



Control causal, soluciones de equidad y exigencia de la responsabilidad civil

Particular tratamiento del *ius retentionis*, los daños punitivos y la cláusula *rebus*

Francisco de la Torre Olid

Doctor en Derecho Civil

Profesor contratado doctor.

ESIC Business & Marketing School (España)

fdelatorreo@universidadviu.com | <https://orcid.org/0000-0002-5188-6118>

Extracto

La eficacia jurídica requiere un despliegue de los instrumentos articulados por el legislador o extraídos de los argumentos de justicia latentes en el ordenamiento para servir a su mayor significación jurídica. Al tiempo, esta proyección no cabe construirla *ex novo*, sino a partir de una fundamentación que se encuentra, en gran medida, en el texto codificado. La vitalidad y actualidad del Código Civil, armonizadas con los referentes constitucionales, ofrecen las bases para apreciar la lógica y coherencia del derecho, que hoy se debe mostrar en su mejor versión para alcanzar soluciones de justicia material con un catálogo de recursos, radicados en el control causal y la ponderación de la equidad, de un lado; y, de otro lado, en la objetivación de la culpa y en el efecto sancionador, para explicar la medida de exigencia de la responsabilidad civil. El presente estudio relaciona y explica un cuadro de medidas que sirven, por una parte, al aseguramiento y al agravamiento de la responsabilidad; y, por otra parte, para su dulcificación o excusa. Se distinguen así instrumentos como el *ius retentionis*, la responsabilidad por riesgo, el efecto sancionador añadido al de la reparación, el control causal frente a la abusividad y la posibilidad de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Palabras clave: control causal; equidad; responsabilidad civil; *punitives damages*; objetivación de la culpa; *ius retentionis*; cláusula *rebus*.

Recibido: 30-08-2023 / Aceptado: 04-10-2023 / Publicado: 05-12-2023

Cómo citar: Torre Olid, F. de la (2023). Control causal, soluciones de equidad y exigencia de la responsabilidad civil. Particular tratamiento del *ius retentionis*, los daños punitivos y la cláusula *rebus*. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 275, 35-68. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.19369>



Causal control, solutions of equity and requirement of civil responsibility

Particular treatment of *ius retentionis*, punitive damages and the *rebus* clause

Francisco de la Torre Olid

Abstract

Legal effectiveness requires a deployment of the instruments articulated by the legislator or extracted from the latent justice arguments in the law to serve their greatest legal significance. At the same time, this projection cannot be built *ex novo* but from a foundation that is found, to a large extent, in the codified text. The vitality and topicality of the Civil Code, harmonized with the constitutional references, offer the bases to appreciate the logic and coherence of the law that today must be shown in its best version to achieve solutions of material justice with a catalog of resources, based on the control causal and equity weighting, on the one hand; and, on the other hand, in the objectification of the fault and in the sanctioning effect, to explain the measure of demand of the civil responsibility. This study relates and explains a table of measures that serve, on the one hand, to secure and aggravate liability; and, on the other hand, for its sweetening or excuse. Thus, instruments such as *ius retentionis*, liability for risk, the sanctioning effect added to that of reparation, causal control against abusiveness and the possibility of application of the *rebus sic stantibus* clause are distinguished.

Keywords: causal control; equity; civil liability; punitive damages; fault objectification; *ius retentionis*; *rebus* clause.

Received: 30-08-2023 / Accepted: 04-10-2023 / Published: 05-12-2023

Citation: Torre Olid, F. de la (2023). Control causal, soluciones de equidad y exigencia de la responsabilidad civil. Particular tratamiento del *ius retentionis*, los daños punitivos y la cláusula *rebus*. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 275, 35-68. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.19369>



Sumario

1. Preámbulo
2. De la exoneración de la responsabilidad civil a la inexcusabilidad
3. Otros supuestos de daños punitivos
4. El *ius retentionis* como instrumento de garantía de la reparación justa
5. El abuso de derecho como referente para el control causal
6. La tutela del daño moral para la mayor exigencia de la responsabilidad civil
7. La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*
8. Otras medidas de control causal, justicia material y exigencia de la responsabilidad
 - 8.1. La inversión de la carga de la prueba, frente al *incumbit probatio qui dicit*
 - 8.2. La solidaridad en el lado pasivo, frente a una regla general de mancomunidad
 - 8.3. La acción colectiva del lado activo
 - 8.4. La responsabilidad objetiva o por riesgo
 - 8.5. El comiso, la atribución en propiedad y la afección real
 - 8.6. Las medidas cautelares y otras soluciones inmediatas en el tiempo
 - 8.7. Derecho de participación, revisión por equidad
 - 8.8. Derechos irrenunciables y control de legalidad
9. Conclusiones
 - 9.1. Vitalidad y actualidad del Código Civil
 - 9.2. Normalización de las medidas de aseguramiento y de agravamiento de la responsabilidad civil
 - 9.3. Control causal y equidad
 - 9.4. Concreción de los requisitos que legitiman el plus de la responsabilidad o su excusa

Referencias bibliográficas



1. Preámbulo

La virtualidad y eficacia jurídica se ha de traducir en el cumplimiento del derecho, como instrumento nacido para su realización material. Situados en esta premisa, se trata de ir más allá de una reacción ante la infracción para que, en caso de esta, de verdad se consiga la reparación completa, se logre la *restitutio in integrum*. También se busca justificar la necesidad de acoger medidas complementarias a la función reparadora que, incluso, supongan un castigo para que, advertidos de esa ejemplaridad, se logre disuadir de todo incumplimiento del débito y satisfacer al perjudicado. Además, la sanción se podrá predicar no solo ante un incumplimiento, sino que cabrá aplicarla en caso de que en el ejercicio de un derecho y realizando un acto lícito, velando su desenvolvimiento, se aprecie un ejercicio abusivo, un comportamiento antisocial o un enriquecimiento injusto.

Según se abundará en expositivos siguientes, nos preocupará verificar la concurrencia de los requisitos esenciales del negocio jurídico en el momento de su perfección, como también apostar por la proyección del control causal en el tiempo de la ejecución del mismo, según nos indican tanto los preceptos generales (en el título preliminar del Código Civil, en el art. 7 CC) como los preceptos particulares (con ocasión de regular el estatuto obligacional del usufructuario, en el art. 520 CC).

En suma, anunciamos el compromiso de encontrar razonamientos y fundamentos de derecho suficientes en nuestro texto codificado, para entender bases, tradición y proyección que, frente al incumplimiento de las obligaciones, garanticen la mayor censura y que, en caso de ejercicio de derecho, permitan desplegar un control posterior para garantizar su desenvolvimiento ajustado al interés general, comprometido con el referente social y proscribir la abusividad.

Con este preámbulo se está afirmando que, frente a la mera posibilidad, tenemos soluciones entre culpa y riesgo, para no aplicar de manera exclusiva y excluyente el presupuesto de la medida de la diligencia según la culpa o que solo quepa el reproche culpabilístico. Además,

se confirma que, junto a la función de la responsabilidad civil reparadora, el propio Código Civil reúne diferentes soluciones en favor de una posible función preventiva y sancionadora. Y, como corolario, encontrando fundamentos suficientes, también cabrá medir la responsabilidad civil excusándola, a pesar de un incumplimiento o de una lesión; o agravarla, aún en el caso en que se provoque un daño desde el ejercicio de un derecho propio o partiendo de un acto lícito, contra el que quepa actuar por incurrir en abusividad o comportamiento antisocial.

No hablamos, por tanto, de novedad si encontramos referentes suficientes en nuestra codificación, confirmando la actualidad y eficacia del articulado de nuestro texto legal principal. Debemos, mejor, hablar de una lógica y de coherencia en el desarrollo normativo que, en nuestro estudio, toma como hilo conductor las soluciones de equidad, el control causal, la proscripción del enriquecimiento injusto, la garantía de reparación del daño y, por demás, la posibilidad de dulcificar la norma con soluciones de equidad.

En efecto, el legislador decimonónico ya mostró una temprana sensibilidad con la ponderación de la equidad (art. 3.2 CC), con la moderación de la responsabilidad (art. 1103 CC)¹ o, directamente, con medidas de limitación de la responsabilidad (desde el anecdótico art. 43 CC, al completar el régimen de los esponsales indemnizando solo los gastos sufridos por el prometido, para evitar el enriquecimiento injusto, de conformidad con un general art. 1901 CC; hasta la solución ofrecida en otros preceptos con la fijación tasada del *quantum*, como se recoge en el contrato de arras –art. 1454 CC– con la pérdida de la señal o con el pago del duplo; pasando por el cálculo y límite de lo que el representante del ausente puede retener en compensación de su administración y representación –art. 186 CC²–). Esta limitación de la responsabilidad, en buena lógica, se impulsará (decisivamente con las sociedades de capital) en razón a un mercado arriesgado al que, sin embargo, hay que invitar y atraer a todo emprendedor comprometido con la creación de la riqueza y el empleo³.

¹ Tal medida de flexibilidad se articula incluso evitando la automaticidad, añadiendo a la moderación una necesidad de compeler al deudor que ha incurrido en mora, según tradicionalmente se afirma entre los criterios para diferenciar la contratación civil y la mercantil, ya que en esta no debía estarse a requerimiento alguno, precisamente porque se entendía que el deudor, al retener la mercancía o el servicio que, en todo caso, tenía inmersos en un tráfico económico, incurría con su retraso en un enriquecimiento injusto. De todas formas, en línea con la tendencia legislativa a nivel internacional, es sabida la tendencia a desdibujar la distinción entre la contratación civil y mercantil por la fuerza de un régimen tuitivo que, sobre todo cuando se dan condiciones generales de contratación, requieren la tutela en favor del destinatario de estas.

² Tanto el artículo 43 del CC como el artículo 186 del CC son especialmente significativos ya que, aun referidos a situaciones muy particulares e incluso excepcionales en la práctica, son muestras de soluciones muy justas donde el legislador muestra un interés en reforzar la responsabilidad y la equidistribución. Así, en el artículo 43 del CC, sin partir de una obligación jurídica (en tanto la promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo), no se duda en compensar el gasto sufrido por el prometido frustrado. De igual modo, a favor del representante del ausente, tampoco se duda en que su tarea de administración –art. 185 CC– se compense concediendo facultades de disposición o de ir reteniendo lo que a su labor se le ha de retribuir.

³ Lo que explica el amplio catálogo de medidas de impulso a la creación de empresas de base tecnológica, ofrecidas en la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes.

De igual modo, el Código muestra la preocupación por preservar la capacidad económica de cada persona (con la limitación al donante en el art. 634 CC, que debe reservarse lo necesario para vivir con arreglo a sus circunstancias, o evitando el desequilibrio patrimonial en las soluciones a las crisis matrimoniales según el art. 97 CC, apostando por evitar un empeoramiento respecto a las situación anterior; también imponiendo un deber de contribuir a los gastos familiares en cuanto el menor alcanza un nivel de rentas, según el art. 155 CC; y, en otro caso, de conformidad con el art. 651 CC, cuando legitima al donante para revocar la donación por las causas de los arts. 644 y 648 CC, prescribiendo que el donatario no devuelva los frutos entendiendo que, hasta acontecer la causa de revocación, la causa operó correctamente).

Por demás, en cuanto al principio de culpa que preside el sistema de responsabilidad civil codificado, debemos entender que, en la medida que haya una mayor apuesta del legislador por comprobar el consentimiento informado y por reconocer la autonomía de la persona, mayor número de soluciones podrán recaer, en unos casos, en la culpa exclusiva de la víctima (o lo que es igual, el debilitamiento de la alteridad o imputación y exigencia a tercero por lo realizado bajo nuestra sola responsabilidad, porque se trate de un acto con consecuencias dañinas realizado desde nuestra temeridad o con desprecio a la diligencia debida) y, en otros casos, de conformidad con la doctrina de la asunción de riesgos, que se tenga que soportar el daño al haber estado informado de los riesgos que entrañaba el acto y haber consentido tal eventualidad. En este sentido vemos una correspondencia entre el artículo 249 del CC (en su redacción dada 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) y el artículo 299 del mismo texto legal al hacer lógica la exigencia de responsabilidad en la misma medida que se permite el desenvolvimiento en condiciones de igualdad.

También encontramos en el Código Civil medidas de endurecimiento de la responsabilidad que se enumeran en disposiciones generales y que luego explicarán su concreción en preceptos e instituciones particulares. De este modo se dispone agravando la responsabilidad exigible al agente lesivo que actuó con dolo (cfr. arts. 1102 y 1107 CC) y se prepara el escenario donde entender la superación de la función exclusivamente reparadora de la responsabilidad civil para añadir la función disuasoria, ejemplar o, incluso, sancionadora, tal como se puede verificar en los artículos 457, 1488, 1744, 1745, 1891 del CC.

Sin perjuicio de abundar en la explicación de los preceptos antes relacionados, recordemos ahora que, en el primero de los artículos citados, con ocasión de regular la liquidación del estado posesorio, se sanciona al poseedor de mala fe haciéndole responder de la pérdida o deterioro «en todo caso». En la regulación de las obligaciones del vendedor, si la cosa se pierde por caso fortuito, podrá el comprador reclamar el precio que pagó. También, cuando se regula el comodato, al comodatario se le hace responsable de la pérdida de la cosa, aunque traiga causa del infortunio. Y, finalmente, al articular la gestión de negocios ajenos sin mandato, el gestor oficioso será responsable del perjuicio ocasionado, aunque se deba a un caso fortuito.

En esta línea del endurecimiento de la responsabilidad, abundando en aquellos avances que en el Código Civil ya quedaron recogidos, tras asumir que se descansa en la culpa (arts. 1101 y 1902 CC), se vinieron a ofrecer algunos antecedentes en la tendencia objetivadora. Situamos contemporánea del Código, a finales del siglo XIX, la primera ley francesa de accidentes de trabajo en la que se consideró esta superación del principio de la culpa y se encontró referente para avanzar en la culpa virtual, en favor de la posibilidad de la presunción de culpa (que se pudo concretar en nuestro ordenamiento en preceptos como el art. 1769 CC o el art. 1563 CC cuando, en el primero, se regulan las obligaciones del depositario al que se le presume culpable del quebranto de la cerradura de la cosa depositada; y cuando, en el segundo, se hace responsable al arrendatario del deterioro o pérdida de la cosa arrendada, salvo que pruebe que aconteció sin su culpa), por lo que ante el daño desproporcionado o la miseria de medios esa presunción, aunque muy puntual y extraordinariamente, puede invocarse y extenderse a otros supuestos.

Sirva un breve recordatorio de las teorías desarrolladas por la jurisprudencia francesa para acuñar la *faute virtuelle*, que razona estimando que la anormalidad en el resultado conlleva presumir la culpa a quien desplegó la conducta que causó el daño desproporcionado. Se concluye que, si no se hubiese incurrido en ninguna culpa, ningún daño se habría producido, por lo que la comprobación del daño hace presumir que hubo culpa. Se trata de deducir, en definitiva, la negligencia desde la anormalidad del resultado.

Estar atento a la dinámica y demanda social exige cumplir la norma y, además de verificar que los negocios se perfeccionan con arreglo a derecho, completar el jurista su labor haciendo un seguimiento del desenvolvimiento de las situaciones jurídicas, por si hay que constatar la concurrencia de una cláusula abusiva y, por tanto, nula; por si hay que dispensar el comportamiento incumplidor en razón a unas circunstancias sobrevenidas, relevantes e imprevisibles, dando flexibilidad al rigor de la norma por la fuerza de una cláusula *rebus sic stantibus*; o por si es extraordinariamente grave una infracción y la extensión del daño requiere una ejemplar persecución y, también por la vía civil, imponer una sanción.

Por tanto, según se empieza a decir, hay que reaccionar ante el incumplimiento y hacerlo con eficacia; como también hay que evitar que, al amparo de un aparente fiel cumplimiento, se incurra en lo abusivo y, al tiempo, hay que considerar el poder excusar la fuerza de derecho para cuando quepa en justicia permitir el incumplimiento justificado.

Principios de buena fe, subjetiva y objetiva; el *pacta sunt servanda* puntualmente dispensado por la cláusula *rebus sic stantibus*, el principio de culpa evolucionando en la tendencia objetivadora, son reglas que, si no procede generalizar, sí es posible normalizar. En tiempos en los que la novedad legislativa es intensa, donde todo parece inspirar la innovación, es preciso ganar visión panorámica y comprobar, como preocupa en este estudio, que hay fundamentos suficientes, sobre todo localizados y razonados en nuestro derecho general codificado, para acoger y desarrollar el catálogo de medidas de actualidad que dulcifican o agravan la exigencia de la responsabilidad civil.

El codificador conformó un modelo de responsabilidad civil que implicaba la reacción justa ante el incumplimiento de la obligación contraída con otro o del deber general de observar un comportamiento diligente o *civilter* (cfr. art. 1104 CC), que se medirá con arreglo a una conducta ordinaria y que, en caso de una actuación profesional, requerirá analizarla según la *lex artis* o, de modo más preciso, ajustado a las circunstancias del tiempo y lugar, a la *lex artis ad hoc*. Pero también, además de preocuparle reparar el daño ocasionado con culpa (desde luego), se ocupó de impulsar la reparación del daño causado sin culpa. Se articuló un sistema basado en los siguientes principios: el principio de reparación integral, la función compensadora, el principio de culpa, el principio de responsabilidad patrimonial universal, el principio de no hacer daño a nadie –*naeminen laedere*–, que se recogen en los artículos 1911, 1101 y 1902 del CC. Y, sobre este orden, se asentaron las variables y excepciones que en este estudio nos ocupan.

En su compromiso con la justicia material y las soluciones de equilibrio, el articulado del Código Civil ya ofrece suficientes excepciones en favor de la responsabilidad limitada, en términos anteriormente destacados. De igual modo el legislador decimonónico avanzó en supuestos de excusa de la mora (es el supuesto del art. 1504 CC, dispuesto en favor del comprador de inmueble; y, de modo más generalizado, también se contempla al disponer el plazo de pago ofreciéndose un margen de flexibilidad en la legislación mercantil, estableciéndose en el art. 63 CCom. que las obligaciones mercantiles no sometidas a plazo serán exigibles a los diez días de contraídas, lo que, frente a una regla que preside en las obligaciones puras, de ser exigibles desde luego (art. 1113 CC), da fundamento a las tendencias que caminan en favor de la segunda oportunidad⁴ (Broseta Pont y Martínez Sanz, 2022, pp. 38-40).

También en el articulado del Código Civil se siguió la tendencia de relativización de la responsabilidad por culpa (art. 1103 CC) –medida, de partida con la diligencia ordinaria (art. 1104 CC)– e incluso de una superación de la culpa con muestras de la tendencia objetivadora (art. 1903 CC), haciendo responsables por actos ajenos (con base en la *culpa in vigilando* o *in eligendo*) o por actos de terceros (en el arrendamiento de cosas –art. 1564 CC– y en el contrato de obra –art. 1596 CC– o en el usufructo con la solución dada en el art. 498 CC) o también por daños causados desde las cosas, que se corresponde con la llamada responsabilidad del guardián (art. 1905 CC, dentro de la regulación de la responsabilidad aquiliana –precepto que hoy requiere distinguir las cosas y los animales, a partir de la reforma operada por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley hipotecaria y la Ley de enjuiciamiento civil, sobre el régimen jurídico de los animales–; y en otros preceptos como los arts. 389 y 390 CC, dentro del estatuto básico de la propiedad). Tendencia objetivadora que progresará presumiendo la culpa (en los citados arts. 1563 y 1769 CC).

⁴ Soluciones de permisividad de la mora que han contado con desarrollo en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad, incorporando la Directiva 2000/35/CE, luego sustituida por la Directiva 2011/7/UE, base de la Ley 11/2013, de 26 de julio, que fijó el plazo de 30 días.

Con estos referentes codificados podremos entender el sistema de la responsabilidad civil que, además de la culpa, que lo preside, pueda permitir soluciones que transiten desde el reproche culpabilístico, medido con la diligencia ordinaria, a la imputación por culpa levisima, siguiendo con la presunción de culpa, la objetivación de la culpa, hasta llegar a la responsabilidad por riesgo, en sus posibles distintas manifestaciones, como cuando no se exonera la responsabilidad a pesar de concurrir un caso fortuito (tal como se dispone en un conjunto de preceptos que se relacionarán en expositivo ulterior).

Ya en una temprana normativa descodificadora se aprecian soluciones particulares, como la responsabilidad por actos de tercero o cuasiobjetiva. En la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (en adelante, LPH), al poder imputar al dueño la responsabilidad por los daños que ocasiona el ocupante. Así, en el artículo 9.1 b) de la LPH se exige a los comuneros el deber de mantener en buen estado su propio piso, evitando perjuicio a la comunidad y resarciendo por los daños causados por su descuido o el de las personas por quienes deba responder. Precisamente en la ley reguladora de casas por pisos podremos seguir abundando para comentar preceptos que llegan incluso a imponer verdaderas sanciones con la posibilidad de privar del uso del inmueble.

Por tanto, siendo cierto que con los preceptos seleccionados tenemos las reglas principales configuradoras del sistema y afirmamos el principio de culpa, la función reparadora, la responsabilidad patrimonial universal, es también cierto que el Código asienta matizaciones y excepciones que, por demás, no son soluciones deshilvanadas sino disposiciones coherentes con los argumentos de justicia que laten en la ley. Es decir, una objetivación de la culpa y una aplicación de castigo para ganar ejemplaridad o equidad no será una novedad, sino una progresión de lo ya asentado.

De este modo podemos acoger con normalidad, sin clasificar como excepciones y sí como soluciones posibles, complementarias a la regla general en garantía de la demanda social y acomodo al supuesto de hecho, las siguientes medidas generales y sus matizaciones: la regla del *pacta sunt servanda* anudada a la cláusula *rebus sic stantibus*, el principio de culpa entrelazado a la teoría del riesgo, la exoneración de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor en armonía con casos de inexcusabilidad, la reparación patrimonial extendida desde el lucro cesante y el daño emergente a la valoración, con autonomía y preferencia, de un daño moral, y la función reparadora de la responsabilidad civil compatible con los casos de aplicación de los daños punitivos.

2. De la exoneración de la responsabilidad civil a la inexcusabilidad

Es una regla general la que permite la exoneración de la responsabilidad civil por caso fortuito o por fuerza mayor, sin embargo, son repetidas las situaciones donde tal causa de dispensa no se contempla y el principio de reparación a ultranza se mantiene y se sobre-

pone por encima de toda otra circunstancia. Podemos citar los artículos 457, 1488, 1744, 1745 y 1891 del CC, en los que se depura la responsabilidad sin excusas, preceptos reguladores de figuras tan distintas como la posesión de mala fe, la compraventa, el comodato y el cuasicontrato en la modalidad de negocios ajenos sin mandato.

Recordando por separado el contenido de los anteriores preceptos, podremos inmediatamente acoger y entender su hilo conductor y posibilitar su integración, ya que no son soluciones deshilvanadas sino coherentes en su razón. En esta selección de preceptos, además de comprobar que no opera la causa de exoneración, vemos que se asienta tal solución tanto en relaciones meramente crediticias como en situaciones de trascendencia real y que, de igual modo, se aplica ante el ilícito como también en caso de actos lícitos, como es un cuasicontrato. Esta aparente dispersión requiere el argumento de justicia e identidad de razón, que no es otro que el resultante del control causal, de preservar la justa contraprestación, compensando al que está en una posición más gravosa o sancionando al que ha operado con abuso, extralimitado o sin causa.

La causa, como elemento esencial del negocio jurídico (art. 1261 CC), que requiere servir a y cumplir con la finalidad práctico-social que le da razón a la situación jurídica creada para ser acogida en derecho, implica verificar la justicia en la base del contrato, de modo que permita la homologación del negocio por el Derecho. Sobre esta clarificación conceptual, cabe aplicar el referente causal en cada tipo de contrato y, en particular en este punto, apreciar cómo se agrava la exigencia de la responsabilidad civil cuando no cabe excusar el supuesto del caso fortuito.

Con el preciso control causal, cuando se regula el contrato de préstamo en su modalidad de comodato, se define en el artículo 1740 del CC con el carácter de esencialmente gratuito (por ello, cualquier exigencia de pago lo convertiría en un arrendamiento). Esta gratuidad en la causa explica que en el detalle del contenido obligacional el comodatario, ante tal gratuidad, debe cuidar la cosa, asumir los gastos ordinarios y devolverla en su tiempo. Es por ello que, en caso de retraso en la devolución o de comportamiento abusivo por parte de este comodatario, se le hace responsable de la pérdida o quebranto de la cosa prestada incluso cuando tal daño se deba a un caso fortuito que, en este caso, no opera como causa de exoneración. Entendemos la respuesta dada en los artículos 1744 y 1745 del CC, que acogen una manifestación de reequilibrio entre las partes, para compensar aquella liberalidad del comodante; y suponen para el comodatario una medida de castigo, resultando ser expresiones de los daños punitivos.

Otro supuesto, recogido entre los preceptos antes seleccionados en los que no opera la exoneración, es el relativo a la gestión de negocios ajenos sin mandato, disponiéndose que el gestor oficioso tendrá que responder cuando, en la extralimitación de su actuación, queda al descubierto y sin causa (por haberse superado el marco en el que operaba el negocio de base), por lo que se le hace responsable sin excusa aunque el daño se deba a un caso fortuito (cfr. art. 1891 CC).

También se ha citado el artículo 1488 del CC entre los preceptos que sancionan exigiendo responsabilidad en todo caso, sin excusa por el infortunio. El vendedor ha de responder devolviendo el precio que recibió en caso de la pérdida de la cosa que tenía vicios ocultos. Es cierto que, en esta regulación del contrato de compraventa, cuando se resuelve la cuestión de los riesgos, en el supuesto en que, por caso fortuito, tras la perfección del contrato, se pierde la cosa vendida, la doctrina confirma la postura de imputar la asunción riesgos al comprador (art. 1452 CC). Sin embargo, en este caso, poder confirmar la regla *res perit emptori* no será tanto como medida sancionadora o de inexcusabilidad ante el infortunio, más bien la postura se respalda en razón a un justo equilibrio derivado del control causal: si el comprador tiene derecho a los frutos ha de soportar la pérdida.

En este punto resulta oportuno recordar que, aunque en principio hay dificultades para encajar los daños punitivos en la tradición de las codificaciones y, en general, en nuestro ordenamiento (encontrando reparos tan rotundos como la posible quiebra de garantías constitucionales –en la tipificación, en la presunción de inocencia, etc.– y la reserva de la potestad sancionadora al Estado instrumentada con el derecho penal o con el ejercicio de la potestad sancionadora en la vía administrativa), es también cierto que, sin tener que incurrir en un enriquecimiento injusto, cabría considerar el anudar a un comportamiento ilícito o abusivo consecuencias desfavorables para su autor. Sería el caso de que lleguemos a proporcionar a quien sufrió el daño un resarcimiento superior al valor del mismo o que al infractor le apliquemos un castigo mayor que el valor del daño mismo (por ejemplo, vaciando de todo provecho económico al poseedor de mala fe, obligando al infractor de los derechos de autor a que pague los gastos de investigación del ilícito o la publicación de la sentencia o del laudo).

La doctrina más autorizada se manifiesta, de partida y en virtud de esa tradición citada, en contra de una aplicación de la figura de los daños punitivos (Díez-Picazo y Ponce de León, 2000, p. 46), desde la premisa de que las normas sobre responsabilidad civil no deben llegar más allá del alcance económico del daño producido; si bien este autor de referencia ya contempló calificar de sanción si la medida contemplaba consecuencias añadidas y desfavorables para el agente lesivo.

Desde el razonamiento anterior podemos avanzar y entender cómo la responsabilidad exigida al comodatario puede hacerse valer si se pierde la cosa, aunque se deba a un infortunio, tanto si la destinó a un uso distinto al que se prestó o la conservó por más tiempo del convenido. De igual modo responderá, y ahora por el valor de tasación, si la cosa se entregó con tasación y se pierde, aunque sea por caso fortuito. Ciertamente, podemos hablar de un verdadero castigo o sanción (Marín Pérez, 1984, p. 59) aunque, en rigor, hay que distinguir uno y otro precepto (sin perder el argumento de que en ambos se pueda reconocer la fuerza de la causa, la gratuidad, como argumento para dispensar la sobreprotección a favor del acreedor) con base en que en el artículo 1744 del CC hay un reproche culpabilístico al mal uso al contravenir el contrato; mientras que en el artículo 1745 del CC hay un pacto inicial, con traducción del valor de la cosa en precio, que permite entender que se traspasaban los riesgos al comodatario.

Confirmamos la acogida de esta doctrina en nuestro derecho y, con ello, la conformación del sistema de la responsabilidad civil que se extiende más allá de la reparación para incluir una función sancionadora. Se explica con tal determinación una superación del principio de culpa y la fuerza del argumento de justicia material basado en el control causal por el que se normaliza esta medida de agravamiento de la responsabilidad o de reparación a ultranza.

Abundando en supuestos de inexcusabilidad, merecen destacarse los artículos 455 y 457 del CC. En el primero se determina vaciar de contenido económico la tenencia del mal llamado poseedor de mala fe (que, en puridad, no es tal poseedor si no percibe beneficio patrimonial alguno, que sería lo propio de toda titularidad patrimonial y, por tanto, real). Este tenedor, si es vencido en su posición, ha de restituir todos los frutos y todo lo que el legítimo poseedor podría haber obtenido. Ciertamente, a pesar de que en alguna opinión se sostiene que no hay castigo, no podemos entender tal despatrimonialización sino como una verdadera sanción. Se priva de todo provecho (sin perjuicio de acoger la posibilidad de que, por razón de seguridad jurídica, tal detentación pueda por el paso de tiempo, aunque sea por la vía extraordinaria consolidar la usucapión). Sobre ese duro tratamiento se añade lo dispuesto en el artículo 457 del CC, que refuerza esta represión del beneficio obtenido por medio ilícito con la inexcusabilidad de la responsabilidad aunque el daño traiga causa en la fuerza mayor.

En todo caso, los llamados *punitives damages*, para su consideración deben encontrar respaldo en una norma que lo disponga o aplicarse cuando se busque ir contra una conducta especialmente grave, así como también en el caso en que el autor del daño ha entendido ventajoso o rentable actuar de ese modo o contravenir el derecho. Desde luego, algo fracasa en el sistema cuando a pesar de imponerse sanciones históricas se insiste por los infractores en contravenir el derecho, porque siga siendo rentable tal conducta; en particular lo apreciamos hoy en materia de tratamiento de datos personales o de abuso, desde las concentraciones económicas, en la posición dominante restrictiva de la competencia.

Asistimos, incluso con cierta rutina o pasividad, a multas repetidas que, en sus cuantías, baten récords históricos. Es el caso en el que el Tribunal General de la Unión Europea (TGUE)⁵, el 14 de septiembre de 2022, condenó a Google a la mayor multa impuesta por la Unión Europea (en adelante UE o Unión): 4.125 millones de euros. A través de una sentencia impuesta por el TGUE se condenó por imponer restricciones a los fabricantes de dispositivos móviles que buscaban aumentar y proteger la posición de dominio de Google en el ámbito de servicios de búsqueda en general.

⁵ Multa histórica a Google: [la Justicia europea confirma una sanción de 4.125 millones de euros \(antena3.com\)](#) y [La Justicia europea confirma la multa a Google \(rtve.es\)](#). El TGUE, el 14 de septiembre de 2022, condenó a Google a la mayor multa impuesta por la Unión Europea: 4.125 millones de euros, por imponer restricciones a los fabricantes de dispositivos móviles para aumentar y proteger la posición de dominio de Google en el ámbito de servicios de búsqueda en general.

En este orden de cosas, citando otros que ejemplifican la necesaria sanción y la insistente burla al derecho, referimos la condena a Meta, la empresa propietaria de *apps* como Facebook, Instagram o WhatsApp, que se ha tenido que enfrentar a lo que es la mayor multa en la historia de la UE por el incumplimiento del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), y por el cual la compañía propiedad de Mark Zuckerberg tendrá que abonar alrededor de 1.200 millones de euros, además de la orden de dejar de transferir los datos de usuarios europeos a los centros de datos en los Estados Unidos⁶.

En España, por la AEPD, se han publicado repetidas sanciones en cuantías llamativas: la AEPD imponía a Facebook una sanción de 1.200.000 euros tras constatar dos infracciones graves y una muy grave. Entre otras muchas vulneraciones, una era el tratamiento de datos, incluso los especialmente protegidos, con fines de publicidad sin recabar el consentimiento y sin cancelar totalmente la información de los usuarios cuando ya no es útil para el fin para el que se recogió. (Son datos extraídos de la Memoria de la AEPD 2022)⁷.

De todas formas, estos asuntos referidos merecen una explicación añadida en cuanto que, por una parte, pueden parecer ejemplares, y es cierto que imponen sanciones muy cuantiosas, pero, si en su parte positiva están exponiendo lo oportuno, que es reforzar la tutela civil (y en su caso la penal) con una tutela y sanción administrativa, en su parte negativa están poniendo de manifiesto dos patologías o disfuncionalidades: que a los sancionados (repetida y ejemplarmente) les sigue rentando actuar contra el derecho y que, quizá con esa tutela administrativa, en lugar de reforzar la responsabilidad civil ese está limitando esta, ya que la sanción no repara a la persona física violentada.

De conformidad con los supuestos que darían cabida a la aplicación de tal medida de castigo, se explica la acogida en normas reguladoras de relaciones entre particulares de

⁶ <https://www.eleconomista.es/tecnologia/noticias/12285863/05/23/multa-historica-de-1200-millones-a-facebook-por-violar-la-politica-de-proteccion-de-datos-de-la-ue>

⁷ Sirva de referente el contenido de la tabla 21 de la Memoria de la Agencia de Protección de Datos, relativo a las multas superiores al millón de euros, presentada el 25 de abril de 2023. [memoria-aepd-2022.pdf](#)

Tabla 21: Multas superiores al millón de euros

Responsable	Infracción	Multa
CAIXABANK, S.A.	Artículo 6.1 del RGPD	2.100.000 €
	Artículo 7 del RGPD	
AMAZON ROAD TRANSPORT SPAIN, S.L.	Artículo 6.1 del RGPD	2.000.000 €
	Artículo 10 del RGPD	
GOOGLE LLC	Artículo 6.1 del RGPD	10.000.000 €
	Artículo 17 del RGPD	

un intervencionismo necesario para reforzar la protección del mercado y de los usuarios, ofreciéndose la tutela administrativa. Entenderemos entonces que, en la propia normativa civil y con el accionamiento contra el infractor, se encuentre una regulación administrativa (conformando leyes mixtas civiles y administrativas –la general de protección de los consumidores y usuarios, la reguladora de las condiciones generales de contratación, la ordenadora del comercio electrónico, entre otras–). Se añade la vía administrativa a la tutela civil, como refuerzo y garantía de la reparación, castigando la actuación arbitraria o abusiva para frenar los casos en los que al infractor le rente contravenir el derecho. Esta realidad normativa encaja en una evolución del ordenamiento en el que, con fines proteccionistas, la Administración asume un papel sancionador (propio de su reservado *ius puniendi* por la vía administrativa) y se van sucediendo las leyes en las que, regulando relaciones de particulares, el derecho privado se completa y nutre de ese intervencionismo así justificado. En todo caso, en lo que nos ocupa, preocupados por contemplar referentes suficientes y de larga tradición que resuelvan sancionando, donde vamos a seguir insistiendo es en la normalización de la medida sancionadora en la vía civil y desde el articulado del Código Civil.

En el plano puramente civil y comprometidos como estamos con la localización de los referentes codificados, en esta cuestión de la no exoneración cabe referir el artículo 1891 del CC relativo al cuasi contrato, en la modalidad de gestión de negocios ajenos sin mandato. No olvidamos que se trata de un acto lícito por definición (art. 1887 CC) y que, por tanto, el reproche al gestor oficioso se endurece por otras consideraciones distintas a la valoración de un ilícito o a la culpa. Se trata de un supuesto especial en el que, precisamente por partir de un acto lícito, lo que erige en responsable en todo caso al gestor es su actuación sin cobertura causal. Todavía no estaríamos hablando de un abuso de derecho (que es otro referente que abordaremos para seguir exigiendo, desde un acto legítimo, una responsabilidad), pero sí del lógico agravamiento de la responsabilidad por operar el gestor con extralimitación respecto al negocio causal (hasta incurrir en la falta de cobertura), sumergiéndose en un escenario arriesgado, especulativo, atendiendo a su interés, por encima del interés del dueño del negocio.

Cabe completar el catálogo seleccionado de preceptos, donde el codificador agrava la exigencia de la responsabilidad civil con sanción o no excusando la responsabilidad en los artículos 1488 y 457 del CC. En el primer supuesto, regulando la compraventa, ya tiene ocasión el legislador de introducir medidas de control causal, de justa contraprestación (por ejemplo, en la teoría de los riesgos anteriormente citada, se confirma la regla *res perit emptori* en tanto es el comprador el que aprovecha los frutos y, por ende, justo es que soporte la pérdida –art. 1452 CC–, si bien tal carga no se impone como sanción). También, en la compraventa se disponen medidas que dulcifican el rigor del contenido obligacional, concediendo mora al comprador de inmuebles (art. 1504 CC). Es en el artículo 1488 del CC donde sí se consagra el supuesto en el que el comprador puede reclamar al vendedor el precio que pagó cuando la cosa vendida se pierde teniendo algún vicio oculto, incluso si la pérdida se produjo por caso fortuito. Razones de equidad evitan que se aproveche el vendedor (García Cantero, 1980, p. 355).

En el segundo, ya antes referido desde el comentario de su precedente artículo 455 del CC, el artículo 457 del CC destaca porque, frente a un aparente reconocimiento de una clase de posesión o situación jurídica de trascendencia real, como podría entenderse la posesión de mala fe, no hay tal derecho en tanto el detentador, caso de ser vencido en esa tenencia indebida, sufrirá el vaciamiento de todo provecho económico, por lo que deja de ser un derecho patrimonial que, por definición, implica renta o provecho económico. A este mismo, mal llamado poseedor, detentador material, le sancionamos con la exigencia de responsabilidad incluso cuando el quebranto traiga causa en la fuerza mayor.

De todas formas, a este detentador material, sin titularidad patrimonial alguna, lo que sí se le reconoce es el derecho a ser compensado de los gastos necesarios (arts. 453 y 455 CC, para evitar un enriquecimiento injusto que pueda indebidamente aprovechar el legítimo poseedor que vence en la posesión) y a poder caminar, con el paso del tiempo, a una consolidación de dominio, por la vía de la usucapión extraordinaria (arts. 1955 y 1959 CC).

Sin agotar los supuestos, pero comprobando su frecuencia en nuestro Código Civil y en distintas figuras e instituciones, también vemos medidas de verdadera sanción cuando por un mal uso o abuso (art. 520 CC) en la regulación del usufructo se priva al usufructuario de la posesión y se le impone soportar los gastos de administración que asuma el nudo propietario. Y, en esta regulación del usufructo, no puede dejar de citarse el artículo 512 del CC que, en todo caso, impone al usufructuario los gastos originados por las costas procesales.

3. Otros supuestos de daños punitivos

Si en el anterior punto la inaplicabilidad de la causa de exoneración por caso fortuito ha permitido dar entrada en nuestro sistema a los daños punitivos, podemos abundar en esta línea y seguir encontrando soluciones, desde los referentes sólidos del Código Civil, exigiendo la responsabilidad civil con agravamiento y castigo. En este punto seleccionamos unos preceptos recogidos en la legislación especial. Citamos los artículos 7 y 21 de la LPH. Aunque también podemos reconocer más preceptos que permiten seguir hablando de sanción al infractor.

Siguiendo el orden citado comentamos primeramente los preceptos de la LPH, aunque en puridad habría que centrarse en el artículo 21 de la LPH, ya que lo dispuesto en el artículo 7 de la LPH encajaría mejor en el expositivo siguiente, en el punto que dedicaremos a las medidas frente al abuso de derecho. La norma contenida en el artículo 21 de la LPH tiene especial significación por el modo de exponerse y por su frecuente invocación en la práctica jurídica, dada la litigiosidad que presenta vivir en comunidad y la bolsa poblacional que reside sujeta a este régimen legal. Además, la reforma del 2022 confirma una línea seguida por el legislador de endurecimiento y sanción, al privar al vecino moroso del disfrute de las instalaciones comunes, reafirmando la solución, en este artículo 21 de la LPH, que ya venía dada en el artículo 7 de la LPH, donde se determinó la posibilidad de privar al comunero del uso de su vivienda.

Según el tenor del artículo 21 de la LPH, «la junta de propietarios podrá acordar medidas disuasorias frente a la morosidad [...], tales como el establecimiento de intereses superiores al interés legal o la privación temporal del uso de servicios o instalaciones, siempre que no puedan reputarse abusivas o desproporcionadas». De este precepto se deduce la posibilidad de añadir una sanción en la reclamación al moroso, consistente en un recargo de intereses sobre el principal y, de modo más traumático, instar la privación de uso. La medida es justa por varias razones: una, porque la propia norma ya incluye la posible privación del uso y, al tiempo, el legislador la blindó descartando que se trate de una medida desproporcionada o abusiva. Otra razón que avala esta solución está en que las comunidades de propietarios precisan, para su mantenimiento, una solvencia patrimonial; y con esta rotunda solución se disuade frente al impago, impidiendo al comunero una facultad propia del contenido esencial de su derecho (de gozar y disponer, del art. 348 CC –recordemos que hablar de contenido esencial es relevante, tal como el art. 53 CE recoge, para no desnaturalizar una figura–). Esta privación de uso sí que implica un verdadero castigo por esa limitación en el haz de facultades principales, donde se incluye la posesión y el goce directo; también porque, junto a la restricción que sufre el comunero moroso, se da un mayor provecho a favor del resto de los vecinos a los que acrece, temporalmente, el provecho y disfrute.

Otros supuestos de daños punitivos que podemos seguir enumerando en el panorama normativo son los recogidos en la legislación reguladora de la propiedad intelectual e industrial, el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (en adelante, TRLPI), y la Ley 24/2015, de 24 de julio, de patentes (en adelante, LP). En estas dos normas comprobamos el endurecimiento de la responsabilidad en tanto se contempla incluir a cargo del infractor conceptos indemnizables como los gastos de publicación de la sentencia o del laudo (art. 138 TRLPI y art. 71.1.f LP), que se sumarían, a mayor reproche, a lo que representa el hecho mismo de esta publicidad en cuanto provocará el descrédito comercial del infractor. También se incluyen en la indemnización los gastos de investigación (cfr. art. 140.1 TRLPI y art. 74 LP), los costes de retirada del mercado de los instrumentos o dispositivos utilizados para divulgar la obra del autor sin consentimiento de este (cfr. art. 139.d y f TRLPI) y la intervención y el depósito de los ingresos obtenidos o vaciamiento de provecho económico (art. 141.1 TRLPI).

4. El *ius retentionis* como instrumento de garantía de la reparación justa

El codificador contempló esta figura del *ius retentionis* repetidamente tanto en el derecho de cosas como en el derecho de contratos. Vemos cómo se acoge esta medida en el contenido de ciertos derechos reales (arts. 502, 522, 453 y 1866 CC) y en el propio de ciertos derechos de crédito (concretamente en los arts. 1600, 1730, 1780 CC y, aunque no expresamente y sí por remisión, en el art. 1573 CC).

Comentando estos preceptos destacamos, en primer lugar, lo extraordinario que resulta hacer nacer un derecho real desde una titularidad crediticia (así, en favor del arrendatario de cosas, del arrendatario de obra, del mandatario y del depositario) sin que, a pesar del tenor literal («derecho a retenerla en prenda» dice, por ejemplo, el art. 1600 CC), debamos hablar de un derecho real de prenda, ya que no hay reconocimiento de la facultad de realización (que es esencial en los contratos de prenda e hipoteca –art. 1858 CC–). Lo que sí podemos interpretar es que se crea una situación posesoria que, al no ser en concepto de dueño, por exclusión nos lleva a hablar de una posesión natural (art. 430 CC).

Se trata de supuestos de retención o posesión que, en principio, no es propia de la titularidad crediticia que le da base, ya que esta quedó extinguida, concediéndose el *ius retentionis* para la fase ulterior de liquidación. Por tanto, se concede para un momento posterior a la existencia de la relación jurídica primera donde se daba aquella titularidad crediticia (aunque aquí latía la causa de la garantía ofrecida, la razón y necesidad de ofrecer una sobretutela a la parte débil o que más gravamen soporta). Lo que, en todo caso, sí cabe defender es su carácter o trascendencia real, no solo por la literalidad («retener en prenda», dicen los arts. 1730 y 1780 CC), sino también porque en la regulación de la posesión se da amparo a toda tenencia de trascendencia real en el artículo 436 del CC –también para la posesión natural del artículo 430 CC–.

En estos escenarios contractuales, de arrendamiento, de mandato y de depósito, apreciamos la lógica de dotar a la parte contratante, que ha soportado una mayor onerosidad o que ocupa una posición de parte débil, con una garantía de reembolso para evitar que sufra mayor empobrecimiento (lo que también explica que, por el contrario, al regular el comodato, que es esencialmente gratuito, se prohíba el *ius retentionis* –art. 1747 CC–). El *ius retentionis* opera como una herramienta de reequilibrio desde el referente de la causa negocial y en evitación de mayor onerosidad (Torre Olid, 2017, p. 60) para la parte que ya soporta mayor carga o posición inferior.

En la relación de preceptos acotada en este punto cabe destacar, a propósito de la regulación de la liquidación del estado posesorio en los artículos 453 y siguientes del CC (además del comentario anteriormente hecho para negar titularidad real en el llamado poseedor de mala fe), ahora procede entender la sobretutela que merece el poseedor de buena fe, a cuyo favor se establece el *ius retentionis* (art. 453 CC).

También, entre los derechos reales, el usufructo se ordena con la concesión de la garantía que tratamos (arts. 502 y 522 CC) cuando el usufructuario asuma a su costa reparaciones extraordinarias que son de cargo del nudo propietario y, en general, para aseguramiento de los reintegros que correspondan al usufructuario o a sus herederos. Por demás, en esta materia de los derechos reales, merece particular reseña el artículo 1866 del CC. En este precepto, además de completar nuestra relación de supuestos, lo que destaca es el ofrecimiento al titular del derecho real, al acreedor pignoraticio, de una garantía real añadida para asegurar el cobro de un crédito ordinario. Tal garantía no precisa estar pactada, ya que la

norma le da directamente esa trascendencia real. Con ello se articula una especial tutela, no solo por repetirse el favor del *ius retentionis*, sino por desplegar este en la garantía real de un segundo crédito que no nació especialmente garantizado.

5. El abuso de derecho como referente para el control causal

Desde el título preliminar del Código Civil, en el artículo 7, tenemos un precepto general y de indudable valor por su rotunda proscripción del abuso de derecho y la consecuencia que prescribe para el mismo: la nulidad radical. En el orden procesal también se reprocha esa conducta abusiva (cfr. art. 11 LOPJ), lo que no es un dato menor, ya que en nuestro país se sostiene cierta tradición y carácter tendentes a la litigiosidad (quizá también en correspondencia con una cierta dificultad para generalizar instrumentos de solución extrajudicial de conflictos en los que siempre cabrá destacar su utilidad de cara a desplegar una justicia accesible y sin dilaciones). Con carácter particular esa repulsa al abuso de derecho se repite en distintos preceptos, como podemos encontrar en el artículo 520 del CC relativo al usufructo, ante el supuesto en que el usufructuario incurra en abuso o haga un mal uso de la cosa usufructuada, lo que se sanciona con la pérdida de la posesión de la cosa (además de tener que soportar los costes de la administración que tiene que asumir el propietario).

Es oportuno aclarar que, a diferencia de supuestos anteriormente contemplados, de ilícitos que puede cometer un comodatario (convenientemente previsto y sancionado en los arts. 1744 y 1745 CC); o de poder estar ante un acto lícito pero carente de cobertura en el caso del gestor oficioso (bien resuelto castigando la exlimitación con la exigencia de responsabilidad en todo caso –art. 1891 CC–); en este punto partimos de un ejercicio de derecho, lo que ocurre es que el legislador no se limita a reconocerlo, sino que velará para que el desenvolvimiento de este se produzca en sus justos términos, para que no se incurra en exceso o abuso.

En efecto, aquel derecho subjetivo, digno de tutela jurídica por contener un interés jurídicamente relevante, puede devenir a un estado indigno, en el que no merecería la protección jurídica por incurrir su titular en abuso o por unas circunstancias que haya provocado la calificación de la abusividad sobrevenida, en caso de darse una desproporción o grave onerosidad contra una parte contratante. En este sentido es conveniente distinguir una buena fe subjetiva y una buena fe objetiva, para poder encuadrar la abusividad en un ejercicio arbitrario, lesivo del derecho propio, y para apreciar objetivamente una variación de las circunstancias. Valoraremos la buena fe o su quiebra tanto en el momento de nacer el contrato como *a posteriori*, verificando que se respondió a las exigencias de claridad, concreción, transparencia, legibilidad y comprensibilidad de las cláusulas en la información contractual o, cuando sea exigible, en la fase precontractual; o pudiendo comprobar y calificar tal oscuridad o falta de transparencia en la ejecución del contrato (por ejemplo, no acusando recibo del contrato, no entregando copia del mismo, dificultando un derecho de

desistimiento, no cumpliendo la garantía del producto u obstaculizando una manifestación de disconformidad con los estándares de calidad). De igual modo, la abusividad podrá calificarse en la fase de ejecución cuando se compruebe que se ha producido una situación injusta con grave desproporción («un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derive del contrato», según refiere el art. 82 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] o la quiebra del «justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes», que refiere el art. 80 del mismo texto legal).

El control causal es necesario para velar por la demanda social, el interés general, el derecho de otro o la justicia del contrato. No debemos olvidar que la causa no solo se presenta como requisito esencial de nacimiento de negocio jurídico (art. 1261 CC), también es un referente para comprobar la mayor o menor eficacia del negocio (Castro y Bravo, 1985, p. 258). Según esta razón se hace precisa la labor de seguimiento, de homologación del negocio jurídico en su desenvolvimiento, verificando su correspondencia con la causa que le da fundamento (por ejemplo, por no dar el resultado previsto, porque este se haya frustrado o porque se quiebre el *quid pro quo*).

No podemos dejar de apreciar que la abusividad y quiebra del contenido obligacional puede presentarse con posterioridad o en desenvolvimiento de la relación jurídica, por ejemplo, en una relación de vecindad en la que, en cada caso, habrá que valorar si la actividad es molesta o incómoda. Por ello, anteriormente se han diferenciado los artículos 7 y 21 de la LPH, cuando hablando de la sanción (de la aplicación de los daños punitivos) se consideraba que el artículo 7 de la LPH encajaría mejor en la explicación de la reacción al abuso de derecho (mientras que el art. 21 LPH prescribía el castigo de la privación del uso en razón a un impago de cuotas). En el artículo 7 de la LPH, dentro del régimen de la propiedad de casas por pisos, el legislador asume que la convivencia es complicada por la dificultad de desarrollar las relaciones de vecindad en un espacio limitado o constreñido. En caso de incurrir en actividad clasificada, molesta, incómoda, insalubre, nociva o peligrosa, mientras que el derecho administrativo sujeta, posibilitando la actividad, a un cuadro de medidas correctoras, en el derecho civil de la propiedad horizontal se va a poder considerar abuso de derecho y, por tanto, se va a rechazar tal actividad. En caso de incurrir en la misma se contempla la sanción, consistente en perder la posesión temporal de la vivienda.

A propósito del artículo 7 de la LPH y para completar el razonamiento de cuando hay abuso, hay que diferenciar tolerancia, límites, limitaciones y abuso de derecho. Con la tolerancia no hay intromisión, sino permisividad lógica de un acto de tercero que es inocuo, no provoca daño y se debe acoger en el compromiso social que marca la propiedad. Un paso más requiere contraponer las limitaciones a los límites, ya que estos, suponiendo una derogación de contenido normal del derecho, implican redefinir ese contenido esencial, por lo que su imposición, la restricción que suponen, no es indemnizable; mientras que las limitaciones son generalmente indemnizables –caso se las servidumbres prediales–, pero no

cuando marcan las relaciones de vecindad, donde la sencilla limitación pasa a ser reproche por abuso cuando incurre en la conducta prohibida en el artículo 7 de la LPH, donde se castiga con la sanción establecida por la Ley de 1960, validada por la STC 301/1993, de 21 de octubre, tal como afirma y fundamenta la doctrina autorizada (Díez Picazo y Ponce de León, 2001, p. 215)

Para el seguimiento y comprobación de validez de la situación jurídica, de conformidad con la causa, se pueden atender y enumerar distintos argumentos de justicia, siguiendo la relación doctrinal (Martín Bernal, 1982, pp. 35-36): el principio de que en el ejercicio de un derecho no se debe perjudicar a otro, que quien goza de los frutos de una empresa debe soportar los daños y la obligación general de comportarse correctamente con los vecinos. Sobre tales reglas entendemos el referente constitucional como definitivo para normalizar este control del ejercicio del derecho, ya que son repetidos los mandatos constitucionales que inspiran el deber de respetar el contenido esencial del derecho o rendir en favor del interés general y la función social (cfr. arts. 33, 53 y 128 CE). En este sentido, es exigente el referente constitucional para buscar una reparación integral y para proscribir y perseguir toda actuación antisocial.

No deben ser nuestros tiempos donde se repita una frustración de la víctima o de la sociedad cuando el derecho no persigue o no repara completamente un daño, cuanto más cuando hay cierta tradición, acusada en economías como la nuestra, donde se mantiene, junto al tráfico legal, un mercado clandestino. Por todo ello se acoge con satisfacción todo despliegue de recursos que garantizan la exigencia de la responsabilidad civil y que, en este estudio, abordamos seleccionando recursos y dando fundamento y máxima significación a las medidas tendentes a esta depuración de responsabilidades. Sirva, en este sentido, el ejemplo del artículo 140.2 a) del TRLPI, que, acertadamente, ofrece al perjudicado poder elegir para fijar su indemnización la pérdida de beneficios que haya sufrido y los beneficios que el infractor haya obtenido con la actuación ilícita (beneficios intervenidos y consignados en garantía –art. 141.1 TRLPI–).

Es clarificador y avanzado el pronunciamiento del legislador en el TRLGDCU y en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC). Concretamente el tenor del artículo 82 del TRLGDCU y el preámbulo de la LCGC nos ofrecen el concepto en términos claros al disponer que

se considerarán cláusulas abusivas todas 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 completa el precepto declarando nulas, en todo caso, las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad donde se impongan al consumidor y usuario medidas desproporcionadas o le atribuyan indebidamente la carga de la prueba o resulten desproporcionadas en

relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato. Este artículo 82 es continuidad del artículo 80 del mismo texto legal que, al fijar los requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente, exige concreción, claridad, sencillez, comprensibilidad, accesibilidad y legibilidad, al tiempo que añade las notas de la buena fe y el justo equilibrio entre derechos y obligaciones de las partes.

El seguimiento de la vida del contrato y, en general, de desenvolvimiento del derecho subjetivo para evitar la abusividad en origen o sobrevenida, explica también el control causal que, respecto a las cláusulas tipo, se realiza por el registrador en el antes de inscribir las condiciones generales de contratación o cuando emite dictamen para confirmar su justicia y aplicación (cfr. art. 13 LCGC sobre sometimiento a dictamen). En este seguimiento del contrato para comprobar si acontece ese desequilibrio entre partes que permita hablar objetivamente de desproporción, encontramos la solución que ofrece el TRLPI al articular la acción de revisión por remuneración no equitativa (art. 47 TRLPI) y que se comentará en expositivos ulteriores.

6. La tutela del daño moral para la mayor exigencia de la responsabilidad civil

El marco constitucional, el compromiso iusnaturalista del legislador y la proclamación de la dignidad como basamento de un catálogo amplio de derechos fundamentales, es aval de peso para que, al exigir y depurar la responsabilidad, se dé preferencia (por ser relativo a los pilares del ordenamiento) y se dé autonomía (con independencia de que haya quebranto en el orden patrimonial) al daño moral.

Precisamente, cuando antes se ha reconocido la dificultad para dar entrada a los daños punitivos, la doctrina que veía los reparos, al tiempo también reconoció que desarrollando la regulación de unos derechos fundamentales, como son los reconocidos en el artículo 18 de la Constitución española, 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, se podía encontrar una manifestación de la sanción en la vía civil en el artículo 9.3. En este precepto, se dispone que

la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.

Extiende, en todo caso, la indemnización al daño moral y sienta bases para su cálculo en función a la difusión, disuadiendo el ilícito al calcular la reparación en función de la ganancia.

Estos referentes de hoy no son sino una expresión de lo que, con el articulado del Código Civil, ya se tenía logrado, interpretando y aplicando con toda su virtualidad el artículo 1902 del CC. La valoración del daño moral nos lleva a recordar la STS 142/1912, de 6 de diciembre de 1912⁸ y, como segundo hito, en el marco constitucional y al amparo de la Ley orgánica 1/1982, la sentencia de la agonía del torero, STC 231/1988, de 2 de diciembre.

La exigencia de la responsabilidad civil por daño moral también encuentra un refuerzo cuando se hace valer por quebranto de los derechos de la personalidad, sin necesidad de estar a un resultado lesivo y verificar la dimensión del daño, basta conculcar la dignidad de la persona (pensemos, por ejemplo, en la regulación ofrecida 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, que considera mala praxis médica la falta de obtención del consentimiento informado, abstracción hecha de si esa omisión ocasionó grave daño moral o si la intervención médica, en su punto de vista técnico, se ajustó o no a la *lex artis*).

Debe preocuparnos la garantía de los derechos fundamentales, en particular los más expuestos en un escenario de transformación digital, como son el honor, la intimidad, la imagen y la libertad de expresión (arts. 18 y 20 CE). Esta consideración, reconociendo la relevancia jurídica, el más alto rango y la tutela autónoma, nos permite entender las disposiciones contenidas en el TRLPI y en la LP; concretamente en el artículo 140.2 del TRLPI se dice que en el caso de daño moral se indemnizará aun no probada la existencia de perjuicio económico, y en igual sentido se pronuncia el artículo 74.2 de la LP.

De igual modo, se comprenderá que la reparación por este quebranto de la dignidad de la persona sobre tal relevancia jurídica que se deba indemnizar, sin necesidad de hablar de punición, en cuantía acorde a tal consideración superior; y que, desde la preservación necesaria de la dimensión moral, se llegue a condicionar el funcionamiento del mercado (por ejemplo, condicionando el tráfico de la obra si el autor decide la retirada del mercado o atribuyendo a ese mismo autor un derecho de adquisición preferente sobre el ejemplar único o raro –tal como reconoce el art. 14 TRLPI–).

En todo caso, ganar sensibilidad con la tutela de la dimensión propia de la dignidad humana implica seguir dando contenido a los derechos fundamentales. En este sentido ya supuso un avance reconocer un derecho al descanso como propio del derecho a la intimidad, y con base en tal consideración recayeron sendas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Haciéndose eco de esos pronunciamientos el Tribunal Constitucional afirma lo siguiente: habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra dere-

⁸ La jurisprudencia acogió esta tutela de la dimensión moral de la personalidad en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, al amparo del artículo 1902 del CC. La STS de 6 de diciembre de 1912 (Colección Legislativa, Jurisprudencia Civil, núm. 95) vino a reconocer la indemnización del daño moral. Admitiendo por primera vez la indemnización del derecho al honor de una joven a la que en una publicación periodística, en el diario *El Liberal* de Murcia, le atribuyeron la relación con un fraile.

chos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos (STC 12/1994, de 17 de enero, FJ 6.º), se hace imprescindible asegurar su protección no solo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada. A esta nueva realidad ha sido sensible la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como se refleja en las sentencias de 21 de febrero de 1990, caso Powell y Rayner contra Reino Unido; de 9 de diciembre de 1994, en el caso López Ostra contra Reino de España, y de 19 de febrero de 1998, caso Guerra y otros contra Italia.

En efecto, el ruido puede llegar a representar un factor psicopatógeno destacado en el seno de nuestra sociedad y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos. Así lo acreditan, en particular, las directrices marcadas por la Organización Mundial de la Salud sobre el ruido ambiental, su daño sobre la salud de las personas y sobre su conducta social (en particular, reducción de los comportamientos solidarios e incremento de las tendencias agresivas), tal como recoge la STS 119/2001, de 24 de mayo. En todo caso, debemos aclarar que no es tanto que el ruido sea un factor nuclear, sino que se trae a colación para ejemplificar cómo en nuestro derecho hubo que atender a una sensibilidad y doctrina supranacional y cómo se rellena de contenido una dignidad humana cuyo reto, en el proceso de transformación digital y preservación medioambiental, es ganar presencia y proyección, mereciendo, en toda esa sobredimensión, la mayor tutela desde el referente y mandato constitucional. Lo relativo a la dignidad de la persona debe ganar recorrido para su mayor contenido, preservación e indemnización en todo caso y con la mayor cuantía.

7. La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*

Alterar el principio *pacta sunt servanda*, de partida, sería impensable en tanto, en el mismo, hemos fundamentado toda la fuerza de la autonomía privada. No en vano la *lex privata* se considera la expresión de la libertad individual (conforme al art. 1255 CC), el motor del derecho civil, la confianza del sistema en la voluntad negocial para obligar en derecho (cfr. arts. 1089 y 1091 CC) y el respeto a un margen inquebrantable de libertad que expresa el protagonismo de la persona y de la sociedad civil en general para constituir, modificar, regular y, en suma, decidir sumergirse en las distintas situaciones jurídicas asumiendo las consecuencias.

Sin embargo, es la teoría misma del negocio jurídico la que recoge en sus elementos esenciales, complementando la voluntad negocial y su proyección sobre un objeto, la causa y, con ella, la necesidad de homologar en derecho la razón de toda situación jurídica en tanto responda a su finalidad práctica social. Precisamente el protagonismo y confianza de la voluntad negocial, al tiempo de explicar la progresiva atenuación de los requisitos formales (en su versión *ad solemnitatem*, ya que como exigencias *ad probationem* o forma de valer sí se recupera para dar fehaciencia al contrato y para permitir su desenvolvimiento y ejercicio de derechos ejercitables, incluso, tras su extinción, en fase de liquidación, de garantía, de revisión...), aumenta y explica el control jurídico del contenido y de la finalidad de los pactos (Clavería Gonsalbez, 1993, p. 923), que es expresión del control causal.

Queda justificado que la causa no solo se acoge como elemento esencial de nacimiento del negocio jurídico, sino que requiere su seguimiento para verificar la veracidad y moralidad, permitiendo comprobar que las contraprestaciones muestren equivalencia o justa contraprestación. Es en ese análisis de desarrollo donde cabe considerar si concurren los requisitos que permiten aplicar la cláusula *rebus*: la absoluta imprevisibilidad de la alteración grave de las circunstancias, la desproporción en las prestaciones y la extraordinaria onerosidad sobrevenida para una de las partes contratantes. Si bien el Alto Tribunal, desde el rigor de estos requisitos, ha apostado por la normalización de la figura que

tiende a una configuración plenamente normalizada en donde su necesaria aplicación prudente no deriva de la anterior caracterización, sino de su ineludible aplicación casuística, de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico, y de su concreción funcional en el marco de la eficacia causal de la relación comercial derivada de su imprevisibilidad contractual y de la ruptura de la base económica del contrato, con la consiguiente excesiva onerosidad para la parte contractual afectada

(STS 591/2014, de 15 de octubre [NormaCEF NCJ058985], que confirma la doctrina fijada sobre la caracterización y régimen jurídico de la cláusula *rebus* en la STS 333/2014, de 30 de junio de 2014 [NormaCEF NCJ058627]).

A fin de conocer los razonamientos, adentrándonos en el cuerpo de la sentencia, donde se debate el retraso en el pago en una compraventa, según motiva el Alto Tribunal en la STS 333/2014 (NormaCEF NCJ058627), se entiende que la legitimidad para pedir la resolución tiene que corresponderse con una frustración grave de la legítima expectativa de la parte que insta aquella como perjudicada, no porque le ampare una mera reclamación por mora ni le quepa un abuso en quebrar la pervivencia del negocio, sino que, de verdad, el incumplimiento del plazo sea incumplimiento definitivo del contrato. Si no hay tal relevancia de incumplimiento grave que quiebre esencialmente el contrato en su frustración causal, se estaría en un abuso de derecho, al accionar o en considerar tal accionamiento como expresión de un desistimiento unilateral e ilegítimo.

Esta cláusula, que se enuncia como *rebus sic stantibus et aliquo de novo non emergentibus*, esto es, mientras la cosa siga como era y no surja algo nuevo, podremos concluir que, frente a cierta ligereza en decir que no está reconocida como tal legalmente, que su elaboración es jurisprudencial, realmente está asentada en el principio codificado de la equidad, que tantas manifestaciones inspira y fundamenta; en la teoría misma del negocio jurídico y en el correspondiente control causal del desenvolvimiento práctico de la situación jurídica (siendo por ello lógico que su valoración se dé en contratos de tracto sucesivo o de larga duración)⁹.

⁹ Tal como se razona en la STS de 6 de marzo de 2020, RJ 2020,879 (NormaCEF NCJ064722), la posibilidad de aplicarse a contratos de corta duración no es aceptada, teniendo en cuenta «que difícilmente

8. Otras medidas de control causal, justicia material y exigencia de la responsabilidad

8.1. La inversión de la carga de la prueba, frente al *incumbit probatio qui dixit*

Colocar en el demandado la carga de la prueba de su posible exoneración de responsabilidad o de acreditar que observó la diligencia debida es norma general en las relaciones de consumo (arts. 60.5 y 147 TRLGDCU). Concretamente, en esta materia de consumo, destacamos un primer precepto que impone al empresario la carga de la prueba de haber cumplido el deber de informar, lo que es coherente con la preocupación del legislador de contemplar la vida del contrato alargada en el tiempo (en el antes, con la información pre-contractual y, en el después, con la fase de liquidación, de cobertura de las garantías, etc.).

En estas relaciones de consumo, con ocasión de generalizar esta regla que comentamos, avanza el legislador en favor de la objetivación de la culpa ya que, además de imponer la responsabilidad a los prestadores de servicios por los daños causados a los consumidores y usuarios salvo que prueben que se sujetaron a la norma, añade que tal exigencia se depurará en todo caso en que se separen de la *lex artis* y de la diligencia exigible en función de la naturaleza del servicio.

Por demás, como modalidades de facilitación de la prueba, merecen ser destacadas medidas contempladas en la legislación especial, como es la posibilidad de exigir la exhibición de documentos (art. 73 LP) y la práctica de diligencias de comprobación de hechos (arts. 123-125 LP), destacando en una y otra cuestiones sensibles como que, en la primera, hay línea fronteriza con el secreto empresarial y, en la segunda, cabe incluso su petición *inaudita parte*.

8.2. La solidaridad en el lado pasivo, frente a una regla general de mancomunidad

Trascender el principio de relatividad (art. 1257 CC) o superar el principio de culpa (arts. 1101 y 1902 CC) se abrió con la tendencia objetivadora, que se manifestó en el Código Civil con la presunción de culpa (arts. 1769 y 1563 CC), la responsabilidad por actos de tercero (arts. 1903, 1721, 1564, 1596 CC), la responsabilidad del guardián, respecto a las cosas o animales (art. 1905 CC) o, avanzando en la garantía de la responsabilidad, con particulares soluciones en favor de la solidaridad (arts. 1822 y 1748 CC). El avance, en garantía de la res-

puede acaecer algo extraordinario que afecte a la base del contrato y no quede amparado dentro del riesgo propio de ese contrato».

ponsabilidad, estará en la desindividualización y consideración de la responsabilidad colectiva. Encontramos un referente normativo importante en el artículo 17.3 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación: «Cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente». Precepto de gran relevancia en la práctica por la importancia que tiene el hecho constructivo en la economía y en la dinámica social, además de ser un ejemplo de referencia entre los actos jurídicos complejos al venir, en efecto, protagonizado por un colectivo con distintas competencias y necesaria concurrencia.

Una vez más, el antecedente más definitivo lo encontramos en el Código Civil, en el artículo 1591 CC, cuando regula la responsabilidad por ruina de un edificio y declara responsables del daño a los partícipes en el proceso constructivo (entre los que cabe distinguir al arquitecto proyectista, el arquitecto director de obra y el contratista), confirmando la regla general de que el colectivo partícipe en ese acto complejo responde solidariamente. Y, abundando en la normativa general, otro precepto importante que ratifica esta tendencia a la exigencia de responsabilidad solidaria lo tenemos en el artículo 132 del TRLGDCU, que generaliza esta extensión involucrando a todos los sujetos acotados en el libro correspondiente a la responsabilidad por productos defectuosos.

En la legislación especial, en materia de propiedad intelectual, se extiende la posibilidad de conformar del lado pasivo la exigencia de la responsabilidad al inductor o cooperador (art. 138 TRLPI) y, en la regulación de la propiedad industrial, se extiende al importador, fabricante y, en general, a todo el que realice explotación indebida de la patente (cfr. art. 72 LP). Abundando en ello y confirmando el criterio de extender la responsabilidad solidaria, de acuerdo con en el segundo párrafo del artículo 25.3 del TRLPI, los distribuidores, mayoristas y minoristas, que sean sucesivos adquirentes de equipos, aparatos y soportes materiales, con respecto de los deudores que se los hubieran suministrado, salvo que acrediten haber satisfecho efectivamente a estos la compensación, tal como dispone el Real Decreto 209/2023, de 28 de marzo, por el que se establecen la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada.

8.3. La acción colectiva del lado activo

Facilitar el acceso a la tutela judicial efectiva (art. 14 CE) pasa por hacer más accesible el accionamiento judicial lo que, en la práctica, se consigue impulsando las *class action* (que, además de velar por esos intereses difusos sirven al interés general y a la seguridad jurídica al evitar pronunciamientos contradictorios). En dos leyes importantes apreciamos el impulso a esta representación y legitimidad para accionar: en el artículo 37 del TRLGDCU y en el artículo 16 de la LCGC. En concreto, en la normativa de consumo fundamenta esta actuación por representación desde el reconocimiento del derecho de los consumidores y usuarios a contar con ese derecho (art. 8 TRLGDCU), confiriéndose a las asociaciones

de consumidores y usuarios la legitimidad en exclusiva para actuar en nombre y representación de los intereses generales del colectivo (art. 24 TRLGDCU), completando este reconocimiento con el cuadro de derechos de las asociaciones, entre los que se incluye tal competencia representativa (art. 37 TRLGDCU), y con la particular legitimidad para promover la acción de cesación (art. 54 TRLGDCU).

En materia de propiedad intelectual hay también un impulso de accionamiento colectivo a través de las entidades de gestión (en su papel de representación –art. 150 TRLPI– «en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales»). Destacando en este supuesto una legitimidad formal o accionamiento en defensa de la propiedad intelectual que se atribuye a terceros, incluso, en exclusiva y con reserva de ley. Tal atribución de competencias no debe entenderse en perjuicio de los titulares, sino para resolver cuestiones prácticas que a ellos les resulte difícil de gestionar.

8.4. La responsabilidad objetiva o por riesgo

La tendencia objetivadora ya se acoge en el Código Civil, arrancando en alguna medida de la culpa por razón de una negligencia *in eligendo* o *in vigilando* (el genérico art. 1903 CC o el particular art. 1721 CC, además del supuesto mencionado de la responsabilidad del guardián por los daños causados por las cosas o por los animales –art. 1905 CC–), siguiendo con la presunción de culpa (arts. 1563 y 1769 CC), que se consolida ante el daño desproporcionado o la miseria de medios. Avanzando en esta línea también se reconoce la imputación de la responsabilidad a un colectivo (responsabilidad solidaria que prescinde del debate y señalamiento del culpable en el caso del acto complejo o de mandato legal, a partir del referente fundamental localizado en el art. 17.3 de la LOE). El siguiente paso es, manteniendo el referente de la culpa, poder reconocer más supuestos de presunción de culpa y, avanzando en la progresión, poder hablar de responsabilidad por riesgo como expresión de la responsabilidad objetiva.

Se suele situar en la STS de 30 de junio de 1959 el precedente más decisivo que se aparta de la teoría de la culpa, al condenar por los daños causados sin observarse, junto con las medidas estandarizadas, todas las demás medidas necesarias para prevenir o evitar el daño ante una previsibilidad del siniestro, asumiendo que tal eventualidad aumenta en una sociedad del riesgo y mayores peligros. Esta evolución del sistema subjetivista o tendencia objetivadora se encuentra razonada por la regla *pro damnato*, la rigurosidad del *non laedere*, la tutela del más débil, la realidad y demanda social, la asunción de riesgo y, desde luego, cuando se está desplegando una actividad peligrosa y lucrativa, un riesgo por encima de lo normal y un beneficio para el agente promotor de la actividad.

En la sentencia citada sitúa la doctrina el hito desencadenante de facilitación de las indemnizaciones (Díez-Picazo y Ponce de León, 2000, p. 118) y se razona dando proyección a la presunción de culpa (de la que ya hemos destacado algunos precedentes en los arts. 1563

y 1769 CC), exigiendo una previsibilidad y especial diligencia adecuada a las instalaciones industriales, más allá de las medidas estandarizadas. Precisamente en desvirtuar la presunción de culpa, en materia de accidentes con vehículos de motor, acoge el autor de referencia la jurisprudencia que anticipa esta objetivación (por todas, la STS de 17 de julio de 1943).

La objetivación avanza tanto en el plano subjetivo como en el objetivo, con la extensión de la responsabilidad a terceros (ya antes se ha explicado esa ampliación del lado pasivo) y con la exigencia de estándares de calidad, que recuerda aquella compraventa a prueba o ensayo del código, aunque siempre se ha exigido un nivel objetivo de control de calidad para no incurrir en arbitrariedad o abuso (tal como proscriben los arts. 1256 y 7 CC). En el frecuente entorno de las relaciones de consumo se repiten los preceptos que objetivan la culpa al medir la responsabilidad desde unos estándares de calidad (arts. 137 y 147 TRLGDCU). Por demás, la objetivación la acogemos desde la voluntad negocial misma con la oferta comprometida de resultados en un mercado competitivo donde obligaciones de medios (servicios jurídicos, servicios sanitarios) se publicitan con ese ofrecimiento y compromiso de logro de una plena satisfacción.

8.5. El comiso, la atribución en propiedad y la afección real

En este punto es importante apreciar la superación de una prohibición general del comiso (art. 1859 CC), pudiendo generalizar la sujeción legal de activos patrimoniales (que ya teníamos prevista en preceptos como el art. 1318 CC o el art. 806 CC), imponiendo la afección (art. 9 LPH) o, dando un paso más, atribuyendo la propiedad al perjudicado (arts. 71 LP y 139.3 TRLPI), incluso, para evitar dilaciones, contemplando la entrega a cuenta, anticipada. En efecto, en la legislación especial destaca la posibilidad de solicitar, el que ejercite las acciones civiles al amparo de la LP, la atribución en propiedad de los objetos embargados que han servido para violar la propiedad industrial. De igual modo, al titular del derecho de explotación de la obra que haya sufrido la infracción se le reconoce la posibilidad de pedir la entrega de los ejemplares a precio de coste y a cuenta de la indemnización que deberá percibir.

8.6. Las medidas cautelares y otras soluciones inmediatas en el tiempo

La preocupación por evitar dilaciones indebidas que convierte el ideal de la justicia en una gran injusticia debe ser una prioridad. El Tribunal Constitucional advierte continuamente sobre la persistencia de esta patología. Superar esta patología legitima una medida como la adopción de las medidas cautelares que puedan adoptarse incluso antes de formalizar la acción judicial.

La propuesta del legislador en materia de propiedad intelectual y de propiedad industrial es interesante en la forma y en el fondo: acoge, con vocación de normalización, un catálogo amplio de medidas cautelares; y busca su adopción temprana, antes de demandar; ade-

más de promover la generalización considerando expresamente su proyección en el orden jurisdiccional penal (cfr. arts. 73 y 123 LP y arts. 141 y 143 TRLPI).

Otra medida digna de destacar por servir a esta respuesta rápida y eficaz es la acción de cesación en el artículo 12 de la LCGC, en el artículo 53 del TRLGDCU, en el artículo 71.1 a) de la LP y en el artículo 139 del TRLPI. En concreto, el artículo 53 del TRLGDCU dispone que

la acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando esta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato.

Y para favorecer este accionamiento, en el artículo 54 del TRLGDCU se reconoce la legitimación de un modo amplio a entidades como el Instituto Nacional del Consumo, las asociaciones de consumidores y usuarios, el Ministerio Fiscal y las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios. Además, esta acción de cesación suma entre sus ventajas (junto a la posible formulación anticipada o previa a la acción, la amplia legitimidad para solicitarla, el catálogo de medidas que, según el legislador, puede contener) la imprescriptibilidad (art. 56 TRLGDCU).

La acción directa que desborda el marco particular de la contratación para exigir la responsabilidad a terceros se entendió lógica en el marco del mandato representativo (a partir del art. 1717 CC), y aún más forzado por estar más distantes o incomunicados, el Código acogió tal posibilidad de ejercer la acción directa en otras situaciones, como la arrendaticia (art. 1560 CC). Hoy, en materia de consumo, al productor se le exige tanto en contenidos obligacionales (por ejemplo, la garantía del servicio técnico –art. 127 bis TRLGDCU–) como responsabilidades (por los defectos de los productos que fabriquen o importe –art. 135 TRLGDCU–).

También, en favor de esta evitación de dilaciones indebidas, acuden los instrumentos que se normalizan e impulsan y que conforman los ADR. Tanto la mediación como el arbitraje se presentan como dos instrumentos de solución del conflicto ágiles en su tramitación (desburocratizados y flexibles), abaratados en costes, separados de la litis o de la mayor beligerancia del enfrentamiento judicial, más reservados o privados, muy confiados a la voluntad negocial (aunque la solución final, en el segundo escenario arbitral sea heterónoma) y a la equidad; y, por demás, muy útiles en el entorno territorial supranacional o globalizado.

En materia de propiedad intelectual cabe destacar, además del papel de la sección primera de la Comisión de la Propiedad Intelectual (art. 193 TRLPI) la adhesión a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (la OMPI) que, entre sus servicios, ofrece la mediación y el arbitraje. El impulso a estos medios extrajudiciales lo encontramos en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico; y en la

normativa de consumo. Por tanto, desde la fuerza de la voluntad negocial y la regulación de la teoría general de la contratación en el Código Civil (arts. 1254, 1261 CC) damos fundamento a las soluciones recogidas en el artículo 32 de la LSSI y en el artículo 57 del TRLGDCU.

8.7. Derecho de participación, revisión por equidad

Antes de ver desarrollado este derecho en la legislación especial, el interés que guía este estudio es localizar los fundamentos en nuestro derecho general y consolidado; así en el traspaso o en el subarriendo vemos la posibilidad de esa participación en la contratación con terceros y que pueda haber un reparto de beneficios. Al fin y al cabo, la regulación misma de la liquidación del estado posesorio ya busca esa revisión, la justa compensación o la evitación de todo enriquecimiento injusto.

Desde estos referentes entendemos las soluciones particulares que se dan en las leyes reguladoras de la propiedad industrial y en la propiedad intelectual. En efecto, en la regulación de las patentes se reconoce a favor del inventor, cuando no es titular de la patente por ser su labor de innovación propia de su contrato de trabajo (cfr. art. 17 LP), el derecho a recibir una compensación a cargo de la empresa empleadora. De igual modo, en el TRLPI se reconoce ese derecho de participación en el precio de la reventa que, tras una primera cesión, el vendedor obtenga (art. 24 TRLPI); y, en el mismo texto legal, se confiere la legitimidad para ejercer la acción de revisión por remuneración no equitativa, para el supuesto en que tras la cesión de los derechos de autor se produjese una manifiesta desproporción entre la remuneración inicialmente pactada y la totalidad de los ingresos obtenidos por el cesionario de los derechos de explotación de la obra.

De conformidad con los fundamentos que se van fijando, estos derechos son lógica y justa expresión de la relevancia de la dimensión propia de la personalidad (cuando a la misma se vincula esa producción científica, artística o la invención tecnológica) y del control causal, no solo en la perfección del negocio jurídico, sino en el desenvolvimiento de la contratación en el tráfico.

8.8. Derechos irrenunciables y control de legalidad

Desde el título preliminar del Código Civil queda reconocida la posible renuncia de derechos, expresión de plena disposición, aunque sujeta a ciertas condiciones (art. 6.2 CC –que no contraría el interés ni el orden público ni perjudique a terceros–). Precisamente la profusión normativa, en gran medida justificada para preservar la igualdad ofreciendo recursos de reequilibrio y medidas de equidad, se refuerza con pronunciamientos generales de irrenunciabilidad o corolario de *ius cogens* de las medidas de sobretutela. Los recursos de discriminación positiva, para favorecer a la parte débil contratante, al consumidor o usuario, resultan necesarias de cara a restablecer el equilibrio y garantizar la igualdad.

Así, ante la duda, se resuelve la interpretación favorable a la irrenunciabilidad y al carácter imperativos de los preceptos contenidos en la normativa reguladora de la propiedad horizontal o en la regulación especial arrendaticia. También podemos encontrar repetidas disposiciones con esa eficacia: en el artículo 5 de la Ley 19/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, según el cual los consumidores no podrán renunciar a los derechos reconocidos en esta ley, añadiendo que la renuncia a los derechos reconocidos por esta ley a los consumidores y los actos contrarios a la misma son nulos. Los actos realizados en fraude de ley serán sancionados como tales según lo dispuesto en el artículo 6 del CC.

En materia de consumo y como norma general, dentro de las disposiciones comunes en materia de responsabilidad, se declaran ineficaces las cláusulas de exoneración o de limitación de la responsabilidad civil. En efecto, el artículo 10 del TRLGDCU confirma la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario confirmando la nulidad de la renuncia previa y de los actos en fraude de ley. De igual modo, cuando el legislador despliega medidas de sobreprotección, con ocasión de regular materias especiales como la propiedad intelectual, reitera esta medida de reequilibrio entre partes disponiendo expresamente que los beneficios son irrenunciables (art. 55 TRLPI).

9. Conclusiones

9.1. Vitalidad y actualidad del Código Civil

Urgidos por la innovación podemos incurrir en una producción normativa que, además de excesiva, caiga en la dispersión y en el desarrollo de un derecho que quiebre la coherencia y unidad del ordenamiento. Por ello es oportuno revitalizar los preceptos codificados que hoy informan soluciones demandadas; como también es importante que esa localización de preceptos no sea muestra de un tratamiento separado, según la institución en la que se acoja la norma particular, sino que sea expresión de una razón y de un cuadro de valores latente en la codificación.

Recurrir al Código Civil permite ensalzar su función de fundamento del derecho privado y su carácter de derecho general. Este texto nuclear recoge una tradición y explica una evolución ordenada, donde se equilibra un liberalismo templado y un referente social. Implica y permite comprobar cómo medidas hoy ensalzadas, requeridas o ganadas en su desarrollo ya estaban articuladas en él. La acertada labor legislativa del codificador con formulación de soluciones generales debe seguir inspirando la elaboración de las normas para evitar caer en la inestabilidad, el oportunismo, la coyuntura y la dispersión que hoy padecemos. Dar proyección, permanencia, estabilidad y coherencia interna a las normas es un compromiso realizable a partir de los preceptos del Código Civil, que está comprometido con valores y principios justos y, por ende, intemporales.

El legislador decimonónico realizó una tarea ejemplar en la aportación de soluciones equilibradas, sin complejo en agravar la responsabilidad cuando la situación requiriera tal sanción (así, presumiendo la culpa, objetivándola o no excusando el infortunio, incluso sancionando) y, en otras ocasiones, no dudando en dulcificar el reproche culpabilístico, concediendo el *ius retentionis* en garantía de la reparación, aplicando la *cláusula rebus* o desplegando el control causal contra la abusividad.

9.2. Normalización de las medidas de aseguramiento y de agravamiento de la responsabilidad civil

El *ius retentionis*, el agravamiento de la responsabilidad con sanción, la inexcusabilidad de la responsabilidad aun ante el caso fortuito y la tendencia objetivadora de la culpa, son recursos contemplados expresamente en el Código Civil. y, de conformidad con el cuadro de principios informadores de este texto, se encuentra base suficiente para construir la *cláusula rebus sic stantibus*.

En este estudio, además de enumerar el catálogo de medidas que han merecido impulso en el desarrollo del ordenamiento Jurídico, se posibilita ganar visión panorámica, acotar, fundamentar y sistematizar un catálogo de criterios de medición de la responsabilidad civil, en su lógica histórica y en su función de agravamiento o de dulcificación. En concreto, destacamos, de cara al endurecimiento de la exigencia de la responsabilidad, la tendencia objetivadora que se manifiesta en la inexcusabilidad de la responsabilidad ante el infortunio, la sanción sumada a la reparación, la presunción de culpa, la culpa en la guarda de las cosas, la responsabilidad por actos de terceros y la responsabilidad por riesgo. En concreto, sobre la no operatividad de la exoneración, hay que destacar los preceptos de gran significación, los artículos 453, 1488, 1744, 1745 y 1891 del CC.

9.3. Control causal y equidad

En el capítulo de dulcificación en la exigencia de la responsabilidad civil, encontramos razón en el control causal y en el recurso a la equidad que, de igual modo, encuentran basamento en el texto codificado. Las repetidas soluciones en las que a la parte que soporta mayor onerosidad se le ofrece una garantía, para lograr un reequilibrio entre partes, son la muestra.

El concepto de causa precisa su concreción y tratamiento conjunto, sin ceder a una indefinición o dispersión, en tanto cabe su análisis y consideración conjunta y acepción objetiva. Hay, además, que contemplarla en el inicio y en el desenvolvimiento con un control jurídico que permitirá detectar un abuso de derecho y aplicar las consecuencias o efectos que son rotundos: imprescriptibilidad, sentencia declarativa, legitimación abierta, apreciación de oficio y nulidad radical. La equidad, lograda de modo significativo con la proscripción del abuso de derecho y a través de un control causal, nos permite entender la normalización del

ius retentionis en la distintas titularidades crediticias y reales que se han ido destacando con sus correspondientes fundamentos de derecho: en el derecho de cosas, en los artículos 502, 522, 453 y 1866 del CC; y en el derecho de obligaciones y contratos, en los artículos 1600, 1730, 1780 del CC y, aunque no expresamente y sí por remisión, en el artículo 1573 del CC.

9.4. Concreción de los requisitos que legitiman el plus de la responsabilidad o su excusa

Cabe confirmar en este estudio la viabilidad de medidas, su fundamento, razón y proyección, primero para el agravamiento, imponiendo sanción, permitiendo en unos casos que opere el castigo junto a la compensación y acogiendo, en otros supuestos, la objetivación y la responsabilidad por riesgo y, segundo, para la exoneración permitiendo la cláusula *rebus*. Todo ello reforzado en equidad con el control causal frente a la abusividad y el *ius retentionis* en garantía de cobro. Se trata de evitar la frustración del lesionado y de la sociedad ante una falta de respuesta suficiente del derecho; así como dispensar una sobretutela que merezca la parte débil.

Por ello, además de los concretos fundamentos de derecho y preceptos seleccionados, los argumentos que razonan unas y otras soluciones se pueden sintetizar, en cuanto a lo primero, para el agravamiento de la sanción, los requisitos para legitimar la sanción, que serían: contar con el respaldo en una norma que lo disponga, o cuando se busque ir contra una conducta especialmente grave o cuando el autor del daño ha entendido ventajoso o rentable, actuar de ese modo o contravenir el derecho, como también fijando los requisitos para entender la responsabilidad por riesgo; en este orden de endurecimiento de la exigencia de la responsabilidad, relacionamos los siguientes: que la medida de objetivación se imponga por la ley, que se provoque un riesgo superior al normal y que la actividad sea lucrativa.

Y, en esta tarea de concreción de presupuestos, ahora para acoger la dulcificación de la exigencia de la responsabilidad civil, en concreto para aplicar la cláusula *rebus*, los requisitos serían: la absoluta imprevisibilidad de la alteración grave de las circunstancias, la desproporción en las prestaciones y la extraordinaria onerosidad sobrevenida para una de las partes contratantes. Concurriendo estos presupuestos, el Alto Tribunal ha acogido cierta normalización de la figura.

En este orden, en favor de la menor dureza o limitar la imputación a tercero, cabe finalmente abundar también en la doctrina de la asunción de riesgos, ya que, en una sociedad avanzada, participativa, protagonista y responsable, es lógico imponer un mayor grado de autoexigencia y diligencia propia. La responsabilidad es consecuencia de la autonomía y así el precio de impulsar la capacidad de obrar en correspondencia con la capacidad jurídica implica esa exigencia (cfr. art. 299 CC), por lo que cabe ratificar que cuanto más informados más responsables son los obligados; y que cuanto más comprometidos socialmente más reprochable es el abuso o el daño a tercero.



Referencias bibliográficas

- Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F. (2022). *Manual de Derecho Mercantil*. Vol. II. Tecnos.
- Castro y Bravo, F. de (1985). *El Negocio Jurídico*. Civitas.
- Clavería Gonsalbez, L. H. (1993). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. T. XVII, vol. 1-B. Edersa.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2000). *Derecho de Daños*. Civitas.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2001). *Sistema de Derecho Civil*. Vol. III. Tecnos.
- García Cantero, G. (1980). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. T. XIX. Edersa.
- Marín Pérez, P. (1982). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. T. XXII, vol. 1. Edersa.
- Martín Bernal, J. M. (1982). *El Abuso de Derecho*. Montecorvo.
- Torre Olid, F. de la (2017). Tratamiento del *ius Retentionis*. A favor de un mayor contenido y alcance, desde el régimen constitucional de los bienes de rendimiento económico. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.

Francisco de la Torre Olid. Profesor de Derecho Mercantil en ESIC-Business & Marketing School. Doctor en Derecho (Universidad de Granada), con dos sexenios de investigación. En su experiencia profesional ha ocupado cargos como el de secretario del Comité de Justicia Deportiva de la Región de Murcia. Labor académica y profesional valorada en el CGPJ con el nombramiento de magistrado suplente. Cuenta con más de un centenar de publicaciones de carácter científico, divulgativo y formativo. Ha dirigido trece tesis doctorales y ha realizado, como actividad de transferencia, un amplio número de dictámenes. <https://orcid.org/0000-0002-5188-6118>