

PREGUNTAS Y RESPUESTAS SOBRE LA VIRTUALIDAD DE LA UNDUE INFLUENCE COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO*

Francisco José Infante Ruiz

Catedrático Derecho Civil
Universidad Pablo de Olavide

Title: *Questions and answers on the effectiveness of undue influence as vitiating factor of consent*

RESUMEN: No es el concepto de undue influence uno de los de más fácil aprehensión en el derecho contractual inglés. El interés por esta genuina institución del common law se ha redoblado en los últimos tiempos en el contexto del proceso actual de recodificación del derecho privado y ante la acuciante necesidad en nuestro país, que ya es endémica, de actualización y modernización del derecho de obligaciones y contratos. En el presente trabajo se responde a una serie de preguntas básicas dirigidas a indagar la esencia de la figura que permitan comprender su consideración como vicio del consentimiento.

ABSTRACT: *The concept of undue influence is not one of the easiest to grasp in English contract law. The interest in this genuine common law institution has been redoubled in recent times in the context of the current process of recodification of private law and the pressing need in our country, which is already endemic, to update and modernize the law of obligations and contracts. This paper answers a series of basic questions aimed at investigating the essence of the figure in order to understand its consideration as a vitiating factor of consent.*

PALABRAS CLAVE: Influencia indebida. Aprovechamiento injustificado. Ventaja excesiva. Gross disparity, excessive benefit or unfair advantage, unfair exploitation. Vicios del consentimiento.

KEY WORDS: *Undue influence. Unjustified abuse. Excessive advantage. Gross disparity, excessive benefit or unfair advantage, unfair exploitation. Vices of consent.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONCEPTUANDO LA FIGURA. 2.1. *¿Qué es la undue influence?* 2.1. *¿Debe existir una ventaja o beneficio económico para que se aplique el remedio de la anulación del acto o contrato celebrado bajo este vicio?* 2.3. *¿Es igual este concepto en todas las jurisdicciones de common law?* 3. ESCANEANDO LA UNDUE INFLUENCE 3.1. *¿Cuántas clases de undue influence existen?* 3.2. *¿Qué se prueba y cómo en la undue influence?* 3.3. *¿Cómo se protege el consentimiento del contratante vulnerable?* 3.4. *¿En qué se diferencia de la intimidación?* 3.5. *¿Es diferente la undue influence de las amenazas de incumplir el contrato y de proseguir una acción?* 4. CONSECUENCIAS JURÍDICAS. *¿QUÉ REMEDIO SE APLICA, LA ANULABILIDAD O LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO?* 5. RASTREANDO LA UNDUE INFLUENCE EN EL DERECHO CONTINENTAL. 5.1 *¿Dónde puede trazarse la undue influence en el derecho español?* 5.2. *¿Tiene equivalencias la undue influence entre los vicios del consentimiento del civil law?* 5.3. *¿Cómo es su recepción en los instrumentos de modernización del derecho de contratos?* 6. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

No es el concepto de *undue influence* uno de los más claros del derecho inglés contractual. Se trata de una institución que se ha ido fraguando a lo largo de los años jurisprudencialmente y frente a cuya conceptualización los académicos y jueces ingleses siempre se han mostrado reacios a ensayar cualquier definición general, hasta el punto de que se ha llegado a decir que su aspecto es el de un «páramo desestructurado de hechos y circunstancias»¹. Pese a esta dificultad conceptual, la indagación de la institución de la *undue influence* en los casos de la jurisprudencia inglesa arroja importantes enseñanzas, tanto para la reelaboración moderna de los vicios del consentimiento, como, sin ser este su ámbito, para el entendimiento de la *gross disparity* y figuras afines (*unfair advantage*, *unfair exploitation*) del derecho moderno de los instrumentos *de soft law*. Existe una constatable atracción hacia esta figura por parte de los juristas continentales que es contemplada con cierta sorpresa por los propios ingleses².

La *undue influence* fascina enormemente por la solución lineal y sencilla que da a una serie de supuestos difíciles de encajar en el dolo o en la intimidación, pero que revelan actuaciones indecorosas de sus protagonistas: un contratante beneficiado que tiene una relación de influencia sobre otro, frecuentemente en virtud de una relación jurídica de carácter familiar o privado, y que se aprovecha injustificadamente de la relación para celebrar un contrato, que puede reportarle, aunque esto no es requisito, algún importante beneficio.

El interés por esta genuina institución del *common law* se ha redoblado en los últimos tiempos en el contexto del proceso actual de recodificación del derecho privado y ante la acuciante necesidad en nuestro país, que ya es endémica, de actualización y modernización del derecho de obligaciones y contratos. Hoy en día uno de los tópicos del derecho contractual contemporáneo en el contexto internacional y nacional es el del tratamiento de la «ventaja excesiva» o «injusta», o «explotación injusta» o «indebida», o como prefiera llamársela, y en él despunta o se asoma la *undue influence*. Es por ello por lo que considero oportuno en el presente trabajo responder a una serie de preguntas básicas que permitan indagar la esencia de la figura. En el primer bloque de preguntas se responde al qué y por qué de la *undue influence*, en el segundo bloque se responde a la cuestión sobre a quiénes protege esta institución y cuáles son sus tipos, en el tercer bloque aparecen las cuestiones atinentes a los

¹ TIDPLAY, D., «The Limits of the Undue Influence», *The Modern Law Review* (Vol. 48, No. 5), 1985, p. 580. Vid. también *National Westminster Bank plc v. Morgan* [1985] A.C. 686 at 70

² LAWSON, F.H., *The Rational Strength of English Law* (London, 1951), p. 59.

remedios jurídicos aplicables y en el último se responde a la cuestión sobre si existen huellas de la *undue influence* en nuestro ordenamiento y cómo se contempla en los instrumentos de modernización del derecho contractual.

2. CONCEPTUANDO LA FIGURA

2.1. ¿Qué es la *undue influence*?

La *undue influence* es una institución bien identificada en las jurisdicciones de *common law* a lo largo de la historia, pero de difícil conceptualización, hasta el punto de que los autores y los tribunales prefieren aproximarse a ella través de su delimitación antes que mediante la formulación de un concepto unívoco. En algunas ocasiones el término ha sido empleado por los tribunales para describir la «doctrina equitativa» (*equitable doctrine*) de la *coacción*, pero también incluye, y probablemente sea lo que mejor la defina, otras formas de presión menos directas y sustanciales que las previstas bajo la *coacción*³. No existe una definición concreta que provenga de los autores, ni tampoco de los jueces, salvo contadas excepciones⁴. Indica ENONCHONG que, según hacen notar las propias «autoridades», el concepto de *undue influence* es de una dificultad notoria⁵.

La *undue influence* es una criatura de la *equity* y asume diferentes formas, siendo la distinción básica la que diferencia entre *actual* y *presumed undue influence*. La primera tiene bastantes similitudes con la clásica figura del *common law* conocida como *duress*, bajo la cual se tratan los casos en los que un contratante emplea una presión ilegítima en el otro, si bien también puede extenderse a otras formas de actuación ilícita como la extralimitación y la *fullería*. Los casos de *presumed undue influence* son más difíciles de clasificar; en ellos la idea básica es que una parte se aprovecha de la relación de confianza o influencia produciendo un perjuicio sustancial a la libertad de decisión de la parte que puso su confianza en ella. La *undue influence* es pues un «término comprensivo» que abarca todos aquellos casos en los que un negocio jurídico realizado por dos partes que están en una relación de confianza o *trust* puede ser anulado si el negocio en cuestión es el resultado de un abuso de la relación⁶. Puede traducirse

³ BEATSON, J., *ANSON'S Law of Contract* (30th ed., Oxford, 2016), p. 385. Cfr. Lord SCARMAN en el célebre caso *National Westminster Bank Plc v. Morgan* [1985] A.C. 686 at 709.

⁴ Lord NICHOLLS OF BIRKENHEAD indicó en *Royal Bank of Scotland v. Etridge (No.2)* [2002] 2 A.C. 773 at [6] que con esta institución «el objetivo es garantizar que la influencia de una persona sobre otra no sea abusiva», lo cual no deja de ser una definición tautológica.

⁵ ENONCHONG, N., *Duress, Undue Influence and Unconscionable Dealing* (3rd ed., London, 2018), § 7-003.

⁶ BEALE, H. G. (ed.), in *Chitty on Contracts*, Vol. I, *General Principles* (33rd ed., London, 2018), § 8-058.

sencillamente como «prevalencia indebida»⁷, o poniendo el énfasis en la situación de la víctima como «abuso de debilidad, confianza o dependencia»⁸.

Los tribunales ingleses ponen el énfasis no sólo en la «prevalencia» sino también en el «abuso» o «uso incorrecto»⁹. Existe *undue influence* siempre que, mediando la prevalencia de un contratante, el negocio no se habría celebrado por la libre voluntad del contratante afectado¹⁰.

No es posible entender la *undue influence* si no se atiende a su origen como remedio de la *equity (equitable relief)*, ya que la historia de esta institución es también la historia de su independización conceptual frente a la *duress* («intimidación»). Los casos que recayeron en la doctrina de la *undue influence* incluían aquellos relativos a la intimidación, pero la doctrina de la *equity* fue mucho más allá y se dirigió a asegurar que ningún sujeto pudiera obtener beneficio de su propio fraude o acto ilícito. Esta protección brindada por la doctrina de la *equity* se expresó en el célebre caso *Allcard v. Skinner*, el primer *leading case* en la materia, a través de la idea de que la *undue influence* no es una limitación impuesta en la esfera de actuación del contratante vulnerable, sino un remedio que opera como una especie de constricción ético-jurídica sobre la actuación del contratante beneficiado o receptor de la transmisión¹¹.

Existe una previa distinción en el derecho inglés entre la doctrina de la *undue influence* aplicable a los negocios *inter vivos* y la aplicable a los testamentos. La primera fue desarrollada históricamente por la *Court of Chancery* y es la que se conoce como la *equitable doctrine of undue influence*, mientras la segunda fue desarrollada históricamente por las cortes eclesiásticas y la *Probate Court* y es conocida como *probate undue influence*. Por esta razón, el concepto de *undue influence* evolucionó de manera diferente en las dos jurisdicciones y continúa hoy en día¹² aun después de la supresión de las cortes de *equity*¹³. El objeto de este trabajo trata de la primera

⁷ Así aparece el término en la traducción de CARTWRIGHT, J., *Introducción al Derecho inglés de los contratos*, trad. MURGA FERNÁNDEZ/ed. CAPILLA RONCERO (Cizur Menor, 2019), p. 274.

⁸ PALAZÓN GARRIDO, M^ª. L., «El abuso de debilidad, confianza o dependencia», en SÁNCHEZ LORENZO, S. (dir.), *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Vol. 1 (3^ª ed., Cizur Menor, 2016), pp. 1303-1336.

⁹ MCKENDRICK, E., *Contract Law. Text, Cases and Materials* (7th ed., Oxford, 2016), p. 649; *National Commercial Bank of Jamaica v. Hew* [2003] UKPC 51 at 33 (Lord MILLETT).

¹⁰ TREITEL, G. H., *The Law of Contract* (14th ed., London. 2015), § 10-14.

¹¹ [1887] 35 Ch. D 145, 190.

¹² ENONCHONG, N. (2018), § 6-001.

¹³ Recuérdese que la *equity* como jurisdicción, no así el cuerpo de reglas y principios que se desarrolló con dicha doctrina a lo largo de los años, fue suprimida mediante la leyes de reforma procesal (*Judicature Acts*) de 1873 y 1875.

doctrina¹⁴. Sin embargo, he de apuntar que la aplicación de la doctrina de la *undue influence* a la solución de los testamentos otorgados por personas vulnerables (personas de edad avanzada dependientes o personas con discapacidades intensas), desde el momento en que existe un proyecto de reforma de la discapacidad y de las instituciones tutelares¹⁵ revolucionario y que cambiará completamente el paradigma del sistema de discapacidades (potenciándose, entre otras acciones, la autonomía de las personas afectadas, la erradicación de las clásicas medidas representativas de las instituciones tutelares, la evitación de respuestas judiciales estandarizadas ante las discapacidades y la promoción de medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio)¹⁶, puede aportar soluciones más eficientes y paliar un problema social real¹⁷: la protección de los testadores vulnerables más allá del sistema *ad hoc* previsto con la reforma, el cual, ante los casos aquí descritos, puede mostrarse insuficiente o carente de soluciones jurídicas.

2.2. ¿Debe existir una ventaja o beneficio económico para que se aplique el remedio de la anulación del acto o contrato celebrado bajo este vicio?

Aunque el fundamento o razón de ser de la *undue influence* nunca ha estado exento de polémica, existe cierto consenso actual al afirmar que la *undue influence* es un vicio de

¹⁴ En la literatura española, permítase el reenvío al trabajo de GARCÍA RUBIO, M^a. P., «La protección de la voluntad del testador vulnerable en Derecho inglés», en DíEZ-PICAZO, L. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor J. M^a. Miquel*, T. I (2014), pp. 1500-1521. Considérese que la diferencia más destacada entre *probate undue influence* y *equitable undue influence*, entre otras, es que la primera no admite la presunción. En la literatura inglesa, por todos, *in extenso*, ENONCHONG, N. (2018), Ch. 13.

¹⁵ Proyecto de Ley 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 (BOCCGG, 17 de julio de 2020).

¹⁶ Por todos, GARCÍA RUBIO, M^a. P. «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», *Revista de Derecho Civil* (vol. V, No. 3, 2018), pp. 29-60; GARCÍA RUBIO, M^a. P., «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho Civil* (vol. V, No. 3, 2018), pp. 173-197; PAU, A., «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el código civil», *Revista de Derecho Civil* (vol. V, No. 3, 2018), pp. 5-28; DÍAZ ALABART, S., «Actuación de las personas con discapacidad en el ámbito personal y familiar: el derecho a su libertad personal», en DÍAZ PARDO, G./ NÚÑEZ NÚÑEZ, M^a. (coords.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias* (Madrid, 2018), pp. 163-197; LÓPEZ SAN LUIS, R., «El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», *InDret* (2/2020), pp. 1-28; CUADRADO PÉREZ, C., «Modernas perspectivas en torno a la discapacidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (Año nº 96, No. 777, 2020), pp. 13-90; PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., *El dolo testamentario* (Cizur Menor, 2020).

¹⁷ El tema está presente en el ámbito medico-sanitario desde hace algún tiempo, BLUM, B./ GÓMEZ DURÁN, E. L./RICHARDS, D., «Abuso financiero e influencia indebida de las personas de avanzada edad», *Revista española de medicina legal* (Vol. 39, No. 2, 2013), pp. 63-69.

la voluntad en el que el consentimiento del contratante perjudicado no es suprimido (*overborne will*) por el empleo de la presión y que más bien se trata de un supuesto en el que el consentimiento se expresa y, por lo tanto existe, aunque no libremente, como consecuencia del abuso de la posición de poder, superioridad o confianza (*wicked exploitation*) de la que se prevale el contratante beneficiado¹⁸. El foco debe ponerse en la actuación ilícita de la parte fuerte que es una conducta de parte aventajada. El contratante beneficiado ejercita una particular capacidad manipulativa o explotadora, pero no necesariamente humilla, engaña o domina a la otra parte¹⁹. En el *leading case* de los últimos años, el asunto *Royal Bank of Scotland v. Etridge (No. 2)*²⁰, la Cámara de los Lores insiste en que la *undue influence* se circunscribe a los casos de *wicked exploitation*. En conexión con esta idea suele afirmarse que la figura persigue evitar la *victimización del contratante vulnerable*, puesto que gracias a su aplicación como remedio jurídico no se protege al contratante de su impulso, imprudencia, voluntad de agradar a la otra parte o incluso locura, sino, antes que nada, de ser víctima de una situación de debilidad, confianza o dependencia²¹. Ahora bien, es importante también no perder de vista que el concepto de «explotación maliciosa» (*wicked exploitation*) no se corresponde siempre con el resultado de una «ventaja desproporcionada» o «injusta» del lado del contratante beneficiado. Puede existir o no, y ello dependerá del caso concreto según puede comprobarse en la jurisprudencia inglesa²².

2.3. ¿Es igual este concepto en todas las jurisdicciones de common law?

En todas las jurisdicciones de *common law* la *undue influence* está presente y también sus clases, pero muchas de ellas han evolucionado de modo diferente al derecho inglés hasta el punto de introducir modificaciones o matizaciones que no son insustanciales²³.

¹⁸ Véase el polémico trabajo de ATIYAH, P.S., «Economic Duress and the Overborne Will», *The Law Quarterly Review* (No. 197) 1982, pp. 197-202; y también BIGWOOD, R., «Undue Influence: Impaired Consent or 'Wicked Exploitation'?,» *Oxford Journal of Legal Studies* (Vol. 16, 1996), p. 503; en contra, BIRKS, P./NYUK YIN, C., «On the Nature of Undue Influence», in BEATSON/FRIEDMANN (eds.), *Good Faith and Fault in Contract Law* (Oxford, 1995), pp. 57-97.

¹⁹ BIGWOOD, R. (1996), pp. 507 y ss., 509, 510, 512.

²⁰ [2001] UKHL 44, [2002] 2 A.C. 773. Véanse, BEALE, H. G. (ed.), Vol. I (2018), § 8-060; BEALE, H., «Undue Influence and Unconscionability», in DYSON, A./, GOUDKAMP, J./ WILMOT-SMITH, F. (eds.), *Defences in Contract* (Oxford and Portland, 2017), Cap. 5; BIRKS, P./NYUK YIN, C. (1995), pp. 57-97.

²¹ *Allcard v. Skinner* [1887] L.R. 36 Ch. D. 145, 182-183.

²² *CIBC Mortgages plc v. Pitt* [1994] 1 AC 200.

²³ Véase su recepción en Canadá en WADDAMS, S., *Law of Contracts* (7th ed., Toronto, 2017), § 518, con cita de numerosas sentencias. Australia ha dado lugar a una copiosa jurisprudencia en la que se flexibilizan los requisitos: *Commonwealth Bank of Australia v. Amadio* (1983) 57 A.L.J.R. 358; comentada por HARDINGHAM, I. J. 4 *O.J.L.S.* (1984) 275; *Bridgewater v. Leahy* [1998] H.C.A 66, [1998] 158 A.L.R. 66, High Ct; *Banking Corp v. Paterson* [2001] FCA 1630, [2001] 187 A.L.R. 168.

En líneas generales, una de las diferencias destacadas entre el *common law* inglés y el de otros países se encuentra en la admisión o rechazo de la *unconscionability*²⁴ como principio general. Se debe al mítico juez inglés Lord DENNING el intento más fundado de reunión de las doctrinas de la *duress* («intimidación»), *undue influence* («abuso de confianza») y *unconscionable bargain* («trato desproporcionado») bajo un único concepto, una especie general de *unconscionability*, en el caso *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*²⁵. No obstante, esta categoría general no cuajó ni en la jurisprudencia ni en los autores ingleses²⁶. La consideración inmensamente mayoritaria es que son doctrinas independientes del derecho inglés que obedecen a sus propias reglas separadas dentro del esquema jurídico de los vicios del consentimiento, aunque puedan reunirse conjuntamente, sin efectos normativos, bajo la nomenclatura general «desequilibrio en el poder de negociación» (*inequality of bargaining power*)²⁷.

El *common law* de EE. UU. destaca, por su parte, por dotar de un carácter general a la doctrina de la *unconscionability*, siendo éste un principio jurídico consolidado que permite a los tribunales rechazar la ejecución de contratos, acuerdos o cláusulas que sean leoninos, exorbitantes o desproporcionados. El principio ha llegado a fijarse parcialmente en el ámbito regulatorio (*statutory*) en la § 5-302 del *Uniform Commercial Code*²⁸, pero se aplica ampliamente por los tribunales como principio de *common law* allá donde este cuerpo legal no tiene vigencia²⁹. El derecho norteamericano se caracteriza además por la distinción entre '*procedural unconscionability*' y '*substantive unconscionability*'; la primera puede invocarse en los casos en que algún elemento de presión o de ilicitud, entendida este en un sentido amplio, se emplea durante el proceso de celebración del contrato, lo que abre la vía para que el juzgador acuda a las doctrinas de la *duress* y la *undue influence*, si bien como algo meramente ilustrativo de un principio más amplio que exige que no se tome una ventaja o sorpresa excesiva al otro contratante. En este concepto recaen las materias del analfabetismo, la falta de conocimiento de la lengua inglesa, la inhabilidad general para comprender la complejidad de un documento, etc. El segundo concepto, en cambio, tiene que ver con el contenido real del contrato y sus cláusulas. En la práctica, la *substantive*

²⁴ En general, véase, BAMFORTH, N., «Unconscionability as a Vitiating Factor», *Lloyd's maritime and commercial law quarterly* (1995), pp. 538-559.

²⁵ [1975] Q.B. 326, 339. Vid. DEVENNEY, J./ CHANDLER, A., «Unconscionability and the taxonomy of undue influence», *Journal of Business Law* (No. 5, 2007), pp. 541-569.

²⁶ La oposición a este concepto de Lord SCARMAN es muy significativa en *Westminster Bank Plc v. Morgan* [1985] A.C. 686, 708.

²⁷ CARTWRIGHT, J., *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for Civil Lawyer* (3rd ed. Oxford and Portland, 2016), pp. 189-190.

²⁸ WHITE, J. & SUMMERS, R., *Uniform Commercial Code*, (6th ed., 2018), §§ 5:1 y ss.

²⁹ FARNSWORTH, A., *Contracts* (4th Edition, 2004), § 4.28.

unconscionability abarca de manera enormemente amplia tanto las cláusulas pactadas en perjuicio exclusivo de una de las partes como los precios exorbitantes o excesivos.

3. ESCANEANDO LA *UNDUE INFLUENCE*

3.1. ¿Cuántas clases de *undue influence* existen?

La institución fue reclasificada en dos grandes categorías por Lord BROWNE-WILKINSON en el caso *Barclays Bank plc v. O'Brian*³⁰. En este caso se adoptó la clasificación ya enunciada en *BCCI v. Abody*³¹, a saber: *Clase 1. Actual undue influence*. En este grupo de casos es necesario que el demandante pruebe efectivamente que el sujeto agente empleó la influencia indebida sobre él con la finalidad de celebrar el negocio jurídico que se impugna. *Clase 2. Presumed undue influence*. En estos casos el demandante sólo debe probar, en primera instancia, que existía una relación fiduciaria o de confianza entre él y el sujeto agente de tal naturaleza que es justo presumir que éste se aprovechó de la relación procurando la celebración del negocio. En estos casos, no es necesario demostrar que se ejerció la presión indebida: una vez que la naturaleza de la relación es probada por el demandante, la carga de la prueba se traslada al demandado quien debe demostrar que el demandante celebró el negocio jurídico libremente, por ejemplo, acreditando que tuvo un asesoramiento independiente. A su vez la relación de confianza se subdivide en dos subcategorías: *Clase 2A*. Prevista para ciertos tipos de relaciones de naturaleza especial, como por ejemplo médico-paciente, abogado-cliente, líder espiritual-seguidor, padres-hijos o fiduciario-beneficiario, en los que como cuestión jurídica puede presumirse que la influencia se ha producido. *Clase 2B*. Aunque no exista una relación del tipo 2A, si el demandante consigue demostrar que de hecho se verifica una relación bajo la cual ha depositado su fiducia o confianza en el demandado, la existencia de esta relación da lugar a la presunción de la *undue influence*.

Posteriormente, en el célebre caso de la Cámara de los Lores, *Royal Bank of Scotland v. Etridge* (No.2), tanto estas clasificaciones como las declaraciones vertidas hasta entonces sobre la *presumed undue influence* fueron criticadas³². Desde entonces, el tipo 2B se encuentra en entredicho y se afirma que en realidad no existen dos clases de *undue influence*, sino que más bien se trata de dos métodos de aportación de prueba al proceso sobre el ejercicio de la *undue influence*. En unos casos la prueba es directa

³⁰ [1993] 4 All ER 417.

³¹ [1988] [1992] 4 All ER 955 at [964].

³² Véase la crítica de Lord NICHOLLS, [2001] UKHL 44 at [16].

(*affirmative proof*) y en otros, cuando existe una relación fiduciaria o de confianza entre las partes, se admite la presunción del ejercicio de la *undue influence* (*presumed*).

3.2. ¿Qué se prueba y cómo en la *undue influence*?

A. *Actual undue influence*. La *actual undue influence* exige la presencia de tres elementos: (a) que la voluntad del demandante sea captada, (b) que exista deshonestidad en la conducta del demandado, y (c) que dicha conducta, desde el punto de la causalidad, forme parte de un proceso en virtud del cual se obtuvo el consentimiento del demandante³³. En términos de práctica probatoria la Corte de Apelación indicó en el asunto *Bank of Credit and Commerce International SA v. Aboody*³⁴ que quien alegue la *actual undue influence* debe probar: (a) que el otro contratante tuvo la capacidad de influir en la víctima, (b) que ejerció dicha influencia, (c) que su ejercicio fue indebido y (d) que esto le llevó a la conclusión del negocio en cuestión.

El abanico de conductas que cubre la *undue influence* es muy amplio, desde la presión expresa, la coacción y la coerción hasta actuaciones más sutiles y menos evidentes de control y dominio de la voluntad del otro. Así, puede consistir en una presión directa que se manifieste mediante amenazas indebidas (*improper threats*), acoso (*bullying*) o incluso molestia (*importunity*)³⁵. Los casos de presiones indirectas pueden dividirse, según enseña la mejor doctrina, en dos categorías³⁶: aquellos en los que se rompe el «deber de franqueza y equidad» (*duty of candour and fairness*) que la parte más fuerte tiene sobre la débil³⁷ y aquellos otros en los que la influencia se ejerce mediante dominación sin proferir amenazas expresas o ejercer presión directa alguna (*influence by domination*)³⁸.

B. *Presumed undue influence*. En los casos en los que las partes se encuentren vinculadas en el contexto de una relación considerada como susceptible de producir *undue influence* y se demuestre que la operación se encuentra entre aquellas que «no se explica fácilmente en virtud de la relación», se presumirá que la operación es el

³³ ENONCHONG, N. (2018), § 8-001.

³⁴ [1990] 1 Q.B. 923, 967.

³⁵ *Bridgeman v. Green* (1755) 2 Ves. Sen. 627; *Re Craig* [1971] Ch. 95; *Smith v. Kay* (1859) 7 H.L. Cas. 750; *CIBC Mortgages Plc v. Pitt*, Court of Appeal (1993) 66 P.&C.R. 179, 182, confirmada [1994] 1 A.C. 200; *BCCI v. Aboody* [1990] 1 Q.B. 923; *Bank of Scotland v. Bennett* [1999] 1 F.L.R. 1115.

³⁶ ENONCHONG, N. (2018), § 8-008.

³⁷ *Lloyds Bank v. Bundy* [1975] Q.B. 326; *BCCI v. Aboody* [1990] 1 Q.B. 923; *Etridge* [2001] UKHL 44 at [33].

³⁸ *Wheeler v. Sargeant* (1893) 69 L.T. 180; *Dunbar Bank Plc v. Nadeem* [1998] 3 All E.R. 876 at 883; *Barclays Bank Plc v. Coleman*, *vid. Etridge* [2002] 2 A.C. 773 at [130]; *Sutton v. Mishcon de Reya* [2003] EWHC 3166 (Ch).

resultado del abuso de influencia, salvo que la presunción sea desmontada mediante prueba en contrario (*rebuttable*). Esta presunción surge sólo si se demuestra que existe una «relación de influencia» entre las partes y la operación en cuestión «es una que requiere explicación» (*one that calls for explanation*). Esta presunción existe en el derecho inglés desde hace más de doscientos años. La estructura básica de la presunción está fijada hoy en día con nitidez a partir del tantas veces citado caso *Etridge*³⁹. La presunción admite prueba en contrario, es una presunción de las denominadas en derecho inglés como *rebuttable*. El demandante sólo debe probar estos dos elementos. No existe una carga probatoria particular que le obligue a demostrar una actuación ilícita específica del demandado. Se entiende que el negocio jurídico requiere explicación, tal y como se aseveró en la Sentencia *Allcard v. Skinner*, si «razonablemente no puede atenderse por una causa de amistad, relación, caridad o cualquier otro motivo por el que las personas actúan normalmente»⁴⁰.

La lista de relaciones en las que se aplica la «presunción de influencia» incluye los siguientes supuestos: abogado y cliente, asesor médico y paciente, padres e hijos, tutor y pupilo, fideicomisario y beneficiario; líder espiritual y seguidor⁴¹; en algunas sentencias, también se admite la de prometidos (*fiancé and fiancée*)⁴². En estos casos no es necesario, por parte del contratante afectado, «probar que verdaderamente puso su confianza o fiducia en el otro contratante»⁴³, pues esta cuestión se presume con carácter *iuris et de iure* (*irrebuttable*).

3.3. ¿Cómo se protege el consentimiento del contratante vulnerable?

A. *Consentimiento libre e informado*. La presunción de influencia indebida admite prueba en contrario, como ya se ha explicado, es una presunción *rebuttable*. Habida cuenta de que uno de los requisitos de esta presunción es que el negocio jurídico requiera una explicación (*one that calls for an explanation*), el contratante presuntamente ventajista no puede desmontar la presunción suministrando tan sólo una explicación, por muy razonable que ésta sea, sobre el negocio jurídico, sino que debe probar que el otro contratante celebró el negocio «después de una reflexión

³⁹ Véase, *Etridge* [2002] 2 A.C. 773 at [219].

⁴⁰ (1887) 36 Ch. D. 145 at 185; confirmado más tarde en *Etridge* [2002] 2 A.C. 773 at [21].

⁴¹ Esta lista se enuncia nítidamente en *Etridge* [2002] 2 A.C. 773 at [18], pero no incluye la relación entre líder espiritual y seguidor.

⁴² *Cobbett v. Brock* (1855) 20 Beav. 524; *Lovesy v. Smith* (1880) 15 Ch. D. 655; *Re Lloyds Bank. Ltd* [1931] 1 Ch. 289.

⁴³ *Etridge* [2002] 2 A.C. 773 at [18]; *ad rem*, BEALE, H. G. (ed.), in *Chitty on Contracts*, Vol. I (2018), § 8-075.

completa, libre e informada»⁴⁴. Esta cuestión conecta con la preocupación de que el consentimiento del contratante que se halle en situación de confianza, dependencia o debilidad sea libremente informado⁴⁵.

B. *Relaciones de parte y relaciones con tercero*. El nivel de diligencia que se debe mantener respecto de la protección del contratante vulnerable y la información que se le deba procurar varían en su contenido y extensión en atención al carácter de la propia relación. Así, debe distinguirse entre relaciones de parte y relaciones con tercero. Las primeras son las relaciones entre dos contratantes sin la intervención de un tercero y responden al esquema básico de *undue influence*. En las segundas el contrato se celebra con un sujeto profesional que es ajeno a la relación de influencia, frecuentemente un banco, en cuyo caso éste pasa a asumir un papel activo durante el proceso de conformación de la voluntad del contratante influenciado.

C. *Relaciones de parte: asesoramiento independiente*. La jurisprudencia inglesa admite desde hace tiempo⁴⁶ que la presunción de influencia indebida puede ser desmontada mediante la prueba de que el negocio jurídico en cuestión fue celebrado después de que una persona independiente y cualificada explicara al contratante la naturaleza y las consecuencias jurídicas del mismo. Con ello, se admite ampliamente que el asesoramiento legal independiente es susceptible de emancipar al contratante vulnerable de la influencia que la otra parte pueda ejercer. El asesoramiento debe recibirlo antes de la celebración del negocio. No es necesario que este asesoramiento provenga de un abogado, basta con que lo suministre una «persona cualificada»⁴⁷.

D. *Relaciones con tercero (third party): cómo se cumple con el asesoramiento independiente*. La jurisprudencia de mediados de los años noventa acuñó la regla de la denominada '*constructive notice*', la cual tiene su ámbito de aplicación en los casos de garantías prestadas por el contratante en situación de dependencia para el aseguramiento de la obligación de su cónyuge o conviviente⁴⁸. La sentencia emblemática es la citada Sentencia de la Cámara de los Loes en el asunto *Barclays*

⁴⁴ *Zamet v. Hyman* [1961] 1 W.L.R. 1442 at 1446 (Lord EVERSLED); *Allcard v. Skinner* (1887) 36 Ch. D. 145 at 171 (Lord COTTON).

⁴⁵ Véase, ENONCHONG, N. (2018), § 12-003.

⁴⁶ Por ejemplo, *Inche Noriah v. Shaik Allie bin Omar* [1929] A.C. 127.

⁴⁷ *Inche Noriah v. Shaik Allie bin Omar* [1929] A.C. 127.

⁴⁸ En relación con esta regla, FEHLBERG, B., «The Husband, the Bank, the Wife and Her Signature», *The Modern Law Review* (No. 59-5, 1996), pp. 675-694; TREITEL, G.H. (2015), §§ 10-38-39; BEATSON, J. (2016), pp. 399-400; CARTWRIGHT, J. (2016), p. 196; BEALE, H. G. (ed.), Vol. I (2018), §§ 8-112-113; ENONCHONG, N. (2018), §§ 23-006 y ss. En la literatura española, OLIVA BLÁZQUEZ, F., *Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el derecho inglés* (Valencia, 2014), pp. 230-231; PALAZÓN GARRIDO, M^a. L., «Garantía por deuda de un tercero unido al garante por una relación de confianza o dependencia» en ALBIEZ DOHRMANN/MORENO-TORRES HERRERA (dirs.), *Los contratos de crédito inmobiliario* (Cizur Menor, 2018), pp. 851-852.

Bank Plc v O'Brien. En ella se alcanzó una solución que se basó fundamentalmente en esta regla y se asentó su estructura técnica para el ámbito de las garantías. Si la garantía se presta en un «contexto no comercial» puede ser anulada por *duress*, *undue influence* o *unconscionable dealing* de tercero, siempre que el acreedor tenga conocimiento expreso o tácito (*actual or constructive notice*) de la intimidación, la influencia indebida o la actuación desproporcionada ejercida por el deudor principal sobre el garante.

Aunque esta doctrina atrajo en su momento numerosas críticas no puede decirse que haya sido derogada completamente tras su evolución ulterior. Fue confirmada en la Sentencia sobre el asunto *Etridge*, aunque con algunas modificaciones y aclaraciones, que muchos ven hoy en día como si configuraran una nueva regla que sustituye a la anterior. Pero más bien se trata de una variación. En este orden de cosas, se sostiene que, bajo determinadas circunstancias, aunque el acreedor no tenga un conocimiento efectivo de la *undue influence* o del acto ilícito del tercero, sí puede haber obtenido, sin embargo, indicios de que el garante celebró el contrato bajo la influencia indebida o el abuso del tercero (el deudor principal). En tales circunstancias, puede entenderse que el acreedor tiene un conocimiento presunto o implícito (*constructive notice*) de la realidad en que se presta o constituye la garantía, de modo que el contrato de garantía será anulable por causa de la influencia indebida o el abuso, a no ser que demuestre que adoptó razonablemente todas las medidas necesarias para asegurarse de que el consentimiento del garante fuera prestado de manera adecuada⁴⁹.

Pese al sentido práctico de la regla, su extrapolación al contexto de la garantía prestada por deuda del tercero que abusa de la relación de dependencia o confianza ha sido objeto, y sigue siéndolo, de innumerables críticas, tanto por parte de la doctrina como de los jueces⁵⁰. Se le achaca principalmente que su esquema de protección de la parte vulnerable no se compatibiliza bien con la práctica real de los prestamistas, llegándose a la situación de que en la realidad se aporta muy poca protección, o ninguna, a las personas que pretende proteger. La *doctrina O'Brien* está pensando en un banco que explica la naturaleza y los efectos de la operación de garantía al contratante vulnerable, pero en la práctica habitual los bancos prefieren dejar esta cuestión en manos de los asesores legales quienes son los que procuran los certificados de información. Y así la

⁴⁹ Los requisitos de la regla de la *constructive notice* en este ámbito fueron elaborados por Lord BROWNE-WILKINSON. Véase, FEHLBERG, B., «The Husband, the Bank, the Wife and Her Signature» (1996), p. 676.

⁵⁰ FEHLBERG, B. (1996), pp. 693-694; MCKENDRICK, E., *Scots Law into the 21st Century: Essays in Honour of W. A. Wilson* (Edinburgh, 1996), pp. 214, 215-216; O'SULLIVAN, J., *Restitution and Banking* (Oxford, 1998), p. 44; MASON, A., «The Impact of Equitable Doctrine on the Law of Contract», *27 Anglo-American Law Review* 1 (1998), p. 15. La crítica se desarrolla en algunas otras jurisdicciones de la Commonwealth: *Wilkinson v. ASB Bank Ltd* [1998] 1 N.Z.L.R. 674 at 689 (Nueva Zelanda); *García v. National Australia Bank Ltd* (1998) 194 C.L.R. 395 at 410-411 (High Court of Australia).

obtención de este certificado se convierte en una mera formalidad procedimental hasta el punto de que los garantes rara vez reciben un asesoramiento adecuado.

Por estas razones, se ha intentado mejorar esta doctrina mediante la regla *'put on inquiry'*⁵¹, sin que ello haya supuesto su superación o derogación. En la Sentencia *Etridge* la Cámara de los Loes viene a confirmarla y rechaza el argumento de que la *doctrina O'Brien* haya conducido a un desastre del ordenamiento jurídico como algunos vaticinaban⁵². Con esta modificación prefiere hablarse ahora de *put on inquiry*. Al igual que su precedente esta regla se aplica cuando concurren en el supuesto de hecho de la garantía dos requisitos: uno, que la relación entre garante y deudor sea de carácter no comercial, y dos, que la operación sea desventajosa para el garante. Ante estas circunstancias, la garantía puede ser anulada por la parte perjudicada si consigue demostrar tres hechos: uno, que su consentimiento como garante fue obtenido inadecuadamente por la actuación ilícita del tercero; dos, que el otro contratante era conocedor de estas circunstancias, que lo «colocan en situación de cautela» (*put on inquiry*); y tercero, siendo así, que dicho contratante fue negligente en la adaptación de las medidas razonables para asegurarse de que el consentimiento del garante no fuera obtenido de manera inapropiada. Una vez que el acreedor se encuentre en esta situación (*on inquiry*) deberá desarrollar un protocolo de actuación que le permita obtener el consentimiento libre e informado del garante. Estas medidas son una especie de código de conducta obligatorio, necesariamente lo debe desarrollar el acreedor garantizado (una entidad bancaria en la mayoría de los casos). En caso de litigio, además, le corresponderá la carga de la prueba sobre su adopción⁵³.

Este nuevo protocolo también ha sido objeto de numerosas críticas que denuncian, entre otras cuestiones, que se trata de un mero formato que traslada el riesgo de la eventual anulación del contrato a los asesores jurídicos, los cuales podrán ser demandados por los garantes en caso de que no hayan procurado diligentemente toda la información necesaria⁵⁴; que se trata de una «regla bienintencionada», pero que, a efectos prácticos, protege más a la entidad bancaria que al garante (la mujer en estos casos), ya que es fácil de salvar con el formalismo que acaba de mencionarse; e incluso que encarece los costos de la operación de garantía y es dudoso que al final la posición

⁵¹ En la doctrina inglesa, entre otros, BEATSON, J. (2016), pp. 399-400; CARTWRIGHT, J., (2016), p. 196; BEALE, H. G. (ed.), Vol. I (2018), §§ 8-117 y ss.; ENONCHONG, N. (2018), §§ 23-017 y ss., 20-001 y ss. En la literatura española, OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2014), p. 232; PALAZÓN GARRIDO, M^a. L. (2018), pp. 853-857.

⁵² ENONCHONG, N. (2018), § 23-010.

⁵³ Véanse las pautas en PALAZÓN GARRIDO, M^a. L. (2018), p. 853; OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2014), p. 231.

⁵⁴ PHANG, A./TJIO, H., «The uncertain boundaries of undue influence», *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* (No. 2, 2002), p. 241. Destaca esta crítica, OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2014), p. 232.

del garante no acabe siendo peor que la que se intentaba remediar⁵⁵. Si bien en todos estos reproches hay alguna parte de razón, no puede negarse tampoco que el garante obtiene dos potenciales vías de defensa gracias a esta regla que no tendría si no existiera, puesto que puede dirigirse bien contra el banco que actúa negligentemente o se salta alguno de los pasos, o bien contra el abogado que no informa de manera adecuada o actúa descuidadamente. Por lo demás, el problema de la repercusión en los costes de la operación sólo es solucionable mediante la intervención de las leyes sobre transparencia bancaria.

3.4. ¿En qué se diferencia de la intimidación?

La historia de la *undue influence* está muy ligada a su elaboración en las cortes de *equity* como un remedio que podía mitigar el rigor con el que los tribunales de *common law* aplicaban la *duress*. Si bien existe un espacio de concomitancia entre las dos instituciones, debe subrayarse que las diferencias son importantes. La *duress* es un instrumento del *common law* con el que se protege a la víctima de una presión ilegítima, por lo que los tribunales sólo intervienen en los casos en que un contratante celebra el contrato como consecuencia de una presión que el derecho estima «inaceptable». Por lo tanto, la mayor dificultad para su apreciación, al igual que acontece en los sistemas de *civil law* con la intimidación, estriba precisamente en trazar la línea de división entre lo que se considera aceptable y lo que no. Dicha línea no ha permanecido inmutable a lo largo del tiempo, hasta el punto de que la frontera de la «presión inaceptable» fue desplazada a partir del momento en que las cortes empezaron a admitir diversas modalidades de presión fuera de los parámetros tradicionales, en especial la «presión económica» (*economic duress*). Pese a ello, la *undue influence* sigue teniendo un radio de acción significativamente más amplio que la *duress* pues se extiende a los casos en los que no existe un acto expreso de presión⁵⁶. Sintéticamente, la brecha entre las dos figuras puede explicarse como sigue: 1º) Si bien ambas doctrinas convergen a la hora de tratar los actos manifiestos de presión ilegítima, la *undue influence*, sin embargo, va más allá y se extiende a casos menos evidentes de presión para contratar. La *undue influence* no requiere que exista una presión o una amenaza explícita, ni siquiera que la presión provenga del contratante beneficiado, sino que puede verificarse perfectamente en los casos de ausencia de presión o amenazas y tomarse en consideración allí donde el grado de influencia o ascendencia de una persona sobre otra es de tal magnitud que una puede marcar la

⁵⁵ PALAZÓN GARRIDO, M^a. L. (2018), p. 857; véase también, CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos* (2ª ed., Cizur Menor, 2017), pp. 371-372.

⁵⁶ BEALE, H. G. (ed.), Vol. I (2018), § 8-001; ENONCHONG, N. (2018), § 1-002 y 1-003.

línea de actuación de la otra⁵⁷. 2º) Incluso cuando existe un acto de presión o persuasión explícito de parte del contratante beneficiado no se requiere como requisito para la aplicación de la *undue influence* que la presión sea antijurídica, como en la *duress*, sino que su actuación sea intolerable o desproporcionada⁵⁸.

3.5. ¿Es diferente la *undue influence* de las amenazas de incumplir el contrato y de proseguir una acción?

En algunos casos la exigencia que se apoya en una amenaza de realizar algo lícito puede ser considerada antijurídica. La cuestión que entonces surge es cómo puede determinarse la antijuridicidad del ejercicio de lo lícito. Los tribunales ingleses suelen basar el análisis en un juicio sobre la moralidad o sobre la aceptación social de la actuación del demandado. Lord SCARMAN expresó que ello depende sobre todo de la naturaleza y del propósito de la exigencia a la que se aplica la amenaza que la sustenta⁵⁹. En ocasiones, el contratante que amenaza pretende ejercer el derecho para un propósito diferente al establecido por el ordenamiento, esto es, su exigencia y la amenaza que la apoya no tienen nada que ver con la finalidad del derecho al que hacen referencia, lo que es antijurídico. En nuestra realidad diríamos que es un ejercicio «antisocial» del derecho⁶⁰.

El incumplimiento del contrato es reconocido ampliamente por la doctrina inglesa como un acto ilícito y, por lo tanto, la amenaza de romper el contrato se considera ilegítima. Sin embargo, no cualquier amenaza de romper el contrato entra en el esquema de la *duress*, sino sólo aquella que sobrepasa el umbral de lo aceptable⁶¹. Por lo tanto, se hace necesario determinar en cada caso si la amenaza en cuestión es legítima o ilegítima⁶².

Por cuanto se ha dicho, *undue influence* y *duress* son dos vicios del consentimiento del derecho inglés diferentes con sus propios requisitos y reglas, pero que en su evolución moderna pueden confluir en algunos supuestos. La zona de confluencia más clara está

⁵⁷ Véase la magistral alocución de Lord NICHOLLS en *Etridge* [2002] 2 A.C. 773 at [6].

⁵⁸ En este sentido, véase el reciente caso *Thorne v. Kennedy* [2017] HCA 49 at 57.

⁵⁹ *Universe Tankships Inc of Monrovia v. ITF* [1983] 1 A.C. 366 at [401].

⁶⁰ En el caso *CTN Cash and Carry Ltd v. Gallaher Ltd*, el Juez STEIN enumeró hasta cinco factores que deben ser tenidos en cuenta [1937] A.C. 797.

⁶¹ BURROWS, A., *The Law of Restitution* (3rd ed., London, 2011), p. 272; *Carillion Construction Ltd v Felix (UK) Ltd* [2001] B.L.R. 1 at [37]; *Kolmar Group AG v Traxpo Enterprises Pvt Ltd* [2010] EWHC 113 (Comm); [2010] 1 C.L.C. 256 at [92]. Véase también, DEL OLMO GARCÍA, P., *La amenaza de incumplir un contrato como vicio del consentimiento* (Valencia, 2003), pp. 73 y ss.

⁶² Véase BIRKS, P., *An Introduction to the Law of Restitution* (Oxford, 1985), p.183, quien elenca tres aproximaciones.

representada hoy en día por la *economic duress*, un subtipo de intimidación en la que se resuelven los casos en que un contratante emplea una presión ilegítima frente al otro al objeto de obtener una mejora o una novación contractual más beneficiosa o una salida indemne del contrato. La doctrina de la *economic duress* aparece asentada en tres casos ingleses y en una importante apelación del *Privy Council*, que, a continuación, simplemente menciono, ya que su estudio detenido desborda el propósito del presente trabajo. En estos casos se ha llegado al reconocimiento de ciertos tipos de amenazas o modalidades de presión, no constitutivas de amenazas a la persona ni tampoco dirigidas al embargo o retención de bienes, que pueden fundamentar el recurso a la *duress* por quien que celebró el acuerdo o contrató bajo ellas. Así, la amenaza que se base un fraude puede ser considerada como *economic duress* (*Occidental Worldwide Investment Corp v. Skibs A/S Avanti*⁶³); también la amenaza sin justificación alguna para conseguir un incremento del precio y la casi ineludible aceptación por la contraparte (*North Ocean Shipping Co Ltd v. Hyundai Construction Co Ltd*⁶⁴); igualmente, la amenaza de incumplir en un contexto comercial complejo (*Privy Council* en el asunto *Pao On v Lau Yiu Long*); o también un chantaje intolerable derivado de un boicot comercial intenso a pesar de que pretenda ampararse en una inmunidad legal (*Universe Tankships of Monrovia v. International Transport Workers Federation*⁶⁵). La Cámara de los Loes admitió claramente la *economic duress* en el caso *Dimskal Shipping Co Ltd v. I.T.W.F*⁶⁶, donde estableció el requisito de que la relación entre la presión económica ejercida por el contratante beneficiado y la claudicación ante dicha presión por parte de la víctima debe considerarse en virtud de una «causa significativa», lo cual se aprecia cuando el contratante amenazado no tiene un remedio alternativo efectivo o alternativa razonable para evitar el contrato o la novación.

La apreciación de la «intimidación económica» tiene cierto recalo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la doctrina de nuestro país. Si bien el art. 1267 CC no lo dice, la doctrina exige que la amenaza sea antijurídica y también lo puede ser en los casos en los que el contratante se aproveche para obtener un beneficio⁶⁷. La advertencia al otro contratante de no estar en condiciones de cumplir el contrato en el futuro en previsión de un cambio de las circunstancias y la solicitud de renegociar las condiciones

⁶³ [1976] 1 Lloyd's Rep. 293, noted (1976) 92 L.Q.R. 496.

⁶⁴ [1979] Q.B. 705.

⁶⁵ [1981] I.C.R. 129, reversed [1983] A.C. 366.

⁶⁶ [1992] 2 A.C. 152, 165.

⁶⁷ DEL OLMO GARCÍA, P. (2003), pp. 73 y ss.; SOLÉ FELIU, J., «La intimidación o amenaza como vicio del consentimiento contractual: textos, principios europeos y propuestas de reforma en España», *InDret* (4/2016), p. 16; YÁÑEZ VIVERO, F., *Asimetrías contractuales por abuso de circunstancias* (Valencia, 2019), p. 40.

económicas, en sí misma, no es un vicio invalidante, pero en ocasiones sí puede convertirse en una presión ilegítima. La jurisprudencia, no obstante, es estricta a la hora de apreciar el carácter injusto de la amenaza y se muestra vacilante, reluciente unas veces y aperturista otras, respecto de la inclusión de nuevas modalidades de presión o coacción en las que un contratante se prevale de una situación de dependencia económica y amenaza con el incumplimiento del contrato. Así, el Tribunal Supremo ha anulado algunos contratos o acuerdos por intimidación en ciertos casos en los que fueron demostradas «presiones (económicas) ilegítimas» por parte de los contratantes beneficiados que condujeron a alguna suerte de «abuso de superioridad»⁶⁸.

4. CONSECUENCIAS JURÍDICAS. ¿QUÉ REMEDIO SE APLICA, LA ANULABILIDAD O LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO?

La principal consecuencia prevista en el derecho inglés frente al contrato o acuerdo celebrado bajo *undue influence* es la anulabilidad (*voidable*), no la nulidad (*void ab initio*)⁶⁹. De modo similar al *civil law*, la parte inocente tiene libertad de elección tanto para anular el contrato como para confirmarlo. Mientras el contrato no sea anulado «permanece en vigor por las prestaciones que de él derivan y es ejecutable por ambas partes»⁷⁰. El primer remedio en el derecho inglés, una vez apreciada por el tribunal la existencia de *undue influence*, es la *rescission*. En el derecho inglés se habla de «rescisión» (*rescission*) para referirse a las consecuencias de la declaración de ineficacia del contrato tras el ejercicio de acción de anulabilidad. Esta declaración produce dos efectos principales⁷¹. Primero, resuelve las obligaciones futuras, lo que incluye también las obligaciones nacidas pero todavía no ejecutadas⁷²; extingue las obligaciones contractuales automáticamente a partir del momento de la declaración (*rescission is prospective*). Segundo, el efecto de la declaración también es retroactivo (*rescission is*

⁶⁸ STS (Sala 1ª) de 5 de octubre de 1995; voto particular a la STS (Sala 4ª) de 24 de junio de 2011 (Rec. 3460/2010, ECLI: ECLI:ES:TS:2011:5875); STS (Sala 1ª) de 29 de julio de 2013 (Rec. 167/2011, ECLI: ECLI:ES:TS:2013:4096). DEL OLMO GARCÍA, P. (2003), p. 112, explica que los casos vistos hasta aquel momento por el Tribunal Supremo podían clasificarse, sin pretensión de crear categorías mutuamente excluyentes, en casos en los que la amenaza de incumplimiento contractual va dirigida a obtener una modificación de las condiciones del contrato original y casos en los que se trata de liquidar una relación contractual duradera; vid. también YAÑEZ VIVERO, F. (2019), pp. 35 y ss.

⁶⁹ Este régimen también es aplicable a la *duress* y al *unconscionable dealing*. En materia de *undue influence*: *National Commercial Bank (Jamaica) Ltd v. Hew* [2003] UKPC 51 at [43] (*undue influence*); *Johnson v. EBS Pensioner Trustees Ltd* [2002] EWCA Civ 164 at [77] (*abuse of confidence*).

⁷⁰ *Johnson v. EBS Pensioner Trustees Ltd* [2002] EWCA Civ 164 at [77].

⁷¹ O'SULLIVAN, D./ELLIOTT, S./ZAKRZEWSKI, R., *The Law of Rescission* (2nd ed., Oxford, 2014), § 1.35 y ss., Ch. 10.

⁷² *Hurst v Bryk* [2002] 1 A.C. 185 at [200].

also retrospective); produce la ineficacia de las obligaciones contractuales *ab initio*. Suele decirse que el contrato es tratado por el derecho como si nunca hubiera tenido existencia⁷³. El objetivo perseguido es colocar al contratante en la misma posición en la que estaría si el contrato no se hubiera celebrado⁷⁴.

Otro remedio bajo la *equity*, frecuentemente olvidado, es la solicitud de rendición de cuentas (*account of profits*). Este remedio permite al contratante legitimado recobrar los beneficios que el contratante culpable haya obtenido como consecuencia de su actuación ilícita. En unas ocasiones el remedio está disponible como complemento de la rescisión con el fin de permitir al tribunal lograr la *restitutio in integrum*. En este caso, la rendición de cuentas es sencillamente una medida auxiliar que facilita el remedio principal de la rescisión. Pero en otras ocasiones la rendición de cuentas se ordena porque no es posible la consecución de la rescisión y entonces actúa como remedio principal. Normalmente, es un remedio disponible en los casos de ruptura del deber del fiduciario o de abuso de confianza⁷⁵.

Finalmente, la indemnización de daños *en equidad* (*equitable compensation*) es el remedio previsto para conceder una compensación íntegra por las pérdidas que sufra el contratante perjudicado como consecuencia del ilícito cometido por el contratante que ejerció la *undue influence*. Es un remedio diferente a la compensación pecuniaria que puede concederse en virtud de la rescisión como balance por los deterioros o las mejoras permanentes sobre la propiedad que deba ser restituida. El contratante perjudicado tiene a su disposición el remedio indemnizatorio cuando la rescisión o la rendición de cuentas no puedan realizarse de manera apropiada. Consiste en una compensación pecuniaria que debe colocar a las partes, desde el punto de vista económico, en la misma posición que tendrían si la operación pudiera ser revertida en virtud de la rescisión. En otras palabras, la *equitable compensation* tiene por finalidad retrotraer a las partes económicamente al *status quo* anterior y es por esta razón por la que algunos autores se refieren a ella como *pecuniary rescission*⁷⁶. Se trata, pues, de un remedio subsidiario porque se aplica cuando no pueden operar normalmente la rescisión y la rendición de cuentas⁷⁷.

⁷³ *Johnson v. Agnew* [1980] A.C. 367 at [393A].

⁷⁴ Se habla de «deshacer el contrato» (*'unwind the contract'*) en el *Report on Consumer Redress for Misleading and Aggressive Practices* de la *Law Commission and the Scottish Law Commission* [Law Com. No. 332 (2012) (Scot Law Com. No. 226), §§ 8-27-30].

⁷⁵ *O'Sullivan v. Management Agency and Music Ltd* [1985] Q.B. 428.

⁷⁶ BIRKS, P., «Unjust factors and wrongs: pecuniary rescission for undue influence», *Restitution Law Review* (No. 5, 1997), pp. 72-79; *ad rem*, ENONCHONG, N. (2018), § 28-064.

⁷⁷ *Mahoney v. Purnel* [1996] 3 All E.R. 61, [1996] 4 WLUK 289 (QBD), comentada por BIRKS, P., «Unjust factors and wrongs: pecuniary rescission for undue influence» (1997), pp. 72-79.

Este tratamiento contrasta con la formulación moderna del nuevo vicio del consentimiento previsto en los instrumentos de modernización del derecho contractual con diversas nomenclaturas (*gross disparity*⁷⁸, *excessive benefit or unfair advantage*⁷⁹ o *unfair exploitation*⁸⁰) y que en nuestro país se conoce como «ventaja excesiva»⁸¹. En estos textos el contrato viciado por ventaja excesiva puede dar lugar, a petición de la parte interesada, a la anulación del contrato (*avoidance*) o de alguna de sus cláusulas, o a la solicitud al tribunal de la adaptación de los términos del contrato en virtud los «estándares razonables del comercio» » (PICC)⁸² o del «principio de la buena fe contractual» (PECL y DCFR)⁸³ o de ambos (PMCC)⁸⁴. Puede observarse que los instrumentos modernos persiguen, casi obsesivamente, la restauración de la simetría contractual, mientras que la *undue influence* es un remedio, en cuanto vicio del consentimiento, que anula el contrato porque la voluntad del contratante vulnerable ha sido intervenida o cooptada y su situación de vulnerabilidad es considerada como digna de protección por el ordenamiento jurídico.

5. RASTREANDO LA *UNDUE INFLUENCE* EN EL DERECHO CONTINENTAL

5.1 ¿Dónde puede trazarse la *undue influence* en el derecho español?

El derecho español carece de una regulación general sobre la materia y tan sólo pueden encontrarse históricamente algunos supuestos particulares sobre asimetrías contractuales de los que no es posible extraer ningún principio general para la figura de *undue influence* o «aprovechamiento injustificado»⁸⁵.

En época más reciente se cuenta con una aparición relevante del concepto de «influencia indebida» en un ámbito concreto, el de la lucha contra la competencia desleal, pero sin implicaciones jurídicas *directas* por lo que al derecho contractual se

⁷⁸ Art. 3.2.7 PICC (version 2016).

⁷⁹ Art. 4:109 PECL.

⁸⁰ Art. II-7:207 DCFR.

⁸¹ Art. 1310. *Vid.* acerca de la influencia de PICC y PECL en este precepto de la PMCC, BOSCH CAPDEVILA, E., «La anulación del contrato por explotación injusta en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos», en *Idem* (dir.), *Nuevas perspectivas del derecho contractual* (Barcelona, 2012), p. 373.

⁸² Art. 3.2.7(2) PICC (versión 2016);

⁸³ Art. 4:109 (2) PECL; Art. II-7:207(2) y (3) DCFR.

⁸⁴ Art. 1310, *in fine*.

⁸⁵ Nulidad del interés usurario en la vieja Ley de Azcárate de 1908; rescisión por lesión por apremiante necesidad o inexperiencia en la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (Ley 499); anulación o modificación del convenio de auxilio o salvamento marítimo cuyas condiciones no sean equitativas en la Ley 60/1962, de 24 de diciembre, sobre el régimen de auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimos (Art. 8 derogado por Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima).

refiere. El concepto irrumpe normativamente no como vicio del consentimiento, sino como término que alude a una tipología de práctica comercial desleal concreta, a partir del momento en que se introduce la terminología en el derecho europeo por mor de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior⁸⁶. Entre otras cosas, en esta directiva se conmina a los Estados miembros a que sus disposiciones sobre las prácticas comerciales agresivas abarquen «aquellas prácticas que mermen de forma significativa la libertad de elección del consumidor», tales como «las prácticas que utilizan el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza física, y la *influencia indebida*»⁸⁷. La directiva suministra un concepto de influencia indebida en el art. 2, letra j): «utilización de una *posición de poder en relación con el consumidor para ejercer presión*, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso, de una forma que limite de manera significativa la capacidad del consumidor de tomar una decisión con el debido conocimiento de causa». No es propósito de esta directiva la incidencia en el derecho contractual como se deja claro en su artículo 3.2⁸⁸, pero tampoco puede desconocerse que no se trata de prácticas comerciales consideradas en abstracto, sino de prácticas empleadas en situaciones reales frente a concretos consumidores y que pueden estar presentes en todo el *íter* contractual, desde la fase previa hasta la fase de cumplimiento o ejecución del contrato. En consecuencia, el empleo de una práctica desleal que implique un abuso de influencia indebida podría tratarse en el orden contractual, si es el caso, como un vicio del consentimiento. La transposición de la directiva de prácticas comerciales desleales al derecho español se hizo mediante la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios⁸⁹. En concreto, la tipificación de las prácticas agresivas y con ellas la «influencia indebida» se incorpora al art. 8 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, en términos literalmente exactos a los de la directiva. Tampoco se introduce en la ley española, no yéndose más allá de la directiva, ninguna norma con repercusión en el derecho contractual.

En otro orden de cosas, el rastreo de las huellas de la influencia indebida nos lleva, más recientemente, a los derechos civiles autonómicos, donde destacan dos previsiones de diferente naturaleza y entidad. Por un lado, en el ámbito del régimen de ineficacia de declaraciones de voluntad, destaca el derecho navarro, cuya Ley Foral 21/2019

⁸⁶ Diario Oficial de la Unión Europea L 149/23 y ss.

⁸⁷ Considerando (16).

⁸⁸ MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales* (Madrid, 2006).

⁸⁹ MASSAGUER FUENTES, J. *et al.*, «La transposición al Derecho español de la directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales», *Boletín del Ministerio de Justicia* (No. 2013, 2006), pp. 1925-1963.

introduce los nuevos vicios de «influencia indebida» y «abuso de influencia» (nueva Ley 21). Y, por otro lado, en el ámbito del derecho de la compraventa (extensible a otros contratos onerosos) en el Código Civil Catalán desde 2017 aparece la figura de la «ventaja injusta» (art. 621-45). Aun cuando no se trata de regulaciones generales sobre el aprovechamiento injustificado o la influencia indebida, en ellas la figura aflora o despunta -aunque limitadamente- y llama con cierto descaro a las puertas del derecho contractual. Asimismo, debe reseñarse la «ventaja excesiva» prevista en la Propuesta de la Modernización del Código Civil de la Comisión General de Codificación.

A. Derecho navarro: las nuevas figuras de la «influencia indebida» y el «abuso de influencia». La reciente Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo introduce una nueva Ley 21 en la que se recogen dos vicios que hacen anulable la declaración de voluntad, la «influencia indebida» y el «abuso de influencia». El primer concepto abarca el supuesto en el que el contratante beneficiado, *teniendo bajo su dependencia al otorgante*, se aprovecha de esta situación «para conseguir, para él u otros, una ventaja que de otro modo no hubiera obtenido». El segundo concepto abarca los supuestos de «abuso de confianza», «de la debilidad mental» o «de la angustia» del declarante, igualmente con la finalidad de obtener un beneficio. El legislador navarro está pensando principalmente tanto en las donaciones como en otros negocios gratuitos como los testamentos, ámbitos en todos los cuales es posible que sea coaptada la declaración del otorgante, muchas veces una persona anciana que se halla en situación de dependencia respecto del beneficiario o en alguna de las otras situaciones previstas. Más bien se piensa en la relación derivada o instaurada como consecuencia de los cuidados, pero la Ley no excluye otras realidades ni otros tipos de dependencia. En el párrafo segundo («abuso de influencia») se mezclan dos supuestos: la relación de confianza propiamente dicha y los supuestos de debilidad. Podría haberse desdoblado perfectamente entonces en dos rúbricas, «abuso de confianza» y «abuso de debilidad», y no utilizarse una terminología que puede inducir a confusión como «abuso de influencia».

B. Derecho catalán: la nueva figura de la «ventaja injusta». Por su parte, en el nuevo Libro VI del Código Civil Catalán, introducido por Ley 3/2017, de 15 de febrero, se recoge la novedosa figura de la «ventaja injusta» (art. 621-45), la cual permite la rescisión del contrato de compraventa y de otros de carácter oneroso por abuso de una relación especial de confianza, de una situación de vulnerabilidad económica o necesidad imperiosa o por aprovechamiento de la incapacidad del otro contratante para prever sus actos por ignorancia manifiesta o por manifiesta carencia de experiencia. El abuso o aprovechamiento exige que el contratante beneficiado conozca o deba conocer la situación de vulnerabilidad del otro, se aproveche de ello y obtenga

un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta. Desde el punto de vista sistemático, la «ventaja injusta», junto con la lesión en más de la mitad, se regula justo después de los remedios del comprador y el vendedor por incumplimiento en sede del contrato de compraventa. Los comentaristas catalanes advierten que esta consideración conjunta tal y como recuerda el propio Preámbulo de la Ley se justifica por la naturaleza rescisoria de ambas instituciones⁹⁰. Esta regulación tiene como antecedente, en parte, la clásica figura catalana de la *laesio ultra dimidium*, que ahora pasa a llamarse «lesión en más de la mitad». La «ventaja injusta» no tiene este antecedente, aunque la inspiración se encuentre en los textos internacionales de armonización del derecho contractual (PICC, PECL, DCFR e incluso en el fenecido antes de nacer CESL)⁹¹ y el vínculo remoto se pretenda encontrar en la institución de las *in integrum restitutionibus*⁹² del procedimiento formulario del derecho romano y su recepción en el *ius commune*⁹³. Si bien el ámbito de aplicación está limitado, por la razón antedicha, al contrato de compraventa, no obstante, la naturaleza puramente rescisoria del remedio queda en entredicho por el afán de expansión de la propia regulación por cuanto la aplicación de la ventaja injusta puede extenderse al resto de contratos onerosos.

C. *Propuesta de Modernización del Código Civil: la proyectada figura de la «ventaja excesiva»*. En la Propuesta de reforma del Código Civil español en materia de obligaciones y contratos de la Comisión General de Codificación⁹⁴, con clara inspiración en los textos internacionales de armonización del derecho contractual (en concreto,

⁹⁰ GÓMEZ BUENDÍA, C./ RICART MARTÍ, E. (2017), *Rescissió per lesió i avantatge injust: Estudi de la continuïtat de l'encaix de la tradició jurídica catalana i el dret privat europeu* (Generalitat de Catalunya), p. 12.

⁹¹ La «ventaja injusta» del CCCat es una reedición moderna de la vieja institución del *ius commune*. Para más detalles sobre esta transmutación, el excelente trabajo de MARTIN CASALS, M., «From *laesio enormis* to Unfair Advantage: A Shift in the Contractual Paradigm» in *Tradition mit Weitsicht. Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag* (Berna, 2009), esp. pp. 521-527, donde lo califica como un «sistema flexible» de textura amplia; LINACERO DE LA FUENTE, M^a, *Ineficacia y rescisión del negocio jurídico. La ventaja injusta* (Valencia, 2019), pp. 60 y ss.; BARCELÓ COMPTE, R., *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato* (Barcelona, 2019), esp. Cap. III; BARCELÓ COMPTE, R., «La ruptura del equilibrio inicial del contrato: la ventaja injusta», en GRAMUNT FOMBUENA, M./FLORENSA I TOMÁS, C. (dirs.), *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial* (Madrid, 2017), pp. 273-285, quien considera que la opción por esta figura puede ser «la oportunidad de transformarla en un instrumento de justicia contractual» (p. 275).

⁹² Proveniente del *Edicto Perpetuo de Salvi Giulia*, en el que se ordenaban las restituciones por una variedad de motivos: intimidación, dolo, *capitis deminutio* (por *arrogatio* y *manus*), negocio con menor de veinticinco años, ausencia, error, enajenación de cosa litigiosa y otros supuestos en los que el Pretor considerase que existía una *iusta causa*. Entre las varias ediciones, se cita y destaca la de LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum: ein Versuch zu seiner Wiederherstellung* (3. Aufl., Leipzig, 1927) (reed. Aalen 1985).

⁹³ GÓMEZ BUENDÍA, C./ RICART MARTÍ, E. (2017), pp. 14, 41 y ss., 45 y ss.

⁹⁴ COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, SECCIÓN DE DERECHO CIVIL, *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* (Ministerio de Justicia, imprenta del BOE, Madrid, 2009).

PICC y PECL)⁹⁵, se recoge la «ventaja excesiva» como un vicio independiente en el art. 1301. Se ha señalado que este precepto configura la institución exigiendo dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo⁹⁶. No obstante, existen dos importantes diferencias con los textos internacionales armonizadores. Por un lado, no se incluye en el elemento objetivo del supuesto de hecho de este nuevo vicio la «relación de confianza», que sí se recoge en los PECL y en el DCFR. Para que se entienda incluida, a mi juicio, debería realizarse una interpretación amplia del concepto «relación de dependencia» que absorba asimismo la «relación de confianza». Por otro lado, tampoco se exige en el elemento subjetivo, a diferencia de todos los textos armonizadores (PICC, PECL y DCFR) que el contratante que «emplea» el vicio conozca la situación de dependencia de la víctima, sino simplemente se exige como resultado que «se aproveche injustamente»⁹⁷.

5.2. ¿Tiene equivalencias la *undue influence* entre los vicios del consentimiento del civil law?

A continuación, paso exponer cómo puede encajarse, si bien ningún caso muestra una equivalencia plena, el problema jurídico que se trata en la doctrina inglesa de la *undue influence* en los sistemas jurídicos continentales.

A. *Derecho alemán: contrato «desproporcionado» o «leonino»*. El derecho alemán contempla el contrato desproporcionado o leonino como un límite de la autonomía de la voluntad en el marco de la cláusula general relativa al negocio jurídico contrario a las «buenas costumbres» (*Sittenwidrigkeit*) del § 138 BGB⁹⁸. En el párrafo segundo de este precepto se concreta, después de haberse formulado la cláusula general sobre el

⁹⁵ Indica BOSCH CAPDEVILA, E., «La anulación del contrato por explotación injusta en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos», en *Idem* (dir.), *Nuevas perspectivas del derecho contractual* (Barcelona, 2012), p. 373 que «este precepto [art. 4:109 PECL] fue, probablemente, el que más influyó en el art. 1301 PM». *Vid.* también, GÓMEZ CALLE, E., *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil* (Cizur Menor, 2019), Cap.II-4.

⁹⁶ PALAZÓN GARRIDO, M^a. L. (2016), p. 1325; BOSCH CAPDEVILA, E., «La anulación del contrato por explotación injusta en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos» en *Idem* (dir.), *Nuevas perspectivas del derecho contractual* (Barcelona, 2012), pp. 376, 382.

⁹⁷ Cfr. en el mismo sentido, PALAZÓN GARRIDO, M^a. L. (2016), *ibid.* Sobre su exégesis, BOSCH CAPDEVILA, E. (2012), p. 381.

⁹⁸ Sobre el tratamiento del contrato inmoral en el derecho alemán, INFANTE RUIZ, F. J./OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», *InDret* (3/2009), pp. 8-13; entre los trabajos sobre el tema la moral y el orden público como límites de autonomía privada recientemente destaca la aportación de OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Límites a la autonomía privada en el Derecho de los contratos: la moral y el orden público», en PARRA LUCÁN, M^a A. (dir.), *La autonomía privada en el Derecho Civil* (Cizur Menor, 2016), nt. 122; cfr. PALAZÓN GARRIDO, M^a. L. (2018), p. 858, quien encuadra la cláusula general del § 138 BGB en el tema de la nulidad del contrato contrario al «orden público».

contrato contrario a las buenas costumbres, el tratamiento jurídico, que sigue siendo la nulidad radical, del negocio jurídico por el que se explote una situación de «necesidad», «inexperiencia», «falta de buen juicio o voluntad débil» de otra persona y tenga por resultado la obtención de una «ventaja patrimonial desproporcionada». En ninguno de los párrafos del § 138 BGB se recoge expresamente la *undue influence*⁹⁹. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal hace años que resuelve casos de fianzas prestadas a favor de entidades crediticias por un fiador en relación de dependencia con el deudor principal¹⁰⁰, bajo la cobertura del § 138 (1) BGB, calificándolos como negocios contrarios a las buenas costumbres. En consecuencia, el derecho alemán descarta el tratamiento de la *undue influence* en el marco de los vicios del consentimiento y lo reconduce, pero con un radiof de acción mucho menor, a la cláusula general de contravención a la moral.

B. *Derecho italiano: la rescisión por lesión*. El derecho italiano es también otro ejemplo en el que el «aprovechamiento injustificado» se trata fuera del esquema de los vicios del consentimiento. El *Codice civile* prevé dos supuestos, uno general y otro particular. Por un lado, se articula la rescisión general por lesión en el art. 1448 («desproporción» entre las prestaciones de una parte y las de la otra, que es celebrado bajo «estado de necesidad» y del cual deriva un «provecho o ventaja en daño de la parte débil»). Por otro lado, el *Codice* recoge en el art. 1447 la figura particular del *contratto concluso in istato di pericolo* (en el que se contempla la hipótesis del contrato que ha sido asumido por una parte en un «estado de necesidad» que es conocido por la otra parte con el fin de salvarse a sí mismo o a otros de un peligro actual del que deriva un daño personal grave)¹⁰¹. El derecho italiano no resuelve en el marco de los vicios del consentimiento y tan sólo permite cierta operatividad mediante estos dos remedios rescisorios.

C. *Derecho francés: el «nuevo» subtipo de «intimidación por dependencia» (violence de dépendence) introducido por la reforma de 2016*. La *ordonnance* nº 2016-131 de 10 de febrero de 2016 de reforma del derecho francés de contratos ha introducido un nuevo artículo 1143 en el *Code*, en virtud del cual se introduce un nuevo tipo de *violence* relativo al «abuso de un estado de dependencia» que tenga como resultado una

⁹⁹ KIETHE, K./GROESCHKE, P., «Vertragsdisparität und strukturelle Unterlegenheit als Wirksamkeits- und Haftungsfalle», *Betriebs-Berater* (1994), p. 2293; HADJIANI, A., «Duress and Undue Influence in English and German Contract Law: a comparative study on vitiating factors in common and civil law», *Oxford U Comparative L Forum* 1 (2002) (at ouclf.iuscomp.org), p. 29 (63).

¹⁰⁰ Pueden verse referencias en INFANTE RUIZ, F. J., *Las garantías personales y su causa* (Valencia, 2004), Cap. III-5; recientemente, PALAZÓN GARRIDO, M^a. L. (2018), pp. 860-861.

¹⁰¹ CIAN, G./TRABUCCHI, A., *Commentario breve al codice civile* (Padova, 2010), pp. 1840 y ss.; GALGANO, F., *Commentario compatto al codice civile* (2^a ed., 2008, Piacenza), pp. 1447 y ss.

«ventaja manifiestamente excesiva»¹⁰². El nuevo precepto se introduce en el marco de la noción de *violence*, vicio clásico del consentimiento en el derecho francés que ahora se amplía a los casos de dependencia permitiendo una protección de las personas más vulnerables (*violence de dépendence*)¹⁰³. El radio de acción del art. 1143 del *Code* es bastante amplio. No se hace ninguna distinción por la cualidad de las partes contratantes, aunque, por supuesto, la violencia por abuso de dependencia puede aplicarse a personas débiles o vulnerables (en atención a su edad, enfermedad, hándicap, etc.), pero el texto de la norma no las menciona¹⁰⁴. Esta *novela* del *Code* entronca con la jurisprudencia de la Corte de Casación que ya había admitido la «violencia económica» como vicio del consentimiento cuando exista una «explotación abusiva» de una «situación de dependencia económica» de una parte contractual respecto de la otra, hecha para aprovecharse del temor de un mal que amenaza directamente los intereses legítimos del contratante¹⁰⁵. Como puede observarse, el derecho francés, con la actual *violence de dépendence*, es el único sistema continental de nuestro entorno jurídico en el que se encuentra una mayor equivalencia con la clásica doctrina inglesa de la *undue influence*, en la medida en que se atiende dentro del supuesto de hecho de aquella al «abuso de dependencia» y se trata como vicio del consentimiento. Sin embargo, la cobertura de supuestos que entran en la *violence de dépendence* es bastante menor que el vasto rango de supuestos que se consideran bajo la *undue influence*.

D. *Derecho español: interpretaciones amplias del dolo y la intimidación*. No existe en la jurisprudencia española, por el momento, ningún pronunciamiento expreso sobre la *undue influence* como vicio del consentimiento. El tratamiento jurídico del problema que entraña, en definitiva, depende, según el caso, del concepto de dolo o intimidación que se maneje.

D1. *Concepto amplio de dolo*. Desde DE CASTRO un sector importante de la doctrina española, ante la amplitud de la definición del dolo en el art. 1269 CC, maneja un «concepto amplio de dolo» que permite englobar todos los supuestos en los que ha habido mala fe en la conclusión del contrato, sea mediante engaños, ya mediante

¹⁰² Literalmente (trad. propia): «Existe igualmente violencia cuando una parte, abusando del estado de dependencia en el que su contraparte se encuentra “en relación con ella”, obtiene de esta un compromiso que no se habría suscrito en ausencia de tal coerción y del que obtiene una ventaja manifiestamente excesiva».

¹⁰³ Véase BARBIER, H, «La violence par abus de dépendance», en *Libres propos sur la réforme du droit des contrats* (Paris, 2016), pp. 45 y ss.; CHANTEPIE, G./LATINA, M., *Le nouveau droit des obligations* (2e. éd., Paris, 2018), p. 295.

¹⁰⁴ DESHAYES, O./GENICON, T./LAITHIER, Y.-M., *Réforme du droit des contrats. Du régime général et de la preuve des obligations* (2ª ed., Paris, 2018), p. 256.

¹⁰⁵ Sentencia de 3 de abril de abril de 2002, Nº 00-12.932 (asunto *Kannas v. Larousse-Bordas*); Cass. Civ. 2 de octubre de 2006, D. 2007, 2215.

imposiciones o captación de voluntad, lo que permite también considerar anulables los contratos en los que una de las partes provoca o aprovecha una situación de temor o falta de libertad de la otra sin que se verifiquen las notas del art. 1267 CC¹⁰⁶. En tal sentido, MORALES MORENO afirma que en la descripción del supuesto del art. 1269 CC no aparece como requisito necesario el de la inducción al error, sino el de la «captación ilícita» de la voluntad. Esto permite ampliar el campo de aplicación del dolo, abarcando casos en los que hay «abuso de situación» y también cuando exista una «indebida influencia sobre la voluntad de quien declara»¹⁰⁷. Con estas claves pueden citarse algunas sentencias en las que se resuelven casos similares a la *undue influence*¹⁰⁸: STS de 15 de julio de 1987, que anula por dolo varias transmisiones patrimoniales realizadas por Dña. Isabel, una señora viuda, de nacionalidad portuguesa y de edad avanzada, que profesaba un amor desmesurado por los animales, a favor de los demandados (un matrimonio), quienes se hicieron sutilmente con su absoluta confianza mostrando su mismo interés y estando muy presentes en su vida, gracias a lo cual consiguieron los desplazamientos patrimoniales en cuestión¹⁰⁹; y STS de 28 de septiembre de 2011, que anula también por dolo varias donaciones obtenidas por un hijo de su madre octogenaria a quien consiguió encajar subterfugiamente varias fincas de más durante el proceso de preparación notarial de las donaciones¹¹⁰.

¹⁰⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, rep facs. ed. 1971 (1985, reimpresión 1997), p. 150. Véase también, Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. 1º (6ª ed., Cizur Menor, 2007), p. 204; MORALES MORENO, A. M., «Los vicios de la voluntad en los principios del Derecho europeo de contratos» en *Idem, La modernización del Derecho de obligaciones* Cizur Menor, 2006), p. 313; MARÍN LÓPEZ, J., en BERCOVITZ, R. (dir.), *Tratado de contratos*, T. I (2ª ed., Valencia, 2013), p. 635; VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., «Art. 1269 CC», en CAÑIZARES LASO/DE PABLO CONTRERAS/ORDUÑA MORENO/VALPUESTA FERNÁNDEZ (dirs.), *Código Civil Comentado*, Vol. III (2ª ed., Cizur Menor, 2016), § 3B; PALAZÓN GARRIDO, Mª. L., «El dolo como vicio del consentimiento», en SÁNCHEZ LORENZO, S. (dir.), *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Vol. 1, Cívitas (3ª ed., Cizur Menor, 2016), p. 1225. En contra, CARRASCO PERERA, A. (2017), p. 329. Vid. la concepción clásica en DE COSSÍO, A., *Dolo en el Derecho Civil* (Madrid, 1955, reed. Granada, 2005).

¹⁰⁷ MORALES MORENO, A. M., «Art. 1269 CC», en ALBALADEJO, M./DÍAZ-ALABART, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (EDERSA, Madrid, 2004) [Vlex]; MORALES MORENO, A. M. (2006), p. 313.

¹⁰⁸ Véase un detenido estudio en PALAZÓN GARRIDO, Mª. L. «El abuso de debilidad, confianza o dependencia», (2016), p. 1324.

¹⁰⁹ La sentencia declara que: «[e]l dolo abarca y comprende no sólo la insidia o maquinación directa, sino también la reticencia del que calla o no advierte debidamente a la otra parte, aprovechándose de ello, de igual forma que no elimina la existencia del dolo empleado por una parte la circunstancia de la ingenuidad o buena fe de la otra».

¹¹⁰ Sobre el dolo la sentencia declara que: «[n]o solo la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe, omitiendo hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión del contrato».

D2. *Concepto amplio de intimidación.* La violencia y la intimidación como vicios de la voluntad afectan a la libertad del consentimiento¹¹¹. La intimidación es una amenaza *injusta* de un «mal eminente y grave» en la persona o bienes del contratante o de sus allegados. Tanto en un caso como en el otro la voluntad no es suprimida o aniquilada del todo, sino mermada o limitada, por el ataque que se produce contra la libertad del contrayente. El contratante tiene voluntad de celebrar el contrato, salvo en el caso de violencia absoluta (*vis ablativa*) que no es la que parece referirse el Código de acuerdo con la doctrina dominante, pero esta voluntad está coaccionada; sabe lo que hace e incluso, en la mayoría de los casos, conoce el contenido del contrato y sus condiciones, pero no tiene otra alternativa que prestar el consentimiento. Por esta razón, en estos casos el derecho concede mayor prevalencia a la tutela y al interés de protección del contratante que sufre la violencia o la intimidación que al principio de seguridad del tráfico¹¹². Por cuanto en determinadas situaciones de dependencia o confianza, un contratante puede ejercer presión sobre el otro aprovechándose, precisamente, de la situación, interesa en especial preguntarse si la presión que no llega a la forma explícita de la expresión de un «mal inminente y grave» puede considerarse intimidación en algún caso. Aun cuando las sentencias que atienden a la definición de la intimidación mantienen sus requisitos clásicos (uno, «amenaza injusta» o «ilícita» que tiña de antijuridicidad la conducta; dos, «temor racional y fundado»; tres, «mal inminente y grave»; cuatro, «prestación de un consentimiento contractual»; y cinco, «nexo causal» entre la amenaza y el consentimiento prestado)¹¹³, existen algunos hitos que apuntan a una apertura en la ampliación del concepto de intimidación. 1º) El propio Código Civil exige que se ponderen las circunstancias personales de quien padece la intimidación (art. 1267.3), a lo que la jurisprudencia añade que también se atenderá a las circunstancias sociales¹¹⁴. 2º) En la jurisprudencia se ha planteado el problema la eficacia anulatoria de los miedos o terrores ambientales¹¹⁵ y en estos casos no se exige que la amenaza deba ser expresa¹¹⁶. Y aunque es difícil, a mi juicio, la aplicación directa

¹¹¹ Por todos, VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., «Art. 1267 CC» (2016), § 1.

¹¹² MORALES MORENO, A. M. (2004), «Art. 1267» [Vlex].

¹¹³ Por todas, STS de 21 de octubre de 2005 (Rec. 1497/1999, ECLI:ES:TS:2005:6404).

¹¹⁴ Así, por ejemplo, la vieja STS de 21 de marzo de 1950. GARCÍA VICENTE, J. R., «Art. 1267 CC», en BERCOVITZ, R. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Vol. II (Valencia, 2013), pp. 9114-9115, enuncia una lista a partir de numerosas sentencias (edad avanzada, estado de salud, ideología, posición social, situación de necesidad vital o supervivencia, experiencia personal, capacidad de resistencia y conocimiento sobre su posición en el tráfico, e incluso la debilidad, desamparo o incultura frente a la superioridad intelectual, cultural, social o afectiva de quien infunde el temor); también, PALAZÓN GARRIDO, M^a. L. (2018), p. 881.

¹¹⁵ DÍEZ-PICAZO, L., Vol. 1º (2007), p. 197.

¹¹⁶ Un ejemplo se encuentra en la vieja STS de 4 de diciembre de 1948 en la que puede leerse: «[e] artículo 1267 CC] no distingue entre amenaza expresa y tácita, para determinar la nulidad del consentimiento prestado por miedo, (...) ya que la razón debe atender, para calificar la intimidación, más que a la expresión de ciertas palabras, que no siempre revelan intención ni posibilidad de hacer sufrir el

de la doctrina del terror ambiental a todos los casos de abuso de una relación de confianza o dependencia, puesto que la hipótesis requiere una atmósfera social *insuperable* de opresión o terror, en otro orden cosas, tampoco puede negarse que en numerosas ocasiones quien se encuentra bajo una situación de dominación como consecuencia de la relación de dependencia o confianza hará sencillamente aquello que le pida o señale la otra parte, sin que ni siquiera sea necesario que se produzcan actuaciones expresas de presión en el momento de la celebración del contrato, y que este aprovechamiento es ilícito o antijurídico, por lo que el ordenamiento debe reaccionar ante ello permitiendo al anulación del acto o contrato que lo haya vehiculado. 3º) La doctrina jurisprudencial sobre la «amenaza económica», antes comentada, muestra claramente que es también una amenaza antijurídica el caso en que un contratante se aproveche del otro para obtener un beneficio que no le corresponde¹¹⁷. El caso de la STS de 15 de enero de 2004 es un buen ejemplo de interpretación amplia de la intimidación y de amenaza implícita por la generación de una situación de terror¹¹⁸. En este caso el Tribunal Supremo apreció la invalidez de unas capitulaciones matrimoniales consentidas por la esposa en una situación de absoluta sumisión hacia su marido con previos episodios constantes de malos tratos y violencia, hasta el punto de que tenía totalmente anulada la capacidad de decisión de su esposa.

En conclusión, las equivalencias del dolo y la intimidación del derecho español con la *undue influence* como genuino vicio del consentimiento del *common law* son muy parciales, y ello siempre que las interpretaciones de los conceptos de dolo e intimidación sean amplias.

5.3. ¿Cómo es su recepción en los instrumentos de modernización del derecho de contratos?

Como a continuación podrá apreciarse la recepción de la *undue influence* en los instrumentos de modernización del derecho de contratos es imprecisa y perturbadora.

A. *Gross disparity: PICC*. Desde la primera versión de 1994 de los Principios de UNIDROIT hasta la actual de 2016 se recoge sin variaciones la figura de la *gross disparity* en el título de los vicios del consentimiento, junto el dolo, la intimidación y el error. El art. 3.2.7 (numeración según versión 2016) permite al contratante perjudicado la anulación en caso de que *injustificadamente* el contrato o una de sus cláusulas

mal con que se amenaza, a las circunstancias que hagan temible, por la intención, y posible, por los medios al alcance del que amenaza, la inmediata realización del mal grave constitutivo de la misma».

¹¹⁷ Sobre la reelaboración doctrinal de la «amenaza económica» en el derecho español, es digno de ser recordado el trabajo de DEL OLMO GARCÍA, P. (2003), pp. 131-169.

¹¹⁸ Rec. 1622/2000 (ECLI:ES:TS:2004:68).

conceda a la otra parte una *ventaja excesiva*. El concepto «ventaja excesiva» denota, según el comentario oficial, una «considerable disparidad» en el valor, el precio o cualquier otro elemento que repercuta en el equilibrio de las contraprestaciones, pero no se contempla cualquier desequilibrio por grande que pueda llegar a ser, sino sólo aquel que resulta inaceptable para la «conciencia de una persona razonable»¹¹⁹. Se exigen pues dos requisitos¹²⁰: 1) una ventaja excesiva y 2) que sea injustificada. Los factores que deberán tenerse en cuenta para evaluar la desventaja que es injustificada son, por un lado, la «posición desigual de las partes en la negociación» (*unequal bargaining position*), lo que incluye la *dependencia de la otra parte*, la dificultad económica o necesidad urgente, la imprevisión, la ignorancia, la inexperiencia o carencia de habilidad en la negociación y, por otro, la naturaleza y finalidad del contrato. Los supuestos de hecho contemplados recuerdan mucho al *unequal bargaining power del common law*. En los Principios de UNIDROIT se alude a la «dependencia de una parte», pero poco expresan los comentarios oficiales, salvo que no es suficiente para su apreciación con atender de modo exclusivo a un poder de negociación superior debido a las condiciones de mercado¹²¹. Esto induce a pensar a que los Principios de UNIDROIT están pensando más bien en la «dependencia económica», supuesto sobre el que hay cierta confluencia en el *common law (economic duress)* y en el *civil law (violence de dépendence)*. En consecuencia, a mi juicio, la coincidencia aquí con la figura de la *undue influence* es poca.

B. *PECL y DCFR*. En los Principios del Derecho Europeo de Contratos y el Borrador del Marco Común de Referencia existe una *recepción parcial* de algunas materias del *common law* y una *sorprendente* reunión bajo el concepto amalgamador de «explotación injusta».

B1. *Excessive benefit or unfair advantage (PECL)*. Los Principios del Derecho Europeo de Contratos tratan en el art. 4:109¹²² el *excessive benefit or unfair advantage* («beneficio excesivo» o «ventaja injusta»), concepto en el que se reúnen una serie de supuestos relativos a la debilidad o dependencia del contratante que coinciden en su mayor parte con los de los PICC: «dependencia», «relación de confianza», «dificultad económica o necesidad urgente», «imprevisión, » «ignorancia», «inexperiencia» y «carencia de habilidad en la negociación». Destaca en los PECL la inclusión de la «relación de confianza», la cual, junto con una interpretación amplia de la «relación de

¹¹⁹ UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* (Rome, 2016), *Comment Art. 3.2.7*, p. 110.

¹²⁰ DU PLESSIS, J., «Comment on Arts. 3.2.5-3.2.8», in VOGENAUER, S. (ed.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)* (2nd ed., Oxford, 2015), pp. 497-523.

¹²¹ UNIDROIT PICC (2016), *ibid.*

¹²² *Vid.* Artículo 4:109: «Beneficio excesivo o ventaja injusta». Revisión de trad. esp. MARTÍNEZ SANZ, F., *Principios del Derecho Europeo de los Contratos*, Partes I y II (revisadas), publicada en *Derecho privado europeo* (coord. por Sergio Cámara Lapuente, 2003), pp. 193-198 (accesible también en Internet).

dependencia», recordaría a la *undue influence* del derecho inglés¹²³. Para la aplicación de la norma se requiere como elemento subjetivo que la parte conociera o pudiera conocer la situación de la otra y que, dadas las circunstancias y la finalidad del contrato, se aproveche de ello de un modo «exageradamente injusto» o reciba un «beneficio excesivo». Por lo tanto, la aplicación de esta causa de anulabilidad exige, tal y como expresa MORALES MORENO, dos requisitos: 1) que el contratante que invoca se halle en alguna de las situaciones en las que resulta probable la actuación «bajo indebida influencia»¹²⁴, y que tal circunstancia le conste al otro contratante; 2) además, que exista una ventaja o provecho ilícitos en el contrato celebrado con el otro contratante¹²⁵. Las consecuencias del contrato viciado por ventaja excesiva en los PECL son similares a las previstas en los PICC, es decir: 1) la anulación del contrato, o 2) la adaptación o ajuste del contrato, a instancia de la parte legitimada para impugnar el contrato, pero la adaptación se hará de acuerdo con «lo que podría haberse acordado respetando el principio de la buena fe contractual». Se trata de un criterio de integración más acorde con el derecho continental donde en la mayoría de los ordenamientos se conoce la integración de acuerdo con la buena fe.

B2. *Unfair exploitation (DCFR)*. El DCFR propone la figura de la *unfair exploitation*, traducida en la versión española como «explotación indebida» y en los comentarios como «explotación injusta» o «indebida», de un modo casi idéntico a los PECL en el art. II-7:207¹²⁶. Los supuestos son la «relación de dependencia» o «de confianza» entre las partes, las «dificultades económicas o necesidades urgentes», la «imprevisión», la «ignorancia», la «inexperiencia» y la «carencia de habilidad en la negociación», mientras que el requisito subjetivo exige que el contratante sepa, o resulte razonable suponer que lo sabría, atendidas las circunstancias y la finalidad del contrato, que se aprovechó de la situación del otro para conseguir un «beneficio excesivo» o una «ventaja manifiestamente injusta»¹²⁷. En línea con los instrumentos de *soft law* que lo preceden, el DCFR sigue aquí el criterio de que el contrato que proporciona a una parte una ventaja excesiva y que implica una explotación indebida puede ser anulable o, si es

¹²³ Con prudencia, señalaba MORALES MORENO, A. M. (2006), p. 320, que «esta causa de anulabilidad, en alguna medida, recuerda a la *undue influence* del derecho inglés». Parece referirse el autor, no a todos los supuestos, sino sólo a los atendibles en el contexto de las relaciones de dependencia y confianza, como demuestra la explicación que suministra a continuación de la frase transcrita.

¹²⁴ El autor emplea esta expresión, pero, recuérdese, no todos los supuestos se refieren a la *undue influence*.

¹²⁵ MORALES MORENO, A. M. (2006), *ibid*.

¹²⁶ Vid. Art. II-7:207: «Explotación indebida». Trad. esp. JEREZ DELGADO, C. (coord.), *Principios, definiciones y reglas de Derecho Civil Europeo* (Madrid, 2015), p. 106.

¹²⁷ Véase VON BAR, CH. et al. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, Book II - 7:207 (full ed., 2010), pp. 507-515, esp. 507, 508, 509.

el caso, modificable a requerimiento de la parte perjudicada¹²⁸. Los comentarios oficiales no lo expresan así, pero los supuestos «relación de dependencia» y «de confianza» serían la *undue influence*. Esta afirmación puede corroborarse posteriormente en las notas de derecho nacional en las que, comentándose el derecho inglés e irlandés, se alude, por un lado, a la doctrina de la *undue influence* y, por otro, a la de la los *unconscionable bargains*. Los remedios previstos por el DCFR, análogamente a los PECL, son la anulabilidad, o la adaptación a petición del contratante que impugna, de las condiciones del contrato de acuerdo con las exigencias de la buena fe.

6. CONCLUSIONES

Una cuestión a veces olvidada por los juristas continentales y que caracteriza la *undue influence* es que el aprovechamiento injustificado de un contratante frente al otro, en virtud de una relación en la que se ha ejercido influencia, o de un tipo de relación respecto de la cual puede presumirse que se ha ejercido, *no necesariamente debe ir seguido de una ventaja excesiva o de un beneficio desmesurado para el contratante influyente*. Puede haberlo, de hecho, en muchas ocasiones así será, pero no es lo que caracteriza la institución. El mismo hecho de celebrar el contrato es el beneficio para el contratante en posición de superioridad. Lo que verdaderamente pretende el derecho mediante la concesión de este remedio equitativo es la protección de los contratantes en situación de vulnerabilidad, entiéndase esta como una situación especial cualificada por una relación de confianza o fiducia. *Persigue evitar la victimización de estos contratantes*. Los instrumentos de modernización del derecho de contratos (PICC, PECL y DCFR) y la Propuesta de Modernización del Código Civil español de la Comisión General de Codificación, así como su replicante en la Propuesta de Código Civil de la APDC, guiados por un excesivo afán constructivo de una única figura que permita la reestructuración de las asimetrías contractuales, incurren en este olvido. Sin embargo, lo importante y fundamental, en el derecho inglés, en cualquier tipo de *undue influence*, de acuerdo con los principios de la *equity*, es que el remedio jurídico concede protección frente a una *prevalencia o presión injustificada* de una parte sobre la otra, *con independencia de su manifestación*, porque el negocio jurídico celebrado no puede ser considerado «como una expresión de la libre voluntad del contratante presionado». Es un vicio del consentimiento genuino. Teniendo entonces la *undue influence* una rica

¹²⁸ En el CESL (Propuesta de reglamento de compraventa), retirado por la Comisión a fines de 2014, también se mantenía idéntica regulación en su art. 51. Véase el estudio de la «explotación injusta» en CESL en el trabajo de BOSCH CAPDEVILA, E., «Los vicios del consentimiento», en VAQUER ALOY, A./BOSCH CAPDEVILA, E./ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a. P. (eds.), *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos* (Barcelona, 2015), pp. 206-210.

doctrina llena de matices y posibilidades como vicio del consentimiento, independiente, y con sus reglas separadas, no se alcanza a entender por qué el derecho moderno lo desconoce, olvida o incluso evita colocando las denominadas relaciones de dependencia y confianza en una panoplia de situaciones que conforman el elemento objetivo del supuesto de hecho de la nueva «ventaja excesiva» o «injusta». Esta última es un perfecto híbrido entre algunos de los vicios del consentimiento del *common law* y algunos de los clásicos remedios rescisorios del *civil law*. El legislador debería hacer un esfuerzo por separar los supuestos y las consecuencias jurídicas a ellos anudadas. *De lege ferenda*, una reelaboración de los vicios del consentimiento debería reflexionar meditadamente y con rigurosidad sobre la conveniencia de incluir la *undue influence*, o «aprovechamiento injustificado», como un vicio independiente. En esta labor debería enunciarse un tipo general que recoja los supuestos de abusos de confianza, fiducia, debilidad o domino, que atienda tanto a los elementos objetivos del supuesto (situaciones y resultado: el aprovechamiento, que no es lo mismo que ventaja desproporcionada, excesiva o injusta) como a los subjetivos (actuación de la parte fuerte y estado personal y social de la parte débil); y además se podría configurar un tipo cualificado en el que se articule una presunción *ius tantum* de «aprovechamiento injustificado» en determinados tipos de relaciones, las más susceptibles de generar influencias. Las enseñanzas del derecho inglés al respecto, tanto en sus virtudes y logros como en sus fracasos, son impagables.

BIBLIOGRAFÍA

ATIYAH, P.S., «Economic Duress and the Overborne Will», *The Law Quarterly Review* (No. 197) 1982, pp. 197-202.

BAMFORTH, N., «Unconscionability as a Vitiating Factor», *Lloyd's maritime and commercial law quarterly* (1995), pp. 538-559.

BARBIER, H., «La violence par abus de dépendance», en *Libres propos sur la réforme du droit des contrats* (Paris, 2016), pp. 722-724.

BARCELÓ COMPTE, R., «La ruptura del equilibrio inicial del contrato: la ventaja injusta», en GRAMUNT FOMBUENA, M./FLORENSA I TOMÁS, C. (dirs.), *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial* (Madrid, 2017), pp. 273-285.

BARCELÓ COMPTE, R., *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato* (Barcelona, 2019).

BEALE, H., «Undue Influence and Unconscionability», in DYSON, A./, GOUDKAMP, J./ WILMOT-SMITH, F. (eds.), *Defences in Contract* (Oxford and Portland, 2017).

BEALE, H. G. (ed.), in *Chitty on Contracts*, Vol. I, *General Principles* (33rd ed., London, 2018).

BEATSON, J., *ANSON'S Law of Contract* (30th ed., Oxford, 2016).

BIGWOOD, R., «Undue Influence: Impaired Consent or 'Wicked Exploitation'?», *Oxford Journal of Legal Studies* (Vol. 16, 1996), pp. 503-515.

BIRKS, P., *An Introduction to the Law of Restitution* (Oxford, 1985).

BIRKS, P., «Unjust factors and wrongs: pecuniary rescission for undue influence», *Restitution Law Review* (No. 5, 1997), pp. 72-79.

BIRKS, P./NYUK YIN, C., «On the Nature of Undue Influence», in Beatson/Friedmann (eds.), *Good Faith and Fault in Contract Law* (Oxford, 1995), pp. 57-97.

BLUM, B./ GÓMEZ DURÁN, E. L./RICHARDS, D., «Abuso financiero e influencia indebida de las personas de avanzada edad», *Revista española de medicina legal* (Vol. 39, No. 2, 2013), pp. 63-69.

BOSCH CAPDEVILA, E., «La anulación del contrato por explotación injusta en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos», en *Idem* (dir.), *Nuevas perspectivas del derecho contractual* (Barcelona, 2012).

BOSCH CAPDEVILA, E., «Los vicios del consentimiento», en VAQUER ALOY, A./BOSCH CAPDEVILA, E./ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a. P. (eds.), *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos* (Barcelona, 2015), pp. 206-210.

BURROWS, A., *The Law of Restitution* (3rd ed., London, 2011).

CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos* (2^a ed., Cizur Menor, 2017).

CARTWRIGHT, J., *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for Civil Lawyer* (3rd ed. Oxford and Portland, 2016)

CARTWRIGHT, J., *Introducción al Derecho inglés de los contratos*, trad. Murga Fernández/ed. Capilla Roncero (Cizur Menor, 2019).

CHANTEPIE, G./LATINA, M., *Le nouveau droit des obligations* (2e. éd., Paris, 2018).

CIAN, G./TRABUCCHI, A., *Commentario breve al codice civile* (Padova, 2010).

COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, Sección de Derecho Civil, *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* (Ministerio de Justicia, Madrid, 2009).

CUADRADO PÉREZ, C., «Modernas perspectivas en torno a la discapacidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (Año nº 96, No. 777, 2020), pp. 13-90.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, reproducción facsimilar de la edición de 1971 (Cívitas, 1985, reimpresión 1997).

DE COSSÍO, A., *Dolo en el Derecho Civil* (Madrid, 1955, reed. Granada, 2005).

DEL OLMO GARCÍA, P., *La amenaza de incumplir un contrato como vicio del consentimiento* (Valencia, 2003).

DESHAYES, O./GENICON, T./LAITHIER, Y.-M., *Réforme du droit des contrats. Du régime général et de la preuve des obligations* (2ª ed., París, 2018).

DEVENNEY, J./ CHANDLER, A., «Unconscionability and the taxonomy of undue influence», *Journal of Business Law* (No. 5, 2007), pp. 541-569.

DÍAZ ALABART, S., «Actuación de las personas con discapacidad en el ámbito personal y familiar: el derecho a su libertad personal», en DÍAZ PARDO, G./ NÚÑEZ NÚÑEZ, Mª. (coords.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias* (Madrid, 2018), pp. 163-197.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. 1º (6ª ed., Cizur Menor, 2007).

DU PLESSIS, J., «Comment on Arts. 3.2.5-3.2.8», in VOGENAUER, S. (ed.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)* (2nd ed., Oxford, 2015), pp. 497-523.

ENONCHONG, N., *Duress, Undue Influence and Unconscionable Dealing* (3rd ed., London, 2018).

FARNSWORTH, A., *Contracts* (4th Edition, New York, 2004).

FEHLBERG, B., «The Husband, the Bank, the Wife and Her Signature», *The Modern Law Review* (No. 59-5, 1996), pp. 675-694.

GALGANO, F., *Commentario compatto al codice civile* (2ª ed., Piacenza, 2008).

GARCÍA RUBIO, Mª. P., «La protección de la voluntad del testador vulnerable en Derecho inglés», en Díez-Picazo, L. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor J. Mª. Miquel*, T. I (2014), pp. 1500-1521.

GARCÍA RUBIO, Mª. P. «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», *Revista de Derecho Civil* (vol. V, No. 3, 2018), pp. 29-60.

GARCÍA RUBIO, Mª. P., «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones,

contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho Civil* (vol. V, No. 3, 2018), pp. 173-197.

GARCÍA VICENTE, J. R., «Arts. 1265-1270 CC», en Bercovitz, R. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Vol. II (Valencia, 2013).

GÓMEZ BUENDÍA, C./ RICART MARTÍ, E. (2017), *Rescissió per lesió i avantatge injust: Estudi de la continuïtat de l'encaix de la tradició jurídica catalana i el dret privat europeu* (Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada).

GÓMEZ CALLE, E., *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil* (Cizur Menor, 2019).

HADJIANI, A., «Duress and Undue Influence in English and German Contract Law: a comparative study on vitiating factors in common and civil law», *Oxford U Comparative L Forum* 1 (2002) (at ouclf.iuscomp.org).

INFANTE RUIZ, F. J., *Las garantías personales y su causa* (Valencia, 2004).

INFANTE RUIZ, F. J./OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», *InDret* (3/2009), pp. 1-58.

JEREZ DELGADO, C. (coord.), *Principios, definiciones y reglas de Derecho Civil Europeo*, *Principios, definiciones y reglas de Derecho Civil Europeo*, trad. esp. (Madrid, 2015).

KIETHE, K./GROESCHKE, P., «Vertragsdisparität und strukturelle Unterlegenheit als Wirksamkeits- und Haftungsfälle», *Betriebs-Berater* (1994), pp. 2291-2295.

LAW COMMISSION AND THE SCOTTISH LAW COMMISSION, *Report on Consumer Redress for Misleading and Aggressive Practices* [Law Com. No. 332 (2012) (Scot Law Com. No. 226)].

LAWSON, F.H., *The Rational Strength of English Law* (London, 1951).

LINACERO DE LA FUENTE, M^a, *Ineficacia y rescisión del negocio jurídico. La ventaja injusta* (Valencia, 2019).

LÓPEZ SAN LUIS, R., «El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», *InDret* (2/2020), pp. 1-28.

MARÍN LÓPEZ, J., en BERCOVITZ, R. (dir.), *Tratado de contratos*, T. I (2^a ed., Valencia, 2013).

MARTIN CASALS, M., «From *laesio enormis* to Unfair Advantage: A Shift in the Contractual Paradigm» in *Tradition mit Weitsicht. Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag* (Berna, 2009), pp. 499-527.

MASON, A., «The Impact of Equitable Doctrine on the Law of Contract», *27 Anglo-American Law Review* 1 (1998), pp. 1-28.

MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales* (Madrid, 2006).

MASSAGUER FUENTES, J. *et al.*, «La transposición al Derecho español de la directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales», *Boletín del Ministerio de Justicia* (No. 2013, 2006), pp. 1925-1963.

MCKENDRICK, E., *Scots Law into the 21st Century: Essays in Honour of W. A. Wilson* (Edinburgh, 1996).

MCKENDRICK, E., *Contract Law. Text, Cases and Materials* (7th ed., Oxford, 2016),

Martínez Sanz, F., *Principios del Derecho Europeo de los Contratos*, Partes I y II (revisadas), rev. trad. esp., publicada en *Derecho privado europeo* (coord. por Sergio Cámara Lapuente, 2003), pp. 193-198 (accesible también en Internet).

MORALES MORENO, A. M., «Art. 1269 CC», en ALBALADEJO, M./DÍAZ-ALABART, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (EDERSA, Madrid, 2004) [Vlex].

MORALES MORENO, A. M., «Los vicios de la voluntad en los principios del Derecho europeo de contratos» en *Idem, La modernización del Derecho de obligaciones* (Cizur Menor, 2006), pp. 289-321.

OLIVA BLÁZQUEZ, F., *Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el derecho inglés* (Valencia, 2014).

OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Límites a la autonomía privada en el Derecho de los contratos: la moral y el orden público», en PARRA LUCÁN, M^a A. (dir.), *La autonomía privada en el Derecho Civil* (Cizur Menor, 2016), pp. 295-360.

O'SULLIVAN, J., *Restitution and Banking* (Oxford, 1998).

O'SULLIVAN, D./ELLIOTT, S./ZAKRZEWSKI, R., *The Law of Rescission* (2nd ed., Oxford, 2014).

PALAZÓN GARRIDO, M^a L., «El abuso de debilidad, confianza o dependencia», en SÁNCHEZ LORENZO, S. (dir.), *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Vol. 1 (3^a ed., Cizur Menor, 2016), pp. 1303-1336.

PALAZÓN GARRIDO, M^a L., «El dolo como vicio del consentimiento», en SÁNCHEZ LORENZO, S. (dir.), *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Vol. 1, Cívitas (3^a ed., Cizur Menor, 2016), pp. 1221-1268.

PALAZÓN GARRIDO, M^a L., «Garantía por deuda de un tercero unido al garante por una relación de confianza o dependencia» en ALBIEZ DOHRMANN/MORENO-TORRES HERRERA (dirs.), *Los contratos de crédito inmobiliario* (Cizur Menor, 2018), pp. 845-901.

PAU, A., «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el código civil», *Revista de Derecho Civil* (vol. V, No. 3, 2018), pp. 5-28.

PHANG, A./TJIO, H., «The uncertain boundaries of undue influence», *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* (No. 2, 2002), pp. 231-245.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., *El dolo testamentario* (Cizur Menor, 2020).

SOLÉ FELIU, J., «La intimidación o amenaza como vicio del consentimiento contractual: textos, principios europeos y propuestas de reforma en España», *InDret* (4/2016), pp. 1-32.

TIDPLAY, D., «The Limits of the Undue Influence», *The Modern Law Review* (Vol. 48, No. 5), 1985, pp. 579-584.

TREITEL, G. H., *The Law of Contract* (14th ed., London, 2015)

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (Rome, 2016), *Comment Art. 3.2.7*, p. 110.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., «Arts. 1267-1269 CC», en CAÑIZARES LASO/DE PABLO CONTRERAS/ORDUÑA MORENO/VALPUESTA FERNÁNDEZ (dirs.), *Código Civil Comentado*, Vol. III (2^a ed., Cizur Menor, 2016).

VON BAR, Ch. et al. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, Book II - 7:207 (full ed., 2010).

WADDAMS, S., *Law of Contracts* (7th ed., Toronto, 2017).

WHITE, J. & Summers, R., *Uniform Commercial Code* (6th ed., St Paul, 2018).

YÁÑEZ VIVERO, F., *Asimetrías contractuales por abuso de circunstancias* (Valencia, 2019).

Fecha de recepción: 19.03. 2021

Fecha de aceptación: 31.05.2021