

## PRÓLOGO

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

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

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

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

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

Tal contexto determina que:

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

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

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

- Principio *pacta sunt servanda* del artículo 1091.
- Principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255.

- Prohibición de dejar la validez y el cumplimiento de los contratos al arbitrio de uno de los contratantes, del artículo 1256.
- Principio de eficacia relativa de los contratos, que traduce el viejo *res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest* del artículo 1257.
- Perfección del contrato por el mero consentimiento del artículo 1258.
- Principio de libertad de forma del artículo 1278.
- Principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Salamanca, octubre 2021

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



