responsabilidad por incumplimiento de las OTAs

Si bien es cierto que no se duda en ningún momento de la responsabilidad en caso de incumplimiento de los anfitriones y de los huéspedes, es hasta cierto punto involuntario a la par que necesario pensar en si las plataformas que están comenzando a monopolizar estos contratos podrían llegar, en algún caso, a ser responsables solidaria o subsidiariamente por estos incumplimientos o si, por el contrario, tan solo obtienen rédito de su actuación.

Aun cuando, a este punto de la investigación, se conoce de forma sucinta la relación que media entre los distintos sujetos de los que se habla, queda todavía una cuestión fundamental por tratar: qué son las OTAs. Esta, que es una figura relativamente reciente, presenta similitudes con otras preexistentes y mucho más afamadas hace unos años, como lo son las agencias de viaje. Con todo, su régimen de responsabilidad actualmente difiere en gran medida, pues, en tanto que estas últimas se rigen por lo dispuesto por el art. 161 TRLCU, y, consecuentemente, responden "frente al viajero del correcto cumplimiento de los servicios de viaje incluidos en el contrato, con independencia de que estos servicios los deban ejecutar ellos mismos u otros prestadores", las primeras resultan impunes al ser consideradas prestadores de servicios de la sociedad de la información y someterse al art. 17 LSSI[45].

No fue hasta la STJUE 19 diciembre 2019 cuando este último aspecto fue aclarado, y, aunque hasta ese punto reinaban las dudas y la incertidumbre al respecto, ya había quien adivinaba a favor de qué se decantaría el tribunal[46]. Airbnb, como es lógico, propugnaba que se trataba de un mero prestador de servicios de la sociedad de la información y que su actividad no podía ser, en ningún caso, considerada como prestación de servicios turísticos (concretamente, de servicios de alojamiento)[47].

Como adelantamos, la relación de las plataformas con los sujetos (tanto unos como otros) ostenta mayor importancia de la que podría creerse, siendo, en

45 Considera Moreno Torres, M. L.: "Ámbito subjetivo", cit. p. 227 que, al igual que sucedió en su día con las agencias de viaje, con el tiempo se irá modificando el régimen de responsabilidad de estas plataformas, de manera tal que terminarán respondiendo por los incumplimientos contractuales de los contratos que posibiliten.

46 Entre otros, Fernández García De La Yedra, A.: "Alcance y aplicabilidad de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017 (caso Uber)", Lan Harremanak-Revista De Relaciones Laborales, 2019, núm. 41, pp. 23-27, apoyándose en las conclusiones en este sentido del Abogado General que ya se pronunció en el caso Uber, finaliza augurando que el caso a la luz del cual, poco más tarde, se sentenciaría que Airbnb es, efectivamente, prestadora de servicios de la sociedad de la información, concluiría como lo hizo.

47 De hecho, en el momento de la realización de este trabajo puede leerse en los términos de servicio de la plataforma que "Airbnb no es parte en los contratos suscritos directamente entre Anfitriones y Huéspedes ni constituye un agente inmobiliario, asegurador, organizador o minorista de viajes combinados con arreglo a la Directiva (UE) 2015/2302. Airbnb no actúa como agente en capacidad alguna para ningún Miembro, excepto conforme a lo dispuesto en los Términos de Pago del Servicio".

puridad, el eje sobre el que se vertebra la solución alcanzada en dicha sentencia. Para ello se tomó de base lo establecido por la "Agenda Europea para la economía colaborativa", en cuyo seno se predisponen las condiciones que han de cumplirse para poder afirmar que una determinada plataforma sea prestadora de servicios turísticos y, en consecuencia, responda por el incumplimiento.

En primer lugar, se exige que sea la OTA la que imponga el precio que haya de pagarse por el servicio; en segundo lugar, se requiere la existencia de algún otro tipo de obligación impuesta por la plataforma; y, por último, es necesario que esta sea propietaria de activos para la prestación del servicio.

En el caso de Airbnb, son los anfitriones los que libremente imponen la contraprestación que estiman oportuna, de manera tal que lo único que podría llevar a cuestionar la vinculación en este sentido de la plataforma con el contrato perfeccionado debido a la misma es el canal de pago empleado (Airbnb Payments), gestionado por la propia OTA. Sin embargo, es requisito indispensable para ser considerado prestador del servicio de alojamiento que se cumplan los tres requisitos arriba enumerados, por lo que se ha de concluir que Airbnb, a los ojos de la legislación vigente, no es más que una plataforma prestadora de servicios de la sociedad de la información y, en consecuencia, no es responsable, de modo alguno, por el incumplimiento de estos contratos. Su responsabilidad se circunscribe a la información ilícita que contenga, solo en caso de conocerlo (art. 17 LSSI), y sin estar obligada a realizar una búsqueda "constante, exhaustiva y proactiva" [48] a este respecto.

El quid de la cuestión parece radicar en el nivel de control ejercido por la OTA en los contratos que se van acordando bajo su abrigo[49], sirviendo de guía estricta para ello estas indicaciones a nivel europeo. En contraposición a lo concluido en relación con Airbnb, la STJUE 20 diciembre 2017 sentenció que una plataforma muy similar (aunque perteneciente a un campo diferente), Uber[50], sí era prestadora del servicio de transporte al cumplir cada una de dichas condiciones, respondiendo, por lo tanto, de los incumplimientos que pudieran producirse[51].

48 Esto último es declarado por la SAP Madrid 13 septiembre 2017 (AC\2019\1964) en su FJ 7.

49 Así lo confirma Jiménez Horwitz, M.: "La situación jurídica de la plataforma Airbnb en el marco de la economía colaborativa", Revista Aranzadi Doctrinal, 2019, núm. 3, pp. 26-27. Interesa sobremanera la totalidad de este estudio, pues desgrana con detalle todos los motivos por los cuales se alcanza esta conclusión.

50 Ve este pronunciamiento de forma muy positiva Guillén Navarro, N. A.: "La vivienda", cit., pp. 32-33, pues mantiene que, aunque no con respecto a los alojamientos turísticos, es una señal de que se comienza a delimitar el ámbito de actuación de estas plataformas.

51 Las diferencias existentes entre el funcionamiento de Airbnb o Homeaway y Uber son más que patentes, siendo, como ya se ha apuntado, las causantes de que no hayan sido consideradas ambas por igual por el citado tribunal. Airbnb deja que sus usuarios se relacionen libremente, no impone precio y no dispone de activos ni interviene como tal en las relaciones que gracias a ella se producen. Por el contrario, Uber sí tiene un papel fundamental en los contratos que facilita, cumpliendo con todas las condiciones impuestas desde la Unión Europea para no ser considerada prestadora de servicios de la sociedad de la información.

A la luz de lo aquí discernido, apreciamos la posibilidad de que esta tendencia implique una clara desprotección del usuario, a menudo, consumidor, si no respondiesen ni anfitrión ni plataforma ante un incumplimiento. Esto tendría como resultado un huésped desamparado, probablemente desaprovechando los escasos días de distensión de los que puede disfrutar a lo largo del año (puesto que, generalmente, suelen emplearse estos contratos para viajes de placer). Si no responde el hospedador o arrendador y no se prevé que responda ni solidaria ni subsidiariamente la plataforma, será el huésped el que termine más perjudicado.

Es por esto mismo por lo que creemos que el beneficio nada desdeñable que acumulan páginas web como Airbnb, sin que ello suponga, a su vez, un riesgo o responsabilidad de igual calibre, ha de llevarnos a pensar si esta es la senda correcta, si no debiéramos cambiar de rumbo. Puede que esta plataforma no pueda ser considerada prestadora del servicio de alojamiento actualmente atendiendo a lo dispuesto por las normas, pero no podemos negar su gran influencia, y es que en muchos casos se hace uso de ella por la seguridad que transmite, porque los consumidores confían en que es un refugio en el que no podrán ser atacados[52]: prefieren acudir a esta plataforma porque creen que así evitan los problemas a los que es proclive una relación contractual perfeccionada por medio de internet "a ciegas", es decir, sin conocer a la otra parte ni acudir a la vivienda en cuestión. Nos preguntamos, en cambio, cómo es posible mantener esa imagen de seguridad si se huye de la responsabilidad.

IV. CONCLUSIONES

Como se ha podido extraer de lo debatido en las páginas anteriores, el legislador estatal, a pesar de las reformas, ha permitido que siga siendo extremadamente confuso todo lo relativo a estos contratos, no concretando absolutamente nada sobre ellos y dejando que sean las Comunidades Autónomas, quienes, extralimitándose en su competencia, pongan orden en este ámbito. La doctrina se ha visto obligada a tomar cartas en el asunto, siendo numerosos los autores que han tratado de discernir sobre su naturaleza para facilitar el análisis de las demás cuestiones que han de abordarse al respecto, entre las que se encuentra el régimen de responsabilidad, concretamente, por incumplimiento contractual.

Sería, por lo tanto, más que conveniente que se armonizase la materia por medio de una ley estatal que, respetando las competencias autonómicas en cuanto al Derecho del Turismo, clarifiquen todo lo relativo a los aspectos civiles, desenredando las marañas que se han ido creando hasta nuestros días.

52 Coincide en este sentido González Cabrera, I.: "El alojamiento", cit., p. 85, quien también sostiene que las plataformas como Airbnb dan seguridad a los huéspedes, incentivando la contratación por esos medios.

Siguiendo los estudios existentes, consideramos, al igual que la doctrina mayoritaria, que este ha de ser considerado un contrato de hospedaje cuando se acuerde la prestación de otros servicios y, en caso contrario, un contrato de arrendamiento (dependiendo del caso concreto, de temporada según la LAU o de cosas según el CC, como se especifica a lo largo de este trabajo).

No obstante, a la par que defendemos esto, consideramos que el presente es un contrato, ya sea calificado de una forma u otra, "sui generis" y, como tal, muestra singularidades que necesitan ser estudiadas en profundidad por la doctrina para evitar que los problemas de la práctica jurídica se vean acrecentados con el paso del tiempo. Concretamente, se ha de considerar la posibilidad de adaptar (por encima de imponer) el régimen de responsabilidad de los ya mencionados contratos a la cesión de VFT, cuando menos hasta que se logre una regulación propia que disipe las dudas que pudieran surgir (entre ellos, la obligación de depósito).

Hablar de estos contratos implica necesariamente hablar de las plataformas que impulsan, en gran medida, su existencia actualmente, debiéndonos preguntar no solo si estas serían responsables de un hipotético incumplimiento contractual, sino, además, si deberían llegar a serlo.

En este sentido, hoy día se entiende que solo habrán de ser responsables aquellas OTAs consideradas prestadoras del servicio de alojamiento y no del servicio de la información. No puede negarse que, según lo decretado en la "Agenda Europea para la economía colaborativa" tanto Airbnb como Homeaway han de ser calificadas como plataformas prestadoras del servicio de la información, y, en consecuencia, no pueden ser responsables ni solidaria ni subsidiariamente en caso de producirse un incumplimiento contractual por alguna de las partes. Las normas son claras al respecto y han sido interpretadas correctamente en la reciente sentencia del TJUE en cuanto a Airbnb.

Pese a ello, entendemos que debiera considerarse la posibilidad de que estas sean responsables junto con el anfitrión en caso de incumplimiento. A nuestro parecer, no puede el ordenamiento vendarse los ojos ante este problema, ni creerlo solucionado por la existencia de seguros de responsabilidad civil. La seguridad que aparentan proporcionar las plataformas y gracias a la cual logran unas cifras de negocio astronómicas no puede ser totalmente gratuita. Tiene, consecuentemente, que asegurárseles a los usuarios que no quedarán desprotegidos por eventuales incumplimientos.

La solución a todo esto creemos que pasa, como ya se ha apuntado, por una actuación por parte del legislador. Consideramos que no basta con que la doctrina dictamine qué sucede en estos casos o que se opine sobre si han de responder las OTAs o no por los incumplimientos contractuales. Esta es una cuestión de especial

relevancia, que afecta a múltiples usuarios y que requiere de una más que urgente ordenación.

BIBLIOGRAFÍA

Alfonso Sánchez, R.: "Aproximación jurídica a la economía colaborativa: diferentes realidades", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 2016, núm. 66, pp. 13-73.

Alfonso Sánchez, R.: "Economía colaborativa: un nuevo mercado para la economía social", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 2016, núm. 88, pp. 230-258.

Botello Hermosa, J. M.: "La preponderancia del criterio de habitualidad en la configuración de los alquileres turísticos y su necesaria reconfiguración. Una propuesta de solución", *Anuario de Derecho Civil*, 2020, vol. 73, núm. 4, pp. 1543-1656.

De la Encarnación, A. M.: "El alojamiento colaborativo: viviendas de uso turístico y plataformas virtuales", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época*, 2016, núm. 5, pp. 30-55.

Fernández Álvarez, J.: "Incumplimiento del contrato de hospedaje", *Revista de Estudios Turísticos*, 1986, núm. 91, pp. 49-62.

Fernández de Lis, S. y García Mora, A.: "Algunas implicaciones de la crisis financiera sobre la banca minorista española", *Revista Estabilidad Financiera*, 2008, núm.15, pp. 55-72.

Fernández García de la Yedra, A.: "Alcance y aplicabilidad de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017 (caso Uber)", *Lan Harremanak-Revista De Relaciones Laborales*, 2019, núm. 41.

Gálvez Criado, A.: "El derecho de cancelación del usuario de la reserva de alojamientos turísticos", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, 2021, núm. 3, pp. 65-102.

García Mayo, M.: "Ideas claves sobre alojamiento en viviendas de uso turístico", en AA.VV.: *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* (dir. por G. Cerdeira Bravo de Mansilla), REUS editorial, Madrid, 2018.

García Mayo, M.: "Responsabilidad del anfitrión por los efectos introducidos en las viviendas de uso turístico", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, núm. 779, pp. 1487-1529.

González Cabrera, I.: *El alojamiento colaborativo o el nuevo hospedaje low cost*, Dykinson, Madrid, 2020.

González Cabrera, I.: "El turismo colaborativo: las múltiples actividades puestas al servicio del turismo y la dificultad de su encaje jurídico único", en AA. VV.: *El régimen jurídico del turismo colaborativo* (dir. por H. Gosálbez Pequeño), Editorial Bosch, 2019, pp. 23-66.

Guillén Navarro, N. A.: "La vivienda con un uso turístico: entre el turismo "colaborativo" y la competencia desleal. Pequeños propietarios, grandes plataformas en internet y la respuesta normativa ante el caos regulatorio", en AA.VV.: *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* (dir. por G. Cerdeira Bravo de Mansilla), REUS editorial, Madrid, 2018.

Guillén Navarro, N. A.: "La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2015, núm. 45-46, pp. 101-144.

Jiménez Horwitz, M.: "La situación jurídica de la plataforma Airbnb en el marco de la economía colaborativa", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2019, núm. 3.

Moreno Torres, M. L.: "Ámbito subjetivo del contrato de alojamiento turístico: los anfitriones, los huéspedes y el papel de los prestadores de servicio de vivienda vacacional", en AA.VV.: *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* (dir. por G. Cerdeira Bravo de Mansilla), REUS editorial, Madrid, 2018.

Murga Fernández, J. P., y Fernández Scagliusi, M. A.: "La constitución de las viviendas de fin turístico: aspectos civiles y administrativos", en AA.VV.: *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* (dir. por G. Cerdeira Bravo de Mansilla), REUS editorial, Madrid, 2018.

Puente Orench, J.: "Régimen de responsabilidad (por incumplimiento y por daños) y seguros en las VFT", en AA.VV.: *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* (dir. por G. Cerdeira Bravo de Mansilla), REUS editorial, Madrid, 2018.

Represa Polo, M. P.: *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros por los efectos introducidos por los clientes*, Edersa, Madrid, 2004.

Sáenz De Jubera Higuero, B.: "Alojamiento turístico colaborativo en España: régimen jurídico, naturaleza y contenido contractual", en AA.VV., *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital* (coord. por G. García González, M. R. Redinha, M. R. Guimaraes y B. Sáenz de Jubera Higuero), Dykinson, Madrid, 2019.

Sánchez Jordán, M. E., y García García, J. A.: "La cesión de viviendas con fines turísticos: concepto, naturaleza y delimitaciones frente a figuras afines", en AA.VV.: *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* (dir. por G. Cerdeira Bravo de Mansilla), REUS editorial, Madrid, 2018.

Vilalta Nicuesa, A. N.: "La regulación europea de las plataformas de intermediarios digitales en la era de la economía colaborativa", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2018, núm. 765, pp. 275-330.

MUTUO FONDIARIO E VIOLAZIONE DEL LIMITE DI FINANZIABILITÀ NEL DIBATTITO GIURISPRUDENZIALE ITALIANO*

MORTGAGE LOAN AND VIOLATION OF THE FINANCIAL LIMIT IN THE ITALIAN JURISPRUDENTIAL DEBATE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1554-1573

* Il testo riproduce, con ampliamenti e l'aggiunta di note, la relazione tenuta in occasione del II Congreso Internacional de Jóvenes Civilistas, Sección Jóvenes Civilista, Ivs Civile Salmanticense, *Los nuevos retos del derecho de contractual,* 7 e 8 ottobre 2021.

Cristiana BOITI

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Il lavoro affronta la questione relativa al superamento del limite di finanziabilità del mutuo fondiario ed esamina l'evoluzione della giurisprudenza italiana, evidenziando gli elementi di criticità delle differenti impostazioni ed offrendo una lettura interpretativa volta ad individuare il "giusto" rimedio.

PALABRAS CLAVE: Mutuo fondiario; superamento del limite di finanziabilità; conseguenze; orientamenti della giurisprudenza italiana; nullità vs irregolarità; ricerca del "giusto" rimedio.

ABSTRACT: *The work deals with the issue of exceeding the financial limit of the mortgage loan and examines the evolution of Italian jurisprudence, highlighting the critical elements of the different approaches and offering an interpretative reading aimed at identifying the "right" remedy.*

KEY WORDS: *Mortgage loan; exceeding the financial limit; consequences; guidelines of Italian jurisprudence; nullity vs irregularities; seeking the "right" remedy.*

SUMARIO.- I. PREMESSA.- II. GLI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA.- III. OSSERVAZIONI SULLE POSIZIONI GIURISPRUDENZIALI.- IV. RIFLESSIONI CONCLUSIVE SUL GIUSTO RIMEDIO.

I. PREMESSA.

La tematica del mio intervento si incentra sul vivace e interessante dibattito giurisprudenziale che si è posto negli ultimi anni nell'ordinamento giuridico italiano concernente il mutuo fondiario, ovvero il credito fondiario avente per oggetto la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili.

Nel dettaglio, si intende far riferimento alla problematica relativa al superamento del limite della finanziabilità[1] di tale mutuo previsto dal combinato disposto dell'art. 38, comma 2, del Testo Unico Bancario - di seguito T.U.B - e dell'art. 1 della delibera attuativa C.I.C.R. del 1995, ai sensi dei quali l'importo massimo erogabile dalla banca non può essere superiore all'80% del valore dell'immobile oggetto dell'ipoteca iscritta a garanzia della restituzione delle somme mutuate[2].

1 In realtà la questione relativa alla natura dei limiti di finanziabilità stabiliti per le operazioni di credito fondiario e delle conseguenze della loro mancata osservanza si riscontra già nella disciplina antecedente al Testo unico bancario ma è tornato alla ribalta solamente negli ultimi anni.
Su tale problematica in generale v., *ex multis*, Tarzia, G.: "Il credito fondiario ed i limiti di finanziabilità nella precedente e nell'attuale normativa", *Fallimento*, 2013, pp. 211 ss.; Sangiovanni, V.: "Superamento dei limiti di finanziabilità nel mutuo fondiario ed effetti sul contratto", *ivi*, 2016, pp. 1241 ss.; Falcone, G.: "I limiti di finanziabilità nelle operazioni di credito fondiario tra interessi tutelati e problemi applicativi", *Banca borsa tit. cred*., 2019, pp. 341 ss.; Ruggiero, D.G.: "Limiti di finanziabilità del mutuo fondiario: la discussa interpretazione dell'art. 38 TUB", *Vita not*., 2019, pp. 1155 ss.; Fausti, P.L.: "Nullità e tramonto del credito fondiario?", *Banca borsa tit. cred*., 2020, pp. 404 ss.; Garofalo, G.: "Finanziamento fondiario: superamento del limite di finanziabilità e «giusto rimedio»", *Rass. dir. civ*., 2020, pp. 43 ss.; Pernice, C.: "Le conseguenze del superamento del limite di finanziabilità nelle operazioni di credito fondiario", *ibidem*, pp. 1429 ss.; Staunovo-Polacco, E.: "Mutuo fondiario ed inosservanza del limite di finanziabilità: oscillazioni giurisprudenziali in attesa di un intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione", *ilcaso.it*, 18 ottobre 2021. Siffatta problematica è stata oggetto di approfondimento anche da parte del CNN: v., tra gli altri, Sannino, M.: "Le conseguenze del superamento del limite di finanziabilità nelle operazioni di credito fondiario", Studio n. 111-2018, *notariato.it*.

2 Più precisamente, l'art. 38, comma 2, T.U.B., dispone che "la Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, determina l'ammontare massimo dei finanziamenti, individuandolo in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi, nonché le ipotesi in cui la presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie non impedisce la concessione dei finanziamenti", mentre l'art. 1 della delibera CICR del 22 aprile 1995 prevede che "l'ammontare massimo dei finanziamenti di credito fondiario è pari all'80 per cento del valore dei beni ipotecati o del costo delle opere da eseguire sugli stessi"; percentuale che può essere elevata fino al 100% laddove siano prestate idonee garanzie integrative.
Per un approfondimento della prima disposizione v., tra gli altri, Falcone, G.: "sub Art. 38", in *Commento al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385* (a cura di M. Porzio, F. Belli, G. Losappio, M. Rispoli Farina e V. Santoro), Bologna, 2003, pp. 581 ss.; Sepe, M.: "sub Art. 38", in, *Commentario al t.u.b.* (a cura di F. Capriglione), Padova-Milano, 2018, pp. 414 ss.

• Cristiana Boiti
Ricercatore di Diritto Privato
Università degli Studi di Perugia
cristiana.boiti@unipg.it

In particolare, essendo l'art. 38 T.U.B. privo di una specifica sanzione[3] e dato che la qualificazione di una determinata operazione di finanziamento come credito fondiario implica l'applicazione di talune regole di favore, derogatorie alla disciplina generale, tanto per l'istituto di credito[4] quanto per il finanziato[5], ci si è chiesti quale 'sorte' abbia - o debba avere - il contratto di mutuo fondiario che eroghi capitale per un importo eccedente tale limite. In particolare, ci si è interrogati se esso debba essere ritenuto affetto da nullità - e, in caso, da quale tipo - o, invece, se debba essere considerato soltanto "irregolare", fonte di responsabilità dell'istituto nei confronti dell'Autorità di vigilanza ferma la validità dell'operazione.

II. GLI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA.

A tal riguardo, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, inaugurato nel 2013[6], il contratto di mutuo fondiario che vìoli tale limite resterebbe pienamente valido ed efficace nonché totalmente fondiario - connotato, dunque,

3 Garofalo G., "Finanziamento fondiario: superamento del limite di finanziabilità e «giusto rimedio»", cit., pp. 43, riconduce tale disposizione alle norme c.dd. "senza sanzione", ovvero a quelle regole per le quali "il legislatore si limita a stabilire qual è l'interesse giuridico sotteso, senza tuttavia selezionare il rimedio più adeguato o più compatibile con la sua protezione". Nello stesso senso, Pernice, C.: "Le conseguenze del superamento del limite di finanziabilità nelle operazioni di credito fondiario", cit., pp. 1431.

4 Si pensi all'esenzione dalla revocatoria fallimentare dell'ipoteca iscritta dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento e dei pagamenti effettuati dal mutuatario poi fallito ai sensi dell'art. 39, comma 4, T.U.B., nonché alla possibilità di iniziare o proseguire l'azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia di finanziamenti fondiari anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore, *ex* art. 41 T.U.B.

5 Più precisamente, il debitore ha la possibilità di estinguere anticipatamente il mutuo pagando un compenso omnicomprensivo pattuito al momento della conclusione del contratto (art. 40 T.U.B.) e può ottenere in modo più agevole la riduzione proporzionale dell'ipoteca (art. 39, comma 5, T.U.B.). Inoltre, con riferimento all'inadempimento beneficia di una speciale disciplina di favore (art. 40, comma 2, T.U.B.) e, sotto il profilo economico, presenta tassi d'interessi agevolati e spese notarili ridotte (art. 39, comma 7, T.U.B.).

6 La tesi originariamente affermata da una isolata pronuncia (Trib. Roma, 9 aprile 2000, *Dir. fall*., 2003, pp. 116, con nota di Trinchieri, R.: "In tema di risoluzione dell'art. 38, comma 2, t.u. bancario") è stata successivamente avallata da Cass., 28 novembre 2013, n. 26672, *Contratti*, 2014, pp. 439 ss. con note di Pagliantini, S.: "La logica (illogica) dell'art. 38 TUB ed il canone (mobile) della Cassazione", e di D'Amico, G.: "Sull'ambito di applicazione della disciplina del credito fondiario"; *Nuova giur. civ. comm*., 2014, I, pp. 381 ss., con nota di Tommassini, D.: "Il superamento del limite di finanziabilità nel credito fondiario"; *Fallimento*, 2014, pp. 407 ss., con nota di Balestra, L.: "Il superamento dei limiti di finanziabilità nel mutuo fondiario tra regole di validità e regole di comportamento: a proposito di un (clamoroso) equivoco da parte della Cassazione"; *Giur. comm*., 2014, II, pp. 162 ss., con nota di Falcone, G.: "Ancora sul superamento dei "limiti di finanziabilità" nelle operazioni di credito fondiario"; *Banca borsa tit. cred*., 2014, II, pp. 123 ss., con note critiche di Dolmetta, A.A.: "Identità del credito fondiario e «premio di irragionevolezza»"; Minneci, U.: "Mutui fondiari e interesse del cliente: "est modus in rebus""; Malvagna, U.: "Credito fondiario, nullità "a vantaggio del cliente" e legittimazione di altri"; Onnis Cugia, F.: "La regola dell'art. 117, 8° co., t.u.b. e credito fondiario". Negli stessi termini, Cass., 6 dicembre 2013, n. 27380, in *Foro it*., 2014, I, cc. 499 ss.; in *Corr. giur*., 2014, pp. 923 ss., con note di Piazza, M.: "Sul superamento del limite di finanziabilità nel mutuo fondiario", e di Martino, M.: "Sulla sorte del mutuo fondiario che viola i limiti di finanziabilità: un recente, criticabile, arresto della Cassazione".
Tale orientamento è stato seguito da numerose decisioni di legittimità e di merito: così, senza pretesa di completezza, nella giurisprudenza di legittimità da: Cass., 4 dicembre 2015, n. 22446, *Mass Giur. civ*., 2015; Cass., 7 marzo 2016, n. 4471, *expartecreditoris.it*; Cass., 6 maggio 2016, n. 9132, *DeJure on line*, e Cass., 24 giugno 2016, n. 1316, *ivi*; mentre nella giurisprudenza di merito, tra le altre, da: Trib. Orestano, 28 gennaio 2014, *Banca borsa tit. cred*., 2015, II, pp. 469 ss., con nota di Onnis Cugia, F.: "Discordanze giurisprudenziali sulle conseguenze del superamento del limite di finanziabilità nel credito fondiario dopo il recente arresto della Corte di Cassazione"; Trib. Roma, 6 ottobre 2014, *giustiziacivile.com*, 2015, con nota di Addis, F.: "Sulla pretesa identificazione di quote di suddivisione del finanziamento e quote di frazionamento dell'ipoteca".

da tutti quei privilegi normativi connessi alla "fondiarietà" del finanziamento -, potendo tutt'al più - ed eventualmente - essere causa dell'irrogazione di sanzioni amministrative previste dall'ordinamento bancario nei confronti della banca concedente e/o di una responsabilità precontrattuale della stessa per abusiva concessione di credito[7]. Più precisamente, ritenendo che l'art. 38, comma 2, T.U.B. non sia una norma posta a presidio dell'interesse nazionale alla stabilità del sistema bancario - e, pertanto, dell'intera economia[8] -, ma piuttosto una regola di "buona condotta"[9] finalizzata a salvaguardare la stabilità patrimoniale della banca erogante[10] - e, dunque, volta ad impedire cioè che gli istituti di credito assumano esposizioni finanziarie senza adeguate contropartite a garanzia[11] - si afferma che "il superamento del limite di finanziabilità stabilito dalla Banca d'Italia non cagiona alcuna nullità, neppure relativa, del contratto di mutuo fondiario"[12].

Tuttavia, la tesi della mera sanzione bancaria è stata superata con un deciso revirement giurisprudenziale ad opera della nota decisione della Cassazione del 13 luglio 2017, n. 17352[13], che ha inaugurato il diverso e - apparentemente - attuale[14] pensiero della Corte, favorevole alla totale nullità del finanziamento e, di conseguenza, dell'ipoteca. A parere della Cassazione, infatti, il rispetto del limite di finanziabilità ai sensi dell'art. 38, comma 2, T.U.B. (e della delibera

7 A tal proposito, Sannino, M.: "Le conseguenze del superamento del limite di finanziabilità nelle operazioni di credito fondiario", cit., pp. 4, osserva che prima di irrogare sanzioni a carico dell'istituto finanziatore è opportuno verificare preventivamente se dalla documentazione acquisita la banca sia stata indotta a confidare, senza sua colpa, in un valore dell'immobile tale da garantire il rispetto del rapporto di finanziabilità, ovvero se la banca (e per essa il funzionario responsabile dell'operazione) abbia mantenuto un comportamento fraudolento o poco diligente, potendosi in questo caso riconoscere un vero e proprio abuso nell'utilizzo del mutuo fondiario, fonte di responsabilità con conseguente irrogazioni di sanzioni amministrative. Su questo aspetto v. anche Capotorto, M.: "Utilizzo strumentale del contratto di mutuo per estinguere debiti preesistenti", *Nuova giur. civ. comm*., 2013, pp. 1073 ss.; Pantaleone Balice, M. e Sideri, S.: "Riflessioni sull'uso anomalo del mutuo fondiario", Studio del CNN n. 821-2014/C, *notariato.it*.

8 Cfr. Trib. Vicenza, 25 ottobre 2017, *Arc. loc. cond*., 2018, pp. 193.

9 In questi termini Garofalo, G.: "Finanziamento fondiario: superamento del limite di finanziabilità e «giusto rimedio»", cit., pp. 50.

10 Cass., 28 novembre 2013, n. 26672, cit.

11 Cfr. De Capoa, M.F.: "Limiti di finanziabilità di un mutuo fondiario e conseguenze del loro superamento. Nota a Trib. Firenze, 30 ottobre 2014", *Giur. comm*., 2016, II, pp. 198 ss.

12 Così Cass., 4 dicembre 2015, n. 22446, cit.

13 Tale pronuncia è consultabile in molteplici riviste e, più precisamente, *Foro it*., 2017, I, cc. 3379; *Fallimento*, 2017, pp. 1274 ss., con nota di Tarzia, G.: "La Cassazione modifica il suo orientamento sulla validità dei finanziamenti fondiari eccedenti il c.d. limite di finanziabilità"; *Contratti*, 2018, pp. 169 ss., con commento di Farina, M.: "Attività creditizia e violazione dell'art. 38, comma 2, t.u.b."; *Giur. comm*., 2018, pp. 943 ss., con nota di Partisani, R.: "La nullità (virtuale) del mutuo fondiario eccedente il limite di finanziabilità"; *Notariato*, 2018, pp. 193 ss., con nota di Migliorati, G.: "Mutuo fondiario: la rilevanza costituzionale del limite di finanziabilità"; *Nuova giur. civ. comm*., 2018, pp. 21 ss., con nota di Puhali, G.: "La Cassazione ci ripensa: nullo il mutuo fondiario oltre il limite di finanziabilità".
Nello stesso senso, tra le altre, Cass., (ord.) 12 aprile 2018, n. 9079, *ilcaso.it*, ove si affronta il tema delle garanzie accessorie al finanziamento fondiario e incidentalmente si ribadisce la nullità del mutuo in cui non sia stata rispettato il limite di finanziabilità; Cass., 9 maggio 2018, n. 11201, *DeJure on line*, la quale conferma espressamente l'orientamento espresso dalla Suprema Corte con la sentenza n. 17352 del 2017.

14 Più di recente Cass., 27 novembre 2019, n. 31057, *ilcaso.it*; Cass., 21 gennaio 2020, n. 1193, *DeJure on line*; Cass., (ord.) 14 giugno 2021, n. 16776, *dirittobancario.it* e *Fallimento*, 2022, pp. 134. Nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Monza, 5 ottobre 2018, *DeJure on line*; Trib. Bologna, 2 agosto 2021, n. 1826, *ivi*; Trib. Ancona, 11 ottobre 2021, *ilcaso.it*; Trib. Taranto, 11 novembre 2021, *ivi*; Trib. Napoli, 26 novembre 2021, *ivi*.

C.I.C.R.) costituisce una norma imperativa di ordine pubblico a tutela non solo degli interessi del sistema bancario, ma anche del regolare andamento dell'economia[15] - "norma imperativa di validità", quindi, e non di comportamento -, la cui violazione determina la nullità virtuale del contratto ex art. 1418, comma 1, c.c. in quanto posta a presidio di diritti indisponibili sottesi a superiori interessi pubblici. Secondo questa 'nuova' impostazione, dunque, il limite di finanziabilità è "elemento essenziale del contenuto del contratto", che rileva "soprattutto sul versante dell'oggetto", e il suo mancato rispetto ne determina la nullità[16], con la conseguenza che l'eventuale esecuzione forzata, promossa in virtù dello stesso, dovrà essere dichiarata improcedibile[17].

La stessa giurisprudenza di legittimità, con un principio di diritto oramai acquisito, ha però offerto un rimedio alla banca mutuante. Difatti, pur affermando la nullità del mutuo fondiario che abbia superato il limite di finanziabilità, ritiene che questo possa essere convertito[18], qualora sussistano i presupposti di cui all'art. 1424 c.c.- ovvero se contenga i requisiti di sostanza e di forma e se risulta che le parti lo avrebbero comunque voluto -, in altro finanziamento avente natura di mutuo ordinario - privando così i contraenti dei benefici normativi connessi alla

15 Cfr. Trib. Venezia, 26 luglio 2012, *Riv. dir. banc.*, 2012, pp. 8 ss., con nota di Leggieri, R.: "Le conseguenze del superamento dei limiti di finanziabilità nei contratti di credito fondiario"; *Fallimento*, 2013, pp. 211 ss., con nota di Tarzia, G.: "Il credito fondiario ed i limiti di finanziabilità nella precedente e nell'attuale normativa"; *Banca borsa tit. cred.*, 2013, II, pp. 387 ss., con nota di Settanni, G. e Ruggi, M.: "Contratto di mutuo fondiario, superamento del limite di finanziabilità e nullità del negozio"; Trib. Udine, (decr.) 7 marzo 2013, *unijuris.it*; Trib. Firenze, 30 ottobre 2014, *Giur. comm.*, 2016, I, pp. 186 ss., con nota di de Capoa, M.F.: "Limiti di finanziabilità di un mutuo fondiario e conseguenze del loro superamento".

16 Sul punto, Pagliantini, S.: "La logica (illogica) dell'art. 38 TUB ed il canone (mobile) della Cassazione", cit., pp. 444 s., osserva che tale passaggio motivazionale avrebbe dovuto indurre la Corte a sostenere la nullità del contratto per illiceità del contratto, ovvero propendere per una nullità strutturale e, dunque, non virtuale. Nello stesso senso, Balestra, L.: "Mutuo fondiario e limiti di finanziabilità", *Fallimento*, 2014, pp. 410 ss.

17 In questo senso, da ultimo, Trib. Torre Annunziata, 10 febbraio 2021, *inexecutivis.it*; Trib. Treviso, 24 maggio 2021, *ilcaso.it*; Trib. Bologna, 2 agosto 2021, n. 1826, cit.

18 Questo 'temperamento' si è reso necessario perché la Cassazione ha escluso l'invocabilità del più mite rimedio della nullità parziale a fronte dell'osservazione critica che esso determinerebbe la difficolta "di conciliare il frazionamento dell'unico contratto stipulato tra le parti col possibile consolidamento dell'ipoteca per la sola porzione fondiaria" (Cass., 13 luglio 2017, n. 17352, cit.). A tal proposito Garofalo, G.: "Finanziamento fondiario: superamento del limite di finanziabilità e «giusto rimedio»", cit., pp. 52, discorre di un "necessario compromesso". Nello stesso senso già Fiorucci, F.: "I finanziamenti di credito fondiario", Milano, 2004, pp. 40 ss., per il quale tale soluzione appare rispettosa della necessità che i requisiti di fondiarietà di un finanziamento siano tassativamente osservati. A favore della convertibilità anche e tra le altre, Cass., 9 maggio 2018, n. 11201, *Banca borsa tit. cred.*, 2019, pp. 341 ss., con nota di Falcone, G.: "I limiti di finanziabilità nelle operazioni di credito fondiario tra interessi tutelati e problemi applicativi".
Merita segnalare che parte della dottrina prospetta la nullità parziale del finanziamento fondiario sulla base del fatto che questo ha ad oggetto la dazione di somme di denaro, obbligazione sempre divisibile. In questo senso, Tardivo, C.M.: "Inderogabilità delle norme attinenti alla percentuale di concessione del finanziamento", *Banca borsa tit. cred.*, 1997, II, pp. 243 ss., e più di recente, Benedetti, A.M. e Pesce, E.: "Mutuo fondiario, superamento del tetto di finanziabilità e nullità strutturale", *Giur. it.*, 2020, pp. 1528 ss., spec. pp. 1532, ove si afferma che "trattandosi del mancato rispetto di un «limite» massimo, avente riguardo a una prestazione coessenzialmente divisibile qual è l'erogazione di una somma di denaro, è *in re ipsa* che la nullità possa presentarsi come nullità parziale, giacché ad essere colpita da nullità è la parte del contratto che eccede il limite quantitativo previsto *per relationem* dall'art. 38, 2° comma, t.u.b."

concessione di credito fondiario -, purché però la relativa istanza di conversione sia portata dalla banca tempestivamente e, cioè, nella prima difesa utile[19].

Nell'ambito di questo scenario che vede la giurisprudenza di legittimità contrapporsi in modo netto si colloca un terzo orientamento - seguito principalmente dalla giurisprudenza di merito[20] (ma non mancano decisioni della Corte di legittimità[21]) - il quale ritiene che, al di là del nomen iuris utilizzato dalle parti, il mutuo che, pur qualificato come fondiario, non rispetti le prescrizioni sui limiti di finanziabilità deve essere considerato come un ordinario mutuo ipotecario, con diretta disapplicazione dei privilegi fondiari e salvezza della garanzia ipotecaria. Più precisamente, secondo questa impostazione la regola di cui all'art. 38 T.U.B. configurerebbe una "specifica regola di vigilanza prudenziale" posta a presidio della stabilità della banca contro i rischi di insolvenza dei debitori la quale, in caso di superamento del limite, non pone una questione di invalidità dell'atto, ma solleva piuttosto un diverso problema di qualificazione della fattispecie e, quindi, di sua riconduzione in un tipo alternativo - appunto, il mutuo ipotecario - che costituisce pur sempre un titolo esecutivo.

III. OSSERVAZIONI SULLE POSIZIONI GIURISPRUDENZIALI.

Preliminarmente, è opportuno precisare che la problematica in esame si pone solo nella fase patologica. Durante la fisiologia del rapporto, infatti, nessuno dei contraenti ha interesse a evidenziare la possibile eccedenza[22]: certamente non il debitore, che è appagato dall'essere finanziato in misura superiore e che, nel breve termine, poco si interessa ai costi e alle restituzioni future; non la banca che concede il finanziamento, la quale 'fiduciosamente' specula sulla rivalutazione dei beni e che, sempre nel breve termine, è soddisfatta di poter contare su un maggiore introito a titolo di interessi; non i terzi creditori del debitore che possono vedersi remunerati proprio con il denaro preso in prestito dalla banca.

Ciò detto, si tratta di una problematica rilevante soprattutto nell'attuale contesto storico. Difatti, concedere un prestito o assumere un debito in violazione

19 In tal senso, Cass., 31 luglio 2017, n. 19016, *Corr. giur.*, 2018, pp. 282 ss., con nota di Piazza, M.: "Ancora sul superamento del limite di finanziabilità nel credito fondiario". Più di recente, Trib. Arezzo, 22 dicembre 2021, n. 1064, *studiolegalenardone.it*.

20 V., tra le altre, Trib. Udine, 29 maggio 2014, *ilcaso.it*; Trib. Firenze, 22 giugno 2016, *DeJure on line*; Trib. Vicenza, 19 dicembre 2017, *ivi*; Trib. Perugia, 19 ottobre 2018, n. 1389, *leggipertutti.it*; Trib. Mantova, 27 dicembre 2018, *expartecreditoris.it*; Trib. Sassari, 31 ottobre 2019, *Banca borsa tit. cred.*, 2020, II, pp. 952 ss.; Trib. Napoli, 10 ottobre 2020, *ilcaso.it*; Trib. Torre Annunziata, 10 febbraio 2021, *ivi*; Trib. Belluno, 7 aprile 2021, *ined.*; Trib. Verona, 15 aprile 2021, *ilcaso.it*; App. Firenze, 30 giugno 2021, *ghedini-associati.it*; Trib. Milano, 4 novembre 2021, *ilcaso.it*; Trib. Livorno, 16 dicembre 2021, *DeJure on line*.

21 Si veda Cass., 28 giugno 2019, n. 17439, *Leggi d'Italia on line*, che ha evidenziato come la soluzione della riqualificazione automatica del contratto sia più in linea con il fondamento giuridico della norma (cfr. punto 2.2 della motivazione).

22 Fausti, P.L.: "Nullità e tramonto del credito fondiario?", cit., pp. 428 s.

del limite di finanziabilità e della disciplina del credito fondiario, sopravvalutando un bene immobile, arreca un danno non solo alle parti contrattuali, ma anche all'intera economia[23], senza contare il fatto che l'effettuazione di una tale operazione bancaria può incorrere nel rischio di immettere nel sistema creditizio un prestito che presenta un'alta probabilità di inadempienza futura[24].

Tra l'altro tale questione è stata affrontata anche dal legislatore europeo con le direttive 98/32/CE, 2000/12/CE e 2006/48/CE[25], nonché con il regolamento n. 575/2013 che disciplina il fattore di ponderazione per la determinazione di tale limite per tutti i crediti ipotecari e definisce i requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento ed è, altresì, conosciuta nell'ordinamento giuridico spagnolo ove importanti indicazioni sono contenute nella ley n. 1/2013 del 14 maggio[26] relativa ai mezzi per rafforzare la protezione dei debitori ipotecari, ristrutturare il debitore e la rendita sociale.

Come visto, in assenza di una specifica previsione normativa che individui il 'rimedio' al superamento del limite sancito dall'art. 38, comma 2, T.U.B., la giurisprudenza italiana ha prospettato diverse soluzioni che sembrano fondarsi sulla nota dicotomia tra regole di comportamento e regole di validità[27]. Si tratta di una distinzione di matrice dottrinale che ha trovato un compiuto sviluppo giurisprudenziale nelle celebri "sentenze Rordorf" delle Sezioni unite della Cassazione rese in materia di servizi di intermediazione finanziaria[28] e riguardanti

23 È nota l'importanza di una erogazione di credito prudente e sicura ai fini della stabilità del sistema economico, come hanno dimostrato i danni derivanti dalla crisi dei mutui *subprime* a causa della sopravvalutazione del valore degli immobili e la concessione di crediti da parte degli istituti bancari a soggetti che non fornivano sufficienti garanzie. Su tale vicenda, si vedano Lupoi, A.: "Circolazione e contrabbando del rischio nei subprime loan", *dirittobancario.it*; Paura, L.: "I mutui subprime e la tempesta perfetta. Il cattivo debitore e l'accesso all'abitazione", *Riv. dir. impr.*, 2009, pp. 119 ss. Con precipuo riferimento al mutuo fondiario eccedente e alla questione della sopravvalutazione dell'immobile v. Garofalo, G.: "Finanziamento fondiario: superamento del limite di finanziabilità e «giusto rimedio»", cit., pp. 45 s.

24 A tal proposito, si veda Sangiovanni, V.: "Mutui fondiari per l'acquisto di immobili, perizie di valutazione (errate) e conseguenze del sovrafinanziamento", *Imm. propr.*, 2018, pp. 573 ss. Sul punto anche Garofalo, G.: "Finanziamento fondiario: superamento del limite di finanziabilità e «giusto rimedio»", cit., p. 59.

25 Al riguardo, la direttiva 2000/12/CE, relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi e al suo esercizio, definisce il valore del credito ipotecario come quello «determinato da un perito in base ad un prudente apprezzamento della futura negoziabilità dell'immobile stesso tenendo conto degli aspetti durevoli a lungo termine dell'immobile, delle condizioni normali e locali del mercato, dell'uso corrente dell'immobile e dei suoi appropriati usi alternativi»; definizione, questa, successivamente ripresa dalla direttiva 2006/48/CE.

26 Vedi Rodríguez Achútegui, E.: "La Ley 1/2013, de de protecci n a deudores hipotecarios y las cuestiones de constitucionalidad y prejudicialidad", *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 9/2014.

27 In dottrina v. Biscontini, G.: "Nullità e altri rimedi in conseguenza di condotte abusive", Napoli, 2017, pp. 35 ss.; Musio, A.: "La violazione degli obblighi di informazione tra regole di validità e regole di correttezza", *comparazionedirittocivile.it*.

28 Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725, ampiamente commentate. Senza pretesa di completezza v., Cottino, G.: "La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle Sezioni unite: chiose, considerazioni e un elogio dei giudici", *Giur. it.*, 2008, I, pp. 353 ss.; Febbrajo, T.: "Violazione delle regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle sezioni unite", *Giust. civ.*, 2008, pp. 2775 ss.; Gentili, A.: "Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite", *Contratti*, 2008, pp. 393 ss.; Gobbo, G.: "Le sanzioni applicabili alla violazione delle regole di condotta in tema di investimenti mobiliari: la prima pronuncia nomofilattica su nullità e responsabilità contrattuale", *Giur. comm.*, 2008, pp. 344 ss.; Greco, F.: "Intermediazione finanziaria: violazione di regole comportamentali e tutela secondo le Sezioni Unite", *Resp. civ. prev.*, 2008, pp. 547 ss.; Mariconda, V.:

in particolare il mancato rispetto degli obblighi informativi, secondo le quali - in relazione alla nullità negoziale per contrarietà a norme imperative -, ove non diversamente stabilito dalla legge, solo la violazione di norme inderogabili concernenti il contenuto del contratto è suscettibile di determinarne la nullità, potendo invece la violazione di norme - pure imperative - riguardanti il comportamento dei contraenti essere solo fonte di responsabilità.

Al riguardo, però, si è poco convinti della effettiva sussistenza di siffatta dicotomia. La più attenta dottrina[29] - già da tempo - mostra come tale differenziazione non porti alcuna chiarificazione e soprattutto non trovi riscontro nei dati normativi, palesando che le classificazioni concettuali non sempre consentono di risolvere i casi concreti. La violazione di una norma imperativa, infatti, determina la nullità solamente nelle ipotesi in cui l'ordinamento non appresta un diverso e meno invasivo rimedio, come ci ricorda la stessa Corte di Cassazione che, in una recente pronuncia, afferma che l'"esito [della nullità] va escluso sia quando risulti indicata una differente forma di invalidità (ad esempio, l'annullabilità) sia ove la legge assicuri l'effettività della norma imperativa con la previsione di rimedi diversi"[30]. Inoltre, non si può non considerare che è la stessa decisione che ha operato il revirement del 2017 a mettere in luce la criticità di siffatta distinzione affermando che "tutte le regole giuridiche sono regole di condotta"[31].

Ad ogni modo, le soluzioni giurisprudenziali prospettate non paiono pienamente soddisfacenti anche per altri motivi.

Innanzitutto, come evidenziato da alcuni autori[32], le sanzioni amministrative, essendo prive - in concreto - di un tasso di deterrenza tale da impedire

"L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità", *Corr. giur.*, 2008, pp. 223 ss.; Nappi, G.: "Le sezioni unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi", *Giust. civ.*, 2008, pp. 1175 ss.; Roppo, V.: "La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf", *Danno resp.*, 2008, pp. 525 ss.; Salanitro, U.: "Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle sezioni unite", *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, pp. 432 ss.; Sangiovanni, V.: "Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità", *Contratti*, 2008, pp. 221 ss.; Sartori, F.: "La (ri)vincita dei rimedi risarcitori: note critiche a Cassazione (s.u.) 19 dicembre 2007, n. 26725", *Dir. fall.*, 2008, pp. 1 ss.; Scoditti, E.: "La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite", *Foro it.*, 2008, I, cc. 784 ss.; Vettori, G.: "Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio", *Obbl. contr.*, 2008, pp. 104 ss.

29 Sul tema, per tutti, Perlingieri, G.: "L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità nel diritto italo-europeo", Napoli, 2013. Si veda, anche, Maisto, F.: "Gli argomenti per una relativizzazione del principio di non interferenza tra regole di validità e regole di condotta nella selezione del rimedio alle scorrettezze dell'attività precontrattuale", *Corti salernitane*, 2016, pp. 442 ss.

30 Cass., 15 gennaio 2020, n. 525, *DeJure on line*, ove era stata chiesta la dichiarazione di nullità del contratto di vendita di un immobile per violazione della l. n. 231 del 2007 sull'antiriciclaggio, stante il dedotto pattuito pagamento del prezzo in contanti. E, nel caso di specie, la Corte, confermando la sentenza impugnata, ha ritenuto non applicabile l'art. 1418 c.c. poiché l'infrazione contestata era sanzionata in via amministrativa.

31 Cass., 13 luglio 2017, n. 17352, cit.

32 In questo senso, Balestra, L.: "Il superamento dei limiti di finanziabilità nel mutuo fondiario tra regole di validità e regole di comportamento: a proposito di un (clamoroso) equivoco da parte della Cassazione", cit., pp. 416, il quale osserva che non "può reputarsi sufficiente l'irrogazione di sanzioni amministrative, le quali non assicurano la tutela degli interessi pubblici coinvolti"; Pagliantini, S.: "La logica (illogica) dell'art.

o - comunque - limitare future erogazioni di mutui fondiari eccedenti, ben difficilmente possono rappresentare un utile rimedio alla violazione perpetrata. Inoltre, sembra destare perplessità anche la conservazione della natura fondiaria del mutuo concesso oltre l'80%, dato che in tal modo si realizzerebbe nell'ambito della procedura fallimentare del mutuatario insolvente una grave violazione della par condicio creditorum, quanto meno oltre la soglia di fondiarietà[33].

Gravi paiono essere anche le conseguenze derivanti dalla nullità integrale dell'operazione creditizia. La banca, infatti, da creditore ipotecario fondiario si ritroverebbe ad essere un creditore chirografario che potrebbe domandare - anche in sede di insinuazione allo stato passivo - la restituzione del tantundem soltanto a titolo di indebito oggettivo ai sensi dell'art. 2033 c.c., mettendo gravemente a rischio la stessa stabilità del sistema creditizio nazionale, vedendosi le banche erogatrici di credito fondiario sensibilmente diminuite - se non addirittura azzerate - le loro aspettative[34].

Non sembra convincere neppure la conversione del contratto nullo ai sensi dell'art. 1424 c.c. e ciò, in particolare, per due ordini di motivi. Da un lato, perché tale disposizione richiede di verificare, oltre al reale scopo perseguito dalle parti, anche che le stesse non fossero consapevoli della causa di nullità, sì che pare davvero difficile ipotizzare che "avrebbero voluto gli effetti di un contratto diverso se avessero conosciuto la nullità"[35]. E, al riguardo, non è un caso che alcune banche - probabilmente consapevoli della difficoltà di invocare una eventuale conversione - inseriscono nelle condizioni generali dei mutui fondiari una clausola, che dà contezza della volontà delle parti di volere comunque stipulare un mutuo ipotecario, qualora il fondiario dovesse risultare nullo per superamento del

38 TUB ed il canone (mobile) della Cassazione", cit., pp. 437 ss., che ritiene le sanzioni amministrative "un rimedio blando se non inesistente"; Farina, M.: "Superamento del limite di finanziabilità (e nullità del) credito fondiario", *Banca borsa tit. cred*., 2015, I, pp. 560 ss. Propendono, invece, per la tesi dell'irrogazione di sanzioni amministrative, Tommasini, D.: "Il superamento del limite di finanziabilità nel credito fondiario", cit. pp. 381 ss., il quale ritiene che tali sanzioni sono in grado di assicurare l'effettività dell'art. 38 T.U.B.; Piazza, M.: "Sul superamento dei limiti di finanziabilità nel mutuo fondiario", cit., pp. 926 ss.

33 Sannino, M.: "Le conseguenze del superamento del limite di finanziabilità nelle operazioni di credito fondiario", cit., pp. 6. Ipotizzano che la nullità del mutuo possa discendere dalla violazione dell'art. 2741 c.c. Pagliantini, S.: "La logica (illogica) dell'art. 38 TUB ed il canone (mobile) della Cassazione", cit., pp. 445 e Tronci, G.: "Mutuo fondiario: superamento dei limiti di finanziabilità e violazione dell'art. 1741 cod. civ.", *ilcaso.it*.

34 In questi termini, Sannino, M.: "Le conseguenze del superamento del limite di finanziabilità nelle operazioni di credito fondiario", cit., pp. 6. Si veda altresì Pernice, C.: "Le conseguenze del superamento del limite di finanziabilità nelle operazioni di credito fondiario", cit., pp. 1444, la quale ritiene che la tesi della nullità totale del contratto senza alcun correttivo, oltre a pregiudicare in primis il soggetto finanziato "costretto a restituire le somme ricevute, con conseguente sacrificio del suo interesse al prestito", danneggia la banca "la quale, da un lato perderebbe il diritto al compenso sulle somme elargite (gli interessi sul capitale), dall'altro vedrebbe il proprio credito trasformarsi a pretesa restitutoria da indebito chirografario, trovandosi esposta al rischio di recuperare solo una minima parte della somma investita con inevitabili ripercussioni sulla stabilità economica dell'istituto erogante".

35 Giaimo, G.: "Conversione del contratto nullo", in, *Cod. civ. Comm*. (fondato da Schlesinger P., diretto da Busnelli F.D.), Milano, 2021, pp. 131, parla espressamente di "nuovo e differente negozio" sia pur funzionalmente compatibile con quello originario.

limite di finanziabilità. Dall'altro lato, perché riconoscere alla banca la facoltà di chiedere la conversione del mutuo fondiario nullo nel mutuo ordinario ipotecario significherebbe, in qualche modo, premiare chi ha dolosamente o colposamente commesso un atto illecito[36].

Anche l'orientamento che ritiene che il mutuo fondiario 'eccedente' debba essere qualificato come un mutuo ipotecario ordinario, che comporta quindi unicamente la riqualificazione dell'intera operazione creditizia - sia del finanziamento sia della connessa garanzia ipotecaria - che da 'fondiaria' degrada ad 'ordinaria' [37], non va esente da critiche. E, difatti, è stato osservato che la "neutra automaticità" che comporta l'integrale disapplicazione dello statuto fondiario potrebbe disincentivare le banche dalla sua erogazione per "il timore di perdere integralmente i privilegi fondiari, anche (e soprattutto) a fronte di uno scostamento minimo dal limite legale"[38].

IV. RIFLESSIONI CONCLUSIVE SUL GIUSTO RIMEDIO.

Le differenti impostazioni assunte dalla giurisprudenza italiana hanno messo - e continuano a mettere - in evidenza le incertezze e la complessità della questione ermeneutica riguardante l'art. 38, comma 3, T.U.B.

L'assenza di una "sanzione" determinata e i continui oscillamenti giurisprudenziali sulle conseguenze al superamento del limite di finanziabilità del mutuo fondiario ci inducono, pertanto, a riflettere e - se possibile - a individuare il "giusto rimedio"[39] alla problematica in esame.

36 Di questo avviso anche Pernice, C.: "Le conseguenze del superamento del limite di finanziabilità nelle operazioni di credito fondiario", cit., pp. 1446, la quale osserva che sebbene tale orientamento "abbia il dono di individuare una soluzione di tipo manutentivo […] rischia di incentivare comportamenti negligenti o peggio ancóra fraudolenti, posto che le parti dell'operazione economica, seguendo tale ragionamento, nulla avrebbero da perdere in caso di superamento del limite di finanziabilità".

37 In dottrina condividono questa impostazione, D'Amico, G.: "Sull'ambito di applicazione della disciplina del credito fondiario", cit., p. 454, che ha ritenuto essere mutato il concetto stesso di imperatività dell'art. 38 t.u.b., poiché questa "non sta più ad indicare la 'obbligatorietà' di un contenuto (negoziale), bensì semplicemente il presupposto (o meglio: uno degli elementi) della fattispecie a cui la legge ricollega una certa disciplina", pertanto un mutuo fondiario erogato in violazione del limite prudenziale, essendo carente di un requisito essenziale (il rispetto del rapporto di finanziabilità), non può essere ricondotto nello schema del credito fondiario; Sangiovanni, V.: "Mutui fondiari per l'acquisto di immobili, perizie di valutazione (errate) e conseguenze del sovrafinanziamento, cit., pp. 579, che la ritiene "quella maggiormente soddisfacente fra le tesi prospettate in giurisprudenza"; Falcone, G.: "I limiti di finanziabilità nelle operazioni di credito fondiario tra interessi tutelati e problemi applicativi", cit., pp. 341 ss.; Tomassi, M.: "Sulla nullità (virtuale) del credito fondiario e sul valore delle Istruzioni della Banca d'Italia", *Banca borsa tit. cred*., 2019, I, pp. 354 ss. Di diverso avviso, Farina, M.: "Superamento del limite di finanziabilità (e nullità del) credito fondiario", cit., pp. 548 s., secondo il quale "per assurdo, anche violazioni minime ed incolpevoli del limite comporterebbero conseguenze di grande portata"; Mirrione, M.: "Il rapporto tra autonomia privata e norme di vigilanza nella disciplina del credito fondiario", *Riv. dir. civ.*, 2015, I, pp. 236.

38 In questi termini, Garofalo, G.: "Finanziamento fondiario: superamento del limite di finanziabilità e «giusto rimedio»", cit., pp. 71.

39 In verità, anche nelle ipotesi in cui il legislatore prevede in modo esplicito una data sanzione, l'interprete dovrà operare un controllo di adeguatezza del rimedio ai valori ordinamentali. V., per tutti, Perlingieri, P.:

A tal fine, piuttosto che focalizzarsi sul fatto se l'art. 38, comma 2, T.U.B. sia o meno norma imperativa - dato che, come ut supra rilevato, non incide direttamente e necessariamente sulla nullità del contratto -, si reputa opportuno tentare di fare chiarezza circa la ratio e gli interessi sottesi alla disposizione de qua tenendo conto, al contempo, della sua collocazione sistematica[40].

Ciò in quanto, come visto, i vari orientamenti giurisprudenziali hanno individuato il fondamento del 'limite di finanziabilità' talvolta nella necessità di tutelare il sistema economico, talora nel bisogno di garantire la stabilità patrimoniale dell'ente creditizio, talvolta nell'esigenza di salvaguardare l'interesse dei creditori dei soggetti finanziati. E in questo contesto si inserisce anche la soluzione offerta della Corte costituzionale la quale, chiamata più volte a sindacare la legittimità costituzionale di tale disciplina, ha sempre affermato la sua piena aderenza ai principi apicali dell'ordinamento, osservando che essa poggia sull'"intento di favorire la «mobilizzazione» della proprietà immobiliare, e in tal modo l'accesso ai finanziamenti potenzialmente idonei (anche) a consentire il superamento di situazioni di crisi dell'imprenditore", costituendo quest'ultima "una scelta di politica economica del legislatore"[41].

A ben vedere, però, queste impostazioni offrono una "visione parziale" della disciplina del credito fondiario, la quale si presenta invece con un'"anima complessa" volta, contemporaneamente, ad agevolare l'accesso al credito, tutelare la stabilità finanziaria della singola banca e salvaguardare l'integrità del sistema economico nel suo complesso[42]. Difatti, non avrebbe senso considerare la tutela dell'interesse pubblico al corretto funzionamento del sistema bancario e dell'economia nazionale senza valorizzare gli interessi costituzionali alla promozione dell'iniziativa economica

"Il «giusto rimedio» nel diritto civile", *Giusto proc. civ.*, 2011, pp. 1 ss., spec. pp. 4; Perlingieri, G.: "Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile", Napoli, 2015, pp. 87.
Sul "giusto rimedio", in generale e senza pretesa di esaustività, v. Barba, A.: "Libertà e giustizia contrattuale", in, *Studi in onore di P. Rescigno*, II, Milano, 1998, pp. 11 ss.; Vettori, G.: "Autonomia privata e contratto giusto", *Riv. dir. priv.*, 2000, pp. 21 ss.; Id., "Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti", *Eur. dir. priv.*, 2006, pp. 53 ss.; Moscarini, L.V.: "Riflessioni sul tema del "contratto giusto"", in, *Studi in onore di Cesare Maria Bianca*, 2, Milano, 2006, pp. 617 ss.; Perlingieri, G.: "Alla ricerca del «giusto rimedio» in tema di certificazione energetica. A margine di un libro di Karl Salomo Zacharie", *Rass. dir. civ.*, 2011, pp. 661 ss.; Perlingieri, P.: "Sui contratti iniqui", *ivi*, 2013, pp. 480 ss.; Angelone, M.: "La conversione d'ufficio del contratto nullo tra (interpretazione di) buona fede e «giusto rimedio»", *ivi*, 2014, pp. 1008 ss. Sul ruolo del "giusto rimedio" nell'attuale sistema contrattuale, v. altresí Laghi, P.: "L'incidenza dei diritti fondamentali sull'autonomia negoziale", Padova, 2012, pp. 344 ss.

40 Al riguardo Perlingieri, P.: "Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti", 3ª ed., Napoli, 2006, pp. 197 ss., insegna che "qualsiasi istituto, materia, ecc. È sempre e soltanto il risultato ermeneutico dell'intero diritto positivo. L'interpretazione o è sistematica (a trecentosessanta gradi) o non è interpretazione".

41 Corte cost., 24 giugno 2004, n. 175, *Giur. cost.*, 2004, pp. 3; *Fallimento*, 2004, pp. 864; *Riv. esec. forz.*, 2005, pp. 139 ss., con nota di Fauceglia, G.: "La Corte Costituzionale e il nuovo credito fondiario: storia di un'assoluzione annunciata". Con riferimento al credito agrario v. Corte cost., 19 dicembre 1963, n. 166, *giurcost.org*; Corte cost., 6 giugno 1968, n. 6, *ivi*; Corte cost., 3 agosto 1976, n. 211, *ivi*; Corte cost., 14 novembre 1984, n. 249, *ivi*.

42 V. Pernice, C.: "Le conseguenze del superamento del limite di finanziabilità nelle operazioni di credito fondiario", cit., pp. 1443.

privata "socialmente utile" (art. 41 cost.), all'esercizio del credito "responsabile" e alla tutela del pubblico risparmio (art. 47 cost.)[43]. Sì che la disciplina fondiaria si presenta "promozionale"[44], tesa cioè a perseguire obbiettivi-valori costituzionali che ruotano, seppur non evidente prima facie, attorno alla persona. In questo caso, così come in altri, la tutela della persona viene perseguito infatti attraverso la regolazione dell'economia nel suo complesso nella quale si articolano le varie relazioni intersoggettive.

L'interprete, quindi, dovrà calarsi nelle peculiarità del singolo caso concreto[45], tener conto sia delle cause[46] che concretamente hanno determinato la violazione del limite della soglia legale sia dell'effettivo discostamento da essa[47] e, avvalendosi dei canoni di proporzionalità e ragionevolezza, dovrà applicare la sanzione che realizzi la ratio della norma violata e persegua l'interesse protetto, con la minor compressione possibile degli interessi concorrenti, sì che possa essere considerato il rimedio più adeguato (rectius "giusto") al caso di specie.

43 Sulla necessità di realizzare una economia democratica, sostenibile ed etica, v. Perlingieri, P.: "La cultura dei valori costituzionali", in AA.VA.: *Primo corso multidisciplinare universitario di "Educazione allo sviluppo": la cultura del confronto. Anno accademico 1996/1997*, Benevento, 1998, pp. 27 ss.; Id., "I diritti umani come base dello sviluppo sostenibile. Aspetti giuridici e sociologici", *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2002, 2, pp. 11 ss.; Id., "Economia e diritto", in Id.: *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003, pp. 269 ss.; Id., "Diritto dei contratti e dei mercati", *Rass. dir. civ.*, 2011, pp. 877 ss.; Id., "L'interpretazione giuridica e i suoi canoni. Una lezione agli studenti della Statale di Milano", *ivi*, 2014, pp. 405 ss.

44 Utilizza questa espressione Pernice, C.: "Le conseguenze del superamento del limite di finanziabilità nelle operazioni di credito fondiario", cit., pp. 1445, la quale precisa che siffatta disciplina "non pone un dato contenuto di proporzionalità bensì lo incentiva".

45 Sulla valorizzazione del singolo caso quale presupposto indefettibile della corretta soluzione di ogni vicenda che implichi un'attività d'interpretazione e applicazione della legge, per tutti, Perlingieri, P.; "Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti", cit., pp. 618 s., pp. 693 s.

46 Lo ritiene un aspetto di non secondaria importanza Garofalo, G.: "Finanziamento fondiario: superamento del limite di finanziabilità e «giusto rimedio»", cit., pp. 71, il quale evidenzia proprio come l'orientamento del 2017 a tal proposito pecca di irragionevolezza nella misura in cui propone la sanzione della nullità anche a fronte di uno scostamento minimo dalla soglia legale.

47 Così Garofalo, G.: "Finanziamento fondiario: superamento del limite di finanziabilità e «giusto rimedio»", cit., pp. 57.

BIBLIOGRAFIA

Addis, F.: "Sulla pretesa identificazione di quote di suddivisione del finanziamento e quote di frazionamento dell'ipoteca", giustiziacivile.com, 2015.

Angelone, M.: "La conversione d'ufficio del contratto nullo tra (interpretazione di) buona fede e «giusto rimedio»", *Rass. dir. civ.*, 2014, pp. 1008 ss.

Balestra, L.: "Il superamento dei limiti di finanziabilità nel mutuo fondiario tra regole di validità e regole di comportamento: a proposito di un (clamoroso) equivoco da parte della Cassazione", Fallimento, 2014, pp. 407 ss.

Balestra, L.: "Mutuo fondiario e limiti di finanziabilità", Fallimento, 2014, pp. 410 ss.

Barba, A.: "Libertà e giustizia contrattuale", in, *Studi in onore di P. Rescigno*, II, Milano, 1998, pp. 11 ss.

Benedetti, A.M. e Pesce, E.: "Mutuo fondiario, superamento del tetto di finanziabilità e nullità strutturale", Giur. it., 2020, pp. 1528 ss.

Biscontini, G.: "Nullità e altri rimedi in conseguenza di condotte abusive", Napoli, 2017.

Capotorto, M.: "Utilizzo strumentale del contratto di mutuo per estinguere debiti preesistenti", Nuova giur. civ. comm., 2013, p. 1073 ss.

Cottino, G.: "La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle Sezioni unite: chiose, considerazioni e un elogio dei giudici", *Giur. it.*, 2008, I, pp. 353 ss.

D'Amico, G.: "Sull'ambito di applicazione della disciplina del credito fondiario", Contratti, 2014, pp. 439 ss.

De Capoa, M.F.: "Limiti di finanziabilità di un mutuo fondiario e conseguenze del loro superamento. Nota a Trib. Firenze, 30 ottobre 2014", Giur. comm., 2016, II, pp. 198 ss.

Dolmetta, A.A.: "Identità del credito fondiario e «premio di irragionevolezza»", Banca borsa tit. cred., 2014, II, pp. 123 ss.

Falcone, G.: "Ancora sul superamento dei "limiti di finanziabilità" nelle operazioni di credito fondiario", Giur. comm., 2014, II, pp. 162 ss.

Falcone, G.: "I limiti di finanziabilità nelle operazioni di credito fondiario tra interessi tutelati e problemi applicativi", Banca borsa tit. cred., 2019, pp. 341 ss.

Falcone, G.: "sub Art. 38", in, Commento al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (a cura di M. Porzio, F. Belli, G. Losappio, M. Rispoli Farina e V. Santoro), Bologna, 2003, pp. 581 ss.

Farina, M.: "Attività creditizia e violazione dell'art. 38, comma 2, t.u.b.", Contratti, 2018, pp. 169 ss.

Farina, M.: "Superamento del limite di finanziabilità (e nullità del) credito fondiario", *Banca borsa tit. cred.*, 2015, I, pp. 560 ss.

Fauceglia, G.: "La Corte Costituzionale e il nuovo credito fondiario: storia di un'assoluzione annunciata", *Riv. esec. forz.*, 2005, pp. 139 ss.

Fausti, P.L.: "Nullità e tramonto del credito fondiario?", Banca borsa tit. cred., 2020, pp. 404 ss.

Febbrajo, T.: "Violazione delle regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle sezioni unite", *Giust. civ.*, 2008, pp. 2775 ss.

Fiorucci, F.: "I finanziamenti di credito fondiario", Milano, 2004.

Garofalo, G.: "Finanziamento fondiario: superamento del limite di finanziabilità e «giusto rimedio»", Rass. dir. civ., 2020, pp. 43 ss.

Gentili, A.: "Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite", *Contratti*, 2008, pp. 393 ss.

Giaimo, G.: "Conversione del contratto nullo", in, *Cod. civ. Comm.* (fondato da Schlesinger P., diretto da Busnelli F.D.), Milano, 2021, pp. 131.

Gobbo, G.: "Le sanzioni applicabili alla violazione delle regole di condotta in tema di investimenti mobiliari: la prima pronuncia nomofilattica su nullità e responsabilità contrattuale", *Giur. comm.*, 2008, pp. 344 ss.

Greco, F.: "Intermediazione finanziaria: violazione di regole comportamentali e tutela secondo le Sezioni Unite", *Resp. civ. prev.*, 2008, pp. 547 ss.

Laghi, P.: "L'incidenza dei diritti fondamentali sull'autonomia negoziale", Padova, 2012.

Leggieri, R.: "Le conseguenze del superamento dei limiti di finanziabilità nei contratti di credito fondiario", Riv. dir. banc., 2012, pp. 8 ss.

Lupoi, A.: "Circolazione e contrabbando del rischio nei subprime loan", dirittobancario.it.

Maisto, F.: "Gli argomenti per una relativizzazione del principio di non interferenza tra regole di validità e regole di condotta nella selezione del rimedio alle scorrettezze dell'attività precontrattuale", *Corti salernitane*, 2016, p. 442 ss.

Malvagna, U.: "Credito fondiario, nullità "a vantaggio del cliente" e legittimazione di altri", Banca borsa tit. cred., 2014, II, pp. 139 ss.

Mariconda, V.: "L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità", *Corr. giur.*, 2008, pp. 223 ss.

Martino, M.: "Sulla sorte del mutuo fondiario che viola i limiti di finanziabilità: un recente, criticabile, arresto della Cassazione", Corr. giur., 2014, pp. 923 ss.

Migliorati, G.: "Mutuo fondiario: la rilevanza costituzionale del limite di finanziabilità", Notariato, 2018, pp. 193 ss.

Minneci, U.: "Mutui fondiari e interesse del cliente: "est modus in rebus"", Banca borsa tit. cred., 2014, II, pp. 134 ss.

Moscarini, L.V.: "Riflessioni sul tema del "contratto giusto"", in, *Studi in onore di Cesare Maria Bianca*, 2, Milano, 2006, pp. 617 ss.

Musio, A.: "La violazione degli obblighi di informazione tra regole di validità e regole di correttezza", *comparazionedirittocivile.it.*

Nappi, G.: "Le sezioni unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi", *Giust. civ.*, 2008, pp. 1175 ss.

Onnis Cugia, F. "Discordanze giurisprudenziali sulle conseguenze del superamento del limite di finanziabilità nel credito fondiario dopo il recente arresto della Corte di Cassazione", Banca borsa tit. cred., 2015, II, p. 469 ss.

Onnis Cugia, F.: "La regola dell'art. 117, 8° co., t.u.b. e credito fondiario", Banca borsa tit. cred., 2014, II, pp. 145 ss.

Pagliantini, S.: "La logica (illogica) dell'art. 38 TUB ed il canone (mobile) della Cassazione", Contratti, 2014, pp. 439 ss.

PANTALEONE BALICE, M. e SIDERI, S.: "Riflessioni sull'uso anomalo del mutuo fondiario", Studio del CNN n. 821-2014/C, notariato.it.

PARTISANI, R.: "La nullità (virtuale) del mutuo fondiario eccedente il limite di finanziabilità", Giur. comm., 2018, pp. 943 ss.

PAURA, L.: "I mutui subprime e la tempesta perfetta. Il cattivo debitore e l'accesso all'abitazione", Riv. dir. impr., 2009, pp. 119 ss.

PERLINGIERI, G.: "Alla ricerca del «giusto rimedio» in tema di certificazione energetica. A margine di un libro di Karl Salomo Zacharie", *Rass. dir. civ.*, 2011, pp. 661 ss.

PERLINGIERI, G.: "L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità nel diritto italo-europeo", Napoli, 2013.

PERLINGIERI, G.: "Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile", Napoli, 2015.

PERLINGIERI, P.: "Diritto dei contratti e dei mercati", *Rass. dir. civ.*, 2011, pp. 877 ss.

PERLINGIERI, P.: "Economia e diritto", in ID.: *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003, pp. 269 ss.

PERLINGIERI, P.: "I diritti umani come base dello sviluppo sostenibile. Aspetti giuridici e sociologici", *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2002, 2, pp. 11 ss.

PERLINGIERI, P.: "Il «giusto rimedio» nel diritto civile", *Giusto proc. civ.*, 2011, pp. 1 ss.

PERLINGIERI, P.: "Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti", 3ª ed., Napoli, 2006.

PERLINGIERI, P.: "L'interpretazione giuridica e i suoi canoni. Una lezione agli studenti della Statale di Milano", *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 405 ss.

PERLINGIERI, P.: "Sui contratti iniqui", *Rass. dir. civ.*, 2013, pp. 480 ss.

PERLINGIERI, P.: La cultura dei valori costituzionali, in AA.VA.: *Primo corso multidisciplinare universitario di "Educazione allo sviluppo": la cultura del confronto. Anno accademico 1996/1997*, Benevento, 1998, pp. 27 ss.

PERNICE, C.: "Le conseguenze del superamento del limite di finanziabilità nelle operazioni di credito fondiario", Rass. dir. civ., 2020, pp. 1429 ss.

Piazza, M.: "Sul superamento del limite di finanziabilità nel mutuo fondiario", Corr. giur., 2014, pp. 923 ss.

Piazza, M.: "Ancora sul superamento del limite di finanziabilità nel credito fondiario", Corr. giur., 2018, pp. 282 ss.

Puhali, G.: "La Cassazione ci ripensa: nullo il mutuo fondiario oltre il limite di finanziabilità", Nuova giur. civ. comm., 2018, pp. 21 ss.

Rodríguez Achútegui, E.: "La Ley 1/2013, de de protecci n a deudores hipotecarios y las cuestiones de constitucionalidad y prejudicialidad", *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 9/2014.

Roppo, V.: "La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf", *Danno resp.*, 2008, pp. 525 ss.

Ruggiero, D.G.: "Limiti di finanziabilità del mutuo fondiario: la discussa interpretazione dell'art. 38 TUB", Vita not., 2019, pp. 1155 ss.

Salanitro, U.: "Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle sezioni unite", *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, pp. 432 ss.

Sangiovanni, V.: "Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità", *Contratti*, 2008, pp. 221 ss.

Sangiovanni, V.: "Mutui fondiari per l'acquisto di immobili, perizie di valutazione (errate) e conseguenze del sovrafinanziamento", Imm. propr., 2018, pp. 573 ss.

Sangiovanni, V.: "Superamento dei limiti di finanziabilità nel mutuo fondiario ed effetti sul contratto", Fallimento, 2016, pp. 1241 ss.

Sannino, M.: "Le conseguenze del superamento del limite di finanziabilità nelle operazioni di credito fondiario", Studio n. 111-2018, notariato.it.

Sartori, F.: "La (ri)vincita dei rimedi risarcitori: note critiche a Cassazione (s.u.) 19 dicembre 2007, n. 26725", *Dir. fall.*, 2008, pp. 1 ss.

Scoditti, E.: "La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite", *Foro it.*, 2008, I, cc. 784 ss.

Sepe, M.: "sub Art. 38", in, Commentario al t.u.b. (a cura di F. Caproglione), Padova-Milano, 2018, pp. 414 ss.

SETTANNI, G. e RUGGI, M.: "Contratto di mutuo fondiario, superamento del limite di finanziabilità e nullità del negozio", Banca borsa tit. cred., 2013, II, pp. 387 ss.

STAUNOVO-POLACCO, E.: "Mutuo fondiario ed inosservanza del limite di finanziabilità: oscillazioni giurisprudenziali in attesa di un intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione", ilcaso.it, 18 ottobre 2021.

TARDIVO, C.M.: "Inderogabilità delle norme attinenti alla percentuale di concessione del finanziamento", Banca borsa tit. cred., 1997, II, p. 243 ss.

TARZIA, G.: "Il credito fondiario ed i limiti di finanziabilità nella precedente e nell'attuale normativa", Fallimento, 2013, pp. 211 ss.

TARZIA, G.: "La Cassazione modifica il suo orientamento sulla validità dei finanziamenti fondiari eccedenti il c.d. limite di finanziabilità", Fallimento, 2017, pp. 1274 ss.

TOMASSI, M.: "Sulla nullità (virtuale) del credito fondiario e sul valore delle Istruzioni della Banca d'Italia", *Banca borsa tit. cred.*, 2019, I, pp. 354 ss.

TOMMASSINI, D.: "Il superamento del limite di finanziabilità nel credito fondiario", Nuova giur. civ. comm., 2014, I, pp. 381 ss.

TRINCHIERI, R.: "In tema di risoluzione dell'art. 38, comma 2, t.u. bancario", Dir. fall., 2003, p. 116 ss.

TRONCI, G.: "Mutuo fondiario: superamento dei limiti di finanziabilità e violazione dell'art. 1741 cod. civ.", *ilcaso.it*.

VETTORI, G.: "Autonomia privata e contratto giusto", *Riv. dir. priv.*, 2000, pp. 21 ss.

VETTORI, G.: "Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti", *Eur. dir. priv.*, 2006, pp. 53 ss.;

VETTORI, G.: "Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio", *Obbl. contr.*, 2008, p. 104 ss.

DEVENGO DE HONORARIOS EN EL CONTRATO DE MEDIACIÓN O CORRETAJE: ABUSIVIDAD Y CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LAS HOJAS DE VISITA

ACCRUAL OF FEES IN MEDIATION OR BROKERAGE CONTRACTS: ABUSE AND TRANSPARENCY CONTROL OF THE VISIT SHEETS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1574-1601

Araya Alicia
ESTANCONA
PÉREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: La atipicidad del contrato de corretaje o mediación celebrado entre los agentes inmobiliarios y sus clientes presenta una alta litigiosidad relativa, principalmente, el devengo de honorarios reclamados por los profesionales que actúan en el ejercicio de su actividad económica. De este modo, los tribunales han de dirimir las controversias surgidas a través del análisis de la relación contractual existente entre el cliente y el agente, el sujeto obligado al pago de los honorarios y la concurrencia de una relación de causalidad entre la actividad desempeñada por el agente y la perfección del contrato de compraventa del inmueble.

En este sentido, se presenta el estudio de una nueva perspectiva otorgada por la jurisprudencia menor más reciente analizando el contrato de corretaje o mediación al albur de la legislación tuitiva de los consumidores y usuarios. En particular, nos referimos al posible control de transparencia y abusividad al que someter las condiciones contractuales predispuestas por el profesional en las denominadas "hojas de visitas" firmadas por el futuro comprador del inmueble.

PALABRAS CLAVE: Contrato de mediación o corretaje, agente inmobiliario, mediador, transparencia, abusividad, honorarios.

ABSTRACT: *There is no specific regulation in Spanish legal system for mediation or brokerage contracts. For this reason, the high relative litigation between real estate agents and their clients focuses in the accrual of fees claimed by professionals who act in the exercise of their professional activity. In this way, the courts have to settle disputes arising through the analysis of the existing contractual relationship between the client and the agent, who is obliged to pay the fees and the concurrence of the causal relationship between the activity carried out by the agent and the perfection of the property sale contract.*

The study of a new perspective granted by the most recent minor jurisprudence is presented, analyzing the brokerage or mediation contract by the protective legislation of consumers and users. In particular, we refer to the possible control of transparency and unfairness terms to which the contractual conditions set by the professional in the so-called "visit sheets" signed by the future buyer.

KEY WORDS: *Mediation or brokerage contract, real estate agent, mediator, transparency, unfair term, fees.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. DEVENGO DE HONORARIOS A FAVOR DEL AGENTE Y EL OBLIGADO A SU CUMPLIMIENTO.- 1. Perfección del contrato de compraventa del inmueble y sus excepciones.- 2. Cláusula de honorarios en las hojas de visita, ¿vincula al comprador?.- A) Nueva relación contractual entre comprador y agente.- B) Control de transparencia y abusividad imputable al agente.- C) El papel de la costumbre en el contrato de corretaje.- III. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La atipicidad del contrato de mediación o corretaje es fuente de la alta litigiosidad que en torno al mismo han padecido los tribunales de justicia durante las últimas décadas. En su mayoría, los conflictos dirimidos por los tribunales responden a la demanda de reclamación de cantidad presentada por el profesional o agente inmobiliario frente al cliente[1]. No obstante, en ocasiones, ni siquiera parece clara la determinación de este cliente y, por lo tanto, la determinación del obligado al pago de honorarios en aquellos casos en los que el contrato de compraventa del inmueble haya sido perfeccionado.

El contrato de mediación o corretaje se caracteriza por su falta de formalidad para reconocer su eficacia, rigiéndose por el principio de libertad de formal y aceptándose el acuerdo verbal como eficaz. Por otra parte, por lo general, el agente mediador asume una obligación de resultado sometido a condición suspensiva: la perfección del contrato de compraventa entre propietario del inmueble y comprador a los que ha puesta en contacto. El mediador asume el deber, como agente profesional, de informar a las partes de datos esenciales que faciliten la futura transacción y velando por la buena fe negocial entre las partes. Sin embargo, el agente mediador no se obliga a responder del buen fin de la operación pretendida, salvo pacto especial concertado entre las partes[2]. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (vid. STS núm. 174/2010, de 18 marzo [RJ 2010\3908]) reitera que la función del mediador no consiste en una

1 Frente al *10% de los litigios están relacionados con reclamaciones contra el agente inmobiliario, tanto del vendedor como comprador de una compraventa perfeccionada como consecuencia de un pretendido o acreditado incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de mediación normalmente relacionadas con el deber de información; el 90% de las reclamaciones judiciales se producen a instancia del agente y relacionados con sus honorarios o comisión derivados de su actuación de intermediación.* Rebolledo Varela, A.L.: "Compraventa a través de agente inmobiliario" en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* Núm. 20. 2006.

2 Un contrato aleatorio es eficaz desde el acuerdo entre mediador y oferente aunque queda pendiente la determinación del alcance del contrato –la consumación del contrato de corretaje queda condicionada a la perfección del contrato de compraventa- García-Valdecasas Alex, F.J.: *La mediación inmobiliaria,* Aranzadi, Cizur Menor, 1998. p. 48.

• Araya Alicia Estancona Pérez
Prof.ª Ayudante Dr. Derecho Civil
Universidad de Cantabria
araya.estancona@unican.es

representación en la venta, si ello no ha sido previamente pactado[3]. Se distingue así entre el que podemos denominar contrato de mediación o corretaje "por indicación" - indicar al comitente la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o servirle de intermediario-, sin estar obligado a actividad *extra* alguna, a falta de pacto previo-; del contrato de mediación o corretaje "de negociación" –en el que el mediador asumirá cualquier otra actividad previamente pactada con su cliente-.

Teniendo en cuenta, el contrato de mediación o corretaje, según lo expuesto por Castán, puede ser definido como *aquel por el cual una de las partes (el corredor o mediador) se compromete a indicar a la otra (oferente o mediado, comitente o mandante) la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero (mediatario) o a servirle de intermediario en esta conclusión, a cambio de una retribución (premio, prima o comisión)*[4]. En este sentido, resulta relevante destacar que el contrato de mediación o corretaje es un contrato oneroso en que el resulta causa del contrato, *la prestación o promesa de una cosa o servicio* (art. 1274 Cc).

En todo caso, tratándose de un contrato atípico, quedará regido por las estipulaciones o pactos de los contratantes (arts. 1091 Cc y 1255 Cc) y, en su defecto, por las disposiciones generales sobre contratación contenidas en los Títulos I y II del Libro IV del Código Civil, por los usos o costumbres y, en cuanto sean adecuadas y oportunas en cada caso, por las normas de otros contratos afines. Esto nos diferencia de otros ordenamientos jurídicos próximos al nuestro como el italiano, cuya regulación en los arts. 1754 y 1765 del Código Civil detalla de manera suficientemente pormenorizada el contrato de *mediazione,* además de su desarrollo en la Ley de 3 de febrero de 1989[5].

Las fuentes mencionadas deben ser completadas a través de la jurisprudencia pacífica y consolidada, así como la doctrina científica y derecho comparado, en

3 FD Tercero, STS núm. 411/1998, de 30 abril [RJ 1998\3460]: "En esta clase de contratos -mediación o corretaje-, como se deja dicho, la relación que los conforman viene constituida porque la función del agente radica en la conexión y contacto negocial que procura entre el vendedor y el futuro comprador, […] estando supeditada su eficacia, en cuanto al devengo de honorarios por comisión, a la condición suspensiva de la celebración del contrato pretendido, salvo pacto expreso en contra. Dicho contrato nace a la vida jurídica por la actividad eficiente y acreditada del agente mediador, y, en consecuencia, los derechos de éste al cobro de las remuneraciones convenidas, los adquiere desde el momento en que se perfecciona la compraventa encargada , que lleva consigo la actividad previa de oferta y búsqueda de adquirentes y puesta en contacto con el vendedor, concertando ambos el negocio, que efectivamente llevan a cabo, ya que desde este momento el mediador ha cumplido y agotado su actividad, intermediaria , que es precisamente la de mediar y no la de vender, salvo que concurra pacto expreso en este sentido o cuando se conviene que sólo se podrían cobrar honorarios cuando la venta se hallare totalmente consumada".

4 Castán Tobeñas, J.: *Derecho Civil Español, común y foral. T. IV.* Reus, Madrid, 1957, p. 510.

5 Una de las características principales de la mediación inmobiliaria en el sistema italiano es la necesidad de inscripción en el Registro de mediadores inmobiliarios, a nivel nacional, para tener derecho a ser retribuido por su actividad mediadora. Por otra parte, el propio texto determina que, a falta de pacto entre las partes en relación a la determinación de los honorarios a percibir por el mediador, entrará en juego la función de las juntas comerciales en apoyo de los usos y costumbres (Art. 6.2. *La misura delle provvigioni e la proporzione in cui questa debe gravare su ciascuna delle parti, in mancanza di patto, sono determinate dalle giunte camerali, sentito il parere della commissione provinciale di cui all'articolo 7 e tenendo conto degli usi local.).*

su caso (vid. STS núm. 783/1999 de 2 de octubre de 1999 [RJ 1999\700]). Por otra parte, la permanente permeación del derecho de consumo en las relaciones contractuales celebradas entre un profesional y un consumidor en las que el desequilibrio de las partes es presumido, nos obliga a analizar el negocio jurídico a la luz de su reglamentación. En este sentido, la jurisprudencia más reciente considera de aplicación el TRLGCU en materias como el derecho al desistimiento que ampara al consumidor durante catorce días desde la celebración del contrato en virtud del artículo del art. 102 TRLGCU –STS núm. 167/2021, de 24 de marzo [RJ\2021\1337], así como la interpretación que el TJUE realiza sobre la materia; o en materia de cláusulas abusivas –SAP Madrid, núm. 345/2009, de 7 julio [AC\2009\1815]; SAP Barcelona núm. 532/2008, de 17 diciembre [AC 2009\1115]; o SAP de Girona, núm. 299/2006, de 4 julio [AC\2007\42], entre otras-. Además, el contrato de corretaje no negociado debe ser tratado como un contrato de adhesión que, en su caso, podría también estar sometido a la LCGC si el predisponente articula un clausulado general para todos clientes.

Esta cuestión final es precisamente el objeto principal de análisis del presente estudio cuyo núcleo central deriva de la aplicación de los controles de transparencia y abusividad del clausulado contractual incluidas en "hojas de visitas" o, en su caso, en "notas de encargo".

II. DEVENGO DE HONORARIOS A FAVOR DEL AGENTE Y EL OBLIGADO A SU CUMPLIMIENTO

1. Perfección del contrato de compraventa del inmueble y sus excepciones

La doctrina es pacífica al estimar que el derecho a la percepción de honorarios nace con la perfección del contrato de compraventa, a salvo de la controversia que pudiera suscitar la cuestión de la perfección temporalmente diferida[6]. Se trata, por lo tanto, de un contrato aleatorio cuya perfección se produce por acuerdo de voluntades entre el comitente y agente inmobiliario pero cuya consumación queda condicionada a un suceso aleatorio: la perfección del contrato de compraventa -SSTS de 22 de diciembre de 1992 (RJ/1992/10634), núm. 528/02, de 20 de octubre de 2002, núm. 506/02, de 17 de octubre de 2002, núm. 433/03, de 10 de octubre de 2003 , núm. 515/03, de 10 de diciembre de 2003, núm. 404/04, de 17 de noviembre 2004, entre otras-.

En este sentido, como indicábamos, importa destacar que en principio el mediador no se obliga a conseguir un resultado, es decir, la conclusión por la otra

6 En este sentido, se estimaría necesario determinar el plazo de vigencia del contrato de mediación a efectos de considerar la cumplida y retribuible la mediación, siendo pertinente aceptar la ultraactividad de los efectos contractuales, siempre que pueda demostrarse la relación de causalidad. Macanás G.: *El contrato de mediación –o de corretaje-*, Wolters Fluwer, Madrid, 2015. pp. 305-306.

parte y un tercero del contrato promocionado – STS 1 de diciembre de 1986 [RJ 1986\7190] "ya que ese hecho no depende su voluntad, sino de la voluntad de los interesados [...] sin comprometerse a la obtención de un resultado concreto"–, a no ser que así se pacte expresamente, en cuyo caso habrá es una garantía superpuesta o, en otras palabras, una asunción del riesgo de que el resultado no se obtenga y el interés de la otra parte no resulte satisfecho –al respecto, SSTS 2 de mayo de 1963 [RJ 1963/2458], 1 de marzo de 1988 [RJ 1988/1541], 22 de diciembre de 1992 [RJ 1992/10634], 19 de octubre de 1993 [RJ 1993/7744]-.

Veremos en líneas sucesivas, supuestos excepcionales a esta apriorísticamente clara determinación del hecho o condiciones suspensivas que produce el devengo de los honorarios. Los clasificaremos del siguiente modo:

a.- cabría pacto expreso en contrario al devengo de honorarios exclusivamente al momento de la perfección del contrato de compraventa (SSTS de 30 de abril de 1998 (RJ 1998, 3460), de 2 de octubre de 1999 (RJ/1999/7007) y 21 de octubre de 2000 (RJ/2000/8811), entre otras. Este pacto en contrario que legitimará al agente inmobiliario como perceptor de honorarios vendrá fundamentado en determinadas obligaciones asumidas por éste y cumplidas en ejecución del contrato celebrado –vid. eg. búsqueda activa de financiación para el comprador-. Por otra parte, este pacto en contrario puede fundarse en la perfección del contrato de arras autorizando al agente a celebrarlo en nombre del vendedor. Como indica el TS, el pacto sobre arras autorizado a un intermediario no lleva implícito, salvo pacto en contrario, que el agente pueda vender o perfeccionar el contrato de compraventa (vid. STS de 19 de octubre (RJ 1993/7744).

b.- otro supuesto particular se refiere a aquel en el que existe la intervención de varios agentes inmobiliarios. Se presenta necesario determinar la actuación de cada uno de los agentes para concretar cuál de las intervenciones han sido determinantes para la perfección final del contrato de compraventa. La STS núm. 448/2014, de 30 julio [RJ\2014\4793] desestima el recurso presentado por una de las agencias que alegaban haber intervenido en la compraventa final por falta de prueba de su actuación relevante en el resultado final. El Alto Tribunal plantea que, en estos supuestos en los que existe la intervención de varias agencias, "el derecho a la percepción de la comisión por el primero de los mediadores exigirá acreditar que en todo caso su intervención fue determinante para la compraventa llevada a cabo posteriormente entre las mismas partes que había puesto en contacto y que después volvieron a negociar con la intervención de otro mediador y por un precio notablemente inferior [...] No basta con afirmar que si el vendedor hubiera estado dispuesto a bajar el precio podría haberse concluido el contrato".

En alguna sentencia, se acredita que la primera inmobiliaria a la que acuden los compradores –agencia de la que los vendedores eran clientes en virtud de la "Nota

de encargo" firmada previamente- llevó a cabo una actuación intermediadora básica con la "puesta en contacto útil de oferta y demanda, y en el plazo de un año los interesados terminan por formalizar la operación de compraventa" (vid. SAP de Cádiz, núm. 55/2019, de 5 marzo [AC\2019\533]).

c.- en tercer lugar, la falta de perfección imputable al vendedor o comprador contraparte del contrato de corretaje determina un tratamiento particular de la cuestión por parte de los tribunales. Tratándose de una obligación de resultado, la falta del mismo impide al agente recibir la contraprestación pactada, a excepción de que el acreedor haya incurrido en *mora accipiendi* o la imposibilidad de la obtención del resultado sea imputable al acreedor (o a terceras personas)[7].

En este sentido, la STS núm. 777/2011, de 9 noviembre [RJ\2012\1371][8] aclara que la firma de la hoja de reserva por parte de compradores interesados en la promoción ofertada y publicitada no implica la perfección del contrato de compraventa. La falta de construcción de la promoción por causa imputable a la empresa constructora no implica el devengo de honorarios a favor de la agencia inmobiliaria que había obtenido la firma de interesados en la reserva de los inmuebles. En todo caso, podría procederse a solicitar indemnización por daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual imputable a una de las partes del contrato, por ser un contrato sometido a una condición suspensiva cuyo cumplimiento no puede depender de la voluntad de uno de los contratantes, teniendo presente que la firma de las hojas de reserva no puede ser estimada como perfección del contrato[9]. No ocurre lo mismo con el contrato de arras, si éstas son confirmatorias, suponiendo éstas el inicio de la perfección del contrato Como indicara la SAP Girona núm. 214/2016, de 14 junio [AC\2016\2083], la firma del contrato de arras por parte del comprador, aunque finalmente el vendedor pretenda rescindir el contrato, fundamentan que las actuaciones del agente sean aceptadas como eficaces para lograrse el resultado pretendido con el encargo y el derecho a la perfección de sus honorarios. Por lo que respecta a las arras penitenciales contempladas en el art. 1454 Cc, la STS núm. 408/2004, de 20

7 Vid. Diez-Picazo, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Vol. II*. Civitas, Madrid, 2008, p. 247. En concreto, respecto al contrato de mediación, el derecho a la contraprestación del deudor se mantendrá vigente en aquellos casos en los que el resultado no se haya producido debido a la frustración provocada por el propio oferente, incluso debiendo responder por daños y perjuicios que haya causado al mediador. Sanpons Salgado, M.: *El contrato de corretaje*. Montecorvo, Madrid, 1965, p. 198.

8 FD Tercero: "no cabe deducir del contrato litigioso que las hojas de reserva comportaran ya la perfección de otros tantos contratos de compraventa sino, muy al contrario, que los contratos de compraventa eran los que en el futuro celebrarían los titulares de la reserva con la promotora-constructora demandada, momento en el cual los compradores pagarían un porcentaje del precio para, finalmente, producirse la total consumación de la compraventa, mediante entrega del correspondiente apartamento y pago del resto del precio por el comprador, con el otorgamiento de escritura pública entre comprador y promotora-constructora demandada".

9 Paniza Fullaan, A.: "Contrato de agencia y/o contrato de mediación: perfección y derecho al cobro de la comisión pactada (A propósito de la STS 9 de noviembre de 2011)", en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* Núm. 5. 2012.

mayo [RJ 2004/3529] estimó que ante el incumplimiento de la celebración del contrato imputable única y exclusivamente a las propietarias de la vivienda, la conducta del agente inmobiliario debe ser estimada eficaz, actuando dentro de las exigencias de su actividad profesional ya que "poniendo en relación a vendedores y compradoras quienes llegaron a perfeccionar el contrato de compraventa de la vivienda [a través de la celebración del contrato de arras], si las vendedoras desistieron del otorgamiento de la escritura de compraventa, la causa no puede imputarse al agente"[10].

Estas sentencias se presentan como la antesala de la doctrina jurisprudencial posterior sentada, en primer lugar, en la STS 3846/2013, de 8 de marzo [Rec. 1677/2010] en la que el derecho a la percepción de honorarios por parte del mediador deriva, no de la perfección del contrato final (en este caso, contrato de opción de compra"), sino de la obtención de la perfección o eficacia del marco negocial. En este sentido, habiendo conseguido el cumplimiento de este "marco negocial", -aunque la consumación del mismo no se da por causas ajenas a la gestión encomendada, por supuestos de desistimiento o incumplimiento contractual del oferente o por haberse celebrado bajo condición resolutoria o suspensiva-, debe aceptarse el "éxito de la mediación" y reconocerse su derecho a la percepción de honorarios. A esta sentencia, continúa la STS 2465/2014, de 21 de mayo [Rec. 972/2012] dictada igualmente por el Magistrado Orduña Moreno, en la que el Alto Tribunal fija como doctrina jurisprudencial que: "el mediador encargado de la venta de una vivienda tiene derecho a la retribución íntegra de la comisión pactada cuando su gestión resulta decisiva o determinante para "el buen fin" o "éxito" del encargo realizado, con independencia de que la venta se lleve a cabo sin su conocimiento y del precio final que resulte de la misma".

2. Cláusula de honorarios en las hojas de visita, ¿vincula al comprador?

Recientemente, el papel y trascendencia de la práctica habitual de firma de las *hojas de visita* por parte de los futuros compradores ha sido puesta en el punto de mira para prácticos y estudiosos del Derecho. Las hojas de visita es el documento

10 FD Sexto: "En la hoja de encargo que documenta el contrato de mediación celebrado entre las hermanas Marí Jose, Paloma, Rosa y Europa, SA Organización Inmobiliaria, en la condición tercera, se establece que «El agente-mediador podrá tomar cantidades de dinero, por cuenta, en nombre y en representación del mandante a los efectos de garantizar la seriedad del presunto adquiriente, en concepto de arras de desistimiento y a cuenta del precio total, que vinculará a ambas partes: a la vendedora y a la compradora de acuerdo con el artículo 1454 del Código Civil español. El agente mandatario detraerá siempre su comisión de la cantidad recibida»; en el denominado «documento de reserva y arras», suscrito por el agente mediador y los futuros compradores, se dispone que «en caso de que el comprador o el propietario no otorgaran el correspondiente contrato privado de compraventa en el plazo fijado anteriormente, dará lugar a la resolución del presente contrato, perdiendo las arras el comprador o devolviéndolas por duplicado el propietario». De lo transcrito se evidencia la clara intención de las partes de atribuir a esa cantidad la calificación de arras penitenciales a las que se refiere el art. 1454 del Código Civil. […] No cabe hablar de un mutuo disenso entre compradores y vendedores, sino que el incumplimiento respecto a la celebración del contrato de compraventa es imputable, única y exclusivamente, a las propietarias de la vivienda".

del que se sirven los agentes inmobiliarios para garantizar la identidad del visitante y posible interesado en la compra del inmueble, para poder demostrar que su actividad intermediaria fue llevada a cabo y que la celebración de la compraventa posterior se debió a esta actividad, en su caso.

En primer lugar, es necesario determinar la naturaleza jurídica de estas hojas de visita. Es decir, si la firma de este documento adquiere naturaleza contractual entre el visitante y el agente inmobiliario y, de ser así, cuáles serán sus elementos y características. Incluso si, como apunta alguna sentencia que analizaremos en las próximas páginas, se trata de un contrato de adhesión sometido a la LCGC y al TRLGDCU. Algunas sentencias rechazan, en primer término, que sea un nuevo contrato celebrado entre el comprador y el agente inmobiliario. No obstante, de serlo, el tribunal declara que la cláusula de honorarios debería superar los controles de transparencia y abusividad.

A) Nueva relación contractual entre comprador y agente

La jurisprudencia varía en virtud del criterio propio de cada Audiencia Provincial, optando por una cierta *objetivación* de la relación de causalidad entre la actuación llevada a cabo por el mediador y la perfección del contrato de compraventa posterior. En concreto, la objetivación de este encargo que fundamentaría el devengo de honorarios a cuenta del comitente tiene su anclaje en la firma de la denominada "Hoja de Visitas" por parte del futuro comprador. Se trata, como señala Macanás de un tipo de objetivación indirecta del cumplimiento de la obligación del mediador que se infiere a través del resultado producido[11].

Para que la hoja de visitas sea estimada una nueva relación contractual, incluso acordada tácitamente, la actuación del mediador tiene que servir de provecho al comprador[12]. Son ejemplos de actuaciones del mediador que pueden beneficiar y aprovechar al comprador, en opinión de Cuadrado el envío de información por parte del mediador a ese tercero, gestiones de tipo registral o notarial, etc., ya que superan las labores propias del mediador[13]. A ello, pueden añadirse las gestiones sobre la financiación en favor del comprador, llegando más allá de la simple intermediación[14] y así se ha manifestado la jurisprudencia más destacada

11 Macanás G.: *El contrato de mediación –o de corretaje-*, Wolters Kluwer, Madrid, 2015. p. 304.

12 Contrario a esta opinión, parte de la doctrina estima que la falta de desautorización por parte del tercero –generalmente, comprador- no le obliga a retribuir al mediador por faltar la relación contractual que legitimara este cobro. No obstante, Rodríguez Ruíz de Villa, A.: (en *Manual de Derecho Mercantil.* 2ª edic. Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2003 p. 449), estima el ejercicio de acción por enriquecimiento injusto frente al tercero que obtuvo provecho de la actuación del mediador.

13 Cuadrado Pérez, C.: "Consideraciones sobre el contrato de corretaje" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Núm. 704. pp. 2549-2550.

14 En este sentido, se pronuncian las SSAP Badajoz, de 15 junio 2006 y Zaragoza, de 19 abril 2005, Rebolledo Varela, A.L.: "Compraventa a través de agente inmobiliario" en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* Núm. 20. 2006.

(vid. SSTS núm. 163/1997, de 27 de febrero [RJ 1997\1907][15], núm. 411/1998, de 30 abril [RJ 1998\3460[16]). Especialmente clarificadora resulta lo manifestado por el tribunal en la SAP de Madrid, núm. 8/2005, de 28 de diciembre [AC 2006\77]: "la relación que surge del contrato de corretaje es relación triangular, formada por el agente y los interesados en el contrato. […] entre el agente y el tercero que acepta las condiciones ofertadas tampoco existe relación contractual alguna, salvo que el encargo sea bilateral, por lo que los actos desarrollados entre el tercero interesado y el agente no son actos contractuales independientes, son actos debidos de recepción de ofertas en el cumplimiento del encargo concluido con su cliente".

Sin embargo, esta relación bilateral clara entre el comitente y el agente inmobiliario solo será desnaturalizada si se acreditara "que la parte comprador o interesado en la compra aceptó formar parte de ese previo contrato de mediación existente entre la vendedora y la demandante, abonando parte de la comisión ya pactada o que se suscribió un nuevo contrato por el que tal parte compradora le encomendara a la agencia una actuación de intermediación obviamente distinta de la ya encargada por la vendedora y que ésta se obligaba a remunerar" (vid. SAP Madrid núm. 208/2013, de 20 mayo [AC\2013\1155]). En este sentido, lo verdaderamente relevante y cuya preocupación se ha manifestado en recientes sentencias es la determinación y análisis sobre el consentimiento válidamente prestado por el tercero o comprador. Este consentimiento del futuro comprador para formar parte del contrato de mediación celebrado previamente por el vendedor y agente inmobiliario o a concertar una nueva relación contractual con el agente fue analizado en la SAP Valencia núm. 17/2012, de 18 enero. En ella, el tribunal estimó que el comprador "rellenó él mismo y leyó la "Hoja de visitas" lo que implica que, aunque expresamente no se le informara de que a su vez suscribía un contrato de mediación y de la indemnización de no cumplirlo, con esa lectura la tuvo sin que su error fuera invencible para que lo invalide". Añade la sentencia que de su posterior comportamiento se puede inferir que lo conocía ya que la primera visita a la vivienda se produjo en virtud o a causa de esa firma de la "hoja de visitas", aprovechándose "de las posteriores gestiones de la actora para luego concluir con su compra directa al vendedor". Así, "en definitiva, se entiende suscrito entre las partes un contrato de mediación".

15 FD. Cuarto: el mediador "despliega su actividad, abstracción hacha de cuál fuese la parte que le contratara le transmitiera el encargo, en favor de las partes compradora y vendedora […] y, por tanto, la referida actividad comportó, por así decirlo, una doble relación jurídico material, que tuvo, como destinatarios respectivos a las partes compradora y vendedora, y de aquí, que, con abstracción, asimismo, de pacto expreso, los honorarios resultantes del mediador tuviesen que repartirse entre ambas partes".

16 FD Tercero: la relación que conforman esta clase de contratos viene constituida porque la función del agente radica en la conexión y contacto negocial que procura entre el vendedor y el futuro comprador con lo que su relación contractual sólo se proyecta respecto a la parte que le confirió el encargo.

Ésta es, precisamente, la cuestión clave que merece ser analizada a la luz de lo expuesto por la reciente SAP Cádiz, núm. 52/2021, de 10 marzo [Rec. 250/2020].

B) Control de transparencia y abusividad imputable al agente

La cuestión relativa a la abusividad ha sido recientemente analizada por el TS en relación a los pactos de exclusividad introducidos en las "hojas de servicio" firmadas por el comitente y el agente inmobiliario. En 2019, el TS analizó la fundamentación del vendedor por la que negaba su obligación al pago de los honorarios al mediador por la activación de la cláusula penal. Su argumentación se fundamentaba en la abusividad del pacto de doble exclusividad establecido en el contrato de corretaje, siendo desestimado por el Alto Tribunal por no apreciar un desequilibrio entre las obligaciones de las partes ni una indemnización desproporcionada, "máxime cuando el particular se benefició de la actuación del mediador" [STS 263/2019, de 10 de mayo][17]. Entiende el TS que el pacto de exclusividad beneficia a ambas partes puesto que garantiza al vendedor que el agente inmobiliario "invertirá mayores medios y tiempo en la gestión, al tener garantizado que la perfección de la venta sólo podrá tener lugar a través de su actuación, no concurriendo su actividad con la de otras inmobiliarias".

Éstas son las dos causas que fundamentarían estimar la abusividad de las cláusulas de honorarios exigibles al comprador. Sin embargo, hemos de precisar determinadas cuestiones esenciales para poder llegar a esta simplificada conclusión.

En primer lugar, resulta complicado llegar a estimar la abusividad del agente en este tipo de contrato de adhesión, a la vista de las diversas opciones de contratación que pueden tener a disposición en cada municipio en el que se encuentre ubicado el inmueble –incluso en municipios cercanos- además de la posibilidad de negociación con los agentes de las condiciones particulares del contrato de corretaje. No obstante, la discusión acerca de la abusividad en relación a los pactos de exclusividad no debería ser cerrada a través de la STS 263/2019. En este sentido, la SAP de Cádiz de 30 septiembre de 2017 [JUR 2017/304858] se manifiesta claramente contraria a mantener la legalidad de la cláusula de exclusividad, en cualquier caso. Es más, en el caso concreto, la AP de Cádiz estima la abusividad de la cláusula de exclusividad por vulnerar los arts. 85 y 87 TRLGDCU.

En realidad, parece que lo determinante para el tribunal debería ser el cumplimiento, por parte del mediador, de la búsqueda activa de compradores del inmueble. El incumplimiento de este compromiso asumido por el mediador,

17 Sempere Navarro, A.: "Carácter abusivo del pacto de exclusividad (A propósito de la STS 263/2019, de 10 de mayo" en *Revista Aranzadi Doctrinal,* Núm. 8/2019.

justificaría la declaración de abusividad de la cláusula penal que acompaña a la cláusula de exclusividad –en definitiva, la cláusula de exclusividad en su conjunto-. Esta abusividad vendría determinada por el desequilibrio de prestaciones que derivaría del pago de honorarios por parte del consumidor ante una conducta pasiva llevada a cabo por el mediador, contraria a la obligación asumida en el contrato de corretaje –búsqueda activa de compradores- (vid. STS de 24 de noviembre de 2014[18]).

Finalmente, otra de las cuestiones debatidas acerca de la abusividad de la cláusula de exclusividad deriva del límite temporal de su vinculación, siendo relativamente frecuente aquellas cláusulas en las que el vendedor se obliga al pago de la comisión inmobiliaria en caso de que los clientes que hubieran visitado el inmueble bajo la vigencia del mandato, lo comprasen una vez caducada la exclusividad. Se trataría de pactos de exclusividad carentes de una duración razonable, no estando limitada temporalmente, y suponiendo una penalizando eternamente al vendedor por perfeccionar un contrato de compraventa por su cuenta o a través de otro corredor. Como afirma Cabezuelo, la abusividad de este tipo de cláusulas podría venir determinada por vulnerar el art. 87.6 TRLGDCU, al tratarse de una estipulación que imponga *plazos de duración excesiva,* no pudiendo amparar situaciones en las que la exclusividad rija *ad eternum* si la intervención de otro agente no se aprovecha de ninguna manera de la actuación del primer agente "amparado" por la exclusividad[19] o si la circunstancias de la venta han cambiado de tal manera que se rompa el nexo de causalidad entre las actuaciones llevadas a cabo por el mediador y la perfección de la compraventa final.

Dejando al margen esta cuestión particular relativa al análisis de la abusividad en las cláusulas de exclusividad, analizamos las cláusulas de honorarios insertas en las "hojas de visita" que afectarían al futuro comprador del inmueble. En un primer momento y pesar de que estemos refiriéndonos a una sentencia de reciente actualidad, podemos afirmar que el análisis de la abusividad de las cláusulas de honorarios introducidas en las hojas de visita fue ya tratado en la STS núm. 411/1998, de 30 abril [RJ 1998\3460]. El hecho de que en la hoja de visitas se recoja que, en el caso de compra de alguno de los inmuebles visitados con el

18 La abusividad, en este caso, vendría determinada por la falta de acreditación de la agencia de haber llevado a cabo cualquier actuación tendente a obtener la venta del inmueble –ni siquiera aporta la inserción de la oferta en redes de Internet, periódicos, fotografías o anuncios en su inmobiliaria. Comportamientos tan exagerados o menos llamativos como haber llevado a cabo una actuación pasiva o de escasa entidad por el agente, deberían llevar a concluir la abusividad de la cláusula, siendo evidente que *la penalidad establecida para el incumplimiento excedió desmesuradamente al perjuicio experimentado por aquél.* Cabezuelo Arenas, A.L.: "Pacto de exclusividad en el contrato de mediación inmobiliaria. No inclusión burlada por cláusula abusiva incorporada unilateralmente por la agencia. Comentario a la SAP de Madrid, núm. 152/2016, de 29 de marzo 2016" en *Revista Aranzadi Doctrinal,* Núm. 10. 2016.

19 Cabezuelo Arenas, A.L.: "No es abusivo pactar que la agencia inmobiliaria percibirá una suma equivalente a sus honorarios en concepto de indemnización si se vulnera un pacto de doble exclusiva. Pero … ¿podría serlo que el profesional penalizara eternamente la venta directa o con otro mediador, caducada ya su exclusiva, sin más especificaciones?" en *Revista Aranzadi Doctrinal.* Núm. 8. 2019.

agente mediador, el cliente se compromete a abonar la comisión a la agencia por las peticiones realizadas, aunque posteriormente se realice el contrato entre el comprador y el vendedor, no implica obligación para el comprador ya que "además de que va referida al "cliente", que lo es quien encarga la gestión venta y no el que visita, se ha de entender abusiva y, por tanto, nula. […] De dicho documento no se extrae encargo alguno, sino acreditación de un servicio prestado por la agencia en cumplimiento del contrato suscrito con la propiedad que encarga la gestión de venta". Y es que, más recientemente, la jurisprudencia menor ha sido clara estimando que la hoja de visitas no es un contrato (vid. SAP Ourense, núm. 4/2015, de 12 enero [AC\2015\150]), evidenciando, por una parte, la mala fe del agente inmobiliario – "al presentar a su firma un documento que titula "hoja de visita" y en el mismo inserta una mención o cláusula en la que se impone una obligación de pago de unos honorarios al potencial comprador, por el simple hecho de haberle mostrado unas viviendas"- y, por otra parte, por carecer de causa contractual – "el posible comprador se obligaría a pagar una comisión o unos honorarios a la agencia si pactaba la compra del inmueble directamente con el vendedor, a cambio de ninguna contraprestación porque el hecho de enseñar la vivienda no es ninguna prestación o promesa, es parte de la prestación comprometida con el vendedor a través del contrato de mediación suscrito por la agencia con él"-[20]. No obstante, recordemos la SAP Valencia núm. 17/2012, de 18 enero, que estima la "hoja de visitas" vinculante para el comprador, lo que muestra nuevamente la falta de unanimidad de criterio jurisprudencial.

En este último año, la AP de Cádiz nos sorprende con una interpretación novedosa del control de transparencia y, sucesivamente, el control de abusividad, aplicable a la cláusula de honorarios. En su sentencia núm. 52/2021, de 10 marzo [Rec. 250/2020], el tribunal estima que la hoja de visitas constituye "un contrato de adhesión suscrito por un consumidor al que con motivo de otro acto, la constancia de haber celebrado una visita a una vivienda para su adquisición y sin que conste que previamente el demandado haya sido informado y haya mostrado su conformidad, se introduce una cláusula que le impone una obligación genérica de abonar un precio con motivo de un contrato que no se pacta en aquel momento". A continuación, la Audiencia estima que "de la sola firma de dicho documento y aun cuando el demandado hubiera contactado previamente con la agencia participándole su interés por adquirir una vivienda, no puede concluirse que el mismo hubiera prestado consentimiento". En conclusión, "la cláusula de honorarios no cumple el filtro de transparencia – no consta acreditado que la inmobiliaria informara adecuadamente y con carácter previa a la suscripción del documento de la carga económica derivada de la visita de la vivienda. Dicha

20 En el mismo encontramos la SAP Madrid núm. 208/2013, de 20 mayo [AC\2013\1155]: *la falta de un contrato escrito entre el comprador y la agencia no fundamentan el cobro de honorarios por su parte, incluso aunque el comprador haya firmado un documento de reconocimiento de deuda, ya que éste sería carente de causa, comportando la nulidad del mismo.*

cláusula resulta también abusiva –al no establecer obligación alguna de la agencia para el comprador y así, del documento, no se extrae encargo o gestión alguna por la inmobiliaria en caso de compra"-.

A este respecto, deberíamos realizar ciertas apreciaciones. En primer lugar, el control de transparencia solo podría ser estimado en aquellos supuestos en los que exista un contrato de adhesión sometido a la legislación propia de condiciones predispuestas y, en particular, a la LCGC y al TRLGDCU. Ya que, en segundo lugar, debe tratarse de un negocio jurídico celebrado entre un consumidor y un profesional. La sentencia de la AP de Cádiz objeto de análisis no parece dejar lugar a dudas: la hoja de visitas constituye un contrato de adhesión entre el comprador y el agente inmobiliario. No obstante, conforme a todo lo expuesto previamente a lo largo de este estudio, alcanzar esta conclusión no parece tan fácil.

En el presente caso, quizá las dificultades en cuanto a la determinación de esa relación entre el comprador y la agencia inmobiliaria derivan de la denominación que la agencia inmobiliaria atribuye al documento firmado. El documento lleva por título "nota de encargo para compra o alquiler" aunque la propia AP afirma que *viene a ser lo que se conoce en la doctrina como "hoja de visita".* A nuestro modo de ver, si la nota de encargo es firmada por el vendedor con la agencia inmobiliaria, no parece que existan dudas en la estimación de esta como prueba de la perfección de un contrato de corretaje. Sin embargo, la nota de encargo firmada por el futuro comprador merece un mayor análisis en interpretación de su significado.

No podemos perder de vista que, por regla general y con las excepciones que explicaremos, el contrato de corretaje puede ser eficaz incluso aunque sea celebrado verbalmente. Por ello, la firma de la hoja de encargo puede constituir prueba determinante para la estimación de la perfección del contrato celebrado entre el comitente y el agente. Sin olvidar que el comitente puede ser el vendedor –como usualmente ocurre- o el comprador del inmueble, si éste obtiene un provecho propio de la actividad desplegada por el agente.

De este modo, los tribunales deben llevar a cabo una valoración particular de la actividad encomendada por el futuro comprador y si existe un encargo concreto por su parte. De ser así, parece lógico que habríamos de entrar en el control de contenido e inclusión, transparencia y abusividad, en su caso, de las condiciones contractuales plasmadas en el contrato. Y todo ello, siempre que las condiciones contractuales hayan sido predispuestas por el profesional frente al consumidor.

En todo caso, adelantamos que, en nuestra opinión, el tribunal incurre en un contrasentido claro estimando que la firma del documento titulado "nota de encargo de compra o alquiler" debe ser interpretada como "hoja de visitas". Por regla general, la naturaleza jurídica de las denominadas "hojas de visita" se concreta

como medio de prueba en ejecución del contrato de mediación o corretaje suscrito por el propietario del inmueble con el agente inmobiliario. En este caso, estimamos que este documento firmado por el comprador no puede ser estimado como un simple documento probatorio de esa relación contractual previa. Y ello, no solo por título dado al documento, sino por su propio contenido. Por ello, el contrasentido del tribunal parece claro y resulta innecesario esa precisión sobre lo comúnmente conocido como "hoja de visitas" si, a continuación, se va a llevar a cabo un análisis del documento otorgándole la naturaleza jurídica de contrato de adhesión. Incluso aunque el documento firmado llevara por título "hoja de visitas", ello no puede suponer descartar la existencia de una relación contractual por su carácter eminentemente consensual, siendo un medio de prueba de evidente utilidad[21].

Es cierto que, de ser estimada (la hoja de visitas) como prueba de la relación contractual de corretaje perfeccionada entre el comprador y el agente inmobiliario, el mediador debe quedar obligado frente al comprador a informarle de las obligaciones y condiciones asumidas con la compra del inmueble. Entre estas obligaciones contraídas, se encontraría el deber de informar sobre la asunción de los honorarios, en su caso (vid.- Juzgado de Primera Instancia de Rubí, de 30 diciembre [AC\2011\1720][22]). Pero ello no es aplicable al caso analizado.

En este sentido, se nos plantean diversas dificultades objeto de análisis en relación a su calificación como contrato de adhesión sometido, además, a la LCGC y cuya protección al consumidor queda determinada en el TRLGDCU. En particular y atendiendo a la falta de negociación con el mediador sobre el precio del contrato u honorarios a percibir en caso de perfección del contrato, la principal dificultad radica en el análisis de la superación o no del *control de transparencia* y *control de abusividad*.

En primer término y en relación al control de transparencia, el tribunal deberá comprobar la acreditación de la información adecuada y con carácter previo al acuerdo de voluntades suministrada por el mediador. En particular, nos interesa en este punto que esa información sea referida a la carga económica derivada de la firma del documento aportado y firmado.

21 El cambio de tendencia jurisprudencial lleva a estimar que las Notas de Encargo y la llevanza del Libro-Registro son meros requisitos reglamentarios o administrativos relativos a la colegiación de los API, careciendo de efectos para desestimar una posible acción de reclamación de honorarios. Rodríguez, D., y de Villa, R.: *El contrato de corretaje inmobiliario: los agentes de la propiedad inmobiliaria.* Aranzadi, Cizur Menor, 2000, pp. 264-266.

22 FD Segundo: *el agente o mediador responde cuando incumple el contrato de encargo … responde frente a quien le encarga la venta (normalmente el vendedor) de los daños y perjuicios, pero también frente al comprador, especialmente por la percepción irregular de cantidades y por incumplimiento del deber de información […] El deber de información a los posibles compradores es parte esencial del encargo y competencia exclusiva del mediador. Por ello, éste ha de ser responsable de las consecuencias de su incumplimiento, no solo respecto al dueño del encargo, sino también respecto al comprador, de forma que si incumple el derecho de información, no solo pierde el derecho a percibir sus honorarios, sino que, además, deberá responder por los daños y perjuicios.*

El papel de la costumbre en los contratos negociados y para la interpretación de las cláusulas pactadas ha sido, en ocasiones y para determinados contratos, determinante. Sin embargo, la fijación del precio del contrato –honorarios del mediador- a través de los usos y costumbres de la plaza casa difícilmente con la exigencia del deber de información que a todo profesional le es exigible en la contratación con consumidores. De este modo, dejar a cargo de la costumbre de la "plaza" la determinación de la cuantía no sería compatible con las normas generales de la contratación predispuesta con condiciones generales establecidas por el agente inmobiliario. La información relativa al cálculo de los honorarios del mediador establecida como cláusula del contrato no negociada habrá de ajustarse a los criterios de transparencia –además, de claridad, concreción y sencillez-, cuyo incumplimiento supondría su nulidad de la misma en virtud de lo dispuesto en el art. 83.3 TRLGDCU.

En todo caso, y respecto a la sentencia analizada, la cláusula referida redactada de la manera que sigue, "que las personas que visitan el inmueble y suscriben el documento reconocen y aceptan los siguientes honorarios (IVA no incluido) que estos abonarán a la agencia […] estos consistirán en el 3% del precio de compraventa con un mínimo de 3.000 euros más IVA", dudosamente puede sostenerse la falta de superación del control de transparencia.

Por su parte y respecto al control de abusividad no será superado en aquellos casos en los que exista grave desequilibrio entre prestaciones contrario a la buena fe contractual. En la sentencia SAP Cádiz, núm. 52/2021, de 10 marzo analizada, se estima que *al no establecer obligación alguna de la agencia para el comprador y así, del documento, no se extrae encargo o gestión alguna por la inmobiliaria en caso de compra.* No obstante, el tribunal parece olvidar la extensión y las obligaciones asumidas por los agentes inmobiliarios en los contratos de mediación habitual o *de indicación* –indicar al comitente la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o servirle de intermediario-, sin estar obligado a actividad *extra* alguna, a falta de pacto previo. Es más, parece que la sentencia concluye que un contrato de corretaje celebrado entre el agente y el futuro comprador debe aparejar una actividad particular con provecho de éste ejecutada en relación a la compra de vivienda –vid. eg. elevación del contrato privado a escritura pública o inscripción registrar de la transacción-. Como veíamos, este tipo de actuaciones deben ser previamente pactadas con el agente por no formar parte del contrato a falta de pacto.

En todo caso, y aceptando que la cláusula sobre honorarios inserta en la "nota de encargo" firmada por el comprador no supera ni el control de transparencia ni el de abusividad, debemos destacar la solución planteada por la AP de Cádiz y las consecuencias para el predisponente.

Estamos de acuerdo en que la falta de determinación del precio o su posterior nulidad no podría jugar a favor del profesional, de manera que la nulidad de la cláusula relativa al precio supondría la nulidad del contrato en su totalidad. La consecuencia directa de la nulidad contractual supondría la restitución recíproca de prestaciones (art. 1303 Cc). Ante la imposibilidad de ello, y respetando el criterio sentado por el TJUE contrario a la integración contractual a excepción de que resultara más beneficioso para el consumidor[23], la solución deviene en convertir el contrato en gratuito[24]. De este modo, se consigue este objetivo general y novedoso sostenido entre la doctrina y la jurisprudencia más recientes por el que se produce una especie de depuración de los contratos de adhesión y, en su caso, articulado con condiciones generales predispuestas para el consumidor evitando que los profesionales aprovechen su posición ventajosa en el mercado en perjuicio del consumidor. Sin embargo, sostenemos que este análisis apriorístico y sancionador de los profesionales debería ser meditado de manera más sosegada, principalmente, en relación al control de transparencia teniendo en cuenta el resultado final de sentencias como la presentada en la que el agente inmobiliario queda sin percepción de retribución alguna. La declaración de nulidad de la cláusula del precio del contrato de corretaje por falta de transparencia y su consiguiente expulsión del contrato, convierte al contrato oneroso en un contrato gratuito, pudiendo interpretarse como una supresión de la causa contractual (art. 1274 Cc) que supondría su falta de subsistencia[25]. En casos como el presente, abogamos por poder permitir al agente la recuperación, al menos, de los gastos realizados en su actividad de intermediación, desempeñada conforme a la diligencia profesional exigible y en aplicación analógica del art. 1893 Cc para la gestión de negocios ajenos[26], y de manera análoga a lo contenido en el art. 25 del Estatuto General de la Abogacía española[27]. Del mismo modo que establece el artículo 1756 del Código

23 STJUE de 3 de marzo 2020 (Asunto C-125/18 Mare Gómez del Moral Guasch vs. Bankia S.A.) que resuelve, en relación al art. 6.1 y 7.1 de la de la Directiva 93/13.

24 En su momento, se planteaba su escasa aplicación práctica de la falta de claridad en la nota de encargo o contrato de corretaje sobre el sujeto obligado al pago de los honorarios por ser la onerosidad del contrato elemento o nota esencial del mismo. Rodríguez, D., y de Villa, R.: *El contrato de corretaje inmobiliario: los agentes de la propiedad inmobiliaria.* Aranzadi, Cizur Menor, 2000, pp. 452-453.

25 Esta misma argumentación se presenta en relación a los contratos de préstamo en los que la falta de transparencia puede suponer la expulsión de la cláusula de interés remuneratorio del contrato, con su consiguiente conversión en contrato gratuito. Expone expresamente el autor que *nadie discutiría que los préstamos bancarios son siempre onerosos. Si anulamos la cláusula que fija el interés retributivo, el contrato pierde su causa y no puede subsistir. No podemos convertir un préstamo oneroso en otro gratuito sin transmutar su causa, ya que se trata de uno de los elementos esenciales del contrato.* Rodríguez Vega, L.: "La sentencia del Tribunal de Justicia sobre el IRPH Cajas",
Almacén de Derecho, mayo 2020, disponible en: https://almacendederecho.org/la-sentenciadel-tribunal-de-justicia-sobre-el-irph-cajas (Consultado en fecha 09/11/2021).

26 […] *el dueño de bienes o negocios que aproveche las ventajas de la misma será responsable de las obligaciones contraídas en su interés, e indemnizará al gestor los gastos necesarios y útiles que hubiese hecho y los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo.*

27 De este modo, el precepto reza literalmente: *El profesional de la Abogacía tiene derecho a una contraprestación por sus servicios, así como al reintegro de los gastos ocasionados*. Para un mayor desarrollo acerca de la determinación del precio en el contrato de prestación de servicios jurídicos, vid. Mate Satué, L.C.: *La protección de los consumidores en los contratos de servicios jurídicos,* Reus, 2021, pp. 102-108.

Civil italiano en relación al denominado "interés contractual negativo" – "Salvo patti o usi contrari, il mediatore ha diritto al rimborso delle spese nei confronti della persona per incarico della quale sono state eseguite anche se l'affare non è stato concluso"-. Lo contrario supondría atribuir al control de transparencia una *función sancionadora* que no resulta coherente con las funciones propias del derecho patrimonial privado del ordenamiento jurídico nacional.

No podemos finalizar este epígrafe sin alabar los esfuerzos de las Comunidades Autónomas por comenzar a apoyar una mínima reglamentación de este tipo de contratos que permitirá dotar de una mayor seguridad jurídica a este tipo de contratación. Podemos tomar como ejemplo la Comunidad Autónoma de Andalucía y el *Código andaluz de calidad inmobiliaria*, aprobado con apoyo del Consejo Andaluz de Consumo de la Junta de Andalucía, en su sesión plenaria de 27 de septiembre de 2017. Entre las cuestiones más destacadas a las que se obligan los agentes inmobiliarios que se hayan adherido al Código andaluz de calidad inmobiliaria, pueden citarse:

- adhesión voluntaria al Código de las empresas que pretende *sea referencia y protección de los legítimos intereses económicos y sociales de las personas consumidoras y que proporcione a las empresas y profesionales del sector una útil herramienta de trabajo.*

- cumplimiento del deber de *Informar de manera clara veraz y suficiente al consumidor sobre sus derechos y obligaciones*

- exigencia de un contrato por escrito con información mínima[28]

28 Art. 6.1. La empresa o profesional que se adhiera a este Código deberá actuar previo encargo por escrito de la persona que requiera sus servicios de intermediación inmobiliaria, haciéndolo siempre con arreglo a la legislación vigente. Antes de iniciar una oferta de un inmueble, la inmobiliaria suscribirá una nota de encargo o "contrato de encargo de servicios" con el propietario que le encomiende la operación, que le habilitará para publicitarlo y ofertarlo, percibir cantidades o formalizar cualquier precontrato o contrato con terceros. Los profesionales adheridos al presente Código no podrán ofertar o publicitar inmuebles de terceros sin la previa nota de encargo por escrito. Las empresas o profesionales que deseen adherirse al presente Código se comprometen a confeccionar y utilizar la documentación oportuna, independientemente de su calificación jurídica, redactada con claridad, de fácil comprensión y en la que consten, al menos, los siguientes datos:
- Nombre o razón social, número de identificación fiscal o CIF, domicilio social y, en su caso, datos de inscripción el registro mercantil de la empresa / profesional.
- Identidad del propietario del inmueble o, en su caso, representación en la que actúa el firmante del encargo. En su caso acreditación de la representación.
- Plazo de duración del encargo.
- Descripción de la operación encargada.
- Identificación de la finca o fincas, sus datos registrales, cargas, gravámenes y/o afectaciones de cualquier naturaleza, así como el régimen de protección de la vivienda, en su caso, y precio de la oferta. […]
- Retribución del agente inmobiliario, que sólo podrá consistir, bien en un porcentaje del precio, bien en un importe fijo, y forma de pago.
- Modalidad del encargo y derechos y obligaciones de las partes, con indicación de las facultades concedidas al agente.

- respecto al pago de honorarios, la regla general será que el mismo lo asuma el comitente individualmente (Anexo II). No obstante, permite que, *por el mismo negocio jurídico, se puede percibir retribución de las dos partes de la transacción cuando se trate de servicios diferenciados, siempre que exista transparencia y conste previamente por escrito.*

C) El papel de la costumbre en la interpretación de la cláusula de honorarios

El papel de la costumbre en los contratos negociados y para la interpretación de las cláusulas pactadas ha sido, en ocasiones y para determinados contratos, determinante. Como afirmara POTHIER[29], la fuerza del uso es tan grande para la interpretación de las cláusulas pactadas que en todo contrato deben sobreentenderse las cláusulas de uso.

En nuestro ordenamiento jurídico, el papel de la costumbre determinada a través del art. 1287 Cc ha sido matizado. El TS, en su sentencia de 15 de octubre de 1965, se matizó que la previsión del art. 1287 Cc relativa al uso y la costumbre del país, debe ser utilizada para completar el contrato extendiéndolo a todo aquello que, "por ser práctica observada, reiterada y admitida, se cree innecesario consignar expresamente en el texto contractual, sobre materia accesoria y de matiz ejecutivo de lo pactado"[30]. De este modo, la sentencia rechazaba que sobre esta base interpretativa pudiera preverse, por ejemplo, la duración del contrato. Por su parte, DIEZ-PICAZO en un análisis en mayor profundidad del papel de los usos y costumbres en materia contractual distingue la mención del art. 1287 Cc del art. 1258 Cc, cuya función es claramente integradora y no interpretativa. Según observa el autor, del art. 1287 Cc se extraen dos utilidades diversas: una meramente interpretativa y otra supletoria de la común voluntad de las partes contractuales. De este modo, el uso interpretativo tiene como fin último *la búsqueda del sentido real atribuible al contrato* desde un punto de vista subjetivo[31].

En particular y respecto al contrato de corretaje, la costumbre ha desempeñado un papel importante. El papel de la costumbre de la "plaza" ha sido frecuentemente utilizado para la fijación de los honorarios que tendrán derecho a exigir el agente inmobiliario. Sin embargo, como indica CUADRADO, ni legal ni jurisprudencialmente es exigido como requisitos esencial del contrato la fijación previa del cálculo de la cuantía del premio de la mediación, dejando en manos de la costumbre de la "plaza" la determinación de la cuantía[32], de acuerdo con las normas generales de la

29 Sobre las 12 reglas de las convenciones, POTHIER, J.R., *Tratado de las obligaciones,* 1761, 2002-2003, pp. 60-65.

30 CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, común y foral. T. III.* Reus, Madrid, 1992, pp. 694-695.

31 En este sentido, señala el autor que la absoluta objetivación del criterio interpretativo de los usos supondría una prácticamente absoluta equiparación entre el criterio interpretativo e integrador de los contratos. DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial.* T. I., Civitas, Madrid. 1999, pp. 407-408.

32 CUADRADO PÉREZ, C.: "Consideraciones sobre el contrato de corretaje" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Núm. 704. 2007. pp. 2553-2554.

contratación predispuesta con condiciones generales establecidas por el mediador, la información relativa al cálculo de los honorarios del mediador establecida como cláusula general del contrato habrá de ajustarse a los criterios de transparencia –además de claridad, concreción y sencillez-, cuyo incumplimiento supondría la nulidad de la misma.

En la relativamente reciente STS 2465/2014, de 21 de mayo [Rec. 972/2012], el Alto Tribunal niega la abusividad de la cláusula honorarios sobre la base del acuerdo concertado entre el agente inmobiliario y el cliente comparado con los usos y costumbres negociales del sector, dando una nueva función al papel de la costumbre en este ámbito[33]. En este sentido, los usos y costumbres de la plaza sirven de parámetro comparativo para analizar la posible abusividad del predisponente en la contratación no negociada.

Por otra parte, niega Rebolledo Varela que el papel de la costumbre pueda resultar relevante para estimar al comprador obligado al pago de los horarios, teniendo presente la interpretación del art. 1257 Cc y parte de la jurisprudencia menor –ej. de la SAP Granada, de 24 de mayo de 2005-, "salvo que acudamos a la doctrina señalada de que el comprador también aprovecha las consecuencias de la intermediación". Además, para aquellos casos en los que se determine que ambas partes se han beneficiado de la actividad del mediador, la jurisprudencia no parece admitir que el pago de los honorarios por la misma transacción y perfección del negocio jurídico sea duplicado. Más bien, el cobro de la comisión total habría de ser repartido entre ambos –comprador y vendedor-[34].

La fijación del precio del contrato –honorarios del mediador- a través de los usos y costumbres de la plaza casa difícilmente con la exigencia del deber de información que a todo profesional le es exigible en la contratación con consumidores. Algún autor sostiene que la falta de determinación del precio no podría jugar a favor del profesional, de manera que la carencia de una comisión pactada, debería permitir al juez valorar la actividad efectivamente desplegada "sin que proceda la aplicación automática de un porcentaje sobre el precio final de venta. Tal porcentaje podrá ser si se ha pactado. Pero si no, puede discriminarse en cada caso concreto lo que procede establecer"[35]. De este modo, el acuerdo acerca del porcentaje del precio de venta final puede resultar suficiente para que el consumidor –vendedor- pueda

33 En este caso las partes no sujetaron la retribución de la mediación a la variabilidad de un porcentaje del precio de venta del inmueble, sino a un precio fijo ya determinado. Sin que, por lo demás, dicho precio resultase claramente desproporcionado conforme a los usos y costumbres negociales del sector (un 6,7% frente al 5% habitualmente aplicado en defecto de pacto).

34 En este sentido se pronuncia parte de la doctrina ejemplificando su posición a través de las SAP Cádiz, de 15 de febrero 2005, SAP Asturias, de 23 de septiembre 2003 y SAP Santa Cruz de Tenerife, de 5 de mayo 2006. Rebolledo Varela, A.L.: "Compraventa a través de agente inmobiliario" en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* Núm. 20. 2006.

35 Rebolledo Varela, A.L.: "Compraventa a través de agente inmobiliario" en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* Núm. 20. 2006.

hacerse una idea aproximada, real y comprensible de la cuantía que supondrá el pago de los honorarios a los que se ha vinculado en el contrato de corretaje, del mismo modo que en los contratos de préstamos sometidos a un interés variable, sometemos el precio del contrato a cuantías variables en forma de porcentajes de los índices de referencia (vid. eg. de TAE). Incluso la falta de acuerdo en este sentido y moviéndonos en criterios determinados por el uso o la costumbre de la plaza, parece coherente con los principios de equidad y equilibrio entre las prestaciones, en tanto se trata de un contrato condicionado a la perfección de un contrato de compraventa. El atender a la dificultad y al alcance de la actividad realizada por el mediador para el cálculo de los honorarios, como se apuntaba, solo tendría sentido en las obligaciones de medios y no de resultado[36].

III. CONCLUSIONES

La atipicidad del contrato de corretaje en el ordenamiento jurídico español ha generado una amplia litigiosidad permitiendo que la jurisprudencia pueda perfilar las características propias de un contrato tan habitual en el tráfico jurídico. En particular, este estudio parte del análisis de un nuevo planteamiento realizado por la *SAP Cádiz, núm. 52/2021, de 10 marzo [Rec. 250/2020],* introduciendo el control de transparencia al que estima que debe someterse el clausulado de las "notas de encargo para compra o alquiler" firmadas por el futuro comprador. Sobre la base del análisis realizado, podemos exponer las siguientes conclusiones:

1.- Adquirirá especial relevancia la determinación de la naturaleza jurídica de la "nota de encargo para la compra o alquiler" firmada por el futuro comprador. En este sentido, la sentencia califica el documento como un contrato de adhesión celebrado con el futuro comprador y predispuesto por la Agencia inmobiliaria. No obstante, parece incurrir en cierta contradicción su propia calificación de la "nota de encargo" como una simple "hoja de visitas".

A nuestro modo de entender, la firma de la hoja de visitas no supone, *per se,* la celebración de un contrato de corretaje, como indica la SAP Ourense, núm. 4/2015, de 12 enero. Entendemos que esta opinión no es pacífica entre la jurisprudencia –vid. eg. SAP Valencia núm. 17/2012, de 18 enero- por una causa fácilmente comprensible. Y es que, sin perjuicio de que el título del documento puede ser indiciario de la intención de ocultar la realidad por parte del profesional y la confusión en que pudiera incurrir el consumidor, lo verdaderamente relevante

36 Tampoco ha de reputarse incompatible con el deber de información sobre el importe de los honorarios que pesa sobre el agente, puesto que en el momento del encargo se puede y debe informar al vendedor del porcentaje de comisión que va aplicar, y, dado que el precio de venta que en principio ha de servir de base a dicho porcentaje se fija en ese momento, el oferente puede conocer ya entonces la cantidad aproximada que tendrá que abonar al agente en concepto de honorarios. Tasende Calvo, J.J.,:"El contrato de mediación inmobiliaria en la compraventa de vivienda" en *Actualidad Civil*. Núm. 21. 2008. p. 2320.

es el contenido del documento y su necesario análisis en orden a determinar la naturaleza jurídica del mismo.

Conforme a los hechos narrados en la sentencia, el documento no parece ajustarse ciertamente a la firma de una "hoja de visitas", y no simplemente por la calificación que el mediador le otorga, sino por su propio contenido.

2.- Para que la "nota de encargo para compra o alquiler" suponga una nueva relación contractual entre las partes –futuro comprador y mediador-, será necesario determinar que el futuro comprador obtiene un provecho y se beneficia de la actividad desempeñada por el mediador. Son ejemplos de actuaciones del mediador que pueden beneficiar y aprovechar al comprador, el envío de información por parte del mediador a ese tercero, gestiones de tipo registral o notarial, etc., ya que superan las labores propias del mediador. A ello, pueden añadirse las gestiones sobre la financiación en favor del comprador, llegando más allá de la simple intermediación.

La clara relación bilateral entre el comitente y el agente inmobiliario solo será desnaturalizada si se acreditara que la parte compradora o interesado en la compra aceptó formar parte de ese previo contrato de mediación existente entre la vendedora y la demandante. Por otra parte, también servirá el abono de la comisión ya pactada que se suscribió un nuevo contrato por la parte compradora para esta desnaturalización. De este modo, se constataría que la agencia ha llevado a cabo una actuación de intermediación distinta de la ya encargada por la vendedora y que ésta se obligaba a remunerar.

En este sentido, lo verdaderamente relevante y cuya preocupación se ha manifestado en recientes sentencias es la determinación y análisis sobre el consentimiento válidamente prestado por el tercero o comprador. Como indicábamos, este consentimiento del futuro comprador para formar parte del contrato de mediación celebrado previamente por el vendedor y agente inmobiliario o a concertar una nueva relación contractual con el agente fue analizado en la SAP Valencia núm. 17/2012, de 18 enero. En este sentido, se nos plantean diversas dificultades objeto de análisis en relación a su calificación como contrato de adhesión sometido, además, a la LCGC y cuya protección al consumidor queda determinada en el TRLGDCU. En particular y atendiendo a la falta de negociación con el mediador sobre el precio del contrato u honorarios a percibir en caso de perfección del contrato, la principal dificultad radica en el análisis de la superación o no del control de transparencia y control de abusividad de la cláusula relativa al precio del contrato.

En primer término y en relación al control de transparencia, el tribunal deberá comprobar la acreditación de la información adecuada y con carácter previo al

acuerdo de voluntades suministrada por el mediador. En particular, nos interesa en este punto que esa información sea referida a la carga económica derivada de la firma del documento aportado y firmado. Tradicionalmente, los usos y la costumbre de la plaza han servido como criterio interpretativo a los tribunales para la determinación del precio del contrato. No obstante, ello no casa con el deber del mediador o agente inmobiliario en el marco de una relación contractual celebrada con un consumidor. Por ello, en la actualidad y, en particular, como refleja la STS 2465/2014, de 21 de mayo [Rec. 972/2012], el Alto Tribunal niega la abusividad de la cláusula honorarios sobre la base del acuerdo concertado entre el agente inmobiliario y el cliente comparado con los usos y costumbres negociales del sector, dando una nueva función al papel de la costumbre en este ámbito. En este sentido, los usos y costumbres de la plaza sirven de parámetro comparativo para analizar la posible abusividad del predisponente en la contratación no negociada.

Por su parte y respecto al control de abusividad no será superado en aquellos casos en los que exista grave desequilibrio entre prestaciones contrario a la buena fe contractual. En la sentencia SAP Cádiz, núm. 52/2021, de 10 marzo analizada, se estima que "al no establecer obligación alguna de la agencia para el comprador y así, del documento, no se extrae encargo o gestión alguna por la inmobiliaria en caso de compra". No obstante, el tribunal parece olvidar la extensión y las obligaciones asumidas por los agentes inmobiliarios en los contratos de mediación habitual o de indicación –indicar al comitente la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o servirle de intermediario-, sin estar obligado a actividad *extra* alguna, a falta de pacto previo. Se trata de una obligación de resultado la asumida por el agente mediador, por lo que, a falta de pacto en contrario, la perfección del contrato de compraventa entre el comprador y propietario del inmueble determinará la obligación del pago de honorarios al intermediario que facilitara esa transacción. El mediador no está obligado a llevar a cabo gestión alguna en caso de compra si esta gestión no ha sido pactada previamente.

En este sentido, no creemos acertado el análisis del clausulado contractual llevado a cabo por el tribunal y, en concreto, respecto a la cláusula del precio del contrato. No parece plausible defender que esta cláusula no supera el control de transparencia que, por sí misma, ya supondría su nulidad en aplicación del art. 83.3 TRLGDUC. Siendo así, como en todos aquellos supuestos en los que la jurisprudencia comienza a estimar la falta de transparencia como fundamento de la consiguiente nulidad de la cláusula –no así del contrato-, las consecuencias jurídicas que dimanan de ello deben hacernos reflexionar. A nuestro modo de ver, el objetivo, *a priori*, bondadoso por el que "depurar" los clausulados contractuales no transparentes del conjunto del mercado en una sociedad de libre mercado casa difícilmente. Más aún, si pensamos en las consecuencias jurídicas que, para el profesional, comporta la declaración de nulidad de la cláusula y consiguiente

conversión del contrato ejecutado en gratuito. Ya que, como ejemplifica el caso objeto de análisis, el profesional ni siquiera tendrá la opción de obtener lo que en la doctrina italiana ha sido calificado como "interés contractual negativo" al amparo del artículo 1756 del Codice Civile poder obtener el reembolso de los gastos ocasionados en el desempeño de su actividad.

La progresiva objetivación de la función de control de transparencia por la que depurar las cláusulas que no resultan comprensibles para el consumidor encomendada al control judicial, lleva a que, en casos como el analizado en los que la nulidad de la cláusula por falta de transparencia provoca la conversión del contrato ejecutado en gratuito, el profesional resulta "sancionado" por no preverse, ni siquiera, el reembolso de los gastos que el ejercicio de su actividad profesional le hubieran generado. Esto ocurre, incluso, aunque para el consumidor no se haya demostrado perjuicio patrimonial efectivamente causado por considerarse que la falta de transparencia del clausulado ya comporta *per se,* un perjuicio merecedor de compensación para el consumidor. Por el momento, queda por desarrollar en profundidad el fundamento del control de transparencia en el seno de nuestro ordenamiento jurídico por el que buscar su encaje en el sistema y, en particular, en relación a las consecuencias jurídicas que la declaración de nulidad del clausulado contractual comporta.

3.- Siendo conscientes de lo improbable de una inminente tipificación del contrato de corretaje en nuestro ordenamiento jurídico, los Colegios profesionales están comenzado a realizar una importante tarea en este sentido. Uno de los ejemplos más relevantes lo encontramos en el *Código andaluz de calidad inmobiliaria* aprobado con apoyo del Consejo Andaluz de Consumo de la Junta de Andalucía, en su sesión plenaria de 27 de septiembre de 2017. Entre las cuestiones más destacadas a las que se obligan los agentes inmobiliarios que se hayan adherido al Código andaluz de calidad inmobiliaria, pueden citarse:

- adhesión voluntaria al Código de las empresas que pretende *sea referencia y protección de los legítimos intereses económicos y sociales de las personas consumidoras y que proporcione a las empresas y profesionales del sector una útil herramienta de trabajo.*

- cumplimiento del deber de "Informar de manera clara veraz y suficiente al consumidor sobre sus derechos y obligaciones"

- exigencia de un contrato por escrito con información mínima

- respecto al pago de honorarios, la regla general será que el mismo lo asuma el comitente individualmente (Anexo II). No obstante, permite que, "por el mismo negocio jurídico, se puede percibir retribución de las dos partes

de la transacción cuando se trate de servicios diferenciados, siempre que exista transparencia y conste previamente por escrito".

Quedamos, por lo demás, a la espera de la nueva Ley de Vivienda cuya previsible aprobación se producirá en las próximas semanas, dejando a salvo la posible controversia que ésta pueda generar en relación a la vulneración del ámbito competencial atribuido a las CCAA. Parece tratarse de una Ley en la que se resolverá una de las cuestiones fundamentales tratadas en este artículo, de manera relativa. Del mismo modo que el nuevo art. 20.1 LAU reformado por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler introdujo la previsión por la que "los gastos de gestión inmobiliaria y de formalización del contrato serán a cargo del arrendador, cuando este sea persona jurídica", la nueva Ley de Vivienda puede introducir la imputación del pago de honorarios al agente inmobiliario por la venta del inmueble al propietario, siempre que el propietario sea persona jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

Cabezuelo Arenas, A.L.:

- "Pacto de exclusividad en el contrato de mediación inmobiliaria. No inclusión burlada por cláusula abusiva incorporada unilateralmente por la agencia. Comentario a la SAP de Madrid, núm. 152/2016, de 29 de marzo 2016" en *Revista Aranzadi Doctrinal,* Núm. 10. 2016.

- "No es abusivo pactar que la agencia inmobiliaria percibirá una suma equivalente a sus honorarios en concepto de indemnización si se vulnera un pacto de doble exclusiva. Pero … ¿podría serlo que el profesional penalizara eternamente la venta directa o con otro mediador, caducada ya su exclusiva, sin más especificaciones?" en *Revista Aranzadi Doctrinal.* Núm. 8. 2019.

Castán Tobeñas, J.: *Derecho Civil Español, común y foral. T. III.* Reus, Madrid, 1992.

Cuadrado Pérez, C.: "Consideraciones sobre el contrato de corretaje" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Núm. 704. 2007.

Diez-Picazo, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Vol. II.* Civitas, Madrid, 2008

García-Valdecasas Alex, F.J.: *La mediación inmobiliaria,* Aranzadi, Cizur Menor, 1998.

Macanás G.: *El contrato de mediación –o de corretaje-,* Wolters Fluwer, Madrid, 2015.

Paniza Fullaan, A.: "Contrato de agencia y/o contrato de mediación: perfección y derecho al cobro de la comisión pactada (A propósito de la STS 9 de noviembre de 2011)", en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* Núm. 5. 2012.

Pothier, J.R.: *Tratado de las obligaciones,* 1761, 2002-2003.

Rebolledo Varela, A.L.: "Compraventa a través de agente inmobiliario" en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* Núm. 20. 2006.

Rodríguez, D., y de Villa, R.: *El contrato de corretaje inmobiliario: los agentes de la propiedad inmobiliaria.* Aranzadi, Cizur Menor, 2000.

Rodríguez Ruíz de Villa, A.: *Manual de Derecho Mercantil.* 2ª edic. Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2003.

Rodríguez Vega, L.: "La sentencia del Tribunal de Justicia sobre el IRPH Cajas", Almacén de Derecho, mayo 2020, disponible en: https://almacendederecho.org/la-sentenciadel-tribunal-de-justicia-sobre-el-irph-cajas

Sanpons Salgado, M.: *El contrato de corretaje.* Montecorvo, Madrid, 1965.

Sempere Navarrro, A.: "Carácter abusivo del pacto de exclusividad (A propósito de la STS 263/2019, de 10 de mayo" en *Revista Aranzadi Doctrinal,* Núm. 8/2019.

Tasende Calvo, J.J.: "El contrato de mediación inmobiliaria en la compraventa de vivienda" en *Actualidad Civil.* Núm. 21. 2008.

EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

EVOLUTION ON JURISPRUDENTIAL TREATMENT OF TRANSPARENCY CONTROL IN MORTGAGE LOAN CONTRACTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1602-1617

Raquel
NAZÁBAL
BARANDA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Las condiciones generales de la contratación incorporadas en los contratos de préstamo hipotecario, celebrados entre entidades financiera y consumidores, han sido objeto de estudio por los tribunales naciones y por el TJUE con el fin de controlar prácticas abusivas por parte de los profesionales. El obligado control de transparencia es el mecanismo que garantiza la supresión de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. En consecuencia, observamos una jurisprudencia cambiante del Tribunal Supremo sobre cómo interpretar los principios generales fijados en la Directiva 93/13/ CEE para declarar la abusividad de las cláusulas, distanciándose en la actualidad de la doctrina comunitaria, así como de la suya propia en cláusulas suelo e hipotecas multidivisa.

PALABRAS CLAVE: Contrato de préstamo hipotecario, contrato de adhesión, consumidor, cláusulas abusivas, control de transparencia, interpretación extensiva, interpretación restrictiva, cláusulas índice IRPH, contrato novatorio de cláusula suelo, cláusula de renuncia específica, cláusula de renuncia genérica.

ABSTRACT: *The general contracting conditions included in the mortgage loan contracts, between financial institutions and consumers, have been studied by national courts and by the ECJ in order to control abusive practices carried out by professionals. The mandatory transparency control is the mechanism that guarantees the suppression of abusive clauses in adhesion contracts. Consequently, we observe a changing jurisprudence of the Supreme Court on how to interpret the general principles established in the Directive 93/13/CEE to declare the unfairness of the clauses, currently distancing itself from the community doctrine, as well as its own on floor clauses and multi-currency mortgages.*

KEY WORDS: *Mortgage loan contract, preformulate standard contracts, consumer, abusive clauses, transparency control, extensive interpretation, restrictive interpretation, IRPH index clauses, ground clause novice contract, specific waiver clause, generic waiver clause.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. ORIGEN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LOS CONTRATOS FINANCIEROS. III. ANÁLISIS JURÍDICO COMPARATIVO DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TJUE SOBRE EL CONTROL DE TRANSPARENCIA. 1. Cláusula índice IRPH. 2. Contratos novatorios de cláusula suelo. IV. INTANGIBILIDAD DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA COMO CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

En el año 1995 comenzó en España una burbuja inmobiliaria que estallaría en el 2007. El ciudadano medio, a pesar del incremento incesante del precio de la vivienda, compraba inmuebles ya fuera para uso residencial o como objeto de inversión. La estimulación de los mercados, el optimismo de la sociedad y en particular, la facilidad de la obtención de créditos hipotecarios desembocó en una crisis económica mundial.

Las entidades de financiación pusieron en el mercado un torrente de crédito hipotecario barato de fácil acceso para el prestamista. Estos contratos eran concedidos sin discriminación alguna a cualquier persona que justificara una capacidad económica mínima. De hecho, en muchas ocasiones era la entidad quien ofrecía al prestatario una cantidad superior a la que solicitaba para que pudiera amueblar su vivienda o comprarse un vehículo. La euforia del consumidor por acceder al mercado inmobiliario fue objeto de provecho por parte de las entidades en los procesos de contratación hipotecaria, pues fue habitual llevar a cabo prácticas abusivas contrarias a la legislación de esta materia.

A partir de la crisis económica, gracias a la incansable labor del legislador europeo para promover mecanismos de protección y defensa del consumidor y al trabajo efectuado por el TJUE, el tercer sector ha descubierto que las entidades bancarias han incorporado a sus contratos cláusulas que pueden resultar nulas por abusivas. En consecuencia, hemos observado una jurisprudencia sobre la materia con una evolución cambiante y, en ocasiones, contradictoria entre la comunitaria y la nacional.

II. ORIGEN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LOS CONTRATOS FINANCIEROS.

La Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, revela que el mercado único

• Raquel Nazábal Baranda
Presidenta de la Agrupación de jóvenes abogados y Abogada en ejercicio.
Institución: Ilustre Colegio de Abogados de Cantabria.

europeo implica un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales está garantizada. Las legislaciones de los Estados miembros relativas a las cláusulas de los contratos predispuestos celebrados con consumidores no comparten los mismos criterios. Esto originaría grandes diferencias entre los distintos mercados nacionales y produciría distorsiones de la competencia entre los vendedores y los prestadores de servicios cuando la comercialización se realiza en otros Estados. Este síntoma es el que ha conducido a la Unión Europea a considerar necesaria una armonización de la legislación que elimine las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, con el fin de agilizar los acuerdos transnacionales creando una mayor confianza en el mercado interior y, en particular, en el consumidor.

Desde su entrada en vigor, la Directiva 93/13/CEE ha sido interpretada a través de diversas resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que desarrollan los principios generales contenidos en esta. En particular, cabe destacar el goteo constante de cuestiones prejudiciales[1] que se plantean por nuestros Tribunales nacionales sobre esta materia. Y ello, debido a la continua controversia sobre cómo interpretar los principios generales fijados en la Directiva para declarar la abusividad de las cláusulas en los contratos financieros perfeccionados con consumidores.

Desde hace más de una década, observamos cómo llegan a nuestros Tribunales nacionales asuntos para el conocimiento de la abusividad de las cláusulas predispuestas en contratos financieros. No obstante, ha sido en estos últimos años cuando ha surgido la llegada de una avalancha de demandas que versan sobre esta materia. Por esta razón, la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, alcanzó el 25 de mayo de 2017 un acuerdo para la creación de juzgados especializados que conocieran de la materia relativa a las condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias, cuyo prestatario fuera una persona física. Sin embargo, estos Juzgados especializados continúan desbordados ante la proliferación de demandas que persiguen la declaración de abusividad de una creciente variedad de cláusulas: suelo, vencimiento anticipado, intereses moratorios, comisión de apertura, comisión por reclamación de posiciones deudoras, gastos de formalización de hipoteca, hipotecas multidivisa, a los que se sumaron posteriormente los relativas al IRPH y contratos novatorios de cláusula suelo.

1 DOUE de 27 de septiembre de 2019. Comunicación de la Comisión de las Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En esta se realiza un análisis de todas las sentencias y autos dictados por el TJUE en las cuestiones prejudiciales que se le han planteado por parte de los Estados miembros, desde la primera consulta resuelta, de fecha 27 de junio de 2.000 hasta la fecha del comunicado.

En su origen, el análisis jurídico del control de transparencia en la contratación de adhesión se realizó desde una perspectiva extensiva de la doctrina comunitaria por parte del Tribunal Supremo, tal y como se aprecia en la Sentencia dictada por la Sala 1ª de 18 de junio de 2012[2], Sentencia de 9 de mayo de 2013[3] y Sentencia de 15 de noviembre de 2017[4].

Sin embargo, a medida que el Tribunal Supremo ha continuado resolviendo diferentes asuntos en materia de cláusulas abusivas, hemos observado cómo este se aparta de la doctrina comunitaria[5] que fija las directrices para interpretar el principio de transparencia, pues realiza una interpretación cada vez más restrictiva del mismo, en vez de atribuirle un alcance más amplio del que resulta prima facie.

III. ANÁLISIS JURÍDICO COMPARATIVO DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TJUE SOBRE EL CONTROL DE TRANSPARENCIA.

El mecanismo del que disponemos para garantizar que las cláusulas que se incorporan a los contratos de adhesión, celebrados con consumidores, no sean abusivas es el obligado cumplimiento de los controles de transparencia, pues su objetivo es encontrar la simetría contractual de las posiciones de las partes dentro del negocio. El TJUE desarrolla su doctrina entendiendo que la transparencia está

2 STS Sala 1ª, de 18 de junio de 2012. Por primera vez interpreta la categoría jurídica del control de transparencia, en un asunto de impugnación de los intereses pactados en un préstamo hipotecario. Declara que "la cláusula general de buena fe, como criterio delimitador de la posible abusividad de la cláusula, solamente toma en consideración el ámbito objetivo del desequilibrio resultante sin presuponer ninguna intención o finalidad reprobable.". Y continúa su fundamentación, de la que he extraído los tres argumentos que inspiran la idea de interpretar de forma extensiva el control de transparencia. "Como consecuencia de la gravedad y la extensión del control proyectado, la declaración de abusividad de una cláusula o su no incorporación, inclusive por ser contraria a la moral o al orden público, no determina directamente la nulidad del contrato o su ineficacia total, siempre que no afecte a los elementos esenciales del mismo (artículo 9 y 10 de la ley de condiciones generales de la contratación y 10 Bis de la Ley 26/1984, de 14 de julio , general para la defensa de los consumidores y usuarios). (…) Por aplicación teleológica de la Directiva del 93, artículo 4.2, que los elementos esenciales del contrato, si bien excluidos del control de contenido, no obstante, pueden ser objeto de control por la vía de inclusión y de transparencia (artículos 5.5 y 7 de la ley de condiciones generales y 10.1. a) de la ley general de defensa de consumidores y usuarios). (…) El control de inclusión, particularmente referido al criterio de transparencia respecto de los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él y, a su vez, la prestación económica que va a obtener de la otra parte.".

3 La STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusula suelo adopta en su fundamentación la doctrina constituida por el TJUE en su Sentencia de 21 de marzo de 2013. Sobre los efectos retroactivos de las cláusulas suelo, fue en la Sentencia de 21 de diciembre de 2016 dictada por el TJUE, en la que establece que no procede limitar en el tiempo los efectos retroactivos de las cláusulas suelo. Ello fue así como consecuencia de una interpretación extensiva del principio de transparencia, pues se adoptó una posición por parte del Tribunal de entender este principio en toda su extensión para no perjudicar los elementos del mismo.

4 STS de 15 de noviembre de 2017. Declara la nulidad parcial del préstamo hipotecario y que su efecto de nulidad parcial conlleva la consideración de que la cantidad adeudada por los demandantes es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado la cantidad amortizada hasta la fecha, también en euros, en concepto de principal e intereses, debiendo subsistir sin los contenidos declarados nulos. Debe entenderse que el préstamo lo fue en euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura.

5 El juez nacional, conforme al principio de primacía del Derecho Comunitario, tiene la obligación de integrar y aplicar el mismo en sus resoluciones, dejando sin aplicación las disposiciones de la ley nacional que le contradigan.

ligada a que el predisponente cumpla con una serie de deberes de información y documentación en sede precontractual, suscitando así una cristalización del contrato. Este debe garantizar que el consumidor conoce exactamente las consecuencias económicas y jurídicas del contrato que está a punto de firmar y debe guardar el justo equilibrio de las prestaciones, respetando el principio de buena fe.

Sin embargo, como ya se ha adelantado en el apartado anterior, el Tribunal Supremo ha modificado su criterio, desvinculándose de esta interpretación extensiva de la transparencia a través de sus sentencias sobre las cláusulas índice IRPH[6] y los contratos novatorios de cláusula suelo[7]que seguidamente analizamos.

1. Cláusula índice IRPH.

En el año 2009, la Unión Europea obligó a España a eliminar los índices IRPH de Bancos y Cajas de Ahorro. Hasta pasados cuatro años, el legislador español se mantuvo inmóvil, y no fue hasta la entrada en vigor de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internalización (BOE, Nº 233, 28/09/2013), concretamente en su disposición adicional decimoquinta que versa sobre el régimen de transición para la desaparición de índices o tipos de interés de referencia, cuando eliminó el IRPH de Cajas, aunque no así el IRPH Entidades.

La cláusula en la que se establece como tipo de referencia el IRPH para el cálculo de interés en los préstamos hipotecarios ha sido causa de estudio por el TJUE en su Sentencia de 2 de marzo de 2020. En esta sentencia el Tribunal resuelve que, para que la cláusula que incluye una referencia a un tipo de interés variable, cuyo valor exacto no puede determinarse en un contrato de préstamo para toda la vigencia del contrato, supere el control de transparencia a los efectos del art. 4.2 de la Directiva 93/ 13, es necesario que se haya ofrecido por parte del predisponente la información sobre la evolución del índice de referencia de 2 años anteriores a la celebración del contrato. Concretamente se recoge en su apartado 50 y reza así: "la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, tal como resulta de los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13, no puede reducirse exclusivamente a su carácter comprensible en un plano formal y gramatical. Toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo relativo, en particular, al nivel de información, la mencionada exigencia de

6 Cuatro STS 595, 596, 597, 598/2020, de 12 de noviembre.

7 STS, la Sala 1ª, 558/2017, de 16 de octubre de 2017 declara nulas las cláusulas incorporadas en el contrato novatorio. Sin embargo, a partir de su Sentencia 205/2018, de 11 de abril de 2018 modifica su jurisprudencia a través de una interpretación restrictiva del control de transparencia sobre las cláusulas incorporadas en dichos contratos. No obstante, continúa existiendo jurisprudencia menor que se descuelga de esta doctrina para adherirse a la comunitaria, en la que se deja ver una interpretación amplia del control de transparencia que conlleva a la declaración de abusividad de las cláusulas.

redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales y, por tanto, de transparencia, a que obliga la propia Directiva, debe interpretarse de manera extensiva. (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C26/13, EU:C:2014:282, apartados 71 y 72, y de 20 de septiembre de 2017, Andriciuc y otros, C186/16, EU:C:2017:703, apartado 44).". Y añade en su apartado 51, "la referida exigencia se ha de entender como la obligación no solo de que la cláusula considerada sea comprensible para el consumidor en un plano formal y gramatical, sino también de que posibilite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo de dicho tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras". Y prosigue: "Constituyen elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés.".

A la vista de lo que acaba de indicarse, todo apuntaba a que, al Tribunal Supremo, una vez declaradas abusivas las cláusulas de índice IRPH que no superasen el control de transparencia, le restaría por resolver dos cuestiones. Por un lado, las consecuencias de la nulidad y, por el otro, el modo de integrar el tipo de interés una vez declarado el IRPH nulo.

El Tribunal Supremo, sin embargo, con posterioridad a la citada resolución, dictó cuatro sentencias de fecha 12 de noviembre de 2020, en las que pese a considerar que el índice de referencia IRPH no es transparente a los efectos del art. 4.2 de la Directiva, resuelve que estas son cláusulas que no resultan abusivas. Dicha conclusión la sostienen bajo la premisa de que las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, aun no siendo transparentes, cuando resulten inocuas para el consumidor no deben ser declaradas automáticamente nulas. Es decir, la falta de transparencia no determina esa abusividad directa, sino que posibilita que la cláusula sea sometida a un control de contenido y un control de abusividad[8].

8 STS 12 de noviembre de 2020 concluye que "respecto de los elementos esenciales del contrato (precio y prestación) se desprende del art. 4.2 de la Directiva 93/13, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, que los controles de transparencia y abusividad son diferentes y el primero es presupuesto o antecedente del segundo.". No obstante, recoge que "Únicamente hemos asimilado falta de transparencia a abusividad en supuestos muy concretos, como las denominadas cláusulas suelo porque (…) tales condiciones generales entrañan un elemento engañoso.".

A este respecto, considero relevante la conclusión alcanzada por Fco. Javier Orduña Moreno[9]: "la consideración de la falta de transparencia como una parte integrante del carácter abusivo de la cláusula, es la que sigue la doctrina dominante en Alemania, aunque en la actualidad haya sectores que maticen el alcance de dicha conclusión. Sin embargo, estas matizaciones referidas principalmente a la implicación directa de la abusividad por falta de transparencia y a su posible ponderación con el resto de parámetros que puede ofrecer el control de contenido, particularmente en el supuesto de las denominadas cláusulas neutras o inocuas para el consumidor, no resultan, a nuestro juicio, determinantes. En efecto, pensemos que la falta de transparencia, por sí misma, ya resulta relevante para el ordenamiento jurídico a tenor de la legislación dispensada, pues no solo se tutela el interés específico del consumidor adherente, esto es, que la cláusula le resulte perjudicial, sino, y con mayor claridad en el control de transparencia, el interés general de suprimir del tráfico patrimonial seriado todas aquellas cláusulas que resulten contrarias a la transparencia debida, protegiéndose la calidad de negociación y la correcta competencia entre las empresas".

La erudición sobre el control de transparencia expuesta por nuestro Tribunal, en las citadas sentencias de 12 de noviembre de 2020, rompe con su doctrina tradicional de cláusulas suelo e hipotecas multidivisa, así como con la teoría del profesor Fco. Javier Orduña Moreno. De hecho, si tuviéramos una doctrina tradicional continuista sobre el control de transparencia instaurado en la sentencia que resuelve la abusividad de la cláusula suelo, determinaríamos que la falta de transparencia de la cláusula IRPH es instrumental y crea un perjuicio sustancial para el consumidor, consistente en la frustración de una expectativa legítima sobre el coste del crédito. En otras palabras que resultan más sencillas de entender, crea un perjuicio al adherente consistente en la privación de la posibilidad de escoger correctamente entre las distintas ofertas existentes.

El análisis que se realice de la cláusula de índice IRPH debe efectuarse desde el ámbito de la oficina de la entidad bancaria. Desde este punto de partida conocemos que, cuando el prestamista ha ofrecido al prestatario un contrato de préstamo hipotecario con un tipo de referencia IRPH, le ha incentivado a aceptarlo a través de la oferta de un diferencial más bajo. Por tanto, teniendo en cuenta que el índice IRPH es un tipo de interés variable del que el consumidor medio desconoce absolutamente su metodología de fluctuación, resulta incuestionable que el adherente se ha visto influenciado para aceptar la oferta por el dato secundario del precio (el diferencial), pues es el único dato cierto que conoce. En consecuencia, cuando contrata el préstamo con un interés IRPH está convencido

9 Orduña Moreno, Fco. J, Sánchez Martín, C, Guillén Catalán, R: "Tratamiento doctrinal de la figura", AA.VV Control de transparencia y contratación bancaria, Régimen de aplicación y doctrina jurisprudencial aplicable, Tirant lo Blanch, 2016, p. 74.

de que ha contratado un producto más competitivo, ya que el diferencial es más bajo, pero en realidad resulta que ha contratado un préstamo más oneroso que otro préstamo referenciado con Euribor, aunque su diferencial sea más alto.

Así pues, el juzgador debería entrar a conocer sobre si el prestatario ha sido suficientemente informado de que el índice de referencia IRPH era poco usual o, por lo menos, desproporcionadamente menos utilizado que el Euribor[10], y de que históricamente siempre ha sido superior que este último.[11]

Las STS de 12 de noviembre de 2020 exige para declarar la nulidad de la cláusula de interés IRPH, no únicamente que esta sufra falta de transparencia –tesis que se seguía con la cláusula citadas- sino que, además, debería ser abusiva per se, sin que en ese juicio de abusividad importe el hecho de que se hubiera aportado información al consumidor.

Pues bien, una vez concluido que la cláusula analizada no es transparente, la sentencia estudia el carácter abusivo de la misma, entrando a analizar para ello dos elementos: por un lado, la contrariedad a la buena fe y, por otro, el desequilibrio sustancial.

De forma sintetizada la STS sostiene que la cláusula de índice IRPH no es contraria a la buena fe por ser un índice de referencia oficial y haber sido utilizado por la regulación estatal y autonómica relativa a financiación de vivienda de protección oficial[12]. Empero, el voto particular formulado por el magistrado D. Fco. Javier Arroyo Fiestas, destapa su desacuerdo con esta reflexión sobre la contrariedad de la buena fe y formaliza la suya propia desde una posición antípoda, exponiendo lo siguiente:

10 La Sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020, en su apartado 22 recoge "El juzgado remitente expone en primer lugar que, como referencia para la revisión de los intereses variables de los préstamos hipotecarios, el IRPH de las cajas de ahorros es menos ventajoso que el tipo medio del mercado interbancario europeo (en lo sucesivo, «euríbor»), que, según indica, se utiliza en el 90 % de los préstamos hipotecarios suscritos en España. A su juicio, la utilización del IRPH de las cajas de ahorro representa un coste adicional de entre 18.000 y 21.000 euros por préstamo.".

11 La ST del TJUE de 26 de enero de 2017 explica el modo en el que debe realizarse el control de las cláusulas no transparentes adheridas al tipo de interés de un préstamo. Particularmente, su considerando 67 refiere que "para valorar si una cláusula adherente al tipo de interés nominal no transparente es abusiva, hay que compararlo con los tipos de intereses aplicable mayoritariamente a los préstamos de similares condiciones que se están haciendo en ese momento.".

12 STS, 12 de noviembre de 2020, refiere que el IRPH "En la Circular 5/1994, de 22 de julio, se incluyó como índice de referencia oficial, de forma que el Banco de España se comprometió a publicar regularmente, con las ventajas desde el punto de vista de la oficialidad que implicaba su uso". Y continúa reflexionando que "a estos efectos del juicio de buena fe, no es desdeñable que el Gobierno central y varios Gobiernos autonómicos, en la fecha de suscripción del contrato y en la actualidad, a través de diversas disposiciones reglamentarias, tengan establecido el índice IRPH como referencia para la financiación (obtención de préstamos) de la adquisición de viviendas de protección oficial –VPO- (véase la respuesta negativa de la Secretaría de Estado de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, de junio de 2020, a la recomendación del Defensor del Pueblo de sustituir el índice IRPH por el Euríbor u otro índice oficial en viviendas de protección oficial)".

"A la vista de lo expuesto, es evidente el perjuicio causado al consumidor, en cuanto que por falta de información suficiente no ha podido comparar con otras ofertas del mercado, por lo que se le privó del ejercicio de un legítimo derecho de opción, del que quedó desposeído por la falta de transparencia.

No es la Sala la que debe valorar cuál índice le resultaba más interesante a la parte demandante, sino que era el consumidor quien debía tomar dicha decisión con la información que no se le facilitó[13]".

Respecto al desequilibrio sustancial creado al consumidor, la sala ha destacado que de conformidad con el art. 4.1 de la Directiva 93/13, no se ha de tener en cuenta la evolución del IRPH posterior a la celebración del contrato porque debe de atenderse a las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato. No obstante, nuevamente el voto particular se pronunció indicando que a la vista de la doctrina de la sentencia, de 14 de marzo de 2013, del TJUE (Caso Aziz)[14]"debemos pronunciar que el profesional no trató al consumidor de manera leal, al no ofrecerle la información legalmente requerida sobre la evolución del índice IRPH y el incumplimiento manifiesto de dicho mandato normativo, priva de buena fe a la conducta del profesional.".

Todo ello debe valorarse sin dejar atrás la metodología de cálculo de los índices IRPH. Este tipo de referencia se calcula mediante la media simple de interés TAE de las hipotecas concedidas por las entidades financieras españolas, sin eliminarse los valores extremos, como sí sucede en el Euribor, y teniendo en cuenta las comisiones y gastos[15]. Esta circunstancia ha provocado que este tipo de referencia, durante toda su vigencia, haya sido más elevado que el Euribor, ya que es supervisado por las cajas y entidades, y son estas quienes lo determinan. Por tanto, consideramos que se le debería exigir al profesional que pusiera en conocimiento del consumidor esta particularidad.

13 STJUE de 16 de enero de 2014, en el asunto C-226/12, en interpretación del art. 3.1 de la Directiva 93/13, declaró que la existencia de un «desequilibrio importante» no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor, por una cláusula contractual, tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate. Sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales.

14 La sentencia declaró que "Para determinar si se causa el desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual".

15 Sobre estas cláusulas comentan entre otras: Castillo Martínez, C.C, "La nulidad de la cláusula que incluye el índice de referencia IRPH en las escrituras de préstamo hipotecarios con consumidores", Revista Actualidad Civil, 2017, ISSN 0213-7100, Nº 11, 2017. Suárez Puga, E, "Problemática contractual actual relativa a determinados índices financieros en contratos de financiación: el caso IRPH", Revista Aranzadi civil-mercantil Doctrinal, 2017, ISSN 2174-1840, Nº. 5, págs. 29-43. Ortiz Pérez. M y Erauskin Vázquez, J.M, "IRPH Cajas, ¿una simple media de los tipos de interés medios ponderados?", Revista Aranzadi Doctrinal, 2017, ISSN 1889-4380, Nº. 7, pp. 133-142.

Así pues, se observa dentro de las opiniones jurídicas una gran discrepancia, ya que son diversos los juzgados de primera instancia[16], los que se pronuncian sobre la cláusula índice IRPH de modo diferenciado a la doctrina constituida por nuestro Alto Tribunal, apoyándose en el voto particular manifestado en las sentencias de 12 de noviembre de 2020.

2. Contratos novatorios de cláusula suelo.

Tras la doctrina constituida por el Tribunal Supremo sobre cláusula suelo, las entidades bancarias eran perfectamente conscientes de que iban a sufrir un problema financiero en el caso de que todos sus clientes les reclamasen las cantidades indebidamente cobradas a consecuencia de la aplicación de estas cláusulas. De este modo, los equipos jurídicos de todas las entidades buscaron métodos y estrategias que evitaran tener que reembolsar a los prestatarios dichas cantidades o, por lo menos, controlar que la devolución de las mismas se realizara gradualmente.

Así, tras estudiar y conocer las entidades financieras las consecuencias que podría suponer la declaración de nulidad de las cláusulas suelo que había resuelto el Tribunal Supremo, pusieron en el mercado los contratos novatorios de cláusula suelo. Estos contratos seriados eran acuerdos que el profesional ofrecía al adherente, estimulando su voluntad mediante el pacto de unos nuevos intereses remuneratorios, ya fuera bajando el tipo de interés mínimo por debajo del que habían incluido en los contratos de préstamo inicialmente, o incluso en algunos casos eliminando la cláusula. La mayor parte de los contratos celebrados incluían una cláusula de renuncia de ejercicio acciones contra la cláusula suelo inicial, e incluso, cláusulas de renuncia de acciones contra cualquier cláusula recogida en el contrato inicial.

Pese a haber proclamado el Tribunal Supremo en su Sentencia 558/2017, de 16 de octubre de 2017[17], la nulidad de las nuevas cláusulas suelo que trae el acuerdo de novación, en sus sentencias de 11 de abril y 13 de septiembre de 2018 estima válida el acuerdo novatorio porque, a diferencia de lo que había interpretado en anteriores ocasiones, considera que es un acuerdo transaccional. Por ende,

16 Entre los que se encuentra el Juzgado de Primera Instancia nº 1 Arrecife con su St. 335/2020, de fecha 15 de diciembre de 2020, el Juzgado de Primera Instancia nº 7 Bis de Pamplona y el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 BIS de San Cristóbal de La Laguna (Santa Cruz de Tenerife) con su St. 1128/2020, de 3 de diciembre, entre otros.

17 La STS 558/2017, 16 de octubre de 2017, declaró nula la nueva cláusula suelo que incorporaba el acuerdo de novación, al haberse determinado la nulidad absoluta por falta de transparencia de la cláusula que intenta novar y, consecuentemente, no puede modificarse ni convalidarse mediante ningún acuerdo, como se desprende del artículo 1208 CC, que formula: "La novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen".

las dos cláusulas que hemos señalado eran válidas porque superan el control de transparencia material.

Parece sorprendente que el Alto Tribunal considerase que estos documentos son acuerdos transaccionales cuando la propia entidad los califica como "Contrato de novación modificativa de los préstamos". De hecho, en estos se establece que están sujetos a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, por tanto, no cabe duda que el profesional ha querido calificar de contrato novatorio a este documento.

Tras estas, fueron varias las cuestiones prejudiciales que se plantearon por considerar que esta doctrina podría ser contraria a la directiva de cláusulas abusivas. En particular, analizaremos la elevada por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción n.º 3 de Teruel que resolvió el TJUE en su Sentencia de 9 de julio de 2020.

En este asunto se discutía la validez conforme a la Directiva 93/13 del contrato suscrito entre la entidad Ibercaja Banco S.A y el prestatario, en el que se acordaba novar la cláusula suelo que existía en el préstamo hipotecario inicial, aplicando un límite mínimo al interés más bajo que el anterior contratado, a cambio de renunciar expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que trajera causa de su formalización y clausulado. Además, se recoge que la formalización del presente documento constituía una novación sujeta a la Ley 2 / 1994 de 30 de marzo y la parte prestataria escribía y firmaba de su puño y letra que soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mí préstamo nunca bajará del 2,35% nominal anual.

La cuestión prejudicial planteada por la magistrada presenta cinco cuestiones que son resueltas por el TJUE. Con posterioridad son diversas las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo sobre las diversas cuestiones que plantean estos contratos novatorios y que en comparativa con la doctrina comunitaria extraigo tres reflexiones.

La primera cuestión planteada se centra en el principio de no vinculación de las cláusulas nulas (artículo 6 Directiva 93/13 CEE del Consejo de 5 de abril) y su extensión a los contratos y negocios jurídicos posteriores, como ocurre en el contrato de novación. El TJUE resuelve que un consumidor puede renunciar a hacer valer el carácter abusivo de una cláusula siempre y cuando la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado. Es decir, ha de garantizarse que el consumidor era consciente del carácter vinculante de esa cláusula y de las consecuencias[18].

18 Sentencia TJUE 9 de julio de 2020. En respuesta a la primera pregunta planteada por la cuestión prejudicial responde "No obstante, tal como resulta de la jurisprudencia citada en el apartado 25 de la presente sentencia, la renuncia de un consumidor a hacer valer la nulidad de una cláusula abusiva únicamente puede

Sin embargo, en las sentencias que dicta con posterioridad el Tribunal Supremo, se declara la validez de la cláusula sin que se acredite que el prestamista conocía estos extremos. Entiende que el hecho de que exista un conocimiento generalizado de la doctrina sentada por este Tribunal sobre las cláusulas suelo, exime de tener que comprobar caso por caso si el prestatario realmente ha sido informado por el prestamista sobre estos extremos o que este lo pueda haber conocido en otras circunstancias.

Sobre el particular, cabe decir que el consumidor medio no tiene un conocimiento cierto de qué es una cláusula suelo, cuál es su mecanismo, las consecuencias que supone, ni tampoco que es potencialmente nula. Los ciudadanos han escuchado que las entidades han aplicado a ciertos préstamos una cláusula que se hace llamar "suelo", pero continúan preguntando a los profesionales sobre estas cuestiones porque ellos no son capaces de reconocerlas.

Además, como se advierte en la cuestión prejudicial planteada, los contratos novatorios fueron predispuestos por las entidades, cuyo modus operandi fue el de llamar a sus clientes con el fin de proponerles un contrato más ventajoso mediante técnicas de persuasión para que aceptaran la novación. De este modo, evitaban suprimir las cláusulas suelo pese a que ya no se incorporan a los nuevos contratos de préstamo hipotecario formalizados con dichas entidades y no les permiten el acceso al documento para su análisis y estudio.

Así pues, nuestra primera conclusión es que la fundamentación ofrecida por el Tribunal Supremo atenta contra la Directiva de cláusulas abusivas. La existencia de un conocimiento generalizado sobre la doctrina de cláusulas suelo no supone que el consumidor conozca que esta no es vinculante y las consecuencias que ello conlleva. Por tanto, este pretexto argüido por el juzgador para no tener que comprobar si el prestamista ha facilitado o no dicha información al prestatario, supone una vulneración de la doctrina asentada por el TJUE para validar la renuncia a hacer valer la nulidad de la cláusula.

Mediante su cuarta cuestión prejudicial el juzgado remitente pregunta, fundamentalmente, según la sentencia del TJUE "si el artículo 3, apartado 1, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que la exigencia de transparencia que tales disposiciones imponen a un profesional implica que, cuando este celebra con un consumidor un contrato de préstamo hipotecario de tipo de interés variable y que establece una cláusula

ser tomada en consideración si, en el momento de la renuncia, el consumidor era consciente del carácter no vinculante de esa cláusula y de las consecuencias que ello conllevaba. Solo en este supuesto cabe considerar que la adhesión del consumidor a la novación de tal cláusula procede de un consentimiento libre e informado, dentro del respeto de los requisitos establecidos en el artículo 3 de la Directiva 93/13, extremo este que corresponde comprobar al juez nacional.".

«suelo», el profesional debe facilitar al consumidor la información necesaria para comprender las consecuencias económicas que para este último se derivan, en el momento de la celebración del contrato, del mecanismo establecido por la referida cláusula «suelo»".

El TJUE recuerda en su apartado 44 que el control de transparencia debe interpretarse de manera extensiva al encontrarse el consumidor en una situación de inferioridad respecto del profesional[19]. En el siguiente apartado nos enseña cómo debe realizarse dicha interpretación extensiva y refiere que "la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender también como una obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él". En consecuencia, exige que el prestamista facilite los datos necesarios para que el consumidor pueda calcular los intereses que ha abonado indebidamente.

En relación a esta cuestión, el Alto Tribunal prevé que no cabe exigir a las entidades que informen de forma precisa al cliente acerca de las consecuencias económicas que tenga asociadas a las variaciones de tipo de interés. Es decir, el consumidor no tiene que ser informado por el profesional sobre las cantidades que ha pagado hasta ese momento con la cláusula suelo y las que tenía que haber pagado en ausencia de la cláusula suelo.

Tras sus últimas resoluciones, concluimos que la jurisprudencia del Tribunal Supremo es contraria tanto a la doctrina del TJUE como a la suya anterior creada para los contratos multidivisa y cláusulas suelo, pues en estas se exige que el prestamista informe debidamente sobre los datos económicos de dos años naturales previos a la celebración del contrato. Además, consideramos equívoco considerar que un prestatario es capaz de calcular las cantidades que ha abonado indebidamente por conocer el tipo de interés contratado. Un consumidor medio no dispone de los recursos suficientes para calcular dicho importe, pues necesita conocer tanto la cantidad pagada habiéndose aplicado la cláusula suelo que se calcula con la suma de las cuotas abonadas y las cantidades que hubiera tenido que pagar sin aplicarse dicha cláusula. Este último importe es palmario que un ciudadano de a pie no es capaz de calcularlo, pues no conoce la metodología de cálculo y al ser el tipo de interés contratado variable resulta imposible que pueda efectuarse un cálculo exacto por su parte.

19 Sentencia TJUE, de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 50.

Mediante las cuestiones prejudiciales tercera y quinta se plantea si conforme a la Directiva 93/13 debe interpretarse como abusiva una cláusula de un contrato de novación que modifica una cláusula de un contrato anterior, mediante la que un profesional y un consumidor renuncian a ejercitar acciones judiciales para hacer valer pretensiones relativas, en particular, tanto a la cláusula inicial modificada como a la cláusula novatoria. El Tribunal de Justicia dispone que el consumidor debe conocer las consecuencias jurídicas de la cláusula de renuncia al ejercicio de reclamación de nulidad de la cláusula suelo del contrato inicial. Esto supone que el consumidor tiene que conocer cuáles son los derechos exactos a los que renuncia y también las consecuencias económicas. Es decir, cuál es el dinero exacto al que renuncia.

El Tribunal Supremo se hace eco del fundamento expuesto por el TJUE en su apartado 55 para validar esta cláusula. No obstante, lo utiliza sin tener en cuenta la exigencia por parte del profesional de tener que poner a disposición del consumidor los datos necesarios para que pueda conocer las cantidades a las que renunciaría aceptando una nueva cláusula suelo. Esta cantidad sería la coincidente con la diferencia entre las sumas satisfechas por el consumidor en aplicación de la cláusula suelo inicial y las que hubieran debido abonarse en ausencia de cláusula suelo.En la medida en que Tribunal Supremo estima que el consumidor no tiene que conocer esos derechos, ni las consecuencias económicas exactas, supone una vulneración de la doctrina comunitaria.

No obstante, a partir de la STS de 5 de noviembre de 2020 se materializa una distinción entre las cláusulas de renuncia redactadas de forma genérica y específica. En los casos en los que la renuncia sea sobre el ejercicio de una acción concreta, entiende nuestro Tribunal que es válida porque el consumidor conoce exactamente a qué renuncia. Sin embargo, si la renuncia de acciones va más allá de la controversia suscitada en torno a la cláusula suelo y se refiere a cualquier acción que traiga causa de la formalización y del clausulado del contrato de préstamo, no puede reconocerse su validez. Pues bien, en la medida que en los casos de renuncia específica no se exige al profesional informar al adherido sobre las consecuencias económicas derivadas de la misma, entendemos que el control de transparencia no es interpretado de forma extensiva.

IV. INTANGIBILIDAD DE LA TRANSPARENCIA COMO CONCLUSIÓN.

El principio de intangibilidad de las resoluciones firmes impide a otro órgano judicial reinterpretar o rectificar lo acordado con carácter firme de modo procedente. En la Sentencia del TJUE de 9 de marzo de 1978 se establece la obligación del juez nacional de aplicar íntegramente el derecho comunitario.

Por ende, nuestros tribunales deben de respetar íntegramente las resoluciones dictadas por el Tribunal Europeo.

La doctrina comunitaria establece que el control de transparencia material debe ser interpretado de forma extensiva, sin vulnerar los derechos de los consumidores. Sin embargo, el Tribunal Supremo mantiene un criterio restrictivo para encarar dicho control sobre contratos novatorios de cláusulas suelo y cláusulas de índice IRPH, alejándose de garantizar la protección al consumidor prevista en el art. 169.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la Directiva 93/13.

La falta de regulación del control de transparencia, así como de otros mecanismos de protección y defensa del consumidor, es la causa de que los tribunales tengan que interpretar la Directiva 93/13. Nuestro Alto Tribunal, en vez de analizar el control de abusividad de las cláusulas desde el holismo de los controles de incorporación, transparencia y contenido, continúa examinándolos de forma individual y sin conectarlos. Como he adelantado a lo largo del artículo, esta manera de interpretar la abusividad ha originado que diversos juzgados y audiencias provinciales se hayan manifestado de forma contraria a esta jurisprudencia, valiéndose del principio de supremacía del derecho comunitario y el control de convencionalidad. El TJUE en efecto mantiene que no no hay un control de abusividad en sí mismo, sino que una cláusula es nula cuando por parte del predisponente se incumple la reglamentación contenida en la directiva 93/13.

Esta situación ha propiciado una innegable inseguridad jurídica que vivimos con una gran inquietud los operadores jurídicos. La cambiante jurisprudencia conlleva que hermanos, vecinos y amigos obtengan una respuesta distinta por parte de los tribunales nacionales para supuestos de hecho idénticos. En este sentido, únicamente cabe esperar que el legislador corrija esta ineficacia de la regulación y normativice el control de transparencia de forma determinante, para acabar con la desprotección del consumidor y generar mayor confianza en los profesionales que conocerán exactamente cuáles son sus deberes y obligaciones en la contratación seriada.

ASSICURAZIONE SULLA VITA A FAVORE DEGLI "EREDI" E RIPARTIZIONE DELL'INDENNIZZO

LIFE INSURANCE POLICY IN FAVOUR OF "HEIRS" AND INSURANCE COMPENSATION DISTRIBUTION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1618-1643

Riccardo
MAZZARIOL

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: In questo saggio si analizzano i problemi interpretativi che la generica designazione degli "eredi", quali beneficiari di un contratto di assicurazione sulla vita, pone. In particolare, viene verificato a chi spetti l'indennizzo al momento della morte dell'assicurato, come esso vada ripartito tra i beneficiari e come possa essere risolto il caso della premorienza di uno dei beneficiari individuati negli "eredi".

PALABRAS CLAVE: Assicurazione sulla vita; indennizzo; ripartizione tra i beneficiari; eredi; premorienza.

ABSTRACT: *The essay analyzes the doubts of interpretation concerning the generic designation of "heirs" as beneficiaries of a life insurance contract. In particular, it verifies who gets the insurance compensation when the insured person dies, how the insurance compensation has to be divided among the beneficiaries and whose it belongs in case of death, before the insured person, of one of the beneficiaries identified in the "heirs".*

KEY WORDS: *Life insurance contract; insurance compensation; division between beneficiaries; heirs; predecease.*

SUMARIO.- I. GLI AMBITI D'INDAGINE.- II. LA NATURA DEL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE SULLA VITA A FAVORE DI TERZI.- III. IL CRITERIO DI INDIVIDUAZIONE DEGLI "EREDI" IN CASO DI DESIGNAZIONE QUALI BENEFICIARI.- IV. IL CRITERIO DI RIPARTIZIONE DELL'INDENNIZZO TRA GLI "EREDI" BENEFICIARI.- V. IL CRITERIO DI RIPARTIZIONE DELL'INDENNIZZO IN CASO DI PREMORIENZA AL CONTRAENTE DI UNO DEGLI "EREDI" BENEFICIARI.

I. GLI AMBITI D'INDAGINE.

La generica indicazione degli "eredi" (legittimi o testamentari), quali beneficiari di un contratto di assicurazione sulla vita per il caso di morte[1], ha da sempre sollevato dubbi interpretativi così radicati e forieri di un lungo contenzioso tra gli eredi del contraente e la compagnia assicurativa, da avere di recente trovato soluzione a opera delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione[2], che hanno stabilito dei principi applicativi volti a individuare i destinatari dell'attribuzione (a), a disciplinare tra essi la ripartizione delle quote (b) e a regolare la sorte dell'indennizzo in caso di premorienza di uno dei beneficiari al contraente (c).

Le contrastanti soluzioni, proposte dalla pregressa giurisprudenza e dalla dottrina, possono sinteticamente ricondursi a due differenti posizioni concernenti il rapporto tra diritto delle assicurazioni e diritto successorio[3]: la prima volta a valorizzare la natura eminentemente contrattuale della fonte regolatrice del rapporto assicurativo e a sottrarlo alle regole della successione[4]; la seconda orientata a ricavare in via interpretativa dalla materia successoria la misura delle quote spettanti ai beneficiari[5].

Le Sezioni Unite, aderendo alla prima prospettiva, hanno stabilito, con esiti non esenti da critiche, che: a) il diritto all'indennizzo compete a coloro che, al momento della morte dell'assicurato, rivestono la qualità di eredi in forza del titolo dell'astratta delazione, senza la necessità di accettazione dell'eredità; b) in difetto

1 L'art. 1920, comma 2°, cod. civ. ammette che la designazione possa avvenire in modo generico o indiretto, ossia indicando una categoria di persone individuabili al tempo della morte del contraente in base a una loro qualità o condizione personale (ad es. "i miei eredi" o "i miei figli").

2 Si fa riferimento a Cass., Sez. Un., 30 aprile 2021, n. 11421 (Dejure.it), il cui commento a opera dello scrivente, sostanzialmente speculare al presente contributo, ha trovato spazio in Nuova giurisprudenza civile commentata, 2021, n. 5°, pp. 1094 ss.

3 Per una più ampia analisi dell'argomento, *vid.* Rojas Elgueta, G.: "Evoluzioni del diritto delle successioni e rapporti con il diritto delle successioni", *Rivista di diritto civile*, 2005, n. 4°, pp. 213 ss.

4 Sono indicative di questo orientamento, ad esempio, Cass. 14 maggio 1996, n. 4484 (Assicurazioni 1996, 88); Cass. 23 marzo 2006, n. 6531 (*Responsabilità civile e previdenza* 2006, 1734); Cass. 21 dicembre 2016, n. 26606 (*Foro italiano* 2017, IV, 1, 1355); Cass. 15 ottobre 2018, n. 25635 (*Famiglia e diritto* 2019, 461).

5 In questo senso, *vid.* Cass. 29 settembre 2015, n. 19210 (*Foro italiano* 2016, I, 160).

• Riccardo Mazzariol
Professore associato nel Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto dell'Università di Padova
E-mail: riccardo.mazzariol@unipd.it

di una diversa inequivoca volontà del contraente, a ciascun erede-beneficiario spetta una quota uguale dell'indennizzo assicurativo; c) la premorienza di uno dei beneficiari individuati negli "eredi" comporta l'attribuzione della prestazione a favore degli eredi superstiti del premorto in proporzione alla quota che sarebbe spettata a quest'ultimo, salvo che il beneficio sia stato revocato o il contraente non abbia disposto diversamente.

II. LA NATURA DEL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE SULLA VITA A FAVORE DI TERZI.

Il contratto di assicurazione sulla vita a favore di terzi rappresenta uno strumento negoziale che consente al contraente di disporre di una parte del proprio patrimonio per il tempo successivo a quando avrà cessato di vivere[6]. È stata al riguardo evocata la categoria di atto con efficacia *post mortem* o, ove la si accolga, quella di atto *trans mortem*, riferendosi all'attitudine del contratto a trasferire ricchezza al momento del decesso del contraente, pur al di fuori di una logica *mortis causa*[7], attraverso lo schema trilaterale del contratto a favore di terzi[8], senza alcun trasferimento diretto di ricchezza dal *de cuius* al beneficiario: al momento del decesso dello stipulante-assicurato, la compagnia assicurativa-promittente è obbligata a versare il capitale al terzo, che acquista il diritto all'indennità senza necessità di accettazione per effetto della designazione[9].

6 Il fenomeno è stato ricondotto alle c.d. successioni contrattuali anomale dagli effetti parasuccessori: cfr. Palazzo, A.: "La dottrina civilistica italiana sui negozi *trans mortem* dagli anni cinquanta ad oggi", in AA.VV.: *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative. Congresso dei civilisti italiani (Venezia, 23-26 giugno 1989)*, Cedam, Padova, 1991, pp. 221 ss.

7 Sulla nozione di atto *mortis causa*, *vid.* su tutti Giampiccolo, G.: "voce Atto mortis causa", in AA.VV.: *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 233 ss. ("l'atto che ha a proprio contenuto il regolamento di una situazione rilevante giuridicamente dopo la morte del suo autore"), mentre su quella di atto *post mortem vid.* almeno Nicolò, R.: "Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa", *Vita notarile*, 1971, pp. 147 ss.; De Giorgi, M.V.: *I patti sulle successioni future*, Jovene, Napoli, 1976, p. 68. Per la nozione di atto *trans mortem vid.* Palazzo, A.: "Istituti alternativi al testamento", in AA.VV.: *Trattato di diritto civile del C.N.N.* (diretto da P. Perlingieri), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, pp. 17 ss.

8 Così per la dottrina dominante: *vid.* tra molti Buttaro, L.: "voce Assicurazione sulla vita", in AA.VV.: *Enciclopedia del diritto*, III, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 648 ss. (spec. pp. 655-656); Franzoni, M.: "Degli effetti del contratto", in AA.VV.: *Commentario al Codice civile* (fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli), Giuffrè, Milano, 1998, p. 183; Albanese, A.: "Assicurazione sulla vita e protezione patrimoniale", *Contratto e impresa*, 2016, n. 6°, p. 1423; Barison, S. e Gagliardi, M.: "Dell'assicurazione sulla vita", in AA.VV.: *Commentario al Codice civile* (fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli), Giuffrè, Milano, 2013, p. 76; Peccenini, F.: "Dell'assicurazione", in AA.VV.: *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca* (a cura di F. Galgano), Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 2011, p. 234; Mora, A.: "Il beneficiario dell'assicurazione sulla vita a favore di terzi", *Responsabilità civile e previdenza*, 1988, p. 332. *Contra*, *vid.* Biondi, B.: "Le donazioni", in AA.VV.: *Trattato di diritto civile italiano* (diretto da F. Vassalli), XXII, 4, Utet, Torino, 1961, pp. 971 ss., secondo cui "considerare l'assicurazione sulla vita come contratto a favore del terzo non è esatto giacché per sua natura non può essere che a vantaggio di un terzo".

9 La dottrina chiarisce che si tratta di un diritto soggettivo perfetto e non di una semplice aspettativa, di cui si può disporre per atto *inter vivos*, trasmettendosi agli eredi alla morte del titolare: v., ad esempio, Buttaro, L.: "voce Assicurazione sulla vita", cit., p. 661, secondo cui si tratta di diritto sottoposto a condizione risolutiva *ex* art. 1921 cod. civ.; Gasperoni, N.: "voce Assicurazione, III, Assicurazione sulla vita", in AA.VV.: *Enciclopedia giuridica Treccani*, III, Ed. Enc. it., Roma, 1988, p. 12; Siri, M.: "La premorienza del beneficiario nell'assicurazione sulla vita", *Banca, borsa, titoli di credito*, 2013, n. 5°, pp. 622 ss.; Salandra, V.: "Dell'assicurazione", in AA.VV.: *Commentario del Codice civile* (a cura di A. Scialoja e G. Branca), Zanichelli-

È sostanzialmente condivisa in giurisprudenza l'opinione secondo cui la morte del contraente non costituisce causa dell'acquisto del diritto in capo ai designati, ma rappresenta l'evento a partire dal quale l'acquisto diviene efficace, allontanando così il contratto di assicurazione sulla vita dalla categoria dei patti successori[10]: il negozio, benché realizzi una forma di successione alternativa alla disposizione testamentaria[11], è ricompreso tra gli atti *inter vivos*.

La conferma viene tratta da quanto dispone l'art. 1920, comma 3°, cod. civ., a mente del quale "per effetto della designazione il terzo acquista un diritto proprio ai vantaggi dell'assicurazione"[12]. Dalla disposizione vengono fatti discendere due importanti corollari: per un verso, la designazione segna di norma il momento a partire dal quale il beneficiario diviene titolare del credito[13] e, per altro verso, l'indennizzo non entra a far parte del patrimonio dell'assicurato al momento della sua morte[14], trovando così il diritto unicamente fonte nel contratto[15]. Il terzo può allora rivolgersi direttamente al promittente assicuratore per ottenere la prestazione, restando comunque vincolato alle clausole e alle pattuizioni contenute nel negozio, che ne definiscono l'oggetto, l'estensione e le modalità di esercizio[16].

Foro italiano, Bologna-Roma, 1966, p. 396; Stolfi, N.: *L'assicurazione sulla vita a favore di terzi*, Giuffrè, Milano, 1936, pp. 52 ss.

10 Cass., 23 aprile 1992, n. 4912 (*Giurisprudenza italiana* 1993, I, 1, 378).

11 Per un'analisi del negozio assicurativo come istituto alternativo alle successioni *mortis causa*, *vid.* almeno Nicolò, R.: "Attribuzioni patrimoniali post mortem", cit., pp. 147 ss.; Palazzo, A.: "Istituti alternativi", cit., pp. 99 ss.; Ieva, M.: "Altre forme di trasmissione della ricchezza", in AA.VV.: *Trattato breve delle successioni e donazioni* (diretto da P. Rescigno), I, Cedam, Padova, 2010, pp. 59 ss.

12 La designazione, che può essere effettuata nel contratto di assicurazione o con successiva dichiarazione scritta o per testamento *ex* art. 1920, comma 2° cod. civ., è un negozio unilaterale, non recettizio e personalissimo, con cui il contraente individua, in maniera specifica o generica, il destinatario dell'indennizzo: *vid.* Gasperoni, N.: "voce Assicurazione", cit., p. 12; Vernizzi, S.: "La designazione del beneficiario di assicurazione sulla vita", in AA.VV.: *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* (diretto da G. Bonilini), II, *La successione testamentaria*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 874; Buttaro, L.: "voce Assicurazione sulla vita", cit., pp. 658-659; Cerini, D.: "I diritti dei beneficiari nell'assicurazione vita: tra volontà del contraente e successione", *Danno e responsabilità*, 2016, n. 7°, p. 744. In giurisprudenza *vid.* Cass., 25 ottobre 1978, n. 4833 (*Giustizia civile* 1979, I, 674). Per la recettizietà e la natura non personalissima dell'atto, *vid.* però Corrias, P.: "Le assicurazioni sulla vita", in AA.VV.: *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo* (diretto da L. Mengoni e P. Schlesinger e continuato da V. Roppo e F. Anelli), IV, Giuffrè, Milano, 2021, p. 139; Rossetti, M.: "L'assicurazione sulla vita", in AA.VV.: *Il diritto delle assicurazioni*, III, Cedam, Padova, 2013, p. 851. Sulle questioni che la revoca del beneficio pone, si rinvia alla sintesi compiuta da Mattucci, F.S.: "Assicurazione sulla vita e revoca implicita di designazione degli originari beneficiari per disposizione testamentaria incompatibile", *Famiglia e diritto*, 2017, n. 10°, pp. 877 ss.

13 In ciò si concreta una delle differenze rispetto al contratto a favore di terzo, da cui il negozio assicurativo si distingue anche per il mancato acquisto del diritto per effetto della sola stipulazione in capo al beneficiario, per la possibilità di operare la revoca anche quando il terzo ha dichiarato di accettare la designazione e per la mancata menzione nella norma della necessità dell'interesse del contraente alla stipulazione.

14 Così già per Stolfi, N.: L'assicurazione sulla vita", cit., p. 45; Messineo, F.: "Sulla condizione giuridica del terzo beneficiario nell'assicurazione vita", *Archivio giuridico*, 1924, n. 4°, pp. 167 ss.; Santoro Passarelli, F.: *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1966, pp. 233 ss.; Cariota Ferrara, F.: *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Morano, Napoli, 1977, pp. 404 ss.

15 Cfr. Cass., n. 4484/1996, cit.; nonché Nicolò, R.: "Attribuzioni patrimoniali post mortem", cit., p. 153; Cariota Ferrara, F.: Le successioni, cit., p. 405; Albanese, A.: "Assicurazione sulla vita", cit., pp. 1424-1425; Calvo, R.: "I confini tra attribuzioni successorie e prestazioni assicurative", *Assicurazioni*, 2010, n. 1°, p. 261.

16 Cass., 4 aprile 1975, n. 1205 (*Assicurazioni* 1975, II, 269).

Le Sezioni unite confermano l'impostazione maggioritaria: negano al contratto assicurativo la natura di negozio *mortis causa*, ritenendo che l'elemento morte non incida sul piano causale dell'attribuzione, e ravvisano nell'atto di designazione del beneficiario, "quale che sia la forma prescelta tra quelle consentite dall'art. 1920, comma 2°, cod. civ., un negozio *inter vivos* con effetti *post mortem*"[17].

La soluzione si presta ad alcuni rilievi preliminari.

In primo luogo, la Cassazione trascura la distinzione, non priva di riflessi applicativi[18], che una parte della dottrina ha proposto tra atto *post mortem* e atto *trans mortem*[19]. Accogliendo quest'ultima categoria, il contratto di assicurazione sulla vita a favore di terzi sembra possa farsi rientrare in essa, piuttosto che nella prima[20]: negli atti *trans mortem* si ricomprendono quei negozi *inter vivos* da considerarsi un'alternativa in senso stretto al testamento che, contemplando l'uscita del bene (*id est* i premi assicurativi) dal patrimonio del disponente prima della sua morte, ricollegano al solo decesso la definitività dell'attribuzione (ossia il capitale assicurato) a favore del beneficiario e ammettono la possibilità per il disponente, sino al termine della propria vita, di modificare l'assetto patrimoniale predisposto[21]. In termini semplificanti, rispetto ai negozi *post mortem*, quelli *trans mortem* sono caratterizzati da uno *jus poenitendi*, sotto forma di recesso o revoca, spettante al soggetto operante l'attribuzione[22], il che è quanto dispone l'art. 1921 cod. civ. per il contratto assicurativo, il quale andrebbe dunque più propriamente annoverato tra essi.

In secondo luogo, la Supr. Corte non affronta, né risolve specificamente, il dubbio che dottrina assai autorevole del passato aveva sollevato in merito alla qualifica *inter vivos* del contratto assicurativo sulla vita qualora la designazione avvenga per testamento. Il problema sorge in ragione dell'inefficacia *ante mortem* del testamento, che sembra impedire al diritto all'indennizzo di essere acquisito immediatamente nella sfera giuridica del beneficiario per effetto della designazione,

17 Così Cass., sez. un., n. 11421/2021, cit.

18 Per una sintesi, *vid.* Palazzo, A.: "Istituti alternativi", cit., pp. 8 ss.

19 Cfr. Palazzo, A.: "La dottrina civilistica", cit., pp. 221 ss.; contro l'utilità della distinzione, *vid.* però Zoppini, A.: "Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie "in forma indiretta"", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1998, n. 4°, p. 1085, nt. 20.

20 Così per Palazzo, A.: "Istituti alternativi", cit., p. 16. Per un'analisi più dettagliata del problema classificatorio e dei rapporti con la categoria dei patti successori, *vid.* Dalmartello, A.: "Clausole di destinazione degli eredi e "diritto proprio" del beneficiario dell'assicurazione sulla vita. Interferenze tra diritto delle assicurazioni e diritto successorio", *Rivista di diritto privato*, 2017, n. 3°, pp. 413 ss.

21 In modo analogo, *vid.* Delle Monache, S.: "Testamento. Disposizioni generali", in AA.VV.: *Commentario al Codice civile* (fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli), Giuffrè, Milano, 2005, p. 60; Ieva, M.: "voce Successione, X, Fenomeni parasuccessori", in AA.VV: in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXX, Ed. Enc. it., Roma, 2002, pp. 3 ss.; Palazzo, A.: "Istituti alternativi", cit., pp. 99 ss.

22 In questi termini, *vid.* Carrabba, A.A.: "Le donazioni "mortis causa"", *Rivista del notariato*, 2006, n. 6°, p. 1450.

diversamente da quanto prescrive l'art. 1920, comma 3°, cod. civ.[23] Ciò ha indotto a sostenere che in questo caso la morte dello stipulante non si configura più come mero termine a decorrere dal quale la prestazione diviene esigibile, ma segna il momento a partire dal quale si perfeziona l'acquisto del diritto di credito in capo al terzo. È parso dunque conseguente dire che ricorre un'attribuzione indiretta[24] a causa di morte[25], avvicinando il contratto assicurativo, in special modo qualora contenga una clausola di irrevocabilità, a un patto successorio indiretto – che regola "rapporti e situazioni che vengono a crearsi in via originaria con la morte del soggetto o che dalla sua morte traggono comunque una loro autonoma qualificazione"[26] – eccezionalmente valido in virtù della previsione di cui all'art. 1920, comma 2°, cod. civ.[27] E a nulla varrebbe replicare che l'indennizzo non fa parte del patrimonio del disponente, ma della compagnia assicurativa, per le stesse ragioni per cui nessuno dubita che il legato di contratto e di cose altrui appartengono alla categoria di atti *mortis causa*[28]. Analogo dubbio mi pare possa sollevare anche il caso in cui i beneficiari siano genericamente nel contratto individuati negli "eredi" dell'assicurato: l'indeterminatezza soggettiva dei terzi al tempo della designazione impedisce al diritto, come meglio si argomenterà in seguito, di essere acquisito immediatamente, con la conseguenza che il beneficiario acquista il diritto *post mortem*, realizzando così un'attribuzione indiretta a causa di morte[29].

23 In ipotesi di designazione testamentaria, la dichiarazione contenuta nell'atto di ultima volontà non può che produrre effetto dopo la morte del testatore: *vid.* Giampiccolo, G.: *Il contenuto atipico del testamento*, Giuffrè, Milano, 1954, pp. 299 ss. (spec. p. 306).

24 È indiretta poiché il beneficiario acquista il capitale dalla società assicuratrice promittente e non dal *de cuius*.

25 Giampiccolo, G.: *Il contenuto atipico*, cit., p. 307, osserva che la designazione è un'attribuzione che, se fatta per testamento, è a causa di morte dal momento che "opera alla morte e per la morte dell'attribuente". In modo analogo, *vid.* anche De Giorgi, M.V.: *I patti*, cit., p. 125; Ieva, M.: "Altre forme", cit., p. 82.

26 Così Giampiccolo, G.: "voce Atto mortis causa", cit., pp. 232 ss. A conclusioni analoghe, era giunta altra parte della dottrina, argomentando in base alla revocabilità del beneficio *ex* art. 1921 cod. civ., quantunque il terzo abbia dichiarato di volerne profittare, considerata incompatibile con un'attribuzione *inter vivos*: Betti, E.: "Teoria generale del negozio giuridico", in AA.VV.: *Trattato di diritto civile italiano* (diretto da F. Vassalli), XV, 2, Utet, Torino, 1960, p. 320. Per analogo dubbio *vid.* anche Delle Monache, S.: "La libertà di disporre mortis causa", *Rivista di diritto civile*, 2019, n. 2°, pp. 486-487. In senso contrario, *vid.* ad esempio Volpe Putzolu, G.: "Il contratto di assicurazione come strumento successorio", in AA.VV.: *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio* (a cura di P. Rescigno), Cedam, Padova, 1995, p. 93; Palazzo, A.: "Istituti alternativi", cit., pp. 106 ss.; Siri, M.: "La premorienza del beneficiario", cit., p. 623; Buttaro, L.: "voce Assicurazione sulla vita", cit., p. 658; Corrias, P.: "Le assicurazioni sulla vita", cit., pp. 145-146; Bianca, C.M.: *Diritto civile*, 2, *La famiglia. Le successioni*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 565, per il quale "il ricorso alla forma testamentaria per designare il beneficiario non toglie che l'acquisto del beneficiario abbia pur sempre fonte nel contratto di assicurazione" *ex* art. 1920, comma 3°, cod. civ. e che il capitale assicurato non appartiene al patrimonio dello stipulante, ma a quello del promittente.

27 Come ritengono Moscarini, L.V.: "Il contratto a favore di terzi", in AA.VV.; *Commentario al Codice civile* (fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli), Giuffrè, Milano, 1997, p. 159; Ferri, L.: "Disposizioni generali sulle successioni", in AA.VV.: *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca* (a cura di F. Galgano), Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 1997, p. 119. Per una ricostruzione delle posizioni *vid.* Moroni, E.M.: "Assicurazione sulla vita in favore degli eredi: la ripartizione del capitale tra i beneficiari deve effettuarsi per capi e non per stirpi", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, n. 1°, pp. 27 ss.

28 Ieva, M.: "Altre forme", cit., p. 66.

29 Giampiccolo, G.: *Il contenuto atipico*, cit., p. 306.

Il rilievo avrebbe dunque meritato una considerazione maggiore da parte delle Sezioni unite, le quali hanno invece preferito "tagliare corto" e valutare unitariamente il negozio, senza distinguere le singole ipotesi a seconda delle diverse modalità di designazione e di individuazione dei beneficiari.

Sebbene la questione esiga un più ampio approfondimento, in questa sede sia sufficiente rilevare che la natura *inter vivos* della designazione effettuata nel testamento o di quella compiuta genericamente è stata accolta, non senza forzature[30], ricostruendola come una dichiarazione negoziale, priva di valore attributivo, avente mero contenuto determinativo del titolare del credito assicurativo da considerarsi già sorto, al pari di un'obbligazione *in incertam personam*[31], in virtù del titolo costituito dal contratto[32]. Similmente a quanto parte della dottrina ha osservato in tema di promessa al pubblico[33] o di contratto per persona da nominare[34], la produzione dell'effetto negoziale nei confronti della compagnia assicurativa potrebbe così essere ricondotta al solo contratto, ritenendo che, a dispetto di quanto potrebbe suggerire la lettera dell'art. 1920, comma 3°, cod. civ., la designazione non incida sul momento genetico dell'obbligazione, ma solo su quello determinativo della persona del creditore[35].

I dubbi però rimangono.

Per un verso, la tesi dell'esistenza del rapporto obbligatorio *in incertam personam* non sembra adeguatamente valorizzare la distinzione tra efficacia vincolante ed

30 Parlano di un non irrilevante "coefficiente di forzatura" e di "ricostruzione non facile", con riguardo alla natura *inter vivos* del contratto assicurativo sulla vita, Rizzuti, M.: "Successione testamentarie e assicurazione sulla vita", *Corriere giuridico*, 2017, p. 1518 e Landini, S.: "L'assicurazione sulla vita", in AA.VV.: *Trattato dei contratti* (diretto da V. Roppo e A.M. Benedetti), V, Giuffrè, Milano, 2014, p. 602.

31 Pirilli, D.: "La designazione (e la revoca) del beneficiario nell'assicurazione sulla vita tra contratto e successione", *Responsabilità civile e previdenza*, 2019, n. 4°, p. 1242; Landini, S.: "La situazione giuridica del beneficiario nell'assicurazione sulla vita a favore di terzo", *Diritto privato*, 1998, n. 4°, p. 214. In generale, sui rapporti adespoti e sull'indeterminatezza soggettiva nelle obbligazioni, *vid.* Betti, E.: *Teoria generale delle obbligazioni*, II, *Struttura dei rapporti d'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1953, pp. 54 ss.; Orestano, R.: "Diritti soggettivi e diritti senza soggetto", *Jus*, 1960, n. 2°, pp. 156 ss.; Giorgianni, M.: *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, I, Giuffrè, Milano, 1968, pp. 41 ss.

32 Così per Palazzo, A.: "Istituti alternativi", cit., pp. 106 ss. (spec. pp. 110-111).

33 In dottrina è assai discussa tanto la natura della promessa al pubblico, quanto il momento in cui sorge l'obbligazione. In particolare, vi è chi sostiene che quest'ultima nasca con la divulgazione della dichiarazione (v. Oberto, G.: "voce Offerta al pubblico", in AA.VV.: *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, XIII, Utet, Torino, 1995, pp. 13 ss.; Mirabelli, G.: "Delle obbligazioni. Dei contratti in generale", in AA.VV.: *Commentario al Codice civile*, Utet, Torino, 1980, p. 105) e chi ritiene che l'obbligazione sorga automaticamente solo quando la situazione si sia determinata o l'azione sia stata compiuta, a prescindere dalla conoscenza che ne abbia il promittente (v. Giorgianni, M.: *L'obbligazione*, cit., p. 48; Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 697).

34 Cfr. Lazzara, C.: "Il contratto per persona da nominare", in AA.VV: *Trattato di diritto privato* (diretto da M. Bessone), 13, VI, Utet, Torino, 2000, pp. 241 ss.; Caravaglios, R.: "Il contratto per persona da nominare", in AA.VV.: *Commentario al Codice civile* (fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli), Giuffrè, Milano, 1998, pp. 169 ss.

35 È stata tratta conferma della natura *inter vivos* dell'atto di designazione anche dalla validità della designazione contenuta in un testamento nullo (Buttaro, L.: "voce Assicurazione sulla vita", cit., p. 658) e dalla possibilità di revoca della designazione testamentaria tramite semplice comunicazione scritta successiva (Volpe Putzolu, G.: "Assicurazione sulla vita, disposizioni a causa di morte e atti di liberalità", in AA.VV.: *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, III, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 2100 ss.).

efficacia obbligatoria del contratto assicurativo[36], per lo meno nei rapporti tra promittente e terzo: al tempo della conclusione del contratto che prevede una clausola di designazione generica, la fattispecie risulta già giuridicamente rilevante, però solo al tempo dell'evento morte si perfezionerebbe il rapporto obbligatorio e il creditore potrebbe acquistare il diritto all'indennizzo[37].

Per altro verso, mi pare permanga la difficoltà di predicare d'esistenza un rapporto obbligatorio unisoggettivo: non s'intende negare che il rapporto obbligatorio possa costituirsi tramite una fattispecie a formazione progressiva[38], ma non si vede come sia concepibile una sua perfetta venuta a esistenza prima dell'individuazione della persona del creditore. In altri termini, se si ritiene che nell'obbligazione siano necessari due soggetti, attivo e passivo, dovrebbe logicamente discendere che essi devono essere determinati perché l'obbligazione possa dirsi esistente[39]. La semplice determinabilità dei soggetti del rapporto obbligatorio non è sufficiente: nemmeno nella promessa al pubblico, in virtù della semplice promessa, sorge un rapporto obbligatorio tra il promittente e una persona indeterminata (benché esistano i criteri per la futura individuazione), ma il rapporto nasce solo quando la persona del creditore compie l'azione o si trova in una determinata situazione[40].

Questi rilievi hanno persuaso quella parte della dottrina che esclude il sorgere dell'obbligazione pecuniaria prima del decesso e scorge, per le ragioni anzidette, la presenza di un acquisto *mortis causa* a favore del beneficiario. I non pochi problemi di coordinamento che questa opinione solleverebbe tra la disciplina dell'assicurazione sulla vita e del contratto a favore di terzi, da un lato, e quella successoria, dall'altro[41], sono stati dalle Sezioni unite superati predicando la natura *inter vivos* dell'atto in base all'argomento fondato sull'acquisto immediato di un "diritto proprio" che non risulta, in realtà, convincente anche nel caso in cui i beneficiari vengano genericamente individuati negli "eredi".

36 In generale, sulla distinzione tra i due concetti, *vid.* almeno Falzea, A.: "voce Condizione, I, Diritto civile", in AA.VV.: *Enciclopedia giuridica Treccani*, VII, Ed. Enc. it., Roma, 1988, pp. 2 ss.

37 Sul tema si limita il rinvio a Rubino, D.: *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Giuffrè, Milano, 1939, *passim*.

38 Cfr. sul tema Breccia, U.: "Le obbligazioni", in AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (a cura di G. Iudica d P. Zatti), Giuffrè, Milano 1991, pp. 127 ss.

39 Così in Giorgianni, M.: *L'obbligazione*, cit., p. 42, il quale sottolinea che il dovere del debitore è sempre imposto a vantaggio di uno o più soggetti determinati e non, come in altri doveri giuridici, a vantaggio dei consociati in generale.

40 La promessa al pubblico è dunque titolo dell'obbligazione che sorgerà in un momento successivo qualora la situazione non si sia ancora verificata o l'azione non sia ancora compiuta al tempo della promessa. Sull'argomento, per una più ampia analisi, si rinvia a Giorgianni, M.: *L'obbligazione*, cit., pp. 45 ss., il quale esamina anche l'ipotesi del legato obbligatorio a favore di persona determinabile, dimostrando l'impossibilità di considerare esistente il rapporto obbligatorio con un creditore-legatario incerto.

41 Per un'analisi delle conseguenze pratiche derivanti dalle opposte ricostruzioni dottrinali, si rinvia a Palazzo, A.: "Istituti alternativi", cit., pp. 113 ss.

III. IL CRITERIO DI INDIVIDUAZIONE DEGLI "EREDI" IN CASO DI DESIGNAZIONE QUALI BENEFICIARI.

Dalla negazione della natura *mortis causa* del contratto, "quale che sia la forma prescelta tra quelle consentite dall'art. 1920, comma 2°, cod. civ.", le Sezioni unite hanno dedotto il principio della generale preminenza delle regole negoziali su quelle successorie e hanno tratto la regola individuativa dei beneficiari in caso di clausola "a favore degli eredi" (legittimi o testamentari) dell'assicurato.

Della questione potrebbero profilarsi in astratto tre differenti soluzioni a seconda del combinarsi tra loro dei due criteri chiamati a regolare la fattispecie: quello temporale e quello soggettivo. I beneficiari potrebbero così essere individuati in coloro che: *a*) al momento della morte dello stipulante, sono divenuti in senso tecnico eredi; *b*) al tempo della designazione, risulterebbero delati se si aprisse in quell'istante la successione; *c*) al momento della morte dello stipulante, rivestono tale qualità in forza del titolo dell'astratta delazione ereditaria.

La prima opzione interpretativa (*sub a*) viene adombrata dalla Supr. Corte in una isolata sentenza in cui, pur non rinnegando la consolidata tesi della natura contrattuale e *inter vivos* del diritto, individua i beneficiari negli eredi "con riferimento al modo della successione *effettivamente* verificatosi"[42]. La regola ha trovato conforto nel significato giuridico-letterale del lemma "erede" e nella presunta intenzione delle parti sottesa al contratto: nell'intento di chi stipula, l'uso della locuzione servirebbe a individuare i terzi in coloro che, in concreto, siano divenuti successori universali dello stipulante.

La seconda opzione (*sub b*) non ha precedenti in giurisprudenza e risulta sostanzialmente isolata in dottrina, benché abbia il pregio di sgomberare il campo dai numerosi problemi di coordinamento con la materia successoria che la designazione generica degli "eredi" potrebbe sollevare: dovendosi ritenere il diritto di credito già acquisito al tempo della designazione, in capo a coloro che sarebbero delati se si aprisse in quell'istante la successione, il contratto non potrebbe che considerarsi *inter vivos*[43].

Le Sezioni unite trascurano quest'ultima posizione e contestano alla prima il ricorso al canone esegetico testuale: valorizzando nuovamente l'art. 1920, comma 3°, cod. civ., nella parte in cui stabilisce che il terzo acquista un "diritto proprio",

42 Così Cass., n. 19210/2015, cit.: l'uso dell'avverbio "effettivamente", in luogo del riferimento all'"astratta delazione ereditaria", dà conto del rilevato *revirement*. In dottrina attribuisce la qualifica di beneficiari agli eredi in senso tecnico dell'assicurato, ad esempio, Dalmartello, A.: "Clausole di destinazione", cit., p. 225.

43 È la posizione di Perano, G.: "Assicurazione sulla vita e clausole "a favore degli eredi"", *Rassegna di diritto civile*, 2009, n. 3°, pp. 681-682, che sembra peccare però di artificiosità, in quanto volta più a evitare una declaratoria di invalidità della designazione, sull'assunto di una sua riconduzione ai patti successori vietati, che a verificare in concreto la volontà e gli interessi delle parti. Assume analoga posizione anche Calvo, R.: "I confini tra attribuzioni", cit., p. 264.

la Cassazione nega che l'espressione "eredi" possa intendersi come una sorta di rinvio materiale alla disciplina in materia di successione (testamentaria o legittima) e, conformemente alla giurisprudenza consolidata[44], trae dalla natura *inter vivos* del contratto l'irrilevanza, ai fini identificativi dei beneficiari, delle vicende collegate alla rinunzia o all'accettazione dell'eredità. Ne consegue che, "essendo la designazione del beneficiario … atto *inter vivos* con effetti *post mortem*, da cui discende l'effetto dell'immediato acquisto di un diritto proprio ai vantaggi dell'assicurazione, la generica individuazione quali beneficiari degli "eredi (legittimi e/o testamentari)" ne comporta l'identificazione soggettiva con coloro che, al momento della morte dello stipulante, rivestano tale qualità in forza del titolo della astratta delazione ereditaria prescelto dal medesimo contraente"[45].

Da ciò è stato tratto l'ulteriore corollario della irrilevanza dell'eventuale istituzione di erede per testamento, compiuta dal contraente assicurato, dopo aver designato i propri eredi legittimi quali beneficiari della polizza[46]: l'atto di ultima volontà non vale né come nuova designazione, né come revoca del beneficio *ex* art. 1921 cod. civ., salvo non risulti una inequivoca volontà in tal senso, "operando su piani diversi l'intenzione di disporre *mortis causa* delle proprie sostanze e l'assegnazione a terzi del diritto contrattuale alla prestazione assicurativa"[47].

La soluzione proposta, benché possa accogliersi negli esiti, rivela nelle premesse per lo meno due aporie.

La prima: non ostante contestino all'orientamento minoritario l'eccessiva rilevanza assegnata al dato letterale, le Sezioni unite finiscono per conferire allo stesso un ruolo determinante, valorizzando assai significativamente ai fini argomentativi il lemma "diritto proprio" contenuto nell'art. 1920 cod. civ. La seconda: l'indeterminatezza soggettiva dei successibili, perdurante sino al decesso dello stipulante, impedisce, in realtà, quell'effetto di "*immediato* acquisto di un diritto proprio ai vantaggi dell'assicurazione" sostenuto dalla Cassazione anche in caso di designazione generica, salvo non aderire alla soluzione *sub b*) che però la Supr. Corte nemmeno considera. In altre parole, le Sezioni unite non spiegano in alcun modo come dei beneficiari indicati genericamente negli "eredi", da individuarsi – come essa precisa – al tempo della morte del contraente, possano considerarsi titolari del diritto già per effetto della designazione, prima ancora che

44 V., ad esempio, Cass., 10 novembre 1994, n. 9388 (*Giustizia civile* 1995, I, 949); Cass., n. 4484/1996, cit.; Cass., 5 marzo 2001, n. 3160 (*Foro italiano* 2001, I, 1, 2871); Cass., n. 6531/2006, cit..

45 Così Cass., sez. un., n. 11421/2021, cit.. In dottrina con la medesima opinione *vid.* almeno Fanelli, G.: "L'assicurazione sulla vita", in AA.VV.: *Il contratto di assicurazione* (a cura di A. De Gregorio e G. Fanelli), II, Giuffrè, Milano, 1987, p. 224; Buttaro, L.: "voce Assicurazione sulla vita", cit., p. 659; Rojas Elgueta, G.: "Evoluzioni del diritto", cit., p. 437; Albanese, A.: "Assicurazione sulla vita", cit., p. 1429; Peccenini, F.: "Dell'assicurazione", cit., p. 238; Corrias, P.: "Le assicurazioni sulla vita", cit., pp. 150-151.

46 Ciò altresì implica che il beneficiario può rinunciare all'eredità ed esigere ugualmente il capitale assicurato ovvero rinunciare al beneficio e accettare l'eredità: *vid.* anche Cass., n. 4484/1996, cit.

47 Così sempre Cass., sez. un., n. 11421/2021, cit.

intervenga il decesso, ossia l'unico evento a partire dal quale essi possono essere concretamente identificati (e può sorgere il rapporto obbligatorio).

La presa di posizione non si giustifica nemmeno supponendo, pur in assenza di qualsivoglia approfondimento o richiamo sul punto, che le Sezioni unite abbiano implicitamente aderito a quell'opinione che nega alla designazione valore attributivo del credito, da considerarsi già esistente al tempo del contratto[48]: anche a voler ammettere che il rapporto obbligatorio sia già sorto *in incertam personam*, ne rimangono comunque necessariamente indeterminati i soggetti attivi, nella cui sfera giuridica non può, di conseguenza, né annoverarsi, né acquisirsi *ante mortem* il diritto di credito all'indennizzo[49].

Le argomentazioni per risolvere il dubbio interpretativo mi pare debbano essere ricercate altrove.

A prescindere dalla natura *inter vivos* o *mortis causa* del negozio, la risposta al problema individuativo, più che fondarsi sulla portata dell'art. 1920 cod. civ. o sulla natura del diritto e sulla fonte del suo acquisto, attiene piuttosto a una questione eminentemente ermeneutica, da risolversi tramite l'applicazione dei criteri di interpretazione negoziale di cui agli artt. 1362 ss. cod. civ. In particolare, nell'interrogarsi sul significato che alla generica espressione "eredi" ha inteso attribuire lo stipulante, si deve porre al centro la volontà presunta (*id est* ricostruita *ex lege*[50]) di quest'ultimo[51]. Le regole successorie intervengono solo in momento successivo, una volta chiarito il volere del disponente, al fine di individuare il destinatario così come inteso dall'assicurato.

Seguendo questa impostazione, non credo possa anzitutto dubitarsi che il termine "eredi" evochi un evento proiettato nel futuro (ossia al momento dell'apertura della successione), tale da ricomprendere eventuali figli o coniuge sopravvenuti dopo la designazione[52]. A ciò si aggiunga l'assenza di un suo univoco significato sia nel codice linguistico del "contraente-medio", sia in quello impiegato dal legislatore: sotto il primo profilo, prova troppo il richiamo tanto all'accezione tecnico-giuridica del lemma (da considerarsi probabilmente non acquisita per

48 È l'opinione espressa da Palazzo, A.: "Istituti alternativi", cit., pp. 106 ss.

49 Solo anticipando al momento della designazione l'individuazione dei soggetti che risulterebbero delati se si aprisse in quell'istante la successione (è la posizione già ricordata di Perano, G.: "Assicurazione sulla vita", cit., pp. 681-682: *vid.* sopra sub b), la soluzione proposta dalla Supr. Corte risulterebbe coerente; viceversa, rinviando tale momento alla morte del contraente, risulta logicamente irrealizzabile alcun acquisto del diritto in capo ai terzi indeterminati (benché in futuro determinabili).

50 Sacco, R.: "L'interpretazione", in AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (diretto da P. Rescigno), 10, Utet, Torino, 1982, p. 423.

51 In termini analoghi, *vid.* già Vivante, C.: "Sub art. 453", in AA.VV.: *Il codice di commercio commentato*, VI, *Del contratto di assicurazione*, Utet, Torino, 1936, p. 440.

52 In modo analogo, *vid.* ad esempio Fanelli, G.: "L'assicurazione sulla vita", cit., p. 224 e Salandra, V.: "Dell'assicurazione", cit., p. 396.

l'uomo comune[53] e comunque confliggente con quella appartenente al "diritto vivente"[54]), quanto al significato di "delato" (parimenti tecnico e comunque, di nuovo, non chiaramente desumibile dall'uso comune del termine); sotto il secondo profilo, va preso atto che nello stesso Codice si impiega talvolta il lemma "erede" in modo atecnico per riferirsi ai semplici chiamati (si pensi a quanto dispone l'art. 588 cod. civ.). Ma se non soccorre un codice semantico socialmente approvato, non sembra possa essere d'aiuto nemmeno quello individuale appartenuto concretamente allo stipulante, che darebbe luogo a dubbi e a indagini complesse e non facilmente risolvibili[55], né gli altri criteri stabiliti dagli artt. 1362-1370 cod. civ. In particolare, non decisivi appaiono né il comportamento complessivo posteriore alla designazione, che nulla potrebbe dire sulle persone dei beneficiari, né il criterio della buona fede o il principio di conservazione del contratto, entrambi non rilevanti nel caso di specie.

Non resta dunque che ricorrere, in assenza di indicazioni ulteriori, alla regola finale di cui all'art. 1371 cod. civ.: dovendo dare rilievo all'equo contemperamento degli interessi delle parti, se si traguarda la clausola negoziale alla luce del criterio funzionale, l'interesse primario dello stipulante è di natura previdenziale, ossia garantire ai beneficiari una rendita sicura ed esigibile al tempo della sua morte, mentre quello dell'assicurazione è di poter liquidare con certezza l'indennizzo ai terzi, senza il rischio di ripetere quanto versato. Questi interessi risultano più facilmente conseguibili se le vicende collegate alla rinunzia o all'accettazione dell'eredità, che potrebbero anche protrarsi per un decennio dalla morte del contraente *ex* art. 480 cod. civ. ed essere oggetto di lungo contenzioso tra gli eredi, restano sullo sfondo; viceversa, l'equo contemperamento risulta maggiormente soddisfatto se il riferimento agli "eredi" vale a indicare coloro che rivestono la qualità di soggetti delati *ex* art. 457 cod. civ., in ragione della maggiore celerità dei tempi di individuazione soggettiva (ed eventualmente di prescrizione del diritto *ex* art. 2952, comma 2°, cod. civ.) e, di conseguenza, della maggiore sicurezza nella liquidazione dell'indennizzo che una simile soluzione sembra garantire rispetto all'altra[56].

Si aggiunga, infine, un'ultima considerazione: se si individuassero i beneficiari negli eredi in senso tecnico, per un verso, il terzo sarebbe sempre costretto ad

53 Spesso, anzi, il contraente dispone di una somma a favore di un soggetto a titolo di assicurazione sulla vita proprio per evitare che il destino di detta somma sia legato alle vicende successorie, specialmente in caso di *damnosa hereditas*.

54 Come si è già rilevato, la giurisprudenza largamente maggioritaria ha da sempre ritenuto che con questa espressione il contraente abbia fatto riferimento ai semplici chiamati all'eredità.

55 Solo per citarne alcuni: quale grado di conoscenze tecniche-giuridiche possedeva lo stipulante? se ne possedeva, quale significato aveva egli inteso attribuire al lemma? quello desumibile dall'art. 459 cod. civ. o quello sinora attribuito in base al "diritto vivente" in materia assicurativa? e così via.

56 Ciò non significa che non possa darsi incertezza in ordine a chi potrebbe succedere, ma il contenzioso e i dubbi sulle persone degli astratti successibili sono generalmente di gran lunga inferiori rispetto a quelli involgenti l'effettiva successione ereditaria conseguente all'accettazione.

accettare l'eredità, ancorché *damnosa*, pur di divenire titolare del credito che non fa nemmeno parte del patrimonio del *de cuius* e, per altro verso, qualora lo stipulante avesse disposto a favore degli "eredi legittimi" e poi testasse, il contratto rimarrebbe privo di designati, con una soluzione verosimilmente non conforme alla volontà del contraente.

Se si condivide questa prospettiva[57], ne discendono rilevanti conseguenze sotto il profilo operativo.

In particolare, se la clausola è "a favore degli eredi legittimi" e lo stipulante ha, in seguito, testato senza fare alcun riferimento ai beneficiari dell'assicurazione, il diritto dovrà comunque essere riconosciuto ai soggetti che, pur astrattamente, rivestono la qualità di delati secondo le regole della successione legittima[58]; viceversa, la clausola "a favore degli eredi testamentari", a cui non segua la redazione di un testamento, equivale a mancata designazione, da cui discende secondo le Sezioni unite l'ingresso del credito nel patrimonio dell'assicurato e la successiva sua devoluzione *iure successionis*[59]. Se, invece, la clausola è "a favore degli eredi legittimi o testamentari" o genericamente "a favore degli eredi", in virtù del principio di prevalenza della successione testamentaria su quella legittima *ex* art. 457 cod. civ., dovranno preferirsi i delati *ex testamento* (se presenti), rispetto a quelli *ex lege*[60]. Infine, l'eventuale incapacità a succedere di uno dei beneficiari osta all'acquisizione del credito in quanto, a differenza dell'indegnità, costituisce un impedimento alla vocazione ereditaria[61].

57 Si tratta evidentemente di una soluzione di compromesso che tenta di giustificare il ragionamento seguito dalla Supr. Corte e che sembra offrire, rispetto alle altre, migliore tutela alle esigenze di certezza esistenti in quest'ambito, anche al fine di attenuare il sorgere del contenzioso tra gli eredi e con la compagnia assicurativa.

58 Per un approfondimento della questione relativa all'ammissibilità di una revoca tacita, *vid.* da ultimo Pirilli, D.: "La designazione", cit., pp. 1247 ss.

59 La soluzione, in realtà, è assai discussa in dottrina. Da un lato, vi è chi ritiene che, in assenza di designazione del beneficiario, il capitale assicurato entri nel patrimonio del contraente alla sua morte e si trasferisca *mortis causa* ai suoi eredi: v., ad esempio, Fanelli, G.: "L'assicurazione sulla vita", cit., p. 220; Salandra, V.: "Dell'assicurazione", cit., p. 395; Di Amato, A.: "Negozio unilaterale, morte del dichiarante al momento della recezione e designazione del beneficiario nell'assicurazione vita", *Giustizia civile*, 1979, I, p. 677; Stolfi, N.: L'assicurazione sulla vita", cit., p. 72; Barison, S. e Gagliardi, M.: "Dell'assicurazione sulla vita", cit., p. 84; nonché Cass., n. 9388/1994, cit. Dall'altro, vi è chi reputa che il diritto si acquisti sempre a titolo originario in capo agli eredi dell'assicurato, argomentando *ex* art. 1923, comma 2°, cod. civ.: *vid.* Buttaro, L.: "voce Assicurazione sulla vita", cit., p. 656; Zoppini, A.: "Contributo allo studio", cit., p. 1077; Volpe Putzolu, G.: "Assicurazione sulla vita". cit., p. 2108.

60 In modo analogo, *vid.* Gasperoni, N.: "voce Assicurazione", cit., pp. 12-13; Polotti Di Zumaglia, A.: "voce Vita (assicurazione sulla)", in AA.VV.: *Digesto IV ed., Disc. priv. sez. comm.*, XVI, Utet, Torino, 1999, p. 442; Fanelli, G.: "L'assicurazione sulla vita", cit., p. 220. Per un approfondimento si rinvia a Vernizzi, S.: "La designazione", cit., p. 872, nt. 3. Rimane comunque ferma la libertà del contraente di designare in modo espresso gli eredi in senso tecnico quali beneficiari dei vantaggi dell'assicurazione, di indicare gli stessi nominativamente o di stabilire in quale misura o proporzione debba suddividersi tra loro l'indennizzo, o comunque di derogare all'art. 1920 c.c. (argomentando *ex* art. 1932 c.c.).

61 È questa l'opinione largamente dominante: per una sintesi si rimanda a Moscati, E.: "La capacità di succedere", in AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (diretto da P. Rescigno), 5, I, Utet, Torino, 2002, pp. 57 ss.

IV. IL CRITERIO DI RIPARTIZIONE DELL'INDENNIZZO TRA GLI "EREDI" BENEFICIARI.

Precisato il criterio di individuazione soggettiva, le Sezioni unite passano a risolvere l'ulteriore contrasto relativo alla ripartizione oggettiva dell'indennizzo tra i beneficiari indicati genericamente negli "eredi" (legittimi o testamentari). Duplice la possibile soluzione: si può ritenere che con questa espressione lo stipulante abbia inteso richiamare le quote ereditarie, per suddividere in pari misura il credito tra i beneficiari, ovvero si sia limitato a dettare la regola soggettiva per identificarli.

La prima opinione è stata fatta propria dall'orientamento giurisprudenziale minoritario ed è conseguenza quasi necessitata del criterio identificativo da esso accolto: valorizzando il significato letterale dell'espressione "erede", si è sostenuto che il contraente farebbe riferimento non solo al modo in cui il beneficiario concretamente acquisisce tale qualità, "ma anche alla dimensione di tale acquisizione e, dunque, al valore della posizione ereditaria", in quanto "dire che qualcuno è erede di un soggetto significa, secondo l'espressione letterale, evocare tanto chi lo è quanto anche in che misura lo è"[62].

Le Sezioni unite confutano questa soluzione con le medesime argomentazioni impiegate in precedenza: per un verso, fanno leva sulla "conclamata natura *inter vivos* del diritto di credito … dovuta alla individuazione del contratto quale titolo costitutivo di esso" e, per altro verso, richiamano la previsione che assegna ai terzi un "diritto proprio", senza che si riscontri "un trasferimento immediato dal contraente al beneficiario, in quanto la prestazione promana dal patrimonio dell'assicuratore e non dall'asse ereditario dell'assicurato"[63]. L'estraneità dello schema negoziale alla materia successoria ha così indotto a negare l'automatica ripartizione dell'indennizzo tra i coeredi in ragione delle rispettive quote ereditarie e ad attribuire alla designazione una mera valenza di individuazione soggettiva. In altri termini, nella mente dello stipulante la qualità di eredi non è il titolo per cui essi ottengono la somma assicurata, ma è solo la qualità che designerà concretamente i beneficiari.

Pertanto, in assenza di indicazioni ulteriori da parte dell'assicurato, ai fini della ripartizione dell'indennizzo, si è fatto ricorso alle regole suppletive previste in tema di concredito: la clausola recante la generica designazione degli "eredi" delinea una pluralità di creditori per un'identica prestazione divisibile in un base a una e*adem causa credendi*, che dà luogo a un'obbligazione soggettivamente complessa, le cui

62 Così Cass. n. 19120/2015, cit. In modo analogo, *vid.* Dalmartello, A.: "Clausole di destinazione", cit., p. 424; Corrias, P.: "Le assicurazioni sulla vita", cit., p. 152. In modo più sfumato, *vid.* anche Berti de Marinis, G.: "La valutazione di adeguatezza nelle polizze vita con finalità successoria", in AA.VV.: *I contratti di assicurazione come strumento di pianificazione del passaggio generazionale e di gestione del patrimonio familiare* (a cura di V. Barba e S. Landini), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 263.

63 Tutti i virgolettati appartengono a Cass., sez. un., n. 11421/2021, cit.

quote *ex* art. 1298, comma 2°, cod. civ. si presumono uguali[64]. Il legislatore fissa dunque una regola di tipo suppletivo in base alla quale la contitolarità del credito risulta una conseguenza automatica dell'atto di nomina; in ogni caso, la norma stabilisce una presunzione relativa che ammette prova contraria, in mancanza della quale opererà la solidarietà dal lato attivo e ciascun beneficiario potrà giovarsi della regola presuntiva e reclamare, nei confronti dell'assicurazione, la propria quota di indennizzo che si presume uguale a quella degli altri[65].

V. IL CRITERIO DI RIPARTIZIONE DELL'INDENNIZZO IN CASO DI PREMORIENZA AL CONTRAENTE DI UNO DEGLI "EREDI" BENEFICIARI.

La soluzione proposta dalle Sezioni unite, per regolare il caso della premorienza all'assicurato di uno dei beneficiari individuati genericamente negli "eredi", costituisce il momento in cui più si fa sentire la denunciata assenza di un'accurata analisi della fattispecie.

Preso atto della carenza nel Codice civile di una norma disciplinante espressamente il fenomeno[66], la Supr. Corte colma la lacuna facendo ricorso all'art. 1412, comma 2°, cod. civ.[67] che, nel prevedere l'esecuzione della prestazione a favore degli eredi del terzo se questi premuore allo stipulante, detta una regola per il contratto a favore di terzi considerata applicabile anche a quello assicurativo in ragione dell'affermata appartenenza del secondo al primo tipo negoziale. In linea generale, è stato così ritenuto trasmissibile agli eredi del beneficiario premorto il diritto di credito acquisito da quest'ultimo per effetto della designazione *ex* art. 1920, comma 3°, cod. civ. ed è stato ripartito tra essi l'indennizzo in proporzione alle rispettive quote ereditarie, "trattandosi di successione nel diritto contrattuale all'indennizzo entrato a far parte del patrimonio del designato prima della sua morte, nella medesima misura che sarebbe spettata al beneficiario premorto, secondo la logica degli acquisti a titolo derivativo".

Il medesimo criterio di riparto è stato, poi, specificamente applicato anche al caso in cui i beneficiari siano stati genericamente individuati negli "eredi": "con la regola che implica l'identificazione degli "eredi" designati con coloro che

64 In questi termini, oltre alle citate Sezioni unite, *vid.* anche Cass., n. 9388/1994, cit. e Cass., n. 3160/2001, cit. In dottrina, *vid.* almeno Albanese, A.: "Assicurazione sulla vita", cit., p. 1430; Rossetti, M.: "L'assicurazione sulla vita", cit., p. 859; Salandra, V.: "Dell'assicurazione", cit., p. 396; Calvo, R.: "I confini tra attribuzioni", cit., p. 263; Peccenini, F.: "Dell'assicurazione", cit., p. 238.

65 Potrà dunque ammettersi la prova, anche testimoniale, in funzione chiarificatrice del contenuto della designazione: cfr., da ultimo, Cass., 27 maggio 2020, n. 9952 (*Dejure.it*), in cui si è ribadito che i limiti legali di ammissibilità della prova orale non operano allorché la stessa sia diretta non a contestare il contenuto di un documento, ma a renderne esplicito il significato.

66 La legge italiana risulta assai sintetica sull'argomento rispetto alle altre legislazioni europee: per un approfondimento *vid.* Cerini, D.: "I diritti dei beneficiari", cit., pp. 748 ss.

67 In modo analogo, si esprime anche la dottrina maggioritaria, tra cui Franzoni, M.: "Il contratto e i terzi", in AA.VV.: *Trattato dei contratti* (diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli), I contratti in generale, II, Utet, Torino, 2006, p. 1239; Gasperoni, N.: "voce Assicurazione", cit., p. 13; Buttaro, L.: "voce Assicurazione sulla vita", cit., p. 661. *Contra*, *vid.* però Volpe Putzolu, G.: "Assicurazione sulla vita". cit., pp. 2103 ss.

abbiano tale qualità al momento della morte del contraente coopera la regola della trasmissibilità del diritto ai vantaggi dell'assicurazione in favore degli eredi del beneficiario premorto, quale conseguenza dell'acquisto già avvenuto in capo a quest'ultimo". Secondo la Supr. Corte, la premorienza di uno degli eredi del contraente non comporta perciò un effetto di accrescimento in favore dei restanti beneficiari, ma opera "un subentro per "rappresentazione" in forza dell'art. 1412 c.c., comma 2", salvo che il contraente abbia "altrimenti espresso in sede di designazione una diversa volontà per il caso di premorienza di uno dei beneficiari, come potrebbe, a seguito della stessa, revocare il beneficio con le forme e nei limiti di cui all'art. 1921 c.c."[68].

La soluzione offerta dalle Sezioni unite desta più di qualche perplessità.

In primo luogo, l'esito risulta incoerente con le premesse: pur affermando che "la generica individuazione quali beneficiari degli "eredi" ne comporta l'identificazione soggettiva con coloro che, al momento della morte dello stipulante, rivestano tale qualità in forza del titolo della astratta delazione ereditaria" e pur negando rilevanza ai fini del riparto alla misura delle quote ereditarie, la Cassazione deduce che il "diritto contrattuale all'indennizzo [è] entrato a far parte del patrimonio del designato prima della sua morte" e si trasmette *iure hereditatis* in caso di premorienza in base alle quote ereditarie dei successori del premorto. La tesi, oltre a essere contraddittoria, solleva i rilievi già evidenziati in merito alla possibilità di concepire l'acquisto del diritto nella sfera giuridica dei beneficiari, indeterminati sino alla morte del contraente, già al tempo della loro designazione: se il terzo va individuato *post mortem* dello stipulante, chi premuore a esso non può considerarsi immediato destinatario dell'attribuzione poiché prima dell'apertura della successione la posizione di (sperato futuro) chiamato è irrilevante[69].

Quanto sostenuto dalla Cassazione sembra riecheggiare una lettura dell'istituto della rappresentazione, significativamente evocato nella sentenza, non aderente al suo fondamento tecnico. A mente del presupposto che il diritto all'indennizzo spetta a coloro che "rivestono la qualità di eredi in forza dell'astratta delazione", le Sezioni unite paiono ricostruire la rappresentazione come un'ipotesi di trasmissione di una delazione (astratta e fittizia) già avvenuta a favore del successibile premorto e, poi, stante il decesso, devoluta ai suoi discendenti che a esso si sostituiscono. Giurisprudenza del passato aveva, in effetti, sostenuto che "la rappresentazione postula una vocazione diretta dell'ascendente chiamato (rappresentato) nella cui posizione giuridica subentra, prendendone il posto e il grado e succedendo direttamente al defunto, il discendente"[70].

68 Tutti i virgolettati appartengono nuovamente a Cass., sez. un., n. 11421/2021, cit.

69 In linea generale, in materia successoria la regola è affermata anche da Bianca, C.M.: *Diritto civile*, cit., p. 555.

70 Così Cass., 10 marzo 1952, n. 630, citata da Ruperto, C.: "Delle successioni", in AA.VV.: *La giurisprudenza sul Codice civile*, II, Giuffrè, Milano, 2012, p. 130.

In realtà, dottrina e giurisprudenza maggioritarie ricostruiscono l'istituto come una forma di delazione indiretta[71], poiché il contenuto della delazione dei rappresentanti è determinato con riferimento ad altra delazione, considerata però solo in via ipotetica[72]. In altri termini, la successione per rappresentazione non realizza un'ipotesi di delazione successiva: la persona premorta non è chiamata, neppure astrattamente e dunque non può essere sostituita[73], e il rappresentato non ha altra funzione specifica se non quella di essere di riferimento per determinare quanto devoluto al rappresentante[74]. Ne consegue che il premorto, come soggetto, è escluso dal fenomeno successorio, non servendo neppure da tramite dell'eredità dal *de cuius* al rappresentante, che rimane l'unico soggetto delato[75]: il soggetto vocato è il rappresentante e solo lui. Quest'ultimo succede perciò al *de cuius iure proprio*: questa evidenza ha peraltro indotto parte della dottrina a rilevare che nella rappresentazione non si verifica, in realtà, una vocazione indiretta in quanto chi succede non lo fa utilizzando la vocazione di altro soggetto[76].

Così ricostruito l'istituto, a nulla varrebbe replicare che la vocazione del rappresentante è speculare quanto all'oggetto a quella del rappresentato, mantenendosi ferma nella sua consistenza oggettiva, e consente al primo di subentrare negli stessi diritti che sarebbero spettati al secondo se non fosse premorto: una simile conclusione risulta contraddittoria rispetto alla premessa di partenza, ossia alla predicata irrilevanza delle regole successorie, previste per la determinazione delle quote ereditarie tra gli "eredi" beneficiari, ai fini della suddivisione dell'indennizzo.

Evidente è allora il fraintendimento in cui sono incorse le Sezioni unite: a favore del premorto non si verifica alcuna delazione astratta prima del decesso dello stipulante[77], non potendo egli perciò conseguire il diritto all'indennizzo.

71 Cfr. Nicolò, R.: *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1934, pp. 174-175; Cariota Ferrara, F.: *Le successioni*, cit., pp. 260 ss. In giurisprudenza, *vid.* ad esempio Cass., 17 maggio 1969, n. 1701 (*Giustizia civile* 1970, 1252) e Cass., 11 aprile 1975, n. 1366 (*Giurisprudenza italiana* 1975, 373).

72 In altri termini, il soggetto subentrante utilizza a proprio favore degli elementi di una vocazione antecedente che non ha luogo e che sarebbe stata idonea a escluderlo dalla successione: così Perego, E.: "La rappresentazione", in AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (diretto da P. Rescigno), 5, Utet, Torino, 2002, p. 121.

73 Cicu, A.: "Successioni per causa di morte", in AA.VV.: *Trattato di diritto civile e commerciale* (diretto da A. Cicu e F. Messineo), XLII, Giuffrè, Milano, 1961, p. 62.

74 Ferri, L.: "Disposizioni generali", cit., pp. 215-216.

75 Cicu, A.: "Successioni per causa di morte", cit., p. 109.

76 Cfr. Ferri, L.: "Disposizioni generali", cit., p. 217; Cicu, A.: "Successioni per causa di morte", cit., pp. 62-63; Jofrida, V.: "Un concetto da espungere dal diritto ereditario: la c.d. vocazione indiretta", *Foro italiano*, 1956, IV, c. 121.

77 Una simile conclusione potrebbe ammettersi solamente accettando la tesi di chi, sotto il profilo individuativo, sostiene che con la designazione generica degli "eredi" come beneficiari lo stipulante abbia inteso fare riferimento ai soggetti che sarebbero chiamati se in quel momento si aprisse la successione: è la tesi di Perano, G.: "Assicurazione sulla vita", cit., pp. 685 ss.

Il punto di partenza per risolvere la questione va individuato nel ridimensionamento della portata letterale dell'art. 1920, 3° comma, cod. civ., nella parte in cui connette alla designazione l'acquisto del "diritto proprio", a cui le Sezioni unite attribuiscono una valenza eccessiva: la previsione intende semplicemente escludere la caduta in successione dell'indennizzo, ma non intende correlare necessariamente, sotto il profilo temporale, la designazione all'effettivo acquisto del diritto in capo al terzo, come accade in caso di designazione generica.

Sulla questione non può allora che convenirsi con Giampiccolo, secondo cui "la sopravvivenza del beneficiario è condizione necessaria a che la designazione [testamentaria, ma analogamente vale per quella generica] possa avere effetto"[78]: non ostante l'art. 1920 cod. civ. ricolleghi l'acquisto alla designazione, quella compiuta genericamente ("a favore degli eredi") consente di ricomprendere il diritto nella sfera giuridica del designato (e di affermarne la conseguente trasmissibilità *iure hereditatis*) solo dopo la morte dell'assicurato. Quanto contemplato dall'art. 1412, comma 2°, cod. civ. risulta dunque inapplicabile prima di tale momento: i beneficiari sono coloro che, "al momento della morte del contraente", potrebbero divenire eredi secondo le regole della successione legittima o testamentaria, senza che alcun rilievo possa attribuirsi alla premorienza di altri soggetti che, al tempo della designazione, sarebbero potuti astrattamente succedere all'assicurato se fosse deceduto in quell'istante.

Rilevanti sono le conseguenze operative dall'impostazione accolta.

A tal fine si consideri il caso deciso dalle Sezioni unite, che vedeva un soggetto, celibe e senza figli, i cui parenti più prossimi erano costituiti da un fratello e da una sorella, stipulare quattro "polizze vita" (*rectius*, contratti di assicurazione sulla vita per il caso di morte a favore di terzi) in cui venivano indicati genericamente come beneficiari gli "eredi legittimi". A seguito del decesso *ab intestato* del contraente, la compagnia assicurativa liquidava l'indennizzo dividendolo in cinque quote uguali: una a favore del fratello e le restanti a favore dei quattro figli della sorella, nel frattempo premorta all'assicurato. Sia nelle fasi di merito, sia in Cassazione, i giudici contestavano la ripartizione compiuta dalla compagnia, ritenendo che il fratello avesse diritto alla metà dell'indennizzo e che ai nipoti, subentrati per rappresentazione nel luogo e nel grado della loro madre, spettasse la restante metà da ripartire in quote eguali tra loro.

78 Così Giampiccolo, G.: *Il contenuto atipico*, cit., p. 311, il quale ritiene inapplicabile al contratto di assicurazione sulla vita, in caso di designazione testamentaria, non solo l'art. 1412, comma 2°, cod. civ., ma anche l'art. 1921, comma 2°, cod. civ.; ulteriori problemi di coordinamento si pongono, poi, tra l'art. 1920 cod. civ. e gli artt. 1922 e 1923 cod. civ., qualora la designazione testamentaria sia compiuta a titolo di liberalità. Sull'argomento in modo analogo, *vid.* Ieva, M.: "Altre forme", cit., pp. 82-85. Per analoga posizione, *vid.* anche Corrias, P.: "Le assicurazioni sulla vita", cit., p. 156.

In realtà, in base alla soluzione che si è cercato di proporre, l'indennizzo andava più correttamente ripartito in cinque parti uguali, conformemente alla suddivisione operata in origine dalla compagnia assicurativa, in quanto la sorella del contraente, deceduta prima di quest'ultimo, non poteva aver acquistato alcun diritto di credito per effetto della sola designazione generica. Sotto questo aspetto a nulla rileva che i nipoti fossero succeduti per rappresentazione alla madre: per un verso, il diritto all'indennizzo non faceva parte né del patrimonio del *de cuius*, né di quello della sorella premorta; per altro verso, si è dimostrato che la ripartizione non risente dell'ammontare delle quote ereditarie, ma si determina, in assenza di diverse indicazioni, ai sensi dell'art. 1298 cod. civ.

La rappresentazione rileva però sotto altro profilo: l'operare dell'istituto nel caso di specie consente di determinare i beneficiari secondo il criterio dettato dalla Supr. Corte e da noi accolto. I figli della sorella dello stipulante, succeduti per rappresentazione, in quanto destinatari di una delazione autonoma, dovevano dunque considerarsi "eredi" del *de cuius* "in forza del titolo dell'astratta delazione ereditaria", secondo quanto dispone l'art. 467 cod. civ. Gli stessi andavano perciò annoverati, al pari del fratello ancora in vita, tra i beneficiari della polizza, che doveva essere di conseguenza suddivisa in cinque parti uguali, a prescindere dalla misura delle rispettive quote ereditarie. Il principio di diritto espresso dalle Sezioni unite finisce così per mantenere una propria valenza solo nel caso in cui i destinatari dell'attribuzione siano esattamente individuati dallo stipulante (o siano comunque immediatamente individuabili), ma non può essere esteso all'ipotesi di designazione generica (o testamentaria): solo nel primo caso, infatti, i beneficiari acquistano, già per effetto della designazione, il diritto all'indennizzo, che entra a far parte del loro patrimonio e che può essere oggetto di successione ereditaria.

Ne risulta un quadro di parziale critica alla soluzione da ultimo adottata dalla giurisprudenza e di conferma che quel particolare settore del sapere giuridico, a cavallo tra regole negoziali e diritto successorio, rappresentato dal contratto di assicurazione sulla vita a favore di terzi, costituisce per l'interprete un crinale scivolosissimo[79].

79 I complessi problemi interpretativi e la conseguente litigiosità, che la generica designazione degli "eredi" quali beneficiari di un contratto assicurativo sulla vita pone, hanno indotto l'IVASS a disciplinare il contenuto della proposta di assicurazione, da presentare al contraente per la sottoscrizione, in modo da scoraggiare una simile scelta: l'art. 11 del reg. IVASS n. 41 del 2 agosto 2018 dispone che "il documento … è redatto in modo da favorire l'acquisizione in sede di stipula dei nuovi contratti della designazione del beneficiario in forma nominativa, salva espressa diversa volontà del contraente. A tal fine, la proposta … contiene: a) lo spazio per l'indicazione dei dati anagrafici del beneficiario … b) le avvertenze, realizzate con caratteristiche grafiche di particolare evidenza, che, in caso di mancata compilazione dello spazio di cui alla lettera a), l'impresa potrà incontrare, al decesso dell'assicurato, maggiori difficoltà nell'identificazione e nella ricerca dei beneficiario…".

BIBLIOGRAFIA

Albanese, A.: "Assicurazione sulla vita e protezione patrimoniale", *Contratto e impresa*, 2016, n. 6°, p. 1423

Barison, S. e Gagliardi, M.: "Dell'assicurazione sulla vita", in AA.VV.: *Commentario al Codice civile* (fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli), Giuffrè, Milano, 2013, p. 76

Berti de Marinis, G.: "La valutazione di adeguatezza nelle polizze vita con finalità successoria", in AA.VV.: *I contratti di assicurazione come strumento di pianificazione del passaggio generazionale e di gestione del patrimonio familiare* (a cura di V. Barba e S. Landini), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 263

Betti, E.: "Teoria generale del negozio giuridico", in AA.VV.: *Trattato di diritto civile italiano* (diretto da F. Vassalli), XV, 2, Utet, Torino, 1960, p. 320

Betti, E.: *Teoria generale delle obbligazioni*, II, *Struttura dei rapporti d'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1953, pp. 54 ss.

Bianca, C.M.: *Diritto civile*, 2, *La famiglia. Le successioni*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 565

Biondi, B.: "Le donazioni", in AA.VV.: *Trattato di diritto civile italiano* (diretto da F. Vassalli), XXII, 4, Utet, Torino, 1961, pp. 971 ss.

Breccia, U.: "Le obbligazioni", in AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (a cura di G. Iudica e P. Zatti), Giuffrè, Milano 1991, pp. 127 ss.

Buttaro, L.: "voce Assicurazione sulla vita", in AA.VV.: *Enciclopedia del diritto*, III, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 648 ss.

Calvo, R.: "I confini tra attribuzioni successorie e prestazioni assicurative", *Assicurazioni*, 2010, n. 1°, p. 261

Caravaglios, R.: "Il contratto per persona da nominare", in AA.VV.: *Commentario al Codice civile* (fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli), Giuffrè, Milano, 1998, pp. 169 ss.

Cariota Ferrara, F.: *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Morano, Napoli, 1977, pp. 404 ss.

Carrabba, A.A.: "Le donazioni "mortis causa"", *Rivista del notariato*, 2006, n. 6°, p. 1450

Cerini, D.: "I diritti dei beneficiari nell'assicurazione vita: tra volontà del contraente e successione", *Danno e responsabilità*, 2016, n. 7°, p. 744

Cicu, A.: "Successioni per causa di morte", in AA.VV.: *Trattato di diritto civile e commerciale* (diretto da A. Cicu e F. Messineo), XLII, Giuffrè, Milano, 1961, p. 62

Corrias, P.: "Le assicurazioni sulla vita", in AA.VV.: *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo* (diretto da L. Mengoni e P. Schlesinger e continuato da V. Roppo e F. Anelli), IV, Giuffrè, Milano, 2021, p. 139

Dalmartello, A.: "Clausole di destinazione degli eredi e "diritto proprio" del beneficiario dell'assicurazione sulla vita. Interferenze tra diritto delle assicurazioni e diritto successorio", *Rivista di diritto privato*, 2017, n. 3°, pp. 413 ss.

De Giorgi, M.V.: *I patti sulle successioni future*, Jovene, Napoli, 1976, p. 68

Delle Monache, S.: "La libertà di disporre mortis causa", *Rivista di diritto civile*, 2019, n. 2°, pp. 486-487

Delle Monache, S.: "Testamento. Disposizioni generali", in AA.VV.: *Commentario al Codice civile* (fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli), Giuffrè, Milano, 2005, p. 60

Di Amato, A.: "Negozio unilaterale, morte del dichiarante al momento della recezione e designazione del beneficiario nell'assicurazione vita", *Giustizia civile*, 1979, I, p. 677

Falzea, A.: "voce Condizione, I, Diritto civile", in AA.VV.: *Enciclopedia giuridica Treccani*, VII, Ed. Enc. it., Roma, 1988, pp. 2 ss.

Fanelli, G.: "L'assicurazione sulla vita", in AA.VV.: *Il contratto di assicurazione* (a cura di A. De Gregorio e G. Fanelli), II, Giuffrè, Milano, 1987, p. 224

Ferri, L.: "Disposizioni generali sulle successioni", in AA.VV.: *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca* (a cura di F. Galgano), Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 1997, p. 119

Franzoni, M.: "Degli effetti del contratto", in AA.VV.: *Commentario al Codice civile* (fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli), Giuffrè, Milano, 1998, p. 183

Franzoni, M.: "Il contratto e i terzi", in AA.VV.: *Trattato dei contratti* (diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli), I contratti in generale, II, Utet, Torino, 2006, p. 1239

GASPERONI, N.: "voce Assicurazione, III, Assicurazione sulla vita", in AA.VV.: *Enciclopedia giuridica Treccani*, III, Ed. Enc. it., Roma, 1988, p. 12

GAZZONI, F.: *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 697

GIAMPICCOLO, G.: "voce Atto mortis causa", in AA.VV.: *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 233 ss.

GIAMPICCOLO, G.: *Il contenuto atipico del testamento*, Giuffrè, Milano, 1954, pp. 299 ss.

GIORGIANNI, M.: *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, I, Giuffrè, Milano, 1968, pp. 41 ss.

IEVA, M.: "Altre forme di trasmissione della ricchezza", in AA.VV.: *Trattato breve delle successioni e donazioni* (diretto da P. RESCIGNO), I, Cedam, Padova, 2010, pp. 59 ss.

IEVA, M.: "voce Successione, X, Fenomeni parasuccessori", in AA.VV: in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXX, Ed. Enc. it., Roma, 2002, pp. 3 ss.

JOFRIDA, V.: "Un concetto da espungere dal diritto ereditario: la c.d. vocazione indiretta", *Foro italiano*, 1956, IV, c. 121

LANDINI, S.: "L'assicurazione sulla vita", in AA.VV.: *Trattato dei contratti* (diretto da V. ROPPO e A.M. BENEDETTI), V, Giuffrè, Milano, 2014, p. 602

LAZZARA, C.: "Il contratto per persona da nominare", in AA.VV: *Trattato di diritto privato* (diretto da M. BESSONE), 13, VI, Utet, Torino, 2000, pp. 241 ss.

MATTUCCI, F.S.: "Assicurazione sulla vita e revoca implicita di designazione degli originari beneficiari per disposizione testamentaria incompatibile", *Famiglia e diritto*, 2017, n. 10°, pp. 877 ss.

MESSINEO, F.: "Sulla condizione giuridica del terzo beneficiario nell'assicurazione vita", *Archivio giuridico*, 1924, n. 4°, pp. 167 ss.

MIRABELLI, G.: "Delle obbligazioni. Dei contratti in generale", in AA.VV.: *Commentario al Codice civile*, Utet, Torino, 1980, p. 105

MORA, A.: "Il beneficiario dell'assicurazione sulla vita a favore di terzi", *Responsabilità civile e previdenza*, 1988, p. 332

Moroni, E.M.: "Assicurazione sulla vita in favore degli eredi: la ripartizione del capitale tra i beneficiari deve effettuarsi per capi e non per stirpi", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, n. 1°, pp. 27 ss.

Moscarini, L.V.: "Il contratto a favore di terzi", in AA.VV.; *Commentario al Codice civile* (fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli), Giuffrè, Milano, 1997, p. 159

Moscati, E.: "La capacità di succedere", in AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (diretto da P. Rescigno), 5, I, Utet, Torino, 2002, pp. 57 ss.

Nicolò, R.: "Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa", *Vita notarile*, 1971, pp. 147 ss.

Nicolò, R.: *La vocazione ereditaria diretta e indiretta,* Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1934, pp. 174-175

Oberto, G.: "voce Offerta al pubblico", in AA.VV.: *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, XIII, Utet, Torino, 1995, pp. 13 ss.

Orestano, R.: "Diritti soggettivi e diritti senza soggetto", *Jus*, 1960, n. 2°, pp. 156 ss.

Palazzo, A.: "Istituti alternativi al testamento", in AA.VV.: *Trattato di diritto civile del C.N.N.* (diretto da P. Perlingieri), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, pp. 17 ss.

Palazzo, A.: "La dottrina civilistica italiana sui negozi *trans mortem* dagli anni cinquanta ad oggi", in AA.VV.: *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative. Congresso dei civilisti italiani (Venezia, 23-26 giugno 1989)*, Cedam, Padova, 1991, pp. 221 ss.

Peccenini, F.: "Dell'assicurazione", in AA.VV.: *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca* (a cura di F. Galgano), Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 2011, p. 234

Perano, G.: "Assicurazione sulla vita e clausole "a favore degli eredi"", *Rassegna di diritto civile*, 2009, n. 3°, pp. 681-682

Perego, E.: "La rappresentazione", in AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (diretto da P. Rescigno), 5, Utet, Torino, 2002, p. 121

Pirilli, D.: "La designazione (e la revoca) del beneficiario nell'assicurazione sulla vita tra contratto e successione", *Responsabilità civile e previdenza*, 2019, n. 4°, p. 1242

Polotti Di Zumaglia, A.: "voce Vita (assicurazione sulla)", in AA.VV.: *Digesto IV ed., Disc. priv. sez. comm.*, XVI, Utet, Torino, 1999, p. 442

Rizzuti, M.: "Successione testamentarie e assicurazione sulla vita", *Corriere giuridico*, 2017, p. 1518

Rojas Elgueta, G.: "Evoluzioni del diritto delle successioni e rapporti con il diritto delle successioni", *Rivista di diritto civile*, 2005, n. 4°, pp. 213 ss.

Rossetti, M.: "L'assicurazione sulla vita", in AA.VV.: *Il diritto delle assicurazioni*, III, Cedam, Padova, 2013, p. 851

Rubino, D.: *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Giuffrè, Milano, 1939, *passim*.

Ruperto, C.: "Delle successioni", in AA.VV.: *La giurisprudenza sul Codice civile*, II, Giuffrè, Milano, 2012, p. 130

Sacco, R.: "L'interpretazione", in AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (diretto da P. Rescigno), 10, Utet, Torino, 1982, p. 423

Salandra, V.: "Dell'assicurazione", in AA.VV.: *Commentario del Codice civile* (a cura di A. Scialoja e G. Branca), Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 1966, p. 396

Santoro Passarelli, F.: *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1966, pp. 233 ss.

Siri, M.: "La premorienza del beneficiario nell'assicurazione sulla vita", *Banca, borsa, titoli di credito*, 2013, n. 5°, pp. 622 ss.

Stolfi, N.: *L'assicurazione sulla vita a favore di terzi*, Giuffrè, Milano, 1936, pp. 52 ss.

Vernizzi, S.: "La designazione del beneficiario di assicurazione sulla vita", in AA.VV.: *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* (diretto da G. Bonilini), II, *La successione testamentaria*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 874

Vivante, C.: "Sub art. 453", in AA.VV.: *Il codice di commercio commentato*, VI, *Del contratto di assicurazione*, Utet, Torino, 1936, p. 440

VOLPE PUTZOLU, G.: "Assicurazione sulla vita, disposizioni a causa di morte e atti di liberalità", in AA.VV.: *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, III, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 2100 ss.

VOLPE PUTZOLU, G.: "Il contratto di assicurazione come strumento successorio", in AA.VV.: *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio* (a cura di P. RESCIGNO), Cedam, Padova, 1995, p. 93

ZOPPINI, A.: "Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie "in forma indiretta"", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1998, n. 4°, p. 1085

IL CONTROLLO GIUDIZIALE SULLE CLAUSOLE CHE ALTERANO L'ESSENZA DEL CONTRATTO

THE JUDICIAL CONTROL ON THE TERMS ALTERING THE CORE OF THE CONTRACT

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1644-1669

Letizia COPPO

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: La giurisprudenza italiana è da sempre lapidaria nell'affermare che le clausole con cui le parti circoscrivono l'oggetto del contratto non soggiacciono al controllo di validità cui il codice civile sottopone le limitazioni o esclusioni preventive della responsabilità. Negli ultimi anni si nota però un intenso impiego delle clausole in questione in rilevanti settori della contrattualistica e una marcata tendenza della giurisprudenza a sottoporle a forme di controllo alternative, per lo più ancorate a criteri scivolosi come la meritevolezza. L'obiettivo del presente contributo è quello di criticare questa tendenza e di suggerire un criterio per ricondurre il controllo ad unità.

PALABRAS CLAVE: Causa; tipo contrattuale; patti sull'oggetto; patti sulla responsabilità.

ABSTRACT: *Italian courts have always been firm in claiming that clauses limiting the obligations arising from the contract are not subject to the validity test required by the civil code for liability exemptions. Though, lately, practice seems to have intensified the use of the clauses at issue in relevant contractual industries and case-law has revealed a significant trend towards the undertaking of alternative forms of judicial control on such terms, mostly anchored to slippery parameters like the "worthiness" of the interests pursued. The purpose of this contribution is to criticise that trend and suggest a criterion for a unified control.*

KEY WORDS: *Core of the contract; contract type; object limitations; liability exemptions.*

SUMARIO.- I. CONTROLLO CONTENUTISTICO E CLAUSOLE SULL'OGGETTO DEL CONTRATTO.- II. LA GIURISPRUDENZA SULLE CLAUSOLE CHE LIMITANO UN'OBBLIGAZIONE TIPICA DEL CONTRATTO.- III. LA GIURISPRUDENZA SULLE CLAUSOLE CHE ESCLUDONO UN'OBBLIGAZIONE TIPICA DEL CONTRATTO.- IV. PROPOSTE PER IL SUPERAMENTO DELL'APPROCCIO CASISTICO E LA PREVISIONE DI UN CONTROLLO UNITARIO.

I. CONTROLLO CONTENUTISTICO E CLAUSOLE SULL'OGGETTO DEL CONTRATTO.

Pur essendo fondato sui principi della libertà dell'iniziativa economica (art. 41 Cost.) e dell'autonomia contrattuale (art. 1322 cod. civ.), al punto da ammettere espressamente la creazione di tipi contrattuali diversi rispetto a quelli previsti dalla legge, l'ordinamento italiano contempla diverse forme di controllo sul contenuto del contratto, diverse ipotesi in cui il giudice può sindacarne totalmente o parzialmente la validità, pur quando quest'ultimo è il frutto di un accordo tra due parti provviste tanto della capacità naturale quanto della capacità giuridica.

Come si ricava dal combinato disposto degli artt. 1418 e 1346 cod. civ., l'ordinamento richiede che l'oggetto del contratto, inteso come prestazione dedotta in obbligazione, sia giuridicamente o materialmente possibile, che sia determinata o determinabile e che sia lecita, cioè conforme alle norme imperative di legge (c.d. nullità virtuale), alle norme che prevedono singole ipotesi di nullità (c.d. nullità testuale), all'ordine pubblico e al buon costume.

La liceità non è richiesta solo per la prestazione, ma anche per l'oggetto del contratto in senso lato, cioè le sue singole clausole, le quali non devono ricadere nelle varie ipotesi di nullità testuali e virtuali. Così, a mero titolo di esempio, il contratto non può contenere una condizione illecita o impossibile (art. 1354 cod. civ.), o una condizione sospensiva meramente potestativa (art. 1355 cod. civ.), o un patto commissorio (art. 2744 cod. civ.) o un patto modificativo dell'onere probatorio tale da rendere eccessivamente gravoso l'esercizio del diritto (art. 2698 cod. civ.), oppure ancora un patto di limitazione o esclusione preventiva della responsabilità del debitore per dolo, colpa grave o violazione di norme di ordine pubblico (art. 1229 cod. civ.).

Se il contratto è concluso tra un professionista e un consumatore, il controllo contenutistico è più pregnante, nella misura in cui ha come parametro di riferimento non la semplice liceità delle clausole, ma la loro vessatorietà, cioè

• Letizia Coppo
Assegnista di ricerca (Università di Torino); docente a contratto (Università LUMSA Palermo). E-mail: letizia.coppo@unito.it

la loro suscettibilità di determinare a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. Com'è noto, l'art. 33 cod. cons. contiene un elenco tassativo di clausole che si presumono vessatorie salvo che il professionista convenuto dal consumatore nel giudizio di nullità non provi il contrario o non provi che sono state oggetto di trattativa individuale con il consumatore (art. 34 cod. cons.); mentre l'art. 36 cod. cons. contiene un elenco di clausole che sono vessatorie e dunque nulle *tout court*, quantunque oggetto di trattativa individuale[1].

La disciplina appena citata precisa che il giudizio di vessatorietà «non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile» (art. 34 cod. cons.). Detto più correttamente, il controllo di vessatorietà riguarda soltanto l'oggetto del contratto inteso come l'insieme delle clausole che compongono il regolamento contrattuale, mentre non riguarda l'oggetto del contratto inteso come la somma delle obbligazioni che gravano sulle parti. In quest'ultima accezione, dunque, l'oggetto del contratto resta sottoposto unicamente al controllo di liceità, determinabilità e possibilità previsto dal codice civile. Diversamente, tanto nella *grey list* dell'art. 33 cod. cons. quanto nella *black list* dell'art. 36 cod. cons. figurano le clausole con cui si limita o di esclude preventivamente la responsabilità del professionista.

In questo quadro, si è posto il problema di stabilire quale sia la sorte di quelle clausole, sempre più diffuse nella prassi, con cui le parti modificano la prestazione tipica del contratto, vuoi limitando quantitativamente o qualitativamente una o più obbligazioni, vuoi escludendole del tutto. Quello che si evince dalla disciplina appena riportata è che le parti possono impedire a monte che sorga una determinata obbligazione o ridurne l'ampiezza sul piano quantitativo o qualitativo, ma quando l'obbligazione sorge non possono contestualmente impedire che il suo inadempimento dia luogo a responsabilità e che il risarcimento del danno sia integrale, pena la nullità della pattuizione *ex* art. 1229 cod. civ. salvo nel caso in cui

1 Salva sempre, almeno secondo la tesi della dottrina che pare più condivisibile, la prova a carico del professionista che la clausola non era in concreto idonea a determinare il significativo squilibrio di diritti e obblighi richiesto dall'art. 33 cod. cons.: così, già prima dell'entrata in vigore del codice del consumo, De Nova, G.: *Le clausole vessatorie*, Ipsoa, Assago, 1996, p. 10; Roppo, V.: "Clausole vessatorie (nuova normativa)", *Enciclopedia giuridica* Treccani, VI, Il Veltro, Roma, 1996, p. 9; Minervini, E.: *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999, p. 173; Bin, M.: "Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano cosí le direttive comunitarie?)", *Contratto e impresa/Europa*, 1996, pp. 444 ss.; dopo l'entrata in vigore del codice del consumo, per tutti, Minervini, E., "I contratti dei consumatori", in *Trattato del contratto* Roppo, IV, *Rimedi-1* (a cura di A. Gentili), Giuffrè, Milano, 2006, pp. 579 ss.; Id.: *Dei contratti del consumatore in generale*, 2a ed., Giappichelli, Torino, 2010, p. 85; e Gallo, P.: *Trattato sul contratto*, I. *La formazione*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 816 ss. In senso contrario, per tutti, Sciancalepore, G.: "Art. 33", in *Commentario del codice del consumo* Stanzione e Sciancalepore, Ipsoa, Milano, 2006, p. 246; Barenghi, A.: "I contratti dei consumatori", in A.A. V.V.: *Diritto civile* (a cura di N. Lipari e P. Rescigno), III, 2, Giuffrè, Milano, 2009, p. 142; Galgano, F.: *Trattato di diritto civile*, II, 2a ed., Cedam, Padova, 2010, p. 544; Mazzamuto, S.: *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 178 ss.; Ricci, F.: "I contratti del consumatore in generale", in A.A. V.V.: *Diritto dei consumi: soggetti, contratti, rimedi* (a cura di L. Rossi Carleo), Giappichelli, Torino, 2012, p. 62.

il debitore risulti in colpa lieve e il suo inadempimento non dipenda dalla violazione di obblighi imposti da norme di ordine pubblico.

La distinzione, con le conseguenze che ne discendono, viene ribadita sempre con la medesima formula dalla giurisprudenza, per cui una clausola è esclusiva o limitativa della responsabilità «qualora stabilisca che il contraente, se non adempirà puntualmente la prestazione promessa, non incorrerà, o incorrerà solo limitatamente nelle sanzioni conseguenti alla sua inadempienza», mentre non sono tali le clausole che «specificano, delimitandolo, l'oggetto della prestazione promessa dal contraente, senza affatto escludere, né in tutto né in parte le sanzioni previste»[2].

Analogamente, la giurisprudenza in materia assicurativa ripete in modo quasi tralatizio la massima per cui sono mere clausole sull'oggetto del contratto quelle che «riguardano il contenuto e i limiti della garanzia assicurativa e, cioè, specificano legittimamente quale rischio risulti garantito», mentre sono clausole limitative della responsabilità, oltre a quelle che limitano le conseguenze della colpa o dell'inadempimento, quelle che «operano per escludere il rischio garantito»[3].

Se sotto il profilo morfologico le due operazioni poc'anzi descritte appaiono ben distinte, sotto il profilo effettuale, come dimostrano le oscillazioni della giurisprudenza stessa[4], si rivela spesso poco agevole stabilire in concreto quando le modificazioni dell'oggetto rimangano tali e quando invece si traducano indirettamente in alterazioni del regime di responsabilità.

Questa difficoltà ha indotto le corti ad astenersi dal sancire linee guida e criteri discretivi generali per adottare invece un approccio casistico, nonché, soprattutto negli ultimi anni e in materia assicurativa, a sottoporre alcune pattuizioni qualificate come clausole sull'oggetto a forme di controllo diverse rispetto tanto al giudizio di compatibilità con l'art. 1229 cod. civ. quanto al giudizio di liceità ai sensi del combinato disposto degli artt. 1346 e 1418 cod. civ. Così alcune sentenze hanno affermato che le clausole sull'oggetto sono valide solo qualora perseguano interessi

2 Per tutte, Cass., 5 febbraio 1971, n. 280, *Foro italiano*, 1971, c. 913.

3 In questo senso, ancora di recente, Cass., 30 marzo 2018, n. 7916, *CED Cassazione*.

4 Alcune pattuizioni che inizialmente venivano qualificate dalla giurisprudenza come clausole limitative della responsabilità sono ormai pacificamente qualificate come clausole sull'oggetto. Così, ad esempio, le clausole *claims made* nei contratti assicurativi, di cui si dirà meglio *infra* nel testo: cfr. Trib. Milano, 18 marzo 2010, *Giurisprudenza italiana*, 2011, p. 831, con nota di Magni, F.A.: "La clausola *claims made* tra atipicità del contratto, inesistenza del rischio e limitazione di responsabilità"; Trib. Bari, 12 luglio 2012, *ivi,* 2012, p. 2558, con nota di Amendolagine, V.: "Clausola *claims made* e responsabilità dell'assicuratore: quando ricorre il carattere della vessatorietà"; App. Roma, 7 giugno 2006, *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2006, p. 880; nonché, seppur con sfumature diverse, Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2006, I, p. 145, con nota di Antonucci, A.: "Prassi e norma nel contratto di assicurazione *claims made*"; *Danno e responsabilità*, 2005, p. 1071, con note di Simone, R.: "Assicurazione e clausola *claims made*"; e Lanzani, C.: "Clausole *claims made*: legittime, ma vessatorie"; *Contratti*, 2013, pp. 884 ss.

meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 cod. civ.[5], altre che le clausole in esame sono nulle quando fanno venir meno la causa concreta del contratto[6].

Una simile frammentazione della casistica, rendendo incerti i confini dell'autonomia contrattuale, impone all'interprete il compito di estrapolare dalle sentenze uno o più criteri utili per discernere tra le due categorie di clausole; di domandarsi se la distinzione sia davvero utile o se la *ratio* dell'art. 1229 cod. civ., letta in chiave sistematica ed evolutiva, suggerisca invece di assoggettarle entrambe ad un'unica forma di controllo; e quale debba essere il parametro alla luce del quale il controllo dovrebbe compiersi. La ricerca di una soluzione a tali quesiti è l'obiettivo che si propone il presente contributo.

5 Dalla più risalente, Cass., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140, *Contratti*, 2016, p. 753; *Corriere giuridico*, 2016, p. 921, con nota di Calvo, R.: "Clausole *claims made* fra meritevolezza e abuso secondo le Sezioni Unite"; *Danno responsabilità*, 2016, p. 929, con note di Gazzara, M.: "La meritevolezza della clausola *claims made* al vaglio delle Sezioni Unite"; di Allavena, V.: "Meritevolezza delle *claims made*: il difficile compito dei giudici di merito dopo le Sezioni Unite"; e Hazan, M.: "La singolare vicenda della *claims made*, prima e dopo le Sezioni Unite ("Piacer figlio d'affanno; Gioia vana...")"; *Foro italiano*, 2016, c. 2014; *Giurisprudenza italiana*, 2016, p. 2602, con nota di Magni, F.A.: "Le Sezioni unite sul contratto di assicurazione per la responsabilità civile *claims made*: contratto valido (a meno che "la manipolazione dello schema tipico non ne avveleni la causa")"; *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, p. 1434; Trib. Livorno, 27 luglio 2016, *ivi*, 2016, p. 1440; Cass., 11 gennaio 2017, n. 417, *Guida al diritto*, 2017, p. 90; Cass., 28 aprile 2017, n. 10509, *Corriere giuridico*, 2017, p. 1191; Cass., 28 aprile 2017, n. 10506, *Banca borsa titoli di credito*, 2017, II, p. 667, con nota di De Luca, N.: "Richieste postume e immeritevolezza delle *claims made*. Nomofilachia o disorientamento?"; *Contratti*, 2017, p. 383, con nota di Carnevali, U.: "La clausola *claims made* e le sue alterne vicende nella giurisprudenza di legittimità"; *Foro italiano*, 2017, I, c. 2725, con nota di Tassone, B.: "Ulteriori note sulle *claims made*: la trama si infittisce e ancora non se ne esce"; *Danno responsabilità*, 2017, p. 441, con note di Palmieri, A. e Pardolesi, R.: "*Claims made*, "code lunghe" e ostracismi giudiziali"; di Monticelli, S.: "Il giudizio di immeritevolezza della *claims made* agli albori della tipizzazione della clausola"; di Locatelli, L.: "Polizze a regime *claims made*: quando il diverso ha difficoltà ad integrarsi"; e di Greco, F.: "La clausola *claims made* tra vessatorietà e meritevolezza in concreto. L'erosione dell'autonomia contrattuale nell'interpretazione della giurisprudenza"; *Corriere giuridico*, 2017, p. 1191, con nota di Facci, G.: "Gli interventi demolitivi della Cassazione sulle *claims made* e la tutela degli assicurati (e dei terzi danneggiati)"; *Responsabilità medica*, 2017, p. 237, con nota di Partenza, I.: "La clausola *claims made* e le sezioni disunite della Suprema Corte: l'insostenibile incertezza del mercato"; Trib. Udine, 3 maggio 2017, n. 613, *www.dejure.it*; Cass., 18 maggio 2017, n. 12488, *CED Cassazione*; Cass., 23 novembre 2017, n. 27867, *ivi*; Cass., 15 febbraio 2018, n. 3694, cit.

6 Cass., Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22437, *Foro italiano*, 2018, I, c. 3015, con nota di De Luca, N.: "Clausole *claims made*: sono tipiche ma di tutto si può abusare"; *ivi*, I, c. 3511, con note di Palmieri, A. e Pardolesi, R.: "*Claims made* nel post-diritto"; di Candian, Al., "Ultima tappa (per ora) nella saga delle *claims made*"; e di Tassone, B.: "Le clausole *claims made* di nuovo al vaglio delle sezioni unite: tanti punti oscuri e due proposte"; *Giurisprudenza italiana*, 2019, p. 27, con nota di Delfini, F.: "Le Sezioni Unite e le *claims made*: l'ultima sentenza e la "Big Picture"; *Contratti*, 2018, p. 639, con commento di Carnevali, U.: "La clausola *claims made* e le Sezioni Unite: *bis in idem*"; *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, p. 70, con commento di Garofalo, A.M.: "L'immeritevolezza nell'assicurazione *claims made*"; *Corriere giuridico*, 2019, p. 20, con note di D'Auria, M.: "Polizze *claims made*: ascesa e declino della clausola generale di meritevolezza?"; e di Facci, G.: "Le Sezioni unite e le *claims made*: ultimo atto?"; *Danno e responsabilità*, 2018, p. 675, con commento di Fornasari, R.: "La clausola *claims made* nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite: dalla meritevolezza alla causa concreta". Cfr. inoltre Monticelli, S.: "Nullità della *claims made* e conformazione della clausola nel teorema delle Sezioni Unite", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, pp. 155 ss.; Corrias, P.: "Le clausole *claims made*. Dalle sezioni unite del 2016 a quelle del 2018: più conferme che smentite", *ivi*, 2019, II, pp. 147 ss.; Riva, I.: "L'ultima parola delle sezioni unite della Cassazione in materia di clausole *claims made*", *Contratto e impresa*, 2019, pp. 9 ss.; Gagliardi, M.: "I contratti di assicurazione della responsabilità civile con clausola *claims made*: la perdurante attualità del tema", *Danno e responsabilità*, 2019, pp. 228 ss.; Pizzo, O. e Russo, F.: "Un'analisi metodologica condotta sulle clauole *claims made* tra *trend* passati e futuri anche alla luce delle Sezioni Unite del 2018", *ivi*, 2018, pp. 232 ss.; Bachelet, V.: "L'affermarsi della responsabilità precontrattuale da contratto assicurativo inadeguato (e di altri rimedi meno adeguati)", in A.A. V.V.: *Annuario del contratto* (diretto da A. D'Angelo e V. Roppo), 2018, Torino, 2019, pp. 157 ss. Nella stessa direzione e in modo ancora più marcato, Cass., 15 aprile 2019, n. 10447, *CED Cassazione*; e Cass., 13 novembre 2019, n. 29365, *ivi*.

II. LA GIURISPRUDENZA SULLE CLAUSOLE CHE LIMITANO UN'OBBLIGAZIONE TIPICA DEL CONTRATTO.

Il problema della distinzione tra clausole sull'oggetto e clausole sulla responsabilità si è posto in ampi e variegati settori della contrattualistica, ma gli ambiti nei quali ha sollevato maggiore dibattito riguardano i contratti bancari di prestazione del servizio di cassette di sicurezza, i contratti di assicurazione, i contratti di parcheggio, alcuni contratti di prestazione d'opera manuale e di servizi e alcuni contratti di prestazione d'opera intellettuale. A seconda dei casi, le obbligazioni su cui vertono le clausole sono di custodia, di indennizzo e di *facere*.

Nell'ambito del filone bancario, si è discusso a lungo della qualifica della c.d. clausola di tetto massimo, con cui il cliente si obbliga a depositare nelle cassette di sicurezza oggetti di valore superiore ad un certo importo e la banca prevede che, in caso di furto del contenuto della cassetta non sarà tenuta a risarcire più di quell'importo. Dopo qualche oscillazione iniziale, la giurisprudenza si è attestata sulla qualifica in termini di clausola limitativa della responsabilità e ne ha pertanto sancito la vessatorietà ai sensi dell'art. 1341 cod. civ. e dell'art. 33 cod. cons[7].

7 Cass., Sez. Un., 1° luglio 1994, n. 6225, *Archivio civile*, 1994, p. 1135, con nota di Segreto, A.: "Cassette di sicurezza e responsabilità della banca: la dottrina e la giurisprudenza fino alla sentenza delle sez. un. n. 6225/1994"; *Banca borsa titoli di credito*, 1995, p. 446, con nota di Papa, A.: "Cassette di sicurezza e responsabilità della banca"; *Corriere giuridico*, 1994, p. 967, con nota di Carbone, V.: "Ribadita la nullità del patto che limita l'ammontare dei valori da conservare in cassetta"; *Foro italiano*, 1994, I, c. 3422, con osservazioni di Catalano, G.; *Giurisprudenza commerciale*, 1996, II, p. 192, con nota di Ragno, M.: "Cassette di sicurezza: ancora sulla limitazione di responsabilità della banca"; *Giurisprudenza italiana*, 1995, I, c. 800, con nota di Scoditti, E.: "Autoregolamento e tipo nel contratto di cassetta di sicurezza. Sulla differenza fra clausola limitativa del valore e patto di limitazione della responsabilità della banca"; e Cass., Sez. Un., 1° luglio 1994, n. 6226, *Giustizia civile*, 1994, I, p. 2444; Cass., 11 agosto 1995, n. 8820, *Banca borsa titoli di credito*, 1997, II, p. 139; Cass., 10 gennaio 1998, n. 158, *Giurisprudenza italiana*, 1998, p. 499; Cass., 24 gennaio 1997, n. 750, *Contratti*, 1997, p. 255, con nota di Delfini, F.: "Clausole di esonero da responsabilità e determinazione dell'oggetto"; *Guida al diritto*, 1997, p. 20; Cass., 10 febbraio 1998, n. 1355, *Foro italiano*, 1998, I, c. 2184; *Impresa*, 1998, p. 777; Cass., 4 marzo 1998, n. 2393, *Danno e responsabilità*, 1998, p. 553, con nota di Macario, F.: "La prova del danno da furto nelle cassette di sicurezza"; *Foro italiano*, 1998, I, c. 2179; Cass., 4 aprile 2001, n. 4946, in *Giustizia civile*, 2001, I, p. 1784; Cass., 7 marzo 2003, n. 3389, *Danno e responsabilità*, 2003, p. 1093; *Contratti*, 2003, p. 707; *Gius*, 2003, p. 1434; *Archivio civile*, 2004, p. 93; *Guida al diritto*, 2003, p. 45; Cass., 29 luglio 2004, n. 14462, in *Foro italiano*, 2005, I, c. 1445; Cass., 24 maggio 2004, n. 9902, *Responsabilità civile*, 2005, p. 14, con nota di Tuozzo, M.: "Cassette di sicurezza e responsabilità della banca"; Cass., 5 aprile 2005, n. 7081, *Contratti*, 2005, p. 969, con nota di Carnevali, U.: "La prova della colpa grave nelle clausole di esonero da responsabilità"; *Giurisprudenza italiana*, 2005, p. 2035; *Responsabilità civile*, 2006, p. 614, con nota di Primiceri, L.: "Caso fortuito e cassette di sicurezza"; Cass., 5 aprile 2005, n. 7087, *Notariato*, 2006, p. 413; App. Roma, 12 maggio 2005, *Giustizia civile*, 2006, I, p. 803; App. Roma, 2 febbraio 2006, *www.fallimentonline.it*; App. Napoli, 14 febbraio 2006, *www.dejure.it*; Cass., 21 maggio 2008, n. 13051, *Foro italiano*, 2008, I, c. 2472, con nota di Palmieri, A.: "Contratti bancari e clausole abusive: l'inibitoria collettiva e i suoi effetti"; *Obbligazioni e contratti*, 2008, p. 677, con nota di Rubino, S.; *Nuova giurisprudenza civile*, 2008, p. 1245, con nota di La Marca, G.: "Alcune questioni in tema di clausole abusive contenute nei contratti bancari"; *Responsabilità civile e previdenza*, 2008, p. 2465; Trib. Milano, 18 giugno 2009, *Giurisprudenza italiana*, 2009, p. 2717; *Famiglia, persone e successioni*, 2010, p. 473; Cass., 30 settembre 2009, n. 20948, *Contratti*, 2010, p. 48; App. Roma, 24 giugno 2010, *www.dejure.it*; App. Roma, 16 giugno 2011, *ivi*; Cass., 22 dicembre 2011, n. 28314, *ivi*; Cass., 27 dicembre 2011, n. 28835, *Danno e responsabilità*, 2012, p. 193; *Giustizia civile*, 2012, I, p. 1739; App. Palermo, 17 luglio 2012, *Banca borsa titoli di credito*, 2014, p. 169 ss., con nota di Nuzzo, G.; Cass., 27 luglio 2017, n. 18637, *Quotidiano giuridico*, 2017; *Corriere giuridico*, 2017, p. 1311; e App. Reggio Calabria, 21 gennaio 2019, *www.dejure.it*.

La motivazione si potrebbe sintetizzare in questi termini: l'oggetto del contratto concluso con la banca è la prestazione di custodia non della cassetta di sicurezza in sé o del suo contenuto, ma dei locali in cui la cassetta è sita; la clausola di tetto massimo, nel limitare il valore di quanto depositabile nella cassetta, non incide in alcun modo sulla prestazione di custodia, non impone alla banca un livello di diligenza inferiore rispetto a quello richiesto dall'art. 1839 cod. civ.; allora, se l'obbligazione sorge nella sua integralità, anche il risarcimento del danno derivante dal suo inadempimento deve essere integrale; prevedere un tetto massimo significa soltanto ridurre il *quantum* risarcitorio dovuto dalla banca, almeno in tutti i casi in cui il valore degli oggetti sottratti dalla cassetta sia superiore alla soglia indicata nella clausola[8].

Dal canto suo, la dottrina ha sempre ritenuto nulle le clausole di tetto massimo, ma non sulla base della qualifica in termini di limitazioni di responsabilità, bensì per frode (*ex* art. 1344 cod. civ.) all'art. 1839 cod. civ., norma reputata imperativa, che sancisce espressamente la responsabilità della banca salva la prova del caso fortuito (c.d. responsabilità *ex recepto*)[9]. Più precisamente, la clausola in questione realizzerebbe vuoi un abuso del tipo contrattuale, così come configurato dal legislatore, «un'utilizzazione deviante di esso, che l'ordinamento non può consentire»[10], vuoi un'alterazione della causa del contratto, desumibile anche dalla scelta del legislatore di spingere il regime di responsabilità sino al limite del fortuito[11].

Il secondo filone da esaminare è quello relativo ai contratti di assicurazione. Qui il problema maggiormente dibattuto è stato la qualifica delle clausole c.d. *claims made* impure, con cui l'assicurazione circoscrive la copertura alle pretese

8 Cfr. sul punto le osservazioni di Delogu, L.: *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, Padova, Cedam, 2000, p. 229, la quale condivisibilmente osservava che «talvolta, è la medesima struttura del rapporto obbligatorio che ostacola la configurazione di un'operazione sull'oggetto, per imporre inevitabilmente la sua confluenza nell'ambito delle convenzioni limitative della responsabilità».

9 Sulla responsabilità *ex recepto* sono particolarmente interessanti le riflessioni di Mengoni, L.: "Responsabilità contrattuale", *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988 p. 1092; Realmonte, F.: "Caso fortuito e forza maggiore", *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civile, II, Utet, Torino, 1988, p. 248; Anelli, F.: *Caso fortuito e rischio d'impresa nella responsabilità del vettore*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 173; D'Amico, G.: *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato". Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999, pp. 54 ss., spec. pp. 88 ss.; Piraino, F.: "Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale", *Europa diritto privato*, 2011, pp. 1019 ss., p. 1064.

10 Castronovo, C.: "Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza", in A.A. V.V.: *Le operazioni bancarie* (a cura di G.B. Portale), I, Giuffrè, Milano, 1978, p. 500. Secondo Breccia, U.: "Il contratto in generale", III, in *Trattato di diritto privato* Bessone, XIII, Giappichelli, Torino, 1999, p. 267, il contratto che contiene una clausola come quella in esame sarebbe concluso al solo scopo di «usare la forma giuridica come copertura di un risultato vietato».

11 In questo senso, Gentili, A.: "Merito e metodo nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza: a proposito della meritevolezza di tutela del contratto atipico", *Rivista di diritto commerciale*, 1989, I, p. 221; e Id., in *Trattato dei contratti* Rescigno e Gabrielli, Utet, Torino, 2006, p. 1522, nt. 412; ma ancor prima Benatti, F.o.: "Le clausole di esonero della responsabilità nella prassi bancaria", in A.A. V.V.: *Le operazioni bancarie*, I, cit., p. 144. Come osserva condivisibilmente Plaia, A.: "Ambito operativo dell'art. 1229 c.c. e responsabilità *ex recepto*", *Obbligazioni e contratti*, 2012, p. 839, p. 842, nt. 37.

risarcitorie che siano state avanzate in costanza di polizza e che siano altresì conseguenza di un sinistro verificatosi anch'esso nel periodo di vigenza della polizza medesima[12]. Dopo una prima fase in cui la giurisprudenza ha qualificato, seppur talvolta in *obiter*, la clausola come limitativa della responsabilità e quindi vessatoria[13], si è affermato l'orientamento per cui la *claims made* è una semplice clausola sull'oggetto del contratto, in quanto specifica soltanto il rischio garantito, senza escluderlo del tutto[14].

Come si accennava però nel primo paragrafo, la giurisprudenza ha avvertito l'esigenza di andare oltre e di sottoporre comunque la clausola a qualche forma di controllo, in quanto essa è potenzialmente suscettibile: a) di attribuire all'assicurazione un vantaggio ingiusto e sproporzionato, non bilanciato da una contropartita per il cliente, giacché di fatto esclude tutti i danni cagionati dall'assicurato in prossimità della scadenza del contratto, laddove è praticamente impossibile che la vittima di un danno abbia la prontezza e il sangue freddo di chiederne immediatamente il risarcimento; b) di porre quindi il cliente in una posizione di indeterminata soggezione nei confronti dell'assicurazione, perché fa dipendere l'indennizzo anche da un evento futuro e incerto dipendente non dalla condotta dell'assicurato ma dalla volontà del terzo danneggiato di chiedere subito il risarcimento; c) di scoraggiare il cliente ad adempiere spontaneamente alla propria obbligazione risarcitoria prima della domanda giudiziale della controparte, giacché, in tale ipotesi, l'assicurazione sarebbe legittimata dalla clausola a negare l'indennizzo[15].

Sulla scorta di queste criticità, il citato orientamento ha subordinato la validità della clausola ad un giudizio di meritevolezza degli interessi dalla stessa perseguiti, ai sensi dell'art. 1322 cod. civ. Alcune pronunce hanno reputato la clausola immeritevole già di per sé, in astratto[16]; altre ne hanno presunto l'immeritevolezza

12 Tra gli innumerevoli contributi sul tema cfr. Piraino, F.: "Critica della causa al servizio dell'adeguatezza in concreto del contratto. Il caso della responsabilità civile con copertura *claims made*", *Europa diritto privato*, 2019, p. 1045.

13 Così le sentenze citate *supra* nella nota 4.

14 Così le sentenze citate *supra* nelle note 5 e 6.

15 Queste perplessità sono espresse con chiarezza nell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite più recente: Cass., 19 gennaio 2018, n. 1465, cit.

16 Cass., 19 gennaio 2018, n. 1465, cit., la quale dichiaratamente auspicava una pronuncia una risposta della Corte nel senso dell'immeritevolezza delle clausole in questione «sempre e comunque», nella misura in cui queste rappresentano un patto atipico che intende per- seguire un risultato contrario ai «principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati».

fino a prova contraria gravante sull'assicurazione[17]; altre ancora hanno propeso per una valutazione della meritevolezza in concreto e caso per caso[18].

Le pronunce più recenti, a partire dalle ultime Sezioni Unite, sull'erroneo presupposto per cui il giudizio di meritevolezza si applica solo ai contratti con causa atipica[19], hanno sostituito tale criterio con quello della sussistenza della causa concreta del contratto[20]. Il ragionamento è in sintesi il seguente: il modello di assicurazione previsto dall'art. 1917 cod. civ. (*loss occurrence*) è derogabile giacché non figura nell'elenco di cui all'art. 1932 cod. civ.; la deroga attraverso la clausola *claims made* non altera il tipo contrattuale; se il tipo contrattuale rimane invariato, non c'è motivo di applicare il controllo di meritevolezza ai sensi dell'art. 1322, comma secondo, cod. civ.; occorre invece verificare se le criticità sopra illustrate ricorrano effettivamente e se siano tali da rendere «l'assetto sinallagmatico» del contratto di assicurazione inadeguato «rispetto agli specifici interessi perseguiti dalle parti»[21].

17 Trib. Udine, 3 maggio 2017, n. 613, cit.: «è assai difficile ritenere meritevoli di tutela le clausole *claims made* c.d. impure, particolarmente penalizzanti, che limitano la copertura alla sola rigida ipotesi che, durante il tempo dell'assicurazione, intervengano sia il sinistro che la richiesta di risarcimento, senza deroghe di sorta verso il passato od il futuro. In tale ipotesi va seguito un ragionamento di tipo presuntivo semplice (art. 2729 comma 1 c.c.), tendente a ritenere immeritevoli di tutela simili clausole, salva la verifica di pattuizioni o condizioni specifiche della fattispecie in giudizio che portino a diversa conclusione».

18 In particolare Cass., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit., secondo cui la clausola *claims made* potrebbe risultare in singoli casi non diretta a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico e l'accertamento della compatibilità con il disposto dell'art. 1322 cod. civ., comma secondo, deve compiersi in concreto, non in astratto, valutando i seguenti elementi: se la clausola subordini l'indennizzo alla circostanza che sia il danno, sia la richiesta di risarcimento da parte del terzo avvengano nella vigenza del contratto; la qualità delle parti; la circostanza che la clausola possa esporre l'assicurato a "buchi di copertura".

19 In dottrina comincia a sostenere l'applicazione del giudizio di meritevolezza ai contratti tipici, per tutti, Ferri, G.B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966; Id.: "Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale", *Rivista di diritto commerciale*, 1971, II, pp. 81 ss.; Id.: "Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse", *ivi*, 1979, I, pp. 1 ss. Applica il giudizio di meritevolezza a una clausola inserita in un contratto tipico – nella specie la clausola di un contratto di locazione con cui si prevedeva il divieto di ospitalità non temporanea di persone estranee al nucleo familiare anagrafico – Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, *Corriere giuridico*, 2010, pp. 58 ss., con nota di Izzo, N.: "Il dovere di solidarietà sociale e l'ospitalità del conduttore".

20 Così Cass., Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22437, cit., il cui principio di diritto recita, testualmente, che «il modello di assicurazione della responsabilità civile con clausole "on claims made basis", che è volto a indennizzare il rischio dell'impoverimento del patrimonio dell'assicurato pur sempre a seguito di un sinistro, inteso come accadimento materiale, è partecipe del tipo dell'assicurazione contro i danni, quale deroga consentita al primo comma dell'art. 1917 c.c., non incidendo sulla funzione assicurativa il meccanismo di operatività della polizza legato alla richiesta risarcitoria del terzo danneggiato comunicata all'assicuratore. Ne consegue che, rispetto al singolo contratto di assicurazione, non si impone un test di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, c.c., ma la tutela invocabile dal contraente assicurato può investire, in termini di effettività, diversi piani, dalla fase che precede la conclusione del contratto sino a quella dell'attuazione del rapporto, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili implicati, ossia (esemplificando): responsabilità risarcitoria precontrattuale anche nel caso di contratto concluso a condizioni svantaggiose; nullità, anche parziale per difetto di causa in concreto, con conformazione secondo le congruenti indicazioni di legge o, comunque, secondo il principio dell'adeguatezza del contratto assicurativo allo scopo pratico perseguito dai contraenti; conformazione del rapporto in caso di clausola abusiva (come quella di recesso in caso di denuncia di sinistro)». Nello stesso senso Cass., 13 novembre 2019, n. 29365, cit.

21 Così si esprime, in particolare, Cass., 13 novembre 2019, n. 29365, cit.

Mettendo a confronto la giurisprudenza sulle clausole di tetto massimo e quella sulle *claims mad*e impure, si possono individuare almeno due tratti comuni. Il primo è che entrambe le categorie di clausole appaiono nella loro formulazione come limitative della prestazione dovuta dalla parte che ha predisposto il contratto; il secondo è che la prestazione su cui la clausola interviene non è semplicemente connaturata al tipo contrattuale, ma è essenziale rispetto al medesimo, nel senso che, se non ci fosse l'obbligo di custodia nel contratto di cassette di sicurezza, ne verrebbe meno la causa e lo stesso varrebbe per un'assicurazione priva dell'obbligo di tenere indenne l'assicurato[22].

Eppure, la giurisprudenza sulle clausole di tetto massimo non ha dato alcun rilievo al discorso causale, mentre quella sulle *claims mad*e sì, e la prima ha optato per la qualifica in termini di limitazioni della responsabilità, mentre la seconda per la qualifica in termini di limitazioni dell'oggetto del contratto, nella specie del rischio garantito. Occorre allora stabilire se e in che termini vi sia una differenza tra le due categorie di clausole e se tale differenza giustifichi o meno la disparità di trattamento.

Vero è che tanto le clausole di tetto massimo quanto le *claims mad*e incidono su una prestazione caratterizzante la causa del contratto cui accedono, ma significativamente diversa è l'intensità di tale incisione. Le clausole di tetto massimo non elidono la prestazione e dunque non elidono la causa, ma limitano le conseguenze della mancata esecuzione della prestazione; le *claims mad*e, invece, possono in alcuni casi limitare la copertura assicurativa così tanto da rendere di fatto impossibile il sorgere dell'obbligo di indennizzo. Ma se il rischio che la compagnia debba indennizzare l'assicurato manca, manca anche la controprestazione che giustifichi il pagamento del premio, dunque manca la causa.

Sotto questo profilo, il ragionamento sembra corretto. Meno convincente è invece la conclusione che se ne fa discendere. La lettura causale non è l'unica possibile: impedire di fatto che sorga l'obbligo di indennizzo, significa escludere a monte la "responsabilità" dell'assicurazione. Non semplicemente limitarne il *quantum* ad un determinato importo, come nel caso delle clausole di tetto massimo,

22 Si riprende qui la distinzione elaborata nel Medioevo dai glossatori, mutuata dalla filosofia aristotelica (v. Birocchi, I.: "Tra elaborazioni nuove e dottrine tradizionali", *Quaderni fiorentini*, 1990, 19, pp. 243 ss., p. 247.), tra e*ssentialia* e *naturalia negotii*, ove per i primi s'intendevano quegli elementi del contenuto contrattuale inderogabili da parte dell'autonomia privata; mentre con il secondo si intendevano quegli elementi da reputarsi naturalmente inclusi nel regolamento contrattuale e suscettibili di modifica ad opera delle parti. Per un approfondimento *vid.* Grossi, P.: "Sulla 'natura' del contratto", *Quaderni fiorentini*, XV, 1986, pp. 593 ss., spec. pp. 617 ss.; Birocchi, I.: "Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna", I. *Il cinquecento*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 54 ss.; e Fiori, R.: La definizione della *locatio conductio. Giurisprudenza romana* e *tradizione romanistica*, Jovene, Napoli, 1999, pp. 319 ss. Alla distinzione tra e*ssentialia* e *naturalia* i Glossatori aggiungevano gli *accidentalia negotii*, cioè quelli che potevano essere previsti dalle parti, ma la cui mancata previsione non incideva sulla validità del contratto e alla cui mancanza non si poteva sopperire in via d'integrazione. Sul punto cfr. Cursi, M.F.: "Alle origini degli *accidentalia negotii*. Le premesse teoriche della categoria moderna nelle sistematiche dei giuristi romani", *Index*, XXIX, 2001, pp. 301 ss.

ma escluderne l'*an*. Se non c'è obbligazione, non può esserci inadempimento e, di conseguenza, neppure responsabilità. Il risultato pratico è però il medesimo: il debitore non verrà risarcito, o nel caso di specie indennizzato, laddove, secondo la legge avrebbe dovuto esserlo.

Ma allora, se così è, pare sufficiente richiamare la massima che è stata da sempre familiare alla giurisprudenza e che si è riportata nel primo paragrafo: sono clausole sull'oggetto quelle che semplicemente delimitano il rischio garantito, mentre sono clausole sulla responsabilità quelle che lo escludono del tutto[23]. Quando risulta in concreto che la clausola *claims made* esclude di fatto il rischio garantito, precludendo il sorgere dell'obbligo di indennizzo e così alterando la causa concreta del contratto, dovrà qualificarsi come vessatoria ai sensi dell'art. 1341 cod. civ. o degli artt. 33, 36 cod. cons., e comunque nulla ai sensi dell'art. 1229 cod. civ[24].

III. LA GIURISPRUDENZA SULLE CLAUSOLE CHE ESCLUDONO UN'OBBLIGAZIONE TIPICA DEL CONTRATTO.

Fuori dall'ambito assicurativo, il problema dell'esclusione a monte di un'obbligazione che altrimenti sarebbe stata legislativamente o socialmente tipica di quel determinato contratto è stato affrontato espressamente dalla giurisprudenza innanzitutto con riguardo alle clausole con cui il gestore di un parcheggio si esonera dall'obbligo di custodire le autovetture parcheggiate nell'apposito spazio e dalla correlativa responsabilità.

In una prima fase, la giurisprudenza aveva qualificato la clausola come limitativa della responsabilità e dunque vessatoria: il parcheggio è un contratto atipico le cui caratteristiche sono assimilabili a quelle del deposito oneroso, con conseguente applicazione della relativa disciplina; poiché obbligo essenziale del depositario è la custodia diligente della cosa e la restituzione al depositario nello stato di fatto in cui questa si trovava al momento della stipula, la sua esclusione altera il regime tipico di responsabilità[25].

23 Cfr. *supra* la nota 3.

24 Per ulteriori e più approfondite argomentazioni, sia consentito rinviare a Coppo, L.: *L'esonero da responsabilità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 153 ss.

25 Così, senza distinguere a seconda che la clausola fosse collocata in un cartello affisso all'ingresso del parcheggio o in un adesivo attaccato alla macchinetta che eroga il *ticket* o sullo scontrino, Cass., 27 gennaio 2009, n. 1957, *Foro italiano*, 2009, I, c. 1006; *Corriere giuridico*, 2009, p. 1647; *Giurisprudenza italiana*, 2009, p. 2411. In questo senso, per limitarsi ai precedenti di legittimità, già Cass., 13 marzo 2007, n. 5837, *Contratti*, 2007, p. 1080, con nota di Petti, G.: "Parcheggio di autoveicolo e responsabilità *ex recepto* del gestore"; Cass., 1° dicembre 2004, n. 22598, *Giustizia civile*, 2005, I, p. 2635; *Contratti*, 2008, p. 888; Cass., 26 febbraio 2004, n. 3863, *Giurisprudenza italiana*, 2005, p. 268, con nota di Caterina, R.: "La costosa custodia: la qualificazione del contratto di parcheggio e le sue conseguenze"; *Corriere giuridico*, 2005, p. 384, con nota di Viti, M.: "Metodi di qualificazione e disciplina applicabile al contratto di parcheggio"; *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2005, I, p. 528, con nota di Arlotta, A.: "Parcheggio automatizzato e responsabilità del gestore"; *Responsabilità civile e previdenza*, 2004, p. 717, con nota di Gorgoni, M.: "Parcheggio e custodia:

L'orientamento è mutato a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite, le quali hanno ammesso l'esistenza di due diversi sottotipi di parcheggio, quello custodito e quello non custodito, e riconosciuto la meritevolezza anche del secondo[26]. Più precisamente, secondo la pronuncia, la clausola di parcheggio non custodito sarà valida quando l'interesse concreto prevalente dell'utente è nel senso di «concludere un contratto che gli assicura uno spazio per lo stazionamento del veicolo in prossimità di luoghi di interscambio con sistemi di trasporto collettivo a cui intende accedere velocemente e senza incorrere in divieti sanzionati dal codice della strada», mentre non lo sarà quando il predetto interesse è nel senso di «assicurarsi non solo l'utilizzazione dell'area, ma anche la conservazione e la restituzione del veicolo nello stesso stato in cui lo ha consegnato»[27].

A diversa conclusione, ancorché per via di *obiter dictum*, è giunta la Cassazione con riguardo all'esclusione dell'obbligo di custodia in un contratto di prestazione d'opera concluso dal proprietario di un'autovettura con il proprio meccanico[28]. Nella specie la questione riguardava la configurabilità o meno di una responsabilità in capo al meccanico per omessa custodia nel caso di furto dell'autovettura verificatosi dopo il decorso del termine previsto per il ritiro della medesima da parte del cliente. Secondo la Corte, l'unica via per escludere la responsabilità sarebbe stata quella di pattuire una clausola di esclusione dell'obbligo di custodia nei limiti dell'art. 1229 cod. civ. Per la Cassazione, dunque, una clausola che esclude la custodia nel contratto concluso con il meccanico è da qualificarsi come esonero da responsabilità ed opera validamente solo se il debitore era in colpa lieve e l'inadempimento non è dipeso dalla violazione di norme di ordine pubblico.

Dunque, in sintesi, nel contratto di parcheggio l'esclusione preventiva dell'obbligo di custodia è una mera clausola sull'oggetto ed è valida se risponde ad un interesse meritevole di tutela comune all'aderente; mentre nel contratto di prestazione d'opera manuale concluso con il meccanico l'esclusione preventiva dell'obbligo di custodia sarebbe una clausola sulla responsabilità e dunque la sua validità sarebbe subordinata ai limiti imposti dall'art. 1229 cod. civ. Ancora una volta, si tratta di capire, anche alla luce delle considerazioni svolte a proposito

tra negazione dell'utilità della disciplina contrattuale di diritto comune e svalutazione del consenso, in tema di contratto di parcheggio", *Foro italiano*, 2004, I, c. 2132, con nota critica di Bitetto, A.L.; nonché Cass., 15 novembre 2002, n. 16079, *Foro italiano*, 2003, I, c. 1526.

26 Cass., Sez. Un., 28 giugno 2011, n. 14319, *CED Cassazione*.

27 *Ibidem*. Nel caso di specie si trattava di un contratto di parcheggio concluso dall'utente con aziende municipalizzate che avevano ottenuto in concessione dal Comune la gestione del servizio di parcheggio su aree appositamente istituite e adibite a tale finalità. Una sentenza di merito ha esteso il principio di diritto anche all'ipotesi del parcheggio privato in abbonamento, sulla scorta della motivazione per cui una diversa soluzione, ricorrendo la medesima ratio, avrebbe integrato un'irragionevole disparità di trattamento: Trib. Trani, 3 giugno 2015, *Contratti*, 2016, p. 477, con nota di Quarticelli, P.: "Contratto di parcheggio senza obbligo di custodia – Il commento".

28 Cfr., a titolo di esempio, Cass., 1° luglio 2005, n. 14092, *Contratti*, 2006, p. 67; *Obbligazioni e contratti*, 2006, I, p. 70; Cass., 12 aprile 2006, n. 8629, *Contratti*, 2007, p. 46; Cass., 6 luglio 2006, n. 15364, *Giustizia civile*, 2006, p. 9; Cass., 18 settembre 2008, n. 23845, *ivi*, 2010, p. 463.

delle clausole di tetto massimo e delle clausole *claims made*, quale sia la ragione autentica del diverso trattamento e se la diversità sia giustificata.

Posto che entrambe le clausole non limitano semplicemente l'obbligo di custodia, ma lo escludono del tutto, la differenza tra il caso del parcheggio e il caso del contratto concluso con il meccanico è che nel primo caso l'obbligo in questione non è considerato essenziale, cioè imprescindibile per la sussistenza della causa. Tant'è che la giurisprudenza (e la legge stessa[29]) ha individuato due sottotipi di parcheggio, uno custodito e uno non-custodito, mentre in entrambi la prestazione essenziale è la messa a disposizione di uno spazio nel quale lasciare l'autovettura. Il requisito della meritevolezza dell'interesse, che è proprio di un controllo causale, vale qui come componente del giudizio di essenzialità della prestazione: se manca un interesse meritevole, l'obbligo di custodia penetra la causa del contratto di parcheggio, sicché una sua esclusione si traduce in un esonero da responsabilità a favore del gestore.

Nel caso del contratto concluso con il meccanico, invece, l'obbligazione di custodia è, se non essenziale, quantomeno necessariamente strumentale alla prestazione essenziale, cioè quella di riparare l'autovettura. Nel momento in cui la causa del contratto in questione è la riparazione dell'autovettura e l'adempimento di tale obbligo da parte del meccanico implica inevitabilmente la consegna al medesimo delle chiavi, oltre al deposito della vettura presso l'officina, allora anche la custodia sarà essenziale.

La conclusione trova conforto anche nell'ultimo filone giurisprudenziale che resta da esaminare: quello relativo all'esclusione dell'obbligo del notaio di effettuare le visure ipotecarie e catastali prima della stipula dell'atto. Fermo restando che tale obbligo rientra pacificamente nella prestazione dovuta dal notaio[30], la

29 L'art. 7, comma 1, lett. f.), del D.Lgs. n. 285 del 1992 (codice della strada) autorizza i Comuni, previa deliberazione della Giunta, ad istituire aree di parcheggio a pagamento «anche senza custodia del veicolo». La ragione deve ravvisarsi nel bilanciamento tra l'interesse dell'utente a depositare l'autovettura in un luogo sicuro con quello del medesimo ad assicurarsi uno spazio per lo stazionamento del veicolo a costi contenuti e quello del gestore ad offrire detto servizio traendone comunque un profitto, ancorché inferiore.

30 Sul fatto che tale obbligo figuri tra quelli connaturati al contratto di prestazione professionale concluso con il notaio non vi sono dubbi né in seno alla dottrina notarile (cfr. la regola n. 6 del Protocollo emanato dal Consiglio Nazionale del Notariato), né in seno alla giurisprudenza (per tutte, Cass., 24 maggio 2019, n. 14169, *CED Cassazione*; Cass., 29 agosto 2019, n. 21775, *ivi*; Cass.,12 luglio 2018, n. 18345, *ivi*; Cass., 15 maggio 2018, n. 11746, *ivi*; Cass., 21 settembre 2017, n. 21953, *ivi*; Cass., 11 maggio 2016, n. 9660, *Foro italiano*, 2016, I, c. 2800 ss.; *Notariato*, 2017, p. 327, con nota di Nagar, M.: "Obblighi di diligenza e buon consiglio del notaio"; Cass., 11 maggio 2016, n. 9662, *Diritto e giustizia*, 2016, p. 2, con nota di Calvetti, S.: "Compravendita: la mancata verifica di trascrizioni pregiudizievoli implica la responsabilità del notaio"; Cass., 20 agosto 2015, n. 16990, *CED Cassazione*; Cass., 26 agosto 2014, n. 18224, *ivi*; Cass., 6 giugno 2014, n. 12797, *Danno e responsabilità*, 2014, p. 1151, con nota di Grippaudo, E.: "Visure ipocatastali: quando l'esenzione non basta"; Cass., 13 giugno 2013, n. 14865, *Rivista del notariato*, 2014, p. 84; *Notariato*, 2013, p. 488; Cass., 30 gennaio 2013, n. 2219, *CED Cassazione*; Cass., 29 gennaio 2013, n. 2071, *Rivista del notariato*, 2013, p. 388; Cass., 21 giugno 2012, n. 10296, in *Immobili e proprietà*, 2012, p. 531; Cass., 27 ottobre 2011, n. 22398, *Vita notarile*, 2012, p. 71 ss., con nota di Amendolagine, V.: "Gli obblighi esigibili dal notaio in base alla normale diligenza comprendono anche la consultazione dei registri immobiliari"; Cass., 20 luglio 2010, n. 16905, *Responsabilità civile*, 2010, p. 707; *Notariato*, 2010, p. 606; *Foro italiano*, 2011, I, c. 812; *Vita notarile*, 2011, p. 1301; Cass., 2 luglio 2010, n. 15726, *ivi*, 2010, p. 1495).

giurisprudenza, conformemente alle regole stabilite in via di autodisciplina dal Consiglio Nazionale del Notariato[31], è costante nell'affermare che esso può essere validamente escluso quando l'esclusione sia concordemente richiesta dalle parti e ciò risulti dall'atto, risponda a concrete esigenze delle medesime, quale ad esempio l'urgenza di procedere alla stipula, e sia stata preceduta da un'adeguata informazione da parte del notaio in merito ai possibili rischi del mancato accertamento[32].

La giurisprudenza, inoltre, ha cura di precisare che l'esclusione dell'obbligo di visure non può in nessun caso esonerare il notaio da responsabilità quando questi conoscesse o potesse ragionevolmente sospettare al momento del rogito la presenza di formalità pregiudizievoli sul bene oggetto dell'atto[33]. Questo, secondo la citata giurisprudenza, perché l'omissione di una simile informazione si porrebbe in contrasto con la buona fede esecutiva *ex* art. 1375 cod. civ.

Sebbene la giurisprudenza faccia leva soltanto sui criteri della meritevolezza e dell'informazione ma non si soffermi né sul problema dell'essenzialità dell'obbligo di visure rispetto alla causa del contratto, né su quello della qualifica della clausola di esclusione come patto sull'oggetto o patto sulla responsabilità, occorre anche qui compiere una riflessione in tali termini. Con due avvertenze preliminari: la prima è che, come si è visto, qui l'esonero dall'obbligo di visure può essere nell'interesse del cliente più che del notaio, nel qual caso riuscirebbe difficile, anche solo a buon senso, qualificarlo come un esonero da responsabilità; la seconda è che nei contratti di prestazione d'opera intellettuale è più complesso individuare il contenuto minimo essenziale e distinguerlo da quello accessorio.

Ciò premesso, pare corretto ritenere che anche qui il riferimento alla meritevolezza dell'interesse sia strumentale al giudizio di essenzialità della prestazione rispetto alla causa del contratto. Quest'ultima deve ravvisarsi in quel complesso di diligenza professionale e di risultati intermedi che mirano ad

31 Secondo la citata regola n. 6 del Protocollo emanato dal Consiglio Nazionale del Notariato, il notaio può essere eccezionalmente dispensato dall'obbligo di procedere alle visure, a patto però che segua alcune regole. Anzitutto dovrà informare le parti circa l'importanza di un'indagine ipocatastale corretta ed esaustiva e i possibili effetti negativi del suo mancato svolgimento, accertandosi che l'informazione sia stata adeguatamente compresa. Il suggerimento del notaio di omettere gli accertamenti ipocatastali, anche per ragioni di risparmio di spesa, dovrà reputarsi contrario ai principi deontologici. Qualora le parti intendano comunque procedere alla stipula in assenza degli accertamenti in questione, il notaio dovrà far constare nel- l'atto (e non nel contratto di prestazione d'opera) tale accordo e le ragioni su cui si fonda. Il protocollo redatto del consiglio – e questo è forse l'aspetto più interessante – precisa che la reiterata presenza ne- gli atti dei citati accordi costituisce indizio di una condotta scorretta del notaio nel caso in cui la dispensa non sia dettata da esigenze meritevoli di tutela

32 *Ex multis*, Cass., 29 gennaio 2013, n. 2071, cit.; Cass., 27 novembre 2012, n. 20991, cit.; Trib. Nuoro, 28 febbraio 2011, n. 205, *Rivista giuridica sarda*, 2013, p. 25, con nota di Ciusa, F.: "Responsabilità del notaio e visure ipocatastali: clausola di esonero e dovere di informazione"; Cass. 2 luglio 2010, n. 15726, cit.; Cass., 11 gennaio 2006, n. 264, *Giustizia civile*, 2006, I, p. 518; Cass., 6 aprile 2001, n. 5158, *Rivista del notariato*, 2001, p. 1206; *Vita notarile*, 2001, p. 953; *Giurisprudenza italiana*, 2001, p. 1206.

33 Trib. Palermo, 13 settembre 2017, cit.; Trib. Catania, 11 marzo 2017, cit.; Cass., 6 giugno 2014, n. 12797, cit.; Cass., 29 gennaio 2013, n. 2071, cit.; Cass., 27 novembre 2012, n. 20991, cit.; Cass. 2 luglio 2010, n. 15726, cit.; Cass., 11 gennaio 2006, n. 264, cit.; Cass., 6 aprile 2001, n. 5158, cit.

assicurare la funzione di garanzia del notaio nella stipula degli atti. L'obbligo di effettuare le visure non è di per sé essenziale rispetto alla causa del contratto, salvo nella misura in cui la sua esclusione incentivi comportamenti fraudolenti o gravemente negligenti del notaio, minandone appunto la funzione di garanzia e lasciando il cliente privo di qualsiasi tutela.

Se il cliente ha interesse che il notaio ometta le visure, quest'ultimo, posto che non può rifiutarsi immotivatamente di ricevere l'atto senza incorrere nella responsabilità di cui all'art. 27 l. not., dovrà innanzitutto valutare se emergano dalle circostanze del caso indici della probabile esistenza di formalità pregiudizievoli e, poi, informarne le parti o comunque renderle edotte della gravità dei rischi derivanti dall'omesso accertamento ipotecario. Nel caso in cui l'interesse del cliente manchi o difettino la diligente valutazione e informazione del notaio, la clausola sarà un'esclusione della responsabilità di quest'ultimo per aver stipulato l'atto in presenza di formalità pregiudizievoli. Questo perché la clausola farebbe venir meno quella funzione di garanzia di cui si diceva poc'anzi. La clausola sarà pertanto soggetta all'art. 1229 cod. civ.

IV. PROPOSTE PER IL SUPERAMENTO DELL'APPROCCIO CASISTICO E LA PREVISIONE DI UN CONTROLLO UNITARIO.

Le riflessioni sin qui svolte consentono di porre qualche tassello per provare a superare l'approccio casistico al problema del controllo sulle clausole che modificano il contenuto del contratto rispetto a quello tipico e suggerire una risposta più di sistema ai quesiti sollevati all'inizio del contributo.

Il primo quesito riguardava la ricerca di un criterio discretivo tra le clausole con cui le parti determinano semplicemente il contenuto del contratto e le clausole con cui le parti limitano o escludono la responsabilità del debitore. Al riguardo, sistematizzando le conclusioni tratte dall'analisi giurisprudenziale intrapresa nei paragrafi precedenti, si può suggerire l'*iter* logico che segue. Il passaggio preliminare da compiere è verificare se la clausola limita un'obbligazione tipica o la esclude del tutto.

Nel caso in cui la clausola limiti un'obbligazione tipica, occorre accertare se la limitazione riguarda anche la prestazione oppure lascia quest'ultima intatta: nella prima ipotesi, la clausola sarà qualificabile come mero patto sull'oggetto del contratto, mentre nella seconda la clausola sarà qualificabile come patto limitativo della responsabilità e dunque soggiacerà al controllo di compatibilità con l'art. 1229 cod. civ. e al controllo di vessatorietà ai sensi dell'art. 1341 cod. civ. e degli artt. 33, 36 cod. cons.

Nel caso in cui la clausola escluda del tutto un'obbligazione tipica, occorre valutare se l'obbligazione sia semplicemente connaturata al tipo contrattuale oppure sia essenziale rispetto ad esso, cioè valutare se escludere quell'obbligazione faccia venir meno la causa del contratto senza convertirla in un'altra meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 cod. civ.: nell'ipotesi in cui l'obbligazione sia accessoria, la clausola sarà qualificabile come mero patto sull'oggetto del contratto, mentre nell'ipotesi in cui l'obbligazione sia essenziale la clausola sarà qualificabile come patto esclusivo della responsabilità soggetto all'art. 1229 cod. civ., all'art. 1341 cod. civ. e agli artt. 33, 36 cod. cons.

Questa ricostruzione contiene già in sé la risposta al secondo quesito che ci si era posti all'inizio del lavoro e cioè l'opportunità o meno di prevedere due forme di controllo distinte per le clausole che incidono sull'oggetto del contratto e per quelle che incidono sulla responsabilità. In base al ragionamento poc'anzi illustrato, le vere clausole sull'oggetto del contratto sono quelle che non incidono sulla responsabilità e neppure sulla causa, perché limitano semplicemente la prestazione tipica o escludono una prestazione tipica non essenziale; dunque, non vi sarà necessità di applicare né il controllo *ex* art. 1229 cod. civ., né quello causale previsto dall'art. 1322 cod. civ.

Sono invece solo formalmente clausole sull'oggetto quelle che limitano il bene su cui la prestazione incide, senza però limitare la prestazione in sé, e quelle che escludono un'obbligazione tipica essenziale per la causa del contratto. Entrambe le categorie di clausole sono sostanzialmente patti sulla responsabilità, nella misura in cui consentono al debitore di non eseguire la prestazione tipica senza conseguenze pregiudizievoli o con conseguenze pregiudizievoli limitate rispetto all'integralità del risarcimento, sicché non c'è ragione per non applicare ad entrambe la disciplina prevista dagli artt. 1229 cod. civ., 1341 cod. civ. e 33, 36 cod. cons.

Il sindacato di meritevolezza *ex* art. 1322 cod. civ. viene in gioco – perché, come si è detto, queste ultime modificano prestazioni che rientrano nella causa tipica del contratto – ma non direttamente nel giudizio di validità della clausola, bensì nella valutazione dell'essenzialità o accessorietà dell'obbligazione su cui la clausola incide: se, senza la prestazione esclusa dalla clausola, il contratto persegue una funzione individuale meritevole di tutela, significa che quella prestazione non era essenziale; se, invece, senza la prestazione esclusa dalla clausola, il contratto non persegue alcuna funzione, significa che la prestazione era essenziale. Eliminarla a monte dal contratto o mantenerla ma escludere a monte la responsabilità del debitore per il suo inadempimento è, sotto il profilo degli effetti, la medesima cosa, sicché non c'è ragione per non applicare l'art. 1229 cod. civ.

Del resto, il collegamento tra la causa e il controllo *ex* art. 1229 cod. civ. emerge con evidenza dalla *ratio* che la più attenta dottrina ascrive alla norma.

Quest'ultima non è da ravvisarsi soltanto nell'immoralità del patto di esonero[34], o in una generica incompatibilità del patto medesimo con la clausola generale di buona fede[35], o nell'esigenza di imporre al debitore un minimo inderogabile di diligenza nell'adempimento[36], o più in generale di soddisfare quell'interesse alla tutela del credito eletto secondo alcuni a pilastro del diritto contrattuale[37], ma altresì nell'intento di attuare quell'idea, sulla quale s'impernia appunto la teoria della causa, per cui la delimitazione del contenuto essenziale del negozio è sottratta all'autonomia privata[38].

In quest'ottica ed in sintesi, ammettere l'esclusione o la limitazione della responsabilità per dolo o colpa grave o per la violazione di norme di ordine pubblico significherebbe incoraggiare il debitore ad omettere quella cooperazione su cui si fonda il diritto delle obbligazioni e consentire alle parti di limitare il vigore del negozio apponendovi restrizioni che «ripugnino alla sua funzione tipica, quale è valutata dalla legge e dalla coscienza sociale, secondo il criterio, generico ma suscettibile di congrue differenziazioni, enunciato all'art. 1176»[39]. L'individuazione di questa *ratio* consente di superare le distinzioni basate sull'apparenza formale delle clausole e di illuminare il criterio per il loro assoggettamento al controllo di compatibilità con l'art. 1229 cod. civ. o al controllo di vessatorietà.

Un passo importante nella direzione appena tracciata è stato compiuto dall'ordinamento francese con la riforma del 2016 del diritto delle obbligazioni

34 La tesi era diffusa nella dottrina anteriore all'entrata in vigore del codice del 1942 e traeva spunto dall'orientamento della giurisprudenza tedesca del primo dopoguerra. Così Giorgi, G.: *Teoria delle obbligazioni*, II, 7a ed., Cammelli, Firenze, 1907, pp. 67-68, n. 39; Chironi, P.: *La colpa nel diritto civile odierno*, I, *Colpa contrattuale*, 1897, rist., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, pp. 500 ss.; Polacco, V.: *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Athenaeum, Roma, 1915, pp. 385 ss., p. 389, il quale richiama il celebre e già citato passo di Ulpiano (D. 16.3.1.7) secondo cui «*Illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit; nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est, et ideo nec sequenda est*»; Asquini, A.: "Del contratto di trasporto", in *Commentario del codice del commercio* Bolaffio, Rocco e Vivante, VII, II, Utet, Torino, 1935, p. 348. La tesi convince, anche se, com'è stato osservato, è più calzante per giustificare il divieto di esonero della responsabilità per dolo, che non il divieto di esonero della responsabilità per colpa grave: Auletta, G.: "Limitazione di responsabilità del vettore marittimo", *Rivista di diritto della navigazione*, 1952, pp. 180 ss.; Bianca, C.M., "Dell'inadempimento delle obbligazioni", in *Commentario del codice civile* Scialoja e Branca, *sub* art. 1229 c.c., Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, Bologna-Roma, 1967, p. 397; e Benatti, F.o.: *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 31.

35 In questo senso cfr. Polacco, V.: *Le obbligazioni*, cit., p. 457, secondo cui sarebbe questa *ratio* a giustificare l'equiparazione tra dolo e colpa grave dell'art. 1229 cod. civ.

36 *Vid*. in particolare Bianca, C.M.: "Dell'inadempimento delle obbligazioni", cit., sub art. 1228, 2a ed., Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, Bologna-Roma, 1979, p. 475. Nella stessa direzione, pur con sfumature diverse, Cian, G.: "Lata culpa dolo aequiparatur", *Rivista di diritto civile*, 1963, p. 177, il quale afferma che la *ratio* del divieto di esonero da responsabilità previsto dall'art. 1229 cod. civ. si fonda sull'«interesse pubblico a che nel traffico sociale si osservi sempre un minimo di diligenza»; e Di Gravio, V.: Prevedibilità del danno e inadempimento doloso, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 60-61. Più precisamente, secondo Di Majo, A.: "Delle obbligazioni in generale (artt. 1173-1176)", in *Commentario del codice civile* Scialoja e Branca, Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, Bologna-Roma, 1994, pp. 58 ss., l'esigenza sottesa all'art. 1229 cod. civ. sarebbe da ascrivere all'interesse di sottrarre il diritto contrattuale e delle obbligazioni all'arbitrio individuale e dunque al rischio di privilegiare caso per caso il debitore o il creditore.

37 Questa è la tesi di Benatti, F.o.: *Contributo allo studio*, cit., pp. 48 ss., pp. 81 ss.

38 Così Betti, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. corretta della 2° ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994, pp. 105-106.

39 *Ibidem*.

e dei contratti. Prima della riforma, mancando nel *code civil* una norma generale sul controllo del contenuto del contratto, la giurisprudenza aveva accolto la teoria, elaborata dalla dottrina[40], dell'*obligation essentielle* e l'aveva impiegata per neutralizzare quelle pattuizioni con cui le parti alleggerivano la prestazione caratterizzante del contratto o comunque consentivano al debitore di sottrarsi alle conseguenze pregiudizievoli del proprio inadempimento[41]. Con la riforma, il legislatore, pur eliminando la causa dai requisiti di validità del contratto, ha introdotto, nella sottosezione dedicata al contenuto del contratto, l'art. 1170 cod. civ., secondo cui qualunque clausola che privi della propria sostanza l'obbligazione essenziale del debitore si dà per non apposta[42].

Se il concetto di obbligazione essenziale, espresso con questa formulazione, può apparire al giurista italiano atecnico e più incerto rispetto a quello di responsabilità impiegato dall'art. 1229 cod. civ.[43], ha però il merito di essere anche più inclusivo e quindi, come si diceva, di consentire il controllo giudiziale indipendentemente da come è la clausola è formulata. Inoltre, rispetto al concetto di causa, quello di obbligazione essenziale è più intuitivo e più familiare al giurista europeo ed internazionale.

Non appena si volge lo sguardo oltre i confini italiani, ci si accorge che il lessico utilizzato dalle corti per affrontare il problema del controllo contenutistico è pieno di espressioni che richiamano l'idea di obbligazione essenziale. Ad esempio, nell'ordinamento tedesco si parla di *Kardinalpflichten*, nei principali testi di diritto

40 La nozione di «obbligazione essenziale» deriva dalla tesi di Delebecque, P.: *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, thèse ronéotypée, Aix-Marseille, III, 1981.

41 Si fa riferimento in particolare al noto caso Chronopost: Cass. Com., 22 octobre 1996, *Contrats, concurrence, consommation*, 1997, num. 24; *Recueil Dalloz*, 1997, p. 121; e p. 175; *Defrénois*, 1997, p. 333; *La Semaine juridique*, 1997, num. 1, p. 4002; e p. 4025; e num. 11, p. 22881; ed infine *Revue trimestrielle de droit civil*, 1997, p. 418. Per osservazioni sul punto cfr. Fauvarque-Cosson, B. e Mazeaud, D.: "L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et de la prescription", *Revue de droit uniforme*, 2006, num. 103, p. 114.

42 La formula originale recita: «*Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite*».

43 Non si può dimenticare che l'individuazione del significato di obbligazione essenziale ha sollevato criticità anche in seno alla dottrina francese e sin dall'elaborazione del concetto. Cfr. Jestaz, P.: "L'obligation et la sanction. À la recherche de l'obligation fondamentale", in *Mélanges Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, Paris, 1985, p. 273; Lavabre, C.: "Éléments essentiels et obligation fondamentale du contrat", *Revue juridique de droit des affaires*, 1997, num. 4, p. 291; Rochfeld, J.: *Cause et type de contrat*, LGDJ, Paris, 1999; Sefton-Green, R.: *La notion d'obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise*, Persée, Paris, 2000; Ancel, M.É.: *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, Paris, 2002; Baudin-Maurin, M.P.: "Pour une approche empirique de la notion d'obligation essentielle du contrat. (À partir de l'exemple du contrat Chronopost)", *Revue de la recherche juridique*, 2002, num. 4, p. 1859; Thunis, X.: "Une notion fuyante: l'obligation essentielle du contrat", in *Mélanges Marcel Fontaine*, Larcier, Bruxelles, 2003, p. 521; Sanogo, A.: *L'obligation essentielle dans le contrat*, mémoire de maîtrise, master I, Dijon, Université de Bourgogne, 2005; Cardoso-Roulot, N.: *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, LGDJ, Paris, 2008.

europeo uniforme[44] si fa riferimento al concetto di *fundamental breach* e così pure, con alcuni correttivi[45], nell'ordinamento inglese ed in quello americano[46].

Ebbene, indipendentemente dalla formulazione del concetto, pare che infondo anche l'essenza del controllo giudiziale sulle clausole che alterano elementi fondamentali del tipo, come le prestazioni che ne compongono la causa o il regime di responsabilità, sia quella medesima esigenza, avvertita persino dagli ordinamenti di *common law*, che il giudice accerti la sussistenza di quelle «*minimum decencies*» essenziali perché si abbia un accordo azionabile in giudizio[47], onde evitare che il contratto si traduca in una «*commercial and practical absurdity*[48]».

44 Così nell'art. 25 della Convenzione di Vienna sulla Vendita Internazionale di beni mobili (su cui *vid*., Schroeter, U.G.: "Article 25", in A.A. V.V.: *Schwenzer&Schlechtriem Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods* (a cura di I. Schwenzer), 3rd ed., OUP, Oxford, 2010, p. 398, par. 6, p. 402; Bjørklund, A.: "Article 25", in A.A. V.V.: *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (a cura di S. Kröll, L.A. Mistelis e M.P. Viscacillas), C.H. Beck-Hart, München-Oxford, 2011, p. 333, par. 2, p. 334; Will, M.: "Article 25", in A.A.V.V.: *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention* (a cura di C.M. Bianca e M.J. Bonell), Giuffrè, Milano, 1987, p. 205 e pp. 206 ss.); nonché alla sezione 8:103 dei *Principles of European Contract Law*, nei principi Unidroit (7.3.1.) e nella bozza CESL (87.2).

45 Per una panoramica delle critiche che sono state mosse, negli anni, alla teoria dell'inadempimento fondamentale cfr. Risk, R.C.B.: *Recent Developments in Contracts*, Law Society of Upper Canada Special Lectures, 1966, p. 253; Waddams, S.M.: "Contracts - Exemption Clauses - Fundamental Breach - Unconscionability", *University of Western Ontario Law Review*, 1978-1979, vol. 17, p. 295; e Meyer, A.W.: "Contracts of Adhesion and the Doctrine of Fundamental Breach", *Virginia Law Review*, 1964, vol. 50, p. 1178.

46 Cfr., in particolare, Coote, B.: *Exception clauses: some aspects of the law relating to exception clauses in contracts for the carriage, bailment and sale of goods*, Sweet & Maxwell, London, 1964, pp. 139-140, il quale, interrogandosi sulle clausole che determinano l'oggetto del contratto e quelle che attenuano o escludono la responsabilità del debitore osserva: «*So long as exception clauses are seen as devices by which injured people are deprived of their remedies for breaches of duty, they must be regarded with disfavour. But if they are once seen as helping to determine whether duty or obligation was assumed in the first place, there is no need for any automatic condemnation [...] it is not assumption of risk as such which causes difficulty, but rather the prevailing belief that by the use of exception clauses a wrong doer is escaping the consequences of a liability he has actually assumed*».

47 Così, illustrando la *implication of terms doctrine*, Llewelling, K.: "Book review", *Harvard Law Review*, 1938-1939, vol. 52, pp. 701 ss., p. 703.

48 Così Mr Recorder Havelock-Allan QC, in qualità di giudice di primo grado nel caso *Paragon Finance plc v. Nash* [2001] EWCA Civ, 1466, [2002] 1 WLR 685, citato da Lord Dyson al par. 26.

BIBLIOGRAFIA

Ancel, M.É.: *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, Paris, 2002.

Anelli, F.: *Caso fortuito e rischio d'impresa nella responsabilità del vettore*, Giuffrè, Milano, 1990.

Asquini, A.: "Del contratto di trasporto", in *Commentario del codice del commercio* Bolaffio, Rocco e Vivante, VII, II, Utet, Torino, 1935.

Auletta, G.: "Limitazione di responsabilità del vettore marittimo", *Rivista di diritto della navigazione*, 1952, p. 180.

Bachelet, V.: "L'affermarsi della responsabilità precontrattuale da contratto assicurativo inadeguato (e di altri rimedi meno adeguati)", in A.A. V.V.: *Annuario del contratto* (diretto da A. D'Angelo e V. Roppo), 2018, Torino, 2019.

Barenghi, A.: "I contratti dei consumatori", in A.A. V.V.: *Diritto civile* (a cura di N. Lipari e P. Rescigno), III, 2, Giuffrè, Milano, 2009.

Baudin-Maurin, M.P.: "Pour une approche empirique de la notion d'obligation essentielle du contrat. (À partir de l'exemple du contrat Chronopost)", *Revue de la recherche juridique*, 2002, num. 4, p. 1859.

Benatti, F.o.: *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1971.

Benatti, F.o.: "Le clausole di esonero della responsabilità nella prassi bancaria", in A.A. V.V.: *Le operazioni bancarie* (a cura di G.B. Portale), I, Giuffrè, Milano, 1978.

Betti, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. corretta della 2° ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994.

Bianca, C.M., "Dell'inadempimento delle obbligazioni", in *Commentario del codice civile* Scialoja e Branca, *sub* art. 1229 c.c., Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, Bologna-Roma, 1967.

Bin, M.: "Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano cosí le direttive comunitarie?)", *Contratto e impresa/Europa*, 1996, p. 444.

Birocchi, I.: "Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna", I. Il cinquecento, Giappichelli, Torino, 1997.

Birocchi, I.: "Tra elaborazioni nuove e dottrine tradizionali", *Quaderni fiorentini*, 1990.

Bjørklund, A.: "Article 25", in A.A. V.V.: *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (a cura di S. Kröll, L.A. Mistelis e M.P. Viscacillas), C.H. Beck-Hart, München-Oxford, 2011.

Breccia, U.: "Il contratto in generale", III, in *Trattato di diritto privato* Bessone, XIII, Giappichelli, Torino, 1999.

Cardoso-Roulot, N.: *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, LGDJ, Paris, 2008.

Castronovo, C.: "Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza", in A.A. V.V.: *Le operazioni bancarie* (a cura di G.B. Portale), I, Giuffrè, Milano, 1978.

Chironi, P.: *La colpa nel diritto civile odierno*, I, *Colpa contrattuale*, 1897, rist., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012.

Cian, G.: "Lata culpa dolo aequiparatur", *Rivista di diritto civile*, 1963, p. 177.

Coote, B.: *Exception clauses: some aspects of the law relating to exception clauses in contracts for the carriage, bailment and sale of goods*, Sweet & Maxwell, London, 1964.

Coppo, L.: *L'esonero da responsabilità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021.

Corrias, P.: "Le clausole *claims made*. Dalle sezioni unite del 2016 a quelle del 2018: più conferme che smentite", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, II, p. 147.

Cursi, M.F.: "Alle origini degli *accidentalia negotii*. Le premesse teoriche della categoria moderna nelle sistematiche dei giuristi romani", *Index*, XXIX, 2001.

D'Amico, G.: *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato". Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999.

De Nova, G.: *Le clausole vessatorie*, Ipsoa, Assago, 1996.

Delebecque, P.: *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, thèse ronéotypée, Aix-Marseille, III, 1981.

Delogu, L.: *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, Padova, Cedam, 2000.

Di Gravio, V.: Prevedibilità del danno e inadempimento doloso, Giuffrè, Milano, 1999.

Di Majo, A.: "Delle obbligazioni in generale (artt. 1173-1176)", in *Commentario del codice civile* Scialoja e Branca, Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, Bologna-Roma, 1994.

Fauvarque-Cosson, B. e Mazeaud, D.: "L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et de la prescription", *Revue de droit uniforme*, 2006, num. 103, p. 114.

Ferri, G.B.: "Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse", *Rivista di diritto commerciale*, 1979, I, p. 1.

Ferri, G.B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966.

Ferri, G.B.: "Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale", *Rivista di diritto commerciale*, 1971, II, p. 81.

Fiori, R.: La definizione della *locatio conductio. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Jovene, Napoli, 1999.

Gagliardi, M.: "I contratti di assicurazione della responsabilità civile con clausola *claims made*: la perdurante attualità del tema", *Danno e responsabilità*, 2019, p. 228.

Galgano, F.: *Trattato di diritto civile*, II, Cedam, Padova, 2010.

Gallo, P.: *Trattato sul contratto*, I. *La formazione*, Giappichelli, Torino, 2010.

Gentili, A.: in *Trattato dei contratti* Rescigno e Gabrielli, Utet, Torino, 2006.

Gentili, A.: "Merito e metodo nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza: a proposito della meritevolezza di tutela del contratto atipico", *Rivista di diritto commerciale*, 1989, I, p. 221.

Giorgi, G.: *Teoria delle obbligazioni*, II, Cammelli, Firenze, 1907.

Grossi, P.: "Sulla 'natura' del contratto", *Quaderni fiorentini*, XV, 1986.

Jestaz, P.: "L'obligation et la sanction. À la recherche de l'obligation fondamentale", in *Mélanges Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, Paris, 1985.

Lavabre, C.: "Éléments essentiels et obligation fondamentale du contrat", *Revue juridique de droit des affaires*, 1997, num. 4, p. 291.

Llewelling, K.: "Book review", *Harvard Law Review*, 1938-1939, vol. 52, p. 701.

Mazzamuto, S.: *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2012.

Mengoni, L.: "Responsabilità contrattuale", in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Giuffrè, Milano.

Meyer, A.W.: "Contracts of Adhesion and the Doctrine of Fundamental Breach", *Virginia Law Review*, 1964, vol. 50, p. 1178.

Minervini, E.: *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999.

Minervini, E., "I contratti dei consumatori", in *Trattato del contratto* Roppo, IV, *Rimedi*-1 (a cura di A. Gentili), Giuffrè, Milano, 2006.

Minervini, E.: *Dei contratti del consumatore in generale*, Giappichelli, Torino, 2010.

Monticelli, S.: "Nullità della *claims made* e conformazione della clausola nel teorema delle Sezioni Unite", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, p. 155.

Piraino, F.: "Critica della causa al servizio dell'adeguatezza in concreto del contratto. Il caso della responsabilità civile con copertura *claims made*", *Europa diritto privato*, 2019, p. 1045.

Piraino, F.: "Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale", *Europa diritto privato*, 2011, p. 1019.

Pizzo, O. e Russo, F.: "Un'analisi metodologica condotta sulle clauole *claims made* tra *trend* passati e futuri anche alla luce delle Sezioni Unite del 2018", *Danno e responsabilità*, 2018, p. 232.

Plaia, A.: "Ambito operativo dell'art. 1229 c.c. e responsabilità *ex recepto*", *Obbligazioni e contratti*, 2012, p. 839.

Polacco, V.: *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Athenaeum, Roma, 1915.

Realmonte, F.: "Caso fortuito e forza maggiore", in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civile, II, Utet, Torino, 1988.

RICCI, F.: "I contratti del consumatore in generale", in A.A. V.V.: *Diritto dei consumi: soggetti, contratti, rimedi* (a cura di L. ROSSI CARLEO), Giappichelli, Torino, 2012.

RISK, R.C.B.: *Recent Developments in Contracts*, Law Society of Upper Canada Special Lectures, 1966.

RIVA, I.: "L'ultima parola delle sezioni unite della Cassazione in materia di clausole *claims made*", *Contratto e impresa*, 2019, p. 9.

ROCHFELD, J.: *Cause et type de contrat*, LGDJ, Paris, 1999.

ROPPO, V.: "Clausole vessatorie (nuova normativa)", in *Enciclopedia giuridica* Treccani, VI, Il Veltro, Roma, 1996.

SANOGO, A.: *L'obligation essentielle dans le contrat*, mémoire de maîtrise, master I, Dijon, Université de Bourgogne, 2005.

SCHROETER, U.G.: "Article 25", in A.A. V.V.: *Schwenzer&Schlechtriem Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods* (a cura di I. SCHWENZER), 3rd ed., OUP, Oxford, 2010.

SCIANCALEPORE, G.: "Art. 33", in *Commentario del codice del consumo* Stanzione e Sciancalepore, Ipsoa, Milano, 2006.

SEFTON-GREEN, R.: *La notion d'obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise*, Persée, Paris, 2000.

THUNIS, X.: "Une notion fuyante: l'obligation essentielle du contrat", in *Mélanges Marcel Fontaine*, Larcier, Bruxelles, 2003.

WADDAMS, S.M.: "Contracts - Exemption Clauses - Fundamental Breach - Unconscionability", *University of Western Ontario Law Review*, 1978-1979, vol. 17, p. 295.

WILL, M.: "Article 25", in A.A.V.V.: *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention* (a cura di C.M. BIANCA e M.J. BONELL), Giuffrè, Milano, 1987.

OPERACIONES COMERCIALES DE LA LEY ESPAÑOLA DE LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD QUE CONFIGURAN COMPRAVENTAS INTERNACIONALES DE MERCADERÍAS EN LA CONVENCIÓN DE VIENA: ¿QUID IURIS?*

COMMERCIAL OPERATIONS UNDER THE SPANISH LAW FOR THE FIGHT AGAINST DELAYS THAT CONFIGURE INTERNATIONAL SALE OF GOODS IN THE VIENNA CONVENTION: QUID IURIS?

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1670-1693

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación "Derecho transitorio, retroactividad y aplicación en el tiempo de las normas jurídicas" (Ref.: PID2019-107296GB-I00), dirigido por los profesores Andrés Domínguez Luelmo y Henar Álvarez Álvarez.

Víctor HERRADA BAZÁN

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: En el presente trabajo, se analiza el ámbito de aplicación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales (LLCM) y el de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Venta Internacional de Mercaderías (CISG). Con base en este análisis, se busca resolver la cuestión surgida en la doctrina sobre si, cuando se trata de compraventas internacionales de mercaderías que califican como "operaciones comerciales" entre partes situadas en España y en otro país de la Unión Europea, es de aplicación la CISG –siempre que dicho otro país sea parte de la Convención– o si, por el contrario, tiene preponderancia la aplicación de la LLCM –cuando las normas de Derecho internacional privado prevean la aplicación del ordenamiento español– por tratarse de la transposición de una Directiva comunitaria.

PALABRAS CLAVE: Ley 3/2004; lucha contra la morosidad; operaciones comerciales; Convención de Viena; compraventa internacional de mercaderías.

ABSTRACT: *This paper analyzes the scope of the Late Payments in Commercial Transactions Spanish Law (Ley 3/2004) and that of the Convention on the International Sales of Goods (CISG). Once this scope has been delimited, the author seeks to resolve the question about what regulation is applicable to an international sale of goods that qualifies as a "commercial transaction" between parties located in Spain and in another country of the European Union: is it the CISG, provided that said other country is it part of the Convention, or is it the aforementioned Spanish Law –when the rules of private international law lead to the application of the Spanish legal system–, since it implies the transposition of a European Directive?.*

KEY WORDS: *Late payments; commercial transactions; CISG; international sales of goods.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA LEY 3/2004.- 1. El concepto de "operaciones comerciales" y su naturaleza contractual.- 2. El carácter sinalagmático como criterio de inclusión en la LLCM.- 3. Pago de deuda dineraria contra entrega de bienes.- 4. La compraventa como supuesto incluido en el ámbito objetivo de aplicación de la Ley 3/2004.- III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS.- 1. "Compraventa" de "mercaderías".- 2. Criterio de "internacionalidad" de la compraventa de mercaderías.- IV. "OPERACIONES COMERCIALES" QUE CONFIGURAN "COMPRAVENTAS INTERNACIONALES DE MERCADERÍAS": ¿QUID IURIS? - 1. La intención del legislador europeo.- 2. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.- 3. El art. 90 CISG: la Directiva no es un "acuerdo internacional".

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo trata sobre la relación entre los ámbitos de aplicación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (en adelante, LLCM) y el de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos para la Venta Internacional de Mercaderías (en adelante, CISG), con referencia a un específico problema: ¿cuál es la regulación aplicable a una compraventa que califica como "operación comercial" según la LLCM y que también configura una "compraventa internacional de mercaderías" según la CISG?

II. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA LEY 3/2004

La Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (en adelante, LLCM) transpuso al ordenamiento español, primero, la Directiva 2000/35/CE por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (en adelante, Directiva 2000/35) y, luego, la Directiva 2011/7/UE del mismo nombre, que refunde y deroga a la primera y que se encuentra actualmente vigente. La finalidad de ambas Directivas es afrontar las prácticas dilatorias de pagos y la morosidad en el marco de relaciones comerciales entre empresas o entre empresa y Administración pública. Más allá de las críticas a esta "regulación antimorosidad"[1], ésta contiene un régimen especial de plazos de pago, de aplicación en defecto de acuerdo entre las partes, y un sistema de *mora*

1 *Vid.* por todos, Alfaro Águila-Real, J.: "La nueva regulación del crédito comercial. Una lectura crítica de la Directiva y de la Ley contra la morosidad", *InDret*, núm. 3, 2005, pp. 3 y ss.; Arruñada, B.: *Aplazamiento de pago y morosidad en las transacciones comerciales*, Marcial Pons – IDELCO, Madrid, 1999, pp. 17 y ss.; y, "La Ley contra la morosidad", *InDret*, núm. 3, 2004, pp. 4 y ss.

• Víctor Herrada Bazán
Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura (Perú). Correo electrónico: victor.herrada@udep.edu.pe

debitoris que incluye un régimen de mora automática, altos intereses moratorios y el reconocimiento al acreedor del derecho a percibir una compensación por los costes de cobro, amén de otras medidas sustantivas importantes[2].

El art. 3.1 LLCM establece su aplicación "a todos los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas, o entre empresas y la Administración, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público [*rectius,* la actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público], así como las realizadas entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas". De esta disposición, se infiere que la LLCM tiene dos grandes ámbitos de aplicación: uno jurídico-público, integrado por las operaciones comerciales realizadas "entre empresa y Administración"; y, otro jurídico-privado, constituido por las operaciones comerciales efectuadas "entre empresas". Sin embargo, el objeto de este trabajo está referido exclusivamente al último ámbito mencionado (esto es, a las operaciones comerciales interempresariales), por lo que no se entrará a analizar lo que se ha de entender por "Administración" para los fines de la LLCM[3].

Ahora bien, dentro del ámbito jurídico-privado, cabe indicar dos ideas principales:

(i) Que, subjetivamente, las operaciones comerciales han de ser celebradas por sujetos a quienes la LLCM denomina "empresas", esto es, "cualquier persona física o jurídica que actúe en el ejercicio de su actividad independiente económica o profesional".

(ii) Y, que, objetivamente, la LLCM se aplica a los pagos dinerarios que se han de realizar como contraprestación a la entrega de bienes o prestación de servicios ("operaciones comerciales", según la norma).

Para los fines de este trabajo, interesará enfocarnos fundamentalmente en la segunda idea, la cual contiene los criterios objetivos de aplicación de la LLCM[4].

2 Como la regulación de un control de contenido de cláusulas contractuales, de la cláusula de reserva de dominio en contratos de compraventa y la consideración de que los Estados miembros velen por que se pueda obtener un título ejecutivo respecto de deudas no impugnadas, a través de procedimientos ágiles y efectivos.

3 *Vid.* sobre este tema Martínez Fernández, J.M.: "La aplicación a la contratación administrativa de la Ley de medidas contra la morosidad en operaciones comerciales", *Revista de Estudios Locales*, núm. 82, 2005, pp. 43-62; Soriano García, J.E.: *Lucha contra la morosidad y contratación administrativa*, Iustel, Madrid, 2006, pp. 185-186.

4 Sobre el ámbito subjetivo de aplicación de la LLCM, *vid.*, por todos, Lema Devesa, C. y Tato Plaza, A.: "La Ley de Medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y su incidencia en el comercio minorista", *DN*, núm. 183, 2005 (versión electrónica); Aguillaume Gandasegui, G.: "El ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la Ley 3/2004, de medidas de lucha contra la morosidad", en *La Ley*, núm. 4, 2005 (versión electrónica); Perales Viscasillas, M. P.: *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas. Ley 3/2004 y Directiva 2000/35,* Thomson Civitas, Madrid, 2006, pp. 83 y ss.; Miranda Serrano, L. M.: *Aplazamientos de pago y morosidad entre empresas*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 129 y ss.; Viciano

1. El concepto de "operaciones comerciales" y su naturaleza contractual

El criterio objetivo o material para aplicar la LLCM está expresado en su art. 3.1, el cual establece su aplicación "a todos los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales". Sin embargo, lo que debe entenderse como "operación comercial" no viene previsto en la LLCM, lo cual exige acudir al art. 2, 1) Directiva 2011/7. Este precepto define a las operaciones comerciales como "las realizadas entre empresas o entre empresas y poderes públicos que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una contraprestación". Si bien este enunciado confirma el carácter "obligacional" de las relaciones jurídicas sobre las que resulta aplicable la LLCM, no denota el origen o fuente que han de tener dichas relaciones para estar comprendidas en su ámbito de aplicación. Al respecto, como bien ha observado la doctrina, puede sostenerse que las relaciones obligatorias que configuran las "operaciones comerciales" son relaciones contractuales o surgidas de la celebración de un contrato, lo cual se infiere de la propia regulación[5].

En efecto, la Exp. Mot. de la LLCM hace expresa referencia a la "morosidad en el pago de deudas contractuales" como uno de los problemas centrales que se han de combatir con la regulación. Asimismo, el art. 2, c) LLCM define a la morosidad como "el incumplimiento de los plazos contractuales o legales de pago", mientras el art. 9 LLCM determina un control de contenido de "cláusulas contractuales" cuando resulten manifiestamente abusivas en perjuicio del acreedor dinerario[6].

2. El carácter sinalagmático como criterio de inclusión en la LLCM.

Atendiendo nuevamente al concepto de "operaciones comerciales", cabe centrar nuestra atención en la "contraprestación" sobre la cual recae la LLCM. Al respecto, sobre la base del concepto de contraprestación empleado en nuestro idioma[7], la mayor parte de la doctrina ha señalado que los contratos (operaciones comerciales) a los que resulta aplicable la LLCM han de ser, entonces, "bilaterales",

Pastor, J.: "La morosidad en las obligaciones pecuniarias en las operaciones comerciales entre empresas. La Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales", AA.VV.: *Tratado sobre la Morosidad* (dirigido por F. Palau Ramírez y J. Viciano Pastor), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 287 y ss.

5 Cfr. Miranda Serrano, L. M.: *Aplazamientos,* cit., p. 135; Perales Viscasillas, M. P.: *La morosidad,* cit., p. 41; Viciano Pastor, J.: "La morosidad", cit., pp. 265-266.

6 Amén de los preceptos que indico en el texto principal, Viciano Pastor, J.: "La morosidad", cit., pp. 266-267 menciona otros en los que se hace referencia al "contrato" y conceptos relacionados, como los arts. 4.1, c); 6, a) y 7.1 LLCM. También se puede mencionar el art. 2.1, a) del Decreto Legislativo 9 ottobre 2002, núm. 231 de Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (Italia), que define a las "transacciones comerciales" como "los contratos, sin importar su denominación, entre empresas o entre empresas y administraciones públicas que implican, exclusiva o principalmente, la entrega de bienes o la prestación de servicios contra el pago de un precio".

7 Se entiende por "contraprestación" a la "prestación que retribuye la de la otra parte en las obligaciones recíprocas". Cfr. Real Academia Española y Consejo General del Poder Judicial: *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico,* Santillana, Madrid, 2017, voz "contraprestación".

"de prestaciones recíprocas" o, en términos obligacionales, deben dar lugar a una "relación obligatoria sinalagmática"; expresiones utilizadas como sinónimos[8]. Sin embargo, creo que es importante precisar el alcance de estas expresiones, pues no todas ellas significan lo mismo.

Que un contrato sea "bilateral" no implica que entre las prestaciones asumidas por las partes exista, a su vez, una "reciprocidad" o "sinalagma"[9]. La "bilateralidad" (en contraste con la unilateralidad) en un contrato solo hace referencia a que las dos partes (y no solo una) asumen obligaciones. No obstante, que ambas partes de un contrato tengan a su cargo obligaciones no basta para sostener que entre las dos prestaciones ofrecidas existe una "relación de interdependencia"[10]. Es posible que, siendo un contrato bilateral, no haya reciprocidad o sinalagma entre las prestaciones prometidas.

Por ejemplo, si bien el contrato de comisión mercantil es esencialmente "bilateral" (esto es, tanto comitente como comisionista asumen obligaciones), solo es "naturalmente sinalagmático", porque de las prestaciones que corresponden al comitente, solo la de pagar el premio de comisión, que puede excluirse por pacto expreso (*ex* art. 277 CCo)[11], se encuentra en relación de reciprocidad o interdependencia respecto de la prestación del comisionista (la realización de un acto u operación de comercio por cuenta del comitente *ex* art. 244 CCo). En cambio, la única obligación esencial del comitente, la obligación de mantener indemne al comisionista, no es interdependiente a alguna obligación de este último, sino que responde al hecho de que el comisionista no puede ver perjudicado su patrimonio. Por tanto, aunque –como se ve– ambas partes asumen obligaciones, no hay una "relación de reciprocidad" entre ellas, esto es, entre la obligación de indemnidad del comitente y la del comisionista de realizar el encargo.

Por otro lado, sí se puede hablar de reciprocidad o sinalagma en un contrato de mutuo con pago de intereses, aunque tradicionalmente se le haya considerado un contrato real y unilateral. Y es que cuando el contrato se perfecciona con la

8 Emplean las tres expresiones como sinónimos Aguillaume Gandasegui, G.: "El ámbito", cit., p. 6 (versión electrónica); Perales Viscasillas, M. P.: *La morosidad,* cit., p. 40; Miranda Serrano, L. M.: *Aplazamientos,* cit., pp. 136-137. Por su parte, García-Pita y Lastres, J. L.: *Derecho mercantil de obligaciones,* vol. 1, Bosch, Barcelona, 2010, p. 125 hace referencia a contratos "bilaterales y onerosos".

9 La relación de sinalagma, como explica Díez-Picazo, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial,* vol. 2, 6ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 432-433, "se encuentra en la interdependencia o nexo causal entre dos deberes de prestación, de manera que cada uno de ellos, en relación con el otro, funciona como contravalor o contraprestación".

10 Así, para Díez-Picazo, L.: *Fundamentos,* cit., vol. 2, p. 427, "en la idea de 'obligación recíproca' utilizada por el legislador español no basta la pluralidad de deudas y de créditos, y el hecho de que cada una de las deudas o créditos se encuentre a cargo o en favor de cada uno de los interesados, sino que es también decisiva la existencia de 'reciprocidad'".

11 Cfr. García-Pita y Lastres, J. L.: *Derecho mercantil de obligaciones. Contratos comerciales,* Andavira, Santiago de Compostela, 2011, pp. 169-170, quien advierte que, aun cuando "[m]uchos autores ven en el deber de pago del premio o comisión la obligación fundamental del Comitente", en realidad "se trata de una obligación que representa un simple *naturale negotii* en el Contrato de Comisión mercantil".

entrega del capital, no puede negarse que entre esta prestación y la de pagar los intereses existe un "sinalagma o reciprocidad", más allá de la estructura obligacional, si el objeto de la obligación tiene su causa en aquélla. Por este motivo, se ha dicho que "el mutuo, llevando pacto de intereses, es un contrato sinalagmático, ya que la prestación del dinero va correspondida por la contraprestación de los intereses, sin que influya en tal calificación el hecho de que la obligación del prestatario comienza cuando el prestamista ha cumplido su parte, acaso sin estar previamente obligado y constituyendo el contrato mediante entrega"[12].

El *quid* del asunto es que la unilateralidad o bilateralidad, por un lado, y la gratuidad u onerosidad, por el otro, son dos binomios que operan en planos diferentes[13]. La unilateralidad o bilateralidad es un rasgo "estructural" del contrato, definido por el número de obligaciones que compromete el contrato, así como por quiénes las asumen. En cambio, la gratuidad u onerosidad es un rasgo "funcional" (y, más concretamente, económico), definido por quiénes soportan la carga o sacrificio del contrato y por o a cambio de qué. En tal sentido, es dentro de la onerosidad (en tanto situación en la que todas las partes soportan sacrificios, pues realizan atribuciones patrimoniales y, por ello, todas obtienen ventajas[14]) en donde radica el carácter sinalagmático entre prestaciones, más allá de que estas sean objeto de obligaciones o, por el contrario, vengan realizadas sin obligación previa. Todo esto explica por qué es posible hablar de prestaciones recíprocas o sinalagmáticas incluso en contratos estructuralmente unilaterales.

Por lo tanto, cuando en el marco del concepto de "operaciones comerciales", la LLCM hace referencia a una "contraprestación", lo que se exige es que en el contrato exista una relación de "reciprocidad o sinalagma" entre las prestaciones, con independencia de la unilateralidad o bilateralidad en su estructura.

3. Pago de deuda dineraria contra entrega de bienes

El art. 1 LLCM, a diferencia de la Directiva (la cual, curiosamente, omite toda referencia a ello), es expresa en señalar que la prestación de las operaciones comerciales a la que resulta aplicable su régimen es el pago de "deudas dinerarias"[15]. Dichas deudas, como se ha dicho, han de constituir el precio (contraprestación) que se ha de pagar a cambio de la "entrega de bienes" o la "prestación de servicios"

12 Lacruz Berdejo, J. L., Sancho Rebullida, F.A., Luna Serrano, A., Delgado Echeverría, J., Rivero Hernández, F., Rams Albesa, J.: *Elementos de Derecho civil 2. Derecho de obligaciones*, vol. 2, 3ª ed. (revisada y puesta al día por Rivero Hernández, F.), Dykinson, Madrid, 2005, p. 172. *Vid.* en jurisprudencia, la STS 11 julio 2018 (RJ 2018/2793).

13 Cfr. Zegarra Mulánovich, Á.: *Las cláusulas de* hardship *en la contratación mercantil,* tesis doctoral, Universidad de A Coruña, A Coruña, 2007, pp. 218-219.

14 Cfr. Díez-Picazo, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial,* vol. 1, 6ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 99.

15 Cfr. Viciano Pastor, J.: "La morosidad", cit., p. 262.

por parte de un proveedor. En este trabajo se delimitará únicamente la expresión "entrega de bienes", debido a que el objeto de estudio es la "compraventa" internacional de mercaderías en tanto operación comercial *ex* LLCM[16].

En cuanto a los "bienes" que deben ser entregados como contraprestación al pago dinerario, se puede defender que la LLCM solo está referida a la entrega de "bienes muebles"[17]. Ello con base en el concepto de "bienes" que se emplea en las versiones en otros idiomas de la Directiva 2011/7 y en lo sucedido en el proceso de tramitación parlamentaria de la LLCM.

En primer lugar, el concepto de "bienes" que se utiliza en la Directiva 2011/7 no puede determinarse de forma clara de sus versiones en castellano, porque en este último idioma se emplearon indistintamente los términos "bienes" y "mercancías". Esta situación exige acudir a las versiones en otros idiomas de la norma comunitaria, pues, a partir de determinadas coincidencias en la terminología, puede establecerse la real intención reguladora del legislador europeo sobre esta materia. Así pues, en la versión en inglés de la Directiva 2011/7, se llama "goods" a lo que en la versión en castellano se denominó "bienes"[18]. Esto denota una importante diferencia: el primer vocablo sirve en inglés para referirse a las "mercaderías", lo que implica un significado mucho más restringido que el que corresponde a "bienes" en nuestro idioma. El concepto de "goods", además, es utilizado también en las versiones en alemán, italiano y francés de la Directiva, pues los términos utilizados en cada una de ellas ("Waren", "merci" y "marchandises", respectivamente) tienen claramente el significado de "mercancías". Por lo tanto, creo razonable entender que el concepto de "bienes" de la versión en castellano de las Directivas 2000/35 y 2011/7 había de ser identificado con el de "mercaderías" o "mercancías"[19].

Sin embargo, no puede perderse de vista que, con base en lo sucedido en el proceso de tramitación parlamentaria de la LLCM, se puede sostener que el legislador español incluyó a las operaciones financieras dentro del ámbito de aplicación de dicha ley. De hecho, entre las razones argüidas para cuestionar

16 Sobre la "prestación de servicios" *ex* LLCM, *vid.* por todos, Perales Viscasillas, M. P.: *La morosidad*, cit., pp. 59 y ss.; Miranda Serrano, L.M.: *Aplazamientos,* cit., pp. 134 y ss.

17 En ese sentido, Perales Viscasillas, M. P.: *La morosidad,* cit., pp. 57-58; Miranda Serrano, L. M.: *Aplazamientos,* cit., p. 139; Gómez Ligüerre, C.: "El nuevo régimen legal de la morosidad en las operaciones comerciales", *InDret*, núm. 4, 2011, p. 11.

18 El art. 2.1 Directiva 2011/7, versión en inglés, define a las operaciones comerciales ("commercial transactions") como "transactions between undertakings or between undertakings and public authorities which lead to the delivery of goods or the provision of services for remuneration".

19 Esto ha sido confirmado recientemente en la STJUE 18 noviembre 2020 (TJCE 2020/274), en donde se especifica que, para efectos de la Directiva 2000/35 (hoy, Directiva 2011/7), debe tenerse en cuenta el concepto de "mercancías" previsto en el art. 28 TFUE y definido por la jurisprudencia del TJUE como "productos que pueden valorarse en dinero y que, como tales, pueden ser objeto de transacciones comerciales", lo cual coincide sustancialmente con el concepto de "mercancía" ("cosas muebles que se hacen objeto de trato o venta", según Real Academia Española: *Diccionario de la Lengua Española,* 23° ed., Espasa, Madrid, 2014, voz "mercancía", 1ª acepción.).

una eventual prescindencia de tales operaciones, se encuentra el hecho de considerar que la propia Directiva 2000/35 no las excluía[20], lo que, a mi juicio, se encontraba aunado a la idea de que el término "bienes" de la Directiva delimitaba un concepto más amplio que el de "mercaderías". Bajo este razonamiento, en las operaciones financieras que impliquen un intercambio de dinero por dinero (los préstamos mercantiles, por ejemplo), la entrega de dinero en crédito bien podía ser considerada una "entrega de bienes" al amparo de la LLCM. Esta es, en mi opinión, la razón fundamental para concluir que los "bienes" a los que hace referencia la LLCM no están constituidos únicamente por mercancías, sino que abarca un espectro más amplio, conformado al menos por lo que ha de considerarse "bienes muebles"[21].

Por el contrario, habría de responderse negativamente a la posibilidad de incluir a los bienes inmuebles en el término "bienes" de la regulación antimorosidad (Directiva 2011/7 y LLCM)[22], con base, nuevamente, en la intención reguladora del legislador europeo. Esta intención es, como se ha dicho, apreciable más claramente en la versión en otros idiomas de la Directiva 2011/7, en contraste con su símil en castellano. Por ejemplo, de la expresión "delivery of goods" en la versión en inglés (término que fue redactado como "entrega de bienes" en la versión en castellano), vale decir que el vocablo "delivery" es aplicable únicamente a bienes muebles en dicho idioma. La misma idea puede defenderse en las versiones en francés e italiano, en cuyas expresiones "fourniture de marchandises" y "fornitura di merci" se evidencia la idea de "suministro"[23], cuyo concepto en nuestro argot jurídico implica la entrega de bienes muebles. Por lo anterior, queda claro que, cuando en la Directiva 2011/7 se utiliza el término "bienes", no se incluye en él a los bienes inmuebles.

4. La compraventa como supuesto incluido en el ámbito objetivo de la Ley 3/2004

La inclusión del contrato de compraventa en el ámbito de aplicación de la LLCM es indudable[24], principalmente porque el intercambio obligacional que en él

20 Vid. BOCG, Senado, VIII Legislatura, Serie II, núm. 2(b), 16 de noviembre de 2004. En el mismo sentido, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: "La 'lucha legal' contra la morosidad en los pagos", AA.VV.: *Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, vol. 2 (coordinado por J.M. González Porras y F. Méndez González), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, p. 4376, para quien excluir a las operaciones financieras de la LLCM "va a encontrar problemas de compatibilidad con la Directiva 2000/35/CE, que no ha previsto esta exclusión específica".

21 En dicho concepto están comprendidas también las operaciones comerciales con entrega de bienes inmateriales (marcas, patentes, derechos de propiedad intelectual, etc.), derechos de crédito o derechos incorporales *ex* arts. 1526 y ss. CC. Cfr. Perales Viscasillas, M. P.: *La morosidad,* cit., p. 58.

22 En ese sentido, Viciano Pastor, J.: "La morosidad", cit., pp. 276-278.

23 Así, en el castellano, el vocablo "fornitura" proviene del francés "fourniture" que significa literalmente suministro, tal y como lo señala la Real Academia Española: *Diccionario,* cit., voz "fornitura".

24 Cfr. Aguillaume Gandasegui, G.: "El ámbito", cit., p. 4 (versión electrónica); Miranda Serrano, L. M.: *Aplazamientos,* cit., pp. 141-142; Perales Viscasillas, M. P.: *La morosidad,* cit., pp. 54-55; Viciano Pastor, J.: "La

se produce ("uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente", en términos del art. 1445 CC) se subsume perfectamente en la estructura prestacional prevista en el art. 2, 1) Directiva 2011/7 y el art. 1 LLCM para las operaciones comerciales: una entrega de bienes a cambio de una contraprestación dineraria. Sin embargo, como se ha adelantado, de los varios tipos de compraventa según el objeto, la aplicación de la LLCM estará limitada a los contratos de compraventa de "bienes muebles".

Por la misma razón por la cual el contrato de compraventa está incluido en el ámbito de aplicación de la LLCM (intercambio entre "entrega de bien" y "pago de precio") es que debe entenderse también comprendido el "contrato de suministro"[25] y el "contrato estimatorio"[26].

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

La compraventa internacional de mercaderías está sometida a un régimen propio, derivado de la CISG, ratificada por España en 1990 y en vigor desde 1991.

El art. 1.1 CISG establece, como criterio general, su aplicación a "los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes". De esta disposición, se obtienen dos ideas:

Que la CISG se aplica a contratos de compraventa de mercaderías.

Que los contratos de compraventa de mercaderías a los que resulta aplicable al CISG han de cumplir con un criterio de "internacionalidad": que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes.

1. "Compraventa" de "mercaderías"

Si bien no existe en la CISG una definición de lo que ha de considerarse una compraventa, de sus arts. 3 (aplicación), 30 (obligaciones del vendedor) y 53 (obligaciones del comprador) se puede inferir que en ella cabe, al menos como

morosidad", cit., pp. 330-331.

25 De acuerdo, Perales Viscasillas, M. P.: *La morosidad,* cit., pp. 55-56; Miranda Serrano, L. M.: *Aplazamientos,* cit., pp. 142-143; Viciano Pastor, J.: "La morosidad", cit., p. 338.

26 Cfr. Alfaro Águila-Real, J.: "La nueva regulación", cit., p. 14; Miranda Serrano, L.M.: *Aplazamientos,* cit., pp. 143-144; Viciano Pastor, J.: "La morosidad", cit., pp. 338-339. Si bien comparto la idea de que el contrato estimatorio debe ser incluido en el ámbito de aplicación de la LLCM, no debe perderse de vista que, en el escenario funcional principal de este tipo contractual, la relación de sinalagma entre entrega de bienes y pago de precio tiene una causa distinta que la de la compraventa.

ámbito mínimo, el concepto base de "intercambio de bien por dinero"[27]. A partir de tal concepto, se puede examinar sus limitaciones y ampliaciones.

En cuanto a las "limitaciones", se puede apreciar del citado art. 1.1 CISG una primera restricción: las compraventas sometidas a su régimen han de recaer sobre "mercaderías": cosas muebles que se hacen objeto de trato o venta[28]. Esto excluye, por tanto, a las compraventas inmobiliarias y a todas aquellas sobre bienes muebles no calificables como mercancías (por ejemplo, los fondos empresariales). De hecho, la propia Convención hace esta exclusión en su art. 2, cuando establece que no se aplicará a las compraventas "de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero"[29] (inciso "d"), en tanto no tienen naturaleza de "mercadería"[30]. También excluye a otros bienes como los "buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves" (inciso "e") y la "electricidad" (inciso "f"), aunque con base en otros criterios, como la evitación de problemas de calificación de bienes (dada las grandes diferencias de régimen en los países) o la especial naturaleza de la electricidad[31]. Tampoco estarán incluidas en el ámbito de la CISG las compraventas sobre bienes muebles incorporales, si se toma en cuenta que su antecedente inmediato, la Convención de La Haya de 1964 sobre compraventa internacional, hacía referencia expresa a "bienes muebles corporales"[32].

La CISG también excluye a las compraventas que, aunque recaigan sobre mercaderías, se realicen en subastas (art. 2, b) CISG) o por vía judicial (art. 2, c) CISG)[33]. Asimismo, la Convención deja fuera a las compraventas de mercaderías con "consumidores"[34]; si bien no lo dice expresamente, así se puede inferir del art. 2, a) CISG cuando se refiere a "mercaderías compradas para uso personal, familiar

27 En ese sentido, Herber, R.: "Art. 1", AA.VV.: *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht* (dirigido por E. von Caemmerer y P. Schlechtriem), C. H. Beck, Múnich, 1990, p. 47; Calvo Caravaca, A.-L.: "Artículo 1", AA.VV.: *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dirigido por L. Díez-Picazo), Civitas, Madrid, 1998, p. 47; Oviedo Albán, J.: "Aplicación material de la Convención de Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías", *Vniversitas,* núm. 53, 113, 2006, p. 221.

28 Cfr. Real Academia Española: *Diccionario*, cit. voz "mercancía", 1ª acepción. En el mismo sentido, Herber, R.: "Art. 1", cit., p. 48; Calvo Caravaca, A.-L.: "Artículo 1", cit., p. 48.

29 Aunque, como bien anota Herber, R.: "Art. 2", AA.VV.: *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht* (dirigido por E. von Caemmerer y P. Schlechtriem), C. H. Beck, Múnich, 1990, p. 62, los títulos de tradición (conocimientos de embarque, carta de porte o resguardo de depósito en almacén) no están comprendidos en esta exclusión, pues la compra de un título que representa a la mercancía es, en realidad, la compra de la mercancía en sí.

30 Cfr. Caffarena Laporta, J.: "Artículo 2", AA.VV. *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dirigido por L. Díez-Picazo), Civitas, Madrid, 1998, p. 64.

31 Cfr. Caffarena Laporta, J.: "Artículo 2", cit. pp. 65-67.

32 Cfr. Oviedo Albán, J.: "Aplicación", cit., p. 224, quien señala que, además, debe considerarse que el régimen jurídico previsto en la CISG está totalmente inadaptado a la venta de bienes incorporales.

33 La razón de la exclusión es que se trata de ventas sometidas a un procedimiento especial en el que, o bien no se sabe quién será el comprador hasta el momento de la adjudicación (subastas) o bien no existe una negociación entre las partes, realizándose la transmisión con independencia de la voluntad del vendedor (compraventas judiciales). Cfr. Caffarena Laporta, J.: "Artículo 2", cit. pp. 63-64.

34 Cfr. Zegarra Mulánovich, A.: *Notas de Contratos Mercantiles, pro manuscripto,* Universidad de Piura, Piura, 2019, p. 476.

o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso"[35].

En cuanto a las "ampliaciones", la CISG delimita en su art. 3 qué contratos que, bajo la perspectiva general pudieran considerarse "contratos de obra" (y, por ende, contratos de servicios), se encuentran sometidos a su ámbito de aplicación. Así, el art. 3.1 CISG señala que "[s]e considerarán compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción". De este modo, un contrato de obra en el que se deba entregar la obra realizada se encontrará sometido a la CISG si el locador de la obra no asume parte sustancial de los materiales necesarios para su realización, es decir, si configura como un "contrato de obra con suministro de materiales"[36].

2. Criterio de "internacionalidad" de la compraventa de mercaderías

Ahora bien, para que una compraventa de mercaderías esté comprendida en el ámbito de la CISG es necesario que cumpla con un criterio de "internacionalidad": que las partes del contrato tengan su establecimiento en Estados distintos[37]. Si bien el criterio que se cumple más usualmente es que los Estados en cuestión sean parte de la CISG (art. 1.1, a) CISG), también es posible que, aunque ambos Estados no lo sean, sí lo sea aquel cuya ley declaran aplicable las normas de conflicto del Derecho internacional privado (art. 1.1, b) CISG).

En todo caso, lo anterior se ve matizado por lo previsto en los arts. 1.2 y 10 CISG. El primero establece que "no se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes" cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración. Por su parte, el art. 10 CISG señala que, si una de las partes tiene más de un establecimiento, "su establecimiento será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento", habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración. De este modo, aunque la regla general de "internacionalidad" es que las partes tengan su establecimiento en

35 La razón de la exclusión es evitar que las reglas de la CISG entren en conflicto con las normas imperativas de protección a los consumidores existentes en numerosos países. Cfr. Caffarena Laporta, J.: "Artículo 2", cit., p. 60.

36 Cfr. Caffarena Laporta, J.: "Artículo 3", AA.VV.: *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dirigido por L. Díez-Picazo), Civitas, Madrid, 1998, pp. 68-69.

37 Sobre la "internacionalidad", *vid.* Herber, R.: "Art. 1", cit., pp. 46-47; Calvo Caravaca, A.-L.: "Artículo 1", cit., pp. 48-54.

Estados distintos, también será usual que se requiera que la mercancía circule "de hecho" por el territorio de al menos dos países[38].

IV. "OPERACIONES COMERCIALES" QUE CONFIGURAN "COMPRAVENTAS INTERNACIONALES DE MERCADERÍAS": ¿QUID IURIS?

Con base en lo desarrollado en líneas anteriores, es fácilmente apreciable que, lo que, bajo un punto de vista material, es calificable como "compraventa de mercaderías" para los efectos de la CISG es también –y con mayor razón– calificable como "operación comercial" bajo los parámetros de la Directiva 2011/7 y la LLCM. En ese contexto, cabe plantear el siguiente problema jurídico: ¿Cuál es el régimen aplicable a una compraventa de mercaderías que, calificando como "operación comercial" *ex* Directiva 2011/7 y LLCM, se lleva a cabo entre partes con establecimientos situados en España y en otro Estado miembro de la Unión Europea, siendo ambos Estados parte de la CISG, y en la que la ley aplicable, según las normas de conflicto, es la española? ¿Se aplica la LLCM o la CISG?

La respuesta somera es que, cuando un hecho previsto por una ley de Derecho interno recae al mismo tiempo en el ámbito de un tratado internacional válidamente celebrado y publicado oficialmente, tendrá preferencia aplicativa el segundo frente a la primera, salvo que esta última tenga rango constitucional (art. 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, en adelante, LTAI[39])[40]. Bajo esta idea, estaría claro que, si una operación comercial *ex* LLCM entra en el campo de aplicación de la CISG, es esta última la que prevalece, desplazándose a aquella[41].

La preferencia aplicativa del tratado internacional frente a una ley de Derecho interno no tiene un fundamento jerárquico, sino de distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas[42]. En ese sentido, la razón que justifica la preferencia aplicativa de un tratado internacional frente a una norma de Derecho interno es la uniformidad normativa que los Estados partes de un tratado persiguen con su celebración. Tal uniformidad se vería afectada si al supuesto de hecho en cuestión hubiera de aplicarse una norma interna que muy probablemente diferirá en sus

38 Cfr. Zegarra Mulánovich, A.: *Notas de Contratos,* cit., p. 475.

39 Art. 31 LTAI: "Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional".

40 Cfr. Andrés Sáenz de Santa María, P.: "Artículo 96", AA.VV. *Comentarios a la Constitución española*, vol. 2 (dirigido por en Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Casas Baamonde, M. E.), Boletín Oficial del Estado - Wolters Kluwer, Las Rozas, 2018, pp. 367-368; Montesinos Padilla, C.: "Comentario al artículo 96", AA.VV.: *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol. 1 (dirigido por L.M. Cazorla Prieto y coordinado por A. Palomar Olmeda), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 2471-2473.

41 En esa línea, Perales Viscasillas, *La morosidad,* cit., p. 137.

42 *Vid.* al respecto, Declaración 1/2004, 13 diciembre 2004, del Pleno del Tribunal Constitucional (TC).

efectos a lo previsto, para el mismo caso, por el Derecho interno de otro Estado parte.

Sin embargo, un sector minoritario de la doctrina española ha planteado que, debido a que la LLCM es una transposición de una Directiva comunitaria (primero, de la Directiva 2000/35 y, luego, de la Directiva 2011/7), cuando se trata de operaciones comerciales intracomunitarias, "[n]o parece lógico que la regulación de una Directiva unionista deba ceder en beneficio de un Tratado internacional no ratificado por la Unión, incluso aunque éste sea anterior a la incorporación del Estado a la Unión Europea"[43]. Se arguye, en primer lugar, que, si debiera defenderse la aplicación preferente de la CISG sería ilógico que la Unión Europea haya regulado una materia para el que ya existía un Derecho convencional ratificado por la mayor parte de los Estados miembros. En segundo lugar, se aduce que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha indicado que las obligaciones asumidas por Estados miembros en virtud de tratados celebrados con anterioridad a la incorporación a la Unión Europea se han de mantener en las relaciones con Estados terceros, pero no en las relaciones intracomunitarias[44]. Y, finalmente, esta vez desde la perspectiva de la CISG, se ha dicho que al amparo del art. 90 CISG[45], debe entenderse que tal convención queda desplazada por las Directivas comunitarias, en la medida en que estas tienen su origen en el Tratado de Roma de 1957, por el que se constituye la Comunidad Económica Europea[46].

No obstante, son varias las razones que, a mi juicio, neutralizan o al menos palían los argumentos descritos anteriormente.

1. La intención del legislador europeo

No hay ilogicidad alguna en que la Unión Europea haya entrado a regular un ámbito del Derecho contractual regido parcialmente, para el caso de los Estados parte, por la CISG, por la sencilla razón de que el legislador europeo jamás pretendió desplazar a la CISG del ámbito que le es propio.

En primer lugar, porque, aunque existen coincidencias entre el campo de aplicación de una y otra normativa, lo cierto es que la CISG abarca solo una parte

43 En palabras de Viciano Pastor, J.: "La morosidad", cit., pp. 331-336 (p. 333).

44 Viciano Pastor, J.: "La morosidad", cit., pp. 333-335, además de otras sentencias citadas en nota al pie 196, hace referencia a la STJUE 22 setiembre 1988 (TJCE 1989/41), donde se señala que, "desde el momento que no se afectan los derechos de Estados terceros –como en este caso–, un Estado miembro no puede invocar las disposiciones de un Convenio anterior con el fin de justificar restricciones a la comercialización de los productos procedentes de otro Estado miembro, cuando dicha comercialización es lícita en virtud de la libre circulación de mercancías prevista por el Tratado".

45 Art. 90 CISG: "La presente Convención no prevalecerá sobre ningún acuerdo internacional ya celebrado o que se celebre que contenga disposiciones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención, siempre que las partes tengan sus establecimientos en Estados partes en ese acuerdo".

46 Esta es la postura de Herber, R.: "Art. 90", AA.VV.: *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht* (dirigido por E. von Caemmerer y P. Schlechtriem), C. H. Beck, Múnich, 1990, pp. 741-742.

específica de las "operaciones comerciales" a las que resulta aplicable la Directiva 2011/7: un contrato determinado (el de compraventa) sobre un objeto concreto (las mercaderías). Y, de hecho, como se explicó, mientras la LLCM se aplica a las compraventas sobre "bienes muebles", la CISG opera sobre las compraventas de un tipo específico de bien mueble: las "mercaderías"[47].

En segundo lugar, porque, aun cuando hay un específico ámbito material común entre la Directiva 2011/7 y la CISG, hay sobre todo claras diferencias entre los aspectos regulados por ambas normativas. Por ejemplo, la CISG, a diferencia de la Directiva 2011/7, regula la formación del contrato de compraventa. Por su parte, la Directiva, en contraste con la convención, rige sobre aspectos específicos como el tipo de interés de mora o el control de cláusulas abusivas. Y en ninguno de los dos casos se regula sobre la validez del contrato (excluido expresamente en el art. 4 CISG). Lo anterior denota que no hubo intención alguna en el legislador europeo de abarcar con la Directiva todos los aspectos regulados por la CISG para el contrato de compraventa internacional de mercaderías ni, por tanto, de desplazarla.

Y, en tercer lugar, la voluntad del legislador se aprecia claramente en el Cdo. 5 Directiva 2011/7, de donde cabe concluir que, a diferencia de lo que se pretende con la CISG, donde es patente "la adopción de normas uniformes aplicables a los contratos de compraventa internacional de mercaderías" en los términos de su Preámbulo (*vid.* también el art. 7.1 CISG), con la Directiva 2011/7 no se pretendía "uniformizar" las normas aplicables de los Estados miembros, sino únicamente "eliminar sus diferencias sustanciales".

Así, el citado Cdo. 5 de la Directiva 2011/7 señala: "Las empresas deben poder comerciar en todo el mercado interior en condiciones tales que garanticen que las operaciones transfronterizas no supongan mayores riesgos que las ventas en el mercado nacional. Se podrían producir distorsiones de la competencia si se aplicaran normas sustancialmente diferentes a las operaciones en el mercado nacional y a las transfronterizas". Y, en el mismo sentido, el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las transacciones comerciales[48] señala expresamente que "[l]a Directiva que se propone no tiene por objeto la armonización total de las legislaciones nacionales, sino el respeto de unas exigencias mínimas, así el reconocimiento mutuo de ciertas

47 En tal sentido, Ferrari, F.: *Fuentes aplicables a la compraventa internacional de mercaderías,* trad. por Miriam Anderson y Lorenzo Bairati, Bosch, Barcelona, 2009, p. 39 señala que "el ámbito de aplicación material de la Convención de Viena (como, por otro lado, el de todos los convenios de derecho material uniforme) es limitado".

48 DOUE C 407/50, 28 de diciembre de 1998.

disposiciones, y respeta en este sentido, el principio de proporcionalidad que guía la aplicación del principio de subsidiariedad".

Todo ello explica por qué se acudió, como vehículo para la regulación antimorosidad, a una Directiva (cuyo contenido puede ser modificado en las diferentes transposiciones que de ella se haga en los Estados miembros) y no a un Reglamento (cuyo contenido se aplica de modo uniforme a todos los Estados miembros)[49]: se quería, con ello, dejar a salvo eventuales contrastes normativos, siempre que no contraviniesen el núcleo mínimo establecido por la Directiva.

2. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Por otro lado, si bien es cierto que hay jurisprudencia según la cual "las disposiciones de un convenio celebrado con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado o, en su caso, con anterioridad a la adhesión de un Estado miembro, no pueden invocarse en las relaciones intracomunitarias en los casos en los que […] no se trata de derechos de Estados terceros"[50], tal idea no es pertinente ni considerable en la relación entre la Directiva 2011/7 y la CISG.

En primer lugar, porque existe una evidente diferencia entre el supuesto de hecho aludido en la disposición jurisprudencial citada y la realidad que ahora se analiza: la CISG no es un convenio celebrado con anterioridad a la entrada de España a la Unión Europea[51]. Y, en segundo lugar, porque en los casos de donde derivó tal doctrina jurisprudencial, las disposiciones de los convenios en cuestión eran "incompatibles" con el Derecho de la Unión Europea.

Así, en la STJUE 22 setiembre 1988[52], se resuelve un caso en el que el Convenio de Stresa de 1 de junio de 1951, firmado por Francia, Dinamarca, Países Bajos e Italia antes de la entrada en vigor de la Comunidad Económica Europea, contenía restricciones a la importación de queso Edam en los mercados de los Estados parte, lo cual era incompatible con el art. 30 del entonces vigente Tratado

49 Así, por ejemplo, se puede citar lo sucedido con el Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929 para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional (suscrito por España). En este caso, el legislador europeo sí pretendió incidir en el ámbito de aplicación del Convenio, modificando lo previsto por él en materia de responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, a través del Reglamento (CE) núm. 2027/97 del Consejo, de 9 de octubre de 1997, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente. Ello se evidencia del Cdo. 7 del dicho Reglamento, donde se señala que "de acuerdo con la tendencia actual a escala internacional, es conveniente suprimir todos los límites en lo que se refiere a los importes por responsabilidad con arreglo al apartado 1 del artículo 22 del Convenio de Varsovia o cualquier otro límite de carácter jurídico o contractual". *Vid*., al respecto, la STJUE 22 octubre 2009 (TJCE 2009/325). Caso Irène Bogiatzi, de casada Ventouras contra Deutscher Luftpool y otros. Asunto C-301/08.

50 En los términos de la STJUE 6 abril 1995 (TJCE 1995/42). Caso Radio Telefis Eireann (RTE), Independent Television Publications Ltd. (ITP) contra Comisión. Asuntos C-241/91 P y C-242/91 P.

51 El Acta de Adhesión de España a la Comunidad Económica Europea se firmó el 12 de junio de 1985 y fue ratificado por Instrumento de Ratificación de 20 de setiembre de 1985 y publicado oficialmente el 1 de enero de 1986. Por su parte, el Instrumento de Adhesión de España a la CISG fue dado el 17 de julio de 1990 y fue publicado oficialmente el 30 de enero de 1991.

52 STJUE 22 setiembre 1988 (TJCE 1989/41). Caso Ministerio Fiscal contra G. Deserbais. Asunto 286/86.

constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1957 (en adelante, Tratado CEE) y con los objetivos del mercado común. En términos de la sentencia, desde el momento que no se afectan los derechos de Estados terceros –como en este caso– un Estado miembro no puede invocar las disposiciones de un Convenio anterior con el fin de justificar restricciones a la comercialización de los productos procedentes de otro Estado miembro, "cuando dicha comercialización es lícita en virtud de la libre circulación de mercancías prevista por el Tratado".

Por su parte, en la STJUE 6 abril 1995[53] se establece que las disposiciones del Convenio de Berna de 9 de setiembre de 1886, ratificado por Irlanda y el Reino Unido antes de su adhesión a la Unión Europea en 1973, eran contrarias a las disposiciones del Tratado CEE. Así, se expuso que "en las relaciones intracomunitarias, las disposiciones del Convenio de Berna […], no pueden aplicarse contra las disposiciones del Tratado".

Finalmente, en la STJUE 22 octubre 2009[54], la disposición jurisprudencial según la cual "las disposiciones de un convenio celebrado antes de la entrada en vigor del Tratado no pueden invocarse en las relaciones intracomunitarias" fue empleada solo como respuesta a la tesis de una de las partes. Aun con ello, en la resolución del fondo del caso, el TJUE no descarta la aplicación del artículo 29 del Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929 pues, en tanto "no contraviene" el Reglamento (CE) núm. 2027/97 del Consejo, de 9 de octubre de 1997, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, el Tribunal aprecia que existe una "complementariedad y equivalencia del Reglamento con el régimen convencional".

De hecho, en la STJUE 4 mayo 2010[55], se formula de una manera más matizada la citada doctrina jurisprudencial, pues se expresa que "los convenios celebrados por Estados miembros con Estados terceros no pueden invocarse en las relaciones entre los Estados miembros en detrimento de los objetivos del Derecho de la Unión".

En relación con esta última idea, vale decir que, más allá de las específicas diferencias en sus regulaciones, muy difícilmente se podría sostener que la CISG es incompatible con el Derecho comunitario. Es más, es pacíficamente aceptado que la CISG ha constituido "el modelo preferido por las instancias comunitarias

53 STJUE 6 abril 1995 (TJCE 1995/42). Caso Radio Telefis Eireann (RTE), Independent Television Publications Ltd. (ITP) contra Comisión. Asuntos C-241/91 P y C-242/91 P.

54 STJUE 22 octubre 2009 (TJCE 2009/325). Caso Irène Bogiatzi, de casada Ventouras contra Deutscher Luftpool y otros. Asunto C-301/08.

55 STJUE 4 mayo 2010 (TJCE 2010/132). Gran Sala del TJUE. Caso TNT Express Nederland BV contra AXA Versicherung AG. Asunto C-533/08.

para construir el futuro acervo legal en la UE"[56]. Y, en cuanto a la regulación antimorosidad, ha de reconocerse que la CISG contiene, incluso, reglas más favorables para el acreedor, en coherencia con el *favor creditoris* que inspira a la Directiva 2011/7.

La regla más clara en este sentido es que, mientras la regulación antimorosidad prevé como norma general, en defecto de pacto, el pago aplazado en 30 días (art. 4.1 LLCM), los arts. 58 y 59 CISG establecen la regla del pago contra entrega[57]. También debe resaltarse que, mientras los arts. 6, b) y 8.2 LLCM reconocen la posibilidad de que el deudor pueda exonerarse tanto del pago de intereses moratorios como de la indemnización por costes de cobro, el art. 79 CISG prevé la exoneración del deudor únicamente en materia de responsabilidad por daños, dejando en todo caso a salvo la obligación de pagar intereses moratorios del art. 78 CISG[58]. Finalmente, con base en el art. 7.2 CISG, nada obsta para que, en todo aquello no previsto expresamente por la convención, se acuda a la LLCM si así lo establecen las normas de Derecho internacional privado pertinentes. Ello denota, por tanto, la posibilidad de complementar la normativa convencional con la prevista en el Derecho comunitario[59].

3. El art. 90 CISG: la Directiva no es un "acuerdo internacional"

Por último, resulta insostenible la idea de que una Directiva comunitaria pueda calificar como "acuerdo internacional" que desplaza a la Convención en virtud del art. 90 CISG. Y la razón principal, es que, con dicha disposición, se debe entender que la CISG cede únicamente frente a acuerdos o convenciones internacionales que, regulando derecho material, resultan de "aplicación directa" a las compraventas internacionales de mercaderías celebradas bajo los parámetros de la Convención[60].

56 En palabras de Perales Viscasillas, M.P.: *La morosidad,* cit., p. 141. Incluso, se ha considerado a la CISG como *quasi-acquis communitaire*, según expone Schlechtriem, P.: "Art. 90", AA.VV.: *Commentary on the UN Convention on The International Sale of Goods (CISG),* 2ª ed., (editado por P. Schlechtriem y I. Schwenzer), Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 131. De hecho, los trabajos que a fines del siglo pasado fueron desarrollándose en el contexto comunitario sobre los aplazamientos abusivos de pago tuvieron como uno de sus referentes a la CISG, en lo relativo a Derecho sustantivo en materia de plazos de pago. Así lo expresan Blanco Oyola, F.: "Las demoras en los pagos en la Unión Europea", *NUE*, núm. 126, 1995, p. 88 y García Mandaloniz, M.: "La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales: adaptación del Ordenamiento Jurídico español a la Directiva 2000/35/CE", *NUE*, núm. 228, 2004, p. 11, nota al pie 14.

57 Cfr. Cabanillas Sánchez, A.: "Artículo 58", AA.VV.: *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dirigido por L. Díez-Picazo), Civitas, Madrid, 1998, p. 481; Hager, G.: "Art. 58", AA.VV.: *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht* (dirigido por E. von Caemmerer y P. Schlechtriem), C. H. Beck, Múnich, 1990, p. 530.

58 Cfr. Salvador Coderch, P.: "Artículo 79", *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dirigido por L. Díez-Picazo), Civitas, Madrid, 1998, p. 653.

59 Conformes, Perales Viscasillas, M. P.: *La morosidad,* cit., pp. 138; 141-142; Ferrari, F.: *Fuentes aplicables,* cit., pp. 93-95; Bernstein, H. y Lookofsky, J.: *Understanding the CISG in Europe*, Kluwer Law International, Londres, 2003, pp. 22-23.

60 Como de hecho sucede con la propia CISG, que será de aplicación directa a las compraventas internacionales de mercaderías que cumplan con lo previsto en los arts. 1, 2 y 3 CISG. Así indican Bernstein H. y Lookofsky, J.: *Understanding the CISG,* cit., p. 2: "sales contracts made between parties whose places of business are in

En cambio, cuando de relaciones entre privados se trata, reiterada jurisprudencia ha señalado que "una Directiva no puede por sí sola crear obligaciones a cargo de un particular ni, por tanto, invocarse como tal contra dichas personas"[61]. Así pues, dado que en tal contexto la eficacia de la Directiva 2011/7 se consigue necesariamente a través de la transposición que los Estados miembros hagan de ella a su Derecho interno[62], tal realidad no solo resulta incompatible con la uniformidad propia de un acuerdo internacional[63], sino también supone, en el caso de España, la primacía de la CISG en virtud del art. 31 LTAI.

Por todo lo anterior, cabe defender la idea inicial: cuando se trata de una compraventa internacional de mercaderías que, calificando como "operación comercial" ex Directiva 2011/7 y LLCM, se lleva a cabo entre partes con establecimientos situados en España y en otro Estado miembro de la Unión Europea, siendo ambos Estados parte de la CISG, y en la que la ley aplicable, según las normas de conflicto, es la española, el régimen aplicable es el de la CISG.

different CISG Contracting States automatically become subject to the treaty's formation and gap-filling ('default') rules". *Vid.* también Calvo Caravaca, A.-L.: "Artículo 1", cit., pp. 54-56.

61 En ese sentido, *vid*., por todas, las SSTJUE 7 julio 2016 (TJCE 2016/276) y 24 junio 2019 (TJCE 2019/123) y las SSTS 22 abril 2002 (RJ 2002/3311) y 16 octubre 2019 (RJ 2019/4168).

62 Así, para Ferrari, F.: *Fuentes aplicables,* cit., p. 26, "[e]l hecho de que los Estados Miembros de la Unión Europea deban transponerlas a su derecho nacional para cumplir lo previsto en un acuerdo internacional que precede a la Convención de Viena no es suficiente para considerar a las directivas "convenios internacionales" en el sentido del art. 90. Por lo tanto, no creemos que las directivas puedan prevalecer sobre la Convención de Viena, al menos no en virtud de su art. 90".

63 Expone Perales Viscasillas, M. P.: *La morosidad,* cit., p. 140 que "[l]as Directivas, como sucede en relación con el derecho nacional, tienen un enfoque aplicativo restringido a un sector geográfico, industrial y geopolítico, diferente al de los textos que conforman el DUCI, que tienen como guía los principios de internacionalidad y uniformidad, por lo que la interferencia debe ser mínima".

BIBLIOGRAFÍA

Aguillaume Gandasegui, G.: "El ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la Ley 3/2004, de medidas de lucha contra la morosidad", *La Ley*, núm. 4, 2005, versión electrónica.

Alfaro Águila-Real, J.: "La nueva regulación del crédito comercial. Una lectura crítica de la Directiva y de la Ley contra la morosidad", *InDret*, núm. 3, 2005.

Andrés Sáenz de Santa María, P.: "Artículo 96", AA.VV. *Comentarios a la Constitución española*, vol. 2 (dirigido por M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y M.E. Casas Baamonde), Boletín Oficial del Estado - Wolters Kluwer, Las Rozas, 2018.

Arruñada, B.: *Aplazamiento de pago y morosidad en las transacciones comerciales,* Marcial Pons – IDELCO, Madrid, 1999, pp. 17 y 18; y, "La Ley contra la morosidad", *InDret,* núm. 3, 2004.

Bernstein, H. y Lookofsky, J.: *Understanding the CISG in Europe*, Kluwer Law International, Londres, 2003.

Blanco Oyola, F.: "Las demoras en los pagos en la Unión Europea", *NUE*, núm. 126, 1995.

Cabanillas Sánchez, A.: "Artículo 58", AA.VV. *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dirigido por L. Díez-Picazo), Civitas, Madrid, 1998.

Caffarena Laporta, J.: "Artículo 2", AA.VV. *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dirigido por L. Díez-Picazo), Civitas, Madrid, 1998.

Caffarena Laporta, J.: "Artículo 3", AA.VV. *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dirigido por L. Díez-Picazo), Civitas, Madrid, 1998.

Calvo Caravaca, A.-L., "Artículo 1", AA.VV. *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dirigido por L. Díez-Picazo), Civitas, Madrid, 1998.

Díez-Picazo, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial,* vol. 1, 6ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 99.

Díez-Picazo, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial,* vol. 2, 6º ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008.

Ferrari, F.: *Fuentes aplicables a la compraventa internacional de mercaderías,* trad. por Miriam Anderson y Lorenzo Bairati, Bosch, Barcelona, 2009.

García Mandaloniz, M.: "La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales: adaptación del Ordenamiento Jurídico español a la Directiva 2000/35/CE", *NUE*, núm. 228, 2004.

García-Pita y Lastres, J. L.: *Derecho mercantil de obligaciones,* vol. 1, Bosch, Barcelona, 2010.

García-Pita y Lastres, J. L.: *Derecho mercantil de obligaciones. Contratos comerciales,* Andavira, Santiago de Compostela, 2011.

Gómez Ligüerre, C.: "El nuevo régimen legal de la morosidad en las operaciones comerciales", *InDret*, núm. 4, 2011

Hager, G.: "Art. 58", AA.VV. *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht* (dirigido por E. von Caemmerer y P. Schlechtriem), C. H. Beck, Múnich, 1990.

Herber, R.: "Art. 1", AA.VV. *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht* (dirigido por E. von Caemmerer y P. Schlechtriem), C. H. Beck, Múnich, 1990.

Herber, R.: "Art. 2", AA.VV. *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht* (dirigido por E. von Caemmerer y P. Schlechtriem), C. H. Beck, Múnich, 1990.

Herber, R.: "Art. 90", AA.VV. *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht* (dirigido por E. von Caemmerer y P. Schlechtriem), C. H. Beck, Múnich, 1990.

Lacruz Berdejo, J. L., Sancho Rebullida, F. de A., Luna Serrano, A., Delgado Echeverría, J., Rivero Hernández, F., Rams Albesa, J.: *Elementos de Derecho civil 2. Derecho de obligaciones*, vol. 2, 3ª ed. (revisada y puesta al día por F. Rivero Hernández), Dykinson, Madrid, 2005.

Lema Devesa, C. y Tato Plaza, A.: "La Ley de Medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y su incidencia en el comercio minorista", *DN*, núm. 183, 2005, versión electrónica.

Martínez Fernández, J. M.: "La aplicación a la contratación administrativa de la Ley de medidas contra la morosidad en operaciones comerciales", *Revista de Estudios Locales*, núm. 82, 2005.

Miranda Serrano, L. M.: *Aplazamientos de pago y morosidad entre empresas*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

Montesinos Padilla, C.: "Comentario al artículo 96", AA.VV. *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol. I (dirigido por L.M. Cazorla Prieto y coordinado por A. Palomar Olmeda), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

Oviedo Albán, J.: "Aplicación material de la Convención de Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías", *Vniversitas,* núm. 53, 113, 2006.

Perales Viscasillas, M. P.: *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas. Ley 3/2004 y Directiva 2000/35,* Thomson Civitas, Madrid, 2006.

Real Academia Española y Consejo General del Poder Judicial: *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico,* Santillana, Madrid, 2017.

Real Academia Española: *Diccionario de la Lengua Española,* 23º ed., Espasa, Madrid, 2014.

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: "La 'lucha legal' contra la morosidad en los pagos", AA.VV.: *Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, vol. 2 (coordinado por J.M. González Porras y F. Méndez González), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004.

Salvador Coderch, P.: "Artículo 79", *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dirigido por L. Díez-Picazo), Civitas, Madrid, 1998.

Schlechtriem, P.: "Art. 90", AA.VV.: *Commentary on the UN Convention on The International Sale of Goods (CISG),* 2ª ed., (editado por P. Schlechtriem y I. Schwenzer), Oxford University Press, Oxford, 2005.

Soriano García, J. E.: *Lucha contra la morosidad y contratación administrativa*, Iustel, Madrid, 2006.

Viciano Pastor, J.: "La morosidad en las obligaciones pecuniarias en las operaciones comerciales entre empresas. La Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales", AA.VV.: *Tratado sobre la Morosidad* (dirigido por F. Palau Ramírez y J. Viciano Pastor), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

ZEGARRA MULÁNOVICH, Á.: *Las cláusulas de* hardship *en la contratación mercantil,* tesis doctoral, Universidad de A Coruña, A Coruña, 2007.

ZEGARRA MULÁNOVICH, A.: *Notas de Contratos Mercantiles, pro manuscripto,* Universidad de Piura, Piura, 2019.

"IL PATTO DI FAMIGLIA" Y SU POSIBILIDAD EN EL ORDENAMIENTO CIVIL CASTELLANO

"IL PATTO DI FAMIGLIA" AND ITS FEASIBILITY IN THE CASTILIAN CIVIL SYSTEM

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1694-1715

Valentín
NAVARRO
CARO

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: La transmisión "mortis causa" de la unidad empresarial es uno de los grandes problemas que existen en los ordenamientos jurídicos que contienen un sistema de legítima imperativa. Es por ello que el Derecho siempre ha articulado sistemas que permitan conservar dicha unidad, dando libertad al empresario-causante para designar a un sucesor. Un ejemplo de esto lo encontramos en el art. 1056.II CC. Sin embargo, la vinculación de estos mecanismos a los controles tradicionales del Derecho sucesorio los hace, en ocasiones, inoperantes. Para evitar esto, el Derecho italiano introdujo el llamado "patto di famiglia", que traslada la sucesión de la empresa al ámbito de los contratos, buscando dar más libertad al causante testador. El presente artículo compara esta figura del Derecho italiano con el art. 1056.II CC y estudia la posibilidad de su implantación en nuestro ordenamiento jurídico.

PALABRAS CLAVE: Sucesiones; empresa; legítima; autonomía privada; derecho de sucesiones internacional.

ABSTRACT: *Within forced heirship legal systems, "mortis causa" transfer of business units constitutes a paramount issue. Because of this, those systems have traditionally delineated legal instruments allowing for the preservation of these units, generally entitling the owner to freely designate an heir to them. One example of this is found in Article 1056.II of the Spanish Civil Code. Nevertheless, the resemblance these instruments bear to other constraints with deep roots in Succession Law occasionally renders them inefficient. In order to avoid this inefficiency, Italian Law introduced the so-called "patto di famiglia" (family pact), which shifts "mortis causa" disposition of business units onto the realm of contracts, thus granting greater freedom to the testator. The present article aims to compare this Italian legal institution and Article 1056.II of the Spanish Civil Code, as well as to evaluate the possibility of implementing of the former in Spanish Law.*

KEY WORDS: *Inheritance; business; forced heirship; private autonomy; international succession law.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.– II. LA TRANSMISIÓN "MORTIS CAUSA" DE LA EMPRESA FAMILIAR EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.- 1. El segundo párrafo del art. 1056 CC.- 2. Problemas no resueltos en la transmisión "mortis causa" de la empresa familiar.- A) La divisibilidad o indivisibilidad del bien objeto de la conmutación.- B) El contenido de la conmutación: orden o facultad.- C) El interés a proteger.- D) El beneficiario de la empresa, explotación económica o paquete de participaciones societarias.- III. "IL PATTO DI FAMIGLIA" DEL DERECHO CIVIL ITALIANO.- 1. Aspectos generales.- 2. El "patto di famiglia" y el art. 1056.II CC.- IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA POSIBILIDAD DE UN "PATTO DI FAMIGLIA" EN EL ORDENAMIENTO CIVIL ESPAÑOL COMÚN.

I. INTRODUCCIÓN.

Uno de los grandes problemas a los que se enfrenta el Derecho civil en la actualidad es aquel que atiende a la transmisión "mortis causa" de la empresa, especialmente en aquellos ordenamientos en los que existe un férreo sistema de legítimas.

Es un problema este que se acentúa en países en los que, como ocurre en España o en Italia, el tejido empresarial está formado principalmente por empresas familiares, levantadas las más de las veces por unos sacrificados ascendientes, pero en las que ya solo trabaja uno o varios (aunque no todos) de los descendientes. En este contexto, parece contrario al interés de la familia y de la propia empresa que esta sea dividida aritméticamente entre todos los legitimarios en base al principio de igualdad de los lotes (art. 1061 CC).

Para hacer frente a esta situación, los arts. 768 bis y ss. del Código civil italiano de 1942 (en adelante, cod. civ.) contienen – desde febrero de 2006 – la importante figura del "patto di famiglia", una institución jurídica que permite, siempre que se cumplan determinados requisitos, que el empresario pueda transmitir – "inter vivos" y de presente – su empresa a uno o varios de los (potenciales) legitimarios (o legitimarios "in pectore", como los llaman, entre otros, CROTTI y D'ALESSANDRO[1]), que habrán de compensar a los restantes con dinero o bienes.

Las semejanzas entre esta institución y la conmutación de la legítima contenida en el art. 1056.II CC son paladinas. Por ello, tomando esta realidad jurídica como punto de partida, la presente investigación se propone lo siguiente:

1 Crotti, L. y D'Alessandro, P.: "Dei legittimari" en AA.VV.: *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici* (coord. por M. Sesta), Giuffrè, Milano, 2011. p. 1012.

• Valentín Navarro Caro
Profesor del Grado en Derecho
Universidad del Atlántico Medio
valentin.navarro@pdi.atlanticomedio.es

En primer lugar, realizar una comparación entre ambas instituciones, señalando sus puntos de conexión y divergencias.

En segundo lugar, averiguar si – y en qué condiciones – es posible aplicar en nuestro ordenamiento una solución parecida a la del Código civil italiano. Esta se caracteriza porque no difiere los efectos de la conmutación a la muerte del causante (como sí hace el art. 1056.II CC), sino que establece que éstos se produzcan ya en vida del mismo.

Para ello, habrá que analizar – dentro del régimen del Código civil español común – los límites de la autonomía privada impuestos por los arts. 816 y 1271. II CC (ambos relacionados con el art. 1255 CC "in fine"). Límites que existen, también, en el Derecho italiano, como lo refleja el art. 458 cod. civ., que, a pesar de haber sido oportunamente reformado en 2006 para dar cabida al "patto di famiglia", aún hoy sigue proclamando, con carácter general, que "è nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione".

En atención a lo dicho, objetivo de este estudio será dilucidar si es posible – a la luz del régimen jurídico que regula la mal llamada sucesión forzosa – admitir la posibilidad de un pacto de este tipo en el Derecho civil español común, es decir, de un pacto que, celebrado entre empresario y legitimarios ("in pectore"), permita transmitir "inter vivos" y de forma gratuita, la empresa de aquél a estos. O si, por el contrario, habrá de esperarse siempre a la apertura de la sucesión para que cobre eficacia la orden de conmutación.

La admisión y aplicación de este "patto", en función del cual la conmutación deja de ser una orden particional – como ocurre en nuestro Ordenamiento jurídico[2] – para convertirse en un acuerdo entre las partes, no solo favorecería la libertad dispositiva (lo que es solicitado por múltiples voces dentro de la doctrina actual[3]) y la transmisión de la empresa, sino que permitiría reducir en gran medida la litigiosidad existente en torno a la legítima.

Huelga señalar que este tema nos sitúa en un contexto preciso: el Derecho de sucesiones y, dentro de él, como ya hemos indicado, en la tensión entre legítima y transmisión de la empresa. Como puede intuirse, son muchos los temas conexos que, por ser tangenciales y no formar parte "stricto sensu" del objeto de estudio, no se abordarán durante en estas páginas:

2 Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A.: *Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. Tomo 2*, Madrid, Tecnos, 2020. p. 175.

3 Entre otros muchos, puede verse: AA. VV.: *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (dirigido por F. Capilla Roncero, M. Espejo Lerdo de Tejada y F. J. Aranguren Urriza), Aranzadi, Pamplona, 2019.

Así, por ejemplo, no nos detendremos en la tan debatida cuestión en torno al mantenimiento del sistema de legítimas en el ordenamiento civil castellano. Se entiende que la legítima es una realidad "de lege lata", con la que el jurista actual debe bregar y dialogar. Es, creemos, a la luz de la misma (y no contra la misma) como hay que buscar soluciones que beneficien a los ciudadanos, ampliando su ámbito de libertad.

Tampoco entraremos en la cuestión de las (pretendidas o potenciales) facultades del legitimario en vida del causante. Aunque es posición común y dominante en la doctrina que la legítima (y el legitimario) no existe en tanto no se abra la sucesión[4], lo cierto es que algunas figuras como "il patto di famiglia" (arts. 768 bis y ss. cod. civ.), la "opposizione alla donazione" (art. 563, comma 4, cod. cvi.) – para el Derecho italiano – o los supuestos contenidos en las STS num. 684/2007, de 20 de junio (RJ\2007\5574) y la STS num. 204/2007 de 26 de febrero (RJ\2007\1769) – para el Derecho español – dejan entrever que ciertas facultades existen – de forma latente o presente – antes de la muerte del causante[5].

Y, pese a su conexión con el objeto de estudio, tampoco será objeto de estas páginas la debatida cuestión en torno a la naturaleza de legítima[6], ni nos pronunciaremos acerca de si el legitimario tiene derecho a ser satisfecho con bienes de la herencia (algo que parece indicar el art. 806 CC) o si solo tiene derecho a una cuota parte del valor de los bienes (como sostienen algunos reputados autores[7]).

Abordar estos problemas, que tienen interés sustantivo y se relacionan íntimamente con nuestra investigación, ampliaría demasiado el objeto de la misma y nos alejaría de nuestro objetivo principal, ya señalado "supra".

Finalmente, resta añadir que la inspiración que guía estas líneas es la de ampliar la libertad dispositiva del causante-disponente – en diálogo con la legítima – hasta su grado máximo, de modo que pueda ordenar su sucesión del modo más efectivo posible, usando los instrumentos que el ordenamiento permite (o que no prohíbe).

4 Castán Tobeñas, J.: *Derecho civil español común y foral. Tomo IV. Derecho de obligaciones*, Editorial Reus, Madrid, 1988. p. 253.

5 Dossetti, M.: "Concetto e fondamento della successione necessaria" en AA.VV.: *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni* (dirigido por G. Bonilini), Giuffrè, Milano, 2009. p. 23, habla de *tutela ante mortem* del legitimario.

6 Sobre esta cuestión, puede verse la ya clásica disputa que mantuvieron Manuel Peña y Vallet de Goytisolo sobre las páginas del Anuario de Derecho Civil: Peña Bernaldo de Quirós, M.: "La naturaleza de la legítima", *Anuario de Derecho Civil,* 1985, vol. 38, num. 4, pp. 849-908. Y Peña Bernaldo de Quirós, M.: "La naturaleza de la legítima. Nota final", *Anuario de Derecho Civil,* 1986, vol. 39, num. 2, pp. 571-580. Vallet de Goytisolo, J.: "Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima", *Anuario de Derecho Civil,* 1986, vol. 39, num. 1, pp. 3-68. Vallet de Goytisolo, J.: "Aclaraciones acerca de la naturaleza de la legítima", *Anuario de Derecho Civil,* 1986, vol. 39, num. 3, pp. 833-849.

7 Roca Sastre, R.: *Estudios sobre sucesiones. Tomo II*, IDE, Madrid, 1981, p. 62.

II. LA TRANSMISIÓN "MORTIS CAUSA" DE LA EMPRESA FAMILIAR EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

1. El segundo párrafo del artículo 1056 CC.

La transmisión "mortis causa" de la empresa familiar se regula, dentro de nuestro ordenamiento jurídico civil común, como uno de los supuestos de "conmutación" de legítima: un mecanismo que, explicado someramente, permite al causante-testador realizar atribuciones excesivas en beneficio de un legitimario, otorgándole la facultad de que adquiera una mayor cuota de bienes de la herencia, compensando en dinero – extrahereditario – a los restantes legitimarios[8].

En concreto, la solución establecida por el codificador español la encontramos en el párrafo segundo del art. 1056 CC.

El precepto transcrito se añadió en el Anteproyecto de 1882-1888[9], por lo que se encuentra en el Código civil español común desde sus trabajos preliminares, aunque ha debido reformarse en ocasiones, a fin de adaptarlo de una economía eminentemente agrícola a otra de tipo empresarial. Su última reforma fue en 2003, a través de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, que le dio su redacción actual.

DÍEZ SOTO[10] señala que, como venimos diciendo, esta norma tiene el objetivo de minimizar las consecuencias negativas que la división forzosa, impuesta por la legítima, pueda tener para la unidad empresarial o el paquete mayoritario (o de control) de acciones. En efecto, dicha unidad empresarial o paquete de control, de aplicarse el régimen de las legítimas, habría de ser dividido y repartido entre los legitimarios, provocando la división y, en última instancia, la pérdida de eficacia económica de la empresa.

Se aprecia con claridad que, como se ha señalado en la Introducción, la dinámica de la legítima pone un importante obstáculo a la transmisión de la empresa, dificultando el mantenimiento de su unidad o su atribución al más capaz para su gestión y dirección.

8 Domínguez Luelmo, A.: *El pago en metálico de la legítima de los descendientes,* Tecnos, Madrid, 1989, p. 40.

9 Sobre el particular, puede verse: Peña Bernaldo de Quirós, M.: *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888),* Consejo General del Notariado, Madrid, 2006.

10 Díez Soto, C.: "El pago de las legítimas en dinero: un instrumento para planificar la sucesión en la Empresa Familiar", *Revista de Empresa Familiar.* 2011, vol. 1, num. 1, p. 28. "Con esta previsión se trataba de facilitar al titular de una empresa la posibilidad de realizar la partición de su herencia de manera que se mantuviera aquélla indivisa, adjudicándola a alguno o algunos de sus legitimarios, y disponiendo que los demás recibieran su legítima en dinero".

Por la razón aludida, este artículo excepciona el principio de pago de la legítima con bienes de la herencia, que se entiende que no vincula al testador cuando hace la partición de los bienes (a este respecto, puede verse el art. 1061 CC)[11]. Y otorga al causante-titular de la empresa (o paquete de control de participaciones sociales) la facultad de que pueda designar a un beneficiario único – o a un conjunto de beneficiarios – de dicha explotación, que habrán de compensar en dinero a los restantes legitimarios[12].

2. Problemas no resueltos en la transmisión "mortis causa" de la empresa familiar.

La redacción del artículo – pese a su aparente claridad – ha dado origen a ciertas controversias doctrinales. Señalamos aquí las más relacionadas con el objeto de estudio, que atienden a los siguientes puntos:

A) La divisibilidad o indivisibilidad del bien objeto de la conmutación.

El primer problema planteado por esta norma atiende al objeto de la conmutación y a su carácter divisible o indivisible. Es una cuestión esta que cobra toda su amplitud si se la relaciona con las conmutaciones contenidas en los arts. 821 y 829 CC, en los que la conmutación, "prima facie", parece venir exigida por las características del bien atribuido al beneficiario.

El art. 821 CC se refiere al legado – o a la donación – que consista en una finca que no admita cómoda división. El objetivo de esta norma no es otro que el de evitar que se produzca una situación de indivisión, no querida por las partes y potencialmente litigiosa[13]. Para ello, va a permitir el abono del complemento de legítima en dinero extraherencial (configurándose como uno de los más tempranos ejemplos de conmutación de legítima).

No es una solución nueva, la misma se encuentra ya – con algunas diferencias – en la Ley 20 de Toro, si bien allí el pago en dinero se reserva para el destinatario de la mejora señalada vía legado por el testador cuando la cosa dejada no admita cómoda división[14] (vinculándose también este antecedente legislativo con el art.

11 Espejo Lerdo de Tejada, M.: "Comentario al artículo 1056" en AA.VV.: *Comentarios al Código civil. Tomo VI* (dirigido por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013 p. 7626.

12 En realidad, si bien se mira, esta disposición – como todas las que se refieren a la conmutación – no es sino una manera de evitar que entre en juego el mecanismo de la inoficiosidad. En efecto, en los supuestos de inoficiosidad y de conmutación encontramos: (i) una cuota excesiva; (ii) un posible daño a la legítima; (iii) la necesaria compensación monetaria para contrarrestar o subsanar ese daño.

13 Nótese que, por regla general, esta comunidad se formará entre dos sujetos (el legitimario y el donatario) que ya han pleiteado y, precisamente, como consecuencia de dicho pleito.

14 Un antecedente más remoto se encuentra en la Ley 2, Título 10 de la Partida VI, que ya ordenaba pagar al colegitimario su parte en dinero si la cosa asignada al asignatario era indivisible y no admitiera cómoda división.

829 CC). La redacción actual de esta norma se debe a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad[15], que le añade el tercer párrafo, hasta entonces inserto en el art. 822 CC.

Como señala el propio artículo, su supuesto de hecho atiende a la existencia de un legado (o donación) consistente en una finca "que no admita cómoda división" y cuyo valor deba reducirse parcialmente. Por consiguiente, es paladino que las soluciones que ofrece el Código civil español en esta norma descansan sobre el supuesto de que la finca (en realidad, la cosa donada o legada) sea indivisible desde el punto de vista material, natural y/o jurídico. Lo que habilitaría la conmutación sería la naturaleza indivisible de la cosa objeto de donación o legado.

Algo parecido ocurre en el supuesto del art. 829 CC. Atiende este artículo a la mejora en cosa determinada, ya sea hecha a título de donación o de legado.

La *ratio* de este precepto es evitar, en supuestos de mejora expresamente querida por el testador/donante, que se produzca la reducción "in natura"[16]. Dicho con otras palabras: el art. 829 CC va a permitir, cuando la atribución se haga en calidad de mejora, que el legatario/donatario conserve el bien o bienes imputados a mejora abonando a los legitimarios en dinero la parte excesiva.

Debido al silencio que guarda la norma, se plantea la doctrina si también en este caso – como ocurría en el del art. 821 CC – el bien objeto de la mejora debe ser indivisible para que proceda la conmutación.

A este respecto, VALLET DE GOYTISOLO[17], haciendo una interpretación correctiva del precepto, sostiene que, pese a su letra, ha de entenderse que, para que proceda la conmutación, el bien debe ser de naturaleza indivisible. Esta, en efecto, es la solución que se extrae, según este autor, si se compara esta norma con sus antecedentes históricos y legislativos.

En contra, se sitúa DOMÍNGUEZ LUELMO – y el sector mayoritario de la doctrina -, según el cual sobre lo único que no puede recaer la mejora, a efectos de este artículo, sería sobre una suma de dinero. En efecto, si bien el dinero puede utilizarse para mejorar, el mismo no puede constituir, a juicio del autor citado, una cosa determinada a efectos del art. 829 CC. Y esto porque, si el mismo prevé la compensación de los excesos en dinero, carece de sentido "atribuir una cantidad que está sujeta a una devolución parcial por el mejorado a los demás interesados".

15 En las redacciones anteriores, incluidas la originaria, el artículo constaba únicamente de los dos primeros párrafos, que tenían la misma redacción. El tercer párrafo, añadido en 2003, constituía, hasta ese momento, el contenido del art. 822.

16 Vallet de Goytisolo, J.: *Panorama de Derecho civil,* Bosch, Barcelona, 1973, p. 55.

17 Domínguez Luelmo, A.: "El pago", cit., p. 63.

Por tanto, podría recaer sobre bienes que fuesen jurídica y/o materialmente divisibles. En efecto, según este autor, el art. 829 CC – a diferencia del art. 821 CC – no condiciona la facultad de pago del exceso en dinero a que la cosa objeto de la mejora sea indivisible o no admita cómoda división.

Con estos antecedentes en el Código civil español, aparece la cuestión de si el objeto de la conmutación a la que se refiere el art. 1056.II CC debe tener, también, carácter indivisible para que el empresario-testador pueda establecer la conmutación.

La clave en este punto parece ser la alusión que hace la norma estudiada al paquete mayoritario de control de la sociedad, que es en sí mismo divisible. Es por ello que parece deducirse que lo importante del objeto del art. 1056.II CC es que el causante considere que el mismo tenga carácter indivisible, y esto, aunque esté formado por bines o conjuntos de bienes que sean en sí mismo divisibles.

Consiguientemente, se caracteriza y diferencia este supuesto de conmutación de los otros contenidos en el Código civil español por las características de su objeto, que debe ser siempre una explotación económica, que el testador considera indivisible, aunque esté formada por elementos materialmente divisibles. En la actualidad se utiliza, sobre todo, para asegurar el control de una sociedad de capital o grupo de éstas. En este sentido, comparte muchas semejanzas con el supuesto de conmutación contenido en el art. 841 y ss.

B) El contenido de la conmutación: orden o facultad.

El segundo problema que deja planteado el art. 1056.II CC es si el contenido de la disposición conmutatoria constituye una orden o una facultad para el beneficiario de la explotación económica o del paquete de control de acciones.

Esta cuestión procede – como la anterior – de la comparación entre la conmutación del art. 1056.II CC y los restantes supuestos de conmutación contenidos en el Código civil, donde parece que el testador ofrece una facultad al beneficiario de los bienes.

En efecto, esto es lo que se deduce del art. 821 CC, de cuya dicción se deduce que la norma otorga una posibilidad: si el beneficiario de la donación o legado quiere retener el bien objeto de la disposición, "podrá" abonar el exceso en dinero al/los legitimario/s perjudicado/s. Si carece de liquidez, o no quiere proceder a pago alguno, siempre podrá realizar una entrega "in natura".

Y lo mismo ocurre con el art. 829 CC, cuyo único objetivo es facilitar que el mejorado retenga el bien objeto de la mejora, dándole la "posibilidad" o "facultad" de compensar en dinero a los restantes legitimarios[18].

Respecto al art. 1056.II CC, sin embargo, el sector mayoritario de la doctrina retiene una interpretación distinta. Así, por ejemplo, un sector de la doctrina[19] sostiene que, al contrario de lo que ocurre en los restantes supuestos de conmutación, aquí el testador no concede una facultad, sino que da una orden. En realidad, la orden en sí no se refiere tanto al acto de conmutación como al hecho de que se mantenga indivisa la unidad empresarial: es en realidad este el valor que quiere salvaguardar el causante. Lo que ordena, más que la conmutación en sí, es que la explotación económica o el paquete de control de participaciones societarias quede unido tras la apertura de la sucesión[20].

C) El interés a proteger.

El tercer gran problema planteado por esta norma se refiere al interés protegido por la misma. En concreto, se pregunta la doctrina si el interés de la familia coincide con el interés de la empresa. Es una cuestión importante, toda vez que es precisamente este "interés" el que justifica la propia conmutación y, con ella, este sistema de transmisión "mortis causa" de la unidad empresarial.

Hay un importante sector de la doctrina, encabezado por ESPEJO LERDO DE TEJADA[21], que defiende la identificación del interés empresarial con el interés de la familia y la primacía de este último. En efecto, según el autor citado, es precisamente este interés el que justifica que, por motivos de capacidad, mérito o conocimiento, la unidad empresarial – en forma de explotación económica o de paquete de participaciones societarias – pueda ser atribuida a uno o varios – aunque no a todos – de los legitimarios. Parte la norma, siempre según el autor citado, de que estos legitimarios beneficiarios serían los mejor posicionados para seguir gestionando la unidad empresarial de forma satisfactoria, de modo que de la misma pueda beneficiarse toda la familia, como lo hacía en vida del empresario-causante. Conclusión lógica de esta argumentación es que el beneficiario de la unidad empresarial solo puede ser una persona incardinada dentro del círculo de los legitimarios.

18 Sánchez Román, F.: *Estudios sobre Derecho civil. VI.2.* Analecta Editorial, Navarra, 2008, p. 1206.

19 Puede citarse, por su repercusión en la formación de los futuros juristas, Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A.: "Sistema", cit., p. 175.

20 En este sentido, García Herrera, V.: "La sucesión en la empresa familiar", *Crítica de Derecho Inmobiliario,* 2011, num. 726, p. 1933.

21 Espejo Lerdo de Tejada, M.: "Artículo 1056", cit., p. 7652.

Sin embargo, esta conclusión parece ir contra la letra del precepto ahora comentado, toda vez que el mismo excepciona el principio de pago de la legítima con bienes de la herencia en aras del interés de la familia "o" del principio de conservación de la empresa. La norma utiliza, en su redacción, la fórmula disyuntiva, estableciendo que hay dos motivos que pueden llevar al testador a ordenar la atribución de la empresa o paquete de control a un legitimario, a un nieto (que no sea legitimario) o – si somos valientes – a un tercero, ajeno al círculo de los legitimarios. Y esto puede hacerse en interés de la propia empresa, de su conservación y mantenimiento.

D) El beneficiario de la empresa, explotación económica o paquete de participaciones societarias.

Un importante sector de la doctrina[22] admite sin dificultad que la explotación económica o el paquete de acciones/participaciones sociales pueda atribuirse al nieto o descendientes de ulterior grado del testador, por premoriencia del descendiente de primer grado. El problema surge al tratar de aplicar la misma solución para el caso en que todavía vivan los hijos del testador y, aun así, éste quiera dejar la explotación económica o paquete de control a uno de los nietos. A este respecto, la doctrina mayoritaria[23] entiende que cabe adjudicar la explotación económica o paquete de control al nieto, incluso en vida de sus padres. Y esto porque puede ser destinatario del tercio de mejora y del de libre disposición.

Mayores problemas existen para admitir la atribución de la explotación económica o paquete de acciones a un tercero, cuando existen legitimarios. A este respecto, DÍEZ SOTO[24], con valentía, propone que el principio de conservación de la empresa al que alude el artículo justificaría que el adjudicatario de la misma fuese un tercero, extraño al círculo de los legitimarios, siempre que esté capacitado para la dirección y gestión de la explotación económica o del paquete de control de la sociedad[25].

En contra, TORRES GARCÍA[26], para quienes, de aceptarse que la explotación o el paquete de acciones pudiera atribuirse a un extraño (existiendo legitimarios), se estaría quebrando el principio de intangibilidad cualitativa global de la legítima.

En realidad, si bien se mira, nada obsta a la conclusión de DÍEZ SOTO, toda vez que el artículo citado, en su dicción literal, evita la palabra "legitimarios" (o,

22 Por todos, Domínguez Luelmo, A.: "El pago", cit, p. 49.

23 Por todos, Espejo Lerdo de Tejada, M.: "Artículo 1056", cit., p. 7649.

24 Díez Soto, C.: "El pago", cit, p. 30.

25 Propone la misma solución, pero sólo para el caso de ausencia de descendientes, Vallet de Goytisolo, J.: *Las legítimas. Tomo I*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, p. 142.

26 Torres García, T. (coord.).: *Tratado de legítimas*. Atelier, Barcelona, 2012, p. 131.

la que es más del gusto del Código civil español común, herederos forzosos) y habla siempre de interesados. No establece, por consiguiente, ni implícita ni explícitamente, que la explotación no pueda dejarse a un extraño, lo que incluso puede ser aconsejable en interés de la familia o de la conservación de la empresa.

III. "IL PATTO DI FAMIGLIA" DEL DERECHO CIVIL ITALIANO.

1. Aspectos generales.

Una previsión semejante a la del art. 1056.II CC – aunque con notables diferencias y sin constituir un supuesto de conmutación en sentido estricto – encontramos en los arts. 768 bis y ss. cod. civ., que se refieren a la importante figura del "patto di famiglia", introducido por la l. 14 *febbraio* 2006, n. 55.

El artículo citado (el 768 bis) define el "patto di famiglia" como: "[l]l contratto con cui [...] l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti".

Sujetos de este contrato serán, en atención a lo dicho, el empresario-disponente (futuro causante), los descendientes beneficiarios o "assegnatari" de la empresa o paquete de participaciones societarias y, finalmente, "tutti coloro i quali, in base ad un'evidente finzione giuridica sarebbero legittimari del disponente, ove, al momento della sua stipulazione, si aprisse la sua successione" [27].

La dicción del art. 768 bis permite que asignatario de la empresa pueda ser un hijo o un nieto (pues el término descendiente ha de ser interpretado en sentido amplio), pero no un tercero extraño al círculo de los legitimarios descendientes.

Respecto a los legitimarios no asignatarios, DELLE MONACHE[28] señala que deben participar, so pena de nulidad, tanto el cónyuge – si existe – como todos los demás (potenciales) legitimarios (esto es, como señala el art. 768 quater, comma 1, aquéllos que lo serían si la sucesión se abriese en el momento de celebrarse el pacto).

Estos (potenciales) legitimarios tienen derecho, salvo que renuncien, a ser compensados, en dinero o bienes, por el valor de su cuota de legítima (en realidad, por el valor de la cuota que les correspondería si la sucesión se abriese en el momento de la celebración del contrato).

27 Bonilini, G. "Il patto di famiglia" en *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni* (dirigido por G. Bonilini), cit, p. 637.

28 Delle Monache, S.: *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario,* Giuffrè, Milano, 2008, p. 149.

Para ello, habrá de liquidarse su cuota de legítima, que ha de calcularse, no obstante, con relación al bien objeto de la disposición y no, por el contrario, con relación al entero patrimonio del empresario-disponente. Obligados a la satisfacción del derecho de los (potenciales) legitimarios estarán los beneficiarios de la empresa o paquete de participaciones sociales, que responderán de esta obligación en régimen de solidaridad pasiva.

Objeto del contrato será siempre una empresa o un paquete de participaciones societarias. A diferencia de lo que ocurre en el Derecho español, no estamos aquí ante un acto de naturaleza particional que – necesariamente – difiera sus efectos a la muerte del causante (empresario), sino ante un contrato de naturaleza "inter vivos" que tiene efectos desde su celebración[29]. En efecto, la transmisión de la empresa o paquete societario es inmediata, si bien en lo referente únicamente a la nuda propiedad (manteniendo el empresario- disponente el usufructo)[30].

La ratio de esta institución, como la del art. 1056.II CC, es facilitar o favorecer la transmisión de la empresa, por lo que permite al empresario celebrar un contrato en virtud del cual la unidad empresarial pueda ser transmitida a uno o varios legitimarios, que habrán de compensar a los restantes en dinero o bienes[31].

El art. 768 quater excluye de colación y de reducción lo recibido por los contratantes del pacto de familia, lo que, en opinión de OBERTO, supone la verdadera novedad introducida por la reforma[32].

Finalmente, el art. 768 sexies contiene el supuesto de superveniencia de un legitimario tras la celebración del pacto. En este caso, el legitimario sobrevenido puede pedir, una vez abierta la sucesión del empresario-disponente, la satisfacción de su cuota de legítima más los intereses correspondientes. Al pago de dicha cuota estarán obligados todos los legitimarios participantes en el pacto (fuera asignatarios de la empresa o no). Y esto porque, como señala BONILINI, "la sopravvenienza di un legittimario, invero, comporta la rideterminazione del valor delle quote di riserva" [33].

29 Delle Monache, S.: "Successione necessaria", cit., p. 133.

30 Y es por esto por lo que no supone una excepción a la prohibición del pacto sucesorio contenido en el art. 458 cod. civ.

31 Oberto, G. "Il patto di famiglia" en AA.VV.: *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici* (coord. por M. Sesta), cit., p. 1851. *Il patto di famiglia:* "appare volto a favorire il passaggio generazionale dei beni aziendali tramite uno strumento il più possibile blindato contro possibili attacchi da parte di legittimari che dovessero ritenersi, una volta apertasi la successione del disponente, in qualche modo lesi da siffatte disposizioni".

32 *Ibídem*, p. 1853.

33 Bonilini, G. "Il patto", cit., p. 655.

2. El "patto di famiglia" y el art. 1056.II CC.

A diferencia de lo que ocurre con el art. 1056.II CC, y salvando los problemas que la doctrina italiana ha visto en la aplicación del "patto di famiglia", lo cierto es que esta institución resuelve de forma expresa algunos de los problemas planteados con respecto a la transmisión "motis causa" de la empresa.

En primer lugar, el "patto" no consiste en una orden o una facultad. No se trata de una disposición que tendrá una eficacia "futura", sino de algo que produce efectos de presente. No se transmite la empresa "para después" de la muerte del empresario-causante, sino que la disposición tiene lugar en el momento de la firma del contrato. Es por ello por lo que, aunque tenga la misma estructura que una conmutación, la doctrina italiana no la incluye como un tipo de la misma y habla siempre de compensación[34]. Podría objetarse que estas distinciones caen en un cierto nominalismo y que, en la práctica, el "patto" funciona como una conmutación de legítima en vida del causante. Y sería verdad. La originalidad de esta figura – dentro del ordenamiento italiano – no radica en su funcionamiento, sino en el hecho de no diferir sus efectos a la apertura de la sucesión.

Precisamente por estos efectos "de presente" es por lo que la doctrina italiana le niega la condición de pacto sucesorio[35]. Sin embargo, el hecho de que el legislador italiano considerara apropiado reformar el art. 458 cod. civ. para dar cabida a este negocio jurídico, prueba que, al menos en parte, sí estamos ante una figura de esta naturaleza.

En segundo lugar, los arts. 768 bis y ss. cod. civ. precisan que solo pueden ser asignatarios de la empresa o de las participaciones societarias los descendientes. No puede, por consiguiente, el empresario-disponente, elegir como beneficiarios ni a terceros ajenos al círculo de legitimarios, ni a legitimarios que no sean descendientes (por ejemplo, los ascendientes o el cónyuge viudo).

En tercer lugar, la regulación del "patto di famiglia" permite que los (potenciales) legitimarios no asignatarios sean satisfechos con dinero o bienes, que necesariamente habrán de ser extraherditarios, toda vez que, por estar realizándose esta operación en vida del causante, aún no puede hablarse de herencia o bienes relictos. Esto abre un amplio abanico de posibilidades para los beneficiarios de la disposición, toda vez que podrán satisfacer la cuota correspondiente de los legitimarios como quede establecido en el pacto y no necesariamente con dinero.

34 Puede verse, sobre el particular, Galgano, F.: *Diritto Privato,* Wolters Kluwer, Vicenza, 2017, pp. 955 y ss.

35 Sobre este particular, pueden verse Barba, V.: "Testamentos y actos de última voluntad en el derecho italiano", *Derecho privado y constitución,* 2019, num. 35, pp. 31 y ss.

Como puede apreciarse, esta figura del Derecho italiano resulta interesante por varios motivos:

Primero, la transmisión de la empresa – aunque se consolidará tras la apertura de la sucesión – se produce en el momento de la firma del "patto" y con la anuencia de todos los posibles interesados. Este es, quizá, el mayor punto positivo de la institución que ahora se estudia, sobre todo si se la compara con la conmutación del art. 1056.II CC.

En efecto, en el ordenamiento jurídico español, la conmutación se produce por disposición "mortis causa", normalmente contenida en testamento, y es conocida por los beneficiarios y "los restantes interesados" – como dice la norma – tras el óbito del empresario-causante.

Aunque es habitual que este haya dado instrucciones en vida, esto no siempre ocurre, por lo que la conmutación puede resultar sorpresiva y dar origen a un pleito sucesorio, que retrase la transmisión de la unidad empresarial, provocando efectos perjudiciales para su administración y gestión.

Esto es precisamente lo que pretende evitar el "patto" al exigir que en el mismo estén presentes todos aquellos que puedan reclamar un interés sucesorio sobre el objeto del mismo. Todos los legitimarios – independientemente del grupo al que pertenezcan y de la cuota que ostenten – conocerán por adelantado el contenido del "patto", lo que reducirá la potencial litigiosidad de la decisión.

Segundo, los efectos del negocio jurídico se producen en el momento de la firma del mismo. Es decir, los asignatarios de la unidad empresarial adquirirán – ya en vida del empresario-disponente – la nuda propiedad de la misma. Esto implica que, tras la apertura de la sucesión, únicamente consolidarán su posición y no adquirirán ninguna nueva. Cosa distinta ocurre en el Derecho español, toda vez que "ex" art. 1056.II CC, ningún efecto puede tener la conmutación en vida del empresario-disponente. Antes al contrario, será tras la apertura de la sucesión cuando los beneficiados con la unidad empresarial adquieran la misma y deban compensar su cuota a los restantes interesados. Esta eventualidad, como se ha indicado, puede acabar abocando a la familia a un pleito largo, costoso y que dificulte la administración de la empresa, provocando perjuicios económicos a todos los interesados.

Tercero, la compensación de la cuota de los restantes legitimarios se produce, en el Derecho italiano, a la firma del contrato. No hay que esperar a la apertura de la sucesión y a las subsiguientes operaciones de valoración. Es ya en vida del empresario-disponente cuando se tasa la unidad empresarial y se calcula el valor que debe recibir (en dinero o bienes) cada uno de los legitimarios no asignatarios

(768 quáter cod. civ.). Esta "conmutación de presente" (por llamarla así) evita que en el futuro puedan producirse pleitos sobre la valoración de los bienes o de las cuotas sucesorias con respecto al bien objeto del "patto", de ahí que este se rodee de garantías especiales (como la señalada en el art. 768 ter cod. civ.). No es esta una cuestión secundaria o baladí, sobre todo si se tiene en cuenta que dichos litigios pueden dar lugar a la anulación de la orden de conmutación y a que la sucesión se produzca por los cauces ordinarios, dando al traste con los planes del empresario-disponente.

Cuarto, el "patto" – junto con otras figuras del ordenamiento civil italiano, como la oposición a la donación (art. 563 comma 4, cod. civ.) - ayudan a perfilar la condición del legitimario en vida del causante. Se empieza a romper aquel cliché doctrinal que señala que la legítima solo existe, aparece o tiene efecto tras la apertura de la sucesión[36] y, en su lugar, comienza a delinearse una especie de sistema de protección "ante mortem" del legitimario. Ciertamente, esto no es tan claro o evidente en el ordenamiento español, en el que la protección del (potencial) legitimario en vida del causante solo se produce en supuestos de nulidad absoluta o de pleno derecho (por ejemplo, pueden verse las SSTS num. 684/2007, de 20 de junio (RJ\2007\5574) y num. 204/2007 de 26 de febrero (RJ\2007\1769).

No obstante, sí que algunas figuras, como el art. 636 CC y, en concreto, algunas interpretaciones tradicionales del mismo, parecen indicar que la condición de legitimario no es del todo inoperante en vida del causante y que, quizá, como apuntaba ROYO MARTÍNEZ[37], la legítima sea una institución híbrida, a medio camino entre lo "inter vivos" y lo "mortis causa". Es esta una idea que, sin embargo, en atención al objeto de estudio y a la naturaleza de la investigación, podemos dejar aquí únicamente apuntada.

Quinto, la previsión con respecto a los legitimarios sobrevenidos (art. 768 sexies cod. civ.), que, junto a la indicada de la concurrencia de todos los potenciales legitimarios so pena de nulidad, pretende reducir al máximo la litigiosidad derivada de este tipo de disposiciones.

En realidad, puede señalarse que la regulación del "patto" – muy posterior en el tiempo a la del art. 1056.II CC – atiende con más precisión y amplitud a los potenciales problemas que pueden surgir de una disposición que, a todas luces, establece una "desigualdad" entre los descendientes del empresario-disponente.

36 Albiez Dohrmann, K. J.: "La reducción de las disposiciones inoficiosas: especial atención a la reducción de las donaciones y de los legados", en AA.VV.: *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista. Tomo I.* (coordinado por F. Lledó Yagüe, M.P. Ferrer Vanrell y J. A. Torres Lana), Dykinson, Madrid, 2014, p. 926.

37 Royo Martínez, M.: *Derecho sucesorio* mortis causa, Edelce, Sevilla, 1951, p. 190.

Precisamente por esto, por su tendencia a reducir los conflictos y a agilizar la sucesión en la propiedad y dirección de la unidad empresaria, procede preguntarse si una figura así sería posible en el ordenamiento civil español común.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA POSIBILIDAD DE UN "PATTO DI FAMIGLIA" EN EL ORDENAMIENTO CIVIL ESPAÑOL COMÚN.

Como hemos indicado "supra", el hecho de que – en el "patto di famiglia" – la transmisión de la unidad empresarial quede completamente cerrada en vida del empresario-disponente, y el hecho de que esta se lleve a cabo con la anuencia, conocimiento y consentimiento expreso de los todos legitimarios, parece que puede ayudar a reducir parte de la litigiosidad latente en todos los procesos sucesorios en los que existe conmutación.

Es por ello por lo que podemos preguntarnos si sería posible una institución así en nuestro Derecho nacional. En primer lugar, ha de indicarse que existen figuras afines en ordenamientos civiles territoriales distintos del común. Sin embargo, y aun siendo esto así, nosotros nos preguntamos si esta figura sería posible en el Derecho civil castellano, que no contempla ninguna figura parecida, salvo la ya indicada conmutación del art. 1056.II CC.

En segundo lugar, ha de señalarse que no se nos escapa que en el mismo Derecho italiano la figura del "patto di famiglia" es discutida y que, en la práctica, se usan otros mecanismos para articular la transmisión "mortis causa" o "inter vivos" de la unidad empresarial. En efecto, hay un buen número de operadores jurídicos que optan por aquellos instrumentos que se conocen con el nombre de "parasucesorios" y cuyo principal objetivo es evitar que se apliquen los controles clásicos del Derecho sucesorio, especialmente garantista con el círculo de los legitimarios.

Si bien la intención original del legislador italiano fue que el "patto" favoreciera esta transmisión, lo cierto es que el mismo quedó sujeto a los límites propios del Derecho de sucesiones, por lo que muchos empresarios optan por otras figuras, como el "trust" o instituciones afines, a través de la cuales buscan eludir los límites tradicionales del ordenamiento sucesorio.

No obstante, y pese a lo dicho, nos parece que el "patto" es una figura positiva y que, con sus luces y sus sombras, ha contribuido a ampliar el ámbito de libertad del empresario-disponente (y futuro causante), por lo que mantenemos la validez de la pregunta que plantea su aplicación al Derecho civil español común.

Ante la posibilidad de celebrar en nuestro ordenamiento civil castellano un negocio semejante al "patto di famiglia", el primer obstáculo que aparece ante el jurista es la disposición del art. 1271.2 CC, que prohíbe de forma expresa y taxativa el pacto sucesorio. Esta prohibición se produce, como es clásico señalar, por tradicionales razones de moralidad y para evitar posibles captaciones de voluntad[38].

Sin embargo, la misma disposición aparece en el art. 458 cod. civ. Es cierto que el legislador italiano incluyó una excepción expresa para el "patto di famiglia", sin embargo, y en opinión de un sector de la doctrina, esto no habría sido necesario, toda vez que dicho negocio tiene naturaleza "inter vivos" y no supone una excepción a la prohibición general: en efecto, el objeto del negocio no es la herencia futura, sino la transmisión efectiva y actual de la unidad empresarial.

Es esta una opinión discutida. Aunque la transmisión de la nuda propiedad tiene lugar en vida del empresario-disponente, todos los demás elementos que rodean al contrato (las cuotas que deben calcularse, las personas que deben intervenir, la compensación que se ha de realizar) se determinan como respecto a la apertura de la sucesión del mismo. Y, en realidad, lo que se está haciendo – en última instancia – es regular la transmisión "mortis causa" de la empresa, a fin de que, tras el óbito de su actual titular, le sucedan aquellos descendientes designados por él. De otro modo, es inexplicable y carece de fundamento – desde el punto de vista dogmático – la compensación que reciben los restantes legitimarios, o la exigencia de que participen con su firma y consentimiento en el negocio jurídico. Algo que no se exigiría – y no tendría sentido exigirlo – si el empresario-disponente transmitiera la empresa a un tercero por contrato de cesión o compraventa.

Y es por esto, precisamente, por lo que el legislador italiano se vio en la necesidad de excepcionar – para este supuesto – la prohibición general del pacto sucesorio.

En principio, si se atiende a aquella postura doctrinal que defiende la naturaleza "inter vivos" del pacto de familia, nada obstaría para su admisión en nuestro ordenamiento. Sin embargo, desde esta perspectiva, sería muy difícil explicar la naturaleza de la transmisión, toda vez que no es una compraventa de nuda propiedad (nada recibe el empresario-disponente), ni una donación (en cuyo caso, quedaría sometida a la regla del art. 636 CC), ni una cesión ordinaria. En la estructura de este negocio, los que reciben una cantidad (de dinero o bienes) como contraprestación de la transmisión de la nuda propiedad de la empresa son los restantes legitimarios. Y es precisamente el hecho de que hablemos de

38 Sobre el mantenimiento de esta figura, puede verse Alpa, G.: *Diritto civile italiano. Due secoli di storia,* Il Mulino, Bologna, 2018, pp. 183 y ss.

legitimarios (aunque sean potenciales) el que – entre otras cosas (como el cálculo y valor de la cuota a compensar – hace que no podamos incardinar plenamente este contrato en la esfera de los actos "inter vivos".

Por consiguiente, entendemos que, al igual que hizo el legislador italiano, la incorporación de esta figura a nuestro ordenamiento nacional requeriría la modificación del art. 1271.2 CC.

Ahora bien, dicho esto, procede preguntarse si el pacto entraría en conflicto con alguna otras de las normas que regulan la materia sucesoria. Y la respuesta, creemos, es que no. En efecto, existiendo el precedente del art. 1056.II CC – que, en interés de la empresa o de la familia – permite asignar la empresa a uno o varios, compensando a los restantes legitimarios, nada obstaría para que sus efectos – tras la oportuna modificación del art. 1271.2 CC – se adelantaran a un momento anterior a la apertura de la sucesión.

Ha de recordarse que, si bien existe en nuestro ordenamiento el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima (en su vertiente de que la misma debe ser satisfecha con bienes de la herencia "ex" art. 806 CC), el mismo ha perdido gran parte de su fuerza desde la incorporación al Código civil de los arts. 841 y ss.

Por consiguiente, entendemos que ni el principio de intangibilidad cualitativa, ni el principio de intangibilidad cuantitativa, se verían afectados por la incorporación al ordenamiento español del pacto de familia. Y esto porque, a través del juego de las compensaciones, queda a salvo el valor total de la cuota de legítima de cada uno de los legitimarios no asignatarios. Del mismo modo, quedaría a salvo el beneficiario de la disposición de las posibles demandas de inoficiosidad que pudieran plantear los co-legitimarios, que, al haber sido satisfecho en vida, nada podrían exigir por este título.

Creemos que esta figura, aun cuando debiera ser sometida a la correspondiente adaptación, ampliaría el ámbito de libertad de los futuros causantes, permitiendo ordenar la conmutación en una figura distinta del testamento, que, rodeada con las debidas garantías, contara ya en vida del empresario con la anuencia de sus legitimarios, lo que favorecería la transmisión y evitaría la litigiosidad futura, sin merma de la seguridad jurídica de todos los implicados.

BIBLIOGRAFÍA.

Albiez Dohrmann, K. J.: "La reducción de las disposiciones inoficiosas: especial atención a la reducción de las donaciones y de los legados" en AA.VV.: *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista. Tomo I.* (coordinado por F. Lledó Yagüe, M.P. Ferrer Vanrell y J. A. Torres Lana), Dykinson, Madrid, 2014, pp. 913-939.

Alpa, G.: *Diritto civile italiano. Due secoli di storia,* Il Mulino, Bologna, 2018.

AA.VV.: *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni* (dirigido por G. Bonilini), Giuffrè, Milano, 2009.

AA.VV.: *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici* (coord. por M. Sesta), Giuffrè, Milano, 2011.

AA. VV.: *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (dirigido por F. Capilla Roncero, M. Espejo Lerdo de Tejada y F. J. Aranguren Urriza), Aranzadi, Pamplona, 2019.

Barba, V.: "Testamentos y actos de última voluntad en el derecho italiano", *Derecho privado y constitución,* 2019, num. 35, pp. 11-55.

Castán Tobeñas, J.: *Derecho civil español común y foral. Tomo IV. Derecho de obligaciones,* Editorial Reus, Madrid, 1988.

Delle Monache, S.: *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario,* Giuffrè, Milano, 2008.

Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A.: *Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. Tomo 2,* Madrid, Tecnos, 2020.

Domínguez Luelmo, A.: *El pago en metálico de la legítima de los descendientes,* Tecnos, Madrid, 1989.

Díez Soto, C.: "El pago de las legítimas en dinero: un instrumento para planificar la sucesión en la Empresa Familiar", *Revista de Empresa Familiar.* 2011, vol. 1, num. 1, pp. 23-33.

Espejo Lerdo de Tejada, M.: "Comentario al artículo 1056" en AA.VV.: *Comentarios al Código civil. Tomo VI* (dirigido por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 7624-7655.

Galgano, F.: *Diritto Privato,* Wolters Kluwer, Vicenza, 2017

García Herrera, V. La sucesión en la empresa familiar, *Crítica de Derecho Inmobiliario,* 2011, num. 726, pp. 1927 a 1959

Peña Bernaldo de Quirós, M.: "La naturaleza de la legítima", *Anuario de Derecho Civil,* 1985, vol. 38, num. 4, pp. 849-908.

Peña Bernaldo de Quirós, M.: "La naturaleza de la legítima. Nota final", *Anuario de Derecho Civil,* 1986, vol. 39, num. 2, pp. 571-580.

Peña Bernaldo de Quirós, M.: *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888),* Consejo General del Notariado, Madrid, 2006.

Roca Sastre, R.: *Estudios sobre sucesiones. Tomo II*, IDE, Madrid, 1981.

Royo Martínez, M.: *Derecho sucesorio* mortis causa, Edelce, Sevilla, 1951.

Sánchez Román, F.: *Estudios sobre Derecho civil. VI.2.* Analecta Editorial, Navarra, 2008.

Vallet de Goytisolo, J.: *Panorama de Derecho civil,* Bosch, Barcelona, 1973.

Vallet de Goytisolo, J.: *Las legítimas. Tomo I*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974.

Vallet de Goytisolo, J.: "Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima", *Anuario de Derecho Civil,* 1986, vol. 39, num. 1, pp. 3-68.

Vallet de Goytisolo, J.: "Aclaraciones acerca de la naturaleza de la legítima", *Anuario de Derecho Civil,* 1986, vol. 39, num. 3, pp. 833-849.

RETOS PARA EL DERECHO CONTRACTUAL CUBANO EN CORRESPONDENCIA CON LOS NUEVOS MODELOS CONTRACTUALES EMERGENTES

CHALLENGES FOR THE CUBAN CONTRACT LAW IN CORRESPONDENCE WITH THE NEW EMERGING CONTRACT MODELS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1716-1725

Rocío URBÓN LÓPEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: En el ámbito del Derecho Civil, la materia contractual se encuentra en constante evolución. En el contexto cubano han surgido una serie de tipologías contractuales que necesitan ser reguladas de manera eficaz en aras de mayor seguridad jurídica. Resultan de especial interés los contratos por adhesión, y aquellos que se suscitan en el ámbito del comercio electrónico. Por su parte, cobran vida los contratos que se desarrollan y entran dentro de la esfera de protección del Derecho de los consumidores. La autonomía de la voluntad se enfrenta a una serie de retos y desafíos a superar por parte de los operadores jurídicos.

PALABRAS CLAVE: Contrato; tipología contractual; autonomía de la voluntad; retos.

ABSTRACT: *In the field of Civil Law, contractual matters are constantly evolving. In the cuban context, a series of contractual typologies have emerged that need to be regulated effectively for the sake of greater legal certainty. Contracts for adhesion, an those that arise in the field of electronic commerce, are of special interest. On the other hand, the contracts that are developed and fall within the sphere of protection of consumer law come to life. The autonomy of the will faces a series of challenges to be overcome by legal operators.*

KEY WORDS: *Contract; Contractual typology; Autonomy of the will; Challenges.*

SUMARIO.- I. TIPOLOGÍAS CONTRACTUALES EN EL CONTEXTO CUBANO ACTUAL.- II. NUEVOS MODELOS CONTRACTUALES EMERGENTES EN EL CONTEXTO CUBANO ACTUAL.- III. RETOS PARA EL DERECHO CONTRACTUAL CUBANO-IDEAS CONCLUSIVAS.

I.TIPOLOGÍAS CONTRACTUALES EN EL CONTEXTO CUBANO ACTUAL

Para comprender la importancia de los contratos en la actualidad y específicamente en Cuba es necesario partir de la siguiente idea para conocer la génesis del fenómeno contractual:

"El contrato es un acto jurídico bilateral para cuya existencia se requiere (…) la manifestación de voluntad de dos o más personas; las que, reconociendo distintas causas y tendientes a diferentes fines, han de coincidir necesariamente para formar el consentimiento (…) del que se ha de derivar los efectos obligatorios de la manifestación de voluntad: todo consentimiento, en este sentido, resultará obligatorio, aunque no todo contrato reconocerá como base de su eficacia el mero consentimiento"[1].

Con esta definición se dejan sentados los dos elementos fundamentales del contrato, en su formación, perfeccionamiento y ejecución: la voluntad y la relación jurídica obligatoria. Es decir, el contrato es la más alta expresión de la autonomía relativa de la voluntad regulada en el artículo 312 del Código Civil cubano[2], resultando imprescindible estudiar la incidencia del mismo en la sociedad cubana actual.

Producto de vivir en sociedad, las personas (tanto naturales como jurídicas), se encuentran en la necesidad de establecer vínculos, en pos de satisfacer sus intereses y necesidades. El contrato va a ser el soporte básico de las relaciones entre dos o más personas sirviendo como garante en aras de brindar seguridad jurídica[3].

1 Blanco, A.: *Curso de Obligaciones y Contratos en el Derecho Civil español*, Libreria nueva, La Habana, 1948, p. 48.

2 Vid. Código Civil de la República de Cuba. Ley No. 59, Disponible en: https://parlamentocubano.gob.cu Consultado el 9 de octubre de 2021.

3 Nota: Tanto en Cuba como en el resto del mundo, el contrato va a proteger los derechos y dejar pautadas las obligaciones entre los contratantes para de ese modo proporcionarles seguridad en el tráfico jurídico. En nuestro día a día es el instrumento jurídico más utilizado ya que establece las conductas a seguir en correspondencia con la voluntad de los contratantes y permite el intercambio de bienes y servicios.

• Rocío Urbón López
Estudiante de Quinto Año de la Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, Cuba. Vinculada a la Sala Primera de lo Civil y Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana. Dirección de correo electrónico: roci98lex@gmail.com

Los artículos 9 y 16 de la Constitución de la República de Cuba[4] regulan que el Estado dirige de manera planificada la economía nacional, así como organiza y dirige la actividad económica nacional. A través de esta función del Estado, el contrato desempeña un rol crucial al ser el instrumento fundamental para la debida gestión de la actividad económica. Resaltan entre sus finalidades la elaboración y concreción de los planes económicos de nuestra sociedad por brindar seguridad en el tráfico jurídico. Además, como otro de sus elementos positivos destaca, la protección al contratante que actúa de Buena Fe. El contrato va a regular la responsabilidad contractual ante su incumplimiento o cumplimiento defectuoso. Al ser el negocio jurídico por excelencia es la principal fuente de las obligaciones.

Los hombres se valen del contrato para entablar relaciones jurídicas, es el reflejo de la sociedad y al igual que el Derecho, es un fenómeno históricamente condicionado que tiene que estar en congruencia con la realidad imperante.

En Cuba a partir del 2011 se produce una transformación en materia contractual, específicamente en lo referente a la contratación económica, se abren nuevos espacios para la contratación real y mercantil, ejemplo de ello es que se permite la compra-venta como negocio jurídico. En 2012 fue promulgada en Cuba una nueva regulación legal sobre los contratos, mediante el Decreto-Ley No. 304, denominado "De la Contratación Económica"[5], produciendo un importante cambio en materia contractual en nuestro país. El Decreto No.310 "De los Tipos de Contrato"[6] también fue promulgado. El objetivo fundamental era reordenar esta materia y fortalecer la autonomía de los sujetos contratantes y establecer una mayor exigencia de responsabilidad ante incumplimiento o cumplimiento defectuoso. Principios como la Autonomía de la Voluntad, la Buena Fe y la Igualdad entre partes, fueron algunos de los principios positivados en dicha norma jurídica. Esta normativa vino a responder al contexto en que se estaba viviendo y fue el claro ejemplo de que el Derecho tiene que ajustarse a la realidad para que sea eficaz. Dicho Decreto-Ley analiza y regula cuestiones importantes en materia contractual como los terceros en la ejecución del contrato, lo referente a su forma y contenido, así como la interpretación del contrato, su modificación y lo referente a la responsabilidad tanto contractual como precontractual. El Decreto No.310 hace un análisis exhaustivo de los tipos de contrato y regula cada uno de ellos. Con estas normativas se hace un análisis específico acerca de los contratos, por lo que significaron un gran paso de avance en materia contractual, aunque perfectible. En él se regula el contrato de compraventa y establece las obligaciones tanto del vendedor como del comprador.

4 Constitución de la República de Cuba, año 2019, Editora Política, La Habana, 2019.

5 Vid. Decreto-Ley No. 304 "De la Contratación Económica", Gaceta Oficial No. 062 Ordinaria de 27 de diciembre de 2012.

6 Vid. Decreto No. 310 "De los Tipos de Contrato", Gaceta Oficial No. 062 Ordinaria de 27 de diciembre de 2012.

Sin embargo, para nadie es secreto que la sociedad avanza a pasos agigantados y el Derecho en ocasiones se queda retrasado respecto a los constantes cambios que acontecen a diario. Eso sucede en nuestro país, donde existe una falta de sistematicidad al regular lo relativo a los procedimientos de formación de los contratos. Nuestro Código Civil no toma partido en relación con el requerimiento de que la oferta contenga todos los elementos del contrato o que sea suficiente el establecimiento de criterios de determinación para su plena validez[7].

Sobre los tratos preliminares no existe en nuestro Código Civil ningún precepto que delimite el régimen jurídico de quienes los entablan. Estos son algunos de los elementos que demuestran que lo referente a la regulación jurídica de la formación del contrato en nuestro ordenamiento jurídico requiere de cambios y de una reestructuración que supla y complemente esos vacíos legislativos. En este punto es donde los distintos operadores jurídicos deben entrar en acción y enfrentarse a estos nuevos retos y desafíos que les plantea la sociedad. El contrato puede ser modificado convencionalmente o por vía judicial.

II. NUEVOS MODELOS CONTRACTUALES EMERGENTES EN EL CONTEXTO CUBANO ACTUAL

Gran parte de la doctrina expresa que existe una crisis del principio de autonomía debido a las limitaciones impuestas al mismo. Por una parte tenemos los contratos reglados o dictados donde los imperativos legales en la determinación del contenido del contrato se superponen a la voluntad de las partes. Otro de los contratos que ha ido en ascenso pero que a la vez resulta muy polémico, debido a lo mencionado anteriormente de la crisis de la autonomía de la voluntad, son los contratos normativos, y el ejemplo clásico de ellos es el contrato por adhesión siendo necesario comprender su origen.

La contratación masiva es el eje central de un proceso de cambios que trasciende debido a la dinámica de la economía actual. Las sociedades contemporáneas, incluyendo a Cuba, han sufrido ingeniosas transformaciones que han provocado una seria erosión en los principios conformadores del contrato, al punto que para muchos autores la institución está en crisis. Esto ha traído consigo nuevas formas de formación del contrato dígase una sustitución del modelo de contrato por negociación clásico por el modelo de contrato por adhesión, aparición de la contratación electrónica que no constituye un nuevo contrato sino un modo de

7 AA. VV.: *Derecho de Contratos Tomo I Teoría General del Contrato*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003, p.164.

generación del contrato que responde a las nuevas exigencias del tráfico debido al avance tecnológico[8].

En estos casos de contratos por adhesión , la Teoría de la formación del contrato no puede explicarse a partir de la concepción clásica de oferta-aceptación, con tratos preliminares o discusiones previas a la celebración del contrato, sino que aparecen los contratos por adhesión, es decir, las llamadas condiciones generales de contratación y otros fenómenos que son el claro ejemplo de la masificación y estandarización contractual .En el caso de Cuba, el contrato que se realiza con ETECSA para solicitar el servicio de telefonía móvil , telefonía fija ,cuentas nautas, es un claro ejemplo de contrato por adhesión donde ya las cláusulas están preestablecidas, solo se puede decidir si aceptar o no, que en Cuba ETECSA es la única compañía de telefonía móvil, por lo que la autonomía va a estar limitada ya que es la única opción.

Por otra parte, destacan entre los desafíos que deben enfrentar nuestros operadores jurídicos en el ámbito contractual, el fenómeno del comercio electrónico y los contratos que se derivan de ello. El comercio electrónico no es más que la utilización de la tecnología para comprar y vender productos y servicios. En nuestro país estos contratos no tienen una regulación específica, lo que provoca inseguridad jurídica. El fenómeno de la tecnología está en ascenso por lo que Cuba y el Derecho de Contratos cubano tiene que ajustarse a la nueva realidad, buscar soluciones y crear normativas que amparen lo relacionado con el tráfico de bienes y servicios pero por vía informática, que como todos sabemos si se efectúan en la actualidad, sin embargo bajo inseguridad jurídica debido al poco tratamiento normativo que posee, por lo que considero que debe ser un tema analizado y solucionado por los diferentes operadores jurídicos.

La materia de los Derechos al consumidor y su relación con la contratación, constituye otro de los desafíos y retos para el Derecho cubano. En la red de tiendas de nuestro país se efectúa a diario contratos verbales, donde el mero consentimiento es suficiente para su perfección. Es cierto que se cuenta con garantías comerciales, como es el caso de poder devolver los objetos si los mismos son defectuosos, es decir, en supuestos de cumplimiento defectuoso, pero existen otros elementos que aún deben ser perfeccionados. A pesar de que recientemente fue promulgada la Ley de los derechos de los consumidores, lo cual

8 Cuba no se escapa de este panorama y se han incrementado los modelos contractuales preestablecidos, cuyas cláusulas no pueden ser discutidas por las partes. La autonomía de la voluntad se va a limitar solamente a la decisión de contratar o no, porque lo referente al contenido del contrato ya va a estar establecido. Es cierto que estos contratos son productos de la gran demanda existente, que las distintas empresas no darían abasto si se realizara un contrato con particularidades para cada trabajador de un centro de trabajo por ejemplo, lo que considero es que no se puede ir a los extremos e independientemente de que exista un modelo preestablecido, haya cuestiones dentro de dicho modelo que sí puedan ser discutidas para respetar en mayor proporción el principio de autonomía de la voluntad.

es un paso de avance, no existen los mecanismos suficientes para hacer efectivos dichos derechos, es por ello que en ocasiones nos encontramos en situaciones donde el cumplimiento por parte del establecimiento comercial es defectuoso y sin embargo no trae ninguna consecuencia, significando uno de los retos y desafíos a vencer.

Como se ha apreciado, los contratos normativos están presente mayoritariamente en los servicios públicos, ejemplo de ellos son el contrato que se realiza con el Banco Metropolitano, con la empresa de gas, de electricidad, donde ya las cláusulas y el contenido del contrato están preestablecidas y no pueden ser modificadas, y al igual que lo que sucede con ETECSA, tengo que adherirme al contrato para poder satisfacer mis intereses. Esto trae consigo que fuera de la obligación de pago no se preste mayor atención a otras cláusulas contenidas en el contrato, referidas a plazos de entrega, calidad, garantías, asistencia técnica, entre otras, que a criterio de la autora, son de especial interés en la conformación de la relación jurídica contractual.

III. RETOS PARA EL DERECHO CONTRACTUAL CUBANO -IDEAS CONCLUSIVAS

En ocasiones nos encontramos ante situaciones donde la negociación del contrato no es efectiva ya sea porque no se adoptan las modalidades de concertación requeridas en cada caso o porque los mismos asesores jurídicos no asumen posturas activas en las diferentes etapas, incluyendo la negociación. Para muchos, el contrato es simplemente un documento formal y olvidan la esencia del mismo, un acuerdo vivo, dinámico, que se va a ajustar a la realidad cambiante. Es importante que los operadores jurídicos conciban al contrato desde sus dos dimensiones, como acto y como norma, para que de ese modo se cumpla con su finalidad al ser una institución jurídica especial por su relación con las distintas ramas del Derecho[9].

Otra de las problemáticas y desafíos a enfrentar es el surgimiento de nuevos contratos atípicos legalmente, pero no socialmente. Por ejemplo, el ordenamiento jurídico español regula entre sus contratos el Contrato de Alimentos y nuestro Código Civil no lo regula aunque tampoco lo prohíbe. En la práctica cubana las personas entablan estas relaciones basándose en el contenido del Contrato de Alimentos aunque sin llamarlo de ese modo. Por lo que a tenor del artículo 312 del Código Civil cubano la persona puede ejercer acciones para contratar libremente

9 Los operadores jurídicos cubanos deben velar porque se introduzcan al contrato las cláusulas necesarias para garantizar un cumplimiento efectivo, donde prime la calidad y queden previstos los posibles riesgos que puedan surgir durante la ejecución del mismo, amparados en todo momento en el principio favor contractus ante cualquier circunstancia que pueda sobrevenir a la concertación del contrato.

al no existir ninguna norma que lo prohíba, por lo que pudiera efectuarse dicho contrato aunque en nuestra realidad muy pocos lo realizan con el nombre de Contrato de Alimentos. El Derecho de Contratos debe buscarle una solución al tema en cuestión.

El Derecho positivo cubano se encuentra en una disyuntiva en lo que respecta a los contratos forzosos o impuestos. Son aquellas situaciones jurídicas creadas en virtud de un acto del Estado que impone entre dos sujetos privados una relación de carácter impositivo. Esta situación que se produce es producto de la intervención del Estado[10]. Ejemplo de ellos son las Servidumbres (la ley crea directamente las Servidumbres), la venta judicial de los bienes del deudor, el Depósito (la relación necesaria de depósito y la que se crea judicialmente nacen sin la existencia de un verdadero contrato entre las partes), los contratos de Seguros (ejemplo artículo 449 del Código Civil) y las Fianzas.

Es cierto que estos contratos son necesarios ya que responden a una situación existente y brinda una solución jurídica. Comparto el criterio de Díez-Picazo[11] de que los contratos forzosos han producido un grave conflicto en materia contractual. El autor antes citado alega que hay dos posiciones, una de ellas es rectificar los conceptos de negocio jurídico y contrato donde se introduzcan los actos de las autoridades creadoras de dichas relaciones. Para el autor la segunda posición y a la cual se afilia, es que se construya una nueva figura que de paso a la nueva realidad de los actos de ordenación y creación pública de esas relaciones privadas.

En la concepción clásica de contrato prima la autonomía de la voluntad, la cual es el elemento fundamental en su configuración, por ello considero acertada la segunda de las posiciones. Sin embargo, los operadores jurídicos cubanos deben enfrentarse a este desafío y estudiar cautelosamente dicha polémica para determinar cuál va a ser el tratamiento más acertado.

El contrato al ser la principal fuente generadora de las obligaciones, tiene una gran importancia y la misma radica en que es la principal expresión de la autonomía de la voluntad. Brinda seguridad en el tráfico jurídico y posibilita el intercambio de bienes y servicios.

En Cuba con la implementación del Decreto-Ley No.304 y el Decreto No. 310 se ha dado un paso de avance y se le ha brindado un tratamiento detallado a los contratos, lo que permite su perfección.

10 Ídem. , p.190.

11 *Vid.* Díez-Picazo, L.: "Los llamados contratos forzosos", *Anuario de derecho civile*, 1956, p. 85.

Sin embargo, los operadores jurídicos cubanos tienen que enfrentarse a nuevos retos y desafíos en lo referente a la formación, modificación y ejecución del contrato. Tal es el caso de los contratos por adhesión, los contratos electrónicos, entre otros que están en auge y necesitan de un tratamiento efectivo para dotar de una mayor seguridad jurídica a los contratantes.

Nuestros operadores jurídicos, al ser conocedores del Derecho, deben seguir trabajando en lo referente al perfeccionamiento de nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en materia contractual debido a que la sociedad es dinámica, cambiante, donde el Derecho debe ir a la par de esos cambios para que responda a la realidad existente y sea eficaz.

BIBLIOGRAFÍA

BLANCO, A.: *Curso de Obligaciones y Contratos en el Derecho Civil español*, Libreria nueva, La Habana, 1948, p.48.

AA. VV.: *Derecho de Contratos Tomo I Teoría General del Contrato, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003, p.164.*

DÍEZ-PICAZO, L.: "Los llamados contratos forzosos", *Anuario de derecho civil*, 1956, p. 85.

EL BENEFICIARIO EN EL CONTRATO A FAVOR DE TERCERO

THE BENEFICIARY IN THE CONTRACT IN FAVOUR OF THE THIRD PARTY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1726-1739

"…el contrato, como fenómeno que penetra y que se instala en la realidad jurídica, no es jamás algo absolutamente indiferente para los terceros." Luis Díez-Picazo

Freddy Andrés
HUNG GIL

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: La noción de contrato a favor de tercero, clásica en la doctrina civilista moderna, presenta la extraña característica de resultar aparentemente clara por su enunciado y, a la vez, tendente a tornarse huidiza y esfumarse. La mayoría de la doctrina que estudia la figura analizada, reconoce como contrato a favor de tercero aquel concertado por las partes del mismo, en interés directo o indirecto de un tercero que, pese a no intervenir en modo alguno en la formación de este, le es atribuido un derecho subjetivo tendente a exigir su cumplimiento. La existencia de las partes contractuales y de un tercero beneficiario condiciona un conjunto de relaciones internas que remarcan la complejidad del instituto.

PALABRAS CLAVE: Contrato a favor de tercero, beneficiario, principio de relatividad contractual.

ABSTRACT: *The notion of contract in favour of a third party (third-party beneficiary contract), a classic in modern civil doctrine, has the strange characteristic of being apparently clear in its formulation and, at the same time, tending to become elusive and vanish. The majority of the doctrine that studies the figure analysed recognises as a contract in favour of a third party a contract entered into by the parties to it, in the direct or indirect interest of a third party who, despite not intervening in any way in the formation of the contract, is attributed a subjective right tending to demand its performance. The existence of the contractual parties and of a third party beneficiary conditions a set of internal relationships that underline the complexity of the institute.*

KEY WORDS: *Contract in favour of a third party, beneficiary, principle of contractual relativity.*

SUMARIO.- I. EL CONTRATO A FAVOR DE TERCERO. NOCIONES PRELIMINARES. II. EL BENEFICIARIO EN EL CONTRATO A FAVOR DE TERCERO. ARGUMENTACIÓN A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. EL CONTRATO A FAVOR DE TERCERO. NOCIONES PRELIMINARES

La noción de contrato a favor de tercero – clásica en la doctrina civilista moderna, tras numerosas vicisitudes en su construcción dogmática – presenta la extraña característica de resultar aparentemente clara por su enunciado y, a la vez, como severamente advirtiera Pacchioni en su célebre monografía[1], tendente a tornarse huidiza y esfumarse. La idea que preside esta construcción teórica, desde el punto de vista de la etimología de las palabras, parece referirse a cualquier contrato celebrado en interés directo o indirecto de un tercero, que no es por tanto parte del mismo. Esta primera aproximación es en extremo vaga y podría englobar un número casi indeterminado de actos cuyo común denominador resulte el haber sido concertados en interés de un tercero. Pero la noción rigurosamente técnica de la figura no es esta.

La mayoría de la doctrina que estudia la figura analizada, si bien en numerosas ocasiones resulta poco propensa a las definiciones académicas, reconoce como contrato a favor de tercero aquel concertado por las partes del mismo, en interés directo o indirecto de un tercero que, pese a no intervenir en modo alguno en la formación de este, le es atribuido un derecho subjetivo tendente a exigir su cumplimiento. La prístina construcción de la figura excluye, en línea de principio, que uno de los contratantes adquiera primero el objeto de la prestación y luego lo transmita al tercero o bien que actúe en su lugar.

No son pocos los autores que prefieren delinear la figura a partir del estudio de sus caracteres y su comparación con otras con las que guarda ciertas similitudes. Díez-Picazo, después de exponer la regulación del Código Civil español, que tilda de notoriamente insuficiente, analiza la clásica definición de Pacchioni, para luego distinguir la figura de los contratos o estipulaciones celebrados en interés de un tercero pero que no le atribuyen un derecho subjetivo para exigir su cumplimiento, de aquellos contratos que prevén una adquisición inmediata realizada por una de las partes para sucesivamente transmitirla al tercero beneficiario, de los contratos

1 Pacchioni, G.: *I contratti a favore di terzi*, Cedam, Padova, 1933.

• Freddy Andrés Hung Gil
Profesor Titular
Facultad de Derecho
Universidad de La Habana, Cuba.
freddy@lex.uh.cu

en que se pacta la posibilidad de la realización del pago a un tercero legitimado para recibirlo y aquellos en que se manifiesta un supuesto de representación directa.[2] Moscarini, luego de analizar la configuración dogmática de la figura a partir de su evolución histórica, critica lo que considera un rezago de su andadura evolutiva, la calificación de una parte de la doctrina que la tilda de excepcional.[3] Majello focaliza su atención en la eficacia externa a los contrayentes que presenta la construcción dogmatica analizada, según la preceptiva del Codice Civile italiano para, posteriormente, dibujar los contornos del instituto en ese ordenamiento.[4] Pérez Gallardo, luego de analizar la doctrina científica que estudia el contrato a favor de tercero, remarca que en el orden ético es expresión del sentido de solidaridad.[5] Más recientemente Kötz y Patti enfatizan que el tercero – que no ha participado en la conclusión del contrato – no solo se encuentra legitimado para recibir la prestación debida, sino que, además, tiene el derecho de pretenderla autónomamente.[6]

La figura en estudio ha tenido, como fue advertido, una evolución histórica no exenta de vicisitudes. El Derecho Romano excluyó la validez de los contratos a favor de tercero, impidiendo no solo la eficacia para los terceros, sino también inter partes. El genio romano, como se sabe, fue contrario a que se adquirieran derechos por medio de otra persona. Así, la regla de Ulpiano, contenida en D. 45, 1, 38, 17 expresaba: "alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus dominus, filius patris stipuletur…." lo cual venía a ser reforzado por la nulidad del acto realizado en inobservancia de tal principio.[7] La profusión de fuentes romanas sobre el particular, y las interpolaciones posteriores realizadas por mano de los juristas medievales ha complejizado sustancialmente la indagación histórica sobre la figura en el sistema romano y ha generado no pocas polémicas doctrinales. Pese a ello, ya en época romana clásica[8] se admitieron algunas excepciones, las

2 *Cfr.*, Díez-Picazo, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen I – *Introducción. Teoría del Contrato*, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1996, pp. 429 ss.

3 *Cfr.*, Moscarini, L. V.: *I negozi a favore di terzo*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1970, pp. 1-21.

4 Majello, U.: voce "Contratto a favore di terzo", *Digesto Civile*, IV, 1989, pp. 238 ss.

5 Pérez Gallardo, L. B.: *Del contrato a favor de tercero*, Ediciones Diké, Mendoza, 2001, pp. 67 -70.

6 *Cfr.*, Kötz, H., S. Patti: *Diritto europeo dei contratti*, 2ª edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2017, p. 515.

7 *Cfr.*, Inst., 3, 19, 4 "Si alguno estipulara para otro que no sea aquel a cuyo derecho esté sometido, ejecuta un acto nulo." La traducción al español fue tomada de la versión bilingüe –latina y castellana- del *Corpus Iuris Civilis*, publicada por Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, con notas de Ildefonso L. García del Corral, tomos I-VI, Jaime Molinas (Editor), Barcelona, 1889. Véase, además, D. 12, 1, 9.

8 Mediante la figura del *adjectus solutionis causa,* designado alternativamente junto al acreedor para recibir la prestación debida pero sin estar legitimado para exigir el cumplimiento, *vid*., D. 46, 3, 10, ; y el *mandatum aliena gratia*, mandato en que el mandatario se obigaba a realizar una pretación en favor de un tercero. Para mayor abundamiento, *Vid*., López Richart, J.: *El Contrato a favor de tercero*, Tesis Doctoral, dirigida por Antonio Cabanillas Sánchez y Juan Antonio Moreno Martínez, Alicante, 2001. Disponible en: https://Dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=2072. Pubicada como monografía por la Editorial Dikynson en 2003.

cuales alcanzaron un desarrollo posterior en época justinianea como mitigación del rigorismo anterior.[9]

En época medieval, y como consecuencia de la labor de los glosadores primero y luego de los comentaristas, si bien se mantuvo la eficacia del principio "alteri stipulari nemo potest", se dio paso a la creciente admisión de excepciones que, como se ha visto, ya habían adquirido una gradual acogida en el Corpus Iuris Civilis. Durante el medioevo, el impacto que tendrán el Derecho Canónico y la práctica comercial conducirán a que el principio romano se quiebre y a la admisión de nuevas figuras como la donación sub modo. De esta forma, la figura va ganando en independencia y sus contornos serán cada vez más nítidos, aunque su construcción definitiva solo tendrá lugar cuando la doctrina jurídica logre separarla de la representación directa. En el área ibérica, las Siete Partidas recogen la visión romana sobre la estipulación a favor de un tercero bajo la denominación de "promission" (P. V, L. VII, T. XI) rigorismo que será sensiblemente mitigado ya en el Ordenamiento de Alcalá de 1348 (Ley única, Título XVI).

El punto de inflexión de la figura del contrato a favor de tercero –como acertadamente apunta López Richart- se logra con las aportaciones de la Escuela de Derecho Natural racionalista y, de modo particular, en la obra de Hugo Grocio.[10] No obstante a ello, la verdadera entronización de la figura se materializa a partir de su admisión en los código civiles europeos de los siglos XVIII y XIX, en una primera etapa, fundamentalmente, en las codificaciones del área germánica, el Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis y el Código prusiano.[11]

Dentro de los códigos civiles decimonónicos, el Code Napoleon, retoma la visión romana respecto a la estipulación a favor de tercero, ex artículo 1. 119 que preceptúa, en su redacción original, que nadie podrá, en general, comprometerse, ni estipular en su propio nombre, más que por sí mismo. El propio cuerpo legal remarcaba tal idea en el artículo 1. 165 al establecer que los contratos sólo tendrán efecto entre las partes contratantes.[12] La marcada influencia de la tradición romana incluso se manifiesta en la reglamentación efectiva de la figura del contrato a favor de tercero (stipulation pour autrui) como derogación parcial del citado principio, según la cual solo tendrá efecto si existe un interés del estipulante a su favor

9 *Cfr.*, Inst., 3, 19, 20 "Pero también si alguno estipulare para otro, interesándole, se estableció que la estipulación fuera válida." Otros supuestos excepcionales están contenidos en D., 13, 7, 13; C., 3, 32, 8; C., 8, 54, 3; D., 24, 3, 45; D., 19, 2, 25, 1; D., 45, 1, 45, 2.

10 *Vid*., López Richart, J.: *El contrato*, cit., pp. 36 ss.

11 *Cfr.*, CMBC Part IV, Cap. 1, § 13, ALR 1, 5, § 74 y ss. Véase comentarios de López Richart, J., *El contrato…cit*., pp. 43 y ss.

12 La traducción es la de la versión castellana, actualizada el 27 de noviembre de 2001, con la colaboración de los profesores Christian Larroumet, Catedrático de la Universidad de París II ; Jean-Jacques Lemouland, Catedrático de la Universidad de Pau ; José Javier Hualde Sánchez, Catedrático de la Universidad de San Sebastián ; Michèle Mestrot, Profesora de la Universidad de Pau. Disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr.

o, si contemporáneamente, este realiza a la otra parte contratante (promitente del contrato a favor de tercero) una donación sub modo.[13] La fuerte influencia romana, de esta forma, es superada en parte gracias a los sucesivos impactos en el Code de la doctrina (Pothier) y la jurisprudencia.[14] Otros códigos civiles posteriores, influenciados por el Code Civil, recibirán en cuanto a este particular los ecos de la doctrina de Pothier.[15]

La reforma del Derecho de Contratos operada en Francia por la Ordenanza número 2016-131, de 10 de febrero de 2016 del Ejecutivo de ese país, que transforma notablemente el derecho de los contratos, el régimen y la prueba de las obligaciones, introdujo significativas modificaciones en materia de contrato a favor de tercero, en primer lugar a partir de una regulación más detallada respecto a la prístina redacción (actualmente contenida en los artículos 1205 al 1209, frente al precedente 1 121). La figura de la stipulation pour autrui es consagrada en el artículo 1205 del texto reformado y, en línea con la dirección jurisprudencial consolidada, se excluyen las excepciones que al principio de relatividad contractual introducía el artículo 1 121 en su anterior redacción, para perfilar una figura, de este modo, más amplia.[16] La reglamentación legal del instituto admite que el beneficiario sea un sujeto futuro, siempre que sea especialmente individualizado (artículo 1205 in fine) e introduce la necesidad de la aceptación por parte del beneficiario, así como que la revocación del beneficio a favor de un tercero y su aceptación, pueden ser realizadas eventualmente por los herederos del estipulante y del beneficiario, respectivamente.[17]

El Código Civil español en su artículo 1. 257, segundo párrafo, recoge la regulación, notablemente parca, del contrato - o estipulación, si se sigue la

13 Artículo 1 121: "Se podrá estipular paralelamente en beneficio de un tercero cuando tal sea la condición de una estipulación que se haga por sí mismo o de una donación que se efectúe a otro. Quien hiciera esta estipulación no podrá revocarla, si el tercero hubiera declarado su voluntad de beneficiarse de ella."

14 Al respecto aducía Majello en cuanto a la evolución en Francia del instituto: "*Attualmente in Francia, per conoscere la configurazione effetttiva, nonché la disciplina reale del contratto a favore di terzo, occore rifarsi più che non al codice alla elaborazione dottrinale e giurisprudenziale dell´istituto.*" *Cfr.*, Majello, U.: voce "Contratto", cit., p. 251.

15 Así, por ejemplo en el Código Civil holandés de 1836 (artículo 1 352) y el Codigo Civil italiano de 1865 (1 128).

16 Dice textualmente la norma: "*On peut stipuler pour autrui. L'un des contractants, le stipulant, peut faire promettre à l'autre, le promettant, d'accomplir une prestation au profit d'un tiers, le bénéficiaire. Ce dernier peut* être *une personne future mais doit* être *précisément désigné ou pouvoir* être *déterminé lors de l'exécution de la promesse*." *Cfr.*, Code civil - Dernière modification le 03 janvier 2018 - Document généré le 11 janvier 2018, Copyright (C) 2007-2018, Legifrance.

17 Para un mayor abundamiento, consúltese: Fusaro, A.: "La riforma dei contratti in Francia - Contratto e terzi nel Code Civil Riformato", *Giur. It.*, 2018, 5, 1269. *Vid.*,Tabares Cortés, F.: "La reforma del Código Civil Francés. Un proemio al cambio estructural de los principios de derecho privado del Código Napoleónico", *Revista Verba Iuris*, 12(38), Bogotá, julio-diciembre de 2017, pp. 155-169. Méndez Sierra, E. C., Quaglia, M. C.: "El nuevo derecho de las obligaciones y de los contratos en Francia. Segunda parte: régimen general de los contratos", *El Derecho. Diario de doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires, martes 2 de mayo de 2017. Cabrillac, R.: "El nuevo derecho francés de los contratos", *TH□MIS-Revista de Derecho* 70. 2016. pp. 59-66. Savaux, E.: "El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos", *ADC*, tomo LXIX, 2016, fasc. III, pp. 715 ss.

terminología que usa el legislador ibérico – a favor de tercero.[18] El primer párrafo de la propia norma consagra el principio de relatividad contractual al preceptuar que "los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos." Este precepto, que recoge una fórmula similar a la contenida en la prístina redacción del artículo 1. 165 del Code Civil, encuentra algunas excepciones en la reglamentación de diversas figuras[19], pese a ello, la configuración normativa del instituto se encuentra despojada del casuismo en que la intentó encasillar la letra del artículo 1. 121 del Code, ya analizado. El estudio de la figura en ese ordenamiento jurídico permite hipotizar sobre el carácter excepcional o general de esta y, aunque la primera tesis pudiera parecer más acertada, la sistemática del Código, unido a la fuerza pujante de la doctrina, la jurisprudencia y la realidad social misma conducen a la consideración del contrato a favor de tercero de general admisión.[20]

El Código Civil alemán de 1900 (BGB) bajo la denominación de "Verträge zugunsten Dritten", recoge la pormenorizada regulación de la figura, que deriva de la profunda evolución doctrinal de las escuelas de pensamiento germanas durante los siglos XVIII y XIX. De este modo, el Código vino a recoger los frutos de los estudios de los pandectistas, con lo cual puede afirmarse que mientras la evolución de la figura en Francia se debió, fundamentalmente, a los aportes de la jurisprudencia, en Alemania la doctrina modeló de modo significativo el instituto antes de ser plasmado efectivamente en el BGB.[21]

El Código Civil alemán en su § 328 establece un reconocimiento general del contrato a favor de tercero y se consagra el derecho de aquel a exigir directamente el cumplimiento de la prestación. La detallada reglamentación del instituto perfila el contrato a favor de tercero en sentido estricto y lo diferencia de aquellos tipos contractuales afines en que, sin embargo, no surge en cabeza del tercero un derecho autónomo a exigir el cumplimiento (§ 329 y 330). La problemática sobre el surgimiento de un derecho autónomo del tercero, como consecuencia directa de la concertación por las partes de un contrato a favor de tercero, es regulada en sentido similar por el Código suizo de las obligaciones (artículo 112.2) y el § 881.2 del Código Civil austríaco (ABGB).[22] Una figura peculiar en ese ordenamiento es el contrato a favor de tercero cuya eficacia se encuentra diferida a la muerte del estipulante (§ 331).

18 Establece tal precepto: "Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada."

19 *Vid*., Artículos 1280.2, 1526, 1865 del Código Civil español.

20 *Cfr.*, Díez-Picazo, L.: *Fundamento,* I, cit., pp. 432-433.

21 El BGB fue estudiado en su versión inglesa, disponible en: http://lingualeo.com/es/jungle/german-civil-code-bgb-529202#/page/1

22 *Vid*., Kötz, H., Patti, S.: *Diritto europeo,* cit., p. 518.

El vigente Codice Civile italiano de 1942 disciplina los llamados contratti a favore di terzi en sus artículos 1. 411 al 1. 413. Según la letra de la norma, son válidas las estipulaciones a favor de terceros, siempre que el estipulante tenga interés.[23] El Derecho Civil italiano codificado establece como efecto de la estipulación –salvo pacto en contrario- la adquisición por el tercero de un derecho contra el promitente (artículo 1. 411 segundo párrafo) pero, hasta tanto el tercero no declare frente al promitente, su aceptación, la estipulación podrá ser revocada o modificada por parte del estipulante. Igualmente, se establece que, en caso de revocación o de renuncia (rifiuto) por parte del tercero, la prestación quedará al entero beneficio del estipulante, a menos que lo contrario resulte de la voluntad de las partes o de la naturaleza del contrato (tercer párrafo del precepto comentado).

El Codice regula, con un sentido similar al del BGB, la situación en que la prestación deba ser realizada después de la muerte del estipulante (artículo 1. 412) y establece pautas - a las que me referiré en el acápite siguiente- en cuanto a la eventual revocación de la estipulación y la transmisión del derecho a la prestación, a favor de los herederos del tercero que haya premuerto respecto al estipulante. El artículo 1. 413 del propio cuerpo legal contiene las excepciones oponibles de parte del promitente hacia el tercero.

Algunos códigos civiles latinoamericanos han adoptado, en cuanto a la construcción de la figura del contrato a favor de tercero, una reglamentación muy similar a la del Codice italiano de 1942. Así, legislaciones como la boliviana (artículos 526 al 530), paraguaya (artículos 732 al 736) y peruana (artículos 1457 al 1469). El Código Civil y Comercial argentino de 2015, que reglamenta la figura del contrato a favor de terceros en los artículos 1027 y 1028, en cambio, deja sentir la influencia sobre el particular que ha ejercido en ese ordenamiento el Code Civil.

El Derecho inglés tradicional ha sido contrario a la admisión del contrato a favor de tercero. En tal sentido, fue paradigmático el caso Tweddle vs Atkinson, de 1861, según el cual el contrato no podía generar derechos para terceras personas ajenas a la conclusión del mismo. El fundamento de tal línea argumental, según la noción de privity of contract – equivalente al principio de relatividad contractual propio de la tradición de Derecho Civil – puede encontrarse en la evolución doctrinal y legislativa del vínculo contractual, con notables diferencias de la figura que deriva de las construcciones del Derecho Romano. La jurisprudencia inglesa acudió a diversos expedientes técnicos para lograr un resultado diferente (trust, agency) y a la admisión de algunas excepciones al principio general. En fecha relativa reciente (1999) el ordenamiento jurídico británico ha dado un giro copernicano a partir de la promulgación del Contract (Rights of third parties) Act, mediante el cual resulta admisible que una tercera persona, ajena a la conclusión de un contrato, pueda

23 *Vid*., Artículos 1. 273, 1. 773, 1. 875, 1. 920 del Código Civil italiano.

exigir el cumplimiento del mismo, siempre que las partes estipulen que un tercero pueda recibir la prestación, y que además, pueda pretender su cumplimiento autónomamente (dual intention test).

II. EL BENEFICIARIO EN EL CONTRATO A FAVOR DE TERCERO. ARGUMENTACIÓN A MODO DE CONCLUSIÓN

El contrato a favor de tercero, en lo tocante a los sujetos que podrían catalogarse como interlocutores jurídicos del mismo, posee una peculiar nomenclatura. Así, las partes contratantes se distinguen sustancialmente del tercero, quien solo en tal condición podría resultar beneficiario de un contrato respecto al cual, en rigor, no es parte ni ha intervenido directa o indirectamente en su conclusión. Los contratantes, en cambio, son denominados por la doctrina predominante, en forma genérica y haciendo abstracción del contrato de que se trate, como estipulante y promitente. Será estipulante aquel de los contratantes que estipula a favor del tercero y promitente, quien deba cumplir la prestación convenida.

La noción de tercero, ampliamente utilizada por la doctrina tradicional, se refiere a un concepto caracterizado por una relativa vaguedad de la que se logra escapar mediante la referencia a un casuismo que tiende a delinear los contornos del instituto. Así, es común encontrar referencias al pago realizado por un tercero, aquel recibido por un tercero, el tercero civil, el hipotecario, las tercerías, etcétera. Aunque la figura del tercero, en dependencia del especial caso de que se trate tiene algunos caracteres particulares, podría definirse preliminarmente a partir de la nota de ajenidad respecto a una relación jurídica preexistente.[24]

El beneficiario podrá ser una persona natural o jurídica, determinada expresamente al momento de la estipulación o por determinarse. Incluso la doctrina ha llegado a admitir como tercero beneficiario una persona no existente al momento de la concertación del contrato (tercero futuro). Nada obsta, en cuanto a la admisión del tercero beneficiario futuro, que el mismo sea un concebido no nacido[25] o incluso un concepturus o una persona jurídica aún no costituida. En todo caso, la eficacia de la estipulación dependerá de que la indeterminación de la persona cese o de que se concrete su existencia, según corresponda. En cuanto a la capacidad del beneficiario para contratar, no se exige pues no es parte del mismo, aunque la aceptación de la estipulación precisa, como es claro, que el

24 *Vid*., Olivares Alís, J. V.: *El pago a tercero en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tesis Doctoral, codirigida por Enrique Lalaguna Domínguez y Rosa Moliner Navarro, Universidad de Valencia, 2015. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es.

25 *Vid.,* de mi autoría, "Breves consideraciones acerca del contrato de seguro a favor del nasciturus", en *Contratos Aleatorios*, bajo la coordinación de L. B. Pérez Gallardo, TEMIS S. A., UBIJUS, REUS, ZAVALIA, 2012, pp. 109-125.

beneficiario resulte capaz y, en caso contrario, nada obsta para que sea realizada por su representante legal.

Uno de los aspectos más polémicos en la estipulación a favor de tercero es el límite que el mismo supone al principio de relatividad contractual, pues aquel adquiere derechos en relación con un contrato del que no es parte. En estricta lógica, la esfera jurídica de un tercero, ajeno a un determinado contrato, no debería sufrir la influencia de un acuerdo del que no es parte y cuyos efectos solo podrían alcanzarle con su consentimiento. El nacimiento de derechos autónomos en cabeza de un tercero –dicen Kötz y Patti- depende de la voluntad de las partes contratantes, pues tal acuerdo es necesario, e incluso suficiente, para hacer surgir el derecho autónomo del tercero.[26] Pese a ello, diversas legislaciones establecen ulteriores requisitos. De este modo, la aceptación de la estipulación, realizada tempestivamente, esto es, antes de que decaiga por revocación del estipulante o dentro del plazo fijado en el contrato, comunicada oportunamente a su destinatario, el promitente – y lógicamente, también, al estipulante- si bien no es condición para la adquisición del derecho a la prestación, en palabras de Díez Picazo, la consolida.[27] La aceptación, manifestación de voluntad unilateral y recepticia, puede ser expresa o tácita y generalmente en este aspecto rige la libertad de forma.

La existencia de las partes contractuales y de un tercero beneficiario condiciona un conjunto de relaciones internas que remarcan la complejidad del instituto. Las relaciones entre estipulante y beneficiario –también llamada relación de valuta- y las que se dan entre promitente y beneficiario, han sido atentamente analizadas por la doctrina en relación con la eficacia que despliega el contrato a favor de tercero. De igual modo, la doctrina ha dado respuesta a las diversas situaciones conflictuales que pueden derivar de la relación entre promitente y beneficiario a partir del enunciado de un conjunto de acciones y excepciones así como lo que la doctrina italiana denomina "i rimedi contrattuali a favore dei terzi."[28]

Una figura que la doctrina ha delineado como consecuencia de algunas intervenciones jurisprudenciales, especialmente en Alemania a partir de una importante sentencia de 1930 del Reichsgericht, es el contrato con efecto de tutela a favor de tercero. En este, la jurisprudencia viene a colmar los vacíos de la tutela que deriva de la teoría de la responsabilidad extracontractual. Sin embargo esta construcción presenta algunas diferencias respecto el contrato a favor de tercero, en particular, si se constata que el tercero no puede pretender autónomamente el cumplimiento de la prestación debida. Se trata, en todo caso,

26 *Cfr.*, Kötz, H., Patti, S.: *Diritto europeo*, cit., p. 521. *Vid.*, artículo 112, 2 del Código de las Obligaciones suizo.

27 *Cfr.*, Díez-Picazo, L.: *Fundamentos*, cit., pp. 437-438.

28 *Cfr.*, Moscati, E.: "I rimedi contrattuali a favore dei terzi", *Riv. Dir. Civ.* 2003, I, pp. 357 ss.

de intereses merecedores de tutela jurídica en una situación en que el tercero, cercano en algún modo a uno de los sujetos contratantes, sufre de alguna manera las consecuencias dañosas del incumplimiento de la prestación por parte del otro.

El contrato a favor de tercero, figura que, como se ha visto, se ha formado en una lenta evolución jurisprudencial, doctrinal y legislativa, no es ni lejanamente un instituto con valor meramente histórico y con poca utilidad práctica. Las recientes transformaciones de la regulación del ámbito de los contratos en algunos ordenamientos europeos y latinoamericanos (Alemania, Francia y Argentina, por ejemplo) y su incidencia en el instituto, confirman la lozanía del tema. Otros aspectos relacionados, por ejemplo, con las acciones y derechos reflejos en el modelo bancario, [29] la identificación de la persona legitimada para accionar contra el promitente en ciertos casos controvertidos,[30] la representación aparente en los contratos a favor de tercero,[31] e incluso sobre los límites no siempre precisos que separan el contrato a favor de tercero del pacto sucesorio,[32] resaltan la actualidad del debate de una figura en continuo desarrollo.

29 *Vid*., Sentencia del Tribunal de Palermo de 12 de febrero de 2015, comentada por G. Palazzolo, en *Giur. It*., 2015, 10, 2090.

30 *Vid*., Cass. civ. Sez. III, 09 aprile 2014, n. 8272, comentada por De Menech, C.., *Nuova Giur. Civ*., 2014, 11, 10978.

31 *Vid*., Cass. civ. Sez. III Sent., 16 settembre 2008, n. 23708, comentada por A. Urso, en *Obbl. e Contr*., 2009, 10, 800.

32 *Cfr*., Boero, M. C.: "Ancora sugli incerti confini tra patto successorio e contratto a favore di terzo", *Rivista del Notariato*, fasc.3, 2018, pag. 643.
Comenta esta autora: "*La vicenda sottoposta alla Corte trae origine dalla sanzione disciplinare (sospensione dall'esercizio della professione) irrogata dalla CO.RE.DI. della Toscana nei confronti di un notaio, considerato responsabile ex art. 28 l. n. di aver ricevuto un atto contrario alla norma imperativa di cui all'art. 458 c.c.; atto, questo, consistente in una convenzione stipulata tra due coniugi nella quale i contraenti stabilivano che, in caso di morte pressoché contemporanea dei medesimi, il 50% degli utili derivanti dall'attività di impresa esercitata dal marito sarebbero passati ad entrambi i rispettivi figli, prevedendosi altresì che detto accordo non potesse essere modificato senza il consenso e la firma di entrambi i contraenti. Avverso la decisione della commissione disciplinare il notaio proponeva reclamo, rigettato dalla Corte d'appello; e avverso quest'ultima pronuncia lo stesso ricorreva in Cassazione, che ne rigettava il ricorso confermando l'impostazione della corte territoriale, volta a negare che la pattuizione in esame potesse essere ricondotta all'alveo dei "contratti a favore di terzo da eseguirsi dopo la morte dello stipulante" di cui all'art. 1412 c.c. (come, invece, prospettava il ricorrente)*."

BIBLIOGRAFÍA

Boero, M. C.: "Ancora sugli incerti confini tra patto successorio e contratto a favore di terzo", *Rivista del Notariato*, fasc.3, 2018, p. 643.

Cabrillac, R., "El nuevo derecho francés de los contratos", en *THEMIS-Revista de Derecho* 70. 2016. pp. 59-66. ISSN: 1810-9934.

Díez-Picazo, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen I – *Introducción. Teoría del Contrato*, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1996.

Fusaro, A.: "La riforma dei contratti in Francia - Contratto e terzi nel Code Civil Riformato", *Giur. It.*, 2018, 5, p. 1269.

Hung Gil, F. A.: "Breves consideraciones acerca del contrato de seguro a favor del nasciturus", *Contratos Aleatorios*, bajo la coordinación de L. B. Pérez Gallardo, TEMIS S. A., UBIJUS, REUS, ZAVALIA, 2012, pp. 109-125.

Kötz, H., Patti, S.: *Diritto europeo dei contratti*, 2ª edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2017.

López Richart, J.: *El Contrato a favor de tercero*, Tesis Doctoral, dirigida por Antonio Cabanillas Sánchez y Juan Antonio Moreno Martínez, Alicante, 2001. Disponible en: https://Dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=2072.

Majello, U., voce "Contratto a favore di terzo", *Digesto Civile*, IV, 1989.

Méndez Sierra, E. C., Quaglia, M.C.: "El nuevo derecho de las obligaciones y de los contratos en Francia. Segunda parte: régimen general de los contratos", *El Derecho. Diario de doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires, martes 2 de mayo de 2017.

Moscarini, L. V: *I negozi a favore di terzo*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1970, pp. 1-21.

Moscati, E.: "I rimedi contrattuali a favore dei terzi", *Riv. Dir. Civ.* 2003, I, pp. 357 ss.

Pérez Gallardo, L. B.: *Del contrato a favor de tercero*, Ediciones Diké, Mendoza, 2001.

Olivares Alís, J. V.: *El pago a tercero en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tesis Doctoral, codirigida por Enrique Lalaguna Domínguez y Rosa Moliner Navarro, Universidad de Valencia, 2015. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es.

TABARES CORTÉS, F.: "La reforma del Código Civil Francés. Un proemio al cambio estructural de los principios de derecho privado del Código Napoleónico", *Revista Verba Iuris*, 12(38), Bogotá, julio-diciembre de 2017, pp. 155-169.

PACCHIONI, G.: *I contratti a favore di terzi*, Cedam, Padova, 1933.

SAVAUX, E.: "El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos", *ADC*, tomo LXIX, 2016, fasc. III, pp. 715 ss.

LA DIRETTIVA (UE) 2019/770: I DATI PERSONALI QUALE CORRISPETTIVO NEI CONTRATTI DI FORNITURA DI CONTENUTI E SERVIZI DIGITALI E LE INERENTI RICADUTE SUL DIRITTO DELLA PRIVACY

DIRECTIVE (EU) 2019/770: PERSONAL DATA AS CONSIDERATION IN CONTRACTS FOR THE SUPPLY OF DIGITAL CONTENT AND DIGITAL SERVICES AND THE INHERENT IMPACT ON PRIVACY LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1740-1777

Francesca
FERRETTI

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Con l'approvazione della direttiva (UE) 770/2019, il legislatore dell'Unione europea ha espressamente disciplinato, per la prima volta, l'operazione negoziale - già diffusa nella prassi economica - dello scambio tra contenuto o servizi digitali e fornitura di dati personali da parte dell'utente, in un'ottica di apparente gratuità della prestazione ricevuta.

Il presente contributo, dopo aver posto l'attenzione sulla natura e sui requisiti del trattamento dati, analizza le potenziali interferenze tra i profili di privacy e di diritto contrattuale, anche alla luce dei rimedi previsti per l'ipotesi di difetto di conformità. La lettura sistematica della direttiva ne conferma la posizione di continuità, in chiave contrattuale, con la "doppia anima" già propria del GDPR, alla ricerca di un bilanciamento tra la logica mercantilistica della commodification dei dati personali, e la visione personalistica, orientata alla tutela della privacy come diritto fondamentale.

PALABRAS CLAVE: Contratti di scambio; privacy; contenuto e servizi digitali; consenso al trattamento dati; difetto di conformità.

ABSTRACT: *With the adoption of Directive (EU) 770/2019, the European Union legislator has expressly regulated, for the first time, the contract - already widespread in economic practice - relating to the exchange between digital content or services and the provision of personal data by the user, in the perspective of apparent gratuity of the received performance.*

This contribution, after focusing on the nature and requirements of data processing, analyzes the potential interferences between the profiles of privacy and contract law, also in the light of the remedies provided for the hypothesis of defect of conformity. The systematic reading of the directive confirms the position of continuity, in a contractual key, with the "double soul" already proper to the GDPR, in search of a balance between the mercantilistic logic of the commodification of personal data, and the personal vision, oriented to the protection of privacy as a fundamental right.

KEY WORDS: *Exchange contracts; privacy; digital content and services; consent to data processing; defect of conformity.*

SUMARIO.- I. PREMESSA.- II. I RAPPORTI OGGETTO DELLA DISCIPLINA: I CONTRATTI DI FORNITURA DI CONTENUTI E SERVIZI DIGITALI E LA CESSIONE DEI DATI PERSONALI DA PARTE DELL'UTENTE.- III. IL RUOLO DEL CONSENSO AL TRATTAMENTO DATI NEL DIRITTO DEI CONTRATTI.- 1. I modelli di qualificazione del consenso.- 2. I requisiti del consenso.- 3. Gli obblighi di informazione precontrattuale: rilettura in chiave evolutiva delle nozioni di "prezzo" e "pagamento".- 4. La revoca del consenso.- IV. LA VIOLAZIONE DEL GDPR QUALE DIFETTO DI CONFORMITÀ.- V. IL DATO PERSONALE TRA VISIONE PERSONALISTICA E NEGOZIALE.- VI. CONCLUSIONI: LA RILEVANZA SISTEMATICA DELLA DIRETTIVA.

I. PREMESSA.

Il 20 maggio 2019 il Parlamento europeo e il Consiglio, al fine di adeguare la disciplina esistente negli Stati membri ai cambiamenti imposti da un'economia sempre più condizionata dall'evoluzione tecnologica, hanno approvato due direttive rilevanti nell'ambito della Strategia per il mercato unico digitale in Europa[1]. Si è trattato, rispettivamente, della Direttiva (UE) 2019/770, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali[2], e della Direttiva (UE) 2019/771, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni di consumo[3]. Esse costituiscono l'esito, in una duplice versione, di un travagliato iter legislativo durato quasi 4 anni[4] e presentano una struttura molto simile, tanto da essere state definite "direttive gemelle[5]".

1 La policy dell'Unione europea ha costantemente valorizzato le potenzialità del Digital single market, come chiarito nel documento "Shaping Europe's digital future. Shaping the Digital single market" per il periodo 2014-2019, disponibile su https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/shaping-digital-single-market: le due direttive 770/2019 e 771/2019 ne hanno costituito l'applicazione degli aspetti contrattuali. Con riguardo all'attuale strategia europea per il digitale, *vid*. il documento "A Europe fit for the digital age", disponibile su https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_en. Per approfondimenti, *vid*. El Sabi, S.: "Fornitura di servizi e contenuti digitali: profili di tutela per il 'digital consumer' nel Mercato Unico Digitale", *giustiziacivile.com*, 2021, n. 4, pp. 1-26.

2 Direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, G.U.U.E. del 22.5.2019, L 136/1.

3 Direttiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo e Del Consiglio del 20 maggio 2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE, e che abroga la direttiva 1999/44/CE, G.U.U.E. del 22.5.2019, L 136/28.

4 Le direttive in esame rappresentano l'esito di un progetto organico fallito, che avrebbe dovuto condurre all'emanazione di un regolamento relativo a un diritto comune europeo per la vendita, cd. CESL. Per una sintetica ma esaustiva rassegna delle fasi del progetto, si vedano Alpa, G.: «Aspetti della nuova disciplina delle vendite nell'Unione europea", *Contratto e impresa*, 2019, n. 3, pp. 825-830 e Bozzi, L.: "Le proposte di direttiva sui contratti di vendita "on line" e sulla fornitura di contenuti digitali e la disciplina delle obbligazioni restitutorie - un tentativo (riuscito?) di bilanciamento dei contrapposti interessi", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2018, vol. 4, n. 1, pp. 603-634.

5 L'espressione è stata utilizzata sia da Camardi, C.: "Le regole speciali dettate per i "beni con elementi digitali" e la nozione di difetto di conformità nella dir. 2019/770/UE sui contratti per la fornitura di

• Francesca Ferretti
Doctoranda en Legal and Social Sciences,
Curriculum in Civil Law and Constitutional Legality
Universidad de Camerino, Italia
Dirección de correo electrónico: francesca.ferretti@unicam.it; francescaferretti1995@gmail.com

Il rapporto tra le due direttive è connotato in termini di complementarità, come chiarito anche dal Considerando 20 della direttiva 770 - che trova riscontro nel parallelo ed opposto Considerando 13 della direttiva 771 - secondo cui "la presente direttiva e la direttiva (UE) 2019/771 del Parlamento europeo e del Consiglio dovrebbero integrarsi a vicenda (...)". La linea di confine circa l'ambito oggettivo di operatività dei due testi europei cade sulla categoria dei "beni con elementi digitali", menzionata sia dalla direttiva 770, per escluderla dal proprio ambito di operatività (art. 3 par. 4), sia dalla direttiva 771, al fine di ricomprendervela (art. 3 par. 3). Un bene con elementi digitali è un bene che incorpora o è interconnesso con un contenuto o un servizio digitale, in modo tale che la mancanza di tale contenuto o servizio impedirebbe lo svolgimento delle funzioni del bene, come previsto dall'art. 2 n. 3) della Direttiva 770 e dall'art. 2 n. 5) lett. b) della direttiva 771, di identico contenuto)[6].

Come disposto ai rispettivi articoli 24 delle direttive, esse dovranno essere recepite entro il 1° luglio 2021, per trovare poi applicazione a partire dal 1° gennaio 2022. Con riguardo al panorama italiano, il 22 aprile 2021 è stata approvata la legge di delegazione europea 2019-2020 n. 53 del 2021, che ha dato avvio al recepimento di una serie composita di atti dell'Unione europea, comprensiva anche delle due direttive citate[7]. Il Consiglio dei Ministri ha approvato in via definitiva gli schemi dei decreti legislativi di attuazione il 29 ottobre 2021, prevedendo alcune modifiche al d.lgs. n. 206 del 2005 (cd. codice del consumo), per adeguarlo ai due testi europei sopra citati[8].

Entrambe le direttive sembrano orientate ad un criterio di massima armonizzazione[9], dal momento che il disposto di cui agli articoli 4 preclude agli

contenuti e servizi digitali", intervento al seminario *L'armonizzazione (quasi) completa delle discipline nazionali dei contratti di compravendita mobiliare*, tenutosi presso l'Università di Ferrara il 30 maggio 2019, sia da Addis, F.: "Spunti esegetici sugli aspetti dei contratti di vendita di beni regolati nella nuova direttiva (UE) 2019/771", nel seminario tenutosi presso l'Università di Roma "La Sapienza", il 21 giugno 2019.

6 Per approfondimenti, si vedano le riflessioni di Quarta, A.: "La dicotomia bene-servizio alla prova del supporto digitale", *Contratto e impresa*, 2019, n. 3, pp. 1013-1028.

7 Legge 22 aprile 2021, n. 53, Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2019-2020, G.U. n.97 del 23.04.2021.

8 Si rinvia al sito ufficiale della Presidenza del Consiglio dei Ministri: https://www.politicheeuropee.gov.it/it/comunicazione/notizie/cdm-29-ottobre-2021/. In particolare, in attuazione della direttiva (UE) 2019/771, che detta la disciplina per armonizzare determinati aspetti dei contratti di vendita dei beni, si modifica il capo I del titolo III della parte IV del codice del consumo (decreto legislativo n. 206 del 2005) che reca la disciplina dei contratti di vendita, delle garanzie di conformità e dei diritti del consumatore; saranno inoltre introdotte nuove disposizioni nel codice del consumo, al fine di adeguare la normativa italiana alla direttiva 2019/770, che disciplina determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali conclusi tra consumatore e professionista, fra i quali la conformità del bene al contratto, i rimedi in caso di difetto di conformità o di mancata fornitura, nonché la modifica del contenuto o del servizio digitale..

9 Bertelli, F.: «L›armonizzazione massima della direttiva 2019/771/UE e le sorti del principio di maggior tutela del consumatore», *Europa e diritto privato*, 2019, n. 4, pp. 953-993. *Vid*. anche Ferrante, E.: "Thirty Years of CISG: International Sales, 'Italian Style'", *The Italian Law Journal*, 2019, n. 1, pp. 87-130, disponibile su https://www.theitalianlawjournal.it/ferrante/, che sottolinea come il superato paradigma dell'armonizzazione minima abbia condotto a "divergent and fairly ineffective implemetation by international laws".

Stati il mantenimento o l'adozione di norme interne divergenti da quelle europee, incluse quelle volte a garantire al consumatore un diverso livello di tutela, a differenza dell'art. 8 dell'abrogata direttiva 1999/44/CE[10] in tema di vendita e di garanzie di beni di consumo, che lasciava la possibilità agli Stati membri di introdurre o mantenere disposizioni in grado di assicurare un livello di tutela più elevato al consumatore, al fine di derogare "in melius" alla disciplina comunitaria (art. 8 comma 2)[11].

Nondimeno, tale pur auspicabile livello di armonizzazione potrebbe in concreto non essere raggiunto, stante la clausola di salvaguardia nell'inciso in apertura agli articoli 4 ("salvo altrimenti disposto dalla presente direttiva"); del resto, sono le stesse direttive a prefiggersi lo scopo di riferirsi solamente a "determinati aspetti" dei contratti che ne sono oggetto, e a chiarire di lasciare impregiudicato il diritto nazionale per materie e questioni non disciplinate dalle stesse (rispettivamente, Considerando 12 e 18 delle due direttive). La presenza, in entrambi i testi normativi, di numerose e significative eccezioni[12] ha indotto autorevole dottrina a definire tale armonizzazione, fatta di sistemi atomistici e disgregati, "a macchia di leopardo[13]", con sostanziale vanificazione dello scopo prefissato in sede europea.

II. I RAPPORTI OGGETTO DELLA DISCIPLINA: I CONTRATTI DI FORNITURA DI CONTENUTI E SERVIZI DIGITALI E LA CESSIONE DEI DATI PERSONALI DA PARTE DELL'UTENTE.

Con specifico riguardo all'individuazione dei rapporti oggetto della direttiva 770/2019, dal tenore testuale dell'art. 3 par. 1 emerge l'estrema ampiezza del suo ambito di intervento, vista l'applicabilità della disciplina a "qualsiasi" contratto di fornitura, indipendentemente dalla ricorrenza di specifici tipi contrattuali (ad esempio, la somministrazione o l'appalto) di uso frequente nella prassi. A differenza della direttiva sulla vendita, che si riferisce ad un unico modello negoziale, il legislatore ha inteso fare riferimento ad un insieme di relazioni differenti che sfuggono ad una

10 Direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, G.U.U.E. del 7.7.1999, L 171.

11 Pagliantini, S.: "L'armonizzazione minima tra regole e principi (studio preliminare sul diritto contrattuale derivato)", in AA.VV.: *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole* (a cura di G. D'Amico e S. Pagliantini), G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, pp. 61-63; Id.: "Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata nella dir. UE 2019/771, *Giurisprudenza italiana*, 2020, n. 1, pp. 217-238.

12 Barenghi, A.: «Osservazioni sulla nuova disciplina delle garanzie nella vendita di beni di consumo», *Contratto e impresa*, 2020, n. 2, pp. 806-822, spec. p. 808: "In concreto appare impressionante (...), trattandosi di una direttiva che cerca l'armonizzazione massima il suo profilo qualificante, la quantità di deroghe che vengono introdotte al principio".

13 Mastroianni, R.: «L›attuazione a livello nazionale degli atti europei: le regole della legge 234 del 2012 alla prova della prassi recente», *Contratto e impresa. Europa*, 2018, n. 1, pp. 99-114.

piena capacità regolativa del diritto civile, rimanendo tale categoria contrassegnata da una "parziale indeterminatezza[14]".

Più approfonditamente, la direttiva in esame trova applicazione per due categorie di operazioni negoziali, entrambe distintamente previste dall'art. 3 par. 1. La prima, che non crea particolari problemi interpretativi, ricomprende le fattispecie negoziali in cui la fornitura di contenuti o servizi digitali è posta in relazione di corrispettività con il pagamento del prezzo da parte del consumatore, secondo il modello standard del contratto oneroso a prestazioni corrispettive.

Il secondo capoverso del par. 1 enuncia un modello alternativo di operazione economica, qualificato dalla direttiva non espressamente come "contratto", ma con il più generico termine "caso". Si tratta della diversa ipotesi in cui il professionista fornisce contenuti o servizi digitali al consumatore, che, di contro, non paga un prezzo[15], ma "fornisce o si impegna a fornire" dati personali. La particolarità della fattispecie emerge dall'apparente assenza di una relazione di corrispettività tra le prestazioni eseguite dai due contraenti, tale da consentire la qualificazione della fornitura di servizi digitali in termini di gratuità. In queste ipotesi, si sostituisce al noto schema del contratto di vendita - che realizza un trasferimento definitivo del diritto dall'alienante all'acquirente - un paradigma fondato sulla licenza[16], in forza del quale il concedente permette al concessionario di usare una certa entità (i dati personali), per un periodo di tempo determinato e ad un fine preciso.

La cessione dei dati personali è ricostruita attraverso la descrizione funzionale dell'operazione economica realizzata in concreto, che mira allo scambio tra utilità, nonostante l'apparente gratuità[17] dello schema contrattuale. Da tale riflessione scaturisce la possibilità - almeno per il giurista italiano - di analizzare il fenomeno della circolazione dei dati personali secondo la prospettiva causale, rendendo la fornitura dei dati personali non solo un fenomeno economicamente rilevante, ma anche giuridicamente valutabile, quale ragione pratica del contratto, nella prospettiva dell'interesse che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare[18].

14 Camardi C.: «Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali», *Giustizia civile*, 2019, n. 3, pp. 499-523, spec. p. 503. La varietà e l'elasticità sono il tratto caratterizzante i "privacy contracts": cfr. Rhoen, M.: "Big data and Consumer Participation in Privacy Contracts: Deciding who Decides on Privacy", *Utrecht Journal of International and European Law*, 2015, vol. 31 n. 80, pp. 51-71, spec. p. 53.

15 L'art. 2 n. 7) della direttiva (UE) 2019/770 definisce il "prezzo" esclusivamente come "la somma di denaro o la rappresentazione di valore digitale dovuto come corrispettivo per la fornitura di contenuto digitale o di servizio digitale".

16 Zeno Zencovich, V.: "Do "Data markets" Exist?", *Medialaw*, 2019, n. 3, pp. 1-26.

17 Ad esempio, sebbene il download della nota applicazione Pokémon-Go prodotta dallo sviluppatore Niantic venga offerto a 0,00 €, è dubbio che esso possa dirsi gratuito: l'utente, per utilizzare l'applicazione deve necessariamente prestare il consenso alla cessione e al trattamento dei propri dati personali. V. Kremer, S.: «Should I Pokémon Or Go?", *Wettbewerb im Recht und Praxis*, 2016, n. 9, p. 303.

18 Propone tale lettura Ricciuto, V.: "Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali", *Rivista di diritto civile*, 2020, n. 3, pp. 642-662, spec. pp. 651-654. Sul concetto di causa, si vedano, citati anche alle note 25, 26, 27 del contributo da ultimo richiamato Bianca, C.M.: "Causa concreta

L'attuale formulazione della norma è diversa da quella presente nella proposta di direttiva emessa nel dicembre 2015[19]. L'originario testo dell'art. 3 par. 1 stabiliva l'applicabilità della direttiva ai "contratti in cui il fornitore fornisce contenuto digitale al consumatore, o si impegna a farlo, e in cambio del quale il consumatore corrisponde un prezzo oppure fornisce attivamente una controprestazione non pecuniaria sotto forma di dati personali o di qualsiasi altro dato". Il ragionamento di policy sotteso alla disposizione era chiarito dal Considerando 13[20], che, preso atto del valore economico attribuibile ai dati personali nel contesto dell'economia digitale, recepiva la prassi dello scambio tra contenuti digitali e l'accesso ai dati personali, atto espressamente qualificato in termini di "controprestazione non pecuniaria".

Il successivo Considerando 14 introduceva una significativa e opinabile limitazione, basata sulla natura attiva o meno della fornitura delle informazioni da parte del consumatore, e prevedendo la circoscritta applicazione della Direttiva ai soli casi di cessione dei dati da parte del consumatore a seguito di un suo "comportamento attivo", sia diretto che indiretto. La previsione, che avrebbe introdotto una distinzione artificiosa tra categorie, condivisibilmente[21] non è stata riproposta nella versione definitiva della direttiva.

La formulazione contenuta nella proposta è venuta meno a seguito del parere del 14 marzo 2017 del Garante europeo della protezione dei dati personali[22], fortemente critico sul punto. Egli ha mostrato di non condividere la qualificazione del consenso al trattamento dati in termini di "corrispettivo non pecuniario", dal momento che la protezione dei dati personali, espressione di diritto fondamentale, non può essere ricondotta ad un semplice interesse dei consumatori, né i dati personali possono essere considerati una mera merce.

---

del contratto e diritto effettivo", *Rivista di diritto civile*, 2014, vol. 60, n. 2, pp. 252-272; Ferri, G.B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966, pp. 27-29.

19 Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale, Bruxelles, 9.12.2015 COM(2015) 634 final 2015/0287(COD).

20 Considerando 13 della proposta di direttiva: "Nell'economia digitale, gli operatori del mercato tendono spesso e sempre più a considerare le informazioni sulle persone fisiche beni di valore comparabile al denaro. I contenuti digitali sono spesso forniti non a fronte di un corrispettivo in denaro ma di una controprestazione non pecuniaria, vale a dire consentendo l'accesso a dati personali o altri dati (...)".

21 In senso critico verso la scelta di restringere il campo di applicazione della direttiva ai casi in cui i dati sono forniti attivamente dall'interessato, *vid.* De Franceschi, A.: *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, pp. 79-82; Metzger, A.: "Data as Counter-Performance: What Rights and Duties do Parties Have?" disponibile su www.jipitec.eu/issues, pp.1-7, spec. p. 3; Narciso, M.: "Gratuitous Digital Content Contracts in EU Consumer Law", *Journal of European Consumer and Market Law*, 2017, n. 5, pp. 198-206 s.; Resta, G., Zeno Zencovich, V.: "Volontà e consenso nella fruizione dei servizi di rete", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2018, n. 2, pp. 411-440, spec. p. 424.

22 EDPS Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspect concerning contracts or the supply of digital content, 14 March 2017, dove testualmente si afferma che "personal information is related to a fundamental right and cannot be considered a commodity". In argomento, *vid.* Ricciuto, V.: "Nuove prospettive del diritto privato dell'economia", in AA.VV.: *Diritto dell'economia* (a cura di E. Piccozza e V. Ricciuto), G. Giappichelli Editore, Torino, 2017, p. 357.

In aderenza a tali rilievi, la prevalenza della tutela della privacy rispetto al profilo di scambio sembra trovare spazio anche nella versione definitiva della direttiva, alla luce delle norme di coordinamento con il GDPR in essa contenute. Da un lato, il Considerando 24 ribadisce che "la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale e che tali dati non possono dunque essere considerati una merce"; dall'altro, l'art. 3 par. 8, in attuazione del Considerando 37, prevede che "in caso di conflitto tra le disposizioni della presente direttiva e del diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali, prevale quest'ultimo".

Tornando all'esame delle relazioni negoziali oggetto della direttiva, il secondo capoverso del primo paragrafo dell'art. 3 introduce poi un'ulteriore suddivisione all'interno della categoria delle cd. "forniture gratuite". Coerentemente con il Considerando 25, sono esclusi dall'ambito di operatività della direttiva i casi in cui "i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente dall'operatore economico ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui è soggetto l'operatore economico e quest'ultimo non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti". Si tratta di ipotesi in cui il trattamento dati costituisce una prestazione meramente accessoria[23] della complessiva fattispecie negoziale, e poggia su condizioni di liceità diverse dal consenso, specificamente previste alle lettere b) e c) dell'art. 6 par. 1 del GDPR. In tali casi, il trattamento dati è "necessitato", in quanto strettamente correlato all'esecuzione del contratto ovvero al rispetto degli obblighi di legge.

III. IL RUOLO DEL CONSENSO AL TRATTAMENTO DATI PERSONALI NEL DIRITTO DEI CONTRATTI

L'ambito di applicazione della direttiva comprende dunque i casi in cui vengono in rilievo fattispecie contrattuali implicanti il trattamento di dati personali, la cui base giuridica, di stampo volontaristico, è costituita dal consenso, condizione legittimante prevista dall›art. 6 paragrafo 1 lett. a) del GDPR. Dall'esame complessivo dell'articolo citato, emerge la generale decentralizzazione di questa condizione di liceità, che può essere alternativamente sostituita da una delle altre condizioni legittimanti indicate nella norma in questione[24], tra di loro equivalenti.

23 Thobani, S.: "La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità", *Europa e diritto privato*, 2016, n. 2, p. 513-557, spec. p. 526: "ragionando diversamente, sarebbe sufficiente inserire il consenso in un contratto invece che in una dichiarazione unilaterale per escludere l'applicazione delle norme dettate dal codice della privacy".

24 Bravo, F.: "Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento di dati personali", in AA.VV.: *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali* (a cura di G. Finocchiaro), Zanichelli, Bologna, 2017, pp. 101 ss; Basunti, C.: "La (perduta) centralità del consenso nello specchio delle condizioni di liceità del trattamento dei dati personali", *Contratto e impresa*, 2020, n. 2, pp. 860 ss; Caggia, F.: "Libertà ed espressione del consenso", in AA.VV.: *I dati personali nel diritto europeo* (a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto), G. Giappichelli Editore, Torino, 2019, pp. 249-273, spec. p. 250.

Dal momento che, come già detto, la direttiva fa riferimento alle sole ipotesi in cui il trattamento dato abbia base consensuale e si inserisca all'interno della cornice negoziale rappresentata dal contratto di fornitura di contenuti o servizi digitali, è necessario interrogarsi in primis sulla natura del consenso al trattamento dati, anche in rapporto al consenso negoziale, quale imprescindibile requisito per la stipula di ogni contratto. Successivamente, si procederà all'analisi degli specifici ed elevati standard di validità richiesti al consenso al trattamento dati, che costituiscono un quid pluris rispetto ai requisiti richiesti al consenso negoziale dal diritto comune, che rimane sottoposto alle ordinarie regole contrattuali volte a determinare la corretta formazione della volontà.

1. I modelli di qualificazione del consenso.

Com'è noto, la natura del consenso è molto dibattuta in dottrina[25]. L'opzione ricostruttiva adottata non è neutrale, bensì espressiva di una scelta di sistema, orientata alternativamente ad una lettura personalistica ovvero patrimonialistica della tutela dei dati personali, e produce effetti anche in termini di disciplina applicabile (ad esempio, nel caso in cui il consenso non sia validamente prestato, in relazione ai rimedi esperibili da parte del soggetto leso).

Secondo una prima tesi, ancorata all'ottica della tutela assoluta dell'individuo, il consenso è uno strumento di autodeterminazione della personalità umana, non valutabile in termini patrimoniali e privo di valore negoziale[26]. La manifestazione del consenso è allora un mero atto giuridico, volto alla rimozione di un limite all'esercizio di una facoltà. Esso assume il ruolo di atto autorizzatorio - di tipo integrativo e non costitutivo[27] - di diritto privato, specificazione della più generica figura del consenso dell'avente diritto[28]. Più precisamente, l'assenso al trattamento dati non espleta propriamente la funzione di una scriminante, volta a giustificare un'attività altrimenti ex se illecita[29]: qui si verifica solo l'eliminazione di un ostacolo, posto dall'ordinamento in funzione dell'interessato, all'esercizio dei poteri di cui il titolare al trattamento dati è già titolare in forza della legge, con conseguente riespansione dello stesso, temporaneamente sospeso.

25 Sica, S.: "Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica", *Rivista di diritto civile*, 2001, vol. 6, n. 2, pp. 621-641, spec. p. 633.

26 Questa posizione è sostenuta da Mirabelli, G.: «Le posizioni soggettive nell› elaborazione elettronica dei dati personali», *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1993, n. 2, pp. 313-330, spec. p. 323; Messinetti, D.: "Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali", *Rivista critica del diritto privato*, 1998, n. 3, pp. 339-407.

27 Auricchio, A.: voce "Autorizzazione", *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 502-504.

28 De Cupis, A.: "I diritti della personalità", in AA.VV.: *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da A. Cicu, F. Messineo e continuato da L. Mengoni), Giuffrè, Milano, 1982, pp. 93-96.

29 Mazzamuto, S.: "Il principio del consenso e il potere della revoca", in AA.VV.: *Libera circolazione e protezione dei dati personali* (a cura di R. Panetta), I, Giuffrè, Milano, 2006, p. 993 ss, spec. 1028.

Secondo altra ed opposta tesi[30], i dati personali sono ormai divenuti oggetto di un processo di reificazione e sono suscettibili di trasferimento grazie al consenso dell'interessato, atto che assume natura negoziale e funzione dispositiva[31].

Si può obiettare però che l'interessato, pur dopo la prestazione del consenso, non perde mai il totale controllo su tali dati, a differenza di qualsiasi altro negozio di trasferimento, per cui tale operazione negoziale non può totalmente ricondursi alla fattispecie tipica di cui all'art. 1376 c.c. Com'è stato acutamente osservato, il regime di circolazione del dato personale "è connotato dalla persistenza di un incisivo potere di controllo sulle modalità di utilizzazione della risorsa ben oltre il primo atto di disposizione del diritto[32]". Tale assunto mal si concilia con la struttura contrattuale di una cessione definitiva, atteso che neppure può escludersi l'ipotesi che altri soggetti acquistino diritti concorrenti vertenti sui medesimi dati[33]. Sarebbe preferibile optare allora per una diversa ricostruzione, in cui il consenso dell'interessato è presupposto per il trasferimento non della titolarità di un diritto sui dati, ma del mero esercizio al trattamento[34] degli stessi, ossia al loro sfruttamento, alla loro utilizzazione sul mercato.

Vi è inoltre chi ha sottolineato come la natura del consenso sfugga ad un inquadramento sistematico omogeneo, e che l'univoca e netta configurazione dello stesso in una categoria normativa (atto autorizzatorio o atto di natura negoziale) farebbe torto non solo alla disciplina, ma anche alla variegata esperienza della prassi sociale ed economica che vede l'utilizzo di schemi, modelli, comportamenti concludenti in relazione alle esigenze concrete[35]. La tesi che si sostiene è quella secondo la quale il consenso possa assumere natura e rilievo diversi a seconda dei diversi ambiti del diritto[36].

30 Senigaglia, R.: "La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali", *Contratto e impresa*, 2020, n. 2, pp. 760-783, spec. p. 765; Calisai, F.: "I diritti dell'interessato", in AA.VV.: *I dati personali*, cit., pp. 327 ss.

31 Oppo, G.: "Sul consenso dell'interessato", in AA.VV.: *Trattamento dei dati e tutela della persona* (a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto e V. Zeno Zencovich), Giuffrè, Milano, 1999, p. 123 ss; Bilotta, F.: "Consenso e condizioni generali di contratto", in AA.VV.: *Il trattamento dei dati personali* (a cura di V. Cuffaro e V. Ricciuto), II, G. Giappichelli Editore, Torino, 1999, p. 87 ss.

32 Resta, G.: *Autonomia privata e diritti della personalità*, Jovene, Napoli, 2005, p. 339.

33 Perlingieri, P.: "L'informazione come bene giuridico", *Rassegna di diritto civile*, 1990, n. 3, p. 330, osserva che l'esclusività "non è sempre caratteristica della proprietà (...), ed è comunque assente in quelle situazioni soggettive non caratterizzate dallo ius excludendi alios"; Resta, G.: *Dignità, persone, mercati*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014, p. 93, secondo il quale un negozio "avente ad oggetto attributi della persona (...) non potrà validamente realizzare alcun fenomeno di alienazione traslativa delle situazioni coinvolte".

34 Nicolussi, A.: voce "Autonomia privata e diritti della persona", *Enciclopedia del Diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 133 e 139.

35 Ricciuto V.: «La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno», *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, n. 4-5, pp. 689-726, spec. p. 706: "La verità è che deve sottolinearsi la forte problematicità di una ricostruzione in termini unitari della natura del consenso e del ruolo che esso assume (..). Non v'è dubbio che il fenomeno sfugge ad un inquadramento sistematico ed omogeneo del consenso anche considerando che numerose sono le tipologie delle operazioni di trattamento e le tipologie dei dati".

36 Sica, S.: "Il consenso al trattamento", cit., p. 640, secondo il quale "se proprio si dovesse scegliere un nomen juris, il consenso in questione potrebbe essere definito elemento di una fattispecie legale a contenuto e

Secondo un'interessante ricostruzione[37], quando il dato personale diviene oggetto del contratto, l'atto che acconsente all'interferenza nella propria sfera personale da parte del titolare dei dati (il consenso al trattamento) e l'atto di disposizione del bene (consenso contrattuale) partecipano alla medesima fattispecie negoziale, in funzione conformativa dell'oggetto contrattuale. Il contratto di fornitura di contenuti o servizi digitali diverrebbe così una fattispecie complessa ma unitaria, e andrebbe ricostruito quale atto oggettivamente complesso[38], dove la complessità nascerebbe non da più volontà facenti capo a soggetti distinti, ma da una pluralità di volontà di uno stesso soggetto, che, differenziandosi per il contenuto, si esteriorizzano in un unico atto.

L'opinione prevalente sostiene invece che si tratti di un modello contrattuale caratterizzato da due momenti negoziali distinti, sia pure collegati nel contesto di un'operazione economica unitaria. Il consenso al trattamento è una prestazione fungibile[39], sostituibile dal pagamento di una somma di denaro (art. 3 par. 1 primo capoverso) senza che il contratto venga snaturato; esso non si confonde con il consenso negoziale, necessariamente richiesto per la stipula del contratto di fornitura. Inoltre, il consenso al trattamento dati assume un ruolo ontologicamente e giuridicamente preliminare rispetto alla volontà negoziale, tanto che se viene meno il primo (si pensi ai casi di invalidità o di revoca), il contratto di fornitura sarà inevitabilmente caducato[40], in attuazione del ben noto brocardo latino "simul stabunt, simul cadent".

Una recente sentenza della Corte di Cassazione[41] si è espressa sulla natura del consenso al trattamento in rapporto al consenso reso per fini contrattuali

disciplina composita: ergo, non il ma i consensi".

37 Senigaglia, R.: "La dimensione patrimoniale", cit., p. 771.

38 Lucifredi, R.: voce "Atti complessi", *Novissimo digesto italiano*, I, 2, Utet, Torino, 1957, p. 1503; Migliarese, F.: voce "Atto complesso", *Enciclopedia giuridica*, IV, Treccani, Roma, 1988, p. 339.

39 Thobani, S., *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Ledizioni, Milano, 2018, p. 46: "In altri termini, ciò che caratterizza il contratto è il bene o servizio reso, mentre lo sfruttamento dei diritti della personalità ben potrebbe essere sostituito da un corrispettivo in denaro – o, in ipotesi, il bene o servizio potrebbero essere erogati gratuitamente – senza che il negozio ne risulti snaturato".

40 Bravo, F.: "Lo 'scambio di dati personali' nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto", *Contratto e impresa*, 2019, n. 1, pp. 34-58, spec. p. 46 ("Sicché, ove venisse meno il consenso al trasferimento dei dati personali, si avrebbe anche la caducazione (degli effetti) dell'accordo sull'utilizzo, a titolo oneroso o gratuito, dei dati personali dell'interessato...") e p. 51 ("La revoca del consenso al trattamento, quindi, spiega effetti giuridici sull'eventuale contratto di utilizzazione dei dati personali...)". In giurisprudenza, *vid*. Cass. Civ., sez. II, 8 aprile 2013, n. 8527, in www.dejure.it, in cui viene ribadita la separazione ontologica tra i due tipi di consenso: "il consenso informato non attiene alla validità del contratto d'opera professionale (...), ma al trattamento sanitario necessario per l'attuazione della [terapia]".

41 Cass. sez. I. civ. 2 luglio 2018, n. 17278, in *Corriere giuridico*, 2018, n. 11, p 1457. In argomento, *vid*. Falciai, L:. "Il consenso dell'interessato come condizione per l'offerta di un servizio: la sentenza della Corte di Cassazione 17278/2018", *Ciberspazio e Diritto*, 2018, n. 3, pp. 421-430; Zanovello, F.: "Consenso libero e specifico alle e-mail promozionali", *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018, vol. 12, n. 1, pp. 1778-1780; Vigentini, A.: "Newsletter" pubblicitarie: la posizione della Cassazione sulla necessità di consenso informato", *La rivista di diritto dei media*, 2018, n. 3, pp. 1-5.

chiarendo appunto che, in materia di protezione dei dati personali, sia "da escludere che il consenso considerato da tale disposizione [l'art. 23 d.lgs. n. 196 del 2003; ora l'art. 7 Reg. 2016/679] sia semplicemente il medesimo consenso in generale richiesto a fini negoziali". Tale affermazione viene sostenuta sulla base di due ragioni, l'una formale e l'altra sostanziale: da un lato infatti, se il consenso alla protezione dei dati personali fosse inteso nella medesima accezione di quello richiesto a fini contrattuali, la norma di settore appositamente introdotta diverrebbe inammissibilmente superflua; dall'altro, è necessaria la prestazione di un consenso rafforzato in funzione della tutela della situazione di debolezza intrinseca dell'interessato[42].

2. I requisiti del consenso.

Proprio la ratio di tutela della persona sottesa alla manifestazione del consenso al trattamento, quale strumento di esercizio di autodeterminazione informativa dell'interessato, giustifica l'espressa previsione normativa di diversi e più stringenti requisiti di validità, che appare opportuno ripercorrere sinteticamente in questa sede.

L'art. 4 n. 11) del GDPR descrive il consenso come "qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile dell'interessato, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile, che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento".

Quanto alla forma di manifestazione, la norma richiede che si tratti di un atto positivo inequivocabile, che può tradursi sia in dichiarazioni espresse che in fatti concludenti, senza la necessaria adozione di una specifica forma ai fini della sua validità. L'approccio orientato al principio di libertà della forma trova conferma nel Considerando 32[43], che elenca una serie di atti compiuti durante la navigazione in rete, idonei ad indicare l'accettazione al trattamento da parte dell'interessato. È stata inoltre eliminata la necessità di documentare per iscritto il consenso: sarà il titolare del trattamento a dover fornire la prova dell'avvenuta prestazione dello stesso ex art. 7 comma 1 GDPR.

42 Cfr. Cass. n. 17278/2018 cit., secondo la quale è particolarmente avvertita "l'esigenza di tutelare la pienezza del consenso, in vista dell'esplicazione del diritto di autodeterminazione dell'interessato, attraverso la previsione di obblighi di informazione contemplati in favore della parte ritenuta più debole".

43 Considerando 32 del Regolamento (UE) 2016/679: "(...) Ciò potrebbe comprendere la selezione di un'apposita casella in un sito web, la scelta di impostazioni tecniche per servizi della società dell'informazione o qualsiasi altra dichiarazione o qualsiasi altro comportamento che indichi chiaramente in tale contesto che l'interessato accetta il trattamento proposto. Non dovrebbe pertanto configurare consenso il silenzio, l'inattività o la preselezione di caselle (...)".

Il problema dell'inequivocabilità della dichiarazione risiede comunque nelle modalità concrete di acquisizione del consenso[44], poiché il consumatore, soprattutto durante la navigazione sul web, potrebbe essere indotto a prestarlo in maniera automatica, sulla base di un gesto pedissequo (la marcatura di caselle) privo di consapevolezza decisionale[45]. Per tali ragioni, un valido consenso non solo non può desumersi dalla mera inerzia dell'interessato, ma neppure nei casi in cui la scelta di prestarlo risulti in concreto più agevole rispetto alle operazioni macchinose richieste per negarlo[46].

Il requisito della libertà è meglio chiarito dall'art. 7 par. 4 del GDPR, che ne mette in dubbio l'esistenza nell'ipotesi in cui l'esecuzione di un contratto sia condizionata alla manifestazione di un consenso al trattamento non necessario ai fini dell'esecuzione o della prestazione. La norma introduce una "presunzione (iuris tantum) di invalidità" del consenso prestato[47] e fornisce un parametro di valutazione, da considerare insieme ad altri indici, ai fini del giudizio sulla validità del consenso prestato. Tale scelta normativa costituisce la sintesi delle opinioni delle autorità garanti nazionali europee[48], tra cui quella del Garante Italiano, il quale ha osservato che "il consenso del contraente per l'attività promozionale deve intendersi libero quando non è preimpostato e non risulta - anche solo implicitamente in via di fatto - obbligatorio per poter fruire del prodotto o servizio fornito dal titolare del trattamento[49]".

In alcuni ordinamenti nazionali tale divieto di "consenso condizionato" è stato anche oggetto di un apposito intervento normativo, come, per esempio,

44 In argomento, si veda, la sent. della Corte di Giustizia UE, C-673/2017, cd. "caso Planet49", del 1 ottobre 2019, in https://curia.europa.eu, spec. para. 52: "il requisito della «manifestazione» della volontà della persona interessata evoca chiaramente un comportamento attivo e non uno passivo. Orbene, il consenso espresso mediante una casella di spunta preselezionata non implica un comportamento attivo da parte dell'utente di un sito Internet". In argomento, *vid.* Cabazzi, R.: "Utilizzo dei "cookie" e (nuova) tutela dell'utente interessato: la presa di posizione della Corte di giustizia nel caso "Planet49"", *Rivista di diritto dei media*, 2020, n. 2, pp. 316-322; El Sabi, S.: "La Corte di Giustizia vieta le caselle di spunta preselezionate per il consenso all'uso dei cookie", *Giustiziacivile.com*, 19.02.2020.

45 Caggia, F.: "Libertà ed espressione", cit., p. 253, che sottolinea come l'astrattezza della declamata centralità del ruolo del consenso, problema già sollevato da Solove, D.J.: "Introduction: Privacy Self-Management and the Consent Dilemma", *Harvard Law Review*, 2013, vol. 126, n. 7, pp. 1080-1913; Kim, N. S., Jeremy Telman, D. A.: "Internet Giants as Quasi-Governmental Actors and the Limits of Contractual Consent", *Missouri Law Review*, 2015, vol. 80, pp. 723-772.

46 Thobani, S.: *Diritti della personalità*, cit., pp. 169-170. Il Garante per la privacy ha ritenuto valido il consenso al trattamento prestato attraverso la mera prosecuzione della navigazione preceduta dal banner contenente l'informativa breve: *vid.* provvedimento n. 229, "Individuazione sulle modalità semplificate per l'informativa e l'acquisizione del consenso per l'uso dei cookie", doc. web n. 33118884, dell'8 maggio 2014, disponibile su www.garanteprivacy.it.

47 Resta, G., Zeno Zencovich, V.: "Volontà e consenso", cit., p. 432.

48 Thobani, S.: *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 52 e nt. 8 per i riferimenti giurisprudenziali; per una rassegna completa delle decisioni dei garanti Id., "La libertà del consenso al trattamento", cit., p. 538.

49 In questo senso, il provvedimento del 4 luglio 2013, n. 330, doc. web n. 2542348; trattasi di orientamento consolidato: *vid.* provvedimento del 28 maggio 1997, doc. web 40425 e provvedimento dell'8 settembre 1997, doc. web 1055101, tutti disponibili su www.garanteprivacy.it.

in Germania, grazie alla formalizzazione del "Koppelungsverbot"[50]. Si tratta di fattispecie riconducibili al divieto dei tying/bundling agreements previsti nel diritto della concorrenza (ex art. 101 comma 1 lett. e) del TFUE), introdotto non solo al fine di assicurare la libertà del consenso del singolo individuo, ma anche per evitare, in capo agli operatori di rete, un'eccessiva concentrazione di potere ottenuta grazie ad un'attività di raccolta dati e di controllo di una massa enorme di informazioni, nei confronti di un pubblico indistinto[51].

La disposizione da ultimo citata è stata di recente oggetto di aperture ad opera della Corte di Cassazione che, nella menzionata sentenza n. 17278 del 2018, ha mostrato un'ottica di favore[52] per il titolare del trattamento qualora vengano erogati via Internet servizi fungibili e per i quali la rinuncia non comporti un sacrificio gravoso: nello specifico, è stato ritenuto possibile per il "gestore di un sito Internet, il quale somministri un servizio fungibile, cui l'utente possa rinunciare senza gravoso sacrificio (...) condizionare la fornitura del servizio al trattamento dei dati per finalità pubblicitarie (...)".

La specificità, richiede che la prestazione del consenso sia compiuta per finalità determinate (art. 6 par. 1 lett. a) del GDPR) e che sia presentata "in modo chiaramente distinguibile dalle altre materie, in forma comprensibile e facilmente accessibile, utilizzando un linguaggio semplice e chiaro" (art. 7 par 2). Tale requisito assume la funzione delimitante dello spazio e dell'ampiezza dell'interferenza altrui nella sfera dell'utente, e dunque "funge da precetto di necessaria determinazione dell'oggetto dell'atto di disposizione[53]" del diritto.

La disciplina generale del regolamento privacy deve essere integrata con quella di settore, rappresentata dalla direttiva 2011/83/UE[54], visto che, dal punto di vista soggettivo, la direttiva 770/2019 si applica ai contratti stipulati tra operatore

50 Il diritto tedesco, dopo aver introdotto con l'art. 28 comma 2b BDSG il divieto di condizionare la prestazione di un servizio di contenuto digitale al consenso dell'utente alla cessione dei propri dati nel Telemediengesetz lo ha poi reso di applicazione generale con la modifica della legge federale sulla protezione dei dati. Per un commento a tale disposizione *vid.* Spindler, H., Nink, J.: "Sub 28 BDSG", in AA.VV.: *Recht der Elektronischen Medien: Kommentar* (a cura di H. Spindler e F. Schuster), 3, C. H. Beck, Monaco, 2015, pp. 150-182.

51 I casi sottoposti all'attenzione delle autorità garanti riguardavano trattamenti di massa di informazioni personali raccolte tramite la rete, i rischi scaturenti dai quali erano relativi sopratutto alla profilazione di una grande massa di utenti e di organizzazione degli stessi in gruppi sociali determinati. Sul punto, Thobani, S.: *I requisiti del consenso*, cit. p. 53. Sui rischi di queste attività circa la realizzazione di nuove e più sofisticate forme di discriminazione si era già espresso Rodotà, S.: "Protezione dei dati personali e circolazione delle informazioni", *Rivista critica di diritto privato*, 1984, n. 4, p. 762.

52 Bravo, F:. «Lo ‹scambio di dati personali›», cit., p. 56, che tuttavia evidenzia la vaghezza del principio giurisprudenziale enunciato, in particolare con riguardo al concetto di pregiudizio.

53 Senigaglia, R.: «La dimensione patrimoniale «, cit., p. 774; Resta, G.: *Dignità, persone,* cit., p. 117, secondo il quale "l'obiettivo sotteso ad una regola siffatta è evidentemente quello di assicurare che il soggetto sia posto nelle condizioni di prefigurarsi l'esatta estensione e la reale portata del proprio atto dispositivo, atteso che solo così è possibile parlare di una determinazione di volontà effettivamente ponderata e consapevole".

54 Direttiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del

economico e consumatore. Dunque, l'inserimento della richiesta di consenso al trattamento dati tra le condizioni generali di contratto ex art. 1341 c.c., impedendo al consumatore di selezionare i trattamenti da accettare, lo costringerebbe ad aderire in blocco alle clausole contrattuali[55]. L'esigenza di tutela consumieristica può manifestarsi anche nel caso di inserimento di clausole vessatorie, visto che il Considerando 42 del GDPR raccomanda che la dichiarazione unilaterale di consenso predisposta dal titolare del trattamento "non contenga clausole abusive".

Il requisito dell'informazione, finalizzato ad assicurare un trattamento trasparente e corretto, si sostanzia nella comunicazione all'interessato di una serie di dati, analiticamente indicati nell'art. 13 del GDPR, da suddividere in due gruppi. Mentre le informazioni elencate nel primo paragrafo riguardano il contenuto e l'estensione del consenso, il secondo gruppo è orientato a richiamare l'attenzione dell'interessato sui suoi diritti, promuovendone l'effettiva conoscenza[56], nonché a garantire che la volontà di acconsentire al trattamento si sia correttamente formata con riferimento all'obbligatorietà o meno del conferimento[57]. L'adempimento del dovere di informazione svolge il duplice ruolo di concorrere ad integrare il requisito della specificità del consenso, delimitando l'ambito e lo scopo del trattamento, e parimenti quello di fornire una più compiuta regolamentazione della relazione tra interessato e titolare del trattamento, producendo effetti di tipo prescrittivo.

3. Gli obblighi di informazione precontrattuale: rilettura in chiave evolutiva delle nozioni di "prezzo" e "pagamento".

La cessione di informazioni e la corretta formazione del consenso necessitano di essere valutati anche alla luce della disciplina di settore a tutela del consumatore, soprattutto sotto il profilo dell'apparente gratuità dei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali previo conferimento di dati personali. La necessità di un raccordo, pur evidenziata nel Considerando 42 (in cui si legge che "i requisiti del contratto dovrebbero includere quelli derivanti dalle informazioni precontrattuali che, in conformità della direttiva 2011/83/UE, sono parte integrante del contratto")

Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, G.U.U.E. del 22.11.2011, L. 304/64.

55 Cfr. Addante, A.: "La circolazione negoziale dei dati personali nei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali", *Giustizia civile*, 2020, n. 4, pp. 889-931, spec. pp. 908-909. Si veda il caso Pampers, provvedimento del 21 giugno 2019, doc. web. n. 9120218, disponibile su www.garanteprivacy.it.

56 Manes, P.: *Il consenso al trattamento dei dati personali*, Cedam, Padova, 2001, p. 93, la quale sottolinea la funzione "pedagogica", che consiste nel far conoscere all'interessato i propri poteri di controllo sui dati", dell'obbligo di informare l'interessato in merito ai suoi diritti.

57 Su tale elemento dell'informativa cfr. Barba, A.: "Le modalità del trattamento", in AA.VV.: *La disciplina del trattamento dei dati personali* (a cura di V. Cuffaro e V. Ricciuto), G. Giappichelli Editore, Torino, 1997, p. 180 s.; Lo Surdo, C.: "Il ruolo dell'obbligo di informativa", in AA.VV.: *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali* (a cura di R. Pardolesi), Giuffrè, Milano, 2003, pp. 699-750, spec. p. 734 ss., la quale sottolinea la differenza tra "conferimento", che può essere obbligatorio o facoltativo, e "consenso", che "non può mai dirsi obbligatorio".

non è stata tradotta in specifiche disposizioni normative nel corpo degli articoli, dove manca ogni riferimento all'obbligo di informativa precontrattuale.

La direttiva 2011/83 prevede che prima che il consumatore sia vincolato ad un contratto a distanza o stipulato fuori dai locali commerciali, debba essere informato dal professionista circa il "prezzo" finale di beni e servizi (art. 6 par. 1 lett. e)). Inoltre, in ossequio al disposto di cui all'art. 8, par. 2, nel caso in cui sul consumatore incomba l'obbligo di pagare, il professionista non soltanto è tenuto a trasmettere le informazioni di cui all'art. 6 "direttamente prima che il consumatore inoltri l'ordine", ma deve altresì garantire che il consumatore riconosca espressamente che l'ordine implichi un obbligo di "pagamento"; in caso di inosservanza di tale obbligo, il consumatore non sarà vincolato dal contratto o dall'ordine[58].

Va premesso che, nella normativa vigente, sia europea sia italiana, manca un'espressa definizione delle nozioni di "prezzo" e di "pagamento". Secondo l'interpretazione tradizionale, restrittiva,[59] tali termini sarebbero idonei a ricomprendere soltanto l'ipotesi della dazione di una somma di denaro: pertanto, l'atto del conferimento di dati non necessiterebbe di alcuna informativa precontrattuale da parte del professionista[60]. Come si è detto, tuttavia, nonostante la mancata qualificazione della cessione dei dati come controprestazione, nella sostanza tale trasferimento comporta a carico del consumatore un sacrificio economico non indifferente, ed anzi è proprio l'errata convinzione in capo allo stesso della gratuità della cessione a costituire il presupposto di una volontà negoziale viziata.

La palese irragionevolezza della ricostruzione tradizionale, in uno con la vaghezza del testo della direttiva[61] che lascia ampi margini interpretativi, rende non solo possibile, ma anche necessaria, un'interpretazione evolutiva del significato di "prezzo" e, parallelamente, di "pagamento", in modo tale da ricomprendere l'esecuzione di una prestazione avente ad oggetto l'autorizzazione al trattamento dati. È già stato notato[62] come il codice civile italiano usi indifferentemente le nozioni

58 *Vid.* in argomento, sulla corrispondente normativa nazionale, ex multis, Navone, G.: "Requisiti formali per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali", in AA.VV.: *La riforma del codice del consumo. Commentario al d.lgs. n. 21/2014* (a cura di G. D'Amico), Cedam, Padova, 2015, p. 147 ss.

59 Wendehorst, C.: "Consumer contracts and the Internet of things", in AA.VV.: *Digital revolution: Challenges for contract law in practice* (a cura di R. Schulze e J. Staudenmayer), Nomos, Oxford-Baden Baden, 2016, p. 193.

60 Il termine pagamento è di regola idealmente ricollegato al trasferimento di denaro, prestazione su cui è stata costruita la teoria dell'attività solutoria. In questi termini, Cian, G.: voce "Pagamento", *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione Civile, XIII, Utet, Torino, 1995, p. 234; Di Majo, A.: "Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1176", in AA.VV.: *Commentario del codice civile Scialoja-Branca* (a cura di F. Galgano), Zanichelli, Bologna-Roma, 1988, p. 121 ss.

61 Cfr. Considerando 12 e art. 3 par. 10 della direttiva (UE) 2019/770.

62 De Franceschi, A.: "Il "pagamento" mediante dati personali", in AA.VV.: *I dati personali*, cit., pp. 1381-1412, spec. p. 1394.

di "adempimento" e "pagamento", cui andrebbe attribuita piena equivalenza di significato.

Tale interpretazione ha di recente trovato conferma a livello normativo in sede europea: la direttiva 2019/2161/UE[63] con l'introduzione del paragrafo 1bis nell'art. 3 della direttiva sui consumatori[64], ne ha esteso l'ambito applicativo a tutti i casi in cui la controprestazione fornita dal consumatore consista nella cessione di dati personali; da ciò deriva che, anche in tali ipotesi, i consumatori hanno diritto all'informativa precontrattuale, indipendentemente dal fatto che essi paghino il servizio in denaro o mediante conferimento dei propri dati.

4. La revoca del consenso.

La peculiarità del consenso al trattamento dati non si ravvisa soltanto negli specifici requisiti di validità sopra indicati, ma anche nella previsione della sua revocabilità[65]. Muovendo dall'analisi strutturale dell'atto di consenso, la sussistenza del potere di revoca viene più agevolmente riconosciuta da coloro che aderiscono alla tesi della natura non negoziale: si tratta di una conseguenza coerente e logica di questa ricostruzione teorica, che ravvisa nei dati personali l'estrinsecazione dell'identità personale[66]. La natura negoziale del consenso invece è più difficilmente conciliabile con il riconoscimento di tale facoltà, anche se c'è una posizione possibilista che - operando un confronto tra casi di revoca del consenso e recesso contrattuale - ritiene i due elementi non necessariamente antitetici[67].

Se si adotta invece una lettura funzionale del potere di revoca, alla luce delle disposizioni contenute nel GDPR, si nota che anche dopo la prestazione del consenso il titolare conserva una serie di poteri di controllo sulle modalità di

63 Direttiva (UE) 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori, G.U.U.E. del 18.12.2019, L 328/7.

64 Art. 4 n. 2), lett. b) della direttiva (UE) 2019/2161, "Modifiche della direttiva 2011/83/UE": "La presente direttiva si applica anche se il professionista fornisce o si impegna a fornire un contenuto digitale mediante un supporto non materiale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali al professionista, tranne i casi in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati dal professionista esclusivamente ai fini della fornitura del contenuto digitale su supporto non materiale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui il professionista è soggetto, e questi non tratti tali dati per nessun altro scopo".

65 Il potere di revoca è stato innovativamente introdotto dal Regolamento (UE) 2016/679, mancando una disposizione analoga sia nella direttiva 95/46/CE sia nella normativa italiana (L. 675/1996 prima e L. 196/2003 poi). Per un'analisi della situazione giuridica del tempo, sia consentito il rinvio a Resta, G.: "Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali, *Rivista critica del diritto privato*, 2000, n. 2, pp. 299-333; Patti, S.: "Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali", *Rivista di diritto civile*, 1999, vol. 4, n. 2, pp. 455-468.

66 Messinetti, D.: "Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali", *Rivista critica di diritto privato*, 1998, n. 2, p. 339 ss., spec. p. 358. *Vid.* anche Perlingieri, P.: "L'informazione", cit., p. 326 ss; Zeno Zencovich, V.: "Sull'informazione come "bene" (e sul metodo del dibattito giuridico)", *Rivista critica di diritto privato*, 1999, n. 3, p. 485 ss.

67 Sica, S.: "Il consenso al trattamento", cit., p. 637.

trattamento, "con la conseguenza che l'originaria manifestazione di volontà non svolge mai questa funzione, fino in fondo, abdicativa, permettendo così di radicare all'interno di questa ratio anche un potere di interrompere la stessa continuazione dell'attività di trattamento attraverso l'esercizio della revoca[68]".

L'art. 7 comma 3 del GDPR chiarisce che il diritto di revoca è esercitabile dall'interessato "in qualsiasi momento" e "con la stessa facilità con cui è accordato". Questo regime di revocabilità, irrinunciabile, con effetti ex nunc, ed esercitabile ad nutum, costituisce espressione del requisito di incoercibilità del consenso, non solo nella fase iniziale del rapporto, ma per tutta la durata dello stesso.

L'irrinunciabilità del diritto di revoca presenta notevoli problemi di coordinamento con la direttiva 2011/83/UE. L'art. 16, che ha ad oggetto le eccezioni al diritto di recesso, dispone, nell'ipotesi di cui alla lettera m), che gli Stati membri non possano prevedere il diritto di recesso di cui agli artt. da 9 a 15, nel caso di contratti a distanza aventi ad oggetto la fornitura di un contenuto digitale mediante un supporto non materiale, se l'esecuzione è iniziata con l'accordo espresso del consumatore e con l'accettazione del fatto che avrebbe perso il diritto di recesso. Questa previsione, recepita in Italia all'art. 59 comma 1 lett. o) del codice del consumo[69], ha lo scopo di scongiurare abusi da parte del consumatore che, dopo aver ricevuto ed incamerato in un supporto durevole i contenuti digitali, eserciti il diritto di recesso, chiedendo la restituzione della prestazione ricevuta.

Detta disposizione non sembra applicabile nel caso in cui il contratto preveda la cessione di dati personali, stante l'incompatibilità della rinuncia alla revoca sia con l'art. 7 par. 3 GDPR, che con l'art. 8 della Carta europea dei diritti fondamentali. In tal modo però, si viene a creare un'ingiustificata disparità di trattamento tra le ipotesi di pagamento mediante dati personali e mediante corresponsione del prezzo, a svantaggio del consumatore pagante nel senso tradizionale, privato - a differenza del primo caso - dell'esercizio del diritto di recesso solo in ragione del diverso oggetto della controprestazione fornita.

Più in generale, la direttiva in esame si limita a prevedere i casi di recesso e risoluzione, senza prendere posizione sulle conseguenze sui contratti di fornitura scaturenti dall'esercizio del potere di revoca, dal momento che, come chiarito dal Considerando 40, "la presente direttiva non dovrebbe disciplinare le conseguenze per i contratti contemplati dalla presente direttiva nel caso in cui il consumatore revochi il consenso al trattamento dei dati personali. Tali conseguenze dovrebbero rimanere riservate al diritto nazionale".

68 Caggia, F.: "Libertà ed espressione" cit., p. 268.

69 Rumi, T.: "Eccezioni al diritto di recesso (Art. 59 codice del consumo)", in AA.VV.: *La riforma del codice del consumo. Commentario al d.lgs. 21/2014* (a cura di G. D'Amico), Cedam, Padova, 2015, p. 263.

La revoca del consenso produce inevitabilmente la caducazione del contratto di fornitura: pur trattandosi, secondo la ricostruzione prevalente, di momenti negoziali distinti, essi sono collegati in un'unica operazione economica, di cui la revoca altera l'originario equilibrio[70], aprendo la strada al rimedio della risoluzione nonché alle obbligazioni restitutorie.

Tale ipotesi ricostruttiva non è priva di criticità. Da un lato infatti, nella consapevolezza della circolazione dinamica dei dati personali sulla rete, non sempre l'esercizio della facoltà di revoca riesce a soddisfare pienamente gli interessi dell'utente, sebbene il titolare del trattamento sia obbligato a provvedere tempestivamente alla cancellazione dei dati ex art. 17 par. 1 lett. b), nonché alla notifica di cui all'art. 19 a tutti i destinatari, tranne nei casi di impossibilità o sforzo sproporzionato. Tali operazioni tuttavia potrebbero non essere sufficienti a bloccare la circolazione dei dati, che rimanendo nella rete, vanificherebbero il diritto all'oblio dell'interessato. Il contratto potrebbe allora prevedere apposite clausole contenenti i cd. "active choice models", che attribuiscono al consumatore la facoltà di scegliere se corrispondere una somma di denaro o fornire i propri dati personali[71]. Nel caso in cui la cessione dei dati sia effettuata al fine di ottenere sconti, la revoca potrebbe comportare il recupero delle somme corrispondenti alle riduzioni praticate ai prezzi, in applicazione della disciplina sull'arricchimento senza causa[72].

Mutando angolo prospettico, e avuto riguardo alla posizione dell'operatore economico, ci si chiede quale interesse egli possa avere alla conservazione di un contratto non produttivo di alcun vantaggio economico una volta che, esercitata la revoca, abbia perso ogni possibilità di trattamento dei dati. Si apre anche qui la possibilità di dar luogo ad obbligazioni restitutorie, ma occorre tener conto della peculiare natura digitale del servizio dedotto in contratto, non sempre restituibile alla stregua di qualsiasi altro elemento materiale. Sul punto, l'art. 16 par. 5 della direttiva prevede che in caso di risoluzione del contratto, "l'operatore economico può impedire qualsiasi ulteriore utilizzo del contenuto digitale o del servizio digitale da parte del consumatore, in particolare rendendogli il contenuto digitale o il servizio digitale inaccessibile o disattivando il suo account utente"; parallelamente,

70 Camardi, C.: "Prime osservazioni", cit., p. 510; Resta, G.: "Diritti della personalità e autonomia contrattuale", in AA.VV.: *Trattato di diritto civile* (a cura di R. Sacco), I, Giuffrè, Milano, 2019, p. 548 ss., spec. pp. 564-565, che fornisce un'analisi delle possibili opzioni ricostruttive per tali fattispecie: dal contratto risolutivamente condizionato alla persistenza del consenso al trattamento dati, al contratto soggetto al rimedio risolutorio per il venir meno della presupposizione cui le parti avevano subordinato l'intesa negoziale, al recesso unilaterale dal contratto di durata.

71 Bozzi, L.: "La disciplina delle obbligazioni restitutorie nelle proposte di direttiva sui contratti di vendita online e sulla fornitura di contenuti digitali", in AA.VV.: *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere nel diritto europeo della vendita* (a cura di A. Addante), Giuffrè, Milano, 2016, p. 128; Addante, A.: "La circolazione negoziale", cit., p. 920: "La revoca del consenso al trattamento nella sostanza travolge il contratto di fornitura ad esso collegato, ma resta sempre da verificare se, in concreto ed in particolare in ipotesi di cessione dei dati, ciò porti all'effettivo oblio dei dati medesimi".

72 Bravo, F.: "Lo 'scambio di dati personali'", cit., p. 51.

l'art. 17 par. 1 dispone che, di contro, "il consumatore si astiene dall'utilizzare il contenuto digitale o il servizio digitale e dal metterlo a disposizione di terzi".

Questa soluzione non si rivela sempre concretamente efficace, stante la diversità di fattispecie negoziali sussumibili nella generica categoria dei contratti di fornitura: tra di essi possono annoverarsi sia contratti ad esecuzione continuata o periodica, come la fruizione di contenuti in streaming, ma anche contratti ad esecuzione istantanea, come il download di un file. Solo nel primo caso il professionista potrà efficacemente inibire al consumatore un successivo indebito utilizzo della fornitura a seguito della revoca del consenso; non invece nel caso di prestazione erogata in via istantanea e definitiva, di fatto difficilmente ripetibile, con conseguente ingiustificato arricchimento dell'utente. Si pensi al caso in cui, il consumatore stipuli il contratto, acquisisca in via immediata e definitiva il contenuto, ad esempio salvandolo nel proprio PC, e in breve lasso di tempo revochi il consenso.

La questione si intreccia con ulteriori profili: ci si chiede se l'esercizio del potere di revoca debba comunque essere rispettoso del dovere di buona fede, il che renderebbe necessaria la presenza di un congruo preavviso e/o l'indicazione dei motivi, anche alla luce della lesione fraudolenta all'affidamento riposto dal professionista sulla continuità del consenso; si discute sulla possibilità di prevedere eccezioni alla regola che esclude il risarcimento del danno, nel caso di condotte lesive dell'affidamento che la controparte contrattuale ripone nel trattamento in via continuativa dei dati[73]. Pur dovendosi escludere una sua responsabilità per inadempimento ex art. 1218 c.c., potrebbe ipotizzarsi almeno la previsione di un indennizzo[74] a favore del professionista, a copertura delle spese sostenute confidando sulla permanenza del potere di disposizione sui dati dell'utente.

IV. LA VIOLAZIONE DEL GDPR QUALE DIFETTO DI CONFORMITÀ.

Un'ulteriore ipotesi di intersezione tra disciplina contrattuale, consumieristica e data protection è prospettabile durante la fase patologica del rapporto: in caso di inadempimento, anche al consumatore che "ha pagato" mediante cessione dei dati personali viene attribuita dalla direttiva la facoltà di avvalersi dei rimedi

73 Langhanke, C., Schmidt Kessel, M.: "Consumer data as consideration", *Journal of EuropeanConsumer and Market Law*, 2015, n. 13, p. 218 ss; contra, Resta, G.: "Revoca del consenso", cit., p. 313 secondo il quale l'aver manifestato un consenso al trattamento dei dati non produce in capo al titolare un affidamento giuridicamente tutelabile, con la conseguenza che l'esercizio della revoca non dipende dall'esistenza di un giustificato motivo. In generale, sull'opportunità di condizionare il diritto potestativo ad un sindacato di merito circa l'esistenza di un motivo legittimo di esercizio, *vid.* Rescigno, P.: "L'abuso del diritto", *Rivista di diritto civile*, 1965, vol. 1, n. 1, p. 205 ss.

74 Resta, G.: "Revoca del consenso e interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali", *Rivista critica del diritto privato*, 2000, n. 2, pp. 299-333, spec. pp. 327-333, che ipotizza il sorgere di un'obbligazione indennitaria dall'art. 142 comma 2 della legge sul diritto d'autore.

contrattuali ivi previsti, come anticipato dal Considerando 24[75], nell'ottica di evitare ogni disparità di trattamento.

Nonostante la dedotta insussistenza del nesso di corrispettività, il conferimento di dati personali costituisce una giustificazione causale della prestazione dell'operatore economico che si colloca all'esterno del contratto, ma dentro il contesto dell'operazione economica complessivamente realizzata: la cessione dei dati personali dà comunque luogo ad un sacrificio patrimoniale del consumatore, che deve essere considerato nella ricostruzione dell'equilibrio normativo del contratto, e che legittima, anche per tali ipotesi, l'estensione dei rimedi.

Nello specifico, essi attengono ai casi di mancata fornitura (art. 13) e di difetto di conformità (art. 14). Nel primo caso, il consumatore, salvo i casi di diritto al recesso immediato di cui al par. 2, dopo aver invitato nuovamente l'operatore economico ad adempiere senza esito, può recedere dal contratto.

Quanto alla seconda ipotesi, è necessario preliminarmente chiarire cosa debba intendersi con il concetto di "conformità". Rispetto alla formulazione dell'art. 2 della direttiva 1999/44/CE, il nuovo testo abbandona il riferimento alla "presunzione di conformità" e prevede, all'art. 6, che il contenuto o il servizio digitale è conforme al contratto se rispettoso dei requisiti soggettivi ed oggettivi di cui ai successivi artt. 7 e 8.

Senza soffermarsi su ciascuno di essi, giova rilevare che il carattere "digitale" del contenuto o del servizio, in uno con l'erogazione spesso continuata della fornitura, sembrerebbero determinare uno spostamento[76] della posizione dell'operatore economico verso il profilo obbligatorio rispetto a quello tradizionale della garanzia[77]. A conferma di ciò, può farsi riferimento anche all'obbligo continuativo di assistenza e aggiornamento a fronte del diritto del consumatore alla conformità nel corso del tempo, come previsto dall'art. 8 commi 2 e 4, diretto ad assicurare la persistenza della conformità del bene ben oltre il momento della consegna.

75 Considerando 24 della direttiva (UE) 2019/770: "La fornitura di contenuti digitali o di servizi digitali spesso prevede che, quando non paga un prezzo, il consumatore fornisca dati personali all'operatore economico. (...) la presente direttiva dovrebbe garantire che i consumatori abbiano diritto a rimedi contrattuali, nell'ambito di tali modelli commerciali (...)".

76 È ben noto il dibattito dottrinale tra quanti riconducono i rimedi previsti per la vendita di beni di consumo allo schema della responsabilità da inadempimento di un'obbligazione contrattuale e quanti invece preferiscono richiamarsi al diverso schema della garanzia, senza la mediazione di alcun dovere di condotta. In argomento, *vid*. Di Majo, A.: "Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo", *Europa e diritto privato*, 2002, n. 1, pp. 1-21; Mazzamuto, S.: «Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo», *Europa e diritto privato*, 2004, n. 4, pp. 1029-1125; Dalla Massara, T.: "Art. 135 c. cons.: per una sistematica dei rimedi in tema di vendita di beni di consumo", *Rivista di diritto civile*, 2007, vol. 2, n. 2, pp. 123-154; da ultimo, in generale, Id.: *La vendita di beni mobili*, Pacini Giuridica, Pisa, 2020.

77 Moscati, E.: "La vendita di beni di consumo: un dilemma tra garanzia e responsabilità", *Rivista di diritto civile*, 2016, n. 2, pp. 346-386; Barenghi, A.: "Osservazioni sulla nuova disciplina", cit., pp. 817-819.

Con riguardo invece ai profili di sovrapposizione tra la disciplina del difetto di conformità ed i contratti di cessione di dati personali, si nota in primis che la regola generale riconosce al consumatore la possibilità di recedere soltanto nel caso di difetto di conformità di non lieve entità, gravando l'operatore economico del relativo onere probatorio. Tale limitazione è prevista soltanto se il contenuto o il servizio digitale è stato fornito dietro pagamento di un prezzo, mentre non trova applicazione nella diversa ipotesi di cessione dei dati personali, dal momento che in questa seconda eventualità il consumatore non potrebbe giovarsi del rimedio della riduzione del prezzo, come chiarito dal Considerando 67.

Ma l'aspetto più rilevante circa l'interferenza tra la tutela del consumatore e la protezione dei dati personali attiene all'impatto che la seconda possa avere sugli artt. 6-9 della direttiva: ci si domanda cioè se le violazioni del GDPR costituiscano un difetto di conformità idoneo a consentire l'esercizio dei rimedi ex art. 14[78]. Sul punto, si dà atto di un'evidente distonia tra l'ambito dei Considerando della direttiva ed il suo apparato normativo: mentre nel corpo degli articoli manca qualsiasi riferimento ad eventuali obblighi in capo al titolare per garantire la conformità del contenuto o del servizio digitale anche alle prescrizioni del GDPR, il Considerando 48[79] è chiaro nell'affermare che la mancata conformità a tali obblighi integra un difetto di conformità agli effetti della direttiva. Al suo interno sono indicate anche le fattispecie concrete in cui può verificarsi un tale difetto di conformità: in primis, se l'operatore economico ha assunto uno specifico obbligo contrattuale mediante apposite clausole che esplicitamente prevedano un requisito di sicurezza tra quelli di conformità, tale impegno determina l'insorgenza di un requisito soggettivo di conformità ex art. 7.

Il problema potrebbe porsi in caso di mancata espressa assunzione di responsabilità da parte dell'operatore economico; ma anche per questa ipotesi il Considerando 48 prevede una soluzione, con riguardo alla ratio dei requisiti oggettivi di conformità ex art. 8, introdotti appositamente allo scopo di contrastare standard qualitativi eccessivamente carenti. Sarà necessario valutare se il contenuto o il servizio digitale sia "adeguato agli scopi per cui sarebbe abitualmente utilizzato" (art. 8 par. 1 lett. a)) e sia "delle quantità" nonché presenti "la qualità e le caratteristiche di prestazione (...) che si ritrovano abitualmente nei

78 Addante, A.: "La circolazione negoziale", cit., pp. 924-925: "Il punto è di notevole interesse poiché apre alla possibilità di una concreta incorporazione della data protection nelle maglie dei rimedi contrattuali, non soltanto per singole e specifiche ipotesi, bensì anche con riguardo ai principi fondamentali che informano l'intera impalcatura del GDPR".

79 Considerando 48 della direttiva (UE) 2019/770: "È altresì possibile considerare, in funzione delle circostanze del caso, che gli elementi che determinano un difetto di conformità rispetto ai requisiti di cui al regolamento (UE) 2016/679 (...) costituiscano un difetto di conformità del contenuto digitale o del servizio digitale rispetto ai requisiti di conformità soggettivi od oggettivi di cui alla presente direttiva. (...) Qualora gli elementi che determinano la non conformità ai requisiti di cui al regolamento (UE) 2016/679 costituiscano anche un difetto di conformità del contenuto digitale o del servizio digitale rispetto ai requisiti di conformità soggettivi od oggettivi come previsti dalla presente direttiva, il consumatore dovrebbe avere diritto ad avvalersi dei rimedi per difetto di conformità previsti dalla presente direttiva (...)".

contenuti digitali o nei servizi digitali dello stesso tipo e che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi" (art. 8 par. 1 lett. b)). In questa sede sono richiamati il diritto dell'Unione europea e nazionale, le norme tecniche e i codici di condotta quali standard medi di sicurezza dei dati, da garantire indipendentemente dall'inserimento degli stessi nelle clausole contrattuali.

Come già detto, nel corpus normativo della direttiva manca qualsiasi richiamo a tali vizi di conformità, a differenza del citato considerando; ciononostante, a sostegno della tesi della qualificazione del rispetto delle prescrizioni di cui al GDPR quale requisito di conformità contrattuale possono essere addotte diverse ragioni di carattere testuale e sistematico.

In primis, la direttiva contiene importanti richiami al GDPR: l'art. 3 par. 8, in attuazione del Considerando 37, prevede l'applicazione del diritto dell'Unione in materia di dati personali nell'ambito dei contratti di fornitura oltre alla sua prevalenza in caso di conflitto. Altro dato normativo importante è l'art. 16 par. 2, che impone all'operatore economico il rispetto degli obblighi di cui al GDPR nel caso in cui il contratto venga risolto: come correttamente è stato dedotto[80], sarebbe contraddittorio prevedere la vincolatività del GDPR solo al momento della risoluzione del contratto e non durante la fase esecutiva, in relazione al suo contenuto precettivo e alle condizioni di qualità della fornitura.

Più in generale, l'art. 129 del codice del consumo, che rappresenta la base normativa del diritto civile italiano della disciplina dei difetti e delle garanzie di conformità, prevede al comma 2 lett. c), quale presunzione di conformità, quella secondo cui i beni "presentano la qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene": ai fini della sussistenza di un tale vizio di conformità, rileverebbero anche le irregolarità giuridiche[81], cioè le difformità tra le caratteristiche del bene e quelle imposte da norme imperative di carattere pubblicistico, come quelle contenute nel GDPR. Ancora, all'obiezione per cui la direttiva si riferisca alla conformità del prodotto al "contratto" (e non alla legge), può agevolmente replicarsi sia in punto di inderogabilità delle prescrizioni in materia di protezione

80 Camardi, C.: "Prime osservazioni", cit., p. 517: "(...) sicché sembrerebbe ancora una volta contraddittorio che il GDPR sia vincolante (soltanto) al momento della risoluzione del contratto e non con riguardo al suo contenuto precettivo e alle condizioni di qualità della fornitura quando questa comporta il trattamento dei dati personali".

81 Zaccaria, A., De Cristofaro, G.: *La vendita dei beni di consumo. Commento agli artt. 1519-bis-1519-nonies del codice civile*, Cedam, Padova, 2002, p. 40; Vecchi, P.V.: "Sub art. 151.9-ter, 2° comma", in AA.VV.: *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo: artt. 1519 bis-1519 nonies cod. civ. e art. 2 d.lgs. 2 febbraio 2002 n. 24* (a cura di L. Garofalo), Cedam, Padova, 2003, pp. 155-165, vede nella disciplina una conferma dell'inattualità delle azioni edilizie. Secondo l'A. nella nuova figura della conformità rientrerebbero non soltanto tutti i vizi materiali della cosa, ivi compreso il caso dell'aliud pro alio, ma anche i casi di irregolarità giuridiche, che non meriterebbero più particolarismi di disciplina.

dati, sia con riguardo all'operatività del principio di integrazione del contratto ex art. 1374 c.c.

Il percorso argomentativo sinora tracciato conferma la tesi per cui gli obblighi imposti dal GDPR al titolare del trattamento assumono il ruolo di requisiti di conformità, che il consumatore ha il diritto di pretendere secondo le modalità di cui agli artt. 6-9 della direttiva; la mancanza degli stessi gli consente l'esercizio dei rimedi (manutentivi e caducatori) previsti per in caso di difetto di conformità, mentre rimane altresì impregiudicata l'ordinaria azione per il risarcimento del danno.

V. IL DATO PERSONALE TRA VISIONE PERSONALISTICA E NEGOZIALE.

Al fine di attribuire una collocazione sistematica alla direttiva in esame in relazione al suo oggetto, è necessario estendere la prospettiva di analisi dei dati personali, anche in relazione alle diverse ricostruzioni del fenomeno della loro negoziabilità.

Secondo il primo e più tradizionale orientamento[82], la mercificazione dei dati personali è un fenomeno rischioso e da arginare. I dati personali rappresentano un'estrinsecazione della personalità individuale e, di conseguenza, il diritto alla loro protezione è considerato fondamentale, assoluto, indisponibile ed imprescrittibile. Solo l'interessato ha il controllo sulle proprie informazioni, con conseguente esclusione di ogni possibilità di commercializzazione. Tale rigorosa lettura discende dalla collocazione del diritto alla protezione dei dati personali all'interno del tutela della riservatezza, ricavabile dalla lettura in chiave sistematica degli articoli 8 della CEDU, 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché 16 del TFUE. In tale contesto, fortemente influenzato dalle convinzioni etico-morali improntate sulla sacralità del soggetto e sulla sua non monetizzabilità, non stupisce che "si siano ritenute le categorie del negozio giuridico e dei diritti della personalità se non antitetiche almeno scarsamente comunicanti fra loro[83]".

A conferma di questa consolidata tendenza, ancora difficile da scardinare, sta la ritenuta fungibilità dei termini "privacy" e "protezione dei dati personali", sebbene la portata di questa seconda espressione sia ben più ampia, coinvolgendo il trattamento dei dati personali profili ulteriori rispetto alla sola riservatezza[84]. La

82 Alpa, G.: «L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione", *Contratto e impresa*, 2017, n. 3, pp. 723-727, spec. p. 727, dove evidenzia che "non è (...) accettabile l'idea che la persona eserciti un diritto di proprietà sui propri dati e ne possa disporre liberamente"; Rodotà, S.: "Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali", *Rivista critica di diritto privato*, 1997, n. 4, p. 583.

83 Zeno Zencovich, V.: "Profili negoziali degli attributi della personalità", *Diritto dell'Informazione* e *dell'Informatica*, 1993, n. 2, p. 545 ss.

84 La protezione dei dati personali costituisce lo sviluppo della tutela della privacy (cd. right to be alone), allo scopo di assicurare il costante controllo da parte del titolare dei dati in ogni operazione di acquisizione e

lettura tradizionale del fenomeno ha invece dato quasi esclusivo rilievo alla sola attività di controllo dell'interessato sulla propria sfera personale, secondo quello che è stato definito come il "protagonismo dell'interessato[85]".

Nonostante la correttezza dei precedenti rilievi, ci si è progressivamente resi conto di come la commercializzazione dei dati sia ormai una realtà diffusa, e che la tutela del dato personale non possa rimanere ancorata alla sola normativa inerente i rapporti di status, con il rischio altrimenti di trascurare le riflessioni relative all'utilizzo dei dati per finalità commerciali e di non prestare sufficiente attenzione alle inevitabili ricadute sul diritto delle obbligazioni e dei contratti.

L'opposta tendenza, orientata alla consapevolezza dell'esistenza di un mercato dei dati personali, oltre ad essere sostenuta in dottrina, è confortata da alcuni indici normativi contenuti nel GDPR, che mostra, nella sua struttura di sistema, di tenere in adeguata considerazione anche le istanze patrimoniali potenzialmente confliggenti con la tutela della privacy.

Il Regolamento chiarisce, sin dal suo esordio, come il diritto alla protezione dei dati personali non costituisca una prerogativa assoluta, ma necessiti di essere letto alla luce della sua "funzione sociale[86]", nell'ottica di un contemperamento con altri diritti e libertà fondamentali riconosciuti e tutelati a livello europeo, nel rispetto del principio di proporzionalità[87].

Nel preambolo, il Considerando n. 6 sottolinea come la tecnologia abbia trasformato l'economia e le relazioni sociali e come dovrebbe agevolare la libera circolazione dei dati personali, garantendone al tempo stesso un elevato livello di protezione; ciò, allo scopo, enunciato dal successivo Considerando n. 10, di assicurare un livello coerente ed elevato di protezione delle persone fisiche e di rimuovere gli ostacoli alla circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione. Chiara sul punto è anche la formulazione dell'art. 1 par. 3, secondo cui "la libera circolazione dei dati personali nell'Unione non può essere limitata né vietata per

trattamento dei medesimi. Rodotà, S.: "Persona, riservatezza, identità", cit., pp. 588-589; Pardolesi, R.: "Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali: una storia di evoluzione e discontinuità", in AA.VV.: *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali* (a cura di R. Pardolesi), Giuffrè, Milano, 2003, p. 1 ss; Resta, G.: "Il diritto alla protezione dei dati personali", in AA.VV.: *Il codice dei dati personali: temi e problemi*, (a cura di F. Cardarelli, S. Sica e V. Zeno Zencovich), Giuffrè, Milano, 2004, p. 19 ss; AA.VV.: *La circolazione dei dati. Titolarità, strumenti negoziali, diritti e tutele* (a cura di A.M. Gambino e A. Stazi), Pacini Giuridica, Pisa, 2020.

85 Rodotà, S.: "Conclusioni", in AA.VV.: *Trattamento dei dati e tutela della persona* (a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto e V. Zeno Zencovich), Giuffrè, Milano, 1998, p, 295.

86 Si vedano le riflessioni di Ricci, A.: "Sulla "funzione sociale" del diritto alla protezione dei dati personali", *Contratto e impresa*, 2017, n. 2, pp. 586-612, spec. pp. 596-597.

87 Considerando 4 del Regolamento (UE) 2016/679: "Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va contemperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità".

motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali[88]".

Lo scopo del GDPR non è quello di far prevalere la logica economica su quella della tutela dei diritti umani[89], ma di affiancare all'approccio morale quello negoziale, anche al fine pratico di fornire un adeguato e completo apparato rimediale all'utente il quale, prima ancora di essere consumatore ex art. 2 n. 1) della direttiva 2011/83, è soggetto debole e meritevole di protezione giuridica, in quanto interessato al trattamento dati[90]. Com'è stato autorevolmente osservato "la disciplina del fenomeno del trattamento dei dati nella prospettiva del diritto civile è - e sarà e non potrà che essere - sempre caratterizzata da una ineliminabile intersezione dei piani e delle logiche dei diritti assoluti con le situazioni giuridiche dei rapporti obbligatori[91]".

La commercializzazione dei dati personali non è dunque vietata, ma subordinata a condizioni più o meno stringenti a seconda del caso concreto, ai fini della realizzazione di una commerciabilità dinamicamente limitata ("dynamically limited alienability rule[92]") dipendente da una valutazione caso per caso del corretto trattamento dei dati personali.

VI. CONCLUSIONI: LA RILEVANZA SISTEMATICA DELLA DIRETTIVA.

Al di là delle dichiarazioni di principio e pur non escludendo espressamente l'ipotesi di una cessione di dati personali, il Regolamento privacy non indica alcuna disciplina specifica applicabile ai risvolti negoziali scaturenti dalle attività di trattamento. Occorre dunque interrogarsi sulla possibilità di affidare il bilanciamento[93] tra tali opposte esigenze anche agli strumenti dell'autonomia

88 Cfr. D'Acquisto, G., Pizzetti, F.: "Regolamentazione dell'economia dei dati e protezione dei dati personali", *Analisi giuridica dell'economia*, 2019, n. 1, pp. 89-108, spec. p. 90, secondo i quali il GDPR non è soltanto una "regolazione a tutela di un diritto fondamentale", ma costituisce il "baricentro intorno al quale costruire un'economia dei dati dell'Unione".

89 Bravo, F.: *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Cedam, Padova, 2018, p. 12 afferma, con riguardo al nuovo testo del GDPR rispetto alla Direttiva del 1995, che uno degli aspetti innovativi sembra dato proprio dall'approccio volto ad enfatizzare maggiormente la dimensione della libera circolazione rispetto a quello teso ad esaltare la dimensione della tutela della persona rispetto al trattamento dei dati personali.

90 Thobani, S.: "Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente", *Rivista di diritto dei media*, 2019, n. 3, pp. 131-147. All'interno del saggio, l'autrice confronta due piani normativi, cioè le norme a tutela dei consumatori, da un lato, e quelle in materia di protezione dei dati personali, dall'altro, e come queste affrontino la questione della legittimità del mercato dei dati personali, giungendo alla conclusione che mentre le prime si limitano a indicare come tale scambio debba essere attuato, sono le seconde a stabilire i criteri per verificarne la legittimità sostanziale.

91 Ricciuto, V.: "La patrimonializzazione", cit., p. 702.

92 Janecek, V., Malgieri, G.: "Commerce in data and the dynamically limited alienability rule", *German Law Journal*, 2020, vol. 21, pp. 7-8.

93 Sul punto, *vid*. Piraino, F.: "Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritto dell'interessato", *Le Nuove leggi civili commentate*, 2017, 2, pp. 369-409. *Vid*. anche Pizzetti, F.: *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, p. 12 ss.

contrattuale, e su quali siano i caratteri e gli elementi dei relativi modelli negoziali. Proprio sotto tale profilo la direttiva UE 2019/770 assume una notevole importanza sistematica, giacché costituisce il primo espresso riconoscimento formale del processo di commercializzazione dei dati personali, per il tramite della tipizzazione della fattispecie negoziale di scambio tra contenuti o servizi digitali e dati personali.

La direttiva inoltre riconferma la "doppia anima" che caratterizza il GDPR[94], ponendosi in un'ottica di specialità e di continuità con il predetto regolamento. Come si è precedentemente sottolineato infatti, il testo normativo conserva un margine di ambivalenza quanto al rapporto tra disciplina negoziale e tutela della privacy. Essa si mostra consapevole del fatto che la logica di mercato ha da tempo coinvolto fattispecie aventi ad oggetto vari diritti della personalità, e a questo processo di "commodification" non sono rimasti estranei i dati personali[95]. Di contro tuttavia, anche grazie alle pur generiche dichiarazioni di principio che statuiscono la prevalenza del GDPR in caso di conflitto, si mostra restia nell'abbandonare l'approccio morale che contraddistingue la tutela dei dati personali, manifestazione di diritti inviolabili ed espressione della tutela della persona in quanto tale. Sintomatico di questo duplice animo è il problema del doppio consenso e del collegamento tra i due momenti negoziali, di cui si è detto sopra.

In conclusione, la direttiva oggetto della presente disamina si rivela uno strumento in grado di garantire la coesistenza tra la logica economica e la tutela dei diritti umani, riconciliando i due aspetti dello stesso fenomeno in un'ottica di reciproca integrazione, anche ai fini dell'implementazione del sistema di tutele[96]. Sul punto, essa fornisce una base normativa sufficiente ad incanalare l'autonomia privata all'interno di un sistema di regole condivise. Il testo sarà presto integrato dalle disposizioni di attuazione dei singoli Stati membri, che chiariranno, nel rispetto del principio di armonizzazione massima, le lacune e le incertezze interpretative a cui il testo europeo ha cui comunque dato adito: sarebbe stato infatti opportuno un maggiore coordinamento tra i diversi settori normativi che vengono in rilievo,

94 Sul rapporto tra libertà economiche e il diritto alla protezione dei dati personali *vid*. Pollicino, O., Bassini, M.: "Bridge is Down, Data Truck Can't Get Through… A Critical View of the Schrems Judgment in the Context of European Constitutionalism", in AA.VV., *The Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence 2016* (a cura di G. Ziccardi Capaldo), Oceana, Oxford, 2017, p. 254, i quali sottolineano la dimensione assolutizzante che, perlomeno nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, ha assunto il secondo rispetto alle prime. *Vid*. anche Zorzi Galgano, N.: "Le due anime del GDPR e la tutela del diritto alla privacy", in AA.VV., *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR* (a cura di N. Zorzi Galgano), Cedam, Padova, 2019, p. 35 ss.; D'Ippolito, G.: "Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2020, n. 3, pp. 635-674.

95 Resta, G.: "Contratto e limiti della personalità" in AA.VV., *Trattato del contratto* (a cura di V. Roppo), VI, Giuffrè, Milano, 2006, p. 10; Id., *Dignità, persone*, cit., p. 34.

96 Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, v. 3, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 510 osserva come "la protezione del consumatore non sempre si realizza mediante la tutela del consumo: talvolta il soggetto è tutelato in quanto cittadino, talvolta in quanto persona (...). Il consumatore non è uno status, ma una posizione contrattuale da individuare e accertare di volta in volta (...)".

aspetto su cui l'articolato della direttiva si mostra invece carente. L'attuazione di tale disciplina è tanto necessaria quanto complessa, in ragione della dimensione costituzionale[97] del diritto alla tutela dei dati personali e della rapidità evolutiva[98] che caratterizza il mondo digitale, in cui tali dati inevitabilmente sono immersi.

97 Rodotà, S.: *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Bari, 2015, p. 237 ss; Califano, L.: "Trasparenza e privacy: la faticosa ricerca di un bilanciamento mobile", in AA.VV.: *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale* (a cura di L. Califano e C. Colapietro), Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, p. 47 ss.

98 Addante, A.: "La circolazione negoziale", cit., p. 896; Poletti, D.: "Vere sfide e falsi miti del GDPR", in *Nuovo diritto civile*, 2019, n. 2, pp. 43-57.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: *La circolazione dei dati. Titolarità, strumenti negoziali, diritti e tutele* (a cura di A.M. Gambino e A. Stazi), Pacini Giuridica, Pisa, 2020.

Addante, A.: "La circolazione negoziale dei dati personali nei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali", *Giustizia civile*, 2020, n. 4, pp. 889-931, spec. pp. 908 ss.

Addis, F.: "Spunti esegetici sugli aspetti dei contratti di vendita di beni regolati nella nuova direttiva (UE) 2019/771", nel seminario tenutosi presso l'Università di Roma "La Sapienza", il 21 giugno 2019, pp. 1 ss.

Alpa, G.: "Aspetti della nuova disciplina delle vendite nell'Unione europea", *Contratto e impresa*, 2019, n. 3, pp. 825 ss.

Alpa, G.: "L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione", *Contratto e impresa*, 2017, n. 3, pp. 723 ss.

Auricchio, A.: voce "Autorizzazione", *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 502 ss.

Barba, A.: "Le modalità del trattamento", in AA.VV.: *La disciplina del trattamento dei dati personali* (a cura di V. Cuffaro e V. Ricciuto), G. Giappichelli Editore, Torino, 1997, p. 180 ss.

Barenghi, A.: "Osservazioni sulla nuova disciplina delle garanzie nella vendita di beni di consumo", *Contratto e impresa*, 2020, n. 2, pp. 806 ss.

Basunti, C.: "La (perduta) centralità del consenso nello specchio delle condizioni di liceità del trattamento dei dati personali", *Contratto e impresa*, 2020, n. 2, pp. 860 ss.

Bertelli, F.: "L'armonizzazione massima della direttiva 2019/771/UE e le sorti del principio di maggior tutela del consumatore", *Europa e diritto privato*, 2019, n. 4, pp. 953 ss.

Bianca, C.M:, "Causa concreta del contratto e diritto effettivo", *Rivista di diritto civile*, 2014, vol. 60, n. 2, pp. 252 ss.

Bilotta, F.: "Consenso e condizioni generali di contratto", in AA.VV.: *Il trattamento dei dati personali* (a cura di V. Cuffaro e V. Ricciuto), II, G. Giappichelli Editore, Torino, 1999, p. 87 ss.

Bozzi, L.: "La disciplina delle obbligazioni restitutorie nelle proposte di direttiva sui contratti di vendita online e sulla fornitura di contenuti digitali", in AA.VV.: *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere nel diritto europeo della vendita* (a cura di A. Addante), Giuffrè, Milano, 2016, pp. 128 ss.

Bozzi, L.: "Le proposte di direttiva sui contratti di vendita "on line" e sulla fornitura di contenuti digitali e la disciplina delle obbligazioni restitutorie - un tentativo (riuscito?) di bilanciamento dei contrapposti interessi", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2018, vol. 4, n. 1, pp. 603 ss.

Bravo, F.: "Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento di dati personali", in AA.VV.: *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali* (a cura di G. Finocchiaro), Zanichelli, Bologna, 2017, pp. 101 ss.

Bravo, F.: *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Cedam, Padova, 2018, pp. 12 ss.

Bravo, F.: "Lo 'scambio di dati personali' nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto", *Contratto e impresa*, 2019, n. 1, pp. 34 ss.

Cabazzi, R.: "Utilizzo dei "cookie" e (nuova) tutela dell'utente interessato: la presa di posizione della Corte di giustizia nel caso "Planet49"", *Rivista di diritto dei media*, 2020, n. 2, pp. 316 ss.

Caggia, F.: "Libertà ed espressione del consenso", in AA.VV.: *I dati personali nel diritto europeo* (a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto), G. Giappichelli Editore, Torino, 2019, pp. 249 ss.

Califano, L.: "Trasparenza e privacy: la faticosa ricerca di un bilanciamento mobile", in AA.VV.: *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale* (a cura di L. Califano e C. Colapietro), Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 47 ss.

Calisai, F.: "I diritti dell'interessato", in AA.VV.: *I dati personali nel diritto europeo* (a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto), G. Giappichelli Editore, Torino, 2019, pp. 327 ss.

Camardi C.: "Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali", *Giustizia civile*, 2019, n. 3, pp. 499-523, spec. p. 503 ss.

Camardi, C.: "Le regole speciali dettate per i "beni con elementi digitali" e la nozione di difetto di conformità nella dir. 2019/770/UE sui contratti per la fornitura

di contenuti e servizi digitali", intervento al seminario *L'armonizzazione (quasi) completa delle discipline nazionali dei contratti di compravendita mobiliare*, tenutosi presso l'Università di Ferrara il 30 maggio 2019, pp. 1 ss.

Cian, G.: voce "Pagamento", *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione Civile, XIII, Utet, Torino, 1995, pp. 234 ss.

D'Acquisto, G., Pizzetti, F.: "Regolamentazione dell'economia dei dati e protezione dei dati personali", *Analisi giuridica dell'economia*, 2019, n. 1, pp. 89 ss.

Dalla Massara, T.: *La vendita di beni mobili*, Pacini Giuridica, Pisa, 2020.

Dalla Massara, T.: "Art. 135 c. cons.: per una sistematica dei rimedi in tema di vendita di beni di consumo", *Rivista di diritto civile*, 2007, vol. 2, n. 2, pp. 123 ss.

De Cupis, A.: "I diritti della personalità", in AA.VV.: *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da A. Cicu, F. Messineo e continuato da L. Mengoni), Giuffrè, Milano, 1982, pp. 93 ss.

De Franceschi, A.: "Il "pagamento" mediante dati personali", in AA.VV.: *I dati personali nel diritto europeo* (a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto), G. Giappichelli Editore, Torino, 2019, pp. 1381 ss.

De Franceschi, A.: *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, pp. 79 ss.

Di Majo, A.: "Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1176", in AA.VV.: *Commentario del codice civile Scialoja-Branca* (a cura di F. Galgano), Zanichelli, Bologna-Roma, 1988, pp. 121 ss.

Di Majo, A.: "Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo", *Europa e diritto privato*, 2002, n. 1, pp. 1 ss.

D'Ippolito, G.: "Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2020, n. 3, pp. 635 ss.

El Sabi, S.: "La Corte di Giustizia vieta le caselle di spunta preselezionate per il consenso all'uso dei cookie", *Giustiziacivile.com*, 19.02.2020.

El Sabi, S.: "Fornitura di servizi e contenuti digitali: profili di tutela per il 'digital consumer' nel Mercato Unico Digitale", *giustiziacivile.com*, 2021, n. 4, pp. 1 ss.

Falciai, L:. "Il consenso dell'interessato come condizione per l'offerta di un servizio: la sentenza della Corte di Cassazione 17278/2018", *Ciberspazio e Diritto*, 2018, n. 3, pp. 421 ss.

Ferrante, E.: "Thirty Years of CISG: International Sales, 'Italian Style'", *The Italian Law Journal*, 2019, n. 1, pp. 87 ss.

Ferri, G.B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966, pp. 27 ss.

Janecek, V., Malgieri, G.: "Commerce in data and the dynamically limited alienability rule", *German Law Journal*, 2020, vol. 21, pp. 7 ss.

Kim, N. S., Jeremy Telman, D. A.: "Internet Giants as Quasi-Governmental Actors and the Limits of Contractual Consent", *Missouri Law Review*, 2015, vol. 80, pp. 723 ss.

Kremer, S.: "Should I Pokémon Or Go?", *Wettbewerb im Recht und Praxis*, 2016, n. 9, pp. 303 ss.

Langhanke, C., Schmidt Kessel, M.: "Consumer data as consideration", *Journal of EuropeanConsumer and Market Law*, 2015, n. 13, pp. 218 ss.

Lo Surdo, C.: "Il ruolo dell'obbligo di informativa", in AA.VV.: *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali* (a cura di R. Pardolesi), Giuffrè, Milano, 2003, pp. 699 ss.

Lucifredi, R.: voce "Atti complessi", *Novissimo digesto italiano*, I, 2, Utet, Torino, 1957, pp. 1503 ss.

Manes, P.: *Il consenso al trattamento dei dati personali*, Cedam, Padova, 2001, pp. 93 ss.

Mastroianni, R.: "L'attuazione a livello nazionale degli atti europei: le regole della legge 234 del 2012 alla prova della prassi recente", *Contratto e impresa. Europa*, 2018, n. 1, pp. 99-114.

Mazzamuto, S.: "Il principio del consenso e il potere della revoca", in AA.VV.: *Libera circolazione e protezione dei dati personali* (a cura di R. Panetta), I, Giuffrè, Milano, 2006, p. 993 ss.

Mazzamuto, S.: "Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo", *Europa e diritto privato*, 2004, n. 4, pp. 1029 ss.

Messinetti, D.: "Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali", *Rivista critica del diritto privato*, 1998, n. 3, pp. 339 ss.

Messinetti, D.: "Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali", *Rivista critica di diritto privato*, 1998, n. 2, pp. 339 ss.

Metzger, A.: "Data as Counter-Performance: What Rights and Duties do Parties Have?" disponibile su www.jipitec.eu/issues, pp.1 ss.

Migliarese, F.: voce "Atto complesso", *Enciclopedia giuridica*, IV, Treccani, Roma, 1988, pp. 339 ss.

Mirabelli, G.: "Le posizioni soggettive nell'elaborazione elettronica dei dati personali", *Il diritto dell'informazione* e *dell'informatica*, 1993, n. 2, pp. 313 ss.

Moscati, E.: "La vendita di beni di consumo: un dilemma tra garanzia e responsabilità", *Rivista di diritto civile*, 2016, n. 2, pp. 346 ss.

Narciso, M.: "Gratuitous Digital Content Contracts in EU Consumer Law", *Journal of European Consumer and Market Law*, 2017, n. 5, pp. 198 ss

Navone, G.: "Requisiti formali per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali", in AA.VV.: *La riforma del codice del consumo. Commentario al d.lgs. n. 21/2014* (a cura di G. D'Amico), Cedam, Padova, 2015, pp. 147 ss.

Nicolussi, A.: voce "Autonomia privata e diritti della persona", *Enciclopedia del Diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 133 ss.

Oppo, G.: "Sul consenso dell'interessato", in AA.VV.: *Trattamento dei dati e tutela della persona* (a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto e V. Zeno Zencovich), Giuffrè, Milano, 1999, p. 123 ss.

Pagliantini, S.: "Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata nella dir. UE 2019/771", *Giurisprudenza italiana*, 2020, n. 1, pp. 217 ss.

Pagliantini, S.: "L'armonizzazione minima tra regole e principi (studio preliminare sul diritto contrattuale derivato)", in AA.VV.: *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole* (a cura di G. D'Amico e S. Pagliantini), G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, pp. 61 ss.

Pardolesi, R.: "Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali: una storia di evoluzione e discontinuità", in AA.VV.: *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali* (a cura di R. Pardolesi), Giuffrè, Milano, 2003, p. 1 ss

Patti, S.: "Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali", *Rivista di diritto civile*, 1999, vol. 4, n. 2, pp. 455 ss.

Perlingieri, P.: "L'informazione come bene giuridico", *Rassegna di diritto civile*, 1990, n. 3, pp. 330 ss.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, v. 3, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, pp. 510 ss.

Piraino, F.: "Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritto dell'interessato", *Le Nuove leggi civili commentate*, 2017, 2, pp. 369 ss.

Pizzetti, F.: *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, p. 12 ss.

Poletti, D.: "Vere sfide e falsi miti del GDPR", *Nuovo diritto civile*, 2019, n. 2, pp. 43-57.

Pollicino, O., Bassini, M.: "Bridge is Down, Data Truck Can't Get Through… A Critical View of the Schrems Judgment in the Context of European Constitutionalism", in AA.VV.: *The Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence 2016* (a cura di G. Ziccardi Capaldo), Oceana, Oxford, 2017, pp. 254 ss.

Quarta, A.: "La dicotomia bene-servizio alla prova del supporto digitale", *Contratto e impresa*, 2019, n. 3, pp. 1013 ss.

Rescigno, P.: L'abuso del diritto", *Rivista di diritto civile*, 1965, vol. 1, n. 1, pp. 205 ss.

Resta, G., Zeno Zencovich, V.: "Volontà e consenso nella fruizione dei servizi di rete", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2018, n. 2, pp. 411 ss.

Resta, G.: "Contratto e limiti della personalità" in AA.VV.: *Trattato del contratto* (a cura di V. Roppo), VI, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 10 ss.

Resta, G.: "Diritti della personalità e autonomia contrattuale", in AA.VV.: *Trattato di diritto civile* (a cura di R. Sacco), I, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 548 ss.

Resta, G.: "Il diritto alla protezione dei dati personali", in AA.VV.: *Il codice dei dati personali: temi e problemi*, (a cura di F. Cardarelli, S. Sica e V. Zeno Zencovich), Giuffrè, Milano, 2004, pp. 19 ss.

Resta, G.: "Revoca del consenso e interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali", *Rivista critica del diritto privato*, 2000, n. 2, pp. 299 ss.

Resta, G.: *Autonomia privata e diritti della personalità*, Jovene, Napoli, 2005, p. 339.

Resta, G.: *Dignità, persone, mercati*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014, p. 93 ss.

Resta, G.: "Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali, *Rivista critica del diritto privato*, 2000, n. 2, pp. 299 ss.

Rhoen, M.: "Big data and Consumer Participation in Privacy Contracts: Deciding who Decides on Privacy", *Utrecht Journal of International and European Law*, 2015, vol. 31 n. 80, pp. 51-71, spec. p. 53 ss.

Ricci, A.: "Sulla "funzione sociale" del diritto alla protezione dei dati personali", *Contratto e impresa*, 2017, n. 2, pp. 586 ss.

Ricciuto V.: "La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno", *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, n. 4-5, pp. 689 ss.

Ricciuto, V.: "Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali", *Rivista di diritto civile*, 2020, n. 3, pp. 642 ss.

Ricciuto, V.: "Nuove prospettive del diritto privato dell'economia", in AA.VV.: *Diritto dell'economia* (a cura di E. Piccozza e V. Ricciuto), G. Giappichelli Editore, Torino, 2017, pp. 357 ss.

Rodotà, S.: "Conclusioni", in AA.VV.: *Trattamento dei dati e tutela della persona* (a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto e V. Zeno Zencovich), Giuffrè, Milano, 1998, pp. 295 ss.

Rodotà, S.: "Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali", *Rivista critica di diritto privato*, 1997, n. 4, pp. 583 ss.

Rodotà, S.: "Protezione dei dati personali e circolazione delle informazioni", *Rivista critica di diritto privato*, 1984, n. 4, pp. 762 ss.

Rodotà, S.: *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Bari, 2015, pp. 237 ss.

Rumi, T.: "Eccezioni al diritto di recesso (Art. 59 codice del consumo)", in AA.VV.: *La riforma del codice del consumo. Commentario al d.lgs. 21/2014* (a cura di G. D'Amico), Cedam, Padova, 2015, pp. 263 ss.

Senigaglia, R.: "La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali", *Contratto e impresa*, 2020, n. 2, pp. 760 ss.

Sica, S.: "Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica", *Rivista di diritto civile*, 2001, vol. 6, n. 2, pp. 621 ss.

Solove, D.J.: "Introduction: Privacy Self-Management and the Consent Dilemma", *Harvard Law Review*, 2013, vol. 126, n. 7, pp. 1080 ss.

Spindler, H., Nink, J.: "Sub 28 BDSG", in AA.VV.: *Recht der Elektronischen Medien: Kommentar* (a cura di H. Spindler e F. Schuster), 3, C. H. Beck, Monaco, 2015, pp. 150 ss.

Thobani, S., *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Ledizioni, Milano, 2018, pp. 46 ss.

Thobani, S.: "Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente", *Rivista di diritto dei media*, 2019, n. 3, pp. 131 ss.

Thobani, S.: "La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità", *Europa e diritto privato*, 2016, n. 2, pp. 513 ss.

Thobani, S.: *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2016, pp. 52 ss.

Vecchi, P.V.: "Sub art. 151.9-ter, 2° comma", in AA.VV.: *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo: artt. 1519 bis-1519 nonies cod. civ. e art. 2 d.lgs. 2 febbraio 2002 n. 24* (a cura di L. Garofalo), Cedam, Padova, 2003, pp. 155 ss.

Vigentini, A.: "Newsletter" pubblicitarie: la posizione della Cassazione sulla necessità di consenso informato", *La rivista di diritto dei media*, 2018, n. 3, pp. 1 ss.

Wendehorst, C.: "Consumer contracts and the Internet of things", in AA.VV.: *Digital revolution: Challenges for contract law in practice* (a cura di R. Schulze e J. Staudenmayer), Nomos, Oxford-Baden Baden, 2016, pp. 193 ss.

Zaccaria, A., De Cristofaro, G.: *La vendita dei beni di consumo. Commento agli artt. 1519-bis-1519-nonies del codice civile*, Cedam, Padova, 2002, pp. 40 ss.

ZANOVELLO, F.: "Consenso libero e specifico alle e-mail promozionali", *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018, vol. 12, n. 1, pp. 1778 ss.

ZENO ZENCOVICH, V.: "Do "Data markets" Exist?", *Medialaw*, 2019, n. 3, pp. 1 ss.

ZENO ZENCOVICH, V.: "Profili negoziali degli attributi della personalità", *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 1993, n. 2, p. 545 ss.

ZENO ZENCOVICH, V.: "Sull'informazione come "bene" (e sul metodo del dibattito giuridico)", *Rivista critica di diritto privato*, 1999, n. 3, pp. 485 ss.

ZORZI GALGANO, N.: "Le due anime del GDPR e la tutela del diritto alla privacy", in AA.VV., *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR* (a cura di N. ZORZI GALGANO), Cedam, Padova, 2019, p. 35 ss.

ABF E CONSUMATORI: LE RECENTI TENDENZE IN MATERIA DI CESSIONE DEL QUINTO DELLO STIPENDIO

ABF AND CONSUMERS: RECENT TRENDS IN THE FIELD OF THE FIFTH OF THE SALARY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1778-1799

Giuliano
MATTACE

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Il presente lavoro si occupa della cessione del quinto dello stipendio. In particolare, la cessione del quinto dello stipendio sarà analizzata alla luce delle recenti decisioni ABF, della sentenza Lexitor e delle recenti modifiche al diritto bancario italiano. La rivoluzionaria portata offerta dalla sentenza resa dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in data 11 settembre 2019 (c.d. Lexitor), in tema di riduzione del costo totale del credito – e con particolare attenzione alla tipologia di costi dei quali il consumatore ha diritto al rimborso – necessita di un ordine espositivo cronologico che consenta al lettore di comprendere la ratio che ha indotto il legislatore a riformulare il dettato dell'articolo 125-sexies t.u.b. con la legge 23 luglio 2021 n. 106, seppur in presenza dei rilievi critici sorti post-Lexitor sia in dottrina che nel panorama delle pronunce giurisprudenziali e dell'Arbitro Bancario Finanziario.

PALABRAS CLAVE: Consumatori; ABF; Cessione del quinto.

ABSTRACT: *This work deals with the assignment of the fifth of the salary. In particular, the salary-backed loan will be analyzed in the light of the recent ABF decisions, the Lexitor ruling and the recent amendments to Italian banking law. The revolutionary scope offered by the ruling issued by the Court of Justice of the European Union on 11 September 2019 (so-called Lexitor), in terms of reducing the total cost of credit - and with particular attention to the type of costs for which the consumer is entitled to reimbursement - requires a chronological order that allows the reader to understand the rationale that led the legislator to reformulate the provisions of article 125-sexies tub with the law of 23 July 2021 n. 106 albeit in the presence of the post-Lexitor critical findings both in doctrine and in the panorama of jurisprudential rulings and the Financial Banking Arbitrator.*

KEY WORDS: *Consumer, ABF, Assignment of the salary.*

SUMARIO.- I. INQUADRAMENTO DELLA PROBLEMATICA.- II. QUADRO NORMATIVO EUROPEO E NAZIONALE.- III. CASO LEXITOR: LA PORTATA RIVOLUZIONARIA IN TEMA DI COSTI RIMBORSABILI.- IV. CRITICITA' POST LEXITOR.- V. LA MODALITA' DI CALCOLO DEI COSTI RIMBORSABILI.- VI. LA RIFORMULAZIONE DELL' ART. 125. SEXIES.

I. INQUADRAMENTO DELLA PROBLEMATICA.

In ambito bancario e finanziario[1], l'esigenza di tutela del cliente-risparmiatore è molto elevata, poiché le peculiarità dei servizi offerti caratterizzano significativamente il cliente come "parte debole" del rapporto negoziale.

Per questo motivo le asimmetrie nel settore bancario e finanziario richiedono interventi volti a rafforzare la tutela del risparmiatore-investitore.

Le caratteristiche di questi mercati hanno fatto sorgere un volume enorme di controversie: il numero di reclami presentati dai risparmiatori ha messo a dura prova la gestione del contenzioso nei suddetti settori.

Il filo conduttore del mio contributo sta nelle peculiarità dell'Arbitrato Bancario Finanziario, in termini di risoluzione di controversie specifiche, nel rispetto della legge e della garanzia di una procedura, e, nel contempo, nell'attuazione della trasparenza bancaria. Peculiarità che, di fatto, giustificano la menzione di principi e norme di diritto processuale civile, in un processo per sua natura "flessibile", "rapido" e "reale", in termini di tutela accordata.

In tal modo acquista rilevanza a livello normativo una doppia qualificazione soggettiva, che porta con sé il problema di tracciare i limiti di applicabilità della disciplina del consumo al "cliente" della banca che riveste anche il ruolo di "consumatore"[2].

Ciò solleva un delicato problema di relazione tra ordini specifici[3].

Il successo dell'ABF è corroborato dal proficuo e costante dialogo instaurato con la giurisprudenza. Sono già numerose le sentenze, soprattutto di merito, che fanno riferimento alle "linee guida consolidate" dell'Arbitro Bancario Finanziario

1 Perlingieri, P.: "Sulle cause della scarsa diffusione dell'arbitrato in Italia", *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 659.

2 Interessanti sul punto sono le riflessioni di Mezzasoma, L.: "Consumatore e Costituzione", *Rass. dir. civ.*, 2015, pp. 311 ss.

3 Perlingieri, P.: "Conclusioni al convegno La Banca-Assicurazione", *Dir. merc. ass. fin.*, 2018, p. 232.

• Giuliano Mattace
Dottorando di ricerca di Diritto dei consumi, Universidad de Salamanca e Università di Perugia
giulianomattace@gmail.com

per confermare l'autorevolezza dell'indirizzo adottato. Il fatto di aver agito o difeso in giudizio, assecondando posizioni "contrarie alle chiare linee guida dell'Arbitro Bancario Finanziario" è stato addirittura ritenuto una causa idonea per la formazione della sentenza "per responsabilità processuale aggravata" della banca.

L'ABF ha generato, negli anni, un vero e proprio "sistema giustizia" settoriale[4].

Nel 2020 i ricorsi all'Arbitro Bancario Finanziario sono aumentati del 40% rispetto al 2019, arrivando a 30.918 cause. In particolare, sono cresciute le risorse relative ai prestiti che controllavano la cessione del quinto dello stipendio. E' quanto emerge dalla Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario, pubblicata dalla Banca d'Italia.

La cessione del quinto dello stipendio è una forma di prestito a tasso fisso con ammortamento a rate costanti, trattenuta mensilmente dalla busta paga (o pensione) dal datore di lavoro e versata all'istituto che ha erogato il prestito.

Questa è qualificabile come operazione di "credito al consumo", ovvero come prestito attraverso il quale il consumatore può ottenere credito e utilizzarlo per esigenze personali e familiari.

In particolare, la cessione del quinto dello stipendio sarà analizzata nel proseguo, alla luce delle recenti decisioni ABF, della sentenza Lexitor e delle recenti modifiche al diritto bancario italiano.

La rivoluzionaria portata offerta dalla sentenza resa dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in data 11 settembre 2019[5] (c.d. Lexitor), in tema di riduzione del costo totale del credito – e con particolare attenzione alla tipologia di costi dei quali il consumatore ha diritto al rimborso – necessita di un ordine espositivo cronologico che consenta al lettore di comprendere la ratio che ha indotto il legislatore a riformulare il dettato dell'articolo 125-sexies t.u.b. con la legge 23 luglio 2021 n. 106 (di conversione del decreto legge 25 maggio 2021 n. 73)[6], seppur

4 Per tutti Berti De Marinis, G.: "La contrattazione bifasica nei contratti di investimento: fra vincoli imposti a tutela del cliente e rimedi invalidanti", *Resp. civ. e prev.*, IV, 2013, p. 1344 ss; Pagliantini, S.: *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle corti*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 120 ss.

5 Corte Giust., 11 settembre 2019, C-383/18 (Pres. Bonichot – Est. Toader), Lexitor sp. Z o.o. c. Spo'dzielcza Kasa Oszczednòsciowo – Kredytowa im. Franciszka Stefczyka e altri, in *DeJure Online*.

6 La L.106/2021, articolo 11-octies, rubricato "Modifiche al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385" dispone al comma 1: "Per fronteggiare gli effetti economici dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 e al fine di rendere certe e trasparenti le condizioni di accesso al credito al consumo per il sostegno delle famiglie, al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 sono apportate le seguenti modificazioni:" (…) c) l'articolo 125-sexies è sostituito dal seguente: "Art. 125-sexies (Rimborso anticipato). anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore e, in tal caso, ha diritto alla riduzione, in misura proporzionale alla vita residua del contratto, degli interessi e di tutti i costi compresi nel costo totale del credito, escluse le imposte. 2. I contratti di credito indicano in modo chiaro i criteri per la riduzione proporzionale degli interessi e degli altri costi, indicando in modo

in presenza dei rilievi critici sorti post-Lexitor sia in dottrina che nel panorama delle pronunce giurisprudenziali e dell'Arbitro Bancario Finanziario.

Si rende dunque imprescindibile un *excursus* in ordine al quadro normativo pre Lexitor, con una breve, ma concisa, esposizione delle posizioni della Banca d'Italia e del Collegio di Coordinamento[7] in tema di credito al consumo.

II. QUADRO NORMATIVO EUROPEO E NAZIONALE.

In materia di contratti di credito ai consumatori, l'assetto offerto dal Testo unico in materia bancaria (D.Lgs. 385/1993) è stato integrato, a seguito degli influssi europei, sul tema dell'estinzione anticipata del finanziamento da parte del consumatore.

La direttiva 1987/102/CEE prima, e la direttiva 2008/48/CE dopo, hanno attribuito rilevanza al diritto del singolo privato di ottenere una riduzione dei costi – sostenuti e da sostenersi – in caso di estinzione ante diem del finanziamento con cessione del quinto[8] dello stipendio o della pensione.

Il disposto normativo europeo, agli albori della sua introduzione, ha assistito tuttavia ad una rimodulazione in punto di legittimità ed effettività di tale diritto garantito: difatti, l'articolo 8 della prima direttiva accordava al consumatore la "facoltà" di adempiere in via anticipata agli obblighi che gli derivano dal contratto di credito, con il riconoscimento di una "equa riduzione" del costo complessivo del credito.

Il principio così delineato è stato ripreso dalla direttiva del 2008 la quale, all'articolo 16[9], ha apportato delle innovazioni rispetto alla previgente disciplina.

analitico se trovi applicazione il criterio della proporzionalità lineare o il criterio del costo ammortizzato. Ove non sia diversamente indicato, si applica il criterio del costo ammortizzato".

7 Per una panoramica sull'ordinamento spagnolo Llamas Pombo, E.: "El convenio arbitral como instrumento de prevenciòn, resoluciòn y soluciòn de conflictos", in AA. VV.: *ADR, ODR y iusticia del futuro* (a cura di F.J. Perez Serrabona Gonzalez), Aranzadi, Azur Menor, 2019, pp. 43 ss.

8 L'istituto è stato introdotto dal d.p.r. 5 gennaio 1950, n. 180, aggiornato dalla legge 14 maggio 2005 n. 80 e dal relativo regolamento attuativo, il d.p.r. 28 luglio 1950, n. 895; inoltre tale forma di prestito personale integra altresì una forma di credito al consumo essendo pertanto sottoposta alla relativa disciplina contenuta negli artt. 121 ss. TUB come disposto dall'art. 6bis, d.p.r. n. 180 che l'assoggetta anche alle norme in materia di assicurazioni connesse all'erogazione di mutui immobiliari e di credito al consumo.
L'espressione "cessione del quinto di stipendio" deriva dal fatto che l'importo massimo della rata di rimborso del prestito non può superare il valore di un quinto dello stipendio mensile netto continuativo, inoltre la durata massima consentita è di 120 mesi e la minima non è inferiore ai 24 mesi. Il termine massimo della durata non può eccedere comunque il termine del rapporto di lavoro e il pensionamento, tranne che per i dipendenti pubblici, i quali possono decidere se estinguere il debito o traslarlo sulla pensione. Come previsto dal d.p.r. n. 180 possono fruire di questa forma di prestito tutti i lavoratori dipendenti dello Stato e del comparto parastatale, sia delle aziende private. Possono accedere alla cessione del quinto tutti i pensionati di tutti gli enti previdenziali.

9 La Direttiva 2008/48/CE del 23 aprile 2008 relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE, detta espressamente all'articolo 16, par. 1, "Il consumatore ha il diritto di adempiere in qualsiasi momento, in tutto o in parte, agli obblighi che gli derivano dal contratto di credito. In tal caso,

Leggendo il disposto, viene in evidenza come il consumatore abbia "il diritto" di adempiere "in qualsiasi momento" ai propri obblighi contrattuali, "in tutto o in parte", con il riconoscimento in suo favore, per effetto dell'estinzione anticipata, di una "riduzione del costo totale di credito" che tenga conto tanto degli interessi quanto dei costi[10] dovuti per la restante durata del contratto. Ciò in quanto il fine ultimo (ma non l'unico, come si dirà nel proseguo) perseguito dalla direttiva del 2008 è quello di garantire al consumatore quale contraente debole un'elevata protezione da eventuali elusioni attuate dai finanziatori[11] che hanno il compito di formulare i contratti di finanziamento.

Il recepimento del contenuto della direttiva nell'ordinamento italiano è avvenuto – seppur oltre il termine massimo – con il D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141 che, introducendo l'art. 125-sexies nel t.u.b., si è uniformato alla disciplina europea in tema di rimborso in caso di estinzione anticipata del finanziamento.

Dall'esame letterale combinato del (previgente[12]) disposto normativo interno e di quello europeo si evince chiaramente come il primo offra, in via implicita, una sostanziale distinzione tra costi up front e recurring[13] ammettendo il rimborso del secondo tipo, mentre il dettato della direttiva volge lo sguardo – in quella nozione di "costo totale del credito" – al complesso di oneri gravanti sul consumatore, nel quale occorre ricomprendere interessi e costi dovuti per la restante durata del contratto.

Tale ferma (ma non netta) distinzione tra le tipologie di costi, con il limite di rimborso dei soli costi recurring, è stata fatta propria non solo dagli ordinamenti dei

egli ha diritto ad una riduzione del costo totale del credito, che comprende gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto".

10 Per costo totale del credito si intende, ai sensi dell'articolo 121 lett. e) t.u.b., gli interessi e tutti i costi, incluse commissioni, imposte e altre spese, ad eccezione di quelle notarili, che il consumatore deve pagare in relazione al contratto di credito e di cui il finanziatore è a conoscenza. Si v., Marchesi, M.: "Operazioni di finanziamento contro cessione del quinto dello stipendio o della pensione: i nuovi orientamenti dell'Autorità di vigilanza", *Riv. banc.*, 2018, p. 333.

11 Mezzanotte, F.: "Il rimborso anticipato nei contratti di credito immobiliare ai consumatori", *Nuove leggi civ. comm.*, 1, 2020, p. 72. L'Autore, trattando della natura giuridica del rimborso anticipato del finanziamento, ricomprende la disciplina in esame nell'ambito della contrattazione asimmetrica, e qualifica il consumatore-contraente finanziato come parte fisiologicamente debole del rapporto creditizio al quale si riconosce, in virtù di tale posizione subordinata, il diritto di svincolarsi dal contratto in anticipo rispetto alla data formalmente concordata con il finanziatore. Di medesima opinione Roppo, V.: "Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma", in Id.: *Il contratto del duemila*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 65 ss.

12 Si rammenta come, con la L. 106/2021 di conv. del D.L. 73/2021, è stato riformulato il primo comma e sono stati aggiunti un secondo e un terzo comma che, per quel che è oggetto del presente scritto, riguardano il criterio di calcolo dell'importo da rimborsare e il diritto di regresso del finanziatore verso l'intermediario del credito.

13 Si intendono up front quei costi riconducibili fase di trattativa e formazione del contratto quali, ad esempio, le spese di istruttori a e di stipula. Per converso, sono recurring quei costi che maturano, al pari degli interessi, nel corso dell'intero svolgimento del rapporto negoziale e che vengono corrisposti dal consumatore a titolo di copertura dei rischi di credito e delle spese per la gestione degli incassi. Così Malvagna, U.: "Cessione del quinto ed estinzione anticipata delle commissioni accessorie", *ilcaso.it*, 2013 n. 341.

singoli Stati membri che hanno recepito la direttiva[14], ma altresì dall'ordinamento italiano attraverso un consolidato orientamento dettato dalla Banca d'Italia con le comunicazioni del 10 novembre 2009 e del 7 aprile 2011.

Difatti, ben prima dell'introduzione dell'istituto del rimborso anticipato a mente della direttiva 2008/48/CE, il sistema bancario italiano riconosceva espressamente la facoltà per i consumatori di adempiere anticipatamente ai propri obblighi contrattuali, riconoscendone un'equa riduzione[15].

Sull'assunto delle summenzionate comunicazioni[16] e al fine di garantire al consumatore una piena conoscenza di quanto ancora dovuto e di quanto spettante a titolo di rimborso, l'Organismo di Vigilanza, conscio delle prassi degli intermediari di indicare cumulativamente l'importo di generiche spese, non consentendo una chiara individuazione degli oneri maturati e di quelli non maturati, ha intimato gli operatori del settore al rispetto della normativa della trasparenza, evidenziando la necessità che "nei fogli informativi e nei contratti di finanziamento sia riportata una chiara indicazione delle diverse componenti di costo per la clientela, enucleando in particolare quelle soggette a maturazione nel corso del tempo"[17].

Dalle raccomandazioni della Banca d'Italia, è pacifico che l'aspetto del rimborso del quale hanno diritto i consumatori è tema particolarmente sentito anche nel contesto italiano, in particolare sul piano di garantire in modo preponderante una tutela alle condotte elusive e particolarmente opache poste in essere dai soggetti finanziatori.

14 Breve cenno ne offre De Cristofaro, G.: "Estinzione anticipata del debito e quantificazione della riduzione del costo totale del credito spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza Lexitor", *Nuova giur. civ. comm.*, n. 2, 2020, p. 283.

15 Il previgente Decreto del Ministero del Tesoro, 8 luglio 1992, all'art. 3, primo comma, prevedeva che "Il consumatore ha sempre la facoltà dell'adempimento anticipato; tale facoltà si esercita mediante versamento al creditore del capitale residuo, degli interessi ed altri oneri maturati fino a quel momento e, se previsto da contratto, di un compenso comunque non superiore all'uno per cento del capitale residuo". E ancora, il previgente art. 125, comma secondo, t.u.b. "Le facoltà di adempiere in via anticipata o di recedere dal contratto senza penalità spettano unicamente al consumatore senza possibilità di patto contrario. Se il consumatore esercita la facoltà di adempimento anticipato, ha diritto a un'equa riduzione del costo complessivo del credito, secondo le modalità stabilite dal CICR".

16 Comunicazione di Banca d'Italia, 10 novembre 2009, Cessione del quinto dello stipendio e operazioni assimilate: cautele e indirizzi per gli operatori; Comunicazione di Banca d'Italia, 7 aprile 2011, Cessione del quinto dello stipendio o della pensione e operazioni assimilate.

17 Con la comunicazione del 7 aprile 2011, l'Organismo di Vigilanza ha sollecitato nuovamente gli intermediari a "definire correttamente – in linea con le nuove disposizioni sul credito a consumo – la ripartizione tra commissioni up-front e recurring, includendo nelle secondo le componenti economiche soggette a maturazione nel tempo"; "assicurare il pieno rispetto delle regole contabili nella rilevazione delle commissioni e degli oneri connessi con le CQS"; e ancora "solo una parte delle commissioni pagate anticipatamente dalla clientela in via anticipata si riferisce a prestazioni non rimborsabili (come le spese d'istruttoria o di stipula del contratto) (c.d. quota up-front), mentre la restante parte (c.d. quota recurring) è volta a coprire i rischi trattenuti (rischi di credito e di liquidità connessi con le garanzie prestate, quali ad esempio quella del 'non riscosso per riscosso e gli oneri la cui maturazione è intrinsecamente connessa con il decorso del finanziamento (ad esempio, la gestione degli incassi e dei sinistri)".

Tuttavia, fermo restando l'aspetto sanzionatorio che possa investire in sede di contenzioso bancario le società di finanziamento, l'attività di corretta e puntuale informazione del contraente-finanziato è rimessa in via esclusiva in capo alla parte contrattualmente più forte, non potendo tali comunicazioni della Banca d'Italia ingerire nella gestione delle finanziarie.

Su tale scia sembra pacificamente orientarsi anche l'Arbitro Bancario Finanziario[18].

Sono numerose le pronunce da parte dei vari ABF italiani[19] che tracciano nettamente la distinzione tra costi recurring e costi up-front con la precisazione che, in materia di pagamento ante diem del finanziamento, i soli oneri soggetti alla restituzione in favore del consumatore siano i costi riferibili all'intero svolgimento del rapporto negoziale, purché vi sia una esposizione chiara e agevolmente comprensibile di quali oneri maturino nella vigenza del rapporto negoziale e quali invece siano strettamente correlati alla fase delle trattative e della formazione del contratto[20].

Ove non fosse possibile rinvenire ad una chiara ripartizione tra le due tipologie di oneri, l'intero importo di ciascuna delle suddette voci deve essere preso in considerazione al fine della individuazione della quota parte da rimborsare[21].

Infine, in tema di modalità di calcolo del rimborso da corrispondersi in favore del consumatore, è unanime l'adozione di un criterio proporzionale (c.d. pro-rata temporis puro) in virtù della natura di voci di spesa a maturazione progressiva dei costi recurring la modalità di calcolo impone, pertanto, di dividere la somma complessiva di costi e interessi spettanti al finanziatore per il numero totale delle

18 Per una disamina sull'istituto de quo V., ex multis, con varietà d'opinioni, Carriero, G. L.: "Arbitro bancario finanziario: morfologia e funzioni", *Foro.it*, 2012, n. 2, pp. 213 ss.; Punzi, C.: *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Cedam, Padova, 2012, pp. 287 ss.; Consolo, G.: "Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR", *An. Giur. econ.*, n. 1, 2011, pp. 121 ss; Finocchiaro, G.: *L'arbitro bancario finanziario tra funzione di tutela e di vigilanza*, Giuffrè, Milano, 2012; Minervini, E.: *L'arbitro bancario finanziario. Una nuova forma di ADR*, Esi, Napoli, 2014, pp. 21 ss; Iudica, G.: *Appunti di diritto dell'arbitrato*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 101 ss; Liace, G.: *L'arbitro bancario finanziario*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 155 ss; *vid.* anche le informazioni sull'ABF pubblicate nella Relazione sull'attività dell'arbitro bancario finanziario, www.arbitrobancariofinanziario.it.

19 Tra le varie decisioni vi sono ABF Napoli, 8 novembre 2017, n. 14134 nel quale si legge "il principio di equa riduzione del costo del finanziamento impone la restituzione della quota di commissioni e dei costi soggetti a maturazione nel tempo al fine di evitare, a causa dell'estinzione anticipata del prestito, un'ingiustificata attribuzione patrimoniale in favore del finanziatore, con esclusione delle voci di costo relative alle attività preliminari e prodromiche alla concessione del prestito, integralmente esaurite prima della eventuale estinzione anticipata". Conformi, ABF Torino, 18 dicembre 2018, n. 26793, *www.arbitratobancariofinaziario.it*; ABF Napoli, 21 settembre 2012, n. 3051, *www.arbitratobancariofinaziario.it*. Per una maggiore disamina, *vid.* rassegna di Simeon, M.: "Gli orientamenti dell'Arbitro Bancario Finanziario in materia di credito ai consumatori", *Giur. comm.*, 3, 2019, pp. 436 ss.

20 Di Nella, L.: "Gli orientamenti dell'ABF in materia di tutela dei consumatori", in AA. VV.: *La tutela del consumatore nella moderna realtà bancari (profili internazionali)*, Esi, Napoli, 2020, p. 245.

21 Su tutte, ABF Napoli, 8 novembre 2017, n. 14134.

rate residue del finanziamento, e infine moltiplicare il risultato ottenuto per le rate residue[22].

III. CASO LEXITOR: LA PORTATA RIVOLUZIONARIA IN TEMA DI COSTI RIMBORSABILI.

La pronuncia nella causa C-383/18 scaturita in seno alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea trae origine da una controversia nella quale la società Lexitor, cessionaria dei crediti vantati da tre ex-consumatori che hanno estinto in via anticipata i rispettivi finanziamenti e non hanno ottenuto il rimborso sulla riduzione del costo totale del credito, ha citato in giudizio gli istituti di credito.

La rimessione della questione, ad opera del tribunale polacco, ai sensi dell'art. 267 TFUE ai fini dell'ottenimento di una pronuncia pregiudiziale sul tema, si è ritenuta necessaria in ragione del diverso recepimento della direttiva 2008/48/CE da parte dei singoli ordinamenti nazionali in punto di costi e interessi da rimborsare al consumatore.

La Corte europea, dopo un'articolata premessa sui punti salienti della direttiva del 2008, ha offerto un principio di diritto totalmente confliggente con i criteri di attuazione cristallizzatisi da ben 10 anni dall'adozione del provvedimento e dal recepimento nell'ordinamento interno di ciascun Stato membro.

Il dictum reso dalla sentenza è fortemente orientato nel ritenere che l'art. 16, par. 1, della direttiva 2008/48/CE debba essere "interpretato nel senso che il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato del credito include tutti i costi posti a carico del consumatore".

In altri termini, la Corte supera (ma non elimina) quella distinzione – attribuita dai singoli ordinamenti nazionali – tra costi up-front e recurring e riconosce il diritto del consumatore al rimborso (rectius, riduzione) di entrambe le tipologie di costi, senza alcun limite, ponendosi in netto contrasto con i criteri e le modalità adottate, nel sistema italiano, dalla Banca d'Italia e dall'Arbitro Bancario Finanziario.

E raggiunge tale conclusione avvalendosi di tre ordini di argomenti.

Il primo, di poca pregnanza, poggia sul dato letterale[23] in virtù del quale, nonostante le diverse versioni linguistiche, il riferimento alla "restante durata del

22 In dottrina, Mager, A.: "Estinzione anticipata ex art. 125-sexies t.u.b. dopo la sentenza Lexitor", *Nuova giur. civ. comm.*, n. 4, 2020, pp. 745 ss.; Mezzanotte, F.: "Il rimborso anticipato nei contratti di credito immobiliare ai consumatori", *Nuove leggi civ. comm.*, n. 1, 2020, p. 82.

23 Traendo altresì spunto dalle conclusioni rassegnate dall'avvocato generale della Lexitor, ove, a fronte di almeno quattro significati attribuibili al testo della direttiva, ne risultano selezionati due come preferibili.

contratto" può essere interpretato tanto nel senso che la riduzione del costo totale del credito debba essere limitata agli oneri strettamente agganciati alla durata del contratto (oppure a quelli che sono presentati dal soggetto concedente il credito come riferiti ad una fase particolare della conclusione o dell'esecuzione del contratto), quanto nel senso, più limitato, che richiede un metodo di calcolo della riduzione fondato su un parametro proporzionale rispetto alla durata residua del contratto[24].

Sul piano sistematico, ovverosia tenendo conto del "contesto" nel quale è inserita la disposizione in esame, la motivazione della sentenza in commento non coglie ancora una volta nel segno in quanto la Corte si limita semplicemente a richiamare come la direttiva del 2008, abrogativa della precedente direttiva del 1987, abbia innovato la tutela del consumatore, ma nulla aggiunge al percorso di utilità offerto dalla nuova normativa[25].

Data l'insufficienza dei primi due ordini di considerazioni, è sul piano teleologico che pare rinvenirsi la convinzione, da parte della Corte, della corretta interpretazione dell'art. 16, par. 1.

Come sottolineato in precedenza, la direttiva 2008/48/CE si pone come obiettivo (ma non l'unico) quello di garantire un'elevata protezione del consumatore, parte ritenuta in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere di negoziazione sia il livello di informazione.

Ed è su tale obiettivo che la Corte innesta il proprio dictum, non memore o attenta alla circostanza che l'adozione della direttiva in esame si è resa parimenti necessaria per "facilitare il sorgere di un efficiente mercato interno del credito al consumo" con lo scopo di giungere una piena armonizzazione delle legislazioni nazionali concernenti alcuni fondamentali aspetti dei contratti di credito dei consumatori[26].

Tale ultima argomentazione, presa nel suo complesso, svilisce non solo il criterio teleologico ma altresì quello sistematico perché potrebbe indurre a pensare che la Corte, nell'adottare il criterio di interpretazione che debba tener conto del

24 Argomenta De Cristofaro, G.: "Estinzione anticipata del debito e quantificazione della riduzione del costo totale del credito spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza Lexitor", *cit.*, p. 283.

25 D'altronde si potrebbe rischiare di condurre tale argomentazione in senso contrario alla tutela del consumatore in quanto gli studiosi del settore rinvenivano, agli albori della sua adozione ad opera del Parlamento e del Consiglio Europeo, una tutela rafforzata del creditore, titolare di un diritto ad un indennizzo (art. 16, par. 2), considerabile come costo associato all'esercizio del rimborso anticipato da parte del consumatore. Così, De Cristofaro, G.: "La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione completa delle disposizioni nazionali concernenti taluni aspetti dei contratti di credito ai consumatori", *Riv. dir. civ.*, n. 1, 2008, pp. 255 ss.

26 Carriero, G.: "Nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: linee d'indirizzo, questioni irrisolte, problemi applicativi", *Riv. dir. civ.*, 2009, pp. 509 ss.; Febbrajo, T.: "La nuova disciplina dei contratti di credito al consumo nella Dir. 2008/48/CE", *Giur. it.*, n. 1, 2010, pp. 223 ss.

contesto in cui è inferita la disciplina europea, non abbia tenuto effettivamente in considerazione tutti gli aspetti utili a giustificare la rilevanza che è stata attribuita all'art. 16, par. 1.

Vero è che la pacifica asimmetria informativa indurrebbe gli istituti di credito a rendere difficile la determinazione, da parte del consumatore, dei costi oggettivamente correlati alla durata del contratto, se non specificatamente individuati; parimenti vero è che si rende necessaria una tutela rafforzata del consumatore[27] a fronte di condotte, dei finanziatori, non conformi ad un elevato grado di trasparenza, rimettendo alla loro discrezionalità la possibilità di elevare i costi al momento della trattativa e sottoscrizione del contratto di credito, con riduzione di quelli relativi alla durata del rapporto; ma altresì vero è che gli obiettivi della direttiva si pongono tutti su un medesimo piano egualitario e, pertanto, l'interpretazione offerta con la sentenza del 2019 sembra stridere fortemente con i dettami sia della normativa europea, sia con le singole legislazioni nazionali che da ben oltre 10 anni hanno perseguito un'impostazione totalmente divergente dall'interpretazione alla quale i giudici europei sono giunti.

IV. CRITICITA' POST LEXITOR.

In materia bancaria nell'ordinamento italiano, le prime criticità sono sorte in ordine al diverso applicativo dell'art. 16 par. 1, per mezzo dell'art. 125-sexies t.u.b. introdotto con D.lgs. 141/2010, fatto proprio da Banca d'Italia e dagli ABF.

Si è ampiamente argomentato sul punto come l'Organismo di Vigilanza abbia posto a fondamento del rimborso (rectius riduzione), in caso di estinzione anticipata del finanziamento, la netta distinzione tra costi up-front e recurring, escludendo i primi dal beneficio accordato al consumatore e purché il contratto di credito al consumo sia stato formulato nel pieno rispetto dei criteri indicati nelle comunicazioni del 10 novembre 2009 e del 7 aprile 2011, nonché delle Disposizioni in materia di Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari del 9 febbraio 2011.

Il sopraggiungere dell'interpretazione per come offerta dal dictum della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha posto l'Arbitro Bancario Finanziario nella condizione di doversi porre due quesiti strettamente correlati.

In primo luogo, che effetti possa produrre la pronuncia della Corte di Giustizia nell'ordinamento italiano e, in caso di esito positivo, su quale normativa poggia la sua "applicabilità", considerato il recepimento del precetto dettato dall'art. 16,

27 Indraccolo, E.: "Credito al consumo e principio di protezione effettiva del contraente debole. Prime considerazioni sulla direttiva 48/08/CE", *Rass. dir. civ.*, n. 2, 2010, pp. 267 ss.

par. 1 Dir. 2008/48/CE, e con la conseguenza di dover distinguere gli effetti della sentenza nel settore del contenzioso.

In secondo luogo (di cui si dirà nel proseguo), considerata la riformulazione al quale dovrebbe essere soggetta la normativa italiana in tema di unificazione dei costi rimborsabili, quale criterio di calcolo debba essere adottato in punto di costi up-front (oneri fissi, rinvenibili per lo più in sorte di premi da corrispondersi in fase di trattativa negoziale) oramai ricompresi nel diritto di rimborso – stante la presenza del criterio proporzionale per i costi recurring quale voce di spesa a maturazione progressiva e strettamente correlata alla vigenza contrattuale.

Avendo riguardo alla prima questione, insieme ad una parte della dottrina[28], il Collegio di Coordinamento[29] con una pronuncia tempestiva ha stabilito il seguente principio di diritto: "a seguito della sentenza 11 settembre 2019 della Corte di Giustizia Europea, immediatamente applicabile anche ai ricorsi non ancora decisi, l'art. 125-sexies t.u.b. deve essere interpretato nel senso che, in caso di estinzione anticipata del finanziamento, il consumatore ha diritto alla riduzione di tutte le componenti del costo totale del credito, compresi i costi up front".

Non sono tuttavia mancate opinioni contrastanti in dottrina che hanno fortemente escluso che la pronuncia della Corte di Giustizia Europea, nel dare una nuova impronta interpretativa all'articolo 16 par. 1 della direttiva 2008/48/CE, possa trovare immediata applicazione nel contesto normativo italiano e dunque imprimere la propria portata all'articolo 125-sexies del testo unico in materia bancaria[30].

Tale ferma convinzione trae origine dai generali principi di diritto dell'unione europea secondo i quali alla direttiva 2008/48/CE non possa attribuirsi natura di direttiva self-executing -dalla quale deriverebbe l'obbligo in capo al giudice di merito di disapplicare, anche in assenza di un provvedimento di recepimento, la normativa interna in contrasto con la fonte sovranazionale[31].

28 Dolmetta, A.: "Anticipata estinzione e riduzione del costo totale del credito. Il caso della cessione del quinto", *Banca, borsa e tit. credito*, n. 6, 2019, pp. 639 ss.; Mager, A.: "Estinzione anticipata ex art. 125-sexies t.u.b. dopo la sentenza Lexitor", *Nuova giur. civ. comm.*, n. 4, 2020, pp. 743 ss.

29 ABF Collegio di Coordinamento, 17 dicembre 2019, n. 26525, *www.arbitratobancariofinaziario.it*. La decisione è stata altresì anticipata dalla comunicazione del 4 dicembre 2019 di Banca d'Italia con la quale sono state offerte le nuove linee orientative in materia di credito ai consumatori e rimborso anticipato ai finanziamenti, volte a favorire un pronto adeguamento al quadro delineato dalla sentenza Lexitor.

30 De Cristofaro, G.: "Estinzione anticipata del debito e quantificazione della riduzione del costo totale del credito spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza Lexitor", *cit.*, p. 283.

31 Liace, G.: "Il diritto dei consumatori alla riduzione del costo totale del credito nel caso di estinzione anticipata del finanziamento: il caso Lexitor", *Giur. comm.*, n. 5, 2020, p. 1007. L'Autore offre la nozione di direttiva self-executing, da intendersi con tale concetto una direttiva sufficientemente dettagliata nei propri contenuti che non necessita di alcun provvedimento di attuazione da parte dello Stato membro: ha, dunque, il potere di incidere direttamente nella sfera giuridica del singolo cittadino. Direttive di tal fatta producono un'efficacia diretta verticale (nei rapporti tra singolo cittadino e Stato inadempiente) e non anche orizzontale (nei rapporti tra singoli privati), e può comportare la responsabilità dello Stato membro

Pertanto, avuto riguardo alla generale disciplina secondo la quale la direttiva – quale strumento di armonizzazione dell'ordinamento interno di ciascun Stato membro dell'Unione europea – vincola gli Stati per quanto riguarda il risultato da raggiungere, lasciandoli liberi quanto alla scelta della forma e dei mezzi necessari per conseguire i principi della stessa, sembra ben consolidato l'orientamento che esclude[32] l'influenza del dictum della Corte di Giustizia.

Per converso, tuttavia, una parte della giurisprudenza di merito[33] ritiene immediatamente applicabile il principio di diritto espresso dalla Corte europea in quanto parte di un obiettivo più ampio volto alla tutela del consumatore e al suo diritto di estinguere anticipatamente un debito con la riduzione dei costi complessivi del credito.

D'altronde, da un più ampio esame del precetto dettato dalla norma europea (art. 16, par. 1) e dalla norma interna (art. 125-sexies t.u.b.) si evince come la seconda sia una mera trasposizione della prima nonché in sovrapposizione alla medesima, in particolar modo sul piano letterale.

Difatti, quando la disposizione di diritto interno tratta della riduzione che deve essere "pari all'importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto" altro non è che la riduzione "che comprende gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto", dettata dalla disposizione europea: sul punto, la (apparente) portata più ampia dell'articolo 16, par. 1 della direttiva 2008/48/CE non conduce a risultati differenti. Inoltre in entrambe le previsioni normative, la riduzione dei costi e degli interessi in favore del consumatore è da ricondursi univocamente alla vita residua del contratto[34].

Sullo stesso orientamento, i vari Collegi ABF hanno più volte chiarito che, poiché le pronunzie della Corte di Giustizia hanno, in base all'art. 220 TUE, una funzione nomofilattica istituzionalizzata, tutti gli organi decidenti dell'UE sono

per il mancato recepimento della direttiva con conseguente obbligo di risarcimento del danno subìto dal singolo per effetto dell'inadempimento.

32 Tra le pronunce di merito, *vid.* Giudice di Pace di Roma, 28 agosto 2020, n. 13888, in *DeJure Online*, secondo il quale "la direttiva 2008/48/CE, art. 16, par. 1, ha comunque efficacia verticale con ciò intendendosi che l'interessato può far valere solo nei confronti dello Stato una ritenuta imperfetta attuazione della direttiva, mentre essa non ha efficacia orizzontale tra privati, con conseguente impossibilità, per il giudice, di procedere alla disapplicazione della normativa italiana". Ancora, Tribunale di Vicenza, 13 novembre 2020, n. 1907, in *DeJure Online*, che così enuncia "Le sentenze della Corte di Giustizia europea non vincolano, com'è noto, il Giudice Nazionale, sicché, in concreto il significato residuo da attribuirsi ad esse è quello di offrire una possibile interpretazione della norma comunitaria per, appunto, l'interprete del singolo Paese".

33 Tribunale di Avellino, 28 ottobre 2019, n. 1968 in *DeJure Online*; da ultimo, Giudice di Pace di Savona, 7 gennaio 2020, in *DeJure Online* che fa proprie le conclusioni cui è pervenuta la Corte di Giustizia con il caso Lexitor, attribuendole immediata rilevanza nell'ordinamento interno.

34 In tal senso, Dolmetta, A.: "Anticipata estinzione e riduzione del costo totale del credito. Il caso della cessione del quinto", *Banca, borsa e tit. credito*, n. 6, 2019, p. 645, ("Le differenze letterali, che sono rintracciabili, non sono in ogni caso idonee ad aprire degli spazi di interpretazioni divergenti, posto che «il giudice nazionale è tenuto, nell'applicazione del diritto interno, ad adeguare la sua interpretazione al diritto comunitario", citando Cass., 31 gennaio 2017, n. 2483).

vincolati all'interpretazione suddetta ed inoltre sono vincolati a perseguire gli scopi di *policy* evidenziati dalla Corte di Giustizia nelle decisioni rilevanti[35].

In conclusione, dunque, ciò che il giudice nazionale è tenuto a compiere non è la disapplicazione dell'art. 125-sexies t.u.b. in quanto in contrasto con la normativa europea, bensì un'opera di interpretazione e applicazione della norma interna di attuazione secondo il dictum offerto dalla Corte di Giustizia.

Nel rimanere sul tema della immediata rilevanza della pronuncia Lexitor, non ci si può esimere dall'offrire altresì le considerazioni in tema di applicabilità della nuova interpretazione in materia di contenzioso bancario e a seconda che la risoluzione della controversia sia affidata ad un Collegio ABF o all'autorità giudiziaria ordinaria.

Nel caso di ricorso al Tribunale ordinario, anche in ipotesi di ricorso già deciso, la tutela volta alla restituzione dei costi *up front* è accordata al consumatore il quale può esercitare nuova azione di ripetizione di indebito oggettivo ex art. 2033 c.c.[36] purché il diritto non si sia prescritto, previo esperimento della condizione di procedibilità dell'istituto di mediazione *ex* art. 5 D.Lgs. 28/2010.

In presenza di ricorso al Collegio ABF, è ferma la distinzione tra i ricorsi già decisi e i ricorsi pendenti in quanto in presenza di decisione è ferma la posizione dei Collegi che preclude la proposizione di nuovo ricorso in ragione del principio del ne bis in idem più volte confermato dal medesimo Arbitro[37]. Per i ricorsi da proporsi o ancora pendenti, *nulla quaestio.*

35 ABF Napoli, 25 febbraio 2015, n. 1339, in *arbitrobancariofinanziario.it*; ABF Milano, 6 novembre 2013, n. 5632, in *arbitrobancariofinanziario.it*.

36 Tina, A.: "Contratti di finanziamento personale e polizze assicurative: l'estinzione anticipata del finanziamento (art. 125-sexies t.u.b.) mediante attivazione della copertura assicurativa", *Giur. comm.*, 2018, p. 801. L'Autore è dell'opinione che la disposizione normativa del testo unico bancario non fa altro che anticipare l'esigibilità dell'invocato diritto del cliente ex art. 2033 c.c. che altrimenti maturerebbe soltanto successivamente all'estinzione del finanziamento per effetto del pagamento integrale del debito capitale residuo.

37 Così, ABF Milano, 26 marzo 2019, n. 8336, in *arbitrobancariofinanziario.it* secondo il quale "l'applicazione del divieto del "ne bis in idem" anche nel procedimento ABF è stata confermata dal Collegio di Coordinamento (con decisione n. 3962 del 23.11.2012). Il Collegio ha chiarito che nel procedimento davanti all'ABF, l'accertamento contenuto nella decisione del Collegio non fa stato tra le parti né impedisce alle parti di ricorrere ad ogni altro mezzo previsto dall'ordinamento per la tutela dei proprio diritti ed interessi. Ma ciò non autorizza a ritenere che, dopo la decisione, il ricorso possa essere riproposto per un nuovo esame davanti allo stesso Collegio decidente o ad altro Collegio dell'ABF. Invero, la decisione, una volta che sia stata comunicata alle parti, non può essere più modificata…". Secondo Soldati, N.: "L'ABF: la decisione, gli effetti e l'esecuzione", *Tratt. dell'arbitrato*, vol. XV, Le controversie bancarie e finanziarie, Napoli, 2020, pp. 173 ss., le decisioni adottate in seno ai Collegi sono da considerarsi alla stregua di veri e propri pareri pro veritate, che pertanto non assumono valore di giudicato e non fanno stato tra le parti, ma hanno il compito di esprimere una valutazione della controversia in atto tra l'intermediario e il cliente. Natura di responso viene altresì attribuita dalla Corte Cost., 4 luglio 2011, n. 218, *Riv. trim. dir. econ.*, 2018, p. 128 (con nota di Antonucci, A.: "ABF e accesso al giudizio di legittimità costituzionale").

V. LA MODALITA' DI CALCOLO DEI COSTI RIMBORSABILI.

Alla luce delle considerazioni sino ad ora affrontate sul tema dell'immediata rilevanza del dictum della sentenza Lexitor sulla disposizione normativa interna (art. 125-sexies t.u.b.), avendo riguardo al criterio di calcolo da adottarsi per la riduzione (rectius, restituzione) del costo totale del credito, la Corte non sembra assumere una ferma posizione.

Vi è di più. Il testo della pronuncia fa proprie le conclusioni dell'avvocato generale Hogan e si concentra, particolarmente, su due interpretazioni coerenti con la conclusione per cui "la locuzione dovuti per la restante durata del contratto dovrebbe essere intesa nel senso che la riduzione prevista dall'articolo 16, par. 1, non dipende dalla finalità dei costi a carico dei consumatori, ma piuttosto dalla data in cui viene richiesto il pagamento dei costi al consumatore".

La prima interpretazione intende tale locuzione nel senso che sarebbe da considerarsi quale mera indicazione delle modalità di calcolo della riduzione, ossia in proporzione alla restante durate del contratto.

La seconda interpretazione fa corrispondere la riduzione del costo del credito ai pagamenti una tantum o ricorrenti non ancora scaduti al momento del rimborso anticipato.

La Corte premette, in aderenza a tali conclusioni, che "la menzione della restante durata del contratto, che compare all'art. 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/48, potrebbe essere interpretata tanto nel senso che essa significa che i costi interessati dalla riduzione del costo totale del credito sono limitati a quelli che dipendono oggettivamente dalla durata del contratto oppure a quelli che sono presentati dal soggetto concedente il credito come riferiti ad una fase particolare della conclusione o dell'esecuzione del contratto, quanto nel senso che essa indica che il metodo di calcolo che deve essere utilizzato al fine di procedere a tale riduzione consiste nel prendere in considerazione la totalità dei costi sopportati dal consumatore e nel ridurne poi l'importo in proporzione alla durata residua del contratto".

Considerato che la direttiva impone il perseguimento di certi fini (alias la tutela del consumatore nei contratti di finanziamento), rimettendo ai singoli Stati membri la scelta dei mezzi e delle modalità con i quali raggiungere tali scopi e che non è pertanto diretta all'armonizzazione in punto di criterio di calcolo della riduzione da applicarsi in favore dei consumatori; che l'applicazione di due criteri di calcolo sarebbe in contrasto con la formulazione dell'art. 16, par. 1 e che non vi è assimilazione tra le due tipologie di oneri gravanti sul privato, nulla esclude che la

riduzione del costo totale del credito possa avvenire secondo un criterio diverso da quello strettamente proporzionale (rata pro temporis)[38].

Ciò premesso, dunque, l'orientamento prevalente dettato dai Collegi ABF è orientato nel senso di rinvenire un metodo di calcolo dei costi *up front* da restituire sul piano contrattuale, sul piano del principio di proporzionalità o, ancora, secondo determinazioni in via equitativa, mentre per i costi recurring continua a trovare applicazione il criterio pro rata temporis rigidamente proporzionale.

Secondo l'ABF, ove non contrattualmente previsto o se vi è espresso riferimento, il criterio di calcolo da adottarsi per il calcolo della riduzione dei costi up front è quello previsto per il conteggio degli interessi corrispettivi[39], trattandosi gli stessi di principale voce di costo totale del credito: pertanto, la riduzione può effettuarsi secondo lo stesso metodo di riduzione progressiva utilizzato per gli interessi corrispettivi (c.d. curva degli interessi) come desumibile dal piano di ammortamento.

La soluzione adottata dai Collegi ABF sembra da qualificarsi come una spinta, per le società di finanziamento, all'adozione dello schema tariffario c.d. "tutto TAN" (tasso annuo nominale), formula questa che ricomprende tutti gli oneri connessi al finanziamento e che rappresenta una buona prassi di mercato, volta ad assicurare una maggiore tutela del cliente[40].

VI. LA RIFORMULAZIONE DELL' ART. 125- SEXIES.

La sentenza Lexitor, più che porre il problema della disapplicazione della normativa interna in quanto letteralmente (ma non sostanzialmente) differente dalla normativa europea, ha attribuito rilevanza alla querelle che ne è derivata, ovverosia l'inesatto recepimento da parte dello Stato italiano del dettato dell'art. 16, par. 1 della direttiva 2008/48/CE al momento della trasposizione con il D.Lgs. 141/2010.

38 L'Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Coordinamento, ha riconosciuto che l'applicazione del criterio pro rata temporis, per quanto il più logico e, con ciò stesso, il più conforme al diritto ed all'equità sostanziale (ABF Collegio di Coordinamento, 22 settembre 2014, n. 6167, in *arbitrobancariofinanziario.it*), non costituisce principio assoluto, potendo trovare applicazione un diverso criterio di calcolo. Così, ABF Collegio di Coordinamento, 11 novembre 2016, n. 10003, in *arbitrobancariofinanziario.it*. Tale modalità di calcolo ha trovato applicazione in via residuale, sulla base delle indicazioni dettate da Banca d'Italia e fondandosi sul presupposto della netta distinzione, ante Lexitor, tra costi recurring e up front.

39 Tina, A.: "Contratti di finanziamento personale e polizze assicurative: l'estinzione anticipata del finanziamento (art. 125-sexies t.u.b.) mediante attivazione della copertura assicurativa", *cit.*, p. 179.

40 Secondo Operazioni di finanziamento contro cessione del quinto dello stipendio o della pensione, Orientamenti di Vigilanza, di Banca d'Italia, 30 marzo 2018, par. 16, il c.d. tutto TAN apporta tali benefici: tutti gli oneri incorporati nel tasso sono sempre oggetto di restituzione in caso di estinzione anticipata a prescindere dalla loro natura; semplifica la struttura tariffaria e la rende più comprensibile.

Sebbene dottrina e giurisprudenza si siano profuse nell'affermare una (potenziale) sovrapposizione dell'articolo 125-*sexies* all'art. 16, par. 1, seppur con una portata più limitata, e a ricercare le fonti più adeguate che consentissero un revirement in seno alla Banca d'Italia e al Collegio di Coordinamento in punto di riconoscimento sia dei costi up front che di quelli recurring, il dictum della Corte di Giustizia ha sollevato quei dubbi dettati dalla diversa formulazione del rimborso del costo totale del credito e dell'assenza di effettiva normativa che giustifichi la parificazione di tale tipologie di oneri in tema riduzione in favore del consumatore.

Lacuna legislativa che è stata colmata dalla Legge 23 luglio 2021, n. 106 (di conversione del D.L. 25 maggio 2021, n. 73 c.d. "Decreto Sostegni bis").

Il legislatore, al fine di far fronte alla grave crisi economica – dovuta all'emergenza sanitaria da Covid-19 – con la concessione di finanziamenti alla portata delle imprese e dei professionisti, si è visto costretto – nell'ottica, oggi più che mai, di una maggiore tutela del consumatore – ad allinearsi alla normativa europea post Lexitor, apportando le dovute modifiche al dettato dell'articolo 125-*sexies* il cui primo comma testualmente recita "Il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore e, in tal caso, ha diritto alla riduzione, in misura proporzionale alla vita residua del contratto, degli interessi e di tutti i costi compresi nel costo totale del credito, escluse le imposte".

Al comma secondo viene recepito quell'orientamento in punto di puntuale rispetto del principio della trasparenza in favore dei consumatori, consentendo ai medesimi di comprendere in modo chiaro i criteri di calcolo per il rimborso (rectius riduzione) del costo totale del credito ed espressamente pattuendo che, ove non sia diversamente indicato, si applica il criterio del costo ammortizzato (ovvero, di riduzione progressiva secondo la curva degli interessi come da piano di ammortamento).

E con ciò fugando ogni dubbio sul tipo di modalità di calcolo da adottarsi in ordine agli interessi e costi da restituire – ridurre sul costo totale in caso di estinzione anticipata – in favore del soggetto privato.

Sul piano dell'operatività della nuova riformulazione in ordine alle ipotesi di estinzione anticipata finanziamento avvenute prima dell'entrata in vigore dell'art. 11-octies, comma 2 D.L. 73/2021, con recente decisione del Collegio di Coordinamento, è rimasta ferma la distinzione tra le due tipologie di costi (recurring e up front), consentendo la retrocedibilità dei soli costi relativi ad attività soggette a maturazione nel corso dell'intero svolgimento del rapporto negoziale,

ma non anche di quelli strettamente correlati alla fase di trattativa e formazione del contratto[41].

Con tale primissima decisione, pervenuta a soli tre mesi dal nuovo assetto normativo in materia, il Collegio di Coordinamento pare voler assestare un proprio orientamento – fortemente ancorato alla via interpretativa ante Lexitor – nonostante il (tardivo) progresso compiuto dal legislatore nell'allineare (sul piano sia letterale che interpretativo) il diritto interno a quello europeo.

È probabile che si renderà necessario un periodo di assestamento nel corso del quale si auspica che le Autorità bancarie (in primis, Banca d'Italia) prima, e le Autorità giudiziarie poi, traccino la via interpretativa ritenuta maggiormente valida: ciò al fine di non incorrere in un aumento dei ricorsi – ove si propendesse per la decisione qui citata – che fonderebbero le proprie argomentazioni sul fatto che, nonostante la tardiva riformulazione, si ritenga sufficiente attribuire rilevanza a quella pronuncia (Lexitor) che ha offerto una lettura del dettato normativo conforme a quello letterale dell'art. 16, par. 1 della direttiva 2008/48/CE.

In conclusione, l'effettiva questione che gli studiosi del settore e le autorità (bancarie e giudiziarie) si sono posti verteva non tanto sull'interpretazione da attribuirsi alla disposizione di diritto interno quanto piuttosto sul recepimento (potenzialmente) inesatto della direttiva 2008/48/CE che avrebbe dato avvio, post Lexitor e in assenza di fondamento normativo interno, ad un vasto e controproducente contenzioso bancario.

È opinione di chi scrive che, sebbene la riformulazione della disposizione del t.u.b. causerà, in un primo tempo, numerosi ricorsi bancari da parte di coloro che, estinto il finanziamento ante diem, non si sono visti riconoscere la restituzione dei costi up front, ingiustamente trattenuti dalle finanziarie, dall'altro lato imporrà (in una prospettiva futura positiva) ai concedenti i contratti di finanziamento con cessioni del quinto dello stipendio o della pensione, l'effettivo rispetto del principio di trasparenza e un allineamento delle condizioni generali di contratto.

Prassi di mercato che potrebbe indurre ad un aumento del numero delle richieste di finanziamento da parte di soggetti che, consci dell'evidente asimmetria

41 ABF, Collegio di Coordinamento, 15 ottobre 2021, n. 21676, in *arbitrobancariofinanziario.it;* che detta il seguente principio di diritto: "In applicazione della Novella legislativa di cui all'art. 11-octies, comma 2°, ultimo periodo, d.l. 25 maggio 2021, n. 73, convertito in legge n. 106 del 23 luglio 2021, in caso di estinzione anticipata di un finanziamento stipulato prima della entrata in vigore del citato provvedimento normativo, deve distinguersi tra costi relativi ad attività soggette a maturazione nel corso dell'intero svolgimento del rapporto negoziale (c.d. costi recurring) e costi relativi ad adempimenti preliminari alla concessione del prestito (c.d. costi up front). Da ciò ne consegue la retrocedibilità dei primi e non anche dei secondi, limitatamente alla quota non maturata degli stessi in ragione dell'anticipata estinzione, così come meglio illustrato da questo Collegio nella propria decisione n. 6167/2014".

informativa e quali contraenti deboli, hanno sempre diffidato della possibilità di richiedere prestiti.

Circostanze, queste, che potrebbero garantire e perseguire non solo l'obiettivo di offrire una tutela rafforzata al consumatore secondo la corretta interpretazione offerta dalla pronuncia Lexitor, ma altresì il sorgere di un efficiente mercato interno del credito al consumo, così come dettato dalla direttiva 2008/48/CE.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV.: "La tutela del consumatore nella moderna realtà bancaria (profili internazionali)", Esi, Napoli, 2020, p. 245.

AZZALI, S.: Arbitrato amministrato ed arbitrato ad hoc, in IUDICA, G.: *Appunti di diritto dell'arbitrato*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 101 ss.

BERTI DE MARINIS, G.: "La contrattazione bifasica nei contratti di investimento: fra vincoli imposti a tutela del cliente e rimedi invalidanti", *Resp. civ.e prev.*, 2013, pp. 1344 ss.

CARRIERO, G. L.: "Arbitrato bancario finanziario: morfologia e funzioni", *Foro.it*, 2012, p. 213.

CARRIERO, G.L.: "Nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: linee di indirizzo, questioni irrisolte, problemi applicativi", *Riv. dir. civ.*, 2009, pp. 509 ss.

CONSOLO, G.: "Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR", *An. giur. econ.*, 2011, p. 121.

DE CRISTOFARO, G.: "Estinzione anticipata del debito e quantificazione della riduzione del costo totale del credito spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza Lexitor", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 283.

DE CRISTOFARO, G.: "La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione completa delle disposizioni nazionali concernenti taluni aspetti dei contratti di credito ai consumatori", *Riv. dir. civ.*, 2008, pp. 255 ss.

DI NELLA, L.: "Gli orientamenti dell'ABF in materia di tutela dei consumatori", in AA. VV.: *La tutela del consumatore nella moderna realtà bancari (profili internazionali)*, Esi, Napoli, 2020, p. 245.

DOLMETTA, A.: "Anticipata estinzione e riduzione del costo totale del credito. Il caso della cessione del quinto", *Banca borsa e tit. credito*, 2019, pp. 639 ss.

FEBBRAJO, T.: "La nuova disciplina dei contratti di credito al consumo nella direttiva 2008/48/CE", *Giur. it.*, 2010, pp. 223 ss.

FINOCCHIARO, G.: *L'arbitro bancario finanziario tra funzione di tutela e di vigilanza*, Giuffrè, Milano, 2012.

Indraccolo, E.: "Credito al consumo e principio di protezione effettiva del contraente debole", *Rass. dir. civ.*, 2010, pp. 267 ss.

Liace, G.: "Il diritto dei consumatori alla riduzione del costo totale del credito nel caso di estinzione anticipata del finanziamento: il caso Lexitor", *Giur. comm.*, 2020, p. 1007.

Liace, G.: *L'arbitro bancario finanziario*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 155 ss.

Llamas Pombo, E.: "El convenio arbitral como instrumento de prevenciòn, resoluciòn y soluciòn de conflictos", in AA. VV.: *ADR, ODR y iusticia de futuro* (a cura di F.J. Perez Serrabona Gonzalez), Aranzadi, Azur Menor, 2019, pp. 43 ss.

Mager, A.: "Estinzione anticipata ex art. 125-sexies TUB dopo la sentenza Lexitor", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, pp. 745 ss.

Marchesi, M.: "Operazioni di finanziamento contro cessione del quinto dello stipendio o della pensione", *Riv. diritto bancario*, 2018, p. 333.

Mezzanotte, F.: "Il rimborso anticipato nei contratti di credito immobiliare ai consumatori", *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 72.

Mezzasoma, L.: "Consumatore e Costituzione", *Rass. dir. civ.*, 2015, pp. 311 ss.

Minervini, E.: *L'arbitro bancario finanziario una nuova forma di ADR*, Esi, Napoli, 2014, p. 21.

Perlingieri, P.: "Sulle cause della scarsa diffusione dell'arbitrato in Italia", *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 659.

Perlingieri, P.: "Conclusioni al convegno La Banca-Assicurazione", *Dir. merc. ass. fin.*, 2018, p. 232.

Petrella, V.: L'arbitrato bancario finanziario, in PUNZI, C.: *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Cedam, Padova, 2012, pp. 287 ss.

Roppo, V.: *Il contratto del 2000*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 65.

Simeon, M.: "Gli orientamenti dell'arbitro bancario finanziario in materia di credito ai consumatori", *Giur. comm.*, 2019, pp. 436 ss.

Soldati, N.: "L'ABF: la decisione, gli effetti e l'esecuzione", in *Trattato dell'arbitrato, XV, Le controversie bancarie e finanziarie*, Esi, Napoli, 2020, pp. 173 ss.

TINA, A.: "Contratti di finanziamento personale e polizze assicurative: l'estinzione anticipata del finanziamento mediante attivazione della copertura assicurativa", *Giur. comm.*, 2018, p. 801.

LA DIMENSIONE CONTRATTUALE NEL CODICE DEL TERZO SETTORE ITALIANO

THE ITALIAN THIRD SECTOR CODE: CONTRACTUAL PERSPECTIVES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1800-1817

Mario RENNA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Nell'ambito del codice del Terzo settore emergono relazioni negoziali che invitano ad esaminare il rapporto tra gli enti del terzo settore e le pubbliche amministrazioni prestando particolare attenzione al fondamento causale.

PALABRAS CLAVE: Codice del Terzo settore; enti del Terzo settore; convenzioni; principio di sussidiarietà.

ABSTRACT: *The Italian Third Sector Code shows several contractual relationships that lead us to analyse the agreements between Third Sector entities and public administrations, with particular attention to the logic and functioning.*

KEY WORDS: *Third Sector Code; Third Sector Entities; Public contracts; Agreements; Principle of subsidiarity.*

SUMARIO.- I. L'AGIRE DEGLI ENTI DEL TERZO SETTORE.- II. LE CONVENZIONI TRA MERCATO E SOLIDARIETÀ.- III. CONVERGENZA E SUSSIDIARIETÀ.

I. L'AGIRE DEGLI ENTI DEL TERZO SETTORE.

L'entrata in vigore del codice del Terzo settore (CTS) - d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 - avvalora la centralità degli enti del Terzo settore (ETS), conferendo loro una qualificazione "positiva"[1], non più compressa, anche linguisticamente, dal (e nel) fenomeno del non profit[2]. Svettano, tra i principi regolatori delineati all'art. 2 CTS, il riconoscimento della funzione sociale dei predetti corpi intermedi e la salvaguardia dell'"l'apporto originale per il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, anche mediante forme di collaborazione con lo Stato, le Regioni, le Province autonome e gli enti locali".

Dal CTS si ricava una puntuale definizione degli ETS - espressione di una soggettività meritevole di tutela non necessariamente mediata dal ricorrere della personalità giuridica[3] - che ne consente di apprezzare i tratti identitari e la vocazione finalistica, elementi di sicuro rilievo nella definizione dei rapporti negoziali con gli enti pubblici nell'ottica del principio di sussidiarietà orizzontale previsto dalla Costituzione (art. 118, comma 4)[4].

Ai sensi dell'art. 4, comma 1, CTS, possono ambire alla qualificazione di ETS le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, nonché le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni riconosciute e non riconosciute e le fondazioni, ovvero tutti gli altri enti privati e diversi dalle società che: *i*) siano

1 Clarich, M., Boschetti, B.: "Il Codice Terzo Settore: un nuovo paradigma?", *jus.vitaepensiero.it*, 2018, pp. 1 ss.; Amorosino, S.: "Il Terzo settore tra pubblici poteri ed autonomia sociale", *Rassegna di diritto civile*, 2019, 1, pp. 304 ss.

2 Ponzanelli, G., Montani V.: "Dal "groviglio di leggi speciali" al codice del Terzo settore", in AA.VV.: *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione* (a cura di A. Fici), ES, Napoli, 2018, pp. 31 ss.; Fici A.: "Profili e principi generali della riforma del Terzo settore", in AA.VV.: *Dalla parte del Terzo settore. La riforma letta dai suoi protagonisti*, Laterza, Roma-Bari, 2019, pp. 3 ss.

3 Barba A.: "Costruzione della soggettività metaindividuale e riconoscimento della personalità giuridica: libertà associativa e democrazia pluralista", in AA.VV.: Liber amicorum *Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, I, ES, Napoli, 2018, pp. 201 ss.; De Giorgi M.V.: "Integrare, ma dove? Enti senza fissa dimora", in Idd.: *Enti del primo libro e del Terzo settore. Ventun scritti fra due secoli*, Pacini, Pisa, 2021, pp. 361 ss.

4 Ferroni M.V.: "L'affidamento agli enti del Terzo settore ed il codice dei contratti pubblici", *Nomos*, 2018, 2, pp. 1 ss.; Albanese A.: "I servizi sociali nel codice del terzo settore e nel codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarietà", *Munus*, 2019, 1, pp. 139 ss.; Caldirola D.: *Il Terzo settore nello Stato sociale in trasformazione*, ES, Napoli, 2021, pp. 75 ss., pp. 139 ss.

• Mario Renna
Ricercatore nell'Università degli studi di Siena
mario.renna@unisi.it

privi di scopo di lucro; *ii*) perseguano finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale; *iii*) raggiungano i fini istituzionali mediante lo svolgimento in via esclusiva o prevalente di una o più attività di interesse generale; *iv*) siano iscritti nel Registro unico nazionale del Terzo settore[5].

Giova qui sottolineare che il medesimo art. 4, comma 1, CTS, nel tratteggiare la capacità operativa degli ETS, riconosce come lo svolgimento in via esclusiva o prevalente di una o più attività di interesse generale[6], elencate dall'art. 5 CTS, possa avvenire in diverse modalità: in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, ovvero attraverso la mutualità o mediante la produzione o scambio di beni e servizi, così ratificandosi, anche per questo "comparto", una piena compatibilità tra attività d'impresa ed ETS (rimanendo però salvo il divieto di lucro soggettivo)[7].

L'articolata capacità di agire dei privati merita, dunque, di essere accreditata e supportata, così superando ogni preconcetta e sterile contrapposizione tra l'attività di costoro - volontaria e solidale, cooperativa e produttiva - e l'agire pubblico[8]. Vi è di più: l'efficace allocazione delle risorse pubbliche può richiamare in gioco il ruolo e le competenze degli ETS, senza che ciò si traduca in una commistione di compiti e funzioni[9]. Gli ETS, così come anche chiarito dalla recente decisione della Corte costituzionale n. 131/2020[10], grazie alla relazione di prossimità con le comunità di riferimento, posseggono una spiccata attitudine nell'intercettare, interpretare e soddisfare le esigenze collettive (talvolta, più efficacemente rispetto ai soggetti pubblici)[11].

5 Fici A.: "Enti del Terzo settore: nozione, requisiti e tipologie", in AA.VV.: *Gli enti del Terzo settore. Lineamenti generali* (a cura di A. Bassi), ES, Napoli, 2020, pp. 119 ss.; Marasà G.: "Appunti sui requisiti di qualificazione degli enti del Terzo settore: attività, finalità, forme organizzative e pubblicità", in Id.: *Imprese sociali, altri enti del Terzo settore, società* benefit, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 27 ss.; Ceolin M.: "Il c.d. Codice del Terzo settore (D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 117): un'occasione mancata?", *Nuove leggi civili commentate*, 2019, 1, pp. 1 ss.

6 Attraverso il D.m. 19 maggio 2021, n. 107, adottato ai sensi dell'articolo 6 CTS, sono stati individuati i criteri e limiti delle attività diverse - e svolte nel rispetto dei requisiti di secondarietà e strumentalità - rispetto a quelle di interesse generale.

7 Granelli C.: "Impresa e Terzo settore: un rapporto controverso", *juscivile.it*, 2018, 5, pp. 715 ss.; Cetra A.: "Enti del terzo settore e attività di impresa", *Rivista di diritto societario*, 2019, 4, pp. 671 ss. Cfr.: Di Raimo R.: "Destinazione e disciplina del patrimonio nel Codice del Terzo Settore", in Id.: *Terzo settore e profili dell'iniziativa con scopo ideale*, ESI, Napoli, 2018, pp. 71 ss. Ora, Tuccari E.: "Sub art. 13 d.m. 15 settembre 2020, n. 106", in AA. VV.: *Il Registro unico nazionale del Terzo settore. Commento al d.m. 15 settembre 2020, n. 106* (a cura di A. Fici, N. Riccardelli), E.S., Napoli, 2021, pp. 143 ss.

8 Fusaro A.: "Spunti per un'ermeneutica della Riforma del Terzo settore e dell'Impresa sociale", *federalismi.it*, 2020, 10, pp. 229 ss.

9 Hansmann H.: "The Role of Nonprofit Enterprise", *Yale Law Journal*, 1980, 5, pp. 835 ss.; Id.: "The Rationale for Exempting Nonprofit Organizations from the Corporate Income Tax", ivi, 1981, 1, pp. 54 ss.; Ponzanelli G.: *Le "non profit organizations"*, Giuffrè, Milano, 1985; Zoppini A.: "Il diritto privato nella trasformazione dei processi allocativi delle risorse pubbliche", *Europa e diritto privato*, 2003, 2, pp. 428 s.

10 Corte cost., 20 maggio 2020, n. 131. La decisione è approfondita dai contributi contenuti nel volume *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore. Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020* (a cura di A. Fici, L. Gallo, F. Giglioni), ES, Napoli, 2020. Ora, in tema, Perchinunno M.C.: "Enti del Terzo settore, sussidiarietà e uguaglianza", *Contratto e impresa*, 2021, 4, pp. 1048 ss.

11 Fici A.: "I "presupposti negoziali" dell'"amministrazione condivisa": profili di diritto privato", in AA.VV.: *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore. Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 131*

In questo senso, andrebbe decodificato l'art. 55 CTS, dedicato al coinvolgimento degli ETS nei rapporti con gli enti pubblici, laddove delinea una autentica "procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria"[12], richiamando le fattispecie della co-programmazione, della co-progettazione e dell'accreditamento[13]: si tratta di terminali di una relazione che fuoriesce dal paradigma dello scambio - pur sempre conforme al rispetto dei principi fissati dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 (tra cui si annoverano quelli di imparzialità, pubblicità, trasparenza)[14] - e finisce per collocarsi nell'area dei rapporti giuridici causalmente governati da una sorta di comunione di scopo[15] e teleologicamente volti alla produzione di valore sociale e benessere condiviso[16].

La scelta di procedere mediante il modello della co-progettazione, e di limitare, ad esempio, la partecipazione ad una gara per la realizzazione di servizi innovativi e sperimentali ai soli ETS, risulterà pienamente legittima laddove le finalità solidaristiche e di utilità sociale perseguite dalle amministrazioni procedenti risultino efficacemente ed efficientemente soddisfatte dagli ETS, per i quali rimane sempre fermo il divieto di perseguire scopi lucrativi[17]. Al fine di giustificare un tale *modus operandi*, si potrà fare riferimento ai profili della gratuità del rapporto convenzionale - che invero, secondo una ricostruzione giurisprudenziale, risulterebbe smentita dalla possibilità per l'ente designato di percepire ricavi da

del 2020, cit., pp. 53 ss., pp. 75 ss.

12 Così, Corte cost., 20 maggio 2020, n. 131, cit.

13 Per co-programmazione si intende "(l')individuazione, da parte della pubblica amministrazione procedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili" (art. 55, comma 2, CTS); per co-progettazione si intende la definizione ed eventualmente la realizzazione di "specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione di cui comma 2" (art. 55, comma 3, CTS). A tal fine, "l'individuazione degli enti del Terzo settore con cui attivare il partenariato avviene anche mediante forme di accreditamento nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, previa definizione, da parte della pubblica amministrazione procedente, degli obiettivi generali e specifici dell'intervento, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso nonché dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti partner". Attraverso il D.m. 31 marzo 2021, n. 72, sono state adottate le linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed ETS che chiariscono l'applicazione della disciplina riguardante il coinvolgimento degli ETS (art. 55 CTS) e le convenzioni tra ETS ed enti pubblici (art. 56 CTS e art. 57 CTS).

14 T.A.R. Sicilia, Sez. I, 3 febbraio 2021, n. 388, *giustizia-amministrativa.it*.

15 Per maggiori spunti, Ferro-Luzzi P.: *I contratti associativi*, Giuffrè, Milano, 2001 (rist.), *passim*. Cfr., altresi, Cippitani R.: *I contratti con comunione di scopo*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 16-20, pp. 59-63; e sulla configurazione e sul valore della co-progettazione, *vid*. ora Frediani E.: *La co-progettazione dei servizi sociali. Un itinerario di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 194 ss., pp. 206 ss. Per ulteriori spunti, Quarta A.: "Ai confini della giuridicità? Diritto dei contratti, prestazioni di cortesia e accordi di collaborazione", in AA. VV.: *Rispondere alla crisi. Comune, cooperazione sociale e diritto* (a cura di A. Quarta, M. Spanò), ombre corte, Verona, 2017, pp. 119 ss., pp. 123 ss. Seguendo la ricostruzione dell'A., potremmo essere dinanzi ad accordi di collaborazione, espressione di un fenomeno cooperativo, che "danno vita a un circuito economico estraneo all'area degli scambi e alla dimensione del mercato, governata dal contratto a titolo oneroso" (p. 120).

16 Per un'applicazione concreta, *vid*. T.A.R. Campania-Salerno, Sez. I, 19 gennaio 2021, n. 158, *giustizia-amministrativa.it*.

17 *Amplius*, Preite D.: *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, Giuffrè, Milano, 1988. Per ulteriori approfondimenti, *vid*. Pellizzari S.: "La co-progettazione nelle esperienze regionali e nel Codice del terzo settore", in AA. VV.: *Pubblica amministrazione e Terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico* (a cura di S. Pellizzari, A. Magliari), ES, Napoli, 2019, pp. 89 ss.

attività accessorie che si traducano in una copertura di costi[18] - e alla contestuale assenza di contributi e di ulteriori forme di remunerazione erogati dal committente.

La dinamica normativa descritta dall'art. 55 CTS può favorire una valorizzazione del ruolo e della tipicità funzionale degli ETS[19] e così imprimere una decisa progressione al cennato principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale[20]. La nuova regolamentazione permette di considerare il valore sociale degli ETS senza comprimere il portato della regolazione comunitaria pro-concorrenziale (e quindi del codice dei contratti pubblici, adottato attraverso il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) e senza precludere, per il sol fatto dell'esistenza di un plesso disciplinare coincidente con il CTS, il ricorso al mercato da parte delle pubbliche amministrazioni per le prestazioni riguardanti attività o servizi (sociali) di interesse generale[21]: ciò, inoltre, consente di tenere a mente la convenienza di un modello peculiare e non replicabile di sviluppo sociale ed economico che sopperisca, da un lato, alla crisi della gestione pubblica dei servizi di interesse generale e, dall'altro, mitighi le esternalità legate all'agire e alla causa lucrativa.

II. LE CONVENZIONI TRA MERCATO E SOLIDARIETÀ.

Cruciale nel delineare la dinamica operativa di alcune tipologie di ETS - segnatamente delle organizzazioni di volontariato e delle associazioni di promozione sociale - appare essere la disciplina dettata dall'art. 56 CTS, ove è perimetrato il "possibile"[22] regime convenzionale instaurato tra amministrazioni pubbliche e i predetti enti, iscritti da almeno sei mesi nel RUNTS[23], per lo svolgimento in

18 Così Cons. Stato, Sez. V, 7 settembre 2021, n. 6232, *giustizia-amministrativa.it*, in riforma dell'appellata della sentenza del T.A.R. Campania-Salerno, Sez. I, 19 gennaio 2021, n. 158, cit. I giudici di merito sostenevano che "la possibilità di percepire i ricavi del servizio di ristorazione (servizio meramente opzionale per gli avventori) è funzionale solo alla copertura dei costi". Per un approfondimento, Gori L.: "Dalla patologia delle sentenze alla fisiologia della prassi", *rivistaimpresasociale.it*, 15 novembre 2021.

19 Costanza M.: "Enti non commerciali. Dall'atipicità strutturale alla tipicità funzionale", in AA.VV.: *Autonomia privata e strutture organizzative. Enti del libro primo del codice civile e Terzo settore* (a cura di F. Rossi), E.S.I., Napoli, 2019, pp. 3 ss.; Iamiceli P.: "La tipizzazione funzionale degli enti del terzo settore", in AA.VV.: *Terzo settore e pubblica amministrazione. La svolta della Corte costituzionale* (a cura di S. Pellizzari, C. Borzaga), Instant book-Euricse, 2020, pp. 27 ss. *Vid*., altresì, Fici A.: "Identità e funzione degli enti del Terzo settore nella giurisprudenza della Corte costituzionale", *terzjus.it*, 6 novembre 2021.

20 Tondi della Mura V.: "La sussidiarietà fra corruzione e concorrenza: le urgenze di un principio sempre attuale", *dirittifondamentali.it*, 2019, 1, pp. 1 ss.; Gori L.: "La "saga" della sussidiarietà orizzontale. La tortuosa vicenda dei rapporti fra Terzo settore e P.A.", *federalismi.it*, 2020, 14, pp. 179 ss.

21 T.A.R. Toscana, Sez. III, 4 ottobre 2021, n. 1260, *giustizia-amministrativa.it*. Precisa il Collegio giudicante che in questo caso si tratterà "di appalti di servizi sociali sottoposti alla disciplina del Codice dei contratti pubblici, integrativa di quella dettata dal Codice del Terzo Settore […]".

22 Come rilevato da T.A.R. Marche, Sez. I, 7 dicembre 2021, n. 850, con nota di Santuari A.: "Le convenzioni ex art. 56 CTS tra principio di concorrenza e discrezionalità delle stazioni appaltanti", *terzjus.it*, 21 dicembre 2021.

23 Sul funzionamento del RUNTS, *vid*. il D.m. 15 settembre 2020, n. 106, nonché il più recente decreto direttoriale 26 ottobre 2021, n. 561 con cui sono state precisate le scansioni temporali per l'effettiva operatività del RUNTS. Sino al 23 novembre 2021, data di avvio del RUNTS, hanno continuato ad applicarsi le norme previgenti ai fini e per gli effetti derivanti dall'iscrizione degli enti nei registri già esistenti per le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale (v. art. 101, comma 2, CTS). Per una

favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale quando ciò risulti più favorevole rispetto al ricorso al mercato[24].

La convenzione non può alterare il fine solidaristico degli ETS legalmente preselezionati, né riabilitare l'onerosità dei rapporti sinallagmatici, poiché sono preclusi conferimenti monetari diretti ai singoli volontari ovvero svincolati da spese effettivamente sopportate e debitamente rendicontate (art. 56, comma 2, CTS)[25]. Le convenzioni, inoltre, devono contenere disposizioni concernenti "i rapporti finanziari riguardanti le spese da ammettere a rimborso fra le quali devono figurare necessariamente gli oneri relativi alla copertura assicurativa" (art. 56, comma 4, CTS). Le convenzioni devono precisare le modalità di rimborso spese, nel rispetto del principio di effettività delle medesime, così escludendo la percezione di qualsivoglia attribuzione "a titolo di maggiorazione, accantonamento, ricarico o simili" e deve risultare altresì chiara "la limitazione del rimborso dei costi indiretti alla quota parte imputabile direttamente all'attività oggetto della convenzione" (art. 56, comma 4, CTS). Tale disciplina - che in chiave dinamica costituisce manifestazione del divieto di ripartire utili e dell'*asset lock* previsti dall'art. 8 CTS - esclude ogni forma di corrispettivo per l'attività o il servizio reso capace di revocare in dubbio la gratuità delle prestazioni erogate[26].

Non si tratta di una soluzione al ribasso rispetto al ricorso al codice dei contratti pubblici - ovvero alla selezione nel mercato e alla stipulazione di "contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi" (art. 3, comma 1, lett. *ii*), d.lgs. 50/2016)[27] - ma di una scelta amministrativa che esige, nella sua finalizzazione, un inattaccabile supporto argomentativo di sostegno al riparo da ogni arbitrarietà o vizio motivazionale[28].

Agli ETS potenzialmente affidatari è prescritta la dimostrazione dei requisiti di moralità professionale e di adeguatezza logistica, secondo i parametri valutativi

analitica ricostruzione: AA. VV.: *Il Registro unico nazionale del Terzo settore. Commento al d.m. 15 settembre 2020, n. 106* (a cura di A. Fici, N. Riccardelli), cit.

24 Santuari A.: *I servizi socio-sanitari: regolazione, principio di concorrenza e ruolo delle imprese sociali*, Giappichelli, Torino, 2019; Albanese A.: "I servizi sociali nel codice del terzo settore e nel codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarietà", cit., pp. 139 ss. In tema, Meale A.: "I rapporti tra gli enti del Terzo settore e le Pubbliche Amministrazioni", in AA. VV.: *Il Codice del Terzo settore Commento al D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117* (a cura di M. Gorgoni), Pacini, Pisa, 2021, pp. 415 ss., pp. 419 ss.

25 Giglioni F.: "Le convenzioni con il Terzo Settore", in Id., Nervi A.: *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, E.S.I., Napoli, 2019, pp. 228 ss.

26 Lipari N.: "Per un volontariato quale modello di cittadinanza", in AA.VV.: Liber amicorum *per Francesco D. Busnelli*, II, *Il diritto civile tra principi e regole*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 63 ss.

27 A livello comunitario l'art. 2, par. 1, n. 5, della Direttiva 2014/24/UE definisce gli appalti pubblici quali: "contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi".

28 Sulla "possibilità" per le p.a. di ricorrere a forme di convenzione ai sensi dell'art. 56 CTS, *vid.* T.A.R. Puglia-Lecce, Sez. II, 30 dicembre 2019 n. 2049, *giustizia-amministrativa.it*. e la successiva sentenza resa dal Cons. Stato, Sez. III, 25 agosto 2020, n. 5199, ivi, ove si conferma la decisione di merito.

meglio precisati all'art. 56, comma 3, CTS[29]. La selezione degli ETS convenzionati dovrà avvenire mediante procedure comparative, che assicurino il rispetto dei principi di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento (art. 56, comma 3, CTS). Il quadro disciplinare tenta di salvaguardare e valorizzare l'identità degli ETS, escludendo la creazione di privilegi che possano erodere la competitività assicurata dalle procedure per l'affidamento "comune" di appalti e per le concessioni di servizi sociali previste dal codice di settore[30]. La fattispecie convenzionale, espressione di un reticolo normativo peculiare e non appiattito sul modello del codice dei contratti pubblici, cerca di favorire la specializzazione degli ETS, di cui si riconosce la capacità di produrre ed erogare attività e servizi di interesse generale nel quadro della solidarietà sociale.

Tuttavia, la locuzione "più favorevole rispetto al ricorso al mercato", contenuta nell'art. 56, comma 1, CTS, raffigura un astratto bilanciamento tra concorrenza e sussidiarietà - difendibile non tanto sulla scorta della semplice riduzione dei costi per le p.a., quanto sull'attitudine solidaristica degli ETS prescelti[31] - che deve comunque misurarsi con i singoli casi.

Occorre richiamare la decisione della Commissione speciale del Consiglio di Stato del 26 luglio 2018: è fondata su una nozione funzionale e naturalistica di operatore economico - quale risulta essere quella affidata all'art. 2, par. 1, n. 10, della Direttiva 2014/24/UE[32] e suffragata dalla giurisprudenza comunitaria[33] - e, inoltre, chiarisce come gli appalti di servizi sociali disciplinati dalla predetta Direttiva non siano estranei alla regolazione pro-concorrenziale. Eccezionalmente, fuoriescono dal perimetro applicativo della normativa comunitaria: *i*) le procedure di affidamento che non abbiano carattere selettivo; *ii*) le procedure che non tendano, neppure prospetticamente, all'affidamento di un servizio sociale; *iii*) le

29 La norma prescrive che "le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale devono essere in possesso dei requisiti di moralità professionale, e dimostrare adeguata attitudine, da valutarsi in riferimento alla struttura, all'attività concretamente svolta, alle finalità perseguite, al numero degli aderenti, alle risorse a disposizione e alla capacità tecnica e professionale, intesa come concreta capacità di operare e realizzare l'attività oggetto di convenzione, da valutarsi anche con riferimento all'esperienza maturata, all'organizzazione, alla formazione e all'aggiornamento dei volontari".

30 Zoppini A.: "Relazione introduttiva ad una proposta per la disciplina dell''impresa sociale'", *Rivista critica del diritto privato*, 2000, 2, pp. 338 ss., pp. 351 ss.; Cusa E.: *Le forme di impresa privata diverse dalle società lucrative tra aiuti di Stato e Costituzioni economiche europee*, Giappichelli, Torino, 2013; Bozzi L.: "Il codice attuativo della riforma del Terzo settore. Profili ricostruttivi e spunti problematici", *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2019, 1, pp. 30 ss.

31 T.A.R. Campania-Napoli, Sez. V, 1° aprile 2021, n. 2227, *giustizia-amministrativa.it*, per una analisi dei singoli costi e delle voci suscettibili o meno di essere oggetto di rimborso.

32 Per operatore economico si intende "una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, che offra sul mercato la realizzazione di lavori e/o di un'opera, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi". Ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. p), del codice dei contratti pubblici, per operatore economico si intende "una persona fisica o giuridica, un ente pubblico, un raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi".

33 CGCE, 23 aprile 1991, C-41/90, *curia.europa.eu*.

procedure che, pur volte all'affidamento di un servizio sociale, risultino connotate dalla integrale gratuità del medesimo.

Fuori dall'onerosità negoziale, e dalle logiche comunitarie del mercato e del profitto, non ci sarebbe, quindi, ragione di applicare la disciplina sugli appalti pubblici per fenomeni deliberatamente non economici, ovvero incapaci di assicurare la copertura dei costi con i ricavi. La gratuità, invero, si risolverebbe in un arricchimento per la sola collettività, cui corrisponderebbe la diminuzione patrimoniale del prestatore di servizi: questi, non potendo fare affidamento su altre remunerazioni o forme di ripianamento, agirà al solo fine di solidarietà sociale. Una diversa configurazione della gratuità condurrebbe allo sdoganamento di pratiche di concorrenza sleale a detrimento degli operatori economici che perseguono fini di lucro e che risultano attivi nel settore dei servizi sociali.

Secondo la prospettazione teorica in rassegna, risulterebbe coerente con la logica della gratuità, e come tale escludente l'applicazione del codice dei contratti pubblici, la previsione del solo rimborso a piè di lista tale da escludere "la remunerazione, anche in forma indiretta, di tutti i fattori produttivi e comprenda unicamente le documentate spese vive, correnti e non di investimento". Non è ammesso alcun tipo di contributo economico erogato da parte del soggetto pubblico al soggetto affidatario, "direttamente" finalizzato al servizio reso e/o "indirettamente" destinato ai volontari o ai dipendenti, nonché ai dirigenti dell'ente[34].

La gratuità risulta correlata, seppure in modo forzoso, alla mera anti-economicità del servizio di interesse generale e tale ultimo profilo, assieme al mancato richiamo del principio di concorrenzialità[35] in sede di scelta degli ETS, condurrebbe a una chiara distinzione tra gli ambiti delineati dal codice dei contratti pubblici e dal CTS[36].

Nella definizione dei "rapporti di forza" tra il codice dei contratti pubblici e il CTS, il quadro risulterebbe ora ricomposto dalle recenti modifiche normative apportate dall'art. 8, comma 5, n. 0a, comma 5, lett. *a-quater*), e comma 5, lett. *c-bis*), d.l. 16 luglio 2020, n. 76, che hanno rispettivamente interessato gli artt. 30, comma 8, 59, comma 1, e 140, comma 1, del codice dei contratti pubblici.

Alle procedure di affidamento, alle attività amministrative in materia di contratti pubblici e alle forme di coinvolgimento degli ETS previsti dal CTS agli artt. 55, 56

34 T.A.R. Toscana, Sez. I, 1° giugno 2020, n. 666, *giustizia-amministrativa.it*.

35 Trattasi di principio, come si evince dall'art. 30 del codice dei contratti pubblici, che "specifica, di regola, il procedimento finalizzato all'aggiudicazione (ed anche all'esecuzione) degli appalti e delle concessioni": così, T.A.R. Piemonte, Sez. I, 22 dicembre 2021, n. 1226, *giustizia-amministrativa.it*

36 Fici A.: "I "presupposti negoziali" dell'"amministrazione condivisa": profili di diritto privato", cit., pp. 69 ss.

e 57 trovano applicazione le diposizioni sul procedimento amministrativo previste dalla legge n. 241/1990: ciò rinsalda il legame tra i principi e le regole procedimentali generali e le disposizioni specifiche previste dal CTS, così scongiurando i rischi dell'affermazione di un processo selettivo per gli ETS di marca squisitamente derogatoria rispetto alla regolazione "comune".

Il ricorso alle procedure definite dal CTS non è, pertanto, valutabile in termini di eccezionalità, bensì di alternatività: in tal senso depone il riformato art. 59, comma 1, del codice dei contratti pubblici, là dove, nell'ambito della scelta delle modalità procedurali per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, viene fatta salva la disciplina contenuta ai predetti articoli del CTS. Il riconoscimento della coesistenza (e della concorrenza) della procedura fissata dal CTS avviene, pienamente all'art. 140, comma 1, del codice dei contratti pubblici: gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici di cui all'allegato IX del codice dei contratti pubblici saranno aggiudicati mediante l'applicazione degli artt. 142, 143, 144, rimanendo fermo quanto previsto nel medesimo art. 140, nonché quanto previsto dal titolo VII (Rapporti con gli enti pubblici - artt. 55, 56 e 57) del codice del Terzo settore[37].

La stipulazione di un contratto di appalto, ovvero la conclusione di un negozio oneroso e a prestazioni corrispettive, non potrà avvenire in deroga rispetto alla disciplina incardinata nel codice dei contratti pubblici; diversamente, la scelta, altrettanto legittima e sistematicamente compatibile, dell'affidamento gratuito di un'attività o di un servizio sociale di interesse generale, la cui erogazione è connotata da una spiccata attitudine solidaristica tipica degli ETS legislativamente individuati, potrà avvenire in forza dell'art. 56 CTS, così valorizzando il principio di sussidiarietà orizzontale.

Si tratta, secondo quanto espresso dalle linee guida sul rapporto tra p.a. ed ETS, di una "opzione politica propria della P.A., tesa a valorizzare il principio della tutela della concorrenza degli operatori economici all'interno di un mercato pubblico regolato o, in alternativa, il principio di sussidiarietà orizzontale, unitamente ai principi dell'evidenza pubblica, propria dei procedimenti amministrativi".

Organizzazioni di volontariato e associazioni di promozione sociale presentano a livello strutturale e operativo dei tratti peculiari capaci di giustificare una normativa di favore nei rapporti con gli enti pubblici[38]. Occorrerà considerare, da un lato, l'effettivo contributo in termini di risultati sociali e il perseguimento delle finalità solidaristiche[39], dall'altro, la capacità di tali ETS di produrre risultati

37 Secondo il T.A.R. Piemonte, Sez. I, 22 dicembre 2021, n. 1226, cit., viene delineata una "clausola di salvezza in favore del Codice del Terzo Settore".

38 Caldirola D.: *Il Terzo settore nello Stato sociale in trasformazione*, cit., pp. 154 ss.

39 Caldirola D.: *Il Terzo settore nello Stato sociale in trasformazione*, cit., pp. 232 ss.

economici non direttamente appropriabili e benefici extra-patrimoniali secondo un modello non replicabile dal settore lucrativo[40].

In questa direzione appare possibile allora rileggere la decisione della Corte di giustizia europea, pur antecedente all'entrata in vigore dell'art. 57 CTS, che ha reputato legittimo con gli artt. 49 e 56 TFUE, un sistema di affidamento diretto a favore delle associazioni di volontariato riguardante la fornitura dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza. Una tale conformazione degli assetti negoziali dovrà comunque assicurare la finalità sociale del servizio oggetto di affidamento così come il "perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio […]"[41]. Per i giudici comunitari, è necessario che in tale ambito le associazioni di volontariato: *i*) non perseguano obiettivi diversi rispetto a quelli sopra indicati; *ii*) non traggano profitto dalle loro prestazioni "a prescindere dal rimborso di costi variabili, fissi e durevoli nel tempo necessari per fornire le medesime"; *iii*) non procurino profitti per i rispettivi membri. Le associazioni di volontariato potranno avvalersi di lavoratori, nei limiti previsti dalla legislazione nazionale, poiché diversamente verrebbe ad essere pregiudicata la capacità di agire concretamente negli ambiti in cui attuare il principio di solidarietà.

L'art. 33, comma 1, CTS prevede ora che i lavoratori dipendenti, autonomi o di altra natura, in misura non superiore al 50% dei volontari, possano operare all'interno delle organizzazioni di volontariato nei limiti necessari al regolare funzionamento ovvero nei limiti occorrenti a qualificare o specializzare l'attività svolta. Rimane esclusa ogni erogazione monetaria, anche qualificata alla stregua di rimborso, che avvenga a titolo di remunerazione[42], nonché sotto forma di *overcompensation*, dovendo essere assicurata la sola rimborsabilità delle spese effettivamente sostenute per l'attività resa (tra cui anche quelle riconducibili al costo diretto del fattore produttivo del lavoro).

Al fine di chiarire i rapporti (e il coordinamento) tra le due codificazioni, va sottolineato come il margine di utile costituisca il "discrimine" rispetto al ricorso al modello convenzionale previsto dall'art. 56, comma 2, CTS, ove è previsto il solo rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate[43]. Affidamenti

40 Hansmann H.: "The Changing Roles of Public, Private, and Nonprofit Enterprise in Education, Health Care, and Other Human Services", in AA.VV.: *Individual and Social Responsibility: Child Care, Education, Medical Care, and Long-Term Care in America* (a cura di V.R. Fuchs), University of Chicago Press, Chicago-London, 1996, pp. 245 ss.

41 CGUE, 11 dicembre 2014, C-113/13, *curia.europa.eu*. *Vid*., anche, con più generali riferimenti all'affidamento diretto alle organizzazioni di volontariato avente ad oggetto lo svolgimento dei servizi sanitari, CGUE, 28 gennaio 2016, C-50/14, ivi.

42 Peraltro, come chiarito nella precedente decisione della CGUE, 19 dicembre 2012, C-159/11, *curia.europa.eu*, "un contratto non può esulare dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in esso prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto.

43 Sulla asserita legittimità di un margine di utile da parte di una organizzazione di volontariato affidataria di un servizio oneroso di primo soccorso sanitario aeroportuale, *vid.* la lettura del T.A.R. Puglia-Lecce, Sez. I, 15 novembre 2021, n. 1635, *giustizia-amministrativa.it*.

onerosi e convenzioni improntate alla massima valorizzazione del principio di sussidiarietà rispondono a logiche, modelli e presupposti normativi non sovrapponibili: in ogni caso, può apprezzarsi la riconosciuta capacità di competere, in ambo i comparti, delle associazioni di volontariato, nel solco di quanto previsto dal codice del Terzo settore. Infatti, alle organizzazioni in questione non è impedito l'esercizio in forma commerciale di una attività di interesse generale - oltre a non essere precluso l'esercizio di un'attività diversa, purché sempre secondaria e strumentale - né tantomeno è inibita un'articolazione professionale dell'ente senza che ciò equivalga ad un tradimento dello spirito volontaristico.

Tuttavia, qualora si verta in tema di affidamenti di servizi onerosi e si ricada nell'ambito dei contratti pubblici, dovrebbe rimanere salvo quanto prescritto dall'art. 33, comma 3, CTS: l'attività di interesse generale prestata dall'eventuale associazione di volontariato può dar diritto solo alla percezione di rimborsi. Si tratta di una norma che concorre alla definizione dell'organizzazione di volontariato e che condiziona il trattamento economico dell'associazione. Questo limite non opera: i) per lo svolgimento di attività diverse, secondarie e strumentali. In questo caso, nulla osta alla percezione di somme a titolo di profitto; ii) per gli enti lucrativi, non lucrativi e per gli altri enti del terzo settore diversi dalle organizzazioni di volontariato.

Una possibile preferenza per le associazioni di volontariato nell'affidamento dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza risulta ora prevista dal già richiamato art. 57 CTS: potenziali beneficiari del prioritario affidamento convenzionale[44] risultano essere le organizzazioni di volontariato iscritte da almeno un semestre nel RUNTS, aderenti ad una rete associativa ai sensi dell'art. 41, comma 2, CTS, e accreditate in base alla normativa regionale in materia (ove esistente). Tuttavia, a tale procedura contingentata di affidamento diretto potrà farsi ricorso non già quando essa risulti più favorevole rispetto al mercato, come previsto per le convenzioni di cui all'art. 56 CTS, bensì tenendo conto della natura specifica e dell'espletamento del servizio di interesse generale "in un sistema di effettiva contribuzione a una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza, nonché nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione" (art. 57, comma 1, CTS).

Pertanto, come chiarito da Corte cost., 4 novembre 2020, n. 255, le convenzioni in questione "possono essere disposte anche in assenza della valutazione preliminare di maggior favore rispetto al mercato", sebbene non sia "di palmare evidenza che il citato art. 57 abbia voluto limitare l'istituto convenzionale, per il servizio di emergenza e urgenza, soltanto alle organizzazioni di volontariato": ciò,

44 Le linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed ETS precisano che la locuzione "in via prioritaria", contenuta all'art. 57, comma 1, CTS, indica una sorta di presunzione di maggior favore rispetto al mercato.

difatti, porterebbe all'esclusione di imprese e cooperative sociali[45], e restringerebbe il campo degli affidatari "rispetto alla ricordata normativa europea e al codice degli appalti, che includono tale servizio tra quelli per cui è possibile derogare alle procedure di evidenza pubblica'"[46].

L'amministrazione procedente, come è statuito in una recente decisione del giudice amministrativo napoletano, sarebbe gravata di uno specifico obbligo motivazionale solo qualora decidesse di non procedere con l'affidamento in convenzione e di ricorrere a una comune procedura ad evidenza pubblica[47]: la discrezionalità amministrativa risulterebbe (già) limitata proprio dalla predeterminazione legislativa con cui si ratifica l'astratta idoneità delle organizzazioni di volontariato ad erogare i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza in conformità al principio costituzionale di sussidiarietà[48].

III. CONVERGENZA E SUSSIDIARIETÀ.

Il ruolo degli ETS risulta tratteggiato con maggiore vigore dalla Corte costituzionale attraverso la sentenza del 20 maggio 2020, n. 131.

L'art. 55 CTS vivifica e concretizza il principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale, superando la logica settoriale dell'agire sussidiario già tracciata dalla normativa dedicata alla realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali (art. 1, comma 4, legge 8 novembre 2000, n. 328).

Secondo la lettura dei giudici costituzionali, gli ETS rappresentano autentici interlocutori delle pubbliche amministrazioni per quanto concerne la programmazione e l'organizzazione, a livello territoriale, degli interventi e dei servizi nei settori delle attività di interesse generale ricompresi dall'art. 5 CTS. La peculiare conformazione soggettiva degli ETS e l'attitudine funzionale legittimano la definizione di una piena collaborazione con i poteri pubblici, assicurando un aumento di efficacia nella realizzazione dell'interesse generale[49].

45 Su questo profilo, cfr. le questioni di pregiudizialità comunitaria sollevate dal Cons. Stato, Sez. III, 18 gennaio 2021, n. 536 e dal Cons. Stato, Sez. III, 3 marzo 2021, n. 1797, *giustizia-amministrativa.it*. Cfr. Pellizzari S.: "L'affidamento dei servizi di ambulanza alle organizzazioni di volontariato", *Giornale di diritto amministrativo*, 2021, 5, pp. 621 ss.

46 Per un commento alla sentenza, Fici A.: "L'affidamento di servizi ai sensi dell'art. 57 CTS (nota a Corte Cost. n. 255/2020)", *terzjus.it*, 11 dicembre 2020.

47 T.A.R. Campania-Napoli, Sez. V, 17 novembre 2021, n. 7355, *giustizia-amministrativa.it*.

48 Pertanto, dovranno essere indicati puntualmente "i parametri valutativi da seguirsi nella conduzione della propedeutica attività istruttoria e del cui riscontro l'azienda sanitaria è tenuta a dare evidenza nella motivazione supportante la sua determinazione finale": così, T.A.R. Campania-Napoli, Sez. V, 17 novembre 2021, n. 7355, cit.

49 Fici A.: "I "presupposti negoziali" dell'"amministrazione condivisa": profili di diritto privato", cit., pp. 75 ss.

Tuttavia, una lettura incrociata dei commi 1 e 4 dell'art. 55 CTS non fuga il rischio di un rigenerato neo-corporativismo, che tradisca il disegno costituzionale pluralista, convertendo il dato formale e abilitante della registrazione nel RUNTS in dispositivo discrezionale ovvero "in tecnica selettiva delle organizzazioni coinvolte nel processo decisionale"[50]. La doverosa ricongiunzione - all'art. 55, comma 4, CTS ci riferisce al "partenariato - tra pubblico e privato organizzato nella programmazione e nell'organizzazione degli interventi e dei servizi nell'ambito dei settori di attività di interesse generale (art. 55, comma 1, CTS) potrebbe stridere con una eccedenza del potere discrezionale esercitato dalle pubbliche amministrazioni nella fase di scelta dei soggetti con cui instaurare relazioni di co-programmazione, di co-progettazione e accreditamento. Proprio l'art. 2 CTS osterebbe all'utilizzo della registrazione quale "tecnica costruttiva del Terzo settore"[51] in virtù del riconoscimento dell'apporto fornito sia dagli ETS quanto dall'associazionismo[52] per il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, precondizione questa della realizzazione "di forme di collaborazione, con lo Stato, le Regioni, le Province autonome e gli enti locali" (art. 2 CTS).

Nel complesso si è dinanzi una concordanza funzionale che "giustifica" e incide causalmente sui rapporti negoziali che vengono a profilarsi tra le amministrazioni pubbliche e gli ETS e che favoriscono la realizzazione della solidarietà[53].

Le fattispecie di coinvolgimento degli ETS indicate nell'art. 55 CTS, così come i modelli convenzionali previsti dagli artt. 56 e 57 CTS, favoriscono l'oggettivazione di un rapporto imperniato non già sulla logica dello scambio e della corrispettività, bensì, secondo le parole della Corte costituzionale, sulla "convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private, per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero cambio utilitaristico".

50 Barba A.: "Costruzione della soggettività metaindividuale e riconoscimento della personalità giuridica: libertà associativa e democrazia pluralista", cit., pp. 207-208. L'A. ricorda, in questo contesto, il pensiero di Ridola P.: *Democrazia pluralista e libertà associativa*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 178.

51 Così, Barba A.: "Costruzione della soggettività metaindividuale e riconoscimento della personalità giuridica: libertà associativa e democrazia pluralista", cit., p. 208. Per l'A., si tratta di "assicurare la pari dignità sociale dei soggetti collettivi che agiscono in prossimità della per prima dello Stato e secondo modelli di reciprocità differenti dall'onerosità dello scambio nel mercato" (pp. 208-209).

52 Pardolesi R.: "Associazionismo", *Digesto discipline privatistiche - sez. civ.*, I, UTET, Torino, 1987, pp. 487 ss.

53 Cippitani R.: *I contratti con comunione di scopo*, cit., pp. 201-203. A partire dall'art. 55 CTS, Borzaga C.: "L'art. 55: come liberare il Terzo settore e i servizi sociali dalla schiavitù della concorrenza", *welforum.it*, 23 settembre 2019.

BIBLIOGRAFIA

Albanese A.: "I servizi sociali nel codice del terzo settore e nel codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarietà", *Munus*, 2019, 1, pp. 139 ss.

Barba A.: "Costruzione della soggettività metaindividuale e riconoscimento della personalità giuridica: libertà associativa e democrazia pluralista", in AA.VV.: Liber amicorum *Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, I, ES, Napoli, 2018, pp. 201 ss.

Borzaga C.: "L'art. 55: come liberare il Terzo settore e i servizi sociali dalla schiavitù della concorrenza", *welforum.it*, 23 settembre 2019.

Bozzi L.: "Il codice attuativo della riforma del Terzo settore. Profili ricostruttivi e spunti problematici", *Osservatorio del diritto civile e commerciale,* 2019, 1, pp. 30 ss.

Caldirola D.: *Il Terzo settore nello Stato sociale in trasformazione*, ES, Napoli, 2021.

Ceolin M.: "Il c.d. Codice del Terzo settore (D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 117): un'occasione mancata?", *Nuove leggi civili commentate*, 2019, 1, pp. 1 ss.

Cetra A.: "Enti del terzo settore e attività di impresa", *Rivista di diritto societario*, 2019, 4, pp. 671 ss.

Cippitani R.: *I contratti con comunione di scopo*, Giappichelli, Torino, 2020.

Clarich, M., Boschetti, B.: "Il Codice Terzo Settore: un nuovo paradigma?", *jus. vitaepensiero.it*, 2018, pp. 1 ss.

Costanza M.: "Enti non commerciali. Dall'atipicità strutturale alla tipicità funzionale", in AA.VV.: *Autonomia privata e strutture organizzative. Enti del libro primo del codice civile e Terzo settore* (a cura di F. Rossi), E.S.I., Napoli, 2019, pp. 3 ss.;

Cusa E.: *Le forme di impresa privata diverse dalle società lucrative tra aiuti di Stato e Costituzioni economiche europee*, Giappichelli, Torino, 2013.

De Giorgi M.V.: "Integrare, ma dove? Enti senza fissa dimora", in Idd., *Enti del primo libro e del Terzo settore. Ventun scritti fra due secoli*, Pacini, Pisa, 2021, pp. 361 ss.

Di Raimo R.: "Destinazione e disciplina del patrimonio nel Codice del Terzo Settore", in Id.: *Terzo settore e profili dell'iniziativa con scopo ideale*, ESI, Napoli, 2018, pp. 71 ss.

Ferro-Luzzi P.: *I contratti associativi*, Giuffrè, Milano, 2001 (rist.).

Ferroni M.V.: "L'affidamento agli enti del Terzo settore ed il codice dei contratti pubblici", *Nomos*, 2018, 2, pp. 1 ss.

Fici A.: "Identità e funzione degli enti del Terzo settore nella giurisprudenza della Corte costituzionale", *terzjus.it*, 6 novembre 2021.

Fici A.: "Enti del Terzo settore: nozione, requisiti e tipologie", in AA.VV.: *Gli enti del Terzo settore. Lineamenti generali* (a cura di A. Bassi), ES, Napoli, 2020, pp. 119 ss.

Fici A.: "I "presupposti negoziali" dell'"amministrazione condivisa": profili di diritto privato", in AA. VV.: *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore. Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020* (a cura di A. Fici, L. Gallo, F. Giglioni), ES, Napoli, 2020, pp. 53 ss.

Fici A.: "L'affidamento di servizi ai sensi dell'art. 57 CTS (nota a Corte Cost. n. 255/2020)", *terzjus.it*, 11 dicembre 2020.

Fici A.: "Profili e principi generali della riforma del Terzo settore", in AA.VV.: *Dalla parte del Terzo settore. La riforma letta dai suoi protagonisti*, Laterza, Roma-Bari, 2019, pp. 3 ss.

Frediani E.: *La co-progettazione dei servizi sociali. Un itinerario di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2021.

Fusaro A.: "Spunti per un'ermeneutica della Riforma del Terzo settore e dell'Impresa sociale", *federalismi.it*, 2020, 10, pp. 229 ss.

Giglioni F.: "Le convenzioni con il Terzo Settore", in Id., Nervi A.: *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, E.S.I., Napoli, 2019, pp. 228 ss.

Gori L.: "Dalla patologia delle sentenze alla fisiologia della prassi", *rivistaimpresasociale.it*, 15 novembre 2021.

Gori L.: "La "saga" della sussidiarietà orizzontale. La tortuosa vicenda dei rapporti fra Terzo settore e P.A.", *federalismi.it*, 2020, 14, pp. 179 ss.

Granelli C.: "Impresa e Terzo settore: un rapporto controverso", *juscivile.it*, 2018, 5, pp. 715 ss.

Hansmann H.: "The Changing Roles of Public, Private, and Nonprofit Enterprise in Education, Health Care, and Other Human Services", in AA.VV.: *Individual and Social Responsibility: Child Care, Education, Medical Care, and Long-Term Care in*

America (a cura di V.R. Fuchs), University of Chicago Press, Chicago-London, 1996, pp. 245 ss.

Hansmann H.: "The Rationale for Exempting Nonprofit Organizations from the Corporate Income Tax", ivi, 1981, 1, pp. 54 ss.

Hansmann H.: "The Role of Nonprofit Enterprise", *Yale Law Journal*, 1980, 5, pp. 835 ss.

Iamiceli P.: "La tipizzazione funzionale degli enti del terzo settore", in AA.VV.: *Terzo settore e pubblica amministrazione. La svolta della Corte costituzionale* (a cura di S. Pellizzari, C. Borzaga), Instant book-Euricse, 2020, pp. 27 ss.

Lipari N.: "Per un volontariato quale modello di cittadinanza", in AA.VV.: Liber amicorum *per Francesco D. Busnelli*, II, *Il diritto civile tra principi e regole*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 63 ss.

Marasà G.: "Appunti sui requisiti di qualificazione degli enti del Terzo settore: attività, finalità, forme organizzative e pubblicità", in Id.: *Imprese sociali, altri enti del Terzo settore, società* benefit, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 27 ss.

Meale A.: "I rapporti tra gli enti del Terzo settore e le Pubbliche Amministrazioni", in AA. VV.: *Il Codice del Terzo settore Commento al D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117* (a cura di M. Gorgoni), Pacini, Pisa, 2021, pp. 415 ss.,

Pardolesi R.: "Associazionismo", *Digesto discipline privatistiche - sez. civ.*, I, UTET, Torino, 1987, pp. 487 ss.

Pellizzari S.: "L'affidamento dei servizi di ambulanza alle organizzazioni di volontariato", *Giornale di diritto amministrativo*, 2021, 5, pp. 621 ss.

Pellizzari S.: "La co-progettazione nelle esperienze regionali e nel Codice del terzo settore", in AA. VV.: *Pubblica amministrazione e Terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico* (a cura di S. Pellizzari, A. Magliari), ES, Napoli, 2019, pp. 89 ss.

Perchinunno M.C.: "Enti del Terzo settore, sussidiarietà e uguaglianza", *Contratto e impresa*, 2021, 4, pp. 1048 ss.

Ponzanelli G.: *Le "non profit organizations"*, Giuffrè, Milano, 1985.

Ponzanelli, G., Montani V.: "Dal "groviglio di leggi speciali" al codice del Terzo settore", in AA.VV.: *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione* (a cura di A. Fici), ES, Napoli, 2018, pp. 31 ss.

Preite D.: *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, Giuffrè, Milano, 1988.

Quarta A.: "Ai confini della giuridicità? Diritto dei contratti, prestazioni di cortesia e accordi di collaborazione", in AA. VV.: *Rispondere alla crisi. Comune, cooperazione sociale e diritto* (a cura di A. Quarta, M. Spanò), ombre corte, Verona, 2017, pp. 119 ss.

Ridola P.: *Democrazia pluralista e libertà associativa*, Giuffrè, Milano, 1988.

Santuari A.: "Le convenzioni ex art. 56 CTS tra principio di concorrenza e discrezionalità delle stazioni appaltanti", *terzjus.it*, 21 dicembre 2021.

Santuari A.: *I servizi socio-sanitari: regolazione, principio di concorrenza e ruolo delle imprese sociali*, Giappichelli, Torino, 2019.

Tondi della Mura V.: "La sussidiarietà fra corruzione e concorrenza: le urgenze di un principio sempre attuale", *dirittifondamentali.it*, 2019, 1, pp. 1 ss.

Tuccari E.: "Sub art. 13 d.m. 15 settembre 2020, n. 106", in AA. VV.: *Il Registro unico nazionale del Terzo settore. Commento al d.m. 15 settembre 2020, n. 106* (a cura di A. Fici, N. Riccardelli), E.S., Napoli, 2021, pp. 143 ss.

Zoppini A.: "Il diritto privato nella trasformazione dei processi allocativi delle risorse pubbliche", *Europa e diritto privato,* 2003, 2, pp. 428 s.

Zoppini A.: "Relazione introduttiva ad una proposta per la disciplina dell'"impresa sociale"", *Rivista critica del diritto privato*, 2000, 2, pp. 338 ss., pp. 351 ss.

EL ALIUD PRO ALIO EN ITALIA ENTRE EL CÓDIGO CIVIL Y EL CÓDIGO DEL CONSUMO. NUEVAS TENDENCIAS EN TEMA DE CAUSA EN CONCRETO

THE ALIUD PRO ALIO BETWEEN THE CIVIL CODE AND THE CONSUMER CODE. NEW TRENDS ON THE SUBJECT OF THE CAUSE IN THE SPECIFIC CASE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1818-1841

Lorenzo PELLI

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Este trabajo tiene como objeto de análisis las nuevas tendencias en tema del aliud pro alio en el ordenamiento jurídico italiano con especial atención a las relaciones entre la disciplina general del Código Civil, por un lado, y la del Código del Consumo, por otro lado, por medio del concepto de "causa en concreto" del contrato.

PALABRAS CLAVE: Aliud pro alio; consumidor; conformidad; causa en concreto; incumplimiento; resolución del contrato.

ABSTRACT: *The aim of this paper is to analyse the new trends of the issue of the aliud pro alio in the Italian legal system. Through the concept of the "cause in the specific case" of the contract, there is a special attention to the relationships between the general discipline of the Civil Code, on the one hand, and that of the Consumer Code, on the other.*

KEY WORDS: *Aliud pro alio; consumer; conformity; cause in the specific case; breach of contract; termination of the contract.*

SUMARIO.- I. LA DISCIPLINA GENERAL DEL ALIUD PRO ALIO EN EL MARCO DEL CÓDIGO CIVIL: DIFERENCIAS CON LAS OTRAS FORMAS DE GARANTÍAS EN TEMA DE COMPRAVENTA.- II. LA EVOLUCIÓN DEBIDA AL CÓDIGO DEL CONSUMO.- III. IMPLICACIONES DEL CONCEPTO DE CAUSA EN CONCRETO.- IV. CONCLUSIONES.

I. LA DISCIPLINA GENERAL DEL *ALIUD PRO ALIO* EN EL MARCO DEL CÓDIGO CIVIL: DIFERENCIAS CON LAS OTRAS FORMAS DE GARANTÍAS EN TEMA DE COMPRAVENTA.

Con respecto a la compraventa en general, el actual Código Civil prevé un particular régimen de garantías para el adquirente, a fin de evitar que este pueda sufrir un perjuicio por vicios materiales (como los vicios redhibitorios, la falta de calidad o el *aliud pro alio*) o vicios jurídicos (como la evicción). Estas garantías (a las que en España se les llaman garantías de saneamiento) son elementos naturales del contrato de compraventa y tienen que ser activadas en los términos previstos en el art. 1495 CC, es decir, ochos días (como término de caducidad) y un año (como término de prescripción).

Dado que tal esquema normativo está caracterizado por términos muy estrictos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo italiano ha intentado obviar la rigidez de esa disciplina por razones de justicia sustancial y de efectividad de las tutelas. Esa es la función[1] de ese instituto fruto de la elaboración jurisprudencial, es decir que el concepto de *aliud pro alio* ha sido concebido por lo interpretes para restar de los estrictos términos previstos en relación a los vicios materiales (instituto contemplado en el art. 1490 CC) y a los bienes sin las calidades esenciales o prometida (art. 1497 CC), los supuestos en los que las deformidades del bien entregado fueran tan graves como para desnaturalizar el resultado de la prestación.

1 Eso es el fundamento lógico y jurídico del instituto en cuestión que los interpretes suelen poner de manifiesto. Sobre el tema, en doctrina, cfr. Damiani, E.: "Le tutele civilistiche per i contratti iniqui stipulati a causa della diffusione del coronavirus", *www.judicium.it*, 09 maggio 2020; Luminoso, A.: *La compravendita*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 279 y ss.; Mazzamuto, S.: *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 460; Paladini, M.: *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 133. En la jurisprudencia, *ex plurimis*, Cass., 25 enero 2018, n. 1889, *Ced Cass*., 2018, núm. 647133-01; Cass., 5 febrero 2016, n. 2313, *Dir. giust.*, 2016, núm. 8, p. 5, con nota de Tarantino, G.: "Mancanza di qualità del bene: sì all'azione redibitoria, no all'azione contrattuale di risoluzione"; Cass., 14 enero 2014, n. 629, *www.personaedanno.*it; Cass., 9 noviembre 2012, n. 19509, *Foro it*., 2013, núm. 3, p. 937; Cass., 3 agosto 2000, n. 10188, *Contratti*, 2000, núm. 12, p. 1158; Cass., 3 febrero 1998, n. 1038, con nota de Puricelli, S.: "Vizi redibitori, mancanza di qualità e consegna di aliud pro alio: distinzione", *Contratti*, 1999, núm. 2, pp. 146 y ss.; Cass., 19 octubre 1994, n. 8537, *Arch. giur. circolaz*., 1995, p. 391. Entre los jueces de merito, Trib. Brescia, 7 marzo 2003, *Mass. Trib. di Brescia*, 2004, p. 252; Trib. Ivrea, 1 junio 2001, *Giur. Merito*, 2002, p. 1236; Pretura Bologna, 25 marzo 1996, *Studium juris*, 1996, p. 1312; Trib. Roma, 22 abril 1994, *Dir. Autore*, 1994, p. 618.

• Lorenzo Pelli
Abogado e investigador predoctoral
Universidad de Perugia y Salamanca
lorenzo.pelli@virgilio.it

Por ende, la jurisprudencia de legitimidad ha tenido la exigencia de otorgar la posibilidad de activar el remedio de la resolución por incumplimiento contractual general al comprador que, aunque vencidos los términos *ex* art. 1495 CC, haya recibido un bien diferente por completo del pactado.

En realidad, ese sistema es muy parecido al anterior en vigor bajo el Código Civil de 1865 donde solo estaba expresamente previsto el instituto de los vicios ocultos. Para atenuar la rigidez de los términos de activación de este remedio, la jurisprudencia empezó a reconocer la figura de la falta de calidad esencial o pactada y la del *aliud pro alio* también. Sin embargo, este sistema había creado unas ciertas dificultades interpretativas porque los jueces solían reconocer estos dos institutos con bastante facilidad dificultando demarcar de manera muy clara el perímetro de delimitación dogmática entre ellos.

Tomando en cuenta las críticas al respecto que la doctrina había planteado, el legislador del Código Civil de 1942, llegó a una solución intermedia. Por un lado, introdujo expresamente la falta de calidad en el artículo 1497 CC y, por otro lado, unificó los términos de prescripción y caducidad de la falta de calidad y de los vicios ocultos de modo que se evitara una excesiva utilización de ese remedio por parte de los jueces.

Sin embargo, con respecto al *aliud pro alio*, el legislador italiano no llegó a una previsión expresa[2], y eso fue muy criticado por la doctrina, por ejemplo por el Profesor Luminoso[3].

También por eso, ha sido difícil la reconstrucción dogmática de este instituto jurídico. Para mayor claridad hay que distinguir el concepto de *aliud pro alio* de las otras garantías que orbitan alrededor de la compraventa previstas en los arts. 1490 y 1497 CC. En resumen, si bien el vicio material[4] regulado por el art. 1490 CC determina la responsabilidad por vicios, la cual se manifiesta en la posibilidad por el comprador de pedir *ex* art. 1492 CC las cc.dd. acciones edilicias, es decir la reducción del precio (*actio quanti minoris*) o la acción redhibitoria en sentido

2 Tampoco en el ordenamiento español está regulada expresamente la figura del *aliud pro alio*, la que solo está reconocida a nivel interpretativo.

3 De hecho, no existe disposición legal en materia de compraventa, ni en el Código Civil actual ni en el anterior de 1865, que contemple expresamente el instituto en cuestión. En doctrina, se ha criticado esta elección del legislador italiano de no codificar esa figura. Véase, por todos, Luminoso, A.: "La compravendita: realtà e prospettive", *Rivista del Notariato*, núm. 3, 2015, pp. 495 y ss.; Id.: "Relazione introduttiva", en AA. VV.: *La compravendita: realtà e prospettive. Atti della Giornata di studio «La compravendita: realtà e prospettive». Terni, 29 maggio 2014* (coord. por L. Mezzasoma, V. Rizzo, y E. Llamas Pombo), E.S.I., Napoli, 2015, p. 64.

4 Por vicio material o vicio redhibitorio se entiende aquel vicio, preexistente en el tiempo a la celebración del contrato, que, según lo establecido por el art. 1490 CC, hace la cosa inadecuada al uso al cual está normalmente destinada o disminuye de manera apreciable su valor. A propósito, Cass., 16 diciembre 2019, n. 33149, *Ced Cass.*, 2019, núm. 656300 - 01.

estricto (*actio redhibitoria*)[5], la falta de calidad esencial o prometida contemplada por el art. 1497 CC únicamente implica la resolución del contrato[6], aunque sujeta a los términos del art. 1495 CC.

En todo caso, siempre está concedido al adquiriente pedir el resarcimiento por daños y perjuicios *ex* art. 1494 CC[7], cuya reclamación todavía queda sometida a respetar los términos de caducidad y prescripción contenidos en el art. 1495 CC.

Por lo tanto, cualquier remedio que el comprador puede utilizar en caso de compraventa de un bien viciado o privado de las calidades prometidas o esenciales

5 En cuanto a la exigibilidad, la jurisprudencia tiende a excluir que la acción estimatoria y la redhibitoria puedan solicitarse contextual o alternativamente. Cfr. Cass., 26 agosto 2015, n. 17138, *Dir. & Giust.*, 27 agosto 2015, la cual trae origen desde la sentencia que constituye desde hace tiempo *ius receptum* sobre este punto, Cass., 24 octubre 1995, n. 11036, *Foro it.*, 1995, voce *Vendita*, p. 46. En sentido contrario, *vid.* Cass., 7 julio 2000, n. 9098, Moia c. D'Ercole, la cual sin embargo, permaneció bastante aislada. De manera más general, cabe señalar que en ninguno de los cc.dd. remedios edilicios ni en la resolución por falta de calidad se contempla la reparación de los bienes. Esto se debe a una elección de rasgo político y que se preocupa de evitar que la posición del vendedor sea excesivamente onerosa. De hecho, el vendedor no está obligado a producir la cosa, sino a entregarla (obligación de dar). Ante una mera obligación de entrega, la reparación de la cosa habría conllevado una carga excesivamente gravosa a imputar para el vendedor. Sobre este tema, por una reconstrucción de alcance general, Calvo, R.: "Vendita e responsabilità per i vizi materiali", en Id.: *Dai fondamenti storico-comparativi alla disciplina codicistica sulle garanzie*, tomo I, E.S.I., Napoli, 2007, *passim*; Paladini, M.: *L'atto unilaterale*, cit., p. 130.
Sin embrago, parte de la doctrina ha sostenido la aplicación del remedio de la reparación del bien también en caso de vicios materiales *ex* art. 1490 CC y por falta de calidad del artículo 1497 CC. En este sentido, Bianca, C.M.: *La vendita e la permuta*, Trattato Vassalli, 2ª ed., Utet, Torino, 1993, p. 892; Calvo, R.: "La tutela per vizi e difetti qualitativi", en *Trattato dei contratti* (dirigido por V. Roppo y A.M. Benedetti), vol. I, *Vendita e vendite* (coord. por P. Sirena), Milano, 2014, pp. 293 y ss.; Greco, P. y Cottino, G.: "Della vendita – Artt. 1470-1547", *Comm. Scialoja-Branca*, 2ª ed., Zanichelli, Bologna, 1981, pp. 227 y ss.; Luminoso, A.: *La compravendita*, cit., p. 317; Rubino, D.: "La compravendita", en AA. VV.: *Trattato di dir. civ. e comm.* (dirigido por A. Cicu y F. Messineo), vol. 23, Milano, rist. 1971, pp. 825 y ss. Esto en virtud de la regla general a que se refiere el art. 2058 CC gracias a la cual, ante la infracción de la obligación traslativa por parte del vendedor, el comprador puede solicitar una indemnización por el daño en forma específica y, por lo tanto, también obtener que se le repare el bien. Sin embargo, la jurisprudencia tiende a excluir esta reconstrucción. *Ex plurimis*, Cass., Sez. Un., 13 noviembre 2012, n. 19702, *Corr. mer.*, 2013, p. 509, con nota de Travaglino, G.: "Vizi della cosa venduta e prescrizione". Esto se debe a que en los remedios edilicios y en la falta de cualidades esenciales no existe una relación obligatoria *stricto iure* entre vendedor y comprador, sino una relación de derecho potestativo y sujeción. Razón por la cual los jueces de legitimidad no consideran configurable una acción de cumplimiento exacto en tales casos. Para un examen completo, de manera más general, de las acciones edilicias, también desde un punto de vista histórico y comparativo, Calvo, R.: "Vendita e responsabilità", cit., *passim*.

6 No obstante, parte de la doctrina sostiene que el remedio de la disminución de precio debe extenderse analógicamente también al caso de la falta de cualidades esenciales. Por esa línea de pensamiento, Bianca, C.M.: *La vendita*, cit., p. 850. A nivel dogmático, la falta de calidades esenciales se distingue del vicio material en cuanto mientras este último se refiere a las imperfecciones y defectos inherentes al proceso de producción, fabricación y conservación de la misma, la falta de calidad conforme al art. 1497 del Código Civil italiano se refiere a la naturaleza de los bienes y a todos aquellos elementos esenciales y sustanciales que, dentro de un mismo género, afectan la clasificación de la cosa en una especie en lugar que otra. Así Cass., 5 abril 2016, n. 6596, *Ced Cass.*, 2016, núm. 639637 - 01. En todo caso, ambos tipos de defectos deben preexistir a la venta.

7 Si bien, en general, los remedios *ex* arts. 1490, 1492 y 1497 CC italiano solo operan dentro del perímetro de interés negativo, si el comprador solicita el resarcimiento total por los daños en conformidad con el art. 1494 del Código Civil, que representa la sanción por el incumplimiento negligente o intencional del vendedor, este último deberá compensar al comprador también por el interés positivo de acuerdo con las normas generales sobre incumplimiento contractual. En jurisprudencia, Cass., 7 junio 2000, n. 7718, *Mass. giust. civ.*, 2000, p. 1241. En doctrina, Bianca, C.M.: *La vendita*, cit., p. 873; Leanza, C.: "Arte, diritto e responsabilità civile", *Resp. civ. prev.,* núm. 3, 2020, pp. 1023 y ss.; Luminoso, A.: *La compravendita,* cit., p. 308. Menos recientemente, Mengoni, L.: "Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita", *Riv. dir. comm.,* núm. 1, 1953, pp. 5 y ss.

está sometido al término de ocho días de caducidad y de un año de prescripción según el dictado normativo del artículo 1495 CC[8].

En un sistema así delineado se ponen de relieve las peculiaridades del régimen especial que el legislador ha previsto con respecto a la compraventa, lo que está claramente conectado con el hecho de que la compraventa misma desempeña un papel de indudable centralidad en la sociedad moderna[9].

Ante todo, el *aliud pro alio* se diferencia por muchas cosas de los demás remedios. *In primis*, por su origen de matriz jurisprudencial, como ya se ha mencionado. Entre las normas jurídicas que la doctrina ha utilizado para darle un fundamento a este instituto se encuentra el art. 1197 CC que establece, en el ámbito del cumplimiento de las obligaciones en general, como el deudor no se libera si realiza una prestación diferente de la que tenía que hacer, a menos que el acreedor esté de acuerdo (c.d. *datio in solutum*)[10]. En segundo lugar, porque este instituto se refiere a las hipótesis en las que el bien es radicalmente diferente de la promesa. En otros términos, el defecto aquí es tan grave que requiere necesariamente la disolución del vínculo contractual mediante la general acción de resolución. Lo cual, a diferencia de lo que ocurre con la falta de cualidades prometidas o esenciales, no está sujeto al régimen de caducidad y prescripción del art. 1495 del Código Civil, sino responde, en cambio, a los principios generales de la acción contractual *ex* arts. 1453 y ss. CC con plazo de prescripción de diez años.

De hecho, el instituto en cuestión no es más que una forma de expresión del mecanismo de resolución del programa negocial. Esto se debe a que en el *aliud pro alio* hay un *quid pluris* con respecto a la falta de calidad prometida dado que aquí

8 La *ratio* de la disposición de un plazo de prescripción estrecho se basa principalmente en la necesidad de evitar que el paso del tiempo haga excesivamente gravosa la determinación de las causas de los defectos, así como de salvaguardar la certeza del derecho y la estabilidad del tráfico jurídico. Así, Cass., Sez. Un., 11 julio 2019, n. 18672, *Quot. giur.*, 27 agosto 2019, § 2.5 de las "ragioni della decisione".

9 Tanto es así que el legislador ha elaborado un sistema regulatorio de la compraventa bastante detallado y peculiar que responde a dos necesidades diferentes: por una parte, proteger la posición jurídica del comprador y, por otra, garantizar la certeza del tráfico jurídico-económico. Por ejemplo, el comprador, de conformidad con el principio de estabilidad de las relaciones jurídicas, de autorresponsabilidad y diligencia (sobre ello, Cass., 6 febrero 2020, n. 2756, *Ced Cass.*, 2020, núm. 657247 - 01), tiene el deber de examinar la cosa. De hecho, el art. 1491 CC señala que la garantía no se concede si los vicios eran conocidos o conocibles en el momento de la celebración del contrato. De esto se deduce que le corresponde al comprador verificar la *res*. En este sentido específico, Cass., 18 febrero 2011, n. 4018, *Mass. giust. civ.*, 2011, núm. 2, p. 270.

10 Esto es el fundamento lógico y jurídico del *aliud pro alio*. En este sentido, Di Maio, A.: "Adempimento parziale e rapporti di lavoro", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1975, pp. 50 y ss.

estamos en presencia de un bien "totalmente" diferente en términos de género[11] o función al acordado[12].

No cabe, en efecto, duda de que la disciplina jurídica del concepto en cuestión está regulada en los arts. 1453 y ss. CC[13]. Debido a que no estamos aquí en presencia ni de un vicio redhibitorio ni de una falta de cualidad esencial del bien, sino que es la propia *res* la que, perteneciendo a un *aliud genus*, difiere radicalmente de aquella en relación con la cual se formó la voluntad del adquiriente de concluir el contrato, la reacción que el ordenamiento proporciona en esos casos no puede estar sometida a los términos muy estrictos establecidos en los artículos 1495 y ss. del Código Civil italiano (por razones de sentido común), debiendo en cambio estar relacionado con el plazo ordinario de diez años previsto por el art. 2946 CC.

No obstante a nivel dogmático la figura dell'*aliud pro alio datum* se diferencia mucho de las de la garantía por vicios y por falta de calidad esencial o prometida[14],

11 En el tema de la compraventa, «si la "*res tradita*" es completamente diferente a la pactada, por pertenecer a un género diferente, se da la hipótesis no de la falta de las cualidades prometidas, sino de la entrega de "*aliud pro alio*", que da lugar a una acción ordinaria de resolución de acuerdo con el art. 1453 cod. civ., liberado de los términos de caducidad y prescripción previstos por el art. 1495 cod. civ.». Cfr., Cass., 16 enero 2006, n. 686, *Obbl. e Contr.*, 2006, núm. 4, p. 294, donde el T.S. consideró que el bien, por pertenecer a un género diferente, no era adecuado para satisfacer el interés, aunque no solo financiero, del comprador. En el caso específico, el vendedor había entregado dos pinturas de caballete en lugar de los dos frescos objeto del acuerdo, bienes que satisfacían intereses de crédito muy diferentes, como pertenecientes a un género pictórico distinto y con un valor económico mucho menor. Aún sobre el concepto de *genus* de la cosa pactada, los jueces de legitimidad han aclarado que esta noción debe determinarse «de la misma manera que aquellos criterios de mercancía a partir de los cuales se establece la colocación de un bien en una categoría u otra completamente diferente». Por esas palabras, Cass., 9 octubre 2012, n. 17227, *Resp. civ. prev.*, 2013, núm. 2, pp. 501 y ss., con nota de Bacciardi, E.: "Vendita di autocaravan e risoluzione per inadempimento: è risarcibile la perdita della vacanza «immaginata»?".

12 En referencia a la distinción entre, por un lado, vicios redhibitorios y falta de calidad y, por otro, *aliud pro alio* que da lugar a una acción ordinaria de resolución contractual, se resaltó que esta última hipótesis se da en el caso de que el bien entregado es «completamente diferente al vendido, porque pertenece a un género diferente al que se basó en la decisión del comprador de realizar la compra, o con defectos que le impiden cumplir con su función natural o la concreta asumida como esencial por las partes, provocando que se degrade en una subespecie bastante diferente a la que se infiere en el contrato». Cass., 24 abril 2018, n. 10045, *Dir. & giust.*, 2018, p. 7, con nota de A. Paganini.: Aliud pro alio *se i difetti impediscono la funzione naturale o concreta della cosa compravenduta*. En los mismos términos, Cass., 5 febrero 2016, n. 2313, cit.; Cass., 19 diciembre 2013, n. 28419, *Foro it.*, 2014, núm. 1, p. 488, con nota de Palmieri, A. Como se ha señalado correctamente, este criterio funcional ha sido utilizado por la jurisprudencia para reconocer un remedio para el comprador si la cosa, aunque no diferente en género al pactado, no correspondía a la función económico-social que el comprador había prefigurado. Por estas consideraciones, Agostinis, B.: "La garanzia per i vizi della cosa venduta, – Artt. 1490-1499", en AA. VV.: *Comm. cod. civ.* (dirigido por P. Schlesinger y F.D. Busnelli), Giuffrè, Milano, 2012, p. 33. Análogamente, Mirra, V.: "Cenni sui vizi occulti della vendita", *Giur. merito*, núm. 4, 2006, pp. 1062 y ss. Por tanto, el *discrimen* se opera desde un punto de vista funcional inspirado en la lógica de la justicia sustancial. En jurisprudencia, Cass., 23 marzo 1999, n. 2712, *Notariato*, núm. 4, 1999, p. 307, y Cass., 3 agosto 2000, n. 10188, cit. Análogamente en la jurisprudencia española, cfr. SSTS 27 noviembre 1999, 14 octubre 2000, 16 noviembre 2000, 31 julio 2002, 9 marzo 2005, 4 abril 2005, 15 diciembre 2005, 10 octubre 2006, 6 noviembre 2006, 9 julio 20007. En efecto, este criterio de la función "natural" o concreta de la cosa no parece del todo decisivo para resolver las dudas interpretativas que surgen en la práctica a fin de identificar el tipo de régimen aplicable al caso específico.

13 Cfr., entre muchas, Cass., 6 julio 2021, n. 19073, *Quot. giur.*, 8 julio 2021; Cass., 24 abril 2018, n. 10045, cit.; Cass., 25 enero 2018, n. 1889, cit.

14 Con respecto a la distinción entre este tipo de defectos, entre los criterios discretos más establecidos se recuerda que «existe un defecto redhibitorio o falta de calidad esencial de la cosa entregada al comprador si esta presenta imperfecciones relativas al proceso de producción o fabricación que la hacen inadecuada

lamentablemente en la práctica no es tan sencillo atribuir el correcto *nomen iuris* a los varios supuestos de hechos[15].

De lo explicado hasta ahora se desprende que tanto en el caso de *aliud pro alio* como en el de falta de cualidades prometidas o esenciales, el régimen aplicable es el de la resolución por incumplimiento (aunque en este último caso los plazos de caducidad y prescripción serán en todo caso los de la disciplina especial que el Código Civil le confiere a la compraventa).

Por lo tanto, entre las dos hipótesis, ante el vínculo traslativo del vendedor, destacan tanto el criterio de la no escasa importancia del incumplimiento de conformidad con el art. 1455 CC[16], como el canon de la imputabilidad (al menos

para el uso al que deba destinarse o disminuyen sensiblemente su valor, o si pertenece a un tipo diferente o a una especie distinta a la pactada. En cambio, hay entrega de "*aliud pro alio*" que da lugar a la acción contractual de resolución o la acción para exigir el cumplimiento de conformidad con el art. 1453 CC, liberada de los términos de caducidad y prescripción previstos por el art. 1495 cod. civ., si el mismo bien es completamente diferente al pactado, por pertenecer a un género diferente, y por eso resulta completamente inadecuado para cumplir con la finalidad económica y social de la cosa vendida y por lo tanto para proporcionar la utilidad requerida». Cfr. Cass., 5 febrero 2016, n. 2313, cit. Del mismo tenor, Cass., 7 marzo 2007, n. 5202, *Guida al diritto*, 2007, núm. 17, p. 79.
Además, no debe pasarse por alto ninguna orientación jurisprudencial según la cual la diferencia sea, a nivel dogmático, mucho más profunda. En particular, «la venta de *aliud pro alio* (como, en este caso, la venta de un vehículo matriculado con documentación falsa y con numeración del motor falsificada) constituye una hipótesis de incumplimiento contractual, a diferencia de la hipótesis de venta de un objeto afectado por defectos o falta de las cualidades prometidas, lo que integra el caso de cumplimiento incorrecto; en el primer caso, el comprador tiene derecho a la acción general de resolución contractual por incumplimiento, con la consecuente relevancia de la culpa con respecto al juicio de incumplimiento, mientras que en los demás casos, operando la especial forma de garantía a que se refieren los arts. 1492 y 1497 CC, la culpa solo es relevante con respecto al resarcimiento de los daños». En estos términos, Cass., 30 marzo 2006, n. 7561, *Ced Cass.*, 2006, núm. 588079. Desde esa perspectiva interpretativa, recordada por ejemplo por Cass., 24 abril 2018, n. 10045, cit., § 2 de los "motivi della decisione", la diferencia entre el *aliud pro alio* y las otras hipótesis de garantía de la compraventa, en una inspección más cuidada, es una diferencia de categoría, surge de un hecho ciertamente significativo. Esto se debe a que, si en el caso de defectos materiales o falta de calidad nos encontramos ante un mero cumplimiento inexacto, en caso del *aliud pro alio* la calificación es de incumplimiento contractual. Aunque hay Autores que califican el *aliud pro alio* como un supuesto de cumplimiento defectuoso. Por esa última tesis, Giorgianni, M.: "voce Inadempimento (diritto vigente)", *Enc. dir.*, vol. 20, Milano, 1970, p. 874 ; Verdera Server, R.: *Inadempimento e risoluzione del contratto*, Padova, 1994, p. 333. Sin embargo, no faltan Autores de diferentes puntos de vista que califican esta figura de *aliud pro alio datum* en términos de puro incumplimiento contractual, argumentando que el mismo «permite la aplicación directa del *dictum* del art. 1218 CC». Así, Carbone, P.L.: "Le nuove frontiere della garanzia a favore del compratore: l'*aliud pro alio* ed il ruolo della causa concreta", nota a Cass., 19 diciembre 2013, n. 28419, *Dir. e giur. commentata*, núm. 2, 2014, p. 4.

15 Por citar algunos ejemplos emblemáticos de aplicaciones prácticas relativas a el instituto en cuestión, el T.S. consideró como *aliud pro alio* la pertenencia de un objeto de antigüedades al período histórico señalado por las partes contratantes en cuanto, tal pertenencia, se asume en el entendimiento de las partes y de acuerdo con la apreciación común de esas relaciones en el campo socioeconómico, como instrumento específico para identificar la cosa vendida. En consecuencia, si posteriormente esta circunstancia resultase infundada, se debe considerar que la cosa entregada es diferente de la que era objeto del contrato, y no simplemente afectada por vicios redhibitorios o falta de cualidades prometidas. En estos términos, Cass., 23 marzo 2017, n. 7557, *Nuova giur. civ.*, 2017, núm. 10, p. 1329, con nota de Caloiaro, L.A.: "L'irrealizzabilità del programma negoziale nell'ottica dei rimedi contrattuali: il caso della vendita di opere di antiquariato".
Por ejemplo, se ha comentado que pertenece a la categoría del *aliud pro alio* la venta de un toro estéril, ya que la compra de un animal de este tipo suele estar vinculada, de acuerdo con las costumbres locales (mencionadas en el artículo 1496 CC), a la reproducción. App. Salerno, 4 agosto 2017, *Corriere Giur.*, núm. 12, 2018, p. 1539 con nota de Carrato, A.: "Alienare un toro sterile equivale a vendere un *aliud pro alio*"; Cass., 19 diciembre 2013, n. 28419, cit.; Id.: "Contratti collegati, *aliud pro alio*, causa concreta: uno slancio verso il futuro o un ritorno al passato?", *Corriere Giur.*, núm. 6, 2016, nota a Cass., 30 octubre 2015, n. 22301.

16 Lo que es un hecho pacífico. Además, parte de la doctrina sostiene que la regla general contenida en el art. 1455 CC debe ser extendida también con respecto a los vicios materiales. En tal sentido, Bianca, C.M.: *La*

por culpa) del mismo según los principios generales a los que se refiere el art. 1218 y ss. CC[17], aunque es ese último punto las opiniones son muy contrastantes.

De hecho, en lo que se refiere más específicamente al perfil del elemento subjetivo, si bien según una primera orientación interpretativa, la culpa es también un elemento estructural del instituto contemplado por el art. 1497 CC (dado que este artículo se refiere textualmente a las disposiciones generales sobre la resolución por incumplimiento, diferenciándose en esto del instituto de defectos materiales *ex* art. 1490 CC[18]), queriendo en cambio adherirse a una reconstrucción diferente, el elemento de la imputabilidad del incumplimiento debe remontarse únicamente a la hipótesis de *aliud pro alio*. Esto es por una razón dogmática muy específica. En detalle, el fundamento de esta tesis se encuentra en el hecho de que la diferencia entre el *aliud pro alio datum* y las demás hipótesis de garantía por defectos o falta de calidad es, en realidad, una diferencia de categoría jurídica. Esto se debe a que, si en caso de vicios materiales o falta de calidad prometida nos encontramos ante un mero cumplimiento defectuoso o inexacto, en el *aliud pro alio* en cambio la calificación es de un incumplimiento contractual *stricto sensu*.

En punto de prueba, hay varias cuestiones problemáticas, sobre las cuales se han pronunciado recientemente las Secciones Unidas del Tribunal Supremo y, también desde este punto de vista, el *aliud pro alio* se distingue claramente de los demás tipos de vicios.

En cuanto a como se reparte la carga probatoria en materia de garantía por defectos y falta de calidad, se han planteado esencialmente dos opiniones opuestas.

vendita, cit., pp. 914 y ss. *Vid*., *contra*, Agostinis, B.: *La garanzia*, cit., p. 73. Greco, P. y Cottino, G.: "Della vendita", cit., p. 252. En jurisprudencia, la opinión mayormente difundida tiende a consentir esa subsunción jurídica. Cfr. Cass., 11 febrero 2020, n. 3272, *Quot. giur.*, 2020; Cass., 25 septiembre 2013, n. 21949, *Ced Cass*., 2013, núm. 628314. Como queda aclarado en esa última sentencia, «los arts. 1490 y 1492 del cod. civ. en tema de acción redhibitoria, tan como del art. 1497 cod. civ., tienen que ser interpretados tomando en cuenta el principio general enunciado por el art. 1455 cod. civ. con la consecuencia que el ejercicio de la acción solo está legitimado por vicios que realicen un incumplimiento de no escasa importancia, los cuales no son distintos por razones estructurales, sino solo en función de sus capacidades de hacer la cosa inadecuada por el uso para el cual estaba destinada o disminuye de manera apreciable su valor, según una evaluación de hecho que queda reservada al juez de mérito».

17 En doctrina, en general sobre la relevancia del elemento subjetivo de la culpa del incumplimiento véase, por todos, Bianca, C.M.: "Dell'inadempimento delle obbligazioni – Artt. 1218-1229", *Comm. Scialoja-Branca*, 2ª ed., Zanichelli, Bologna, 1979, pp. 80 y ss. y 162 y ss.; Paladini, M.: *L'atto unilaterale*, cit., pp. 92 y ss. Por la opinión contraria según la cual, tomando en cuenta la c.d. "concepción objetiva" del incumplimiento, no hace falta investigar sobre el elemento subjetivo del deudor que no haya cumplido, Scognamiglio, R.: "Contratti in generale", en *Tratt. dir. civ.* (dirigido por G. Grosso y G. Santoro Passarelli), 3° ed., vol. 4, tomo 2, Milano, 1972, pp. 271 y ss.; Visintini, G.: "Inadempimento e mora del debitore – Artt. 1218-1222", en *Comm. cod. civ.* (dirigido por P. Schlesinger y F.D. Busnelli), 2ª ed., Milano, 2006, sub *art. 1218*, pp. 1 y ss. Para una exhaustiva reconstrucción de todo ese debate, Macioce, F.: *Risoluzione del contratto e imputabilità dell'inadempimento*, E.S.I., Napoli, *passim*; Sicchiero, G.: "La risoluzione per inadempimento – Artt. 1453-1459", en *Comm. cod. civ.* (dirigido por P. Schlesinger y F.D. Busnelli), Milano, 2007, pp. 160 y ss.

18 Sobre ese punto, Cass., 16 diciembre 2019, n. 33149, cit.; Cass., 5 abril 2016, n. 6596, cit.; Cass., 29 abril 2010, n. 10285, *Guida al diritto*, 2010, núm. 27, p. 59. En doctrina, Dalla Massara, T.: "Modelli della vendita di tradizione romanistica e vendita internazionale", *Contratto e impresa. Europa*, núm. 2, 2012, pp. 848 y ss., el cual textualmente ha afirmado: «lo prevista en el art. 1497 CC es a todo efecto una acción de resolución, que asume la culpa del vendedor, y no una acción redhibitoria, que se basa en la garantía».

Si bien de acuerdo con una primera línea interpretativa, la carga de probar el defecto debe recaer en el vendedor[19], según una diferente elaboración hermenéutica, aceptada también por los recientes pronunciamientos de la Secciones Unidas de 2019, el *onus probandi* debe de estar en manos del comprador[20]. Eso por varias razones.

En primer lugar, tanto en el caso de un vicio o defecto material como en el caso de una falta de calidad pactada, estamos ante una «responsabilidad contractual especial regida íntegramente por las normas dictadas en materia de compraventa»[21]. Por consiguiente, el supuesto no debe identificarse en un incumplimiento contractual *tout court*, sino, más correctamente, en la imperfecta realización del resultado traslativo prometido. Por lo tanto, el efecto traslativo se ha concretizado incorrectamente y el fundamento de esta responsabilidad está representado por la objetiva existencia del defecto o del vicio[22]. Y por ende, el vicio non vale como incumplimiento de una obligación, sino como condición de operatividad de la garantía por vicios[23].

La razón justificativa de todo se encuentra en la impostación, sostenida por una doctrina muy autorizada[24], según la cual las garantías en la compraventa no se encuadran en la estructura de una obligación *stricto iur*e, sino más simplemente en una situación de derechos potestativos atribuidos al comprador (que puede reclamar solicitando a través de de los remedios edilicios o de la acción del art. 1497 CC) a los que corresponde la posición de sujeción del vendedor. En razón de todo eso, no se puede aplicar a estos casos de garantías, adhiriéndose a esta tesis, la célebre sentencia a Secciones Unidas de 2001 sobre la carga de la prueba por casos de incumplimiento contractual puesto que las garantías en materia de compraventa no pueden referirse al mecanismo de obligaciones. Lo que postula

19 Cfr. Cass., 20 septiembre 2013, n. 20110, *Ced Cass.*, 2013, núm. 627467 - 01. Análogamente, Cass., 21 septiembre 2017, n. 21927, *ivi*, n. 645502.

20 Sobre esa interpretación, célebre es la reciente sentencia del T.S. en su más ilustre composición, es decir Cass., Sez. Un., 3 mayo 2019, n. 11748, *Resp. civ. prev.*, 2019, núm. 6, pp. 1860 y ss. Ese pronunciamiento, ha sido necesario en cuanto, después de otra sentencia (Cass., 20 septiembre 2013, n. 20110, cit.), que se colocaba en contraste con la prevalente opinión hasta la fecha en jurisprudencia, se había creado un contraste jurisprudencial. La cuestión era si se puede aplicar o no, también en caso de garantía por vicios, el canon de la distribución de la carga de la prueba como venía descrito por la interpretación mayoritaria desde las Secciones Unidas de 2001 sobre el incumplimiento contractual.

21 Cfr. § 24 de los "motivi della decisione".

22 Y no de una obligación. Evidente en ese caso la similitud con la célebre opinión expresada en tema por la doctrina. Mengoni, L.: *Gli acquisti "a non domino"*, Giuffrè, Milano, 1975, pp. 25 y ss.,

23 Y eso se justifíca a través del principio general del consentimiento traslativo, sobre lo cual, con referencias a estos argumentos, Coppini, P.: "La garanzia per vizi nella vendita: attualità di un dibattito dottrinale mai sopito", *Jus civile*, núm. 6, 2019, pp. 648 y ss.

24 Entre los fundadores de esa perspectiva, Mengoni, L.: "Profili di", cit., pp. 5 y ss.; Id.: *Gli acquisti*, cit., pp. 25 y ss., según el cual la garantía es un elemento natural del contrato, diferente de una obligación.

que estas garantías se encuadran, en cambio, en el régimen general previsto *ex* art. 2967 CC[25].

Por el contrario, el pronunciamento del S.T. a Seccione Unidas de 2001 se aplica al *aliud pro alio* como consecuencia de que este último constituye una forma de resolución contractual por incumplimiento *stricto sensu*.

Además, ese *dictum* de los jueces italianos de legitimidad a Secciones Unidas de 2019 se enmarca en los principios de proximidad de cargas probatorias (dado que es el comprador el que tiene la disponibilidad material de la cosa y eso implica que la carga de la prueba sea más fácil de cumplir para él en la medida en que la demostración del vicio está más cerca a su esfera jurídica) y en el otro principio que se puede resumir en el brocardo latín "*negativa non sunt probanda*" (si la carga recayese sobre el vendedor este tendría que demostrar la ausencia de defectos en el bien que entregó: lo que sería, evidentemente, gravoso para él de manera excesiva)[26].

En definitiva, también es esta perspectiva quedan muy evidentes las diferencias con el *aliud pro alio datum* que, en la medida en que puede calificarse como una acción contractual de incumplimiento en sentido estricto, puede aplicársele el esquema definido por las Secciones Unidas de 2001 (a diferencia de las otras formas de garantías mencionadas) según el cual el acreedor, una vez demostrado como hecho constitutivo de su derecho el título (negocial o legal), no debe probar también el incumplimiento, pudiendo en cambio limitarse a adscribirlo. En otras palabras, gracias a el *aliud pro alio*, el comprador puede, por tanto, "limitarse" a afirmar el incumplimiento del vendedor, cargando luego a este último con la carga de probar el hecho extintivo de sus afirmaciones, es decir la precisión del cumplimiento, considerando que es el sujeto cuyo ámbito jurídico está más próximo al incumplimiento[27].

25 Según parte de la doctrina, aquí no hay una obligación, sino una garantía. Por todos, Galgano, F.: "voce Vendita, (diritto privato)", *Enc. dir.*, vol. 46, Milano, 1993, pp. 491 y ss.; Mengoni, L.: "Profili di", cit., pp. 5 y ss. Por una recostrucción muy cuidadosa de las varias interpretaciones sobre la naturaleza de las garantía de la compraventa, Luminoso, A.: *La compravendita*, cit., pp. 257 y ss.; Id.: "Due pronunce contrastanti delle Sezioni Unite sulla natura della garanzia per vizi nella vendita (e sui riflessi in materia di onere della prova e di prescrizione)", nota a Cass., Sez. Un., 3 mayo 2019, n. 11748, *Resp. civ. prev.*, núm. 6, 2019, pp. 1860 y ss. Aún sobre el tema, Dalla Massara, T.: "Interruzione del termine di prescrizione e vizi del bene venduto", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, núm. 3, 2020, pp. 968 y ss.; Iuliani, A.: "Note minime in tema di garanzia per i vizi nella vendita", *Europa e Diritto Privato*, núm. 2, 2020, pp. 671 y ss.; Piraino, F.: "La garanzia nella vendita: durata e fatti costitutivi delle azioni edilizie", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, núm. 3, 2020, pp. 1116 y ss.

26 Como ya fue aclarado por la sentencia Cass., Sez. Un., 30 octubre 2001, n. 13533, *Foro it.*, 2002, núm. 3, pp. 769 y ss., § 5 de los "motivi della decisione", la distribución de la carga de la prueba, para obtener el correcto cumplimiento, la resolución del contrato o el resarcimiento del daño (que también se aplica en los supuestos de hechos negativos) no se aplica en caso de obligaciones negativas (de no hacer): en ese supuesto, por los principios de proximidad de la prueba y *negativa non sunt probanda*, se coloca en el lado del vendedor la carga de la prueba de los hechos positivos.

27 En tema, *vid.*, por ejemplo, Cass., 23 marzo 2017, n. 7557, cit.; Cass., Sez. Un., 30 octubre 2001, n. 13533, cit., § 2.2.3.

Entonces, en caso de *aliud pro alio* el comprador puede obtener todos los remedios que el ordenamiento le otorga en caso de incumplimiento contractual. Por ello, parte de la doctrina suele definir este concepto como una forma de manifestación del incumplimiento contractual[28].

II. LA EVOLUCIÓN DEBIDA AL CÓDIGO DEL CONSUMO.

Con respecto al Código del Consumo, se introdujo, en transposición de la Directiva 1999/44/CE (primero implementada en los arts. 1519-*ter* y ss. CC y luego transfundida a los artículos 128 y ss. CDC), el concepto de falta de conformidad de los bienes de consumo[29]. Esta disciplina difiere en muchas cosas de la prevista por la compraventa a nivel general por el Código Civil.

De hecho, a lo largo de estos últimos años hubo una gran proliferación de normas jurídicas dedicadas a la protección del contratante débil[30] debido a que la mayoría de las transacciones económicas ya se refieren a la producción masiva y, por ende, a la contratación masiva que en estos últimos años se está amplificando de manera muy relevante sobre todo por el fenómeno de los *smart contracts*. Y eso ha implicado una siempre mayor atención por parte del legislador hacia la parte débil del contrato.

Para otorgar al consumidor un mayor nivel de protección respecto a la del Código Civil, el concepto de falta de conformidad de derivación comunitaria fue concebido por el legislador de manera integral u omnicomprensiva, es decir independientemente del tipo de defecto de la *res*.

Y, por lo tanto, se han unificado las consiguientes acciones que puede realizar el consumidor hacia el vendedor, y precisamente en esto radica el alcance innovador de la ley: en el sector consumidor, de hecho, todo bien que no cumple con el contrato genera la responsabilidad del vendedor (c.d. tutela integral u

28 Para esa impostación, Llamas Pombo, E.: *La compraventa*, La Ley, Madrid, 2014, p. 439. El Autor sostiene que el *aliud pro alio* no es otra cosa que una especie que pertenece al género del incumplimiento de la obligación de entrega. En esas palabras, *Ibidem*, p. 499.

29 La literatura sobre el tema es exterminada. Solo para citar los más significativos, se citan los siguientes Autores. De Cristofaro, G.: *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore: 'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Cedam, Padova, 2000; Luminoso, A.: *La compravendita*, cit.; Mantovani, M.P.: *La vendita dei beni di consumo*, E.S.I., Napoli 2009, *passim*; Perlingieri P.: "La tutela del consumatore tra normative di settore e codice del consumo", en *Il diritto dei consumi tra realtà e prospettive* (coord. por G. Cavazzoni, L. Di Nella, L. Mezzasoma y V. Rizzo), E.S.I., Napoli, 2008, pp. 11 y ss.

30 Sobre este tema, véase, *ex plurimis*, Alpa, G.: "Il diritto dei consumi: un laboratorio per i giuristi", en *Il diritto dei consumi. Aspetti e problemi* (coord. por G. Alpa, G. Conte, V. di Gregorio, A. Fusaro, y U. Perfetti), Napoli, 2010, pp. 11 y ss.; Alpa, G., Contey, G., y Rossi Carleo, L.: "La costruzione del diritto dei consumi", en *I diritti dei consumatori* (coord. por G. Alpa), I, en *Tratt. dir. priv. Un. eur.*, III (dirigido por G. Ajani y G.A. Benacchio), Torino, 2009, pp. 2 y ss.; Mezzasoma, L.: "La protección del consumidor y del usuario en el ordenamiento italiano (la noción de consumidor y usuario)", *Revista Práctica Derecho de daños*, La Ley, núm. 116, 2013, pp. 8 y ss.

omnicomprensiva). Y eso, de forma muy evidente, tiene un alcance de protección hacia el consumidor evidentemente mayor que el del comprador de derecho civil en general y más simplificado, ya que en la venta del Código de Consumo no es necesario identificar si estamos en presencia de vicios, falta de cualidades esenciales o prometidas o un *aliud pro alio* (lo que, por cierto, es de central importancia dado que a menudo en la práctica no es sencillo individuar a cual de estos tipos de vicios nos enfrontamos y calificar el supuesto de hecho en una categoría o en otra tiene fuertes implicaciones en términos de disciplina: existiendo diferentes acciones, diferencias con respecto al elemento psicológico y diferentes términos de prescripción y caducidad para estas tres categorías[31]).

De hecho, esa falta de conformidad también es una forma de *aliud pro alio* pero no en el sentido del derecho civil común, sino como cada bien de consumo que no es conforme a lo pactado. Por eso la docrtina suele distinguir el *aliud pro alio*, como figura general, y lo de los arts. 129 y ss. CDC[32].

Entonces, se han unificado los tipos de defectos de la *res* y los tipos de acciones que el consumidor puede emplear al respecto. Se asume que, en virtud del art. 130 del Código sectorial en cuestión, en el supuesto de que el bien tenga cualquiera falta de conformidad, se le otorga a la parte débil del contrato el derecho potestativo de activar frente al profesional y de manera gradual la reparación del bien, su sustitución (remedios primarios), la disminución del precio o la resolución del contrato (remedios secundarios)[33]. Es evidente que el legislador comunitario tiene un *favor* hacia las tutelas de forma específica y de conservación del contrato[34].

Otro aspecto de gran innovación respecto al derecho común se encuentra en el tema del riesgo del perecimiento de la cosa o de su deterioro. Más en detalle, en el paradigma normativo de la compraventa de bienes de consumo de matriz comunitaria la transferencia del riesgo[35] se da con la entrega del bien[36]. De hecho, solo con la entrega se produce la trasmisión de los riesgos y la entrega es el

31 *Vid*., *amplius*, *supra* § 1.

32 Bianca, C.M.: "Consegna di *aliud pro alio* e decadenza dai rimedi per omessa denunzia nella direttiva 1999/44/CE", Contr. imr./Europa, núm. 1, 2001, pp. 19 y ss. Que ya hizo esta distinción antes de que se adoptara el Código del Consumo, hablando del concepto de falta de conformidad previsto y disciplinado en la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre *Determinados aspectos de la venta y garantías de bienes de consumo*.

33 En general sobre el tema, Di Maio, A.: "Rimedi e dintorni", *Europa e Diritto Privato*, núm. 4, 2015, pp. 703 y ss.; Plaia, A.: "Profili evolutivi della tutela contrattuale", *Europa e Diritto Privato*, núm. 1, 2018, pp. 69 y ss.

34 *Ibidem*; Astone, M.: "Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo", *Europa e Diritto Privato*, núm. 1, 2014, pp. 1 y ss.

35 Cuya impostación con respecto al momento de la transferencia del riesgo deriva del modelo alemán, como ha sido destacado por Luminoso, A.: "La compravendita", cit.

36 Azzarri, F.: "Consegna e passaggio del rischio nelle vendite di beni mobili ai consumatori: considerazioni in vista dell'attuazione della direttiva (UE) 2019/771", *Resp. civ. prev.*, núm. 4, 2021, pp. 1095 y ss. Luminoso, A.: "La compravendita", cit.

momento en el que se debe realizar la valoración de la conformidad de la mercancía con el contrato y, por tanto, es este el punto crucial para que se pueda formular el juicio de responsabilidad del vendedor. En esta venta, por tanto, la entrega parece ser la actuación fundamental y en esto difiere mucho la compraventa del Código Civil italiano. En el derecho civil italiano, el momento decisivo para el riesgo del perecimiento del bien corresponde al de la transferencia de propiedad que puede no coincidir con el momento en que se entrega el bien (como se deduce del texto del art. 1465 CC que, inspirándose al concepto de *res perit domino*, resulta claramente basado en la lógica del principio del consentimiento traslativo[37]); según Código del Consumo, en cambio, la responsabilidad del vendedor hacia el contratante débil surge en el momento de la entrega de la mercancía, entendida como la transferencia de la disponibilidad material o en todo caso como el control de la mercancía al consumidor. En virtud del punto de vista europeo, la entrega se convierte en el momento en el que pasa el riesgo y, por consiguiente, el vendedor no se liberará del riesgo de perecimiento o deterioro de la mercancía hasta el momento de la entrega, visto que el momento de celebración del contrato es inútil en este sentido (todavía diferenciándose claramente de la disciplina común inspirada en la lógica del principio consensualistico y del principio *res perit domino*, como lo demuestran, por ejemplo, las disposiciones del artículo 1477 CC[38]).

También los términos temporales son mucho más favorables por el consumidor en la medida en que el art. 132 CDC prevé que el profesional queda responsable por faltas de conformidades que se manifiesten en los dos años de la entrega del bien. Siempre el art. 132 CDC regula el plazo de dos meses de descubierta de la falta de conformidad en los que el contratante débil tiene que denunciar los vicios. Lo que le otorga al consumidor un nivel de protección mucho más amplio de lo que está previsto en vía general por el Código Civil para el adquiriente: más en detalle, estos términos son más blandos con respecto a los términos que el art. 1495 CC, como ya vimos, establece por los vicios o falta de calidades esenciales o prometidas (ochos días de caducidad y un año de prescripción).

III. IMPLICACIONES DEL CONCEPTO DE CAUSA EN CONCRETO.

En el marco general del derecho civil, las últimas tendencias jurisprudenciales sobre el tema han puesto de relieve una convergencia de estas dos diferentes disciplinas. Más en lo específico, con respecto al concepto conocido como *aliud*

37 Sobre la disminución del dogma del consentimiento traslativo a lo largo de estos últimos años, Luminoso, A.: "La compravendita", cit.

38 Para un muy bien desarrollada análisis sobre la coordinación de la disciplina del Código del Consumo con la del Código Civil, también con respecto a la compraventa, dalla Dalla Massara, T.: "I rapporti tra codice civile e codice del consumo", en AA. VV.: *Diritti e tutele dei consumatori* (coord. por G. Recinto, L. Mezzasoma y S. Cherti), Hoepli, Napoli, 2014 pp. 501 y ss.; Id.: "La «maggior tutela» del consumatore: ovvero del coordinamento tra codice civile e codice del consumo dopo l'attuazione della direttiva 2011/83/UE", *Contratto e impresa*, núm. 3, 2016, pp. 743-778.

pro alio en la disciplina general de derecho civil, el Tribunal Supremo, a lo largo de estos últimos años, ha empezado a leer ese instituto en combinación con el concepto de "causa en concreto" del contrato. Por consiguiente, los jueces de legitimidad italianos han impreso a este mecanismo de tutela del comprador una estructura muy flexible. Mejor dicho, se puede detectar como el *aliud pro alio*, en cuanto herramienta de realización de la causa en concreto del contrato, es un remedio que tiene en mucha consideración las específicas peculiaridades del contrato.

De esa manera la jurisprudencia ha conseguido otorgar una tutela muy flexible al comprador (en unos casos demasiado flexible) en los contratos de compraventa que quedan fuera del marco del derecho del consumidor afectados por defectos muy graves. Y no cabe duda de que esta reconstrucción tiene mucho que ver con el rasgo distintivo de la falta de conformidad de derivación europea en cuanto también esta es dirigida a tutelar al consumidor en el sentido de garantizar un acto de consumo que sea de verdad expresión de su propia voluntad. En otros términos, en ambos casos adquiere una importancia emblemática el intento de obviar a una compraventa que no sea útil para el comprador o para el consumidor teniendo en consideración las razones que lo indujeron a comprar. De acuerdo con los requisitos del incumplimiento contractual (como la imputación del incumplimiento, la carga de la prueba y el criterio de no escasa importancia), la jurisprudencia suele reconocer el *aliud pro alio* de manera muy parecida a la falta de conformidad del Código del Consumo. Como ha sido muy bien dicho, el interprete siempre tiene que tomar en consideración los intereses y los valores involucrados en el caso específico[39].

Como ha sido detectado por la docrtina[40], la jurisprudencia a lo largo de estos últimos años está reconociendo una tutela al comprador que no se ha activado en los estrictos términos previstos en la disciplina general de derecho civil.

Por ende, el *aliud pro alio* también responde a la lógica de la causa en concreto, más que a la causa en abstracto, porque, más que garantizar la función económico-

39 Por esta expresión, Perlingieri P.: "Il giusto rimedio nel diritto civile", *Il giusto processo civile*, núm. 6, 2011, 1, pp. 1 y ss.; Id.: "Situazioni soggettive", *Il diritto civile nella legalità costituzionale. Secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, núm. 3, 4° ed., E.S.I., Napoli, 2020, pp. 1 y ss.; Id.: "Fonti e interpretazione", *ivi*, núm. 2, pp. 159 y ss. En los que el Autor siempre ha subrayado la enorme importancia de enfocarse en la persona y los valores constitucionales que se le refieren como el de solidarirad contemplado por el art. 2 de la Constitución italiana, así adoptando una interpretación fiel a la *ratio* de las normas jurídicas que sepa valorizar los intereses que están en juego.

40 Para una mayor profundización, Carbone, P.L.: "Contratti collegati", cit., pp. 759 y ss. El Autor ha hecho una muy interesante obra de análisis de las sentencias más recientes del T.S. que han empezado a reconocer el *aliud pro alio* en combinación con el instituto de la causa en concreto en todo supuesto en el que la *res* entregada no puede cumplir con su función natural porque pertenece a un diferente género de mercancía y por eso, dado que no puede satisfacer el interés del comprador, realiza una hipótesis de incumplimiento contractual, y no de saneamiento por falta de calidad esencial prometida o vicio material.

social del contrato en general, tutela la función económica individual concreta, deseada por las partes de la relación contractual en el supuesto específico.

De hecho, según algunos, el *aliud pro alio* comúnmente entendido no se encuentra entre los casos de falta de conformidad de bienes de consumo[41]. Lo que postula que también fuera del marco de derecho del consumo, la figura del *aliud pro alio* no solo sigue existiendo, sino que tiene una función muy parecida a la falta de conformidad contemplada en los arts. 129 y ss. CDC, es decir otorgarle una tutela al comprador que se le ha entregado un bien diferente del pactado, vencidos los plazos de la compraventa en general del Código Civil.

El *aliud pro alio*, según la orientación aceptada por el Tribunal Supremo, "ocurre cuando la diferencia entre la cosa vendida y la entregada afecta la naturaleza y, por tanto, la individualidad, consistencia y destino de la misma, para poder considerar que pertenezca a un género completamente diferente al que se colocó en la base de la decisión del comprador de realizar la compra, o cuando la cosa entregada tenga defectos que le impidan cumplir con su función natural o la concreta asumida como esencial por las partes (c.d. incapacidad para cumplir la función económico-social), provocando que se degrade en una subespecie completamente diferente a la que se había deducido en el contrato"[42].

De esta conceptualización deriva el particular interés que la jurisprudencia le da a la causa en concreto en razón de que lo jueces reconocen el *aliud pro alio* no solo en caso de bien de diferente género sino también en caso de bien que pertenece al género pactado pero no puede cumplir con su función natural. En otros términos, un bien que no corresponde al interés que, concretamente, había tenido el adquiriente en el momento de la celebración del contrato.

IV. CONCLUSIONES.

A la luz de estas observaciones, esos dos regímenes si bien son distintos y se mueven en diferentes ámbitos, no cabe duda de que están muy conectados y que se influyen el uno al otro, teniendo en cuenta las últimas tendencias de los interpretes al respecto, allanando así el camino a lecturas coordinadas entre los dos[43]. Es incuestionable el impacto que el derecho de consumo de origen comunitaria conllevó en ese tema y, más en general, a toda la compraventa y sus

41 Por esta opinión, véase Bianca, C.M.: "Consegna di", cit., pp. 19 y ss.

42 En este sentido, ex *multis*, cfr. Cass., 26 septiembre 2018, n. 22997, *Giust. civ. mass.*, 2018; Cass., 24 abril 2018, n. 10045, cit.; Cass., 5 febrero 2016, n. 2313, cit.; Cass., 19 diciembre 2013, n. 28419, cit.

43 Lo que encuentra confirmación en las interpretaciones según las cuales el *aliud pro alio* de la disciplina general como acción de resolución del contrato sigue siendo utilizable por el adquiriente también en caso de que su compraventa sea de un bien de consumo. Es decir que el adquiriente/consumidor puede elegir la tutela que la parezca la más adecuada para sus intereses. Sobre este tema, Dalla Massara, T.: "I rapporti", cit., pp. 501 y ss.; Id.: "La «maggior tutela»", cit., pp. 758 y ss. Aún sobre el hecho de que el *aliud pro alio*

implicaciones son muy tomadas en cuenta por la jurisprudencia. Por consiguiente, hay que subrayar una vez más el concepto según lo cual el interprete es llamado a investigar cuál es el "justo remedio[44]" de la situación concreta, rechazando impostaciones rígidamente focalizadas en los esquemas normativos abstractos e intentando detectar las peculiaridades del caso concreto y, por ende, el mecanismo que mejor se adapte al supuesto de hecho entre los que el ordenamiento jurídico contempla, teniendo en cuenta los varios intereses involucrados[45].

Por esa vía la jurisprudencia ha empezado a utilizar la figura del *aliud pro alio* a lo largo del tiempo. En principio reconociendo esta figura bajo el anterior y el actual Código Civil. Como hemos visto, en estos últimos años ese concepto ha sido interpretado de manera bastante amplia como para proporcionar al comprador un remedio en caso de entrega de bien que pertenezca a un diferente *genus* o de una cosa que, aunque perteneciente al mismo género de la prometida, resulte en todo caso inadecuada para cumplir con su función natural. Resultan muy evidentes las similitudes con las tutelas en caso de falta de conformidad del bien de consumo visto que en ambos casos todo bien que no cumple con el contrato conlleva la responsabilidad del enajenante o del profesional y hay que valorar los intereses involucrados y las peculiaridades en el caso específico.

En todo caso hay que tener en cuenta también las exigencias del mercado, o sea el c.d. "orden público económico" que es un interés muy tomado en cuenta por el legislador[46] e intentar realizar un balance entre estos diferentes puntos de observación.

Además, también hay otros tipos de implicaciones de naturaleza conceptual que vale la pena mencionar. Es decir, hay que tener en cuenta que la autonomía privada de los contratantes es considerada por la doctrina como un instrumento

datum, como figura general, es cosa distinta de la falta de conformidad prevista en la Directiva 1999/44/CE, Bianca, C.M.: "Consegna di", cit., pp. 19 y ss.

44 Según la muy célebre expresión de Perlingieri P.: "Il giusto", cit., 1, pp. 1 y ss.

45 En este sentido, Perlingieri, P.: "Conclusioni dei lavori", en AA. VV.: *La compravendita: realtà e prospettive. Atti della Giornata di studio «La compravendita: realtà e prospettive». Terni, 29 maggio 2014* (coord. por L. Mezzasoma, V. Rizzo, y E. Llamas Pombo), E.S.I., Napoli, 2015, p. 314, que ha destacado la necesidad de superar la rigidez de los remedios, potenciando su flexibilidad y variedad, reconociendo al sujeto el derecho a utilizar lo que considere más adecuado para la realización de su interés, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 2, 3.2 y 24 de la Constitución, evitando esquematismos o soluciones *a priori*.

46 Sobre todo en tema de tutela del consumidor. Por eso las medidas que el legislador ha tomado en el Código del Consumo se pueden dividir entre *private enforcement* y *public enforcement* porque la tutela del consumidor no solo es dirigida para proteger el consumidor mismo, sino que también todo el mercado de manera que se mantenga una competencia correcta, efectiva y eficiente. Y por ello, mantener un mercado cuya competencia sea leal tiende a incentivar a los emprendedores a mejorar sus proprios productos, en beneficio de toda la sociedad. Así Camardi, C.: "Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo", *Europa e Diritto Privato*, núm. 4, 2008, pp. 831 y ss. De esta conceptualización se deduce que en esos casos el consumidor se convierte en un instrumento de racionalización del mercado en la medida en que permite descubrir clausulas abusivas, prácticas comerciales desleales, defectos o deformidades del bien. Por ejemplo, con respecto al *public enforcement* es preciso el punto de perspectiva de las tutelas otorgadas al contratante débil e.g. por los arts. 12, 27, 37, 37-*bis*, 66, 67-*noviesdecies*, 79 y 105.4 CDC.

axiológicamente valorable y que, por lo tanto, tiene que ser sometida a un juicio de merecimiento a través de los valores contemplados por la Constitución que alcanzan al contratante como persona[47]. Y, por supuesto, también la causa del contrato[48] está involucrada en este peculiar tipo de control que los interpretes tienen que cumplir dado que la causa en concreto, como ya se ha subrayado en el presente trabajo, es la expresión de la voluntad de las partes del contrato. Por lo tanto, la causa en concreto se identifica con la realización de la función económico-social concretamente deseada por los contratantes en el momento de la celebración del contrato en la medida en que este último se convierte en la herramienta de realización de sus propios intereses.

47 Por estas consideraciones, Perlingieri, P.: "Attività e responsabilità", *Il diritto civile nella legalità costituzionale. Secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, núm. 4, 4° ed., E.S.I., Napoli, 2020, pp. 1 y ss.; Id.: "Il diritto privato europeo tra riduzionismo economico e dignità della persona", *Eur. dir. priv.*, núm. 2, 2010, pp. 345 y ss. Más específicamente, el Autor ha afirmado que a pesar de lo que se pueda pensar adoptando una interpretación muy literal del art. 1322.2 CC, el juicio de merecimiento por parte del juez tiene que abarcar todo tipo de contrato y no solo los que son atípicos y direccionarse hacia los valores constitucionales involucrados en el supuesto de hecho. Véase, además, en el mismo sentido, Mezzasoma, L.: "Consumatore e costituzione", *Rass. dir. civ.*, núm. 1, 2015, pp. 311 y ss.; Id.: "Consumidor y Constitución", en AA. VV.: *Homenaje al Prof. Guillelmo Figallo Adrianzén*, Lima, 2017, p. 83 ss.; Id.: "Disciplina del contrato, tutela del contratante más débil y valor constitucional", *Derecho privado y Constitución*, núm. 29, 2015, pp. 189-190. Aún sobre el tema, Lipari, N.: "Persona e mercato", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, núm. 3, 2010, pp. 735 y ss.

48 Más en lo específico en este tema, Berti De Marinis, G.: "El control sobre el merecimiento de tutela de la causa de los contratos", *Actualidad juridica iberoamericana*, 2014, núm. 1, pp. 113 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

Agostinis, B.: "La garanzia per i vizi della cosa venduta, – Artt. 1490-1499", en AA. VV.: *Comm. cod. civ.* (dirigido por P. Schlesinger y F.D. Busnelli), Giuffrè, Milano, 2012, pp. 1062 y ss.

Alpa, G.: "Il diritto dei consumi: un laboratorio per i giuristi", en *Il diritto dei consumi. Aspetti e problemi* (coord. por G. Alpa, G. Conte, V. di Gregorio, A. Fusaro, y U. Perfetti), Napoli, 2010, pp. 11 y ss.

Alpa, G., Contey, G., y Rossi Carleo, L.: "La costruzione del diritto dei consumi", en *I diritti dei consumatori* (coord. por G. Alpa), I, en *Tratt. dir. priv. Un. eur.*, III (dirigido por G. Ajani y G.A. Benacchio), Torino, 2009, pp. 2 y ss.

Astone, M.: "Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo", *Europa e Diritto Privato*, núm. 1, 2014, pp. 1 y ss.

Azzarri, F.: "Consegna e passaggio del rischio nelle vendite di beni mobili ai consumatori: considerazioni in vista dell'attuazione della direttiva (UE) 2019/771", *Resp. civ. prev.*, núm. 4, 2021, pp. 1095 y ss.

Berti De Marinis, G.: "El control sobre el merecimiento de tutela de la causa de los contratos", *Actualidad juridica iberoamericana*, 2014, núm. 1, pp. 113 y ss.

Bianca, C.M.: "Consegna di *aliud pro alio* e decadenza dai rimedi per omessa denunzia nella direttiva 1999/44/CE", *Contr. imr./Europa*, núm. 1, 2001, pp. 19 y ss.

Bianca, C.M.: "Dell'inadempimento delle obbligazioni – Artt. 1218-1229", *Comm. Scialoja-Branca*, 2ª ed., Zanichelli, Bologna, 1979, pp. 80 y ss. y 162 y ss..

Bianca, C.M.: *La vendita e la permuta*, Trattato Vassalli, 2ª ed., Utet, Torino, 1993.

Camardi, C.: "Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo", *Europa e Diritto Privato*, núm. 4, 2008, pp. 831y ss.

Carbone, P.L.: "Contratti collegati, *aliud pro alio*, causa concreta: uno slancio verso il futuro o un ritorno al passato?", *Corriere Giur.*, núm. 6, 2016, pp. 759 y ss..

Carbone, P.L.: "Le nuove frontiere della garanzia a favore del compratore: l'*aliud pro alio* ed il ruolo della causa concreta", nota a Cass., 19 diciembre 2013, n. 28419, *Dir. e giur. commentata*, núm. 2, 2014, pp. 1 y ss.

Calvo, R.: "La tutela per vizi e difetti qualitativi", en *Trattato dei contratti* (dirigido por V. Roppo y A.M. Benedetti), vol. I, *Vendita* e *vendite* (coord. por P. Sirena), Milano, 2014, pp. 293 y ss.

Calvo, R.: "Vendita e responsabilità per i vizi materiali", en Id.: *Dai fondamenti storico-comparativi alla disciplina codicistica sulle garanzie*, tomo I, E.S.I., Napoli, 2007.

Coppini, P.: "La garanzia per vizi nella vendita: attualità di un dibattito dottrinale mai sopito", *Jus civile*, núm. 6, 2019, pp. 648 y ss.

Dalla Massara, T.: "I rapporti tra codice civile e codice del consumo", en AA. VV.: *Diritti* e *tutele dei consumatori* (coord. por G. Recinto, L. Mezzasoma y S. Cherti), Hoepli, Napoli, 2014 pp. 501 y ss.

Dalla Massara, T.: "Interruzione del termine di prescrizione e vizi del bene venduto", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, núm. 3, 2020, pp. 968 y ss.

Dalla Massara, T.: "La «maggior tutela» del consumatore: ovvero del coordinamento tra codice civile e codice del consumo dopo l'attuazione della direttiva 2011/83/UE", *Contratto* e *impresa*, núm. 3, 2016, pp. 743-778.

Dalla Massara, T.: "Modelli della vendita di tradizione romanistica e vendita internazionale", *Contratto* e *impresa. Europa*, núm. 2, 2012, pp. 848 y ss.

Damiani, E.: "Le tutele civilistiche per i contratti iniqui stipulati a causa della diffusione del coronavirus", *www.judicium.it*, 09 maggio 2020.

De Cristofaro, G.: *Difetto di conformità al contratto* e *diritti del consumatore: 'ordinamento italiano* e *la direttiva 99/44/CE sulla vendita* e *le garanzie dei beni di consumo*, Cedam, Padova, 2000.

Di Maio, A.: "Adempimento parziale e rapporti di lavoro", *Riv. trim. dir.* e *proc. civ.*, 1975, pp. 50 y ss.

Di Maio, A.: "Rimedi e dintorni", *Europa* e *Diritto Privato*, núm. 4, 2015, pp. 703 y ss.

Galgano, F.: "voce Vendita, (diritto privato)", *Enc. dir.*, vol. 46, Milano, 1993.

Giorgianni, M.: "voce Inadempimento (diritto vigente)", *Enc. dir.*, vol. 20, Milano, 1970.

Greco, P. y Cottino, G.: "Della vendita – Artt. 1470-1547", *Comm. Scialoja-Branca*, 2ª ed., Zanichelli, Bologna, 1981, pp. 227 y ss.

Iuliani, A.: "Note minime in tema di garanzia per i vizi nella vendita", *Europa e Diritto Privato*, núm. 2, 2020, pp. 671 y ss.

Leanza, C.: "Arte, diritto e responsabilità civile", *Resp. civ. prev.*, núm. 3, 2020, pp. 1023 y ss.

Lipari, N.: "Persona e mercato", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, núm. 3, 2010, pp. 735 y ss.

Llamas Pombo, E.: *La compraventa*, La Ley, Madrid, 2014.

Luminoso, A.: "Due pronunce contrastanti delle Sezioni Unite sulla natura della garanzia per vizi nella vendita (e sui riflessi in materia di onere della prova e di prescrizione)", nota a Cass., Sez. Un., 3 mayo 2019, n. 11748, *Resp. civ. prev.*, núm. 6, 2019, pp. 1860 y ss.

Luminoso, A.: *La compravendita*, Giappichelli, Torino, 2018.

Luminoso, A.: "La compravendita: realtà e prospettive", *Rivista del Notariato*, núm. 3, 2015, pp. 495 y ss.

Luminoso, A.: "Relazione introduttiva", en AA. VV.: *La compravendita: realtà e prospettive. Atti della Giornata di studio «La compravendita: realtà e prospettive». Terni, 29 maggio 2014* (coord. por L. Mezzasoma, V. Rizzo, y E. Llamas Pombo), E.S.I., Napoli, 2015.

Macioce, F.: *Risoluzione del contratto e imputabilità dell'inadempimento*, E.S.I., Napoli, 1988.

Mantovani, M.P.: *La vendita dei beni di consumo*, E.S.I., Napoli, 2009.

Mazzamuto, S.: *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2020.

Mengoni, L.: *Gli acquisti "a non domino"*, Giuffrè, Milano, 1975.

Mengoni, L.: "Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita", *Riv. dir. comm.,* núm. 1, 1953, pp. 1 y ss.

Mezzasoma, L.: "Consumatore e costituzione", *Rass. dir. civ.*, núm. 1, 2015, pp. 311 y ss.;

MEZZASOMA, L.: "Consumidor y Constitución", en AA. VV.: *Homenaje al Prof. Guillelmo Figallo Adrianzén*, Lima, 2017, p. 83 ss.;

MEZZASOMA, L.: "Disciplina del contrato, tutela del contratante más débil y valor constitucional", *Derecho privado y Constitución*, núm. 29, 2015, pp. 187 y ss.

MEZZASOMA, L.: "La protección del consumidor y del usuario en el ordenamiento italiano (la noción de consumidor y usuario)", *Revista Práctica Derecho de daños*, *La Ley*, núm. 116, 2013, pp. 8 y ss.

MIRRA, V.: "Cenni sui vizi occulti della vendita", *Giur. merito*, núm. 4, 2006, pp. 1062 y ss.

PALADINI, M.: *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 133.

PERLINGIERI, P.: "Attività e responsabilità", *Il diritto civile nella legalità costituzionale. Secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, núm. 4, 4° ed., E.S.I., Napoli, 2020.

PERLINGIERI, P.: "Conclusioni dei lavori", en AA. VV.: *La compravendita: realtà e prospettive. Atti della Giornata di studio «La compravendita: realtà e prospettive». Terni, 29 maggio 2014* (coord. por L. MEZZASOMA, V. RIZZO, y E. LLAMAS POMBO), E.S.I., Napoli, 2015.

PERLINGIERI, P.: "Fonti e interpretazione", *Il diritto civile nella legalità costituzionale. Secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, núm. 2, 4° ed., E.S.I., Napoli, 2020.

PERLINGIERI, P.: "Il diritto privato europeo tra riduzionismo economico e dignità della persona", *Eur. dir. priv.*, núm. 2, 2010, pp. 345 y ss.

PERLINGIERI P.: "Il giusto rimedio nel diritto civile", *Il giusto processo civile*, núm. 6, 2011, pp. 1 y ss.

PERLINGIERI P.: "La tutela del consumatore tra normative di settore e codice del consumo", en *Il diritto dei consumi tra realtà e prospettive* (coord. por G. CAVAZZONI, L. DI NELLA, L. MEZZASOMA y V. RIZZO), E.S.I., Napoli, 2008, pp. 11 y ss.

PERLINGIERI, P.: "Situazioni soggettive", *Il diritto civile nella legalità costituzionale. Secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, núm. 3, 4° ed., E.S.I., Napoli, 2020.

PIRAINO, F.: "La garanzia nella vendita: durata e fatti costitutivi delle azioni edilizie", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, núm. 3, 2020, pp. 1116 y ss.

PLAIA, A.: "Profili evolutivi della tutela contrattuale", *Europa* e *Diritto Privato*, núm. 1, 2018, pp. 69 y ss.

RUBINO, D.: "La compravendita", en AA. VV.: *Trattato di dir. civ.* e *comm.* (dirigido por A. CICU y F. MESSINEO), vol. 23, Milano, rist. 1971, pp. 825 y ss.

SCOGNAMIGLIO, R.: "Contratti in generale", en *Tratt. dir. civ.* (dirigido por G. GROSSO y G. SANTORO PASSARELLI), 3° ed., vol. 4, tomo 2, Milano, 1972, pp. 271 y ss.

SICCHIERO, G.: "La risoluzione per inadempimento – Artt. 1453-1459", en *Comm. cod. civ.* (dirigido por P. SCHLESINGER y F.D. BUSNELLI), Milano, 2007, pp. 160 y ss.

VERDERA SERVER, R.: *Inadempimento e risoluzione del contratto*, Padova, 1994.

VISINTINI, G.: "Inadempimento e mora del debitore – Artt. 1218-1222", en *Comm. cod. civ.* (dirigido por P. SCHLESINGER y F.D. BUSNELLI), 2ª ed., Milano, 2006, pp. 1 y ss.

HACIA UN MODELO MULTIDIMENSIONAL EN LA TEORÍA DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS

TOWARDS A MULTIDIMENSIONAL MODEL IN THE THEORY OF CONTRACT LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1842-1853

Alexander
KIRPICHEV

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: En el presente trabajo su autor estudia tema de tipologia de contratos en espritu de diversidad juridica y con la metodologia de comparacion de doctrinas juridicas nacionales. En las últimas décadas, la división lineal tradicional del derecho de los tratados, "parte común y tipos separados", ha demostrado ser incompatible con el orden jurídico existente. El nuevo modelo multidimensional permite tener en cuenta las características de los contratos entre empresas, los contratos de consumo, los contratos del sector público y los relacionados con determinadas actividades económicas profesionales. En el futuro, la relación con los grupos de empresas también será una dimensión especial del sistema de tipos de contratos.

PALABRAS CLAVE: Contrato; obligación; tipología; derecho comparado; tipos de contratos; b2b; b2c; c2c; b2g.

ABSTRACT: *In the present work, the author studies the topic of contract typology in the spirit of legal diversity and with the methodology of comparison of national legal doctrines. In recent decades, the traditional linear model of contract law: "common provisions and rules on specific types", has proven to be incompatible with the existing legal order. The new multidimensional model allows taking into account the characteristics of contracts between businesses, consumer contracts, public sector contracts and those related to certain professional economic activities. In the future, the relationship with groups of companies will also be a special dimension of the contract type system.*

KEY WORDS: *Contract; obligation; typology; comparative law; types of contracts; b2b; b2c; c2c; b2g.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL MODELO TRADICIONAL DEL SISTEMA DE CONTRATOS.- III. BUSCANDO UN CRITERIO PARA LA TIPOLOGÍA DE CONTRATOS.- IV. LA DIVISIÓN DE CONTRATOS POR B2B, B2C, C2C COMO EL PRIMER PASO DEL MODELO TRADICIONAL.- V. UN LUGAR PARA B2G.- VI. PERSPECTIVAS DE NUEVAS DIMENSIONES EN EL DERECHO CONTRACTUAL.

I. INTRODUCCIÓN.

La tradición del derecho continental, a diferencia del derecho inglés o americano, conoce la división de los contratos en un sistema de tipos definidos. Para determinar las reglas aplicables a la relación contractual, un jurista de Europa continental o de América Latina selecciona las disposiciones generales sobre las obligaciones contractuales y los artículos del Código Civil (o de un otro Código privado) sobre un tipo de contrato concreto. Desde este punto de vista, el sistema de contratos y sus tipicidades (en sentido de alemán *der Typenzwang*) simplifica la determinación de derechos u obligaciones de los partes contractual en un enfoque pragmático.

En esta investigación, partamos del espíritu de la diversidad jurídica, por lo que estamos tratando de construir una cadena de razonamiento basada no en una, sino en varias teorías y escuelas jurídicas. Si la conclusión conviene con los discursos basados en diferentes premisas teóricas, entonces es más probable y verosímil. Además, la variedad de teorías se deriva de la naturaleza de nuestra ciencia, que el profesor alemán Rudolf von Ihering señaló con tanta precisión que nosotros "construimos construcciones legales"[1], es decir, disposiciones teóricas que no contradicen el derecho positivo, pero que al mismo tiempo nos permiten sacar conclusiones sobre cuestiones desconocidas en la letra de la ley.

Por lo tanto, nuestros códigos de derecho privado se pueden comparar de muchas formas con los catálogos de contratos. Las entidades privadas autónomas o equiparadas, los Estados, las autoridades, la iglesia o entidades de *the third sector* eligen el tipo de contrato más adecuado para lograr sus resultados. La inmensidad de los objetivos, sin embargo, entra en conflicto (se puede llamar una contradicción dialéctica) con la elección limitada de los medios.

1 Jhering, R. v.: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1858, S. 384-413.

• Alexander Kirpichev
D.Sci.Jus (Doktor Nauk en Ciencias Legales),
Jefe del Departamento de Derecho Económico y Corporativo,
Universidad estatal de justicia, Rusia
aek@rsuj.ru

Los objetivos de las entidades privadas son, en primer lugar, económicos determinados por sus necesidades, pero las necesidades son por su naturaleza ilimitadas, no es posible prever todas las necesidades posibles, ya que de lo contrario, su satisfacción sería posible y una persona podría quedarse sin necesidades por su satisfacción y no a través de la austeridad.

II. EL MODELO TRADICIONAL DEL SISTEMA DE CONTRATOS.

El problema de nuestro tiempo, como escribe el científico italiano Enrico Gabrielli, es que las disposiciones generales del contrato ya no pueden apropiarse como algo único, ya que se ha abierto una brecha entre los contratos privados y los empresariales, entre los contratos entre empresas y consumidores, entre los contratos nacionales e internacionales, etc...[2] La relación lineal entre las disposiciones generales sobre un contrato y las disposiciones especiales sobre determinados\ciertos tipos de contratos, que se puede leer en el artículo 1323 del Código Civil Italiano, no satisface ahora al derecho positivo y responde tan poco hoy a la fragmentación de la figura del contrato y a la aparente centrífuga de los distintos tipos de contratos. E. Gabrielli, al plantear la cuestión de la no linealidad del sistema de contratos, se refere a la obra por De Nova de 1988[3]. Resulta que la formulación de la pregunta que el modelo tradicional se ha agotado tiene más de 30 años de historia.

La incoherencia del sistema de contratos también se observó en la literatura teórica soviética. Así, el profesor Sadikov dedicó varios trabajos a los criterios de tal sistema, permitiendo separar un contrato de otro[4]. Esto se debió en gran parte a la aparición de una regulación especial de tipos contractuales para satisfacer las necesidades diarias de las personas físicas.

Incluso en un sistema donde no hay un "catálogo de contratos", en Inglaterra, el profesor Hugh Collins señala que hay un fenómeno de desintegración productiva del derecho contractual[5].

El ejemplo más obvio de la imperfección del sistema tradicional "lineal" o "bidimensional" es la aparición de nuevos tipos de contratos, incluidos los mixtos y los innominados.. A. Rosbocsh entre los contratos modernos que desafían los tipos tradicionales menciona variedades de contratos de arrendamiento,

2 Gabrielli, E.: "Causa, tipo y teoría del contrato", *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*, 2013, núm. 11, pp. 5-34.

3 De Nova, G.: "Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti", *Contratto e impresa*, 1988, num. 1, pp. 327-334.

4 Sadikov, O.N.: "Nekotorye polozheniya teorii sovetskogo grazhdanskogo prava", *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, 1966, num. 9, pp. 15-24.

5 Collins, H.: Regulating contracts, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 53-55.

factoring, ingeniería, catering y contratos de "know-how". Además plantea el problema del tipo de contrato a un problema del tipo en derecho. El derecho privado se caracteriza por el principio de tipicidad. En particular, se tipifican los derechos de los bienes forales y los acuerdos familiares. Al mismo tiempo, el alcance de los derechos de los bienes forales fue estimulado para ir más allá de los límites tradicionales acorde con "derecho romano" del contrato de "time sharing" o tiempo compartido (it. il contratto di multiproprietà)[6]. Es decir, en primer lugar, estamos hablando del hecho de que el principio de numerus clausus fue reemplazado por el principio de tipicidad. Creemos que se puede formular como una presunción de que un fenómeno de derecho privado pertenece a los tipos nombrados en el derecho positivo, si no se demuestra su atípicidad, su innominado. En segundo lugar, estamos hablando de préstamos del derecho anglosajón. Se puede discutir y especular mucho sobre las razones de esto, pero en general, es apropiado recordar a profesor M. van Hoecke[7] que para el derecho es más fácil de tomar prestado algo nuevo de otro otro orden legal, es más fácil que introducir directamente novedades económicas en la ley.

III. BUSCANDO UN CRITERIO PARA LA TIPOLOGÍA DE CONTRATOS.

R. Lorenzetti sostiene que para la teoría jurídica, el tipo de contrato es un modelo que el legislador propone para uso de las partes, también define el tipo de contrato como una forma de programar una relación jurídica que sustenta aquellas conexiones que le corresponden y a lo que da consecuencias legales. Al mismo tiempo, el mismo autor sostiene que en la actualidad, en lugar de sustentar la realidad económica, la tipología de contratos se ha convertido en un obstáculo[8]. En teoría, existen diferentes enfoques sobre la esencia de la tipología de contratos. Para sistematizarlos, es conveniente usar la división de las teorías del derecho externo e interno. Las teorías internas del derecho están representadas principalmente en el sistema jurídico continental, mientras que las externas, como law and economy (el derecho y la economía), están representadas en el sistema anglosajón.

Desde el punto de vista de la teoría interna, el criterio debe referirse a un conjunto relativamente cerrado de categorías jurídicas acumuladas por la tradición del derecho occidental durante dos milenios. Al mismo tiempo, es bastante predecible que el derecho positivo, incluidos los códigos de derecho privado, acumule una variedad de tipos de contratos no según claras dicotomías escolásticas, sino como resultado de decisiones históricas no siempre claras del legislador.

6 Rosboch, A.: "Prassi e tipo nel diritto dei contratti", *Rivista critica del diritto privato*, 2001, num. 1, pp. 283-293.

7 Van Hoecke, M.: *Law as communication*, Bloomsbury Publishing, 2002, pp. 46-56.

8 Lorenzetti, R.L.: *Tratado de los contratos*, Tomo I, Rubinzal-Calzoni, Buenos Aires, 1999., pp. 15-16.

La ciencia jurídica, a su vez, se ve obligada a repensar esta variedad de tipos, aplicándoles la lógica aristotélica y reconstruyendo un diseño que nunca existió en la realidad. El profesor ruso Y. Romanets menciona que no existe un criterio único para la sistematización de los contratos en la ley[9]. Su colega V. Kulakov señala que, sin embargo, la base de la sistematización es la causa, determinada por el número límite de acciones con el número límite de objetos, por ejemplo, la transmisión de la propiedad, el uso temporal de la propiedad intelectual, etc[10]. Los autores de Europa occidental y America Latina escriben que la causa ya no puede pretender ser la única característica formadora del sistema y que es más bien una operaccion económica[11]. Nos parece que es más apropiado hablar de la modernización del concepto de causa que introducir un "objetivo económico" o una "operacion económica" . Nos gustaría advertir que bajo la palabra "económico" en la literatura jurídica a menudo se esconde todo lo poco claro, "misterioso" o, en una palabra, todo lo que los investigadores conocen solo a un nivel intuitivo, y no al nivel de la ciencia legal. Por tanto, la tipología jurídica tradicional de los contratos no recibe ningún apoyo significativo en la literatura económica. Sin embargo, incluso sin un análisis económico del derecho, se puede recurrir a teorías jurídicas "externas", por ejemplo, a la teoría del derecho como sistema autopoiético.

De hecho, según la observación correcta de N. Luman, la división de contratos en tipos es importante para el sistema legal, pero no para la economía como sistema socia[12]l. La economía es indiferente a la tipología de contratos. Si ustedes observan las obras de los economistas, incluso los ganadores del premio Nobel, de la teoría de los contratos, ustedes no verán los tipos de contratos que conocemos. Influido por las ideas económicas, el sistema legal anglosajón crítica el derecho continental por su amor por la tipificación y las definiciones aristotélicas de los tratados. En particular, tales críticas provienen en las obras de B. Kozolczyk[13].

Tenga en cuenta que axiológicamente, el valor de escribir contratos, integrarlos en un sistema es la previsibilidad. El problema de los términos implícitos (implied terms) juega aquí un papel especial. Los investigadores italianos asocian acertadamente este problema con la tipología de los contratos, porque para identificar la condición implícita, es necesario determinar el tipo de contrato, las condiciones implícitas están directamente relacionadas con las características y sólo en casos raros pueden ser comunes. No obstante, el término "principios

9 Romanets, Yu.V.: *Sistema dogovorov v grazhdanskom prave Rossii*. Moscu, Norma, 2006. p. 64

10 Kulakov, V.: *Obyazatel'stvennoe pravo*, LitRes, 2019, pp. 12-13

11 Gabrielli, E.: "Causa en concreto y operación económica", *Doctrina y jurisprudencia de derecho civil*, 2015, num. 3, pp. 107-118.

12 Luhman, N.: *Law as a social system*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 346.

13 Kozolchyk, B.: *Comparative Commercial Contracts: law, culture and economic development*, West Academic, 2018, pp. 59-60.

transtípicos", que se utiliza en la literatura italiana[14], es muy indicativo y abarca varios tipos de contratos. De los escritos del famoso civilista ruso y estadounidense O. Ioffe, se puede concluir que cada tipo contractual tiene su propio "método" o, en otras palabras, un conjunto de principio[15]s. Los principios transtípicos aparecen tanto por la aparición de tipos nuevos, pero cercanos a los conocidos, como por los procesos que tienen lugar en el sistema de contratos. En cualquier sistema, el número de relaciones entre elementos individuales crece con el tiempo. Esto se aplica a los sistemas biológicos, sociales y aparentemente legales.

Al discutir el legado del principio Typenzwang en el derecho contractual alemán, D. Dietrich escribe que la interpretación teleológica ayuda[16] a encontrar normas adecuadas sobre tipos similares, pero también es valioso poder aplicar disposiciones generales sobre contratos a tipos nuevos y previamente desconocidos.

Sin embargo, de las declaraciones de Enrico Gabrielli y Hugh Collins se desprende que la parte general también está sujeta a diferenciación. Es decir, la cuestión no es solo la aparición de nuevas especies, sino también que hay una especialización de las disposiciones generales. Por ejemplo, hace 50-70 años, la legislación de muchos países regulaba la compra y venta al por menor, y hoy sus características se han convertido en principios y reglas transtípicos que cubren cualquier contrato con la participación de los consumidores. De manera similar, a partir de los contratos públicos, hemos llegado a una variedad de contratos con la participación de las autoridades públicas, tanto atípicas (concesiones) como típicas, por ejemplo, la construcción para necesidades públicas o el arrendamiento de propiedad pública.

IV. LA DIVISIÓN DE CONTRATOS POR B2B, B2C, C2C COMO EL PRIMER PASO DEL MODELO TRADICIONAL.

Esta tendencia puede significar tanto la diferenciación de reglas generales sobre contratos, y viceversa, la generalización de reglas y principios sobre tipos individuales, es decir, la aparición de reglas generales sobre los contratos de consumo puede considerarse como una especialización de las reglas generales preexistentes, y viceversa, la generalización o más bien la transtipificación de las reglas creadas para el primer contrato de consumo: compra y venta minorista

Así pues, se ha pasado de un modelo bidimensional a uno multidimensional de derecho contractual, que también puede utilizarse en la práctica como base de un

14 Roboch, A.: cit.

15 Ioffe, O.S.: "Strukturnye podrazdeleniya sistemy prava (na materialakh grazhdanskogo prava)", *Uchenye zapiski VNIISZ*, 1968, Num. 14, pp. 45-60.

16 Dietrich, D.:"Entwicklung und rechtliche Behandlung moderner Vertragstypen im Zivilrecht", *Jura*, 2011, num.11 pp. 803-810.

algoritmo que permite a los jueces y asesores jurídicos determinar los derechos y obligaciones de las partes de un contrato de la forma más completa posible. Por el contrario, la omisión de este modelo multidimensional puede dar lugar a una interpretación errónea de un contrato.

La división de los contratos B2B (business-to-business), B2C (business-to-consumer) y C2C (consumer-to-consumer) caracteriza muchas codificaciones recientes oficiales (por ejemplo Código Civil de la República Checa) y no oficiales (DCFR) de derecho privado. Unas excepciones son el nuevo Código civil y comercial de la Nación (Argentina) y el nuevo Código Civil de China, para los cuales el concepto de igualdad formal es el elemento más importante de sus ideologías. Desde el punto de vista de teoría de juegos un business es un 'homo economicus' y un 'consumer' o consumidor es un 'homo moralis'. Por eso la distinción jurídica refleja una diferencia de conducta económica.

Los contratos B2C son contratos entre empresas y consumidores, es decir, entre profesionales y no profesionales de la economía y dos otros tipos son sobre profesionalismo igual. Esta división nos remite a la idea del dualismo del Derecho privado, que es un legado histórico y forma parte de la cultura jurídica de muchos países. Pero es una gran pregunta ¿Son los contratos B2B sinónimos de los actos comerciales? Al mismo tiempo, la aparición de las relaciones B2C vino acompañada de grandes debates teóricos, ya que el concepto de consumidor difiere en las distintas áreas del derecho. ¿Pueden tratarse los contratos B2C como tipos de contratos distintos? La tradición de la Europa continental, basada en la separación de los tipos de contratos por razones históricas, especialmente su causa, ha creado un sistema de contratos, en el que un determinado contrato debe tratarse siempre como nombrado, no nombrado o mixto. La mezcla puede ser de unos fenómenos homogéneos. Por ejemplo el contrato del alquiler y el contrato de la compraventa son dos tipos de contrato distintos, pero si las condiciones de alquiler y compraventa están contenidas en un solo acuerdo, ya es un contrato mixto. La venta al consumo o al por menor es un tipo de contrato, un subtipo dentro de un tipo de contrato. Pero, ¿qué ocurre con las normas que combinan la venta de bienes al consumidor, la realización de trabajos para el consumidor y la prestación de servicios al consumidor? Nuestro trabajo propone que la aparición de contratos B2B, B2C, C2C se entienda como una complicación del sistema por la aparición no de nuevos tipos, sino de una nueva dimensión en función de la cual se evalúa el contrato.

V. UN LUGAR PARA B2G.

Entre las relaciones contractuales, una gran proporción está ocupada por una variedad de contratos entre el estado y las empresas: compras gubernamentales,

contratos de concesión, privatización como compra y venta, y otros. La mera consideración de estas relaciones en una obra sobre derecho privado puede suscitar dudas entre muchos lectores de países cuyo ordenamiento jurídico sigue la tradición romana de excluir tales tratados del ámbito de regulación de los Códigos Civiles y otros actos en el campo del derecho privado.

En cuanto a los contratos entre los actores del sector público de la economía y empresarios, observamos que aquí una de las manifestaciones de diferenciación consiste en la no aplicación de las disposiciones del derecho privado sobre los contratos. Pero esto no es común en todos los ordenamientos jurídicos. El investigador alemán Bitterich muestra claramente lo productivo que es aplicar los principios del derecho privado a la ejecución de contratos públicos[17]. No podemos dejar de notar que en la historia de Rusia durante más de 300 años, las reglas especiales sobre la contratación pública se han complementado con disposiciones generales de derecho civil.

En la actualidad, la legislación especial sobre contratación pública regula los mismos tipos de relaciones que los códigos civiles y comerciales: compraventa, ejecución de obra, alquiler. De hecho, no estamos hablando de otras relaciones, sino de la complicación de los tradicionales con elemento público: interés público de alta intensidad.

En cualquier caso, la especificidad de las relaciones contractuales entre las empresas y el estado está fuera de toda duda, para tales relaciones se utiliza un término especial B2G. Al mismo tiempo, los estados y municipios modernos a menudo participan en transacciones económicas no directamente, sino a través de entidades legales creadas o controladas por ellos. Juntos forman el sector público de la economía. Por tanto, parece ser la regulación más adecuada y avanzada de todos los contratos del sector público por legislación unificada, como se hace en España. Es importante que los contratos entre los sectores público y privado no nieguen la tipología tradicional de los contratos: el arrendamiento de inmuebles estatales sigue siendo el arrendamiento de inmuebles, la compra y venta para necesidades públicas sigue siendo la compra y venta. Otra cuestión es que la tradición de singularizar en los países ibéricos una serie de contratos del sector público como públicos, administrativos, plantea la cuestión de si es posible aplicarles directamente las disposiciones del Código Civil sobre arrendamiento y compraventa respercamiente.

Entonces, la asignación de contratos del sector público es independiente del modelo lineal tradicional. Al mismo tiempo, parece que gradualmente irán

17 Bitterich, K.: *Vergabeverfahren und Buergerliches Recht*. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2013, pp. 47-49.

surgiendo las particularidades de las relaciones contractuales entre el sector privado, público y el llamado tercer sector.

¿Es posible combinar el reconocimiento de los detalles de dichos contratos con la división de las relaciones contractuales en B2B, B2C y C2C? Esto es especialmente cierto si las partes deciden referirse a DCFR en su acuerdo, porque sus disposiciones contienen muy a menudo una división en B2B, B2C y C2C. Esto también es importante para el ordenamiento jurídico ruso, ya que, por ejemplo, las disposiciones del art. 310 del Código Civil de Rusia de 1994 contiene tres reglamentos diferentes sobre los motivos de la exención unilateral de una obligación, según se aplique a B2B, B2C y C2C.

Recordemos que la división de contratos en B2B, B2C y C2C se lleva a cabo sobre la base de la conexión con la actividad económica profesional: los profesionales de la economía necesitan reglas diferentes (a menudo desregulación) que los consumidores. Desde este punto de vista, nos parece que tanto las empresas privadas como las administraciones públicas, e incluso públicas, operan en la economía de forma profesional. Tienen funciones económicas que no son episódicas, aseguran su cumplimiento contratando personal calificado, es decir, profesional.

Asimismo, los contratos privados o mixtos del sector público con el sector privado añaden otra dimensión. Sin embargo, históricamente, muchos ordenamientos jurídicos modernos avanzan hacia el reconocimiento del contrato público como institución de derecho privado. Pero un contrato puede ser tanto un contrato B2B, de rendimiento, como un contrato entre el sector público y el sector privado. Prever las necesidades de los sectores privado, público y el sector tercero es un criterio que crea otra dimensión del derecho contractual.

Así, según el criterio de conexión con la administración pública, este grupo de contratos es un subtipo de contratos en los que ambas partes desarrollan actividades económicas profesionales.

VI. PERSPECTIVAS DE NUEVAS DIMENSIONES EN EL DERECHO CONTRACTUAL.

El modelo que proponemos es abierto, parte del supuesto de que el número de factores que influyen en la especificidad de la causalidad de un acuerdo particular se expandirá constantemente. Es oportuno hablar no solo de un modelo tridimensional en lugar del lineal tradicional, sino de un modelo multidimensional, donde el número de dimensiones estará continuamente determinado por la complicación de las relaciones jurídicas privadas y la voluntad del legislador. Para

dejar el número de dimensiones abierto a una variable, es necesario identificar el rango potencial de factores que pueden crear nuevas dimensiones. Aquí nos vemos obligados a volver a la división de la economía en sectores y la relación del contrato con la actividad económica.

La institucionalización de ciertos tipos de actividad económica conduce al surgimiento de nuevos sectores de la economía: banca, turismo, bienes raíces etc.

Así, un mismo contrato puede tener una regulación diferente en función del tipo concreto de actividad económica profesional que realicen sus partes. El profesor H. Collins ha llamado a esto, con razón, el camino de la "desintegración productiva del derecho contractual", pero la conclusión de este artículo es que esta es también otra dimensión del derecho contractual.

Otro nivel de diferenciación está relacionado con el tipo de actividad a la que está vinculado el contrato. Si le prestó a un amigo, este es un contrato C2C con unas reglas específicas. Si una empresa presta a otra, en muchos países se trata de un un contrato B2B con las mismas reglas. Si el banco presta a la empresa, esto ya está sujeto a la regulación de la legislación bancaria. A menudo, incluso la legislación pública. Si el banco presta al consumidor, entonces la gama de normas y reglas aplicables cambia aún más.

Las posibles nuevas dimensiones son la especificidad del objeto del contrato y la presencia de afiliación entre las partes, su pertenencia al mismo holding o a un "grupo de empresas" (a group of companies). Dichos contratos se caracterizan por condiciones especiales de responsabilidad contractual: el daño a todo el grupo por la aplicación de medidas de responsabilidad no debe complementar el daño causado por la violación del contrato.

Por tanto, el tipo de actividad es otra dimensión que debe tenerse en cuenta. El sistema no solo es no lineal, como escribió Enrico Gabrielli, sino que ya ni siquiera es tridimensional. Pero tales cuestiones como la protección del consumidor, contratación pública y el tratamiento especial de actividades económicas están remodelando fundamentalmente el derecho contractual moderno. No es suficiente saber el tipo de un contrato, pero debemos saber el tipo de actividad económica de cada parte, su nivel de profesionalismo y un tipo de propiedad.

El modelo que proponemos no solo refleja las tendencias de las últimas décadas que han abarcado muchos sistemas jurídicos. Este modelo le da al abogado un algoritmo : cómo determinar toda la gama de normas aplicables a un contrato en particular.

BIBLIOGRAFÍA

Bitterich, K.: *Vergabeverfahren und Buergerliches Recht*. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2013.

Collins, H.: *Regulating contracts*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

De Nova, G.: "Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti", *Contratto e impresa*, 1988, num. 1, pp. 327-334.

Dietrich, D.:"Entwicklung und rechtliche Behandlung moderner Vertragstypen im Zivilrecht", *Jura*, 2011, num.11 pp. 803-810.

Gabrielli, E.:*"Causa en concreto y operación económica"*, *Doctrina y jurisprudencia de derecho civil*, 2015, num. 3, pp. 107-118.

Ioffe, O.S.: "Strukturnye podrazdeleniya sistemy prava (na materialakh grazhdanskogo prava)", *Uchenye zapiski VNIISZ*, 1968, Num. 14, pp. 45-60.

Jhering, R. v.: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1858

Kulakov, V.: *Obyazatel'stvennoe pravo*, LitRes, 2019, pp. 12-13.

Lorenzetti, R.L.: *Tratado de los contratos*, Tomo I, Rubinzal-Calzoni, Buenos Aires, 1999.

Luhman, N.: *Law as a social system*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

Romanets, Yu.V.: *Sistema dogovorov v grazhdanskom prave Rossii*, Moscu, Norma, 2006.

Rosboch, A.: "Prassi e tipo nel diritto dei contratti", *Rivista critica del diritto privato*, 2001, num. 1, pp. 283-293.

Sadikov, O.N.: "Nekotorye polozheniya teorii sovetskogo grazhdanskogo prava", *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, 1966, num. 9, pp. 15-24.

Van Hoecke, M.: *Law as communication*, Bloomsbury Publishing, 2002.

LA LEY DEL CONTRATO Y LOS ÁRBITROS DE EQUIDAD EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

THE LAW OF CONTRACT AND THE ARBITRATORS OF EQUITY IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1854-1869

Trabajo patrocinado por la Dra. en Derecho María Agnes Salah, profesora de Derecho Privado de la Universidad de Chile.

Victoria DEMARCHI y Cristóbal VERGARA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: El presente trabajo analiza las tendencias doctrinarias y jurisprudenciales en torno al trabajo que realizan los árbitros de equidad en el arbitraje comercial internacional. En específico, esta ponencia se refiere a la posición de estos árbitros frente al contrato que da origen al conflicto entre las partes. Luego del análisis casuístico se concluye que en general los árbitros de equidad respetan el contrato como límite a su labor de adjudicación.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje Comercial Internacional; árbitros de equidad; árbitros arbitradores; pacta sunt servanda.

ABSTRACT: *This paper analyzes the doctrinal and jurisprudential trends around the work carried out by equity arbitrators in international commercial arbitration. Specifically, this presentation refers to the position of these arbitrators regarding the contract that gives rise to the conflict between the parties. After the casuistic analysis, it is concluded that, in general, the equity arbitrators respect the contract as a limit to their adjudication work.*

KEY WORDS: *International Commercial Arbitration; equity arbitrators; pacta sunt servanda.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.- II. LOS ÁRBITROS DE EQUIDAD. - III. EL PRINCIPIO PACTA SUNT SERVANDA.- IV. ANÁLISIS DE CASOS.- 1. Casos de interpretación o integración del contrato.- A) Casos de interpretación.- B) Casos de integración.- 2. El Tribunal Arbitral anula una cláusula por no existir voluntad o ser contraria al Orden Público.- 3. Tribunal Arbitral realiza una interpretación contra ley.- 4. Tribunal Arbitral re-escribe el contrato.- V. CONCLUSIÓN.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Actualmente, en Arbitraje Comercial Internacional ("ACI"), según datos de la Cámara de Comercio Internacional ("CCI"), entre un 2 y 3% de los casos se resuelve por un árbitro con facultades de arbitrador, llamados ex aquo et bono o amiable compositeur[1].

Frente a esta realidad surge la pregunta -y la preocupación de algunos- sobre el proceso de adjudicación de este tipo de árbitros en consideración a su facultad de desatender normas del derecho aplicable y el contrato que da origen a la controversia. En efecto, no es cuestionado que los árbitros arbitradores pueden decidir no aplicar el derecho aplicable a la disputa so pretexto de fallar conforme a equidad, pero la doctrina y la jurisprudencia no están igual de contestes en relación a si puede ocurrir lo mismo con el contrato que vincula a las partes y da origen al conflicto.

Dicha controversia deriva del status de que goza la institución del contrato en los sistemas de derecho privado a lo largo del globo. En efecto, es un principio conmunmente aceptado en la mayoría de los sistemas jurídicos que los contratos deben ser respetados por las partes que libremente lo celebraron, cuya expresión es el pacta sunt servanda. Como derivación de lo anterior, se tiene que el contrato igualmente tiene que ser respetado por el juez que conoce de la disputa.

Así pues, esta ponencia busca determinar desde un punto de vista práctico la actitud de los árbitros arbitradores frente al contrato, si respetan los principios del pacta sunt servanda y de intangibilidad de los mismos.

Con el objeto de atender esta interrogante el presente trabajo se estructura de la siguiente manera. La sección II se hace cargo de explicar lo que tradicionalmente

1 Born, G: *Arbitraje Comercial Internacional (Tercera Edición)*, Kluwer Law International, 2021, p. 2.987.

• Victoria Demarchi Salinas
Profesora de Derecho Civil, Universidad de Chile

• Cristóbal Vergara González
Ayudante de Derecho Civil, Universidad de Chile

se ha entendido como árbitro de equidad, cuándo y cómo procede su nombramiento, y cuáles son los límites de su labor. La sección III se refiere al principio del pacta sunt servanda, y cómo, según la doctrina internacional, éste ha sido tratado por los árbitros arbitradores. La sección IV contiene un análisis de casos fallados por árbitros de equidad y la forma en que abordan el contrato como límite a su labor de adjudicación. Finalmente, la sección V contiene las principales conclusiones del presente trabajo.

Luego del análisis descrito, se llega a las siguientes conclusiones: los temores manifestados por los agentes del arbitraje comercial internacional en relación a la desatención de la letra del contrato por parte de los árbitros de equidad es injustificada.

En efecto, la gran mayoría de los casos muestra que los árbitros sí respetan la voluntad de las partes expresada en contratos libremente negociados.

Sin embargo, el temor se expresa porque en varias oportunidades los árbitros anuncian que desatenderán el contrato, pero en lo hechos ello no ocurre, según fue demostrado en la sección anterior.

II. LOS ÁRBITROS DE EQUIDAD

Como se comentaba antes, cerca del 3% de los casos en arbitraje comercial internacional es conocido por árbitros de equidad. Es importante entender que sus facultades se aplican al mérito de la disputa, en vez de aplicar una legislación nacional o internacional, y siempre que las partes expresamente lo hayan acordado, ya sea en el contrato que originó la disputa, o al inicio del arbitraje.

En este sentido, la Ley Modelo UNCITRAL de Arbitraje Comercial Internacional, que ha sido recogida casi de forma unánime y uniforme por el mundo occidental, reconoce que las partes pueden autorizar al tribunal arbitral a fallar en equidad. En efecto, el artículo 24 Nº 3 en su versión modificada el año 2006 establece que "El tribunal arbitral decidirá ex aequo et bono o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así".

Ahora bien, muchos autores critican el arbitraje de equidad porque a su juicio, éste sería incierto, impredecible y el árbitro tendría una excesiva discresión que puede llevar al abuso de sus poderes. Dicha incertidumbre se relaciona con la aparente imprecisión que existe en torno al concepto, facultades y límites que tienen los árbitros de equidad.

Como se mencionó, los árbitros de equidad son también conocidos como árbitros ex aquo et bono y amiable compositeur. Al respecto, se discute si estos términos son distintos o intercambiables.

Según Gary Born, los amigables componedores están obligados primero a llegar a un resultado conforme a la ley, y luego ajustar ese resultado a la luz de consideraciones de equidad, pero solo si es necesario. En tanto, el árbitro que actúa como ex aequo et bono debe fallar en base a consideraciones de equidad y justicia además de, o sin tener que referirse a, las normas legales[2].

Como esta ponencia no se refiere a esta discusión, para efectos de la misma, y siguiendo a la doctrina mayoritaria y contemporánea, se tratará ambos términos como intercambiables.

En efecto, más allá de las diferencias que existen entre estos dos conceptos, las distintas definiciones consideran como elemento común que estos árbitros no están obligados a decidir la disputa entre las partes con una aplicación estricta de las normas legales definidas según el derecho de fondo aplicable a la disputa, sino que en base a las nociones generales de equidad, igualdad y justicia[3].

Por tanto, una decisión arbitral de un árbitro de equidad es una decisión sobre lo que es justo y equitativo en el caso concreto, sin considerar alguna provisión legal abstracta.

Teniendo claro entonces a qué se hace referencia cuando se habla de árbitros de equidad, resulta útil referirse a los límites que tradicionalmente se ha entendido que tienen este tipo de árbitros.

La doctrina y la jurisprudencia es relativamente pacífica en cuanto que los árbitros de equidad pueden desatender una norma legal expresa de la ley aplicable, so pretexto de encontrar una solución justa y equitativa para el caso particular[4].

III. EL PRINCIPIO PACTA SUNT SERVANDA

La discusión más interesante se da a propósito del contrato en tanto acuerdo libre y espontáneo de las partes como límite a la adjudicación del árbitro arbitrador.

Al respecto, es necesario partir el análisis con la existencia del artículo 28 Nº 4 de la Ley Modelo UNCITRAL que señala "En todos los casos, el tribunal arbitral

2 Born, G: "Arbitraje Comercial", cit., p. 2.988.

3 Born, G: "Arbitraje Comercial", cit., p. 2.988.

4 Gaillard, E. y Savage, J: *Fouchard Gallaird Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 837.

decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso".

Conforme al principio pacta sunt servanda, las disposiciones establecidas en el contrato tienen fuerza de ley entre las partes. Así, esta locución latina significa "lo pactado obliga", por lo que las partes deben cumplir fielmente las reglas establecidas en el contrato. Al respecto, y no obstante que este principio debiese ser generalmente aplicado, surge la interrogante si es que los árbitros de equidad pueden disponer de éste en virtud de sus facultades de fallar en equidad.

Al respecto, autores como Gaillard sostienen que, dentro de las facultades con las que cuentan estos árbitros para fallar en equidad, igualdad y justicia, se incluiría la de decidir en contravención a una norma contractual expresa. Es decir, que el árbitro de equidad estaría facultado para resolver un conflicto adoptando una decisión en base a la justicia y la equidad, sin importar que ello implique fallar en contra de una disposición establecida en el contrato. Gaillard justifica su opinión sosteniendo que el fundamento de la obligatoriedad del contrato se encuentra en la ley nacional que no obliga al árbitro en equidad[5].

Por otro lado, hay quienes afirman que un árbitro ex aequo et bono debe estar siempre vinculado por el contrato[6]. Por lo tanto, las consideraciones de justicia que pueden llevar al árbitro a apartarse de una aplicación estricta de la ley a un caso determinado, no serían válidas cuando las mismas no se encuentran previstas en el contrato celebrado por las partes. De esta forma, el árbitro de equidad no estaría facultado para crear nuevos derechos u obligaciones, ni desconocer una obligación existente emanada de un contrato.

En tercer lugar, existe una posición intermedia adoptada por parte importante de la doctrina, liderada por Born y que ha sido recogida también en diferentes decisiones arbitrales. Esta postura reconoce que los árbitros de equidad podrían apartarse de los términos del contrato celebrado por las partes en la medida que se alcance un resultado justo y equitativo, a través de un proceso interpretativo que respete la estructura o términos elementales del contrato[7].

Resulta evidente que la pregunta que subyace a esta discusión en particular es si es "justo y bueno" respetar la letra del contrato donde se ha expresado la voluntad libre y espontánea de las partes. Esta pregunta ya ha sido en extenso discutida en la historia de los sistemas legales. No es el objetivo de esta ponencia revivirla acá. Sólo baste decir que el contrato obliga por razones económicas,

5 Gaillard, E. y Savage, J: "Fouchard Gallaird", cit., p. 840.

6 Born, G: "Arbitraje Comercial", cit., pp. 2.992-2.993.

7 Born, G: "Arbitraje Comercial", cit., p. 2.993.

éticas y de justicia. No hay, y no debe existir discusión sobre su obligatoriedad, si se quiere mantener vigente el sistema de derecho privado como se le conoce.

Tan evidente es que el contrato obliga, y que debe obligar, que el principio "pacta sunt servanda" es considerado orden público internacional[8]. Ello quiere decir que un árbitro, cualquiera sea su calidad, debe respetar el principio pacta sunt servanda si pretende que su laudo sea ejecutable y no anulable en cualquier sede arbitral.

IV. ANÁLISIS DE CASOS.

En la presente ponencia se analizará la discusión concerniente a si los árbitros de equidad en el arbitraje comercial internacional pueden, bajo la intención de alcanzar la solución justa y equitativa para el caso en particular, decidir en contravención a una regulación expresa del contrato acordado por las partes. En otras palabras, si pueden fallar en contra de la ley del contrato.

En la mayoría de los casos analizados para este trabajo, el árbitro de equidad manifiesta su respeto irrestricto por los términos del contrato. Ello ocurre en los casos CCI número 9669, 12772, 3755, 2694, 1976, y en el caso Liberty Reinsurance Canadá v. QBE Insurance and Reinsurance.

Al respecto, en un caso el árbitro decidió aplicar los términos del contrato, tomando en consideración que "el deber primordial del árbitro, incluso como 'amigable componedor', es aplicar el contrato, a menos que se demuestre que las disposiciones son claramente contrarias a la verdadera intención de las partes"[9].

En otro caso, el árbitro, antes de entrar a revisar el fondo señaló que "si no encuentra ninguna ambigüedad en la redacción, aplicará los términos del [contrato] - independientemente del hecho de que el árbitro tiene la autoridad para fallar este caso bajo 'ex aequo et bono'"[10].

Razonamientos como los recién descritos se repiten en otros fallos de árbitros ex aequo et bono[11].

Como se verá a continuación, del análisis de los principales casos de ACI de acceso público que han sido fallados por árbitros de equidad en que se ha señalado

8 Mayer, P. y Sheppard, A: "Reporte final de la Asociación de Derecho Internacional sobre Orden Público como barrera a la ejecución de laudos de arbitraje internacional", *Arbitraje Internacional*, vol. 19, núm. 2, pp. 255 y 256.

9 Laudo en caso CCI número 9669. Disponible en https://library.iccwbo.org/dr-awards.htm#horizontalTab12.

10 Laudo en caso CCI número 12772. Disponible en https://library.iccwbo.org/dr-awards.htm#horizontalTab12.

11 Ver laudos en casos CCI número 3755 y 2694. Disponibles en https://library.iccwbo.org/dr-awards.htm#horizontalTab12. Ver Caso Liberty Reinsurance Canadá v. QBE Insurance and Reinsurance.

que el tribunal arbitral se ha apartado del contrato, se identifica que en la mayoría de ellos aún cuando el árbitro dice apartarse de la letra del contrato, simplemente lo está interprentando o lo está integrando. Interpretar el contrato o llenar una laguna, por definición supone aplicar el contrato en un contexto determinado o simplemente aplicar una norma externa para suplir un vacío que dejó la voluntad de las partes. En otros casos el árbitro de equidad considera que el acuerdo es nulo por contravenir el orden público, y en otro grupo de casos el Tribunal desatiende una norma aplicable, no el contrato. En ningún de estos casos se puede sostener que se está yendo en contra del acuerdo de las partes. Finalmente, sí existen casos en que el árbitro de equidad reescribe derechamente el contrato, pero estos son los menos. Veamos.

1. Casos de interpretación o integración del contrato.

A) Casos de interpretación.

Al respecto, se ha sostenido que los "términos escritos del acuerdo de las partes no siempre reflejan sus verdaderas intenciones. En otras palabras, los términos expresos del contrato no son necesariamente el reflejo de las intenciones genuinas de las partes. A pesar del principio ampliamente aceptado según el cual un acuerdo claro no debe ser interpretado, lo que está claro no es necesariamente exacto, en cuyo caso, hay fundamento para interpretación"[12].

En el caso CCI número 12099[13], las partes celebraron un contrato de publicidad con el fin de poner una campaña publicitaria en medios de comunicación. La demandante, una agencia de publicidad, cumplió con su obligación de posicionar la publicidad pero el demandando, una empresa estatal de un país asiático, incumplió su obligación de pagar el precio. Debido a esto, la demandante inició un procedimiento arbitral ante un árbitro de equidad, exigiendo el pago del precio y de intereses.

Los intereses por la mora en el pago del precio estaban regulados expresamente en una cláusula del contrato, conforme a la cual la demandada debía pagar un interés de 1,8% mensual desde que se constituyó en mora hasta el pago total del precio.

El poder moderador del tribunal arbitral se aplicó en última instancia al tipo de interés contractual. Tras constatar que el interés era excesivo, el tribunal arbitral consideró que sus poderes de árbitro de equidad le permitían interpretar o aplicar una fórmula de cálculo de los intereses que condujera a un resultado equitativo,

12 Caso Nearctic Nickel Mines Inc. v. Canadian Royalties Inc.

13 Laudo en Caso CCI número 12099. Disponible en https://library.iccwbo.org/dr-awards.htm#horizontalTab12.

especialmente cuando, como en este caso, la parte que debía los intereses no parecía haber negociado, o tenido la oportunidad de negociar las condiciones contractuales, sino que se limitó a firmar el formulario estándar presentado por la contraparte.

De esta manera, el Tribunal Arbitral consideró que la mejor forma de interpretar la fórmula contractual de los intereses era que el tipo del 1,8% mensual establecido en el contrato debía entenderse como un tipo mensual, de acuerdo con la práctica de los mercados financieros internacionales, es decir, como un tipo anual calculado mensualmente de forma compuesta.

En el caso CCI número 9704[14], el demandante se comprometió a publicar un anuncio de prensa para el demandado. Ante la falta de confirmación final del encargo, el demandante interpretó el silencio del demandado como una confirmación de su acuerdo. Sin perjuicio de la preparación completa del anuncio de prensa, el demandado puso término al contrato y no pagó el encargo. Antes esto, el demandante consideró que la cancelación había sido demasiado tarde por lo que inició un procedimiento arbitral, exigiendo el pago del precio acordado más intereses.

Citando a Gaillard, el Tribunal señaló primero que "el Árbitro actuará en consecuencia y, aunque se mantenga dentro de los términos básicos del acuerdo de las Partes, se sentirá libre, si lo considera justo y equitativo, de apartarse de la aplicación estricta del Contrato".

Luego, considerando que la tasa de interés del 1,8% mensual establecida en la cláusula 1.2 del contrato era más alta que los intereses morosos legales aplicados en los países de las partes en cuestión, y más alta que la tasa media interbancaria habitual para el período de tiempo en cuestión, el árbitro consideró que no se podía aplicar literalmente la cláusula 1.2 del contrato.

De esta manera, citando sus facultades de árbitro de equidad y aplicando los principios de equidad, el árbitro consideró equitativo y justo, dadas las circunstancias del caso, reducir el interés aplicable al 10% anual.

B) Casos de integración.

En otros casos, el Tribunal, más que fallar en contra de una disposición expresa del contrato, en realidad llena un vacío o laguna.

14 Laudo en Caso CCI número 9704. Disponible en https://library.iccwbo.org/dr-awards.htm#horizontalTab12.

En el caso CCI número 8874[15], las partes firmaron un contrato de publicidad, en virtud del cual la demandante debía producir y publicar un anuncio de página completa a favor de la demandada que aparecería en un periódico semanal. A raíz de un incendio en su centro de trabajo, la demandada comunicó que no podía cumplir el contrato, al tener que dedicar sus recursos financieros a reparar los daños causados por el incendio y propuso reanudar las negociaciones con el fin de volver a colocar los anuncios en una fecha posterior. El demandante aceptó revisar el calendario de pagos, tras lo cual se publicó un anuncio después de que el demandante recibiera el trabajo firmado. Al no recibir ningún pago, la demandante inició un procedimiento arbitral, exigiendo el pago del precio, intereses y la indemnización de los daños sufridos por el incumplimiento.

Al resolver el caso, el árbitro decidió modificar el tipo de interés inicial del contrato en función del cambio de las condiciones económicas y comerciales. El Tribunal Arbitral declaró lo siguiente: "Al decidir un caso 'de acuerdo con los principios de equidad', mi opinión es que el tipo de interés contractual inicial, si se aplica a la cantidad y al período de tiempo considerado, sería desproporcionado con las condiciones económicas y comerciales de este caso. Por lo tanto, sustituyo el tipo de interés preferencial de los Estados Unidos por el tipo contractual inicial del 1,4% mensual, para el pago atrasado que la Demandada debe a la Demandante".

Este caso se trata del llenado de una laguna porque las circunstancias particulares muestran que el primer contrato, donde sí se había acordado una tasa de interés fue terminado de común acuerdo por la partes, quienes luego decidieron iniciar negociaciones para un segundo contrato. En este segundo contrato las partes no incluyeron una tasa de interés, por lo que el árbitro se vio en la disyuntiva de aplicar o no la tasa de interés acordada para el primer contrato.

2. El Tribunal Arbitral anula una cláusula por no existir voluntad o ser contraria al Orden Público.

En otros casos, el Tribunal anula una cláusula por no existir voluntad de las partes o ser ésta contraria al orden público.

En el caso CCI número 9483[16], las partes celebraron un contrato en virtud del cual la demandante, una agencia de publicidad, debía hacer una publicación en la prensa. Debido a que el demandado no pagó el precio, la demandante inició un procedimiento arbitral, exigiendo el pago del precio y el cobro de intereses, conforme a lo establecido en el contrato.

15 Laudo en caso CCI número 8874. Disponible en https://library.iccwbo.org/dr-awards.htm#horizontalTab12.

16 Laudo en caso CCI número 9483. Disponible en https://library.iccwbo.org/dr-awards.htm#horizontalTab12.

Al analizar el caso en cuestión, el Tribunal Arbitral realizó la siguiente afirmación: "en el presente caso, el árbitro -que tiene los poderes de un árbitro de equidad y debe decidir el caso según los principios de equidad sin necesidad de aplicar plenamente las normas legales o procesales- está facultado para revisar las consecuencias de las disposiciones contractuales y apartarse de una aplicación estricta de dichas disposiciones contractuales dentro de los límites del equilibrio global del contrato".

Con posterioridad, el árbitro decidió anular la cláusula contractual que establecía una tasa de interés excesivo, señalando que no puede haber sido la intención de las partes reemplazar el interés por la usura, y que "el artículo 13 del Reglamento obliga al árbitro a aplicar las estipulaciones del contrato, pero también los usos comerciales. Nadie aceptaría, como uso comercial, un interés anual del 21,6% aplicado al dólar estadounidense".

Similar razonamiento se aplicó en el caso CCI número 9655[17]. En este caso, las partes celebraron un contrato de publicidad, según el cual el demandante debía publicar un anuncio en una revista en nombre del demandado, a cambio de un precio acordado. Ante el no pago del precio por parte del demandado, el demandante inició un procedimiento arbitral para recuperar la suma adeudada.

Ante esto, el Tribunal Arbitral consideró que, dada la evolución de la tendencia general de los tipos de interés, un interés moratorio de 16,8% anual era extremadamente elevado, por lo que, haciendo uso de sus poderes para decidir el caso según los principios de equidad, redujo el interés moratorio al 1% mensual, es decir, al 12% anual a partir del 15 de agosto de 1994.

3. Tribunal Arbitral realiza una interpretación contra ley.

En otros casos, el Tribunal Arbitral realiza una interpretación contra ley, no una regla contractual.

En el caso CCI número 7913[18], las partes celebraron un contrato en virtud del cual el demandante debía proveer información y asistencia con el fin de vender equipos y servicios en el país del demandante, a cambio de una remuneración. Ante una disputa por el pago de la comisión las partes recurrieron a un procedimiento arbitral.

Los árbitros, actuando como árbitros de equidad, examinaron en primer lugar la economía de la relación entre las partes. Observaron que la remuneración prevista en el contrato implicaba un elemento de riesgo, del que el demandante

17 Laudo en caso CCI número 9655. Disponible en https://library.iccwbo.org/dr-awards.htm#horizontalTab12.

18 Laudo en caso CCI número 7913. Disponible en https://library.iccwbo.org/dr-awards.htm#horizontalTab12.

era plenamente consciente. En efecto, la cláusula relativa a la comisión establecía expresamente que, en caso de venta, la comisión acordada representaría la totalidad de la remuneración del consultor (es decir, no se reembolsarían los gastos incurridos para asegurar la venta). Los árbitros observaron además que el demandante no había realizado ninguna operación que diera lugar a una comisión, por lo que, si había sufrido alguna pérdida, ésta no podía considerarse 'injusta'.

Aplicando sus facultades de árbitros de equidad, los árbitros se pronunciaron sobre la cuestión del pago de la comisión sobre los suministros realizados por el demandante a la demandada. Respecto a este punto, el Tribunal Arbitral trató de garantizar que el demandante "no se viera privado de una remuneración justa por las transacciones que se pueden suponer concluidas una vez transcurrido el plazo, pero como resultado de los esfuerzos realizados durante el período contractual". En consecuencia, 'atenuó' el rigor de la regla incumbitprobatio accediendo a la medida de investigación solicitada por el demandante, cuando ella misma admitió que no había aportado las pruebas que se le exigían. A través de la medida de investigación, el Tribunal cubrió efectivamente un período que iba mucho más allá de la duración del acuerdo.

No obstante lo anterior, el Tribunal Arbitral rechazó la petición de la demandante por falta de pruebas[19].

En el caso CCI número 10728[20], la disputa se refería a la terminación abrupta de un contrato de asistencia técnica y comercial. En este caso, el árbitro se pronunció sobre una excepción de prescripción de la acción, presentada por la demandada en virtud de que la demanda se había presentado más de diez años después de la terminación del contrato. Al revisar esta excepción, el árbitro recordó que solo podía anular las normas a las que las partes habían acordado renunciar. Señaló que el plazo de prescripción transcurrido podía analizarse como un derecho del que las partes podían disponer libremente. Sin embargo, al examinar las circunstancias del caso, el árbitro consideró que la inacción del demandante durante diez años estaba vinculada a la situación política del Estado en cuestión durante los años ochenta y noventa y a la complejidad política, económica y social del asunto, lo que probablemente fue la razón por la que las partes otorgaron al árbitro las facultades de equidad. Buscando la solución más justa y equitativa, el árbitro rechazó la objeción de prescripción a pesar de que estaba justificada en derecho y era admisible[21].

19 Kiffer, L: "Amiable Composition and ICC Arbitration", *ICC Bulletin*, 2007 vol. 18 núm. 1, pp. 13-14.

20 Laudo en caso CCI número 10728. Disponible en https://library.iccwbo.org/dr-awards.htm#horizontalTab12.

21 Kiffer, L: "Amiable Composition" cit., p. 4.

4. Tribunal Arbitral re-escribe el contrato.

Los únicos casos en que el Tribunal pareciera no interpretar, ni integrar, sino que derechamente re-escribir el contrato son los siguientes:

El caso más citado en que el árbitro arbitrador reescribió el contrato es Corderre v. Corderre, sin perjuicio que luego fue anulado precisamente por contravenir la voluntad de las partes. En este caso, las partes celebraron una transacción con el fin de poner término a varios conflictos anteriores. En virtud de este acuerdo, Denis Group (demandando) tenía que pagarle a Roger Group (demandante) un monto de USD $2.562.500, y los fondos para pagar esa deuda se debían generar en su mayoría de las utilidades que obtuviera una de las compañías del demandado, dentro de 6 años. En los hechos, durante ese período de tiempo no se obtuvieron utilidades por lo que no se hicieron los pagos. Ante esta situación, Roger Group interpuso una demanda arbitral ante un árbitro arbitrador, de conformidad a la cláusula arbitral establecida por las partes en el acuerdo.

Al revisar el caso, el árbitro consideró que la situación creada por el acuerdo era injusta y debía ser corregida. El árbitro fue de la opinión que ninguna de las partes previó que no se realizaría ningún pago dentro de los seis años, por lo que la fórmula establecida en el acuerdo podía, y debía modificarse para garantizar que se cumpliera la intención de las partes.

De esta manera, el Tribunal Arbitral consideró que el pago por parte de la demandada era procedente, aun cuando no se cumplían los requisitos para su procedencia, señalando que no se trataba de modificar el acuerdo sino de corregir los efectos de un cambio en las circunstancias que las partes no pudieron prever. Así, el árbitro consideró que modificar las reglas establecidas en el acuerdo no se trataba de ignorarlo "sino de hacer posible el cumplimiento de la intención de las partes en términos concretos".

Como se adelantaba, el fallo del Tribunal Arbitral fue anulado por la Corte de Apelaciones de Quebec, la cual consideró que la decisión del árbitro transgredía el Artículo 944 del Código de Procedimiento Civil de Quebec. Dicho artículo fue redactado teniendo como base el Artículo 28 de la Ley Modelo, que establece que tanto los árbitros de derecho como los árbitros de equidad deben decidir "según las estipulaciones del contrato".

En el caso CCI número 7986[22], relativo a una disputa sobre un acuerdo de transferencia de acciones. Dos de las cuestiones sobre las que se pronunciaron

22 Laudo en caso CCI número 7986. Disponible en https://library.iccwbo.org/dr-awards.htm#horizontalTab12.

los árbitros fueron la (i) recompra de activos dudosos y (ii) las garantías ofrecidas por el pasivo.

En cuanto a la recompra de los activos dudosos, los árbitros señalaron en primer lugar que el equilibrio contractual inicialmente buscado en el memorando de entendimiento residía sobre todo en el hecho de que la garantía dada por el demandado era suficiente. A continuación, los árbitros constataron que este equilibrio contractual ya no existía, puesto que la situación económica del grupo demandado ya no era la misma que cuando se redactó el memorándum. En consecuencia, trataron de restablecer el equilibrio considerado al momento de celebrar el contrato.

Con respecto a la acción relativa a una cláusula contractual que garantizaba al comprador que los balances, las cuentas de pérdidas y ganancias y la posición neta eran verdaderos y justos, abarcando todos los pasivos y activos de la empresa y todas las operaciones y beneficios, y que se habían hecho todas las provisiones necesarias, el tribunal arbitral aplicó dicha cláusula. Sin embargo, consideró que una solución que ofreciera una indemnización del 100% sería injusta. En consecuencia, haciendo uso de sus facultades de fallar conforme a la equidad, el tribunal decidió "que era necesario conceder no la totalidad de los daños resultantes del aumento de la responsabilidad o de la disminución de los activos, sino un porcentaje de las cantidades reconocidas a este respecto determinado sobre la base de la participación de [Demandante 1] en el capital de [X]". En consecuencia, la demandada fue condenada a pagar el 79,31% de la cantidad que el Tribunal Arbitral registre como una disminución del activo o aumento del pasivo[23].

En el caso CCI número 10504[24], las partes celebraron un acuerdo en virtud del cual el demandado se obligaba a indemnizar al demandante las pérdidas sufridas como consecuencia de la desaparición fraudulenta de bienes que estaban bajo su custodia. La indemnización debía consistir en el suministro de otros bienes o en una comisión sobre la venta de determinados bienes. El demandado pagó solo una parte de la cantidad debida, por lo que el demandante inició un procedimiento arbitral para recuperar el saldo.

Ante esto, el árbitro consideró justo y equitativo, a la luz de las circunstancias, reducir a la mitad el importe de los daños y perjuicios a los que el demandante tenía derecho en virtud del acuerdo de compensación, señalando lo siguiente: "El Árbitro, haciendo uso de sus facultades de 'ex aequo et bono', considera sin embargo que es justo y razonable teniendo en cuenta las circunstancias reducir a

23 Kiffer, L: "Amiable Composition" cit.., p. 5.

24 Laudo en caso CCI número 10504. Disponible en https://library.iccwbo.org/dr-awards.htm#horizontalTab12.

la mitad el importe de los daños y perjuicios que el demandante tenía derecho a percibir en virtud del Acuerdo de Compensación".

V. CONCLUSIÓN.

Luego del análisis casuistico realizado en este trabajo se llega a la conclusión que los temores manifestados por los agentes del arbitraje comercial internacional en relación a la desatención de la letra del contrato por parte de los árbitros de equidad es injustificada.

En efecto, la gran mayoría de los casos muestra que los árbitros sí respetan la voluntad de las partes expresada en contratos libremente negociados.

Sin embargo, el temor se expresa porque en varias oportunidades los árbitros anuncian que desatenderán el contrato, pero en lo hechos ello no ocurre, según fue demostrado en la sección anterior.

Esta realidad lleva a pensar que el porcentaje de arbitrajes de equidad en arbitraje comercial internacional aumentará en los próximos años frente a la creciente demanda de eficiencia y flexibilidad en el área.

BIBLIOGRAFIA

BORN, G: *Arbitraje Comercial Internacional (Tercera Edición)*, Kluwer Law International, 2021.

GAILLARD, E. y SAVAGE, J: *Fouchard Gallaird Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999

KIFFER, L: "Amiable Composition and ICC Arbitration", *ICC Bulletin*, 2007 vol. 18 núm. 1

MAYER, P. y SHEPPARD, A: "Reporte final de la Asociación de Derecho Internacional sobre Orden Público como barrera a la ejecución de laudos de arbitraje internacional", *Arbitraje Internacional*, vol. 19, núm. 2