

BIBLIOGRAFÍA

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**
Universidad de Málaga

Libros

ARROYO AMAYUELAS, Esther/SERRANO DE NICOLÁS, Ángel (dirs.): *La europeización del Derecho Privado: cuestiones actuales*, Marcial Pons, Madrid, 2016, 145 pp.

La editorial Marcial Pons publica el libro *La europeización del Derecho Privado: cuestiones actuales*, fruto de la colaboración entre el Colegio de Notarios de Cataluña y la Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado de la Universidad de Barcelona. Se recogen en él los resultados de las Jornadas que, bajo el mismo título, tuvieron lugar los días 16 y 17 de julio de 2016 en el Colegio de Notarios de Cataluña. Ello explica el carácter un tanto heterogéneo de algunas de las aportaciones, aunque existe un hilo conductor común: la influencia que tiene el Derecho europeo en la armonización del Derecho privado.

I. El libro comienza con la aportación del Prof. Reiner Schulze, titulada «Nuevos retos para el Derecho de contratos europeo y cuestiones específicas acerca de la regulación del suministro de contenidos digitales». El trabajo se centra en los nuevos retos que la revolución digital está planteando en las categorías clásicas del Derecho contractual. La Unión Europea reaccionó inicialmente en 2011 con la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común sobre la compraventa europea (CESL), que incluía dentro de los tipos contractuales, el suministro de contenidos digitales. Tras su retirada, se ha presentado en 2015 una propuesta de Directiva sobre determinados aspectos relativos a los contratos de suministro de contenidos digitales, que constituye un polo de discusión sobre el futuro desarrollo del Derecho contractual europeo, que evite una fragmentación entre los diferentes sistemas jurídicos. Sobre esta base, el autor va analizando los retos de los que se ocupa esta Propuesta de Directiva Digital.

Se comienza con un análisis de los cambios que está experimentando el Derecho contractual, a partir de la creciente influencia en todos los países del contenido Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías. Así ocurre con la admisión de la validez del acuerdo al margen de otros requisitos (como la causa), y especialmente con la regulación de los conceptos de conformidad y falta de conformidad, como presupuesto del ejercicio de los remedios jurídicos. En el desarrollo de estas cuestiones, el Derecho europeo ha ampliado su campo de aplicación a los contratos de consumo, y ha tenido en cuenta la utilización cada vez mayor del comercio electrónico, de manera especial en relación con el suministro de contenidos digitales.

A partir de aquí se van desgranando algunas materias de Derecho civil que necesitan una nueva regulación ante los avances tecnológicos. Esta necesidad aparece desde el mismo proceso de formación del contrato, que en ocasiones no se concluye directamente entre dos personas, sino entre dos máqui-

nas previamente programadas, lo que obliga a replantear conceptos clásicos como el error o la anulabilidad del contrato. Igualmente se manifiesta en la necesidad de obtención de licencia para el suministro de contenidos digitales (lo que entronca con otros problemas sobre propiedad intelectual). Y de manera especial en la manera de organizar la posible responsabilidad de terceros, al margen de su relación contractual con el suministrador (programadores o diseñadores). En este sentido, el autor plantea incluso la posibilidad de extender la regulación de la responsabilidad por productos defectuosos a la mala calidad de los datos, ya que es necesario deslindar la parte de que es responsable el desarrollador del contenido digital, y la de la empresa que ejerce un control sobre el suministro. Se analiza también en profundidad el propio concepto de contenido digital, como objeto de contrato, que incluye la prestación de servicios. Y se hace un análisis novedoso de la normativa de protección de datos, por el alto significado económico que pueden tener para el proveedor de contenidos digitales, hasta el punto de poder considerar los datos como una auténtica contraprestación contractual, como una nueva categoría entre los derechos de la personalidad y los derechos patrimoniales.

Seguidamente es objeto de estudio la necesidad de adaptar conceptos del Derecho contractual europeo a estos nuevos planteamientos innovadores. El autor se centra en el concepto de conformidad del contrato y en la estructura de los remedios jurídicos. El nuevo enfoque de la conformidad del contrato exige distinguir entre la entrega de una cosa y el suministro de contenidos digitales, ya que estos serán conformes al contrato cuando cumplan, entre otros, los requisitos de funcionalidad, interoperatividad, accesibilidad, continuidad y seguridad acordados. Y ello porque los contenidos digitales presentan unos caracteres que los hacen diferentes: lo habitual será que se suministren de forma continuada en un período de tiempo (lo que lo aproxima a una prestación propia de un contrato de servicios), por lo que la conformidad deberá exigirse tanto en el momento inicial, como durante todo el plazo de suministro de tales contenidos (ello hace que deba modificarse la normativa tradicional sobre transmisión del riesgo) Por otro lado, se presenta un problema jurídico nuevo, que es el relativo a la necesaria actualización (*updating*) de los contenidos digitales, que solo serán conformes al contrato cuando se puedan actualizar de acuerdo a los pactado (lo que plantea si la actualización forma parte del suministro).

La especialidad de los contenidos digitales como objeto de contrato obliga igualmente a replantear la estructura de los remedios ante la falta de conformidad, porque no se trata de mercancías, de ahí que no tenga sentido regular la reparación o sustitución. Y ofrece igualmente singularidades en cuanto a la resolución del contrato En definitiva, la nueva manera de enfocar los contenidos digitales obliga a combinar elementos nuevos con enfoques que pueden considerarse tradicionales en el Derecho de contratos, y particularmente referidos al contrato de compraventa. La aportación del Prof. Schulze es ambiciosa y sumamente sugerente en este sentido, ya que ofrece las bases dogmáticas necesarias para dar coherencia al Derecho contractual europeo.

II. La profesora Judith Rochfeld titula su aportación «La réglementation des contrats de fourniture de contenus numériques: l'appréciation des aspects numériques». En ella parte del rápido aumento del comercio electrónico en el mercado europeo, lo que provocó que la Comisión Europea adoptara en 2015 la Estrategia para el Mercado Único Digital, como una de las prioridades para generar un mayor crecimiento en Europa [COM (2015) 192 final], y la posterior Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al

Consejo y al Comité Económico Social Europeo «Contratos digitales para Europa. Liberar el potencial del comercio electrónico» [COM (2015) 633 final]. Como es sabido, tras el abandono del CESL, dentro de esta estrategia se publicaron dos Propuestas de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo: la relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes [COM (2015) 635 final], y la relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales [COM (2015) 634 final]. Paralelamente se estaba tramitando en el momento de la publicación de este libro, el posteriormente aprobado Reglamento UE 2017/1128, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior.

El trabajo de la profesora Rochfeld se centra de manera especial en la Propuesta de Directiva sobre contratos de suministro de contenidos digitales (Directiva Digital), destinada, como la otra Propuesta, a la protección de los consumidores, entendiendo por tales las personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. Se analiza, por un lado, lo que la autora califica como «misteriosa» definición de lo que constituye «contenido digital», que critica por su imprecisión al incluir realidades muy diferentes (suministro en formato digital, en soporte duradero o no, de audio, video, música, etc., al lado de realidades como Skipe, Youtube o servicios de almacenamiento en línea como Dropbox), que dificultan un tratamiento unitario, al mezclar soportes tangibles con formatos diferentes como el *streaming*, que se va imponiendo y sustituyendo a los anteriores. Estos últimos plantean peculiaridades propias como objeto de contrato que, por sus contornos difusos, pueden provocar que sean a la vez objeto de la Propuesta de Directiva de compraventa en línea.

Se trata igualmente en profundidad el concepto de «proveedor», y los problemas que suscita que éste pueda suministrar los contenidos digitales directamente a un consumidor, o bien a un tercero que disponga de una instalación física o virtual, y que ponga los contenidos digitales a disposición del consumidor, o que permita que éste tenga acceso a los mismos (lo que incluye la posibilidad de enfocar la cuestión desde la perspectiva de la economía colaborativa). Pero es especialmente sugerente el estudio que se realiza sobre el concepto de contraprestación en este tipo de contratos, ya que la Directiva Digital admite directamente que ésta no sea monetaria, y que pueda consistir en permitir el acceso del proveedor a datos personales u otro tipo de datos. Ello plantea la aplicación concurrente con la normativa sobre protección de datos. Finalmente, la autora analiza las particularidades que ofrece la contraprestación consistente en la cesión de datos, en los supuestos de resolución contractual. No procede aquí plantear un reembolso del precio, sino que el proveedor ya no podrá utilizar tales datos y cualquier otra información que el consumidor haya facilitado a cambio de los contenidos digitales. Paralelamente deberá adoptar todas las medidas necesarias para cumplir la normativa sobre protección de datos eliminándolos o transformándolos en anónimos, de forma que el consumidor no pueda ser identificado por ningún medio. Igualmente, desde la perspectiva del consumidor, la resolución implica que este deberá abstenerse de seguir utilizando los contenidos digitales. De nuevo aquí se vuelven a plantear el problema, tratado por la autora, del propio concepto de «contenido digital», porque necesariamente a efectos de la resolución es preciso diferenciar que los contenidos digitales se hayan suministrado o no en soporte duradero.

III. La profesora Miriam Anderson realiza un amplio estudio de «La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios, y su previsible impacto en el Derecho español». No estamos ante un trabajo puramente descriptivo, sino profundo, en el que se analiza cada uno de los problemas que suscita el desarrollo de la Directiva, y se aportan ideas muy sugerentes sobre la regulación de los contratos de crédito inmobiliario. La autora se muestra sumamente crítica con la finalidad de la Directiva que, aunque va referida a la protección de los consumidores, en algunos aspectos parece más bien destinada a proporcionar estabilidad al sistema financiero y dar seguridad al *lobby* bancario.

La Directiva 2014/17/UE no define lo que son inmuebles de uso residencial, a pesar de constituir su objeto directo. En este sentido, acaso hubiera sido deseable en el trabajo tratar con más profundidad este concepto, dado que en España existe un amplio abanico de normas destinadas a proteger exclusivamente la vivienda habitual, con las que tendrá que convivir la futura ley que desarrolle la Directiva. Por otro lado, la Directiva limita su ámbito subjetivo de aplicación a los consumidores (entendiendo por tales las personas físicas que no actúan en el ámbito de su actividad profesional o empresarial). En el momento de la publicación acababa de aparecer el primer Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, al que se hacen las oportunas referencias, que ahora se ha presentado como Proyecto de Ley, el 17 de noviembre de 2017, con bastantes modificaciones respecto al borrador inicial. El Proyecto de Ley va más allá de la previsión de la Directiva, y extiende su régimen jurídico a todas las personas físicas, con independencia de que sean o no consumidores, evitando los problemas que se han suscitado en la jurisprudencia en torno a si el prestatario reúne o no la condición de consumidor. Se sigue así la misma línea que la recogida en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, que va referida en general al «cliente de servicios bancarios». Con ello se ha querido incluir en el ámbito subjetivo de aplicación de la futura Ley a los trabajadores autónomos. Pero deliberadamente se excluye a las personas jurídicas, que sí están incluidas en el artículo 3 TRLGDCU. El cambio de perspectiva respecto a la Directiva es importante y afecta, a mi juicio, al propio concepto de inmueble de uso residencial, porque es indiferente que se use como residencia, o como segunda vivienda, o que se adquiera para habitarla, arrendarla, cederla como alojamiento turístico, o como inversión.

Resultan particularmente interesantes las consideraciones que realiza la profesora Anderson sobre el contenido de la Directiva relativo a la información precontractual, que gira en torno a la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN). Se trata de un documento de información precontractual personalizada y estandarizada en toda la UE, cuya finalidad es garantizar la transparencia y proporcionar al consumidor toda la información pertinente para que pueda decidir con libertad, comparando la oferta que se le realiza con las de otros competidores. La FEIN es objeto de un amplio tratamiento en el Proyecto de Ley, que además viene a considerarla como oferta vinculante para la entidad durante el plazo pactado hasta la firma del contrato. La autora pone de relieve los peligros del exceso de información, que puede conducir a una ausencia de la misma. En efecto, no se trata de impartir a los consumidores un curso acelerado de finanzas y Derecho Bancario, sino de que puedan emitir un consentimiento libre, después de haber sido convenientemente informados. Lo contrario no es otra cosa que utilizar el exceso de información con carácter defensivo por parte de las entidades bancarias. Por

este motivo la autora plantea que en lugar de estandarizar la información, se establezca un contenido mínimo en todos los contratos. Parece que el guante se ha recogido en el Proyecto de Ley, cuya Disposición Final Undécima prevé, dentro del desarrollo reglamentario de esta Ley, que el Gobierno pueda «fijar las cláusulas que los contratos de préstamo habrán de tratar o prever de forma expresa». La misma previsión se contiene en la modificación proyectada del artículo 5.1.a) de la Ley 10/2014, de 26 de junio de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, en cuanto a los contratos referentes a servicios o productos bancarios típicos.

Por otro lado, la autora se centra de manera especial en otros dos aspectos de la Directiva que considera de particular relevancia. Por un lado el control de solvencia (y las consecuencias de su incumplimiento). Y por otro, las medidas que deberían adoptar los Estados para propiciar que los acreedores muestren una «tolerancia razonable» ante el incumplimiento. La autora se muestra muy crítica con los términos excesivamente vagos con que se regula en la Directiva el control de solvencia, si bien considera positivo que únicamente se pueda conceder el crédito si se ha superado dicho control. La cuestión se recoge en los mismos términos en el artículo 9 del Proyecto de Ley, y contrasta con el principio de libertad contractual que proclama el artículo 18 de la Orden EHA/2899/2011, en relación con la evaluación de la solvencia. Los problemas aparecen en cuanto a las consecuencias que puede tener la concesión de crédito cuando el control de solvencia arroja un resultado negativo. La Directiva descarta la nulidad del crédito o préstamo, ya que prevé en su artículo 18.4 que los Estados miembros velarán por que en estos casos «el prestamista no anule o modifique ulteriormente dicho contrato en detrimento del consumidor». Aunque la autora se muestra esperanzada en cuanto a la opción a adoptar por el legislador español, lo cierto es que el artículo 9.4 del Proyecto de Ley reitera en este punto el contenido de la Directiva. En el trabajo se ofrecen consecuencias alternativas: sanciones administrativas, pérdida de los intereses remuneratorios, exoneración de los intereses moratorios, e incluso la imposibilidad de acudir a la vía ejecutiva por vencimiento anticipado de la deuda. Aunque no se refiere directamente a esta cuestión, en esta línea cabe citar la reciente STS (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4.^a) de 16 de septiembre de 2017, conforme a la cual, la Administración puede sancionar la utilización de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores y usuarios sin necesidad de previa declaración judicial del orden civil.

Se analiza finalmente el contenido del artículo 28 de la Directiva. Dentro de la llamada a una tolerancia razonable por parte de las entidades de crédito, la autora se centra, entre otras muchas cuestiones, en la deuda residual que puede quedar tras la ejecución, y propone varias medidas para conseguir el mayor precio posible dentro de los diversos sistemas de realización del valor. Además destaca que la Directiva toma como referencia el valor de mercado del bien hipotecado al tiempo de la ejecución, por lo que critica con diversos argumentos que en nuestro sistema de ejecución hipotecaria la finca salga a subasta por el valor de tasación inicial.

IV. La profesora Esther Arroyo Amayuelas desarrolla un amplio capítulo con el título «No vinculan al consumidor las cláusulas abusivas: del Derecho civil al procesal y entre la prevención y el castigo». Se trata de un estudio serio y novedoso en sus planteamientos, que parte del artículo 6.1 Directiva 93/13, conforme al cual las cláusulas abusivas se tienen por no puestas. Ello equivale a considerar que tales cláusulas no vinculan al consu-

midor, habiendo optado el legislador español por declararlas nulas de pleno derecho. A pesar de tratarse en estos casos de una nulidad parcial, los jueces no solo pueden, sino que tienen el deber de actuar de oficio, como se ha destacado por el TJUE, y como se desprende del artículo 83 TRLGDCU, que utiliza la expresión «el juez (...) declarará la nulidad». En cualquier caso, la nulidad solo protege a una de las partes, el consumidor adherente, y no puede ser invocada por el predisponente. En este punto, se analizan los planteamientos doctrinales en cuanto a si estamos ante una nulidad absoluta o una nulidad relativa, en relación con los conceptos de «orden público» e «interés público». De entender que estamos ante supuestos de nulidad relativa y que lo que subyace en la Directiva 93/13 es solo el «interés público», se podría admitir que el consumidor renunciara a la protección.

La autora considera que la necesidad de salvaguardar las normas fundamentales en el sistema económico, como son las dirigidas a proteger al consumidor, exige en todo caso una declaración de nulidad de las cláusulas abusivas, de manera que no se permita la impugnación por el predisponente, ni se haga depender de que lo haga el consumidor. Esta manera de enfocar las cosas se ha visto confirmada plenamente con posterioridad por la STS de 16 de octubre de 2017, referida a una cláusula suelo, que se había considerado abusiva por falta de transparencia, pero en un caso en que el consumidor había negociado un nuevo suelo, por lo que en la instancia se consideró que se había sanado el vicio inicial de la cláusula, con base en los artículos 1208 y 1311 CC. Por el contrario, para el TS estamos ante una nulidad absoluta, apreciable de oficio, y no ante una nulidad cuya causa solo pueda ser invocada por el deudor. Incluso, de considerar que se trata de un vicio subsanable (que no lo es), no podría considerarse en ningún caso como una convalidación del contrato pues no constituye un acto inequívoco de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, sino únicamente de una solicitud dirigida a reducir en lo posible las consecuencias negativas que la cláusula cuestionada tenía para los prestatarios. Por ello, se considera que no existe obstáculo para que posteriormente puedan solicitar la declaración de nulidad absoluta de tal cláusula y la restitución de lo que el banco hubiera percibido indebidamente por su aplicación.

Seguidamente, se pasan a analizar en profundidad los problemas que se plantean desde un punto de vista procesal. La autora es consciente de que la UE no tiene competencia sobre esta materia, pero insiste en que sin un Derecho Procesal eficaz los ciudadanos no pueden ejercer los derechos que el legislador europeo les reconoce. Desde esta perspectiva se estudian los principios de efectividad y equivalencia, a partir de los cuales se analiza cómo la jurisprudencia del TJUE ha ido poniendo a prueba los principios por los que se rige el Derecho procesal en los Estados miembros, y en concreto en el caso español (*v.gr.*, cómo encajar, con el principio dispositivo, la apreciación de oficio impuesta por el TJUE, y la necesidad de audiencia de las partes). Ello ha conducido a reformar algunos preceptos de la LEC, como ocurre con las cláusulas de atribución de competencia territorial. Dentro del análisis que realiza la autora, creo que es de destacar, por su profundidad, el relativo a la apreciación de oficio del posible carácter abusivo de las cláusulas contractuales en todo tipo de procedimientos: ejecución de títulos extrajudiciales (de manera particular, la ejecución hipotecaria), ejecución de laudos arbitrales y procedimiento monitorio.

Se pasa después al estudio de las consecuencias de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas, en lo que considero la parte más brillante del

trabajo. En ella se analiza la subsistencia del contrato y cómo cubrir la laguna que provoca la nulidad de una cláusula (el estudio se centra básicamente en las cláusulas de intereses moratorios), pero paralelamente se ofrece un planteamiento original en cuanto a las funciones que cumplen las normas dispositivas, como posible derecho supletorio aplicable en estos casos. Cómo destaca la autora, la línea que separa la reducción conservadora de la validez (moderación) y la interpretación integradora es delgada. El TJUE ha prohibido claramente la primera, pero no está tan claro que se haya pronunciado en contra de la segunda, a pesar de que parte de la doctrina estima que el TJUE no permite a los jueces la labor de ajustar el contrato a los parámetros de la justicia conmutativa. En principio parece que si el Derecho dispositivo se aplica con independencia de la voluntad de los contratantes, está llamado a cubrir esa laguna del contrato cuando la cláusula se declara nula, pudiendo los jueces limitar sus efectos sobre la base de la buena fe. Así se desprendía de la anterior redacción del artículo 83 TRLGDCU, que se remitía expresamente al artículo 1258 CC. Pero esta remisión ha desaparecido con la nueva redacción del citado artículo 83, fruto de la confusa STJUE (C-618/10) de 14 de junio de 2012 (que prohíbe claramente la moderación, pero no aclara con la misma nitidez si procede la integración del contrato).

A partir de aquí la autora analiza si se puede eliminar la aplicación del Derecho supletorio en los casos en que, como ocurre con los intereses moratorios, la cláusula va referida a un elemento no esencial. Y ello, porque una respuesta afirmativa podría en una situación más favorable al deudor incumplidor. Desde luego, la finalidad de la Directiva 93/13, como ha destacado en reiteradas ocasiones el TJUE, no es sancionar al predisponente, sino restablecer el equilibrio material en los derechos y obligaciones de los contratantes. A la hora de restablecer ese equilibrio estudia la autora la posibilidad de realizar una interpretación integradora del contrato, en función de los pactos a los que hayan podido llegar las partes, y de la evolución de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, que ha culminado en la sorprendente doctrina de considerar abusivo el interés de demora pactado en un préstamo con consumidores cuando supere en dos puntos el interés remuneratorio previsto en el contrato. El problema es que en estos casos la declaración de nulidad no va referida a la cláusula entera, sino a los puntos porcentuales de incremento que supone el interés de demora respecto del remuneratorio. La autora se muestra muy crítica con este planteamiento y hace un análisis exhaustivo de las diversas maneras de enfocar esta solución, porque todo conduce a interpretar que lo que finalmente se hace es moderar la cláusula de intereses moratorios, aunque este último sea negado por el Tribunal Supremo.

Estamos a la espera de lo que decida el TJUE, tras la cuestión prejudicial planteada por el propio Tribunal Supremo en Auto de 22 de febrero de 2017. Para la autora, acaso el TJUE esté yendo demasiado lejos al tratar de proteger al consumidor mediante una sanción unilateral al empresario, porque insiste –idea que comparto plenamente– en que la finalidad de la Directiva 91/13 no es sancionar al predisponente, sino restablecer ese equilibrio en los derechos y obligaciones de los contratantes. Sería deseable que la respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas aportara la necesaria claridad en este punto, en vez de plantear nuevos interrogantes.

V. El notario Ángel Serrano de Nicolás presenta un completo trabajo sobre el «Control notarial de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios». El estudio se centra en analizar cómo y hasta dónde puede el notario controlar y, en su caso, denegar, la autorización de una escritura. A su juicio

el problema aparece de manera particular referido a tres tipos de cláusulas: la cláusula suelo, las que fijan los intereses moratorios y las de vencimiento anticipado en caso de impago. Partiendo de esta base se analizan pormenorizadamente los caracteres jurídicos que configuran los préstamos hipotecarios. El autor destaca la problemática que se suscita en los préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda habitual, porque no estamos ante una operación autónoma, sino coaligada económica y jurídicamente con la adquisición (y en ocasiones, combinada con una subrogación). Desde luego, en esta situación, el plazo de tres días que prevé el artículo 30 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, para que el cliente examine el proyecto de escritura pública de formalización del préstamo hipotecario en el despacho del notario, resulta insuficiente (además se prevé que el cliente pueda renunciar expresamente al citado plazo, lo que no pocas veces ocurre en la práctica). La normativa notarial exige en estos casos que el Notario de fe de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes. Lo que ocurre es que el cumplimiento de este deber, contenido en el artículo 17 bis de la Ley del Notariado y en el artículo 147 del Reglamento Notarial, se produce en un momento en que, en la práctica no existe una verdadera posibilidad de rechazar el préstamo hipotecario, tratándose de contratos bajo minuta. No obstante, se hace un estudio riguroso de las obligaciones que impone al Notario el artículo 147 del RN, para pasar después a analizar la evolución de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado respecto al control notarial de las cláusulas abusivas en los préstamos o créditos hipotecarios.

El autor pasa luego a analizar la normativa sectorial bancaria sobre la materia, y de manera particular las obligaciones que impone la Orden EHA/2899/2011, para concluir que el cumplimiento de esta normativa no basta para ver colmada la protección de los consumidores y usuarios. A su juicio debe prevalecer la protección a los consumidores frente a las normas de la citada Orden dirigidas en general al «cliente de servicios bancarios». Teniendo en cuenta lo anterior, el estudio se centra en comparar la sanción de nulidad prevista en el Código, con la nulidad regulada por la legislación consumerista, que no se centra en los vicios del consentimiento, y que solo puede ser solicitada por el consumidor. Para ello se centra, por un lado, en la declaración de abusividad de la cláusula referida a los intereses moratorios, y en la problemática planteada por la jurisprudencia en cuanto a la posibilidad de aplicar como Derecho supletorio el artículo 1108 CC; y por otro, en la polémica generada en torno a la STS de 25 de marzo de 2015 sobre la retroactividad limitada en el tiempo de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo.

El autor defiende con diferentes argumentos el control notarial de abusividad de las cláusulas que sean claramente nulas y de las que consten inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. En este sentido, en la futura reforma del artículo 84 TRLGDCU, contenida en el Proyecto de Ley de contratos de crédito inmobiliario de 2017, se dispone que notarios y registradores no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas, no solo –como hasta ahora– declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, sino que se añaden igualmente las «cláusulas que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o hubieran sido declaradas nulas por abusivas en sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia». No obstante, Serrano de Nicolás entiende que la función notarial no puede extenderse al control de transpa-

rencia material, ya que en este caso debe ser el juez el que valore todo el proceso de contratación en su conjunto, mientras que el Notario solo interviene en la fase final (como viene a reconocer la STS de 8 de junio de 2017). Sin embargo, en la STS de 9 de marzo de 2017 el tribunal tiene muy en cuenta la intervención del Notario para considerar que una cláusula suelo no era abusiva: «en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia».

Aunque se cita en repetidas ocasiones la Directiva 2014/17/UE, lo cierto es que en momento de publicarse el trabajo no se tenía noticia del proyectado desarrollo de la misma. El Proyecto de Ley de crédito inmobiliario de 2017 incide directamente en esta cuestión en su artículo 13 al otorgar al Notario un papel relevante precisamente en el control de transparencia material. Así, se prevé que el prestatario comparezca ante el notario por él elegido a efectos de obtener presencialmente el asesoramiento descrito en dicho precepto, que termina con un acta notarial previa a la formalización del préstamo hipotecario. La trascendencia de este asesoramiento se pone de relieve en el artículo 13.5, conforme al cual «el contenido del acta se presumirá veraz e íntegro, y hará prueba del asesoramiento prestado por el notario y de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos, a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material». El control notarial en esta fase final me parece muy positivo. En cambio me parece criticable la presunción referida, que espero que sea objeto de supresión o modificación a lo largo del *iter* parlamentario. La presunción solo beneficia al predisponente, cuando en realidad debería ser éste el que demostrara en su caso que la información suministrada ha sido completa y transparente. Como destaca el propio Serrano de Nicolás, la valoración en estos casos debe ser claramente judicial y no notarial, «pues la información, una vez más, no puede ser únicamente al momento final o del otorgamiento, sino que debe ser ya en el inicial de los tratos preliminares».

VI. El libro se cierra con un estudio del profesor Dieter Krimphove, titulado «The Europeanization of Commercial Agency Law», en el que, partiendo de postulados del análisis económico del Derecho, propone aplicar metodologías económicas con el objeto de alcanzar una armonización entre diferentes legislaciones, analizando la eficacia y oportunidad de la europeización de los Derechos nacionales. Para ello se parte del principio de subsidiariedad, recogido en el artículo 5.3 del Tratado de la Unión Europea, que implica que la UE, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, intervendrá solo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión. Y se toma como punto de referencia la regulación de la Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, a la que aplica un método comparado (Comparative Economie of law).

Dentro de estas metodologías económicas destacan los «institutes», como herramientas para minimizar los costes de transacción, y para analizar las nor-

mas aplicables con la finalidad de valorar sus consecuencias económicas. A lo largo del trabajo se van analizando varios ejemplos concretos, que ponen de relieve la conveniencia o no, según los casos, de una europeización de la regulación del contrato de agencia, en función de que se reduzcan o no los costes de transacción. Igualmente toma en consideración la influencia que pueden tener las reglas del Derecho Internacional Privado, como el Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), cuyo artículo 3 consagra el principio de libertad de elección de la ley aplicable. Y ello porque considera que las partes normalmente elegirán un sistema jurídico con el que están familiarizados, lo que a su juicio permite también a los contratantes economizar los costes de transacción. Resultan sumamente sugerentes las ideas desarrolladas, que ponen de relieve la trascendencia de aplicar estas metodologías económicas, si bien me parece algo limitado el objeto de estudio a los contratos a que se refiere la Directiva 86/653.

VII. Estamos, en suma, ante un libro que recoge un enfoque novedoso de cuestiones clásicas del Derecho Privado, analizándolas con rigor y huyendo de visiones puramente descriptivas. Las aportaciones de los diferentes autores son muy sugerentes, porque ofrecen soluciones reales a problemas concretos, y abren nuevas líneas de investigación. Imprescindible para entender la deriva de la jurisprudencia del TJUE sobre cláusulas abusivas, y para enfocar adecuadamente el desarrollo de la Directiva 2014/17/UE, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis/CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: *Derecho internacional privado*, vol. I, 17.^a edición, Comares, Granada, 2017, 1004 pp.; CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis/CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 17.^a edición, Comares, Granada, 2017, 1644 pp.

Ve la luz con el inicio del curso académico 2017/2018 la decimoséptima edición de una obra que, sin duda, puede ya calificarse como un clásico de la bibliografía del Derecho internacional privado en España. Y me atrevería a decir que no solo en España. Se trata del Derecho internacional privado de A-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, de nuevo en dos volúmenes y que esta vez ocupan, en total, más de dos mil seiscientas páginas.

Se trata de un estudio omnicomprensivo de Derecho internacional privado, y eso es evidente desde que el libro se abre y se maneja someramente.

El carácter más destacable de este libro es su enfoque europeísta. Los autores distinguen, con toda claridad y coherencia expositiva, entre el Derecho internacional privado español y el Derecho internacional privado europeo. Aunque ambos ordenamientos jurídicos coexisten pacíficamente en España integrados en un sistema legal coherente, se trata, cierto es, de dos ordenamientos jurídicos bien distintos. Con valores diferentes, con objetivos propios cada uno de ellos, ambos ordenamientos se conectan en virtud de un

mecanismo de «vasos comunicantes». En este sentido, el Derecho internacional privado de A-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González muestra con convicción, que el DIPr. español, todavía anclado mayoritariamente en normas preconstitucionales encapsuladas, por ejemplo, en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil y en el artículo 22 y colindantes de la LOPJ («normas zombis», decía Carrascosa en la conferencia que le escuché en la Academia Matritense del Notariado hace unos meses), se encuentra en proceso de declive generalizado. Sus normas apenas se aplican hoy día y en su lugar, las normas del Derecho internacional privado europeo son las que determinan, en los casos internacionales, cuáles son los tribunales competentes, cuál es la Ley aplicable y qué resoluciones extranjeras pueden surtir efectos legales España. El sistema de Derecho internacional privado aplicable en España se ha europeizado y la obra aquí recensionada se muestra convencidamente europeísta, en línea con la realidad. El Derecho internacional privado europeo presenta más calidad que el español, acoge soluciones más modernas y, quizás lo que resulte más definitivo, es que los criterios seguidos por las normas europeas de DIPr. proporcionan una Justicia más acabada que garantiza la eficiencia en la solución de las cuestiones jurídicas que plantean la situaciones privadas internacionales.

El Derecho internacional privado de A-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González muestra también la inconcusa potencia del Derecho internacional privado en el siglo XXI. El Derecho internacional privado de nuestros días cubre todas las esferas del ser humano: desde su nacimiento y su nombre, hasta su sucesión *mortis causa* pasando, naturalmente por una vida azarosa en lo personal y emocionante en sus negocios. No existen ya espacios vacíos de práctica legal en Derecho internacional privado, y esta obra se ocupa de ofrecer un panorama completísimo de toda la normativa de Derecho internacional privado aplicable, sea europea o española, a la vida internacional de los particulares en nuestros días. En esta línea, este Derecho internacional privado es una obra de Derecho positivo. Las normas que se estudian son normas vigentes, son las normas que se aplican por los tribunales de justicia en el momento presente. Las consideraciones de *lege ferenda* se encuentran con frecuencia en el texto, pero son reflexiones que no ocultan en ningún caso que lo que la obra explica son normas de Derecho positivo. Es el Derecho que se aplica, y en ella lo que hay son razonamientos jurídicos, para que sea el lector quien, tras encontrar la solución a cada caso, lleve a cabo las divagaciones morales, sociológicas o de otra naturaleza, que le parezca oportuno y conveniente. Y le aseguro a ese lector que serán muchas las que se sentirá tentado de hacer, a partir de los datos empíricos que se relatan. Para los que somos especialistas en responsabilidad civil, es un gusto poder leer, para poner en evidencia la complejidad de la cuestión cuando hay implicaciones internacionales, que «la inmensa mayoría de los automóviles y ordenadores que se venden y comercializan en España no están fabricados en España y/o contienen componentes fabricados en China, Corea, Singapur, Malasia, Taiwán, Indonesia y otros lejanos países». Pensemos en la STS de 13 enero 2015, que puso de manifiesto las diferencias de protección que pueden existir en función de la ley aplicable. Se trataba de un accidente aéreo ocurrido en el lago Constanza por un defecto del sistema anticollisión de los aviones, donde fallecieron todos los ocupantes –casi todos rusos– que viajaban desde Moscú a Barcelona. Los familiares de las víctimas reclamaban responsabilidad extracontractual a las empresas norteamericanas, en cuanto diseñadoras, fabricantes, vendedoras, distribuidoras y/o responsables del ser-

vicio de información, técnico y postventa del sistema anti-colisión. Pero lo hicieron ante los tribunales españoles al haber prosperado la doctrina del «forum non conveniens». Y los órganos jurisdiccionales españoles tuvieron que aplicar el Derecho de Nueva Jersey y de Arizona, donde tenían su sede social las empresas fabricantes, si bien el Tribunal Supremo tuvo también que razonar en sede de Derecho suizo, pues también se alegó por los demandantes, sin éxito, el mal funcionamiento de los responsables del control aéreo en el área de Zúrich. Es éste un simple ejemplo, pero es que el tono del tratamiento de los miles de ejemplos que ofrecen los autores ofrece siempre al lector tesituras semejantes.

La obra presenta al Derecho internacional privado como un sector del Derecho de alta velocidad, en el que el presente, cual singularidad cuántica, ha llegado ya al futuro. La vida actual de las personas, inmersas en sociedades líquidas, se mueve a gran velocidad. El cambio, la movilidad, la libre circulación, son las señas de identidad de este tiempo. En ese sentido, esta obra enseña un DIPr. diseñado para dar solución a las cuestiones legales intrínsecamente internacionales de las personas, de los protagonistas de la vida internacional actual. Cuestiones complejas y poliédricas, sí, pero también intelectualmente fascinantes. Entre tales cuestiones, merece la pena destacar algunas que son abordadas con especial énfasis, profundidad y elegancia. La gestación por sustitución, germen de discusiones eviternas, es presentada de forma muy particular, arraigada en los valores y en los principios que presiden el sistema jurídico español y europeo. Ello permite ofrecer interpretaciones muy valiosas ancladas en el interés del menor. La competencia judicial en el sector de los contratos y de la responsabilidad extracontractual también se estudia con máximo detalle. Ello hace que sea posible percibir la riquísima realidad de hipótesis contractuales y de daños en el escenario internacional. También el tema dedicado al divorcio y demás supuestos de crisis matrimoniales explora hasta los particulares más recónditos, lo que produce la sensación de contemplar toda una galaxia con un ojo de halcón. Y ésa es una sensación que transporta una estética jurídica y eleva el espíritu a través del Derecho. Desde luego, no se puede exigir a ninguna obra que sea exhaustiva en los ejemplos, y menos en esta materia. Pero la sensación para el que la consulta es la del que tiene la seguridad de que el ejemplo concreto que le haga falta, sea de la materia que sea, ahí va a estar. Acompañado de su sentencia, pues la actualización anual de esta obra, que con tanto mimo hacen los autores, desemboca precisamente en esa sensación. Y eso se agradece.

En realidad, el Derecho internacional privado de A-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González es una obra renacentista. Y es que se trata, en efecto, de un estudio de Derecho internacional privado pero que no solo enseña Derecho internacional privado, sino historia, Derecho comparado, arte, economía y literatura. Por eso es una obra renacentista. Los sucesivos temas presentan los antecedentes históricos de las regulaciones actuales, explican los cambios legislativos más importantes, la evolución de las normas. Del mismo modo, las soluciones jurídicas son exploradas con las correctas dosis de Derecho comparado, pues se muestra lo que otros legisladores nacionales hacen y aplican en la materia. Las normas jurídicas de Derecho internacional privado ocupan siempre el cénit de la pirámide y son objeto de máxima atención, pero el arsenal de argumentos empleados para su exposición y razonamiento bebe en fuentes muy diversas. Es una obra que, por renacentista y plural, es diversa, completa y multidimensional. Una obra que enriquece al que la consulta y que cuantas más veces la consulta, más enriquece.

Un rasgo especialmente atractivo de esta obra radica en la importancia dada, en el seno de la llamada Parte Especial del Derecho internacional privado, al Derecho patrimonial. Durante décadas, dicha Parte Especial ha estado dominada por el Derecho de familia: el vértigo del estatuto personal estaba también presente en los libros. Las lecciones y temas dedicadas a la persona y a la familia eran siempre más extensas y profundas que las consagradas al Derecho patrimonial. No es así en el Derecho internacional privado de Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González. Resultan impresionantes los cuatro temas dedicados a la contratación internacional. En ellos se estudian más de noventa figuras contractuales distintas propias de la contratación internacional, y ello con intensidad, rigor y disciplina. El escenario final es realmente exhaustivo (esta vez sí) y embriagador. El Derecho Patrimonial dispone, en esta obra, del espacio que se merece. Allí el lector encontrará reflexiones sobre temas tan variados como el trust anglosajón, los efectos de las escrituras públicas extranjeras en España, una exploración completa sobre las propiedades especiales en el ámbito internacional, el tratamiento legal de una pléyade de daños distintos de todo género, clase, tipo y condición, y muchas más cuestiones propias del Derecho regulador de los negocios internacionales.

Particularmente atractivo resulta el presente estudio desde el punto de vista de la aplicación práctica del Derecho internacional privado. El Derecho internacional privado ya no es un grupo de normas esotéricas, extrañas e incomprensibles sobre las que teorizar era posible pero aplicarlas no lo era. La obra enseña Derecho internacional privado. Un Derecho internacional privado útil, que sirve para que los aplicadores prácticos del mismo, –jueces, notarios, registradores, abogados, autoridades consulares, etc.–, puedan consultar y calibrar el sistema vigente para proporcionar soluciones justas a problemas jurídicos reales de la realidad jurídica internacional. Se trata, justo es decirlo, de un libro lleno de casos prácticos, de un libro enfocado a la práctica del Derecho internacional privado. Es, en verdad, un libro empleado en los tribunales y en los despachos de abogados dedicados al Derecho internacional privado. Sin embargo, ello no empece su extraordinario valor para aquéllos que tienen la inmensa fortuna de estudiar Derecho internacional privado por primera vez en la vida. Los estudiosos, primerizos o expertos, del Derecho internacional privado encontrarán en esta obra una exposición formativa que ayuda a forjar un modo de pensar en Derecho. Un modo argumentativo en el que cada regla y norma legal y cada interpretación del sistema se justifica en su adecuada argumentación jurídica: las mejores reglas son las que se hallan mejor argumentadas, las que, en definitiva, ponen en práctica y sintonizan mejor con los principios y valores que presiden el sistema jurídico y que se encuentran en la Constitución española y en los Tratados que conforman el Derecho europeo originario.

Este Derecho internacional privado de A-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González es también, a la vez, un libro conflictualista y un libro de marcado tinte procesal. En esta obra, la atención prestada al Derecho procesal civil internacional es muy notable. La mayor parte de los problemas legales de Derecho internacional privado, justo es admitirlo, se resuelven en el plano de la competencia internacional de los tribunales y demás autoridades españolas. Del mismo modo, las cuestiones suscitadas por los efectos legales que surten en España las resoluciones extranjeras disponen de una atención muy cuidada. Por otro lado, la obsesión por estudiar tipos de normas reguladoras del Derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales, un

rasgo característico de las obras generales de DIPr. desde 1950 hasta finales de siglo, queda ampliamente superada en este Derecho internacional privado de Calvo Caravaca y Carrascosa González. En la obra, las normas de conflicto ocupan el lugar que se merecen: el centro. La inmensa mayoría de normas de Derecho internacional privado son normas de conflicto y ello no es el resultado de una tradición heredada de la Edad Media o de un capricho de profesores elevados en su inalcanzable *turris eburnea*. Es producto de la eficiencia jurídica. Esta obra defiende, con sólidos argumentos, que la norma de conflicto es el tipo normativo que mejor hace justicia entre los particulares en el escenario internacional. Es la norma que permite ofrecer soluciones jurídicas al menor coste posible, del modo más rápido y sobre todo, de la manera más equilibrada. La ponderación está presente en la norma de conflicto, un tipo normativo no chauvinista sino internacionalista, que ofrece oportunidades de aplicación a todos los Derechos estatales por igual. Es el ideal kantiano transformado en norma jurídica, ideal que conecta con la más clásica tradición del mejor Derecho internacional privado representado por F. K. von Savigny y tantos otros cultivadores de este sector del Derecho que siempre creyeron en la norma de conflicto como instrumento técnico de la mejor Justicia.

Este libro constituye también un homenaje y una declaración de fe en la libertad. Decía Friedrich August von Hayek que «la fe en la libertad se basa en la convicción de que libera más fuerzas para el bien que para el mal». Esta obra deja traslucir que la libertad de las personas para cambiar de país de residencia, hacer negocios en otros países, buscar el amor fuera en lejanos lugares, encontrar trabajo en otras sociedades, es la libertad que hace del mundo un lugar mejor. Esta obra es una apuesta por la libertad y también un ejemplo de libertad. Pero, sobre todo, ante todo y por encima de todo, el Derecho internacional privado de Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González es una gran obra jurídica que proporciona un perspicuo placer a los amantes del mejor Derecho.

Marino YZQUIERDO TOLSADA
Catedrático de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid

SCHWEIZER, Urs: *Spieltheorie und Schuldrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, 344 pp.

La teoría de los juegos es –como resulta bien conocido para los estudiosos de la economía– una disciplina que se dedica al estudio de modelos matemáticos de conflicto y cooperación entre sujetos inteligentes que toman decisiones racionales. En esta disciplina matemática se denomina «juegos» a esos modelos que describen estructuras formalizadas de incentivos en la toma de decisiones estratégicas. La teoría de los juegos se originó en los años 40 y 50 del siglo XX con la obra pionera de los matemáticos John von Neumann, Oskar Morgenstern y John Nash, pero con algunos precedentes remotos ya desde el siglo XVIII (James Waldegrave y James Madison). No es casual su aparición en esa época, justamente la de la Guerra Fría, en la que la posibilidad de un conflicto armado de destrucción mutua garantizada entre las dos superpotencias alcanzó su punto álgido, y las necesidades de la estra-

tegia militar demandaban nuevos análisis para las situaciones de enfrentamiento y recelo mutuo. De ahí que las primeras aplicaciones de la teoría estuvieran ligadas a la industria militar. Pero pronto se vio que la potencialidad de sus análisis era tal, que podía ser aplicado en muchas otras áreas, ya que como un «juego matemático» puede contemplarse una gran variedad de situaciones, desde las más obvias, como una partida de ajedrez o de póker, hasta las más complejas, como el desarme nuclear o una subasta de suministro de energía. En la actualidad la teoría de los juegos se usa en muchas otras disciplinas, además de la economía (particularmente en el campo de la teoría microeconómica y el estudio de mercados competitivos), como es el caso de la biología, la psicología, la cibernética y la computación, y las ciencias sociales en general (*vid.* al respecto, v. gr. J. Fernández Ruiz, «La teoría de los juegos en las ciencias sociales», *Estudios sociológicos* XXII/66 [2004], pp. 624-646). Era prácticamente inevitable, por tanto, que acabara por extenderse igualmente al ámbito jurídico, en el marco de lo que viene llamándose en los últimos años análisis económico del Derecho o *Law and Economics* (sobre el tema puede verse un estudio introductorio general bastante claro en J. Barragán, «Las reglas de la cooperación», *Doxa* 6 [1986], pp. 329-384).

Un terreno particularmente abonado para este modelo de análisis es el del Derecho de obligaciones (*cf.* v. gr. R. Barcia Lehmann, «Los efectos de las obligaciones desde la perspectiva del análisis económico del Derecho», *Cuadernos de análisis jurídico* 1 [2004], pp. 127-169; L. M. R. Garrido Cordobera, «La negociación contractual y el análisis económico», *Pensar* [Fortaleza, Brasil] 13/1 [2008], pp. 21-28). Considerando que la teoría de los juegos se ocupa de los conflictos entre sujetos racionales que recelan el uno del otro, o el enfrentamiento entre competidores que interactúan y se influyen mutuamente, de modo que la decisión que tome uno de los sujetos influye necesariamente en la decisión que adoptará el otro, y el resultado del conflicto se determina a partir de todas las decisiones tomadas por todos los intervinientes, es obvio que, dentro del Derecho civil, el ámbito que mejor se adapta ese cuadro es el del Derecho de obligaciones, particularmente el Derecho contractual, donde sin duda se encuentran numerosas situaciones engañosas y segundas intenciones en toda negociación (el *dolus bonus*, apuntado ya por los juristas romanos), pero también el Derecho de daños, donde el «juego» entre aseguradoras y damnificados puede ser objeto igualmente de análisis formal (*vid.* un ejemplo de estudio al respecto en F. Gómez Pomar, «El asunto Preysler y la teoría de los juegos», *InDret* 1 [2002], pp. 1-13).

La obra que aquí comentamos constituye, a mi juicio, una excelente introducción al problema de la utilización de la teoría de los juegos al ámbito obligacional. El libro aborda todos los problemas fundamentales del Derecho de obligaciones que son susceptibles de un análisis de este tipo, sin ahorrar al lector las dificultades formales que encierra este campo de la investigación. El autor es un decidido partidario del uso del formalismo matemático para este tipo de estudios, mostrándose escéptico respecto de la posibilidad enfocar un análisis riguroso de los problemas sociales desde la óptica de la teoría de los juegos son recurrir a un instrumental matemático, aunque sea básico. La razón de ello, a su juicio, es que esta teoría parte de una acusada modelización, que exige necesariamente el uso de un lenguaje formalizado para no resultar ambigua o incompleta (en este sentido, el autor critica la conocida obra de Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge [Mass.]/London, 2004, que fue un intento de presentar algunos de estos problemas sin recurrir al formalismo matemático, a fin de hacer el análisis

más comprensible para el jurista medio). Con todo, debe decirse a su favor que ha intentado reducir el instrumental matemático del libro a lo más elemental posible, y asimismo el último capítulo del libro (10) es justamente un apéndice en el que resume y aclara los conceptos matemáticos utilizados y los resultados de su estudio.

El libro es una recopilación actualizada de trabajos previos del autor (profesor de Economía Política en la Universidad de Bonn), resultado de diversos seminarios interdisciplinarios en su Universidad dedicados a estas cuestiones (algunos de ellos ya previamente publicados, como v. gr. Urs Schweizer, *Spieltheorie und Schuldrecht-Der Ersatz reiner Vermögensschäden*, Padeborn, 2005). La actual publicación comprende nueve capítulos y un apéndice, precedidos de una introducción en la que expone las principales características del método utilizado, y con una serie de ejercicios resueltos al final del libro de aplicación de los conocimientos desarrollados previamente, de manera que la obra presenta un carácter híbrido entre monografía especializada y libro de texto introductorio. En cualquier caso, el libro dista de ser una mera recopilación de conceptos y doctrinas de general conocimiento, sino que expone puntos de vista propios y originales que, sin duda, pueden resultar muy sorprendentes para el jurista estándar, poco acostumbrado en nuestros días al modo de razonamiento matemático. El libro tiene además la ventaja para el lector europeo-continental de que aborda las cuestiones tratadas sobre la base del Derecho civil alemán (§§ 241-853 BGB), y no desde el enfoque habitual de los estudios de *Law and Economics*, generalmente escritos en inglés y demasiado focalizados en el Derecho norteamericano.

A lo largo de sus nueve capítulos, el autor va desgranando los diversos temas del Derecho de obligaciones que mejor pueden ser abordados por la teoría de los juegos. Los cinco primeros capítulos tratan de la cuantificación de la indemnización por daños en un modelo estandarizado de accidente. El primer capítulo se dedica al tipo más simple, la versión unilateral del modelo, en la que el deudor decide unilateralmente sobre la cuantía de los gastos de atención que ha de abonar, mientras que el acreedor permanece pasivo. En ese capítulo se describe el «principio de compensación» (*Kompensationsprinzip*, que se remonta a la teoría de Friedrich Mommsen de mediados del siglo XIX) que es utilizado frecuentemente en los capítulos posteriores y se remite a diversas aplicaciones del mismo, con un amplio tratamiento de la discusión sobre los requisitos de la causalidad. La base normativa de ese concepto está en los parágrafos 249 (clases y ámbito de la indemnización por daños), 251 (indemnización en dinero) y, especialmente, 823 (la obligación de indemnizar) del BGB. A juicio del autor, el principio de compensación contenido en esa descripción contiene una condición suficiente (pero no necesaria) para proporcionar incentivos suficientes al cumplimiento de la obligación.

El segundo capítulo describe una comparación en intensidad de los incentivos cuando resultan lesionadas las condiciones suficientes referidas en el capítulo anterior. En este capítulo se introduce un principio complementario del anterior –el «principio de intensidad» (*Intensitätsprinzip*)–, que también tiene una amplia aplicación. Según este principio, la intensidad de los incentivos al cumplimiento se puede comparar inequívocamente, en la medida en que la diferencia de las funciones de objetivos puede representarse a través de una función monótona creciente de los gastos de cuidado y curación de la víctima del daño. En este capítulo se analiza la situación planteada en el

§ 831 BGB sobre la responsabilidad del dueño del negocio por actuaciones de sus auxiliares.

El tercer capítulo amplía la estructura de decisiones unilaterales desarrollada hasta ese momento, y presupone que también el acreedor puede influir activamente en lo que vaya a acontecer. En caso de daño se plantea lógicamente la cuestión de la posible concurrencia de culpas por parte del acreedor. El principio de compensación bilateral, según el autor, indica suficientes condiciones para que el equilibrio de Nash (uno de los principales conceptos técnicos de la teoría de los juegos) producido por un deudor y un acreedor racionales coincida con la solución de referencia, esto es, que ambas partes tengan incentivos suficientes para el cumplimiento. La base normativa de este capítulo son los §§ 254, 421 y 426 BGB.

El capítulo cuarto se ocupa de los daños puramente patrimoniales, que en el Derecho alemán a menudo no son compensables. Los daños puramente patrimoniales se producen sobre todo si un comportamiento prohibido de un deudor potencial influye en las condiciones del mercado. En opinión del autor, resulta difícilmente justificable desde un punto de vista económico que no se tengan en consideración los daños puramente patrimoniales. En todo caso, los daños puramente patrimoniales sí se tienen en cuenta en el Derecho alemán cuando el causante del daño atenta contra una norma dirigida a la protección de la otra parte (§ 823 II BGB) o si causa daños intencionadamente a la víctima de un modo que atenta las buenas costumbres (§ 826 BGB).

A su vez, el capítulo quinto se refiere las partes que tienen una aversión al riesgo y se da una fundamentación para el hecho de que en los demás capítulos se presuponga la neutralidad de todos los actores con relación al riesgo. Se trata de un capítulo de transición, que se centra en un aspecto muy particular de la teoría y que no resulta imprescindible en el desarrollo completo de la obra.

Si en la primera parte de la obra el protagonismo ha correspondido al Derecho de daños (probablemente el territorio estrella del análisis económico del Derecho, *cf.* v. gr. S. Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard [Mass.]/London, 2007), los tres capítulos siguientes se dedican, a su vez, a los recursos jurídicos en el marco del Derecho contractual. El primero de ellos (cap. 6) parte de un negocio jurídico binario: el acreedor hace una inversión en la confianza del cumplimiento de la otra parte, y suscribe un contrato simple que presume un cumplimiento incondicionado a un precio fijo. En caso de una eventual lesión de los deberes contractuales, entran en juego los remedios previstos en el ordenamiento para los casos de ruptura de la confianza de la otra parte. El análisis conduce a la conclusión de que la mayoría de los remedios legales llevan a unas excesivas expectativas en las inversiones del acreedor. Los textos normativos a los que se alude en este capítulo abarcan una gran cantidad de cuestiones jurídico-obligacionales (§§ 122, 241, 249, 250-251, 275, 280-282, 284, 340, 343 BGB).

El capítulo séptimo introduce un modelo de decisiones de cumplimiento estables que también permite tematizar el cumplimiento parcial y defectuoso de las obligaciones contractuales. En conexión con los remedios jurídicos que el ordenamiento proporciona a la parte perjudicada por el comportamiento de la otra, surge entre ambas partes una interesante interacción estratégica que puede reconducirse a unos eficientes incentivos al cumplimiento de una y otra. La base normativa de este capítulo es la misma que en el capítulo anterior.

El capítulo octavo, a su vez, se ocupa de las inversiones con efectos externos (también llamadas inversiones cooperativas), que son aquellas en que las actuaciones del acreedor ya no influyen en los beneficios propios derivados del cumplimiento, sino en los costes del cumplimiento por el deudor. Los resultados de este análisis se distinguen cualitativamente de aquellos que se derivan de las inversiones con efecto sobre uno mismo, de manera que una serie de remedios jurídicos, en diversas combinaciones, ofrecen incentivos eficientes para la inversión al menos para una de las partes, siempre que se trate de inversiones de carácter cooperativo. La base normativa de este capítulo es la misma que en los dos capítulos anteriores.

Por fin, el capítulo noveno es el único que trata de la problemática precontractual, y encuadra dentro de la misma el clásico problema económico denominado «problema del hold-up», que se refiere a una situación en la que dos partes están dispuestas a realizar un negocio que requiera inversiones específicas de una u otra de las partes. El problema surge cuando una de las partes se arriesga a perder la inversión realizada en ese negocio por culpa de un comportamiento oportunista de la otra parte producido a consecuencia de la conclusión del mencionado negocio. En el texto se comparan especialmente los incentivos para facilitar información a la otra parte con y sin deber de transparencia. A juicio del autor, el Derecho alemán proporciona solo soluciones rudimentarias a los problemas derivados de una información asimétrica entre las partes contratantes (acción de nulidad por dolo del §123 BGB y anulabilidad por error del §123 BGB).

El último capítulo, como ya se ha indicado más arriba, es un apéndice con los conceptos matemáticos que resultan imprescindibles para la comprensión del «principio de compensación» y el «principio de intensidad».

En resumen: el libro es una obra densa, compleja, muy exigente pero de apasionante lectura, ciertamente no apta para todos los paladares, pero que está llamada a constituir un texto de referencia para todos los interesados en los modernos avances del análisis económico del Derecho y de la progresiva formalización del lenguaje jurídico, cuyos primeros pasos, a juicio de quien suscribe, por el momento solo acertamos a atisbar en el horizonte, pero que se acercan irremisiblemente a medida que el predominio de la máquina sobre las decisiones humanas va siendo cada vez más evidente en nuestras sociedades postindustriales.

Francisco J. ANDRÉS SANTOS
Catedrático de Derecho Romano
Universidad de Valladolid