

## PRESENTACIÓN DEL NÚMERO CONMEMORATIVO DEL X ANIVERSARIO DE LA REVISTA DE DERECHO CIVIL

1. El número de la *Revista de Derecho Civil* que estas páginas presentan al lector tiene un carácter extraordinario. De las siete acepciones que a la palabra otorga la Real Academia de la Lengua Española le vienen pintiparadas dos: la primera y la cuarta. Comenzaré por esta última: «número de un periódico que se publica por algún motivo extraordinario»; en nuestro caso, los diez años de vida de la *Revista de Derecho Civil*, lo que sin duda merece una celebración, más cuando en ese tiempo se ha convertido en una de las revistas jurídicas de referencia en el ámbito español e internacional. Pasando a la primera acepción, extraordinario es un adjetivo que viene a significar que algo está «fuera del orden o regla natural o común». La entrada de la RAE en su web menciona como sinónimos de la palabra, entre otros, excepcional, asombroso, impresionante, sensacional o sobresaliente; me creerán desde ya si les digo que todos ellos son perfectamente aplicables al ejemplar de la revista que ahora tienen en su pantalla.

Pocas veces una publicación jurídica de carácter periódico ha reunido en un volumen a figuras de la talla de las que aquí estampan su firma. Se trata de siete personas que han dedicado su vida a investigar en distintos ámbitos del Derecho privado y a enseñar a otros lo que han aprendido y atesoran; son sabios del Derecho privado. Todos ellos están ya jubilados como profesores de Universidad, al menos lo están en su vertiente burocrática, pero, sin excepción, nos siguen ilustrando cada día con sus aportaciones orales o escritas. En todos los casos son personas extraordinarias y merecedoras de los calificativos de excepcional, impresionante, sensacional o sobresaliente; por eso mismo, también lo merece el volumen en el que colaboran. El hecho de que provengan de seis países diferentes (Francia —con una firma doble—, España, Portugal, Reino Unido, Alemania e Italia) y de que hayan desempeñado su labor como juristas en cada uno de estos países, justifica que este número extraordinario sea, además, asombroso, pasmoso y sorprendente. Que en todos los casos hayan aceptado a primer requerimiento la solicitud de contribuir a la celebración del décimo aniversario con sus trabajos, regalándole al lector de la *Revista de Derecho Civil* un bien de incalculable valor, muestra que además de excelsos juristas también son personas extraordinarias y generosas. La dirección de la Revista y quienes participamos en ella de cualquier manera solo podemos darles unas enormes y sentidas gracias.

A continuación, dedicaré unos pocos párrafos a cada una de las contribuciones. Lo hago a modo de presentación que solo pretende ser el zaguán que recibe a los lectores y les invita a entrar en esta casa para que pasen a continuación a cada una de las magníficas habitaciones que les esperan en su interior.

2. Por su carácter transversal, se ha colocado como primera contribución la que lleva por título «*Ce que la Cour de cassation fai au droit civil*», firmada por los profesores eméritos de la Faculté de droit et de sciences sociales de l'Université de Poitiers, Eric Savaux y Rose-Noëlle Schütz. El Pr. Savaux es uno de los más destacados especialistas franceses en Derecho de obligaciones y contratos, sector al que ha dedicado gran parte de sus publicaciones. Entre ellas destaca, la autoría, actualización y adaptación al Code civil francés, posterior a la reforma de 2016-2018, de los volúmenes del tratado titulado *Droit civil. Les obligations*, que originalmente dirigió J. Flour y posteriormente J.L. Aubert, quien fuera mentor del Pr. Savaux. Es miembro honorario de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación. Por su parte, la Profra. Schütz es autora de numerosos trabajos en materia de Derecho civil, muchos de los cuales están centrados en el Derecho de contratos, general y especial. Es también especialista en Derecho notarial, ámbito en el que ha dedicado mucho tiempo a la formación en la Universidad de Poitiers. Los profesores Savaux y Schütz han recibido la insignia de oro de la Universidad de Santiago de Compostela.

En esta contribución los autores recapacitan sobre el papel del Código civil y la evolución del Derecho civil francés actual. Aunque centrados en el devenir del Derecho civil galo, abordan fenómenos que afectan a todos los ordenamientos europeos en similar medida.

De los muchos asuntos suscitados, los profesores Savaux y Schütz se detienen en uno particularmente relevante y sobre el que hasta ahora no se había profundizado lo suficiente: se trata de saber en qué medida la *Cour de cassation* francesa, la más alta jurisdicción del país, está contribuyendo a la mutación, o tal vez a la extenuación, del Derecho civil.

Para acometer la tarea comienzan con la pregunta aparentemente más evidente; se cuestionan qué es el Derecho civil; más en particular, qué es para la Corte de casación francesa, que destina tres de sus seis salas a esta materia. Los autores constatan cómo el Derecho civil, en su concepción tradicional, sufre las acometidas de los tiempos actuales, y consideran que su destino viene a simbolizar el propio al que parece llamado el Derecho en general.

La ley, otrora fuente omnímoda del Derecho civil, le ha dado a la Corte de casación las dos armas esenciales con las que está operando la transformación de aquel: el reconocimiento de la superioridad de los tratados internacionales sobre la ley interna y el sometimiento de esta al control de constitucionalidad, con la consecuencia imparable de la constitucionalización del Derecho civil. A ello se suma la paulatina asunción del papel de la jurisprudencia como verdadera creadora del Derecho vivo, pues la propia Corte reafirma su poder normativo y su naturaleza de jurisdicción suprema. Y esto es así, aunque la citada Corte esté sujeta, en el ámbito interno, al *Conseil constitutionnel*, que puede imponer a todas las autoridades administrativas y judiciales el sentido constitucional que se ha de dar a una ley y, en el ámbito internacional, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, sobre todo, al Tribunal Europeo de derechos humanos.

Los autores dan noticia de los cambios operados en el país vecino en lo que concierne al estilo de las decisiones de la Corte y a los modelos de razonamiento y motivación que esta emplea, cambio aparentemente formal, pero, que está teniendo una indudable influencia en las formas y en las fuentes del derecho civil (I). Por otro lado, apuntan que, junto a las tradicionales funciones de control de la aplicación de la ley y de unificación de su interpretación, la actual casación abraza como su misión esencial la de garantizar la función protectora de la preminencia del Derecho y, particularmente, de defensa de los derechos fundamentales. Con este fin procede a integrar los textos nacionales e internacionales que los recogen y aplica el test de proporcionalidad destinado a juzgar la oportunidad de aplicación de la regla en cuestión al caso concreto (II).

Ambos asuntos, el I y el II, son objeto de la exposición reflexiva que compone las páginas más densas del trabajo de los profesores Savaux y Schütz. Abordan temas como el incierto papel de la jurisprudencia en la creación de nuevas normas, las fronteras que definen el Derecho civil de nuestros días mediante su adaptación a los cambios científicos, técnicos y sociales, la llamada constitucionalización del Derecho civil. Al hilo de esta fórmula ambigua apelan, por ejemplo, al reconocido valor constitucional de materias como la responsabilidad por daños causados a otro o la libertad contractual y a la cuestión del efecto directo de las reglas constitucionales, no solo en la relación entre el Estado y los ciudadanos, sino también en las de estos últimos entre sí.

Explican a continuación los controles de constitucionalidad diseñados en el ordenamiento jurídico francés, que no son exactamente coincidentes con los nuestros, y de los que, en mi opinión, cabe derivar una mayor implicación de los órganos concernidos en las materias propias del Derecho civil en comparación con la del Tribunal constitucional español.

Destacan que el control de constitucionalidad de las leyes es fuente de una de las grandes mutaciones del Derecho civil contemporáneo: lo que los profesores Savaux y Schütz denominan su «fundamentalización», vocablo con el que aluden a la penetración de los derechos y libertades fundamentales en materias que tradicionalmente han pertenecido o pertenecen al Derecho civil.

Entienden, no obstante, que existe una segunda fuente de fundamentalización del Derecho civil, más importante que la anterior, cual es el control del ajuste de la ley interna al Convenio europeo de derechos humanos y libertades fundamentales (control de convencionalidad, en sus palabras). Las explicaciones de los autores muestran, de nuevo a mi juicio, un uso mucho más intenso e incisivo del texto convencional por parte de los tribunales franceses frente a los españoles, y ello a pesar de que las premisas de ambos ordenamientos son análogas. Distinguen los juristas franceses dos tipos de control de convencionalidad (el abstracto y el muy discutido control concreto) donde sobresale en especial el recurso de proporcionalidad y cuya utilización puede confundirse con el llamado balance de intereses que también realiza la *Cour de cassation*.

El trabajo finaliza con la referencia a un documento destinado a dibujar el futuro de la corte civil suprema francesa (*Rapport sur la Cour de cassation 2030*); se preguntan los autores por su repercusión en el devenir inmediato del Derecho civil, lo que de nuevo les lleva a una reflexión general sobre el futuro del Derecho civil que, sin lugar a dudas, compartirá el lector comprometido.

**3.** El asunto de la constitucionalización del Derecho civil es también el *leitmotiv* de la contribución siguiente de este número conmemorativo, que lleva por título «*Il processo evolutivo del "diritto civile nella legalità costituzionale". Una lezione alla Camera civile di Milano*» y que ha sido escrito por el profesor italiano Pietro Perlingieri. Figura muy destacada en el mundo jurídico europeo, conocido por ser uno de los más grandes maestros del Derecho civil en Italia, ha sido profesor de varias universidades del país transalpino y rector de la Universidad de Camerino, donde fundó la Escuela de especialización en Derecho Civil, y rector de la Universidad de Sannio. El enfoque innovador de sus escritos ha incidido en la necesidad de interpretar las normas civiles en consonancia con los principios y valores consagrados en la Constitución, especialmente los relativos a la dignidad humana, la igualdad y la libertad, visión que ha trascendido también en España. Su influencia se refleja no solo en el ámbito académico, sino también en la práctica judicial, consolidando la idea de que las normas civiles deben leerse e interpretarse a la luz de los valores constitucionales. Ha sido mentor de numerosos juristas italianos de varias generaciones.

En el trabajo que aquí nos presenta, el Pr. Perlingieri da cuenta del impacto que tuvo la Constitución italiana en el ordenamiento jurídico del país, de los primeros civilistas que reclamaron su eficacia directa y su repercusión en las relaciones privadas. Aunque hubo resistencias durante algunas décadas, los pasos iban en la dirección inapelable de constitucionalización del ordenamiento jurídico, incluidas las leyes de procedencia preconstitucional, como era el caso, por ejemplo, del Código civil. A mediados de los sesenta del pasado siglo, la representación de la magistratura hizo tres proclamaciones que significaron un punto de no retorno en este proceso: 1) La aplicación directa de las normas constitucionales cuando sea técnicamente posible con relación al hecho controvertido. 2) La interposición del recurso ante el Tribunal Constitucional, incluso de oficio, de las leyes que no puedan ser interpretadas de conformidad con la Constitución. 3) La necesidad de interpretar las leyes de conformidad con los principios de la Constitución, donde se encuentran los nuevos principios fundamentales del ordenamiento jurídico.

La evolución de la civilística italiana en los años posteriores siguió, con algunos altibajos, la línea marcada por la constitucionalización del Derecho civil preexistente, a la vez que se sucedieron varias reformas legislativas de calado, como la ley sobre el divorcio (1970), el estatuto de los trabajadores (1970), la reforma del derecho de familia (1975), la ley de interrupción del embarazo (1978), la ley que provoca el cierre de los manicomios (1978), y la destinada a regular el servicio sanitario nacional (1978). Todo ello acompañado de decisiones judiciales especialmente significativas por su tinte constitucional, sobre todo en materia de relaciones laborales y derechos de los menores.

Con todo, Perlingieri recoge en este trabajo las posiciones de los maestros civilistas italianos de la época, como Falzea, Mengoni o Irti, que tienden a limitar el valor directo de los principios constitucionales en las relaciones privadas, postura que él no comparte. Tampoco la reiterada y más reciente formulación que se centra exclusivamente en la interpretación orientada de las normas (civiles) ordinarias según la Constitución convence al autor napolitano; a su juicio, este planteamiento da a entender que el objeto de la interpretación son exclusivamente las normas ordinarias, reservando a las normas constitucionales el papel de meros criterios hermenéuticos, incluso supletorios, para utilizar en caso de duda.

A su entender, la interpretación debe delimitar correctamente el conjunto normativo a aplicar, en el que los principios fundamentales no son simples parámetros de valoración externa, sino parte misma de su contenido. En consecuencia, el juez ordinario, el tribunal constitucional (y el juez europeo) han de utilizar la misma hermenéutica, de forma que el primero debe reservar el recurso al segundo solo para los casos en los que

la disposición a aplicar sea incompatible con la Constitución. Cita el autor casos significativos de interpretación constitucional de normas civiles, entre otras, en materia de propiedad, cláusula penal manifiestamente excesiva, división de la cosa común, cláusulas en contratos de arrendamiento, e incluso para expulsar del sistema la exigencia de reciprocidad para reconocer determinados derechos fundamentales a personas extranjeras.

Insiste en la idea de que un sistema jurídico fundado sobre una pluralidad de fuentes de origen y rango diversos exige el control de conformidad de las disposiciones de rango inferior con las de rango superior. Las cláusulas generales ordinarias, como la corrección, diligencia, buena fe, etc. solo pueden ser interpretadas en coherencia con la pluralidad de principios y valores que rigen para todo el sistema. También las reglas concretas, aunque parezcan suficientemente claras, han de someterse al escrutinio de su coherencia con los principios y valores constitucionales. La interpretación jurídica no puede separar reglas y principios, sino que tiene que ser sistemática y axiológica. En resumen, en la consideración del Pr. Perlingieri las normas constitucionales no tienen como destinatario exclusivo el legislador, ni son meros límites al legislador ordinario, ni su relevancia es meramente interpretativa; muy al contrario, en ausencia de reglamentación específica, son susceptibles de directa actuación en las relaciones interprivadas.

En definitiva, se trata de un trabajo que compendia el pensamiento de toda una vida y que obligará al civilista de cualquier ordenamiento constitucional a reflexionar sobre el modo en que han de ser entendidas las normas civiles y a su necesaria integración en el contexto constitucional nacional y europeo.

4. La siguiente aportación lleva la rúbrica de Antonio Manuel Morales Moreno cuya presentación en este lugar resulta, con seguridad, innecesaria. Es Catedrático emérito de derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid, Académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, Vocal de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación y uno de los grandes maestros del Derecho civil español de finales del siglo XX y las décadas primeras del XXI. Cuenta con numerosos discípulos en España y en América Latina que ya son, a su vez, civilistas de referencia. Ha sido el presidente del grupo de trabajo que, en el seno de la citada Comisión, llevó a cabo la revisión de la propuesta de modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos de 2009 (PM 2009) en la que también participó, revisión publicada en 2023 (PM 2023). Precisamente el trabajo que se incluye en este número extraordinario de la *Revista de Derecho Civil* trata de explicar al lector las razones que justifican que ambas propuestas hayan prescindido de dos conceptos que en el Código civil vigente resultan básicos para armar la figura del contrato: el objeto, por un lado, y

la causa, por el otro. Constata además que la decisión de excluir ambos elementos estructurales sigue las orientaciones del moderno Derecho europeo de contratos, como en su día anticipó el Pr. Luis Díez-Picazo.

Nos explica que la comprensión del contrato contenida en la PM 2023 es bastante distinta de la recogida en el Código civil actual. Para la propuesta existe un contrato cuando las partes tienen *intención* de vincularse y han alcanzado un *acuerdo suficiente* que permita ser puesto en ejecución; ningún precepto hace referencia a los requisitos que el Código actual considera imprescindibles, los cuales quedan subsumidos en la idea de «acuerdo suficiente».

Parándose primero en el objeto del contrato, el Pr. Morales Moreno expone por qué tampoco es necesario recoger en una regla la necesidad de su licitud, posibilidad y determinación. En el nuevo texto la ilicitud, que puede provenir del contenido o de la finalidad del contrato, es un límite a la libertad contractual y como tal se sanciona. La imposibilidad inicial del objeto determina en el nuevo sistema el incumplimiento del contrato y posibilita al acreedor la utilización de los remedios compatibles con esa situación. Finalmente, el requisito de determinación o determinabilidad del objeto queda subsumido en la exigencia de que el acuerdo pueda ser puesto en ejecución.

Más detenida, y con mucho esfuerzo orientado a hacerla llegar con nitidez al lector, es su explicación de que por qué la causa desaparece como requisito del contrato, e incluso como vocablo, el cual no se encuentra en el articulado de la PM 2023.

Comienza diferenciando causa del contrato y causa de la atribución para poner en evidencia que el hecho de que la PM 2023 suprima la exigencia de causa para la perfección del contrato no determina que las atribuciones patrimoniales basadas en ese contrato queden desvinculadas de su validez y contenido y que pasen a ser abstractas. Tampoco determina el carácter abstracto del sistema de transmisión de la propiedad y demás derechos sobre los bienes, como deja clara la pervivencia de nuestro sistema transmisivo ex artículo 609 CC.

Pasa a continuación a explicar las razones que justifican la falta de mención de la causa del contrato en la PM 2023 y por qué no se exige como requisito del contrato. Menciona cuatro: la oscuridad del concepto de causa y de sus funciones; las orientaciones del moderno Derecho de contratos y particularmente de su concreción en el Derecho europeo; la intención de no llevar la extensión de las limitaciones de la autonomía de la voluntad más allá de las establecidas por la ley y otras normas imperativas y, finalmente la constatación de que algunas figuras construidas en su momento a partir del concepto de causa (subjetiva) han tenido ya tal desarrollo, como

muestra la PM, que hacen innecesario, incluso inconveniente, acudir al citado concepto; se trata del error, la resolución por incumplimiento, la suspensión del cumplimiento y la cláusula *rebus sic stantibus*.

El Pr. Morales Moreno aclara que la desaparición de la causa del contrato y de su mención no significa que hayan desaparecido las funciones que esa figura tradicionalmente cumplía. Concreta esas funciones en las siguientes: control del ejercicio de la autonomía de la voluntad (causa intrínseca), fundamento externo del contrato (causa extrínseca), herramienta para la interpretación e integración del contrato y determinación del contenido esencial del contrato.

Comenzando por la llamada causa intrínseca, explica cómo se puede atender a sus funciones sin necesidad de acudir al concepto de causa, poniendo énfasis en que los límites a la autonomía de la voluntad, protegida en la Constitución, solo pueden ser los establecidos en la ley imperativa y los principios básicos del ordenamiento jurídico, como reconoce expresamente la PM 2023. Otorgar a la causa una función caracterizadora o clasificadora del contrato sirve para establecer la correspondencia existente entre el contrato celebrado y el modelo o tipo legal que contiene las normas imperativas aplicables a ese contrato; al no poseer tal función un carácter normativo sino puramente instrumental, no es preciso recogerla en el Código. Por otro lado, la PM 2023 recoge la misma finalidad que ahora se persigue con la llamada causa ilícita sin necesidad de utilizar ese término, que es sustituido por el de finalidad ilícita.

Respecto a la llamada causa extrínseca, alude a algunos de los supuestos más característicos (novación de una relación obligatoria inexistente, reconocimiento de deuda, apoderamiento en la representación directa, los contratos conexos, las garantías). Tras el análisis de cada uno de ellos, concluye que el hecho de que la PM 2023 no exija la causa como requisito del contrato, ni prive de validez al contrato sin causa, no supone la ruptura de la conexión natural existente entre el contrato celebrado y la situación jurídica externa a la que el mismo se encuentra conectado por su función; no los convierte en contratos abstractos. Apunta, no obstante, que quizás la PM 2023 necesite en este punto de alguna precisión.

En su conexión con la interpretación e integración del contrato, evoca el Pr. Morales Moreno que la causa se viene utilizando en estas operaciones para clasificar el contrato celebrado y aplicarle las normas dispositivas contenidas en el tipo contractual correspondiente o extraídas de varios tipos si se trata de un contrato mixto; también para utilizar los criterios interpretativos adecuados a su naturaleza. En su opinión, se trata de un mero instrumento de técnica jurídica que no resulta imprescindible reglar; ahora bien, que el Código civil ni exija ni mencione la causa, no impide al operador



aplicar, por ejemplo, a un contrato calificable como compraventa las normas dispositivas contenidas en la regulación de ese tipo contractual o los criterios interpretativos de los contratos onerosos.

Permítanme subrayar una vez más la enorme labor didáctica que el Pr. Morales Moreno ha volcado en este artículo. Estoy convencida que, tras su atenta lectura, muchos de quienes se mostraban preocupados por la desaparición de la causa en las PM 2009 y 2023 dejarán de estarlo y comprenderán mejor las razones que subyacen en la decisión.

5. El siguiente trabajo incluido en este número, lleva por título «*Sobre a modificacão judicial de penas contratuais “manifestamente excessivas” – a Proposta espanhola de 2023*». Su autor es Antonio Pinto Monteiro, uno de los más reputados civilistas portugueses del momento presente. Profesor Catedrático Jubilado de la Universidad de Coimbra, Profesor visitante en la Universidad de Macao (China), consultor jurídico y árbitro de gran prestigio, destaca por su labor investigadora de excelencia en materia de obligaciones y contratos, ámbito en el que es un referente fundamental y también ha sabido formar a otros juristas portugueses que ya son igualmente excelentes. Su obra es ampliamente conocida en España y en muchos otros países, más allá del ámbito lusófono.

A lo largo de su carrera, y dentro del sector de las obligaciones y contratos, el tema de la cláusula penal ha sido uno de sus tópicos preferidos. Su monografía, «Cláusula penal e indemnización», publicada en Coimbra en 1990 y que ha sido varias veces objeto de reimpresión, cambió la perspectiva con la que se contemplaba la figura en el ordenamiento jurídico portugués, influyendo también en otros ordenamientos.

Las ideas básicas que se siguen de los estudios del profesor Pinto Monteiro sobre la cláusula penal son: (i) Abandono del modelo unitario de la cláusula penal. (ii) Distinción entre cláusulas de fijación o de liquidación anticipada de la indemnización, cláusulas exclusivamente compulsivo-sancionatorias y cláusulas penales en sentido estricto. (iii) abandono de la idea de que la cláusula penal en sentido estricto desempeña una doble función, indemnizatoria y sancionatoria.

Con estas pilastras Antonio Pinto Monteiro escribe para el monográfico conmemorativo de los diez años de la *Revista de Derecho Civil* un nuevo trabajo sobre cláusula penal. En esta ocasión, para analizar una regla que la Propuesta de Modernización del Código civil español en materia de obligaciones y contratos de 2023, ya mencionada en relación con la contribución del Pr. Morales Moreno, dedica a la figura. Más en concreto, trata del control judicial específico, más allá del general que deriva de los límites a la libertad contractual, de aquellas cláusulas que sean manifiestamente excesivas o de aquellas

estipulaciones pactadas como indemnizatorias que sean notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente causado por el incumplimiento contractual. En su análisis, el profesor de Coimbra se pregunta con qué presupuestos y criterios debe el juez proceder a la modificación equitativa de las penas manifiestamente excesivas, y si se justifica o no un presupuesto diferente para las indemnizaciones convencionales que han sido pactadas como estimación anticipada del daño. Su respuesta negativa, contraria a la adoptada en la PM 2023, es concorde con su elaborada concepción de la figura analizada.

Es muy probable que esa no sea la opinión de quienes siguen manteniendo que la estipulación estimatoria del daño y la pactada para sancionar el eventual incumplimiento son dos figuras esencialmente distintas, pero ello no es obstáculo para apreciar que las reflexiones del Pr. Pinto Monteiro enriquecen el debate y obligan a cualquier interesado en el tema a reflexionar. No en vano, la cláusula penal sigue siendo una figura muy utilizada en la práctica y muy discutida por los autores, aunque la aparente similitud de los textos del *soft law* internacional que la regulan y que, curiosamente, no son todos, pudiera hacernos pensar otra cosa. Especialmente controvertido es el tema de su control judicial *ex post*, objeto de esta contribución. Es además un asunto que nunca ha estado, ni muchos menos, claro en la jurisprudencia española. Por todo ello, y por la especial competencia de su autor en la materia, y en general, en Derecho de obligaciones y contratos, estamos ante un trabajo del máximo interés, cuya lectura será imprescindible para todos los juristas que hayan de enfrentarse a problemas relacionados con el tema de la cláusula penal y sus colindantes.

6. El siguiente trabajo incluido en este número extraordinario es el realizado por el profesor británico Hugh Beale. Profesor emérito de Derecho en la Universidad de Warwick, Reino Unido, profesor visitante de la Universidad de Oxford, y honorario de investigación senior en el Harris Manchester College de Oxford. Ha sido profesor invitado en varias universidades, las más recientes en Ámsterdam, Trento, Taiwán y Hong Kong. Fue miembro de la Comisión Lando de Derecho Contractual Europeo, del Comité Coordinador del Grupo de Estudio sobre un Código Civil Europeo, del Equipo que elaboró el Proyecto de Marco Común de Referencia y el Grupo de Expertos sobre la propuesta de Ley Común Europea de Compraventa. Fundador del *European Law Institute* (ELI) y miembro de su Comité científico, es el editor general de la obra más destacada sobre derecho contractual inglés, *Chitty on Contracts*. Comisionado Jurídico para Inglaterra y Gales, responsable del Equipo de Derecho Comercial y Consuetudinario, es uno de los grandes expertos sobre derecho contractual europeo y comparado.

El Pr. Beale, reflexiona aquí, desde la perspectiva que le proporciona su origen, acerca de las similitudes y diferencias sobre el Derecho contractual en los grandes sistemas de nuestro entorno. Para delimitar el objeto de estudio, centra el ámbito de comparación en el «Derecho contractual general», dejando fuera sectores como los contratos de consumo o de trabajo que complicarían el discurso en exceso.

La afirmación de partida del Pr. Beale es que los ordenamientos de *common law*, los «napoleónicos», los influidos por el Código Civil alemán y los escandinavos tienen mucho en común y a menudo llegan a resultados similares. Sin embargo, en una serie de temas clave, los resultados difieren de modo muy patente. Apunta las diferencias entre el Derecho inglés y el alemán sobre la responsabilidad por ruptura de las negociaciones, el reconocimiento del fraude por silencio (dolo omisivo), los controles sobre la equidad sustantiva de las cláusulas que no fueron negociadas en un contrato, el remedio del cumplimiento específico, o sobre el principio de buena fe, en el que más adelante se detendrá.

Reconoce la influencia de la doctrina y los conceptos continentales en los sistemas del *common law* del siglo XIX, citando como ejemplos importados por los autores ingleses la teoría de la oferta y la aceptación o el requisito de la previsibilidad de los daños contractuales indemnizables, ambos procedentes de Pothier. Menciona asimismo la doctrina del error común y de la *frustration*, con origen en el Derecho romano y recogida en algunos casos ingleses muy relevantes. Sin embargo, advierte al lector de que este tipo de trasplantes jurídicos pueden ser, en realidad, falsos amigos, puesto que la comprensión y el alcance de los términos importados con frecuencia son, como el autor demuestra, diferentes de los originales.

Aunque selecciona varios ejemplos, muestra como paradigma relativamente reciente e importante el caso del principio de la buena fe, de procedencia continental y que hoy parece aceptado en el Derecho de Inglaterra, Gales o Canadá, aunque lo haya sido con diferente alcance. y con un impacto más débil que en los sistemas de origen.

El principio de buena fe sirve al autor para avanzar una nueva idea: en Derecho alemán la cláusula general de buena fe ha tenido un gran potencial creador, siendo utilizada por los tribunales para dar solución de situaciones no previstas en el texto legal, como el control de las cláusulas no negociadas o el *positive Vertragverletzung*, hoy ya codificados. En contraste, este poder creador de la cláusula general resulta innecesario en los sistemas de *common law*, en los que los tribunales tienen un poder inherente para desarrollar nuevas doctrinas que resuelvan problemas nuevos, aunque reconoce que existen situaciones en las que es ineludible la intervención del poder legislativo. Con todo, el Pr. Beale pone en evidencia la distinta manera en la que un juez inglés se

enfrenta al principio de buena fe, en contraste, por ejemplo, con uno alemán, pero también observa diferencias entre ordenamientos continentales, es decir, dentro de la misma familia. En definitiva, considera el autor que una nueva variable a considerar para buscar diferencias entre sistemas es el grado en el que cada ordenamiento emplea las cláusulas generales.

Para ejemplificar otra diferencia llamativa, menciona la doctrina del cambio de circunstancias, reconocida en Alemania durante décadas e incorporada hoy al BGB y a muchos otros códigos civiles, además de a la jurisprudencia de otros ordenamientos como el español. La figura es aplicada de modo muy restrictivo por los tribunales alemanes; por contraste, relata un famoso caso de Taiwan, cuyo sistema tomó la figura del Derecho alemán a través del Código japonés, en el que su reconocimiento es mucho más generoso.

Otro de los puntos donde el Pr Beale observa diferencias es el del arbitraje como mecanismo de resolución de los conflictos contractuales alternativo al judicial. Advierte de que este mecanismo alternativo implica también, frecuentemente, una disciplina alternativa, muchas veces procedente de entidades reguladoras, lo que supone una alteración de las reglas aplicables, poniendo algunos ejemplos extraídos del Derecho inglés.

Muy interesante es el análisis que hace el autor británico sobre la diferente naturaleza (más bien, estructura o redacción) de los contratos anglosajones (largos y detallados, los contratos ingleses y americanos) cuando se comparan con los de los países continentales (tradicionalmente más cortos y menos detallados) y cómo ello determina la manera en que la autoridad judicial resuelve el conflicto. El contraste con los contratos japoneses todavía es mayor. Pero incluso en países de tradición anglosajona la estructura contractual difiere en ocasiones. Repare el lector en las explicaciones del autor sobre cómo se encauzan las relaciones a largo plazo entre empresas en distintos países del *common law*. También aborda el impacto en los contratos pendientes de ejecución de las medidas extraordinarias que los ordenamientos adoptan en situaciones de crisis, como guerras o pandemias, con expresa alusión a la crisis Covid-19, mostrando las analogías y diferencias y el grado en el que en los distintos ordenamientos se tuvieron en cuenta los intereses de las partes.

Aunque cita otras variables que pueden causar diferencias entre los distintos Derechos de contratos, se detiene en un punto que considera especialmente complejo: analizar cómo opera el contrato en la práctica en unos u otros ordenamientos. Desde su particular perspectiva, muestra como los operadores ingleses no apelan ni se apoyan en el contrato celebrado entre ellos, sino en la confianza de que la actuación del otro será

la esperada porque solo así podrá seguir realizando su actividad económica; por el contrario, los operadores alemanes se apoyan y apelan continuamente al contrato como mecanismo de reforzamiento de su mutua confianza. A su juicio, conviene detenerse a pensar sobre la medida en que las partes confían en la ley, pues tiene la impresión de que hay considerables variaciones entre unos lugares y otros.

Trata de detectar las líneas conductoras de la diversidad entre ordenamientos. Sugiere determinadas ideas filosóficas, como la teoría de la voluntad, presente en los sistemas continentales y ausente en el *common law*. Asimismo, los diferentes modos de actuar en la práctica, las diferencias económicas o de actitudes sociales, el menor o mayor intervencionismo judicial en el contrato o, finalmente, los tipos de casos que suelen llegar a unos y otros tribunales y que son distintos según el sistema de referencia.

El Pr. Beale reconoce que en su trabajo se hace más preguntas que respuestas ofrece. Pero, como el mismo apunta, si las preguntas son las atinadas, como es el caso, ayudarán a comprender mejor los ordenamientos vecinos y a tomar conciencia de cuándo y cómo pueden servir aquellos para mejorar el propio.

**7.** La última contribución que les presento es la del profesor Rainer Schulze y lleva por título «El Código Civil en la era digital: tradición e innovación en el Derecho alemán de obligaciones». Es uno de los grandes civilistas alemanes de las últimas décadas, doctorado en la Universidad de Frankfurt y Catedrático de Derecho civil, Historia del Derecho y Derecho europeo en Trier y Münster. Buen conocedor tanto del Derecho civil español, como de la lengua de nuestro país, es miembro de honor de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Es miembro fundador del *European Law Institute* (ELI), uno de los grandes especialistas en Derecho contractual europeo y coeditor de las varias revistas jurídicas del máximo prestigio.

El trabajo del Pr. Schulze aborda una preocupación recurrente entre los juristas de nuestros días: la necesidad de regular las nuevas realidades surgidas de los avances tecnológicos y, en particular, de la era digital. Obliga además a preguntarse por el modo de hacerlo, lo cual, al menos en el contexto continental, plantea el clásico dilema entre acometerlo en la legislación especial y código civil (o código de consumo, en su caso).

El tema se ha planteado en Alemania a raíz de la trasposición de las llamadas «Directivas gemelas», relativas a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, la primera, y a los contratos de compraventa de bienes, la otra, siempre en el ámbito de los contratos con consumidores. El legislador alemán decidió integrar las normas de transposición de ambas directivas en BGB como medio para modernizar el

Derecho de obligaciones alemán; sobre el significado de esta decisión y el contenido introducido versa esta aportación del Pr. Schulze.

Al trasponer las directivas gemelas el legislador alemán ha seguido idéntico camino que en la Ley de Modernización de 2002: inserción en el BGB y ampliación del ámbito de aplicación de las nuevas disposiciones procedentes de la Directiva de compraventa de bienes más allá de lo exigido por el legislador europeo; paradigmáticamente, se generalizan para todos los contratos, con independencia de la condición de las partes, las disposiciones de la Directiva citada relativas a los criterios de la conformidad y a los derechos del comprador en caso de falta de conformidad. No se sigue, sin embargo, esta opción en el caso de la otra Directiva, pues no se ha producido una transposición extendida de la Directiva de contenidos digitales, con lo que, por ejemplo, el Derecho alemán sigue careciendo de una definición jurídica de los derechos y obligaciones de los contratos de suministro de productos digitales si el cliente no es un consumidor.

La decisión de integración en el BGB de las directivas mencionadas, con uno u otro alcance, ha tenido consecuencias adicionales, pues no ha sido un mero añadido al Código preexistente, sino un encaje en su sistemática de los nuevos contenidos derivados de las directivas europeas que además contribuye a desarrollar esa misma sistemática. Con las disposiciones que transponen las directivas gemelas, el legislador alemán ha respetado la división pandectística entre la Parte General y la Parte Especial del Derecho de obligaciones. Ha insertado la mayoría de las disposiciones de transposición de la Directiva de contenidos digitales en la Parte General del Derecho de obligaciones, con lo que extiende su ámbito de aplicación a varios tipos contractuales. En cambio, la trasposición de la Directiva de compraventa de bienes se ha hecho en la Parte Especial del Derecho de obligaciones, en concreto, en el título sobre compraventa: unas normas se han incluido en sus disposiciones generales, aplicables a todas las compraventas, y otras en un nuevo subtítulo de la parte especial, cuando la norma únicamente se aplica a las compraventas de consumo.

Este modo de proceder ha supuesto la inserción en el BGB de nuevos términos, normalmente procedentes de las propias directivas europeas, aunque a veces el legislador alemán ha introducido sus propias variantes o matices. Todo ello representa, en palabras del autor, una considerable ampliación del arsenal conceptual de las nuevas materias reguladas en el BGB.

El Pr. Schulze explica algunas innovaciones como ejemplos de los cambios sustanciales asociados a esta ampliación de la terminología propia de la era digital. Al respecto, se detiene sobre la formulación del criterio de conformidad, la introducción en sede de compraventa de obligaciones de actualización, la extensión de la responsabilidad del

del vendedor por la conformidad con el contrato más allá de entrega del bien en caso de productos digitales y bienes con elementos digitales o la objetivación del propio concepto de conformidad con el contrato y la acumulación de la exigencia de cumplimiento de los criterios objetivos y subjetivos de conformidad.

Aborda el modo en el que el legislador alemán ha elaborado las normas relativas a los remedios (medidas correctoras, en su terminología), yendo más allá de los exigido en las dos directivas que se trasponen para dar mayor coherencia al sistema interno. Así, se ha introducido para los contratos de productos digitales el término *Vertragsbeendigung* (terminación de contrato), que sirve ahora como concepto genérico para situaciones que antes se designaban y regulaban por separado: la resolución conforme (*Rücktritt*) y la denuncia de contratos con obligaciones continuadas (*Kündigung*). También se establece un nuevo régimen de restitución tras la resolución de los contratos, adaptando las reglas tradicionales a las exigencias de la era digital y, en particular, al comercio con datos. En principio se trata de disposiciones directamente aplicables solo a los contratos de consumo de productos digitales, si bien, a juicio del autor, es probable que la práctica contractual haga uso de este acervo conceptual más allá de estos contratos y del propio Derecho de consumo. Por su parte, el remedio de la reducción del precio se ha insertado en el Derecho de obligaciones general; únicamente reglado para productos digitales, plantea similares probabilidades de generalización.

Finalmente el autor analiza otras normas introducidas en el BGB de más que probable impacto para el futuro Derecho de obligaciones y contratos en general, como el reconocimiento de los datos personales como contraprestación, las modificaciones que desarrollan nuevas versiones de los productos digitales o las consecuencias contractuales de la retirada del consentimiento para el tratamiento de los datos personales, permitida por las normas imperativas de protección de datos pero hasta ahora bastante huérfana de reglas sobre sus efectos en el contrato. La solución alemana ha sido la de mantener la validez del contrato y excluir la posibilidad de que el empresario pueda reclamar indemnización, lo que garantiza que el consumidor pueda ejercitar, si lo desea, su derecho de retirada, aunque se permita en determinados supuestos la resolución contractual por parte del empresario.

En definitiva, el Pr. Schulze muestra como la decisión el legislador alemán de integrar en el BGB normas específicas de la era digital no solo ha modernizado su contenido, sino también ha influido en la estructura y en el bagaje conceptual del Código. El autor ve probable que se siga caminando por esta vía en la futura adaptación de las normas del BGB a las nuevas modalidades contractuales y los nuevos riesgos en materia de formación del contrato, enriquecimiento injustificado o responsabilidad por daños causados por productos novedosos. Con todo, reconoce que un código civil es como un

«petrolero pesado» que sólo puede maniobrar lentamente y que, probablemente, su modernización ha de correr paralela a una europeización, a menos parcial, en el Derecho contractual de los Estados miembros en la era digital.

De nuevo, estamos ante un trabajo de un gran maestro, que plantea problemas y retos que son comunes a todos los ordenamientos del entorno, y que moverán a cualquier lector a la reflexión y a cuestionarse el futuro de su propio Derecho contractual.

**8.** Con seguridad, me he alargado en exceso en esta presentación. Lo verdaderamente interesante en adentrarse en los cuartos que vienen a continuación, los que han creado estos excelsos juristas, maestros y referentes de varias generaciones, a quienes, de nuevo, quiero mostrar, en nombre de la *Revista de Derecho Civil*, una sincera gratitud.

*María Paz García Rubio*