

BIBLIOGRAFÍA

Libros*

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Málaga

KÄMPER, Lukas: *Forderungsbegriff und Zession*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2019, 272 + xxi pp.

El libro, tesis doctoral de su autor, es un perfecto ejemplo de cómo la doctrina alemana sigue formando a sus mejores «cachorros»: a base de temas de profunda carga dogmática, con un fuerte tratamiento histórico y amplia perspectiva de Derecho comparado. En el caso concreto de la obra objeto de recensión, se trata de un trabajo que aborda desde esas bases metodológicas dos aspectos particulares de la cesión de créditos: la necesidad de la notificación para operar su eficacia frente al deudor y la virtualidad del pacto excluyente de la cedibilidad del crédito (el llamado *pactum de non cedendo*).

La obra se estructura en tres capítulos claramente diferenciados, y que van realizando un estudio paralelo del derecho francés y alemán: uno primero dedicado al concepto de crédito y a su cedibilidad; otro segundo referido a la necesidad y eficacia de la notificación de la cesión del crédito al deudor; y otro tercero, tal vez el más interesante por la trascendencia de su tema, referido a la eficacia de los pactos excluyentes de la cesión.

El primer capítulo, más introductorio como se ha dicho, pero para nada superficial, parte del Derecho romano y su progresiva evolución hacia un sistema de cesión de crédito mediante la *procuratio in rem suam*. Se expone luego cómo esa evolución no fue percibida como tal en los autores medievales, y cómo su consideración sincrónica del derecho romano les impidió ver la evolución que en él había hacia un concepto más patrimonialista del crédito y, por tanto, favorable a su cedibilidad: se analizan los puntos esenciales del pensamiento medieval al hilo de sus autores y el surgimiento de la regla *nomina ossibus inhaerent* (llamando la atención la facilidad del autor para moverse en las fuentes medievales). Y se recoge luego la evolución moderna, que partiendo precisamente de los autores de la escolástica española –siempre más valorados por la doctrina extranjera que por nosotros mismos–, y continuando por los autores del Derecho natural racionalista, da un paso hacia la patrimonialización del crédito y su cedibilidad, solución que es la adoptada por el Código Napoleón, que opta por regular la cesión del crédito como un tipo especial de venta por razón de su objeto.

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

Sin embargo, esa evolución hacía la mercantilización del crédito se ve detenida, como en tantos otros campos, por la reacción que supuso Savigny y la escuela histórica. La concepción despatrimonializada del crédito de Savigny, que retorna hacía su conceptualización como vínculo jurídico, arrastra como consecuencia un tanto irreflexivamente asumida que éste resulte incedible (así, Mühlenbruch y sus continuadores); sólo la reelaboración de Windscheid, aun asumiendo el concepto de obligación como vínculo personal entre acreedor y deudor, permite «reconstruir» la cesión del crédito como negocio en el cual el cesionario se sitúa en la posición del antiguo acreedor sin variar en nada el vínculo que éste tenía con el deudor. Haciendo ver, por tanto, que no es necesario la «cosificación» del crédito para justificar su cedibilidad, pues también desde perspectivas del crédito eminentemente personalistas es perfectamente posible construir la cesión de créditos. Solución ésta que a la postre es la aceptada por el BGB en los §§ 398 y siguientes.

El segundo capítulo tiene quizá menos interés para el lector español, pero muestra el buen hacer del autor. Analiza con todo detalle el proceso que condujo a que el Derecho francés recogiese en su Código civil de 1804 la exigencia de notificación (*signification*) al deudor para que la cesión de créditos tuviese eficacia frente a tercero ajeno al negocio transmisivo, incluido el propio deudor. Significativo es que ese requisito, heredado probablemente del de la entrega para la donación, y asumido como elemento constitutivo de la cesión de créditos en la redacción de las *Coutumes de la Prévosté et Vicomté de Paris* en su versión de 1580, viniese a representar el elemento de toma de posesión del adquirente que se exigía en el sistema de título y modo para toda transmisión de un bien, y aquí también para el crédito; y que, sin embargo, la ciencia jurídica francesa no tuviese en cuenta que su evolución hacía un sistema transmisivo consensual privaba de sentido a esa *signification* de contenido cuasitradorio. Con lo cual el requisito devino incongruente, y el supuestamente ágil sistema transmisivo francés, cercenado de su agilidad precisamente en un ámbito, como el mercado de créditos, donde el elemento de publicidad de la transmisión resultaba más innecesario.

Por eso el autor completa el capítulo exponiendo el largo camino que ha conducido a que el legislador francés, en su modernización del Derecho de obligaciones de 2016, haya prescindido de ese requisito en la nueva regulación que de la cesión de créditos ha hecho. Así como traza luego en paralelo el debate que se produjo entre los juristas alemanes del XIX sobre la exigencia de notificación de la cesión al deudor para su eficacia, y como a la postre se impuso en el BGB el criterio defendido por Otto Bähr, quien sostenía que la notificación era innecesaria para la transmisión del crédito, pues su posible utilidad como medio de protección del deudor viene suplida por la regla que ampara a éste cuando, desconociendo la cesión, realiza la prestación liberatoria al acreedor cedente. Sin que falte la oportuna precisión por el autor de que esta decisión del legislador alemán de prescindir de la notificación como requisito para la cesión no resultó incongruente con el mantenimiento de un sistema transmisivo traditorio, precisamente porque el crédito no es una cosa para el BGB, pero sí con la exigencia que el § 1280 imponía y sigue imponiendo de notificar al deudor la pignoración de créditos.

El tercer capítulo es quizá el de más interés para el lector español, pues aborda una cuestión que es objeto de debate en nuestra doctrina, la eficacia del pacto de incedibilidad del crédito o *pactum de non cedendo*. Por lo que se refiere al Derecho alemán, el autor parte de los autores del *usus modernus*, para centrarse en la pandectística y en concreto en la elaboración de Sintenis

y Windscheid, que determinaron que la doctrina alemana entendiese que un crédito con un pacto *de non cedendo* es un objeto estructuralmente intransmisible, por haber nacido precisamente con ese carácter. Eso acabó fraguando en que el § 399 BGB considerase radicalmente nulo la cesión de ese crédito considerado objetivamente incedible. Kämper, siempre especialmente atento para poner de manifiesto las contradicciones internas de los sistemas e instituciones que estudia, subraya que esto choca en buena parte con la regla del § 137 BGB, que declara la ineficacia real de las prohibiciones de disponer convencionales –por más que la doctrina alemana salve la contradicción explicando que éstas operan sobre bienes de suyo transmisibles, mientras que los créditos sometidos a un pacto *de non cedendo* se tornan ellos mismos personalísimos e intransmisibles–. Continúa luego el desarrollo exponiendo las voces que han intentado relativizar la norma del § 399, contemplándola como una regla meramente interpretativa de la voluntad de las partes, y admitiendo por tanto que el efecto de la contravención del pacto no sea la nulidad absoluta del negocio, sino su carencia de efectos frente al deudor. Al hilo de esta discusión expone el autor la superación de la norma en el Código de comercio alemán, que fue reformado en 1994 para establecer en su nuevo § 354a que el pacto *de non cedendo* sólo provoca la ineficacia de la cesión frente al deudor cedido. Para manifestar luego que ni siquiera esa eficacia relativa frente al deudor le parece la más adecuada: en su opinión, la solución más apropiada es la que acoge el Art. 9.1.9 de los Principios Unidroit de contratos comerciales internacionales al establecer que para las obligaciones monetarias, particularmente aptas para la cesión, se priva de toda eficacia frente a tercero al pacto *de non cedendo*, que sólo daría entonces lugar a un deber de indemnizar por parte del obligado que lo incumplió; mientras que para las obligaciones no monetarias se mantenga la ineficacia de la cesión que infringe el pacto si el cesionario lo conoció o pudo conocer su existencia.

El capítulo se completa con una extensa segunda parte en que se aborda la eficacia de la *clause d'incessibilité* del Derecho francés, que apenas fue objeto de tratamiento en los siglos XIX y XX, pero que ha dado lugar a una relativamente amplia discusión doctrinal y jurisprudencial en los últimos años. El resultado ha sido un tanto discordante, pues si en el ámbito mercantil el legislador le ha privado a la cláusula de toda virtualidad, la reforma del *Code civil* de 2016 la acepta en cambio en el artículo 1321, concediéndole eficacia real e imponiendo la ineficacia absoluta del negocio que la infringe. Lo cual, en un sistema jurídico como el francés, donde el crédito es considerado un bien, resulta particularmente incongruente con la falta de eficacia que ese mismo sistema predica de las prohibiciones de disponer convencionales.

Hasta aquí el libro, que concluye con una cuidada lista de conclusiones. De él se pueden sacar muchas enseñanzas y temas para el debate. Como he dicho, la calidad del conjunto de la obra es más que notable, por más que no falten aspectos en que hubiese sido de agradecer un tratamiento más exhaustivo, como sucede con las perspectivas de Derecho romano sobre la cesión de créditos y el pacto *de non cedendo* –el propio autor reconoce que éste último requeriría de un estudio monográfico particular–. Pero en conjunto la monografía es de mucha calidad, y el tratamiento de los temas pulcro tanto en lo histórico como en lo dogmático.

He señalado ya al comienzo de la reseña que la sistemática del libro es la propia de un estudio realizado en perspectiva histórico-comparada: y es obvio que responde así al método propuesto hace años por Reinhard Zim-

mermann. Conviene quizá añadir que no es en ese sentido casualidad que el director de la tesis que dio lugar a la publicación sea Nils Jansen, uno de los discípulos de primera hora de Zimmermann, y el trabajo se encuadre perfectamente en el arquetipo de su escuela.

Un último apunte. Pese a ser un trabajo de Derecho alemán y francés, el libro resulta de mucho interés para el lector español, pues ofrece numerosos puntos de comparación para calibrar las soluciones de nuestro Código. Y no está de más decirlo, éste sale elegantemente airoso del envite. Como tantas otras veces, los autores de nuestro Código supieron distanciarse suficientemente del modelo francés, evitando aquí incurrir en la necesidad de notificación para la cesión del crédito, y estableciendo en cambio en el artículo 1527 una norma de protección del deudor que cumple de buena fe frente al cedente. Y, del mismo modo, sin excesivos prejuicios dogmáticos, dejaron silenciada la cuestión del pacto *de non cedendo*, que hoy a mi juicio puede resolverse bien en línea con la solución prevista por la Ley hipotecaria para las prohibiciones de disponer, tan cercanamente emparentadas con él. Con lo cual vuelve a observarse que el Código civil español, con frecuencia tan criticado entre nosotros, tuvo muchos más aciertos de los que sus puntillosos críticos le achacan. No está de más recordarlo cuando soplan entre nuestros civilistas tantos vientos de cambio, pues no sería de extrañar que el propuesto alumbramiento de un nuevo Código civil acabe engendrando una criatura de mucho menor calidad que la existente.

Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Málaga

MACÍA MORILLO, Andrea: *Diagnóstico genético preimplantacional y responsabilidad médica por falsos negativos*, Reus, 2018, 447 pp.

En la monografía que se presenta, Andrea Macía Morillo se enfrenta a una cuestión, la responsabilidad médico-sanitaria derivada de los falsos negativos en el ámbito del diagnóstico preimplantacional, que no le resulta en absoluto desconocida, pues anteriormente ya se encargó de analizar las controvertidas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, en las que la negligencia médica se pone de manifiesto en un momento posterior de la reproducción humana, esto es, durante la realización del diagnóstico prenatal. De hecho, a lo largo de la obra la autora demuestra las grandes similitudes entre el escenario preimplantacional del que parte el presente estudio y el que ha servido tradicionalmente de base a las mencionadas acciones, lo que permite trasladar algunas de las soluciones aplicadas en aquel ámbito, al contexto específico del diagnóstico preimplantacional.

La elección del tema de estudio me parece sin duda valiente, pues a los variados y complejos interrogantes jurídicos que suscita la materia, hay que sumar las implicaciones éticas, morales y/o religiosas vinculadas a esta práctica, lo que complica aún más su análisis. A fin de cuentas, como reconoce la autora, este diagnóstico encubre cierta eugenesia, pues permite seleccionar uno o varios de entre los preembriones fecundados y descartar aquellos viables pero con ciertos rasgos o afectados por una enfermedad, que no serán implantados en el seno materno. En cualquier caso, Andrea Macía Morillo

aborda esta problemática desde un enfoque estrictamente jurídico, dejando de lado el debate ético y moral que subyace a la práctica de este diagnóstico.

Los avances técnicos experimentados en el campo de la medicina reproductiva han provocado la consolidación y extensión de estas prácticas, allí donde existen condiciones técnicas suficientes (en la mayoría de los países de nuestro entorno sociocultural). Ello está generando problemas jurídicos que no pueden ser ignorados. El reconocimiento y admisión legal de este diagnóstico –efectuado sobre embriones generados *in vitro* de forma previa a la implantación en el seno materno– ha supuesto la apertura de una nueva fuente de responsabilidad civil para los diferentes profesionales sanitarios que intervienen en cualquiera de las fases de la ejecución, interpretación o comunicación del diagnóstico genético preimplantacional. La hipótesis específica de la que parte la autora es la errónea realización o emisión del diagnóstico sobre el estado en el que se encuentran los preembriones antes de ser fecundados, lo que provocará un déficit de información en los usuarios de las técnicas de reproducción asistida.

A partir de aquí, las decisiones que aquellos adopten tomando como base tal información pueden conducir a un resultado indeseado, ya sea por el nacimiento de un niño afectado por aquella enfermedad o defecto que se buscó excluir por medio de este diagnóstico, pues se produjo la implantación bajo la errónea creencia de que los preembriones seleccionados no estaban afectados por los mismos (falsos negativos), o porque se evite la implantación bajo la errónea creencia de que los preembriones examinados estaban afectados por la enfermedad o defecto que se pretendía evitar (falsos positivos). Cada uno de los escenarios descritos plantea una problemática específica y muy diferente; de ahí que la obra se centre en analizar solo el grupo de casos más conflictivo, el de los falsos negativos en el diagnóstico genético preimplantacional, para evitar extender o dispersar excesivamente el objeto de estudio. Aun así, la monografía alcanza una extensión de casi 450 páginas, pues la autora, guiada probablemente por un propósito de exhaustividad, desarrolla cuestiones de teoría general o explica casos o asuntos conexos, que a veces llegan a distraer del que es su objetivo principal: precisar en qué casos o bajo qué condiciones los potenciales damnificados por un falso negativo en un diagnóstico genético preimplantacional podrán reclamar una indemnización de daños y perjuicios frente a los profesionales sanitarios intervinientes.

La responsabilidad civil que puede llegar a generarse en este ámbito no es objeto de regulación específica por nuestro legislador, que tan solo se refiere indirectamente a la misma en el artículo 18.2 LTRHA. A este panorama de falta de respuesta legislativa hay que añadir la insuficiencia de las reglas tradicionales de la responsabilidad civil para dar respuesta a las complejas cuestiones que plantea este supuesto, cuya incidencia práctica, aún escasa, es previsible que se incremente en un futuro próximo. La novedad de la materia y la baja litigiosidad que, de momento, ha generado esta cuestión, explican que se trate de una temática exiguamente analizada por nuestra doctrina, lo que convierte a este pionero estudio en una obra de referencia en la materia. Ante la insuficiencia de estudios nacionales al respecto –desde luego, ninguno de la amplitud y exhaustividad de la obra que se presenta–, la autora recurre a la doctrina comparada, destacando el abundante material bibliográfico en lengua extranjera utilizado por la misma.

La estructura de la monografía puede ser catalogada como clásica. Así, tras una primera parte introductoria en la que la autora acota el objeto de estudio, aclara una serie de cuestiones terminológicas necesarias por la alta

tecnicidad de este ámbito de la medicina (capítulos primero y segundo) y examina y valora la normativa española vigente sobre este tipo de diagnóstico (capítulo tercero), en la segunda parte de la obra –la médula espinal del trabajo y la parte más personal de la autora– pasa a constatar si concurren los presupuestos de la responsabilidad civil en los supuestos de falso negativo respecto a los distintos profesionales sanitarios que intervienen en la práctica del diagnóstico genético preimplantacional en el marco de la medicina privada. En concreto, siguiendo el esquema doctrinal clásico de la responsabilidad civil, la autora comprueba si concurre un comportamiento culpable (capítulo segundo), un daño jurídicamente indemnizable (capítulo tercero) y un enlace causal fáctico y jurídico entre uno y otro (capítulo cuarto).

Los requisitos enumerados son compartidos tanto por la responsabilidad civil contractual, como por la extracontractual. Aunque sin profundizar deliberadamente sobre la cuestión, la autora reconoce que la mayoría de reclamaciones en este ámbito contra los profesionales sanitarios se desenvolverán en el ámbito contractual, pero no descarta la viabilidad del artículo 1902 CC. Ello tal vez se deba a que la doctrina mayoritaria –también la autora– sitúa en el campo de la responsabilidad extracontractual las reclamaciones derivadas de relaciones triangulares como las que nos ocupa –pues lo habitual será que los usuarios celebren el contrato con la clínica o centro sanitario y no directamente con el profesional–. Sin embargo, a mi juicio, en estos casos no se produce una mera vulneración del *neminem laedere*, pues, pese a la inexistencia de vinculación contractual directa entre el usuario y el profesional, surge una relación obligatoria muy semejante a la contractual, que justifica la aplicación preferente a estos supuestos de las normas que disciplinan la responsabilidad contractual.

Apunta la autora que, de todos los elementos de la responsabilidad, el que suscita menor controversia jurídica es el de la imputación subjetiva, esto es, la determinación de si media culpa o negligencia del profesional. En este sector, la constatación de su concurrencia obligará a averiguar si el profesional sanitario desarrolló o no un comportamiento propio de un profesional medio de su especialidad. Debido a las indiscutibles limitaciones en la ciencia y en la técnica en esta materia, la autora concluye que los profesionales sanitarios no responderán cuando el error o falso negativo sea excusable, esto es, cuando el diagnóstico correcto no resultara posible de acuerdo con el estado de la ciencia y de desarrollo de la técnica existente en el momento en que se realizó y emitió, siempre, eso sí, que los usuarios de técnicas de reproducción asistida hubieran sido informados adecuadamente sobre la existencia de estos límites, para de esta forma poder asumir el riesgo derivado de los mismos y emitir el preceptivo consentimiento informado. Es más, en mi opinión, cuando no se informe a los usuarios sobre los límites del diagnóstico, implícitamente se estará generando una expectativa en la otra parte respecto al resultado de la técnica (la errónea creencia de que no existe margen de error), por lo que, si finalmente se produjera un resultado insatisfactorio, el incumplimiento del deber de información (de vital importancia en este contexto) provocará una alteración en la originaria asignación de riesgos de la obligación de medios y, en consecuencia, el traslado de los riesgos sobre la consecución del resultado al profesional sanitario.

El incesante avance tecnológico en este campo obligará a revisar y actualizar continuamente el parámetro de la *lex artis ad hoc*, para determinar cuál es el comportamiento exigible al profesional médico-sanitario en cada momento. Pese a su dificultad, la autora hace un encomiable esfuerzo por

identificar este parámetro en cada una de las fases clave del diagnóstico genético preimplantacional. Así, durante la fase de consejo de sometimiento a este diagnóstico, la autora propone que el criterio para valorar la diligencia o negligencia del profesional sea la posibilidad médica de indagar y detectar indicios de riesgo en la usuaria o pareja usuaria de las técnicas de reproducción asistida de una de las enfermedades que actualmente pueden detectarse mediante el diagnóstico preimplantacional, que impusieran al profesional la obligación de aconsejar su práctica y que, además, en ese caso concreto, el diagnóstico resultara lícito, técnicamente viable y de fiabilidad elevada. De concurrir estas circunstancias, la omisión de una recomendación en tal sentido provocará que los sujetos reciban una información incompleta que, a su vez, será tomada como base para adoptar una decisión no libre ni consciente de procrear. Sin embargo, coincido con Andrea Macía Morillo en que esta oportunidad perdida de someterse a un consejo genético no encaja en el molde de la teoría de la pérdida de chance, por faltar los requisitos señalados doctrinalmente para ello. Además, el profesional no será responsable cuando el paciente incumpla la carga de colaboración que le compete por silenciar deliberadamente datos que determinarían su inclusión dentro de un grupo de riesgo para la práctica de este diagnóstico.

Por lo que respecta a la fase de la práctica del diagnóstico en sí –la valoración e interpretación de los resultados– la determinación del criterio de imputación subjetiva exigirá averiguar que la técnica elegida es la adecuada para identificar el tipo de enfermedad o dolencia que se pretendía detectar y que la misma ha sido correctamente aplicada. La diligencia del profesional exigirá otra vez comprobar que no existen nuevos avances médicos que hayan convertido en obsoleta la técnica seleccionada y utilizada.

Por último, en cuanto a la fase de comunicación de los resultados, la autora afirma que la información al usuario de estas técnicas no ha de limitarse a indicar si los preembriones analizados padecen algunas de las afecciones buscadas, sino que ha de extenderse a descubrimientos accesorios al diagnóstico proyectado; esto es, ha de informarse igualmente de todas aquellas circunstancias o enfermedades descubiertas diferentes de las específicamente investigadas.

Siguiendo con el análisis de los elementos de la responsabilidad, para resolver el delicado problema de la determinación del daño jurídicamente indemnizable –uno de los elementos más discutidos doctrinalmente– producido durante la práctica del diagnóstico preimplantacional o en la comunicación de sus resultados, Andrea Macía Morillo identifica primero los potenciales sujetos damnificados en estos casos, para pasar a enumerar después en cada uno de ellos los escenarios concretos en que se puede producir un error en el diagnóstico desencadenante de responsabilidad civil.

Coincido con la autora en que, tratándose de la usuaria de estas técnicas (y su pareja heterosexual), cuando concurra error en el diagnóstico siempre deberá ser considerado daño indemnizable el consistente en la lesión de su libertad de procreación, debido a que la privación de información les ha impedido adoptar una decisión informada sobre la concepción. Este daño, difícil de cuantificar, concurrirá sea cual sea el tipo de diagnóstico genético preimplantacional en el que se haya producido el comportamiento negligente imputable al profesional sanitario y con independencia de cuál sea el curso posterior de los acontecimientos. Situándonos en el contexto del falso negativo, según la autora, la usuaria puede experimentar otros daños, acumulables al ya señalado, en caso de que el embarazo se lleve a término: el daño moral

indirecto o de rebote derivado de la contemplación de la condición enferma del niño, así como todos los gastos patrimoniales derivados del nacimiento del niño. En este punto discrepo, ya que considero que el daño patrimonial no debería sobrepasar el gasto extraordinario o especial que implica el nacimiento en condición enferma, pues cuando los usuarios se someten a las técnicas de reproducción asistida ya asumen el coste de criar un niño. Por ello, a diferencia de la autora, considero que en los supuestos de diagnóstico preimplantacional negativo extensivo, si nace un niño sano pero que no resulte HLA-compatible con su hermano como se pretendía, no podrá solicitarse la indemnización del daño moral de rebote ni el patrimonial, pues otra solución supondría cierta cosificación del ser humano.

En contra de la posibilidad de que el reclamante sea el propio niño –que soliciten en su nombre una indemnización por haber nacido en esas condiciones de enfermedad o discapacidad–, la mayoría de la doctrina ha opuesto que, en tales circunstancias, el daño cuya indemnización se solicita es la vida –pues la alternativa a ser concebido y nacer con un defecto genético es que no hubiera sido concebido en absoluto–, lo que constituye un obstáculo insalvable para la admisión del citado daño en nuestro Ordenamiento. Frente a tal argumento, la profesora Andrea Macía Morillo contrapone la controvertida idea –probablemente la más polémica de la monografía– de que, sin negar que la vida constituye un valor supremo en nuestro Ordenamiento, el derecho a la vida no es un bien jurídico absoluto, como lo demuestra la admisión de ciertas excepciones en casos puntuales (v. gr., legítima defensa, estado de necesidad, despenalización del aborto). Tal argumento, que ya utilizó en su análisis de las acciones de *wongful life*, probablemente tenga en el contexto del diagnóstico genético preimplantacional menor carga ética que en el diagnóstico prenatal. De todas formas, más tarde se comprueba –en el capítulo dedicado al análisis de la relación de causalidad–, que la autora también descarta la viabilidad de este tipo de acciones, por faltar uno de los presupuestos imprescindibles de la responsabilidad civil: la imputación objetiva.

Respecto a los sujetos legitimados activamente, destaca el brillante análisis sobre la posible legitimación activa del tercero que potencialmente se podría beneficiar por la selección embrionaria basada en criterios de histocompatibilidad, espinosa cuestión que no ha sido analizada por ningún estudio hasta la presente obra. Cuando la selección embrionaria sea realizada con la finalidad de gestar y dar a luz un niño que resulte HLA-compatible con un hermano mayor, tratando de curar de esta forma una enfermedad que este padece (en el caso de los coloquialmente conocidos como «bebés medicamento»), un error en el diagnóstico en relación con la presencia en el preembrión seleccionado de las características de histocompatibilidad buscadas podría dar lugar a una reclamación de responsabilidad por parte de aquel que perdió la posibilidad de curación. No obstante, la autora descarta con acierto que resulte aplicable en el ámbito de los falsos negativos la cuestionable teoría de la pérdida de la oportunidad (de curación). A lo sumo, este tercero podrá reclamar el daño moral derivado de la sensación de frustración de sus expectativas de curación producido por el descubrimiento de la información errónea.

Concluye la monografía con el siempre complejo análisis de la relación de causalidad, al que la autora dedica una atención especial, contemplando tanto su perspectiva fáctica como la jurídica. Sólo tras el estudio de este elemento de la responsabilidad civil se podrá ofrecer una respuesta definitiva sobre la admisión o rechazo de las concretas acciones de responsabilidad

civil que *a priori* pueden resultar viables en el contexto del diagnóstico preimplantacional. Así, tras constatar el enlace causal –causalidad material o fáctica– entre el comportamiento negligente del profesional sanitario y los potenciales daños anteriormente señalados, la autora termina descartando la indemnización de la mayoría de ellos por no resultar imputables objetivamente al profesional sanitario debido a la concurrencia de los criterios de imputación objetiva, que permiten despejar de relevancia jurídica a causas físicas probadas previamente.

En primer lugar, la autora aplica el criterio de la asunción del riesgo para negar la imputación objetiva al profesional sanitario de los daños posteriores al nacimiento, entre otros, en aquellos casos en que la gestante decidió libremente llevar a término su embarazo tras haber constatado error en el diagnóstico genético preimplantacional. Al igual que Andrea Macía Morillo, considero excesiva la afirmación de que en la hipótesis anterior recae sobre la gestante el deber de mitigar el daño. En segundo lugar, la profesora utiliza el criterio de fin de protección de la norma infringida para excluir tanto la imputación objetiva al profesional del daño reclamado por el propio hijo, como la imputación de responsabilidad por los potenciales daños morales del tercero. En tercer y último lugar, recurre al criterio del incremento del riesgo para afirmar la responsabilidad del profesional respecto a los daños sufridos por la usuaria tras el error en la práctica del diagnóstico o en la comunicación de sus resultados, por resultar incontestable que, en tales hipótesis, el que la usuaria no hubiera contado con una información correcta incrementó efectivamente el riesgo de sufrir el daño consistente en la lesión o privación de su libertad de procreación. Junto a este, podrá solicitarse la indemnización del daño moral por la contemplación de la situación enferma del niño y los gastos económicos derivados de su mantenimiento.

En definitiva, pues, pese a que los supuestos potenciales de negligencia en este ámbito son muchos y bastante variados, la autora vuelve a demostrar, como ya lo hizo al analizar las acciones de *wrongful life* y *wrongful birth*, que la posible reclamación de daños en este contexto queda muy reducida. En concreto, solo admite la legitimación activa de la usuaria (y su marido o pareja heterosexual), descartando al resto de potenciales damnificados (el propio niño y el tercero beneficiario de diagnóstico genético preimplantacional extensivo), por la imposibilidad de constatar en estos casos la imputación objetiva del daño al comportamiento del profesional sanitario, tras la metódica, exhaustiva y rigurosa aplicación de los criterios que la excluyen.

En la presente monografía la autora propone soluciones que, sin duda, resultarán de utilidad en escenarios futuros, pues incluye y examina todas las hipótesis posibles. En esta labor, además, compagina perfectamente el rigor en la aplicación de las instituciones y conceptos jurídicos, con la precisión en la utilización de los términos, tecnicismos y procedimientos médicos, consiguiendo el difícil reto de que la obra resulte interesante y comprensible tanto para los profesionales del Derecho legos en medicina y en genética, como también para los profesionales de la medicina legos en Derecho. Por ello no es de extrañar que la obra recibiera el prestigioso Premio Nacional de Derecho Sanitario, convocado por la Asociación Española de Derecho Sanitario.

M.^a Carmen CRESPO MORA
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Carlos III de Madrid

VIVAS TESÓN, Inmaculada: *El reparto de bienes y deudas entre cónyuges en situación de crisis matrimonial*, 3.^a edición, Bosch-Wolters Kluwer, Madrid, 2018, 406 pp.

La liquidación de la sociedad de gananciales es una de las materias más conflictivas y litigiosas del Derecho privado. La atribución de las ganancias o beneficios a los cónyuges por partes iguales cuando finaliza el régimen obliga a determinar titularidades para poder inventariar el activo y el pasivo de la sociedad, a pagar deudas, indemnizaciones y reintegros, y a dividir y adjudicar el haber resultante. Lo cual no es tarea fácil porque implica la reconstrucción de la vida patrimonial del matrimonio durante la vigencia de la sociedad de gananciales, que, en ocasiones, puede ser muy dilatada en el tiempo y/o intensa en cuanto a entradas y salidas, y además no suele estar orientada hacia su final sino a atender a las necesidades diarias de la familia, por lo que los cónyuges actúan sin tener en consideración ese horizonte y sin guardar documentación y datos. Por otra parte, cuando la liquidación trae causa de la disolución del régimen económico en vida de los cónyuges como consecuencia de una crisis matrimonial la conflictividad se incrementa puesto que la controversia personal suele proyectarse o hallar reflejo en el ámbito patrimonial. El nivel de complicación aún puede ser más elevado ante la posibilidad de que cada uno de los excónyuges contraiga nuevo matrimonio, con la consiguiente coexistencia de la sociedad disuelta y no liquidada con una nueva sociedad de gananciales o, peor aún, –dado el fácil acceso a la disolución del matrimonio desde la Ley 15/2005– con otra sociedad también disuelta y pendiente de liquidación. Por todo ello, las normas de liquidación, pensadas para un contexto más pacífico y sencillo, se revelan como insuficientes desde la Ley de 13 de mayo de 1981 y, más todavía, desde la Ley 15/2005. Quizás, en realidad, y yendo al fondo del problema, cabría cuestionarse (como ya ha hecho la doctrina –*vid.*, por ejemplo, Martínez de Aguirre–) si un régimen económico diseñado para un matrimonio estable y duradero, que justifica unas reglas pensadas para durar, es el más adecuado para el actual matrimonio configurado como una institución jurídica más frágil. A pesar de estas dudas, la realidad es que, en territorios con régimen legal de comunidad, aunque ha aumentado el número de matrimonios que optan por el régimen de separación, este es todavía minoritario y prevalece el de comunidad.

La profesora Inmaculada Vivas Tesón, desde la condición de experta que le otorga la autoría de numerosos estudios en la materia, viene a arrojar luz a la problemática liquidatoria con el exitoso libro «El reparto de bienes y deudas entre cónyuges en situación de crisis matrimonial», publicado por la editorial Bosch-Wolters Kluwer. La prueba irrefutable del éxito es que la obra va por su tercera edición –actualizada–, algo no demasiado usual en libros publicados por profesores universitarios, que, normalmente, tienen un público más reducido. La clave del interés suscitado por el libro reside, sobre todo, en su carácter eminentemente práctico, que lo ha convertido, desde que en 2013 se publicó la primera edición, en herramienta obligada para los operadores jurídicos que se enfrentan a la disolución de un régimen económico matrimonial. Aunque es también, por supuesto, de consulta ineludible para quienes se acercan a la materia desde una perspectiva más teórica o doctrinal.

La obra contiene un estudio riguroso de la liquidación tras la disolución del régimen económico de gananciales: recorre los problemas, tanto sustantivos como procesales, que suscita el reparto de bienes y deudas entre las partes y analiza las respuestas que la abundante jurisprudencia ofrece a los mis-

mos. Destaca, precisamente, el volumen de sentencias manejado, sobre todo del Tribunal Supremo y de las Audiencia Provinciales, así como el examen de buen número de resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sistematizado todo en un anexo final. No menos importante es el recurso a la doctrina sobre la materia que sirve de apoyo a las soluciones planteadas. De especial utilidad para centrar las cuestiones básicas y resaltar las conclusiones es la inserción de cuadros-resúmenes y esquemas procesales al final de los apartados más destacados o complejos. En la misma línea, se incluye al final del libro un práctico prontuario de 50 preguntas –muy bien escogidas– respondidas de forma precisa y de rápida consulta que facilita el acceso a las cuestiones más importantes y controvertidas y que es de particular interés para los profesionales.

Comienza con un capítulo dedicado a la extinción del régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales. La autora advierte que para poder liquidar una masa común generada a lo largo del matrimonio este debe regirse por un régimen económico de tipo comunitario y que, dada la imposibilidad de analizar con detenimiento todos los regímenes de este tipo que existen en España, la obra se centra en la sociedad de gananciales regulada en el Código civil. Presenta la previa disolución de la sociedad como punto de partida o presupuesto indispensable para su liquidación, sin que se admitan pactos dirigidos a liquidar sin disolver. Lo que sí se admite –aclara– son los acuerdos liquidatorios en previsión de una futura disolución *inter vivos* de la sociedad. Disolución y liquidación pueden tener lugar en un mismo acto o no. Puesto que no existe un plazo legal para que, disuelta la sociedad, se practiquen las operaciones liquidatorias, el tiempo que transcurre entre ambas puede prologarse *sine die*. En ese ínterin surge la llamada «comunidad postganancial» a la que se dedica una parte importante del capítulo. Se estudia su naturaleza y el régimen aplicable, presentándola como una comunidad especial o *sui generis* equiparable a la comunidad hereditaria antes de la partición en la que los partícipes no tienen una cuota sobre cada bien sino sobre la totalidad del patrimonio. Se analiza a lo largo de buen número de páginas la compleja situación que puede darse en la práctica por la concurrencia de la comunidad postganancial con las comunidades hereditarias de los dos cónyuges en caso de que se disuelva la sociedad de gananciales por fallecimiento de uno de los cónyuges sin que se lleve a cabo su liquidación hasta la muerte del supérstite; complejidad que se acentúa si el viudo había contraído nuevo matrimonio regido también por el régimen de gananciales. Y se da respuesta a otras cuestiones como el régimen de los beneficios y gastos durante la comunidad postganancial, la posibilidad de realizar deducciones necesarias para el sustento o la determinación del objeto de la traba en caso de embargo ante la inaplicación del art. 1373 Cc.

En el segundo capítulo se estudian minuciosamente los modos de liquidar la sociedad de gananciales. Se aborda primero la liquidación voluntaria, que puede ser practicada por los cónyuges, por otros cotitulares de la comunidad postganancial (cónyuge viudo y herederos del difunto) o por un tercero al se encomienda la tarea. Se dedica especial atención a la liquidación hecha por los cónyuges dado que los cauces y posibilidades son variados: van desde la escritura de capitulaciones que sustituye el régimen de gananciales hasta el acuerdo en un procedimiento matrimonial contencioso, pasando, naturalmente, por el convenio regulador en un procedimiento de mutuo acuerdo, por la escritura de separación o divorcio ante Notario o, incluso, por un acuerdo transaccional anterior o posterior al procedimiento de mutuo acuerdo. Los

acuerdos, como se advierte en el libro, aun cuando no estén ratificados judicialmente ni estén otorgados en escritura pública –que no es requisito de forma–, tienen carácter vinculante, aunque es posible su posterior impugnación para eludir su cumplimiento por tres vías de las que se exponen ejemplos en la jurisprudencia: la acción de anulabilidad por vicios del consentimiento, la acción de nulidad por falta de consentimiento y la acción de rescisión por lesión. No se dejan cabos sueltos y se estudian además cuestiones como la admisión por la jurisprudencia del pacto de indivisión del patrimonio postganancial durante un plazo máximo de diez años, la posibilidad de adición –convencional o judicial– en caso de que tras la liquidación pactada por los cónyuges se detecte omisión de bienes o derechos y lo relativo a la inscripción registral del acuerdo.

La segunda parte del capítulo se ocupa extensamente de la liquidación judicial en defecto de acuerdo. Comienza con un estudio del ámbito de aplicación del procedimiento liquidatorio de los arts. 806 y ss de la LEC –2000– en el que, con base en la jurisprudencia, se abordan cuestiones de especial interés práctico, como la posible sustanciación por este procedimiento de la liquidación de varios bienes de titularidad compartida en casos de separación de bienes, o la inaplicación del mismo a uniones de hecho. Continúa con lo relativo al juzgado competente. El establecimiento de una regla de competencia funcional que determina el juzgado competente en función de otro proceso previo (de nulidad, separación o divorcio o de disolución del régimen económico por causa legalmente prevista) origina algunos interrogantes en los que se detiene la autora: por ejemplo, la controvertida cuestión de si los Juzgados de violencia sobre la mujer que hayan conocido del procedimiento de nulidad, separación o divorcio son o no competentes para la liquidación; o la determinación del Juzgado competente en caso de disolución no judicial de la sociedad de gananciales. Después de referirse a la legitimación y postulación, procede al análisis detallado de las fases procesales: inventario y liquidación propiamente dicha. En relación con el inventario, que tiene como objetivo la determinación del haber ganancial, se efectúa un recorrido por todas las cuestiones que puede suscitar en la práctica: momento para solicitar su formación, que puede ser posterior o coetáneo al procedimiento matrimonial, ya que no es necesario que se haya producido la disolución del régimen; tipo de comparecencia ante el Secretario Judicial y consecuencias de la incomparecencia y de los acuerdos o desacuerdos sobre las partidas; celebración de la vista, que versará sobre los aspectos del inventario que han suscitado controversia en la comparecencia; y determinación de las medidas de administración y disposición de los bienes comunes. Y en cuanto a la segunda fase, la liquidación, que está dirigida a la valoración de los bienes inventariados y al reparto y adjudicación en lotes, se estudia, también desde un punto de vista práctico: el momento para solicitarla, sobre el que existe cierta discusión, dado que la exigencia por la norma de la firmeza de la resolución de disolución del régimen plantea la duda acerca de si, siendo firme tal resolución, puede instarse la liquidación aun cuando no lo sea la sentencia de inventario por estar pendiente de recurso; el Juzgado competente; el contenido de la solicitud; la comparecencia ante el Secretario Judicial; y, si no se logra acuerdo de liquidación en la comparecencia, el nombramiento de contador y, en su caso, peritos.

El tercer capítulo está dedicado a la composición del inventario. En él la profesora Vivas Tesón lleva a cabo, de la mano de la jurisprudencia, un examen exhaustivo, minucioso y, por tanto, laborioso de las partidas del inventa-

rio, en el que es difícil que el lector no encuentre respuesta a la duda concreta que lo acerca al libro. Comienza con el activo, analizando las tres partidas que lo componen –art. 1397 Cc–: los bienes gananciales existentes en el momento de la disolución, el importe actualizado del valor que tenían los bienes al ser enajenados por negocio ilegal o fraudulento si no hubieran sido recuperados y el importante actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad que fueran de cargo solo de un cónyuge y en general de las que constituyen créditos de la sociedad contra este. El grueso del estudio es el referido a la primera partida: a lo largo de un centenar de páginas proporciona herramientas para determinar qué bienes deben incluirse en la misma. Para realizar ese cribado, empieza por estudiar cuáles tienen la consideración de privativos a la luz del art. 1346 Cc, al efecto de mantenerlos al margen. Después se centra en la identificación de los que tienen carácter ganancial, para lo cual realiza un pormenorizado análisis del art. 1347 Cc. Y, por último, más allá de la regulación general de ambos tipos de bienes, se detiene en las reglas particulares de los arts. 1348 y ss., que, o bien son aplicaciones concretas de los principios generales, o bien matizaciones o desviaciones de aquellos. En este extenso estudio de la partida, destacan, entre otras muchas cosas, y solo por citar algunas a modo de botón de muestra: la exposición de la jurisprudencia que reitera que la titularidad individual o conjunta de las cuentas bancarias no determina ni influye en el carácter del saldo; la presentación del amplio abanico de concreciones del núm. 1 del art. 1347 Cc, relativo a bienes obtenidos por el trabajo o la industria, entre los que se encuentran, por ejemplo, las *stock options*; el análisis de la casuística referida a los conflictos más frecuentes en torno a la calificación de los bienes inmuebles según el momento de compra y el carácter del dinero, y el tratamiento que recibe por parte de los tribunales; el examen de sentencias que versan sobre aspectos controvertidos de prestaciones relativas a la extinción de la relación laboral o a la incapacidad laboral, así como sobre cuestiones dudosas relacionadas con actividades cuyo ejercicio está administrativamente sometido al cumplimiento de determinados requisitos, como las licencias de taxi, farmacias, estancos o administraciones de lotería; el estudio de la aplicación jurisprudencial de las reglas sobre mejoras e incrementos patrimoniales, etc, etc. Estudiado el activo, procede a abordar las tres partidas que componen el pasivo: las deudas pendientes a cargo de la sociedad, el importe actualizado del valor de los bienes privativos cuando su restitución deba hacerse en metálico por haber sido gastados o deteriorados en interés de la sociedad y el importe actualizado de las cantidades que, habiendo sido pagadas por uno solo de los cónyuges, fueran de cargo de la sociedad y, en general, las que constituyan créditos de los cónyuges contra la sociedad. Tanto las partidas del activo como las del pasivo deben ser tasadas. No existe ninguna norma específica al respecto, pero –como pone de relieve la autora– la jurisprudencia considera que la valoración ha de hacerse al tiempo de la liquidación y no de la disolución de la sociedad de gananciales, lo cual no es baladí si se tiene en cuenta que en entre un momento y otro puede transcurrir bastante tiempo. En cuanto que el tema del avalúo es puramente casuístico, se cierra el capítulo con una selección jurisprudencial relativo al mismo.

El cuarto –y último– capítulo, más breve, versa sobre el reparto del haber común. Puesto que, terminado el inventario, se deben satisfacer previamente las deudas, el capítulo comienza abordando el tema de su pago: primero las deudas gananciales frente a terceros, deteniéndose la autora en la protección de los intereses de los acreedores de la sociedad prevista por el Código civil;

y luego las indemnizaciones y reintegros debidos por la sociedad a los cónyuges. Efectuado el pago, el remanente constituye el haber de la sociedad de gananciales que se dividirá por mitad entre los cónyuges o sus herederos. Pero, en caso de disolución por fallecimiento, antes de la división hay que proceder a la detracción del ajuar doméstico por el cónyuge viudo, regulada en el art. 1321 Cc, a la que se dedica especial atención en el capítulo: se estudian sus características y naturaleza, excluyéndose que se trate de una norma sucesoria y atribuyéndole la consideración de norma de puro régimen económico matrimonial (de liquidación); y se analizan con detenimiento los presupuestos que deben darse para que tenga lugar. Posteriormente, se estudia el último paso del proceso consistente en la formación de lotes y adjudicación, prestando particular atención a las reglas de atribución preferente previstas en los arts. 1406 y 1407 Cc. Para terminar, se expone la posibilidad de impugnación de la liquidación ya practicada (nulidad, anulabilidad, rescisión por lesión y adición o complemento) acompañada de una interesante selección jurisprudencial.

Lo expuesto es solo una presentación, a grandes rasgos, de la estructura y líneas generales del libro y de algunas de las cuestiones a las que dedica especial atención. Presentación que, en modo alguno, agota los temas e interrogantes analizados a lo largo de sus páginas, pero que puede resultar suficiente para que el lector calibre la dimensión y utilidad de la obra. Esta utilidad la convierte –como ya he anticipado– en obra de referencia para prácticos y también para estudiosos de la liquidación de la sociedad de gananciales. A la vista de todo ello, no es difícil imaginar que el éxito que ha precedido al libro en sus anteriores ediciones lo acompañará también en la actual.

M.^a Victoria MAYOR DEL HOYO
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

ZULOAGA, Isabel: *Reliance in the Breaking-off of Contractual Negotiations. Trust and Expectation in a Comparative Perspective, Intersentia, Cambridge, 2019, 256 + xxxviii pp.*

I. Las partes son libres de negociar los términos de un contrato y, en aras de esa misma libertad contractual, no están obligadas a concluirlo una vez iniciados los tratos preliminares. No cabe duda de que pueden amigablemente desistir de continuar la negociación, pero esta tampoco puede romperse unilateralmente sin que, a veces, eso deje de acarrear consecuencias jurídicas para quien decide dejar de negociar. Cuándo o con qué fundamento se impone esa responsabilidad es lo que Isabel Zuloaga explora en este libro, en clave de Derecho comparado, y en el contexto del Derecho privado entre iguales. Es decir que, además de explicar con qué bases teóricas y prácticas operan cada uno de los cuatro sistemas que analiza, en Alemania, Francia, Chile, e Inglaterra y Gales, luego trata de ver si existe y, en caso afirmativo, cuál es, la base que los acomuna. Por lo demás, si hubiera lugar a responsabilidad por ruptura de negociaciones, la indemnización equivaldría al interés negativo: e.g. gastos de transporte, comunicaciones, preparación de documentos, o prestación de servicios. Es decir, la que trata de dejar al contratante en el lugar en que estaría si no hubiera confiado en la conclusión del con-

trato. La autora menciona, pero apenas discute, si debería generalizarse la indemnización de la pérdida de la posibilidad de realizar otros contratos, como sucede en algunos países y ahora prevé el art. 522-1.3 de la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

II. La ruptura de las negociaciones es solo una de entre las varias hipótesis encuadrables en la institución, más amplia, de la responsabilidad precontractual. Zuloaga se centra en ese supuesto y, para no conformarse con soluciones muy evidentes, deja de lado la eventualidad de que una de las partes actúe de mala fe, esto es, con una clara intención de no contratar. ¿Qué justifica, pues, una indemnización en otro caso, siempre que esta no haya sido ya previamente excluida por las partes? El problema está bien planteado y el libro recorre con profusión de detalle las soluciones que proporcionan los ordenamientos jurídicos que analiza. Adelantemos ya que la obra constituye la tesis oxoniense de la autora y que su fin es incorporar el *common law* inglés al club de otros ordenamientos que, a diferencia de este último, sí que dan respuesta a aquella pregunta. La autora elige el sistema alemán y el francés por ser los principales modelos de imitación en Europa y en el mundo y porque, además, representan tradiciones jurídicas distintas; el Derecho chileno, por haber recibido la influencia de ambos y porque es vigente en la sociedad de la que procede la autora; y el *common law* inglés, que es el ordenamiento de la audiencia principal destinataria del libro y, por consiguiente, el que merece las propuestas de lo que a Zuloaga le parece más deseable. La autora estudia en menor medida la regulación que de esta materia ofrecen diversos instrumentos de *soft law* de armonización del Derecho contractual europeo, que la incluyen entre sus principios (de Derecho *contractual*), a pesar de que la caracterización de ese tipo de responsabilidad es generalmente extracontractual.

III. El planteamiento de Zuloaga exige la nada desdeñable tarea de reelaborar el discurso que tradicionalmente se ha hecho servir para explicar las bases o fundamentos de la responsabilidad por ruptura en los sistemas elegidos (siquiera solo en la hipótesis en estudio) para luego hacer posible un trasplante no traumático en el ordenamiento de destino. Las tres jurisdicciones elegidas como punto de apoyo divergen en torno a la naturaleza de la responsabilidad: contractual (Alemania), extracontractual (Francia) o precontractual *sui generis* (Chile), aunque a veces se discute doctrinalmente allí donde la ley no lo aclara. La infracción de deberes de conducta está también en la base de los tres sistemas y, en parte, son deberes de conducta que emanan de la buena fe objetiva. La autora concluye que en todos ellos, sin embargo, la base legal de la responsabilidad precontractual ha acabado independizándose de aquella buena fe. En Francia y Chile, puesto que la responsabilidad es extracontractual, el análisis se centra en la culpa. En Alemania, los deberes precontractuales que están en la base de la *culpa in contrahendo* (§ 311.2 BGB) están expresamente previstos en los §§ 241.2 y 311.2 y 3 BGB y ya no es preciso el fundamento adicional que proporciona el § 242 BGB. Por consiguiente, en los tres sistemas está presente la idea de culpa en la creación de la expectativa y/o en la ruptura (ruptura sin una buena razón y/o bruscamente).

IV. El derecho inglés se presenta como un sistema aislado, en el que la libertad contractual impide tener en cuenta los intereses de la contraparte, y que desconoce los efectos generales de la buena fe. Aunque no es inmune a la noción de responsabilidad precontractual, sin embargo, el *common law* no cuenta con una teoría general del instituto, ni prevé responsabilidad alguna en el caso en estudio. La tesis de Zuloaga es que, sin desconocer cómo la

buena fe interactúa en los conceptos que desarrolla luego, modernamente es preciso huir de aquella o de la noción de abuso de derecho, para explicar o justificar la razón de las diferencias entre aquellos sistemas y el *common law* inglés. Para Zuloaga el núcleo común de la responsabilidad debe explicarse recurriendo a la omnicomprendensiva noción de confianza (*reliance*), cuyo significado se nutre de dos ideas: la lealtad recíproca (*trust-based reliance*) y el respeto a las expectativas (*expectation-based reliance*). En particular, la autora defiende que la idea de fraude a la confianza legítima en la conclusión del contrato en los ordenamientos jurídicos de referencia es lo que explica el verdadero fundamento de la responsabilidad precontractual en todos ellos (véase capítulo 6). Zuloaga enseña luego (capítulo 7) que puesto que el *common law* sí que protege la confianza legítima en otros escenarios, la toma en consideración de aquel enfoque permitiría solucionar del mismo modo que en otras jurisdicciones el caso en estudio. En particular, la autora indaga en la posible expansión del *tort of negligence* y del *estoppel* con apoyo en esa idea, aunque algunos ya se han mostrado poco optimistas en torno a ese desarrollo (Giliker, *ILQR*, 2020, 69, p. 755).

V. El libro de Zuloaga muestra la dificultad de separar y distinguir nítidamente ideas y conceptos, muy especialmente en el caso francés, e ilustra como la innegable fuerza de la buena fe, como sustrato, impide que los argumentos no se solapen. La autora proporciona un enfoque teórico para solucionar un problema conocido, aunque a veces todo parece un juego de palabras en torno a la buena fe y la lealtad, por un lado, y la confianza y las expectativas, por el otro. Podría pensarse que, a fin de cuentas, tampoco es seguro que el problema que plantea Zuloaga exista en realidad para los juristas de *common law* ingleses, muy proclives a adoptar medidas preventivas a través de *letters of intent*. Además, el Derecho inglés no conoce una cláusula general de responsabilidad (como en el Derecho francés o chileno) y la casuística en la que se asienta el *common law* puede hacer difícil su generalización. En realidad, Zuloaga conoce esos argumentos y los rebate bien, en su empeño en desplazar el foco de análisis tradicional. Así que, independientemente de lo que a cada uno le puedan parecer las conclusiones en torno a la posible convergencia de sistemas, lo meritorio y que conviene destacar es la forma en que se desarrolla el razonamiento. La obra no trata de contribuir a una eventual armonización del Derecho de contratos –objetivo abandonado en la Unión Europea, a la que a su vez ha abandonado el Reino Unido– sino a una convergencia de ideas y argumentos. Eso es muy útil para el saber y el mutuo entendimiento y, aunque solo fuera por eso, la tesis de Zuloaga merece ser explicada y difundida. El resultado es, por supuesto, valioso, pero lo es mucho más el camino que atraviesa la autora hasta su obtención. Con un perfecto análisis sincrónico y diacrónico de varios sistemas, un encomiable análisis de las fuentes originales y una gran coherencia y claridad discursivas, Isabel Zuloaga combina de forma magistral el estudio legal, jurisprudencial y doctrinal y sobresale en su función como comparatista.

Esther ARROYO AMAYUELAS
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Barcelona