

ROSA BARCELÓ COMPTE

**VENTAJA INJUSTA Y PROTECCIÓN
DE LA PARTE DÉBIL DEL CONTRATO**

Prólogo de
Gemma Rubio Gimeno

Colegio Notarial de Cataluña

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2019

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS	13
PRÓLOGO	15
INTRODUCCIÓN	19
CAPÍTULO I. LA JUSTICIA CONTRACTUAL EN EL DERECHO PRIVADO EUROPEO COMO CONDICIONANTE NORMATIVO	23
1. LA EQUIDAD EN EL DERECHO DE LOS CONTRATOS: LA PROTECCIÓN DE LA PARTE DÉBIL DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO	23
1.1. La dimensión política del Derecho de contratos	23
1.2. La perspectiva rawlsiana de la protección de la parte débil	33
1.2.1. El Derecho de contratos como parte de la estructura básica de la sociedad	35
1.2.2. La función distributiva del Derecho de contratos	39
1.3. La protección situacional de la parte débil: más allá de la categoría de consumidor.....	42
1.3.1. La constitucionalización de las normas de Derecho privado o <i>Drittwirkung</i>	49
1.3.2. La buena fe como principio de justicia contractual.....	56
1.3.3. La moral y la protección de la parte débil de la contratación.....	60
2. LA PROTECCIÓN DE LA PARTE DÉBIL COMO PRINCIPIO DEL DERECHO DE CONTRATOS: HACIA UN DERECHO CONTRACTUAL MÁS JUSTO	61
2.1. El consumidor como paradigma de parte débil en el Derecho comunitario	62
2.2. La protección de la parte débil en contextos asimétricos	67
3. LA IMPORTANCIA DEL CONTROL DEL PRECIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.....	74

	Pág.
4. LA DISTINCIÓN ENTRE JUSTICIA SUSTANTIVA Y JUSTICIA PROCEDIMENTAL	76
CAPÍTULO II. DE LA EXCESIVA DESPROPORCIÓN A LA VENTAJA INJUSTA. EL CONTROL DE LA JUSTICIA PROCEDIMENTAL EN EL DERECHO DE CONTRATOS	81
1. LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO INICIAL DEL CONTRATO: LA <i>GROSS DISPARITY</i> O EXCESIVA DESPROPORCIÓN	81
1.1. La <i>gross disparity</i> como expresión de justicia procedimental y sustantiva	81
1.2. Caracterización de la excesiva desproporción	89
1.2.1. La injusticia sustantiva.....	90
1.2.2. La injusticia procedimental: elementos subjetivos de la parte perjudicada y de la beneficiada	107
2. HACIA UN INSTRUMENTO DE CONTROL DE LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO NEGOCIAL: DE LA LESIÓN ECONÓMICA AL VICIO DE LA VOLUNTAD.....	127
2.1. La institución de la violencia económica como un instrumento de justicia contractual	128
2.2. El estado de necesidad y la situación de dependencia económica como expresión de violencia económica en el art. 1143 <i>Code</i>	130
2.3. La expansión de los conceptos de violencia e intimidación del CCE como instrumento de reequilibrio económico del contrato...	136
2.4. Las propuestas de modernización del Derecho de contratos español.....	140
3. LA VENTAJA INJUSTA COMO INSTITUCIÓN AUTÓNOMA DE PROTECCIÓN DE LA PARTE DÉBIL.....	143
3.1. La naturaleza jurídica de la ventaja injusta: entre la justicia procedimental y la sustantiva	143
3.2. Ventaja injusta como vicio negocial: entre un vicio del consentimiento y un vicio de la causa	149
CAPÍTULO III. DINÁMICA DE LA VENTAJA INJUSTA.....	155
1. ¿LA CAUSA ONEROSA COMO JUSTIFICACIÓN Y ÚNICO SUPUESTO DE APLICACIÓN DE LA VENTAJA INJUSTA?	155
2. FIGURA LESIONARIA Y PRESUNCIÓN DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA INSTITUCIÓN	159
3. EL SUJETO PROTEGIDO: LA PARTE CONTRACTUALMENTE MÁS DÉBIL	162
3.1. Legitimación simétrica para el ejercicio de la acción	162
3.2. Parte contractualmente más débil.....	163
4. LA VENTAJA INJUSTA Y LA CONTRATACIÓN CONSCIENTE: ESPECIAL REFERENCIA A LA CONTRATACIÓN CON CONSUMIDORES...	167

	Pág.
4.1. Dolo incidental y ventaja injusta en casos de infracción de los deberes informativos	167
4.2. La ventaja injusta y la protección de la autonomía sobre el contenido contractual: el art. 621-45.2 CCCat.	173
5. VENTAJA INJUSTA E INEFICACIA DEL CONTRATO.....	177
5.1. Justicia procedimental y régimen de la anulabilidad.....	178
5.2. Justicia sustantiva y acción rescisoria.....	181
5.3. Características de la acción.....	182
5.3.1. Lesión <i>ab initio</i>	182
5.3.2. Contratos válidamente celebrados.....	183
5.3.3. Efectos de la acción rescisoria.....	183
5.3.4. Remedio subsidiario y extraordinario.....	185
5.3.5. Remedio de protección de la parte débil del contrato.....	187
5.3.6. Acción personal	187
5.3.7. Caducidad de la acción	188
5.3.8. Renuncia	190
 CAPÍTULO IV. REMEDIOS PREVISTOS EN LOS SUPUESTOS DE VENTAJA INJUSTA.....	 191
1. LA REVISIÓN DE LOS CONTRATOS EN LOS SUPUESTOS DE DESEQUILIBRIO PATRIMONIAL.....	191
1.1. La revisión del contrato en los supuestos de alteración sobrevenida de las circunstancias.....	192
1.2. Revisión del contrato en los casos de ventaja injusta.....	201
2. EL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DEL CONTRATO Y SU FUNCIÓN INTEGRADORA.....	202
3. LA RENEGOCIACIÓN DEL CONTRATO ENTRE LAS PARTES.....	204
3.1. Características y contenido del deber de renegociación	209
3.2. ¿Deber de aceptar una propuesta justa y razonable?	210
4. LA ADAPTACIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO	213
4.1. Legitimación para solicitar la adaptación.....	215
4.2. Condicionamientos procesales de la acción.....	219
4.3. La adaptación judicial del contrato: límites.....	224
4.4. ¿Tuición paternalista reducida a la mínima expresión?.....	229
5. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO.....	233
 BIBLIOGRAFÍA.....	 237

PRÓLOGO

La orientación política del Derecho condiciona, sin duda, la acción de cualquier legislador. Ello siempre ha resultado obvio en el ámbito del Derecho de la persona o de la familia, pero dicho condicionamiento es igualmente aplicable al Derecho patrimonial y en particular al Derecho de los contratos. Lo señalado se hace evidente en instituciones como la que es objeto de la obra que se prologa sobre la ventaja injusta y la protección de la parte débil del contrato. Ciertamente, se trata de una institución de gran interés científico y práctico, situada a medio camino entre los remedios propios de la justicia sustantiva —rescisión por lesión— y la justicia procedimental —vicios del consentimiento—, fruto de la labor armonizadora del Derecho contractual europeo. La regulación de la ventaja injusta permite construir un paradigma de protección de la parte débil del contrato mediante una abstracción de aplicación general que supera la protección situacional de las relaciones de consumo.

El interés descrito motivó la elección del tema centrado en el estudio de la nueva regulación contenida en los arts. 621-45 a 621-48 del Código civil de Cataluña, pero la particular aproximación al mismo, por iniciativa de la Dra. Rosa Barceló, surgió a raíz de su estancia en la Universidad de Utrecht bajo la valiosísima mentoría del profesor Ewoud Hondius; la misma le permitió entrar en contacto con la actividad investigadora del Centre for the Study of European Contract Law, adscrito a la Universidad de Ámsterdam y dirigido por el profesor Martijn W. Hesselink, y establecer relación con destacados investigadores del centro, como la profesora Chantal Mak que posteriormente formaría parte de la Comisión que evaluó la tesis doctoral de la Dra. Barceló. Todo ello revistió su investigación de un punto de vista distinto y logró la originalidad que debe exigirse a un trabajo doctoral.

El trabajo que se prologa es, pues, en esencia, el resultado de la tesis doctoral que la Dra. Rosa Barceló presentó y defendió el 17 de septiembre de 2018 ante la Comisión, de altísimo nivel académico, formada por los profesores Miquel Martí-Casals (Universidad de Girona), Pere del Pozo Carrascosa (Universidad de Barcelona) y Chantal Mak (Universidad de Ámsterdam). La tesis obtuvo la máxima calificación del tribunal y posteriormente ha sido reconocida con el premio extraordinario de doctorado de la Universidad de Barcelona. Dirigir la tesis de la profesora Barceló ha sido, indudablemente, una

de las mejores y más enriquecedoras experiencias de mi carrera universitaria y el vínculo personal y académico que hemos creado y fortalecido a lo largo de los años que ha exigido su elaboración, hace manifiestamente desequilibrado a mi favor el acuerdo al que llegamos en su día para desempeñar aquella dirección.

La obra que se presenta es una obra ambiciosa, ejecutada con gran rigor científico, que aborda un tema nuevo y complejo y que pone de relieve el compromiso académico de la autora. El trabajo se sostiene sobre un enorme aparato bibliográfico y un estudio comparado manejado con gran acierto al servicio de una magnífica construcción a lo largo de los cuatro capítulos que contiene el trabajo —cinco en la tesis original—.

En el primer capítulo de la monografía, la autora introduce la teoría de la justicia elaborada por Rawls. La perspectiva rawlsiana de protección de la parte débil permite considerar el Derecho de contratos como parte de la estructura básica de la sociedad. El objetivo de la estructura básica es establecer un marco de justicia y, por tanto, es inherente a ella cualquier institución que pueda contribuir a conformar dicho marco. Ello da pie a la Dra. Barceló a cuestionar el carácter meramente técnico y amoral del Derecho de los contratos y defender normas más flexibles y comprometidas con las demandas del entorno social orientadas a un Derecho contractual más justo.

En el segundo capítulo se incide en la mencionada distinción entre justicia sustantiva y justicia procedimental y se estudian los elementos objetivo —desequilibrio económico— y subjetivos —la situación de debilidad de una parte contractual y el aprovechamiento de esa situación por la otra— que conforman los presupuestos de la institución de la ventaja injusta. Se propone en ese ámbito y con el fin de limitar el margen de la discrecionalidad judicial en la aplicación de la figura, el recurso a un sistema móvil; se pone de relieve la dependencia recíproca entre el elemento objetivo y los elementos subjetivos que caracterizan la figura: si se cumple destacadamente uno de los elementos, por ejemplo, el que atañe a los elementos subjetivos, la exigencia de desproporción económica deberá ser menor y viceversa. El sistema debería sostenerse sobre un juego de presunciones que actualmente la norma no recoge, por cuyo motivo la autora plantea la necesidad de una reforma legal que ajuste bien la institución. A su vez, se pone en relación la ventaja injusta con otras figuras reequilibradoras de la asimetría contractual como la alteración sobrevinida de las circunstancias, junto a cuya regulación futura debería encajarse la ordenación de la ventaja injusta.

En el tercer capítulo, la autora aborda la dinámica del ejercicio de la acción por ventaja injusta al amparo del art. 621-45 CCCat y resuelve las cuestiones relativas a la legitimación procesal, la naturaleza de la acción, su caducidad y su posible renuncia. Destaca también en este capítulo la similitud existente entre las figuras del dolo incidental y de la ventaja injusta. La celebración de un contrato válido, pero cuyo contenido lesiona los intereses de una de las partes como consecuencia de la violación de deberes precontractuales, permite exigir responsabilidad; se establece, así, una carga de veracidad que se concreta en un deber de información que permita la emisión

de un consentimiento no solo exacto, sino también consciente, y que redunde, por tanto, en la celebración de un contrato equilibrado. La introducción de la ventaja injusta en el texto catalán se orienta decididamente a la protección de la parte débil, más allá de la protección del consumidor, pero atiende también a esta protección al extender el régimen de las cláusulas abusivas con independencia de si estas han sido negociadas individualmente o no.

En el último capítulo del trabajo la autora se ocupa de los remedios previstos por el legislador en caso de ventaja injusta —rescisión o adaptación del contrato— y entiende que no resulta adecuada la restricción impuesta normativamente al remedio de la adaptación, que solo puede solicitar la parte perjudicada y no, en cambio, la beneficiada por el contrato. A su vez, la parte beneficiada por el contrato, ante la pretensión de adaptación de la parte perjudicada, debería poder optar por la rescisión del negocio, sin que pueda imponérsele un reequilibrio contractual de las prestaciones que no cuente con su consentimiento. El estudio acerca de la adaptación del contrato y del delicado encaje de la actuación judicial en este caso exige, además, profundizar en las características e implicaciones del deber de renegociación que precede a dicha actuación.

Las cualidades que exhibe el trabajo que se prologa me llevan a lamentar que en los últimos tiempos, tras la aprobación de las actuales leyes de universidad, se haya optado por promocionar un modelo de investigador más individualista que, en clave estratégica, construye su carrera universitaria anticipando las objeciones, a veces más formales que materiales, que va a tener que sortear en las distintas acreditaciones que deberá superar. Se dirá, y compartiré, que la nuestra ha sido siempre una carrera exigente, solitaria y hasta cierto punto intelectualmente obsesiva, pero ahora aprecio una parcial desconexión entre el interés científico y el resultado al que se debe aspirar y obtener para lograr una dedicación profesional a la carrera universitaria. Probablemente esa desconexión, como la misma precariedad laboral con la que se quiere estimular la producción científica, pueda reconocerse en muchos otros ámbitos profesionales, en realidad y tristemente, en casi todos. Supongo que me apena más en el ámbito universitario, precisamente porque la ambición del conocimiento científico debería preservar una pureza y una integridad que son ya ajenas a cualquier contexto.

Más allá de estas consideraciones, una enorme dificultad lo ha impregnado todo y no tengo la sensación de que ello se haya debido a una apuesta tajante por la excelencia, pues grandes obras de referencia para cualquier civilista no tendrían hoy cabida siquiera por el tiempo y la reflexión que requirió su elaboración y que no sería en modo alguno compatible con la publicación compulsiva que se exige al joven y no tan joven investigador. Tal vez la realización de una tesis de las características de la que se presenta sea en la actualidad uno de los pocos espacios para el desarrollo de un trabajo científico de esa naturaleza y alcance. La referida dificultad ha lastrado en los últimos años la trayectoria científica de los investigadores jóvenes, cuyo talento y dedicación no resulta nunca suficiente. Quiero creer que volverá a ser posible desarrollar carrera universitaria con razonable fluidez, y que personas como Rosa Barceló, brillantes, comprometidas y que entienden

perfectamente aquello que exige y distingue la profesión académica, tienen y tendrán cabida en ella.

Releía estos días el prólogo que el profesor Carlos J. Maluquer de Motes escribió para mi primera monografía en 1995. Decía: «Cuando ya vencido en parte por el cansancio, observo estos últimos diez años de estudio, trabajo y lucha y constato la solidez y la continuidad natural del grupo, pienso con satisfacción que la Universidad será siempre la institución más universal, más enriquecedora y más agradecida». Comparto, sin duda, como se apreciará en este texto, su cansancio y abatimiento, pero gracias a Rosa y a su empeño por dar sentido a la continuidad natural que mencionaba Carlos, también reconozco el privilegio que supone, a pesar de todas las dificultades, nuestra tarea universitaria. Y en relación con el grupo investigador, no puedo dejar de mencionar a mis dos compañeras excepcionales, la Dra. Maria Rosa Llácer, a quien añoramos cada día desde que en 2015 murió tan repentinamente y nos sumió en el desamparo, y a la Dra. Mariló Gramunt, cuya generosidad no deja nunca de impresionarme. Ambas estuvieron y han estado siempre ahí, implicadas en los logros ajenos, como la tesis de la Dra. Barceló, simplemente por sentido del grupo, sin obtener ningún rendimiento profesional a cambio, y combatiendo, con su actitud, ese individualismo que nos aísla y al que antes me refería.

Termino estas líneas expresando mi sincero agradecimiento al Colegio de Notarios de Cataluña por haber facilitado la publicación de la obra de la profesora Barceló y por su constante labor en la promoción del estudio del Derecho civil catalán.

*Dra. Gemma RUBIO GIMENO
Barcelona, 31 de octubre de 2019*

INTRODUCCIÓN

El legislador catalán, en 2017, al aprobar el Libro Sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto, mediante la Ley 3/2017, de 15 de febrero, ha introducido la institución de la ventaja injusta y ha generalizado la antigua doctrina de la *laesio enormis* contenida en la Compilación del Derecho civil de Cataluña¹.

La regulación se ha planteado incorporando una base subjetiva a la misma, con el fin de evitar casos claros de abuso de una de las partes sobre la otra y permitiendo, asimismo, el reequilibrio entre las prestaciones por ellas intercambiadas. Por otra parte, el mantenimiento de la lesión en más de la mitad en el Código civil de Cataluña da respuesta a los supuestos de grave desequilibrio de las prestaciones². El objeto de nuestra investigación es la norma de índole subjetiva, que se ha inspirado de manera muy clara en los textos internacionales y armonizadores del Derecho contractual europeo (PICC, PECL y DCFR). Estos establecen una institución que describe un peculiar enfoque ya que aún en una misma figura aspectos relativos a la justicia sustantiva del contrato, promoviendo un contenido justo, así como cuestiones cercanas a la jus-

¹ El art. 621-45 CCCat incluye la regulación general de la figura de la ventaja injusta: «1. El contrato de compraventa y los otros de carácter oneroso pueden rescindirse si, en el momento de la conclusión del contrato, una de las partes dependía de la otra o mantenía con ella una relación especial de confianza, estaba en una situación de vulnerabilidad económica o de necesidad imperiosa, era incapaz de prever las consecuencias de sus actos, manifiestamente ignorante o manifiestamente carente de experiencia, y la otra parte conocía o debía conocer esta situación, se aprovechó de ello y obtuvo un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta. 2. En la compraventa de consumo, el contrato puede rescindirse, además de por los motivos a que se refiere el apartado 1, si ocasiona en los derechos y obligaciones de las partes un grave desequilibrio en perjuicio del consumidor, contrario a las exigencias de la buena fe y la honradez de tratos». Asimismo, la regulación contenida en el art. 621-46 CCCat, relativa a la lesión en más de la mitad, establece que: «1. El contrato de compraventa y los demás de carácter oneroso pueden rescindirse si la parte perjudicada prueba que, en el momento de la conclusión del contrato, el valor de mercado de la prestación que recibe es inferior a la mitad del valor de mercado de la prestación que realiza. 2. En el caso a que se refiere el apartado 1, la otra parte puede oponer que el pretendido desequilibrio se justifica en el riesgo contractual propio de los contratos aleatorios o en la existencia de una causa gratuita. 3. En los supuestos de opción de compra, el desequilibrio a que se refiere el apartado 1 debe existir en el momento en que se pacta la opción».

² Véase el Preámbulo de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, párrafo 23.

ticia procedimental, que abogan por la emisión de un consentimiento libre, exacto y consciente³.

Precisamente la institución histórica de la rescisión por lesión generó controversias que ya fueron ampliamente expuestas por la doctrina, poniendo de manifiesto la conveniencia de incorporar una base subjetiva a la regulación⁴. En este sentido, cabe constatar que la figura ha sido parcialmente corregida en la reformulación que ha dado de ella la norma catalana contenida en el Libro Sexto; el mantenimiento de la lesión en más de la mitad recoge la necesidad de contribuir jurídicamente a la creación de escenarios que permitan un equilibrio significativo del contenido del contrato. Esa sensibilidad preside el nuevo planteamiento relativo a la figura lesionaria y la configuración de la nueva institución de la ventaja injusta, acogidas sistemáticamente en el mismo título normativo del Código civil de Cataluña⁵. Esta configuración subjetiva es, además, el punto de partida del que parten la mayoría de construcciones normativas comparadas sobre la figura⁶.

La previsión del legislador catalán relativa a la ventaja injusta refrenda la voluntad de preservar la máxima simetría negocial entre los contratantes, encauzando, así, una regulación que se transforma en un instrumento de justicia contractual⁷, que se asienta como norma destinada a la protección de la parte débil. Así pues, la protección del contratante débil se contempla doctrinalmente como un principio del Derecho de contratos contemporáneo que emerge como contrapeso al de la libertad contractual, paradigma de la codificación decimonónica⁸. Ello nos permite poner de manifiesto la dimensión política del Derecho de contratos que motivó la iniciativa fallida de lograr un Código civil compartido entre todos los Estados miembros de la Unión Europea⁹. Paralelamente, la refacción de los códigos civiles de los Estados o las codificaciones de nuevo cuño incorporan previsiones normativas que evidencian la moralización de las relaciones privadas: ello se aprecia en la incorporación de la ya aludida ventaja o explotación injusta, y también mediante la previsión normativa de la alteración sobrevenida de las circunstancias (*hardship*) o

³ M. J. BONNELL, *An international Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Irvington-New York, Transnational Juris Publications, Inc., 1994, pp. 162-168.

⁴ M. MARTÍN CASALS, «Perspectives de futur de la rescissió per lesió ultra dimidium», en ÀREA DE DRET CIVIL (COORD.), Universitat de Girona, *El futur del Dret Patrimonial a Catalunya*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 173-174 y 179-202.

⁵ La rúbrica que establece ambas figuras se encuentra en la subsección sexta: Ventaja injusta y lesión en más de la mitad.

⁶ Especialmente, las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo (art. 4:109 PECL y art. II.-7:207 DCFR).

⁷ Al respecto, véase H. COLLINS, «La giustizia contrattuale in Europa», *Rivista Critica di Diritto Privato*, 2003, p. 678.

⁸ E. HONDIUS, «The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis», *Journal of Consumer Policy*, 27, 2004, p. 246.

⁹ C. MAK, *Fundamental rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008, pp. 174-176.

en la proyección de la buena fe como principio general del ordenamiento jurídico¹⁰.

En cuanto a los remedios señalados por la institución de la ventaja injusta, la regulación proyecta su tuición mediante la adaptación del contrato por el juez como medio preferible a su rescisión; dicha opción permite salvar el contrato y es la elegida por la mayoría de ordenamientos y propuestas que la contienen¹¹.

La previsión legislativa relativa a la ventaja injusta permitirá a los operadores jurídicos disponer de una norma ambiciosa que pueda dar respuesta a situaciones que hayan dado lugar a un contrato inicuo para una de las partes y que se puedan plantear como una infracción de un deber de información precontractual y ofrecer protección en aquellas circunstancias que se sitúan más allá de un vicio en el consentimiento, reportando un beneficio excesivo a una de las partes, a quien se reprocha un conocimiento efectivo o inexcusable de la situación en la que se encontraba la otra parte, contractualmente más débil.

Esta constatación desvela la potencialidad de una institución que permite recuperar el equilibrio económico al que tienden los contratos estructuralmente onerosos y construir, a su vez, un escenario ideal en que la emisión del consentimiento responda a un proceso reflexivo.

El método comparativo ha resultado fundamental en nuestra actividad investigadora al permitirnos apreciar los planteamientos señalados por los textos y propuestas internacionales inspiradores de la norma catalana, así como las distintas formulaciones académicas y construcciones normativas de nuestro entorno que regulan figuras afines a la ventaja injusta. Ello ha sido de gran utilidad para tomar conciencia de la relevancia normativa de la figura y para abordar el análisis fundamental del contenido y funcionalidad de la misma.

En nuestro contexto geográfico inmediato, la atención que ha despertado la institución muestra perspectivas de política legislativa claramente contrapuestas; mientras el legislador catalán ha regulado la figura en clave renovadora respecto la rescisión por lesión objetiva de la Compilación, manteniendo de momento esta última figura, el legislador estatal, dado el corte aún absolutamente liberal del Código civil español, que carece de una figura de control de la justicia del intercambio, ha omitido cualquier intento decidido de darle cabida.

El trabajo que hemos elaborado y que sometemos a su consideración analiza todos estos aspectos con relación a un instrumento que resulta un mecanismo general de protección de la parte débil en el contrato.

¹⁰ B. LURGER, «The Social Side of Contract Law and the New Principle of Regard and Fairness», en A. HARTKAMP, M. J. HESSELINK, E. HONDIUS, C. MAK y E. DU PERRON, *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, pp. 365-366.

¹¹ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), C. VON BAR y E. CLIVE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. DCFR Full Edition*, Munich, Sellier: European law publishers, 2009, p. 509.

CAPÍTULO I

LA JUSTICIA CONTRACTUAL EN EL DERECHO PRIVADO EUROPEO COMO CONDICIONANTE NORMATIVO

1. LA EQUIDAD EN EL DERECHO DE LOS CONTRATOS: LA PROTECCIÓN DE LA PARTE DÉBIL DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO

La protección de la parte débil del *iter* contractual se ha visto promovida por el Derecho contractual europeo a raíz del desencanto social y económico del momento, que ha cuestionado el marco de la libertad contractual y que defiende un nuevo humanismo contractual, que concibe el contrato como un instrumento de promoción de valores tales como la solidaridad o la equidad y que toma en consideración una necesaria conciliación entre la autonomía de la voluntad de las partes y la necesaria protección de los contratantes más débiles¹. En consecuencia, queda cuestionada la concepción del Derecho de contratos como Derecho neutral, ajeno a consideraciones de índole política y meramente técnico.

1.1. La dimensión política del Derecho de contratos

El afán de redactar un Código civil europeo que homogeneizara el derecho contractual de los Estados miembros resultó en una actividad legislativa y doctrinal (el llamado *acquis communautaire* o acervo comunitario) muy intensa en el seno de la Unión Europea a partir de la segunda mitad de la década de los años ochenta². Sin embargo, el sueño de la con-

¹ G. DE CASTRO VÍTORES, «Cláusula penal, contratante débil y principio de buena fe: Acervo contractual europeo y derecho español», en E. BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, Bosch, 2009, p. 570.

² La preparación y elaboración de un Código europeo común de Derecho privado nació a través de la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989, que instaba a dar comienzo a los trabajos de preparación indispensables para elaborarlo y, asimismo, hacía un llamamiento a los Estados miembros para que se manifestaran en relación a ello, cfr. *DOCE*

secución de un Derecho común de contratos a nivel comunitario quedó diluido hacia proyectos menos ambiciosos³. Así, la existencia en el seno de la Unión de regímenes civiles tan dispares como el anglosajón, de creación jurisprudencial, o el europeo continental rebajó las expectativas más estimulantes y logró canalizarse a través de la formulación de una serie de principios, definiciones o reglas, relativas a aspectos comunes a todo el *acervo*, especialmente en materia contractual (Principios de Derecho contractual europeo —PECL— y Marco Común de Referencia —MCR o CFR, por sus siglas en inglés—)⁴. Estos últimos proyectos se han categorizado como un instrumento opcional o *soft law*. Esta idea de principios fue auspiciada por varias comunicaciones emitidas por la Comisión Europea entre los años 2001 y 2004⁵, que dieron lugar, precisamente, al nacimiento del Marco Común de Referencia (MCR). Este se inspiró en el trabajo liderado por el profesor Ole Lando, los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL)⁶ y los «Principes directeurs», diseñados por la *Association Henri Capitant* y la *Société de législation comparée*⁷.

El borrador de Marco Común de Referencia (en adelante, «DCFR», por sus siglas en inglés) dio lugar a una propuesta de instrumento facultativo en el ámbito del Derecho contractual europeo^{8,9,10}.

C 158, de 26 de junio de 1989, pp. 401 y ss. Sin embargo, la idea de un código contractual a nivel europeo había germinado en un ambiente más informal en los años setenta, tal y como se señala en «Cf. the Preface and Introduction to Parts I and II of the PECL», en O. LANDO y H. BEALE (eds.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, The Hague, Kluwer, 2000, p. xi.

³ A pesar del fervor inicial y del soporte del Parlamento Europeo (véase también la Resolución de 6 de mayo de 1994, que establece la necesidad de armonizar determinados sectores del Derecho privado de los Estados miembros, cfr. *DOCE* C 205, de 25 de julio de 1994, pp. 518 y 519), la idea de Código civil europeo no reunió el consenso necesario y, por ello, los miembros de un grupo de académicos liderados por el profesor Ole Lando convergieron en la redacción de unos Principios de Derecho contractual europeo (los PECL), véase O. LANDO y H. BEALE (eds.), *Principles...», op. cit.*; O. LANDO, E. CLIVE, A. PRÜM y R. ZIMMERMANN (eds.), *Principles of European Contract Law, Part III*, The Hague, Kluwer, 2003. Otros proyectos que sucedieron a los PECL fueron el de la Academia de iusprivatistas europeos, *vid.* G. GANDOLFI (coord.), *Code Européen des Contrats, Avant-projet*, Livre Premier, Milano, Guiffre, 2002.

⁴ En relación con el relevo que significó el Marco Común de Referencia (CFR en inglés) para los Principios Lando o Principios de Derecho contractual europeo (PECL), véase el estudio que hace I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Los principios Lando», en E. BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Derecho contractual europeo*, Barcelona, 2009, pp. 166 y ss.

⁵ COM (2001) 398, final, *Sobre Derecho Contractual Europeo*; COM (2003) 68 final, *Un Derecho contractual europeo más coherente. Plan de Acción*; COM (2004) 651 final, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro*; COM (2004) 651 final, *Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas de futuro*. Un estudio sobre la cuestión competencial de elaboración de un código civil a nivel europeo lo encontramos en K. GUTMAN, *The Constitutional Foundations of European Contract Law. A Comparative Analysis*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

⁶ K. GUTMAN, *op. cit.*, p. 149.

⁷ B. FAUVARQUE-COSSON y D. MAZEAUD (eds.), *Terminologie contractuelle commune, Project de cadre commun de référence*, Paris, Société de Législation Comparée, 2008.

⁸ R. SCHULZE y J. STUYCK (eds.), *Towards a European contract law*, Munich, Sellier. European law publishers, 2011, pp. 6 y 9 y ss. La ambición de creación de un mercado único es señalada como la razón principal por la que se hace necesario un Derecho contractual europeo, cfr: V. REIDING, «The Next Steps Towards a European Contract Law for Businesses and Consumers», en R. SCHULZE y J. STUYCK, J. (eds.), *Towards a European...», op. cit.*, 2011, p. 10. Entre otras comunicaciones auspiciadoras de la normativa común de compraventa europea, véase COM (2010)

(Véanse notas 9 y 10 en página siguiente)

Sin embargo, la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL, siglas en inglés)¹¹ no prosperó¹², y la modernización del Derecho de contratos pasa, actualmente, por la integración de la revolución digital en el seno del Derecho contractual¹³.

La inclusión de las nuevas tecnologías como clave para el desarrollo completo del mercado interno y potenciadoras del Mercado Único Digital, factor necesario para el crecimiento económico de la Unión Europea, ha propagado un cambio de orientación del Derecho de contratos en aras a crear y promocionar todo aquello que se relacione con lo digital y que facilite la conectividad portátil¹⁴.

Ante la imposibilidad de conseguir un Código civil europeo o algún instrumento facultativo homogeneizado para los Estados miembros se cuestiona el carácter apolítico o meramente técnico del Derecho contractual¹⁵. El debate promovido por los académicos acerca de un Derecho de contratos que acoja más intensamente la solidaridad que la libertad

348 final, *Libro Verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas*, en la que la Comisión pretendía definir las opciones posibles para reforzar el mercado interior avanzando en materia de Derecho contractual europeo y lanzar una consulta pública sobre las mismas.

⁹ El DCFR fue publicado por la Comisión en mayo de 2011: *A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback* (mayo 2011).

¹⁰ Una explicación pulcra y detallada sobre el tránsito del DCFR al CESL la encontramos en H. BEALE, «The story of EU contract law- from 2011 to 2014», en C. TWIGG-FLESNER, *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Chaltenham-Northampton, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 437 y ss.

¹¹ COM (2011) 635 final, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una normativa común de compraventa europea*.

¹² R. MAŃKO, «Contracts for supply of digital content. A legal analysis of the Commission's proposal for a new directive», *EPRS*, 2016, p. 3. Una explicación sobre el proceso de retirada del CESL puede verse en H. BEALE, *The story...*, *op. cit.*, pp. 461 y ss.

¹³ R. SCHULZE y R. STAUDENMAYER, «Digital revolution. Challenges for contract law», en R. SCHULZE y R. STAUDENMAYER (eds.), *Digital revolution. Challenges for contract law*, 2016, p. 21. Véase también, R. SCHULZE, «The New Shape of European Contract Law», *EuCML 4/2015*, 2015, pp. 139 y ss.

¹⁴ Véase la COM (2015) 192 final, *Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa*. En relación con los retos del Derecho de contratos en un mundo digital, véase, entre otros: R. SCHULZE, «The New Shape of European Contract Law», *EuCML...*, *op. cit.*, p. 139 *in fine*. También, R. SCHULZE y R. STAUDENMAYER, *Digital revolution. Challenges for contract law*, *op. cit.*, pp. 19 y ss. Sobre la relación entre el Derecho contractual europeo y el reto tecnológico-digital, S. GRUNDMANN y P. HACKER, «Digital technology as a challenge to European contract law. From the existing to the future architecture», *ERCL 13(3)*, 2017, pp. 255-293.

¹⁵ El Derecho privado, y el de contratos, en particular, contribuyen, en parte, a una sociedad más o menos justa, en función de cómo este sea diseñado. Por todo, véase M. W. HESSELINK, *CFR&Social Justice*, Munich, sellier. European law publishers, 2008, pp. 43 y ss.: «The vast majority of rules in the DCFR belong to what is usually referred to as "general private law", i. e. the law that does not make a difference between different categories of parties such as consumers and professionals. In contrast to the (usually mandatory) rules in the protection of consumers and other weaker parties whose political nature is uncontroversial general private law, which mainly consists of non-mandatory rules, is still often regarded as fairly technical and unpolitical. Whereas the social (in particular distributive) justice dimension of consumer law is generally acknowledged, it is still often argued that there are no social (as opposed to individual) justice issues involved in general private law. However, this conception fails to acknowledge that also general private law—including non-mandatory rules— can contribute to make a society more or less just, e. g. because of the way

contractual señala el interés político que debería reflejarse en un Código o en un catálogo de principios, que respondiera a un debate democrático sobre el contenido de este^{16,17}. Ello pone de manifiesto cuestiones marcadamente políticas que determinan, pues, que las reglas de Derecho de contratos no son meramente técnicas^{18,19,20}.

En esa línea, el *Manifiesto* promulgado por el *Study Group on Social Justice in European Private Law*²¹ evidenciaba que la armonización del

in which it balances autonomy and solidarity». En un mismo sentido, M. W. HESSELINK, «Five political ideas of European Contract Law», *ERCL 2/2011*, 2011, p. 297.

¹⁶ M. W. HESSELINK, «Democratic contract law», *ERCL 11(2)*, 2015, pp. 81-126. Este mismo autor pone el ejemplo de la recodificación holandesa, como muestra de codificación democrática, cfr. M. W. HESSELINK, «The Politics of a European Civil Code», *European Law Journal*, vol. 10, núm. 6, 2004, p. 689.

¹⁷ C. MAK, *Fundamental rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008, p. 174.

¹⁸ Ello se observa en las cláusulas generales que incorporan los códigos civiles más modernos, como hace el BGB a través de la buena fe, *ex* § 242 BGB. Por todo, véase D. KENNEDY, «The Political Stakes in “Merely Technical” Issues of Contract Law», *European Review of Private Law 1*, 2001, pp. 19 y 20: «*This interpretation gets power from the idea that the relatively clearly defined general rules permitting the other party to “behave badly” follow more or less logically or deductively from individualist premises that characterize the “classical” private law that began to emerge in the late Middle Ages and reached full flower in the late 19th century. In this reading, the general clause represents morality, vagueness, subjectivity and impossibly high ethical aspirations against the rule, which represents “law” legal tradition, individualism, coherence, deduction, legal science, and, above all, certainty. Certainty guarantees the subordination of the judge to the letter (supplemented by the individualist logic) of a code. To put it slightly differently, the issue with respect to merely technical issues is whether they will remain merely technical, or succumb to the anti-technical ethos of general clauses. This produces an interpretation of the politics of the merely technical as follows: in this area, there is a major debate between those who favour a well defined and easily administered legal individualism. The “expansionist” tend toward abolishing the distinction between law and morals by enforcing a demanding morality of aspiration rather than a more limited morality of obligation. The “restrictivists” favour legal individualism, either because they believe that it defines correctly the limits of moral duty to the other, or because they fear that more expansive but less defined ethical conceptions will lead to bad consequences*».

¹⁹ M. W. HESSELINK, «The Politics of a European Civil Code», *op. cit.*, pp. 5 y ss.; D. KENNEDY, «The political Stakes in Merely Technical Issues of contract Law», *op. cit.*, p. 20: «*In this area, there is a major debate between those who favour an intrinsically vague or even undefinable legal altruism, and those who favour a well defined and easily administered legal individualism*».

²⁰ También MICKLITZ es partidario de abrir el debate político sobre la inclusión de «lo social», en cualquier proyecto de Derecho privado a nivel comunitario, véase H.-W. MICKLITZ, «Failure or ideological preconceptions- thoughts on two grand projects: the European Constitution and the European Civil Code», *EUI Working Papers Law 2010/04*, 2010, pp. 6 y 7. Señalando el carácter político del Derecho privado, véase B. LURGER, «Protection of Consumers in European Private Law», en R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA y S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Oxford, Hart Publishing Ltd, 2011, p. 96: «*As the many voices in contemporary private law literature point out, private law is political; it raises questions of social justice and the distribution of welfare, both material and immaterial, in our society; it shapes and regulates the behavior of market participants, determines what they will win or lose by their particular market activities*».

²¹ STUDY GROUP ON SOCIAL JUSTICE IN EUROPEAN PRIVATE LAW, «Social Justice in European Contract Law: a Manifesto», *European Law Journal*, vol. 10, núm. 6, 2004, p. 656: «*The unification of contract law in Europe also poses profound questions about the values that should underpin the market order. Just as the nineteenth-century civil codes and the common law contained a scheme of basic values about the appropriate standards for governing economic and social relations between citizens, so too a European law of contract will enact a scheme of social justice. A unified*

Derecho de contratos en el seno de la UE debía integrar el debate existente entre un Derecho de contratos de corte liberal, propio de los códigos decimonónicos, en que la libertad contractual era ilimitada, y la idea de la justicia social en el seno del Derecho privado²². En este sentido, la unificación del Derecho contractual a nivel europeo no escapó al debate político, pues la tensión que existía entre los partidarios de un código de corte más liberal y los que abogaban por introducir opciones de solidaridad y justicia contractual determinó la necesidad de introducir un debate democrático en el marco de adopción de ese hipotético instrumento^{23, 24, 25}. Así, varios autores señalaron que el DCFR había adquirido un carácter más liberal que los PECL²⁶.

A los efectos que interesan a nuestro estudio, conviene hacer una breve referencia al carácter social del DCFR. Este se preocupa por la promoción de la justicia correctiva o conmutativa, la justicia propia de las relaciones *inter partes*, por tanto, la que procura el Derecho contractual. Así,

law will similarly have to strike a balance between, on the one hand, the weight attached to individual private autonomy as expressed in the idea of freedom of contract, and on the other hand, principles which respect other equally important demands for social solidarity, which prohibit individuals from taking advantage of superior economic strength or from ignoring the claims of justified reliance upon others. In striking this balance, any system of contract law expresses a set of values, which strives to be coherent, and which is regarded as fundamental to the political morality of each country. European contract law cannot avoid such political judgements».

²² Véase el estudio que hace WRBKA sobre la relación entre la justicia social y la teoría del «Access justice», en el Derecho de consumo, S. WRBKA, *European Consumer Access to Justice Revisited*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015. La noción de «social justice» también ha sido estudiada por H. COLLINS, «Does Social Justice Require the Preservation of Diversity in the Private Laws of Member States of Europe?», en T. WILHELMSSON, E. PAUNIO y A. POHJOLAINEN (eds.), *Private Law and the Many Cultures in Europe*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, pp. 153-175.

²³ La Comisión Europea, en «Un Derecho Contractual más coherente. Plan de Acción», COM (2003) 68 final, apostó por la libertad contractual como bandera del CFR; HESSELINK ya cuestionó la deriva liberalista que el CFR había adoptado, cfr. M. W. HESSELINK, *CFR&Social Justice...*, *op. cit.*, p. 45. Otros autores, sin embargo, acogen con satisfacción la autonomía de la voluntad y la libertad contractual como bandera del Derecho contractual europeo, cfr. S. WHITTAKER, «The optional Instrument of European Contract Law and Freedom of Contract», *ERCL 3/2011*, 2013, pp. 371 y ss.

²⁴ En este sentido, el *Manifiesto* ponía en evidencia la falta de debate democrático en la adopción de un texto como el CFR, véase STUDY GROUP ON SOCIAL JUSTICE IN EUROPEAN PRIVATE LAW, «Social Justice in European Contract Law», *op. cit.*, p. 662: «Obviously, there is no hint here of any kind of democratic process, no opportunity for the citizens of Europe to have their say on the formulation of the basic principles of the legal regulation of the market. There is not even the suggestion of some kind of Convention or extended discussion among political elites, as has been the case with the proposed Constitution». HESSELINK pone el ejemplo de la recodificación del Código civil holandés, encargado al profesor Meijers, quien ante el temor de una recodificación meramente técnica, decidió someter al Parlamento holandés 49 preguntas en relación con el contenido que debía integrar el Código, que se debatieron en el seno del mismo, M. W. HESSELINK, «The Politics of a European Civil Code», *op. cit.*, pp. 691 y ss.

²⁵ C. MAK, *Fundamental rights in European Contract Law...*, 2008, p. 174: «A central point in the discussion on today's contract law concerns the balance that has to be struck between, on the one hand, freedom of contract and, on the other, the protection of parties holding a structurally weaker bargaining position than their (potential) contract partner».

²⁶ Véanse los ejemplos que denotan una deriva neoliberal del DCFR en M. W. HESSELINK, *CFR&Social Justice...*, *op. cit.*, pp. 45 y ss. También, en el mismo sentido, O. LANDO, «The structure and the Legal Values of the Common Frame of Reference (CFR)», *ERCL 2/2007*, 2007, pp. 245 y ss.

en la introducción de la edición llevada a cabo por los profesores VON BAR y CLIVE, el núm. 18 de la misma rubrica la «*promotion of solidarity and social responsibility*», estableciendo que la promoción de la solidaridad corresponde, primariamente, al Derecho público²⁷. Sin embargo, en el mismo párrafo, se señala que en el contexto contractual la palabra solidaridad es utilizada para referirse a la lealtad o seguridad, aunque sin explicitar nada en relación con ello²⁸. Podemos entender que el principio de lealtad, e incluso el de buena fe, llevan implícitas referencias a la solidaridad.

Asimismo, en la introducción del DCFR encontramos una referencia a lo que debe entenderse por lealtad. Así, en el núm. 13 de dicha introducción («*The approach taken by the Principes directeurs*»), y haciendo relevantes los *Principes directeurs* elaborados por la *Association Henri Capitant* y la *Société de Législation Comparée*²⁹, se señala que la palabra lealtad comprende el deber de comportarse según el principio de buena fe, que se extiende en todas las etapas del contrato. Más adelante, en el núm. 15 de la misma, se resuelve el tema insertando el principio de lealtad en el de justicia. Así, los cuatro principios fundamentales en los que se basa el DCFR son la libertad, la seguridad, la justicia y la eficacia³⁰.

Sin embargo, el carácter de proyecto liberal que había señalado la doctrina³¹ queda explícito en el art. II.-I:102(1) DCFR, cuando se establece que las partes son libres de celebrar un contrato o cualquier otro acto jurídico, así como de decidir su contenido, con sujeción a las normas imperativas aplicables. La libertad contractual como punto de partida también se revela en la introducción³² haciéndola compatible con la justicia a través del axioma «*qui dit contractuel, dit juste*»³³.

Conviene señalar también la referencia al principio de justicia que hace la introducción de la edición del DCFR llevada a cabo por los profesores VON BAR y CLIVE. Hallamos la mención de la justicia como valor por ex-

²⁷ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), C. VON BAR y E. CLIVE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law...*, *op. cit.*, pp. 8 y 9.

²⁸ L. NOGLER y U. REIFNER, *op. cit.*, p. 359.

²⁹ B. FAUVARQUE-COSSON y D. MAZEAUD (eds.), *Terminologie contractuelle commune, Projet de cadre commune de référence*, Paris, 2008, pp. 1-532.

³⁰ En la introducción de la edición llevada a cabo por los profesores Von Bar y Clive, cfr. STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), C. VON BAR y E. CLIVE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. DCFR Full Edition*, Munich, sellier. European law publishers, 2009, pp. 6-8.

³¹ En este sentido, el DCFR es más liberal que los Principios Lando, su antecesor; por ejemplo, lo observamos en el control de cláusulas abusivas y el papel de la buena fe [arts. II.-9:104 y III.-1:103(3) DCFR o en la introducción de los «*juridical act*» (II.-1:101 (2))]. Sin embargo, el DCFR es más «socialista» que algunos códigos civiles de corte tradicional como el francés o que algunas recodificaciones, como la holandesa, a través de la incorporación de reglas relativas a la ventaja injusta (II.-7:207 DCFR), al cambio sobrevenido de circunstancias (III.-1:110 DCFR) o a la obligación de cooperar (III.-1:104 DCFR), por citar solo algunos ejemplos; cfr. M. W. HESSE-LINK, *CFR&Social Justice...*, *op. cit.*, pp. 45 y ss.

³² STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), C. VON BAR y E. CLIVE (eds.), *op. cit.*, pp. 38 y 39.

³³ FOULLÉE, *La science sociale contemporaine*, Paris, Hachette, 1880, p. 410.

celencia del DCFR («*justice is an all-pervading principle within DCFR*») ³⁴, aunque ya se pone de relieve la dificultad para definirla. Se pormenoriza el principio de justicia a través de distintos matices, como el que señala que no se debe permitir a una persona beneficiarse de su propia conducta cuando es ilegal, deshonesto o irrazonable ³⁵, o se reconoce la función del DCFR en aras a evitar la obtención de ventajas indebidas (con referencia explícita a la ventaja injusta) ³⁶. Distintas normas también prevén la necesidad de paliar las exigencias desproporcionadas, como un reflejo de este principio: no se puede exigir el cumplimiento de una obligación si resulta excesivamente onerosa (*hardship*), aunque también se indica que no hay nada que impida a las personas aprovecharse de un buen negocio o perder dinero en uno malo («*there is nothing against people profiting from a good bargain or losing from bad one*»); y que no existe ningún precepto relativo a la posibilidad de impugnar el contrato por lesión: por ello, en relación con las cláusulas abusivas, se excluye la adecuación del precio del control de abusividad.

Finalmente, también en la introducción se procura una protección especial de los más vulnerables, la más importante de las cuales es la relativa a los consumidores («*within the DCFR the main example of justice is the special protection afforded to consumers*») ³⁷.

Recientemente, la doctrina francesa ha propuesto un nuevo *Manifiesto* para la justicia social en el Derecho de contratos, dividido en tres grandes áreas: garantizar, en primer lugar, el acceso a bienes y servicios de primera necesidad para las personas; en segundo lugar, la calidad de los bienes y servicios que son provistos por el contrato, y, finalmente, asegurar una buena condición del proceso de producción de estos bienes y servicios ³⁸. Conviene apuntar que esta misma idea doctrinal había sido enunciada también por NOGLER y REIFNER, que establecieron una relación de «principios de los contratos sociales a largo plazo» relativos a los contratos para la existencia, definidos como aquellas relaciones jurídicas contractuales de larga duración cuyo objeto es satisfacer necesidades humanas esenciales a través de bienes y servicios ³⁹.

En otro orden de cosas, HESSELINK ⁴⁰ indica que las características propias del Derecho de contratos (de aplicación general, coercitivo, que

³⁴ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), C. VON BAR y E. CLIVE (eds.), *op. cit.*, p. 53.

³⁵ *Ibid.*, p. 54.

³⁶ *Ibid.*, p. 55.

³⁷ *Ibid.*, p. 56.

³⁸ M. FABRE-MAGNAN, «What is a Modern Law of Contracts? Elements for a New Manifesto for Social Justice in European Contract Law», *European Review of Contract Law*, vol. 13(4), 2017, pp. 376-388.

³⁹ L. NOGLER y U. REIFNER (eds.), *Life Time Contracts. Social Long- Term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, The Hague, Eleven international publishing, 2014, pp. xxviii-xxx.

⁴⁰ M. W. HESSELINK, «Democratic contract law», *op. cit.*, pp. 86 y ss. Así, HESSELINK señala que (pp. 109 y 110): «*What should count as a properly democratic contract law making process? Democratic contract law making does not mean the tyranny of the majority, the bargaining among*

asegura derechos, distributivo, parcialmente opcional y que prevé un estándar de conducta a los individuos) justifica la necesidad de que este Derecho refleje, también, una base democrática. Así, podemos constatar que en la reciente reforma del *Code* francés queda cuestionado su espíritu democrático al adoptarse el nuevo Código a través de una *Ordonnance* del poder ejecutivo, y no mediante tramitación parlamentaria^{41,42}. Más allá, pues, del punto de vista académico o gubernamental, con el fin de asentar unas bases más democráticas en el seno del Derecho de contratos debería propiciarse un debate más amplio antes de la adopción de un nuevo Derecho de contratos o de su reforma⁴³. Un modelo de Europa social requeriría, asimismo, un debate abierto sobre sus posibilidades y límites⁴⁴.

Sin embargo, la dificultad de sembrar una opinión merecedora de una aceptación amplia entre los distintos actores dibuja la necesidad de definir un concepto de justicia que lata en el seno del Derecho de contratos⁴⁵. Cabe destacar, asimismo, la poca implicación de la Comisión Europea en la definición de un programa político en el marco del Derecho contractual⁴⁶.

Algunas de las cuestiones trascendentales del Derecho de contratos ven reflejadas sus respuestas en las distintas teorías propias de la filosofía política⁴⁷. Así pues, la relación entre las distintas teorías políticas con-

stakeholders, the mere polling of voters' preferences at the ballot box, or rubber stamping by parliament of a comprehensive draft code. It means arguing and deliberating (offering reasons) among citizens which will ultimately lead to a formal decision in Parliament [...]. How exactly the democratic principle should be implemented in practice, both generally and specifically for contract law, is, of course, itself a matter to be determined democratically by free and equal citizens, under their legitimate constitution, and cannot therefore be determined in advance and in the abstract, as a matter of ideal theory».

⁴¹ J. M. SMITS y C. CALOME, «The reform of the French Law of Obligations: les jeux sont faits», *Maastricht European Private Law Institute Working Paper 2016/05*, 2016, p. 3. Véase la reforma del *Code* francés por decreto presidencial en: *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

⁴² Señalando precisamente la controversia que genera una reforma adoptada por un acto del poder ejecutivo, B. FAUVARQUE-COSSON, «The French Contract Law Reform and the Political Process», *European Review of Contract Law*, vol. 13(4), 2017, pp. 337-354.

⁴³ HESSELINK utiliza el ejemplo de la figura de la *unfair exploitation* como instrumento que podría ser objeto de debate para su inclusión en el seno de los códigos civiles, aunque señala, también, la dificultad de imaginar un debate abierto e inclusivo y guiado por un razonamiento público, cfr. M. W. HESSELINK, «Democratic contract law», *op. cit.*, pp. 114 y ss.

⁴⁴ H. W. MICKLITZ, «Failure or ideological preconceptions: Thoughts on Two Grand Projects: The European Constitution and The European Civil Code», *EUI Law Working Papers*, 2010, p. 7.

⁴⁵ M. W. HESSELINK, «Democratic contract law», *op. cit.*, p. 116.

⁴⁶ L. MILLER, *The Emergence of EU Contract Law: Exploring Europeanization*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 152 y 153: «One can only lament the lack of debate from the Commission's quarters that focuses on the political values that European contract law should reflect. Contract law cannot be simply manipulated as a technical attempt to secure harmonization». En un sentido similar, véase C. GLESNER-TWIGG, *The Europeanisation of Contract Law*, Abingdon, Routledge-Cavendish, 2008, p. 189.

⁴⁷ La filosofía política consiste nada menos que en «sistematizar el pensamiento sobre los fines del gobierno», véase C. KUKATHAS y P. PETTIT, *La teoría de la justicia de John Rawls y sus críticos*, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 15 y 16: «La teoría política se ha ocupado de forma sistemática del estudio de las opciones viables de gobiernos y de sus fines desleables».

temporáneas y el Derecho de contratos ha sido señalada por HESSELINK⁴⁸, considerando esta la imposibilidad de relacionar única y exclusivamente una determinada teoría con el Derecho contractual europeo. Ello constata la relevancia de la filosofía política para el Derecho de contratos⁴⁹.

Una de las teorías políticas que más influencia ha tenido ha sido la de John RAWLS, *A Theory of Justice*⁵⁰. El estudio de esta teoría política en el Derecho de contratos ha sido ensayada por varios autores⁵¹ aunque fue KLIJNSMA⁵² quien estudió con más profundidad la relación entre la política socioliberal de RAWLS y el Derecho contractual europeo. Nos ocupamos de ello en el siguiente epígrafe.

El Derecho de contratos determina las relaciones entre las partes actuando en el mercado. Y de aquí se deriva la siguiente cuestión: ¿qué papel puede jugar el Derecho de contratos en aras a establecer una sociedad más justa? No solo las instituciones públicas conforman el carácter justo y solidario de una sociedad, sino que también el Derecho contractual coadyuva con la justicia social.

La anterior consideración nos lleva a constatar, por ende, la relación del Derecho de contratos con la filosofía política.

El reflejo de una sociedad más o menos justa depende, en parte, del diseño del Derecho de contratos que resida en ella y, por tanto, este Derecho participa también de la justicia distributiva^{53,54}. El rol de la filosofía

⁴⁸ M. W. HESSELINK, «Contract theory and EU contract law», en C. TWIGG-FLESNER, *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2016, pp. 525 y ss.

⁴⁹ M. W. HESSELINK, «Five political ideas of European Contract Law», *op. cit.*, p. 297. Véase también C. J. GIRALDO BUSTAMANTE, «La justicia en el Derecho privado contractual: una realidad en construcción», *Revista de Derecho Privado* (57), Universidad de los Andes (Colombia), 2017, p. 5.

⁵⁰ J. RAWLS, *Teoría de la justicia. Traducción de María Dolores González*, 2.^a ed., 11.^a reimpresión (2015), México, Fondo de Cultura Económica, 1971, pp. 17-530.

⁵¹ A. KORDANA y D. TABACHNICK, «Rawls and Private Law», *George Washington Law Review*, vol. 73, 2005, pp. 598-632; A. T. KRONMAN, «Contract law and Distributive Justice», *89 Yale Law School Journal*, 1980, pp. 472-493. S. SCHEFFLER, «Distributive Justice, The Basic Structure and The Place of Private Law», *Oxford Journal Legal Studies*, vol. 35, núm. 2, 2015, pp. 213-235. LYN K L TJOEN SOEI LEN también estudió la relación de la filosofía política con el Derecho privado, en este caso la de Nussbaum, cfr. LYN K L TJOEN SOEI LEN, *Minimum contract justice: a capabilities perspective on sweatshops and consumer contracts*, Portland, Hart Publishing, 2017.

⁵² J. G. KLIJNSMA, *Contract law as fairness: a Rawlsian perspective on the position of SMEs in European contract law*, Tesis doctoral, UvA, 2014.

⁵³ M. W. HESSELINK, «Five political ideas of European Contract Law», *op. cit.*, p. 297: «In other words, the aim is to show that, whether we live in a just society depends, in part, on the contract law that we have, and, conversely, that contractual justice is, at least in part, a matter of social justice». Así lo señala, también, J.-W. RUTGERS, «European contract law and social justice», en C. TWIGG-FLESNER (ed.), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Cheltenham, Edward Elgar publishing, 2016, p. 540: «Thus, within national literature on contract law, it has been generally acknowledged that contract law is not neutral, but has distributive consequences».

⁵⁴ La distinción entre justicia conmutativa o correctiva y distributiva es acuñada por ARISTÓTELES. Según este autor, la justicia es la actitud a través de la cual se lleva a la práctica lo que es justo; justicia es la virtud perfecta, puesto que quien la posee la puede ejercer en sus relaciones con los otros. El contrato es una manifestación de la justicia particular, que es una parte de la virtud, y se distingue entre justicia distributiva y justicia correctiva. La justicia conmutativa o

política determina las instituciones públicas que contribuyen al diseño de una sociedad más justa. La elección de qué instituciones deben participar en la protección de la parte débil del contrato no deja de ser una opción política; por tanto, un Derecho más o menos proclive a la protección de la parte débil o más alineado con tesis liberalistas⁵⁵ refleja una elección de carácter político⁵⁶. La democratización del Derecho de contratos que nos enseñó el legislador holandés conlleva la necesidad, pues, de abrir el debate y facilitar la intervención de otros actores en ello^{57,58}.

El Derecho contractual organiza relaciones entre los ciudadanos cuando actúan en el seno del mercado. La relación entre el Derecho de contratos y la justicia social no deviene automática ya que aún resuena la idea individualista de los códigos decimonónicos que tomaban como máxima el principio de la libertad contractual estableciendo, entonces, una idea de justicia derivada de la presunción de igualdad de las partes en el contrato y que se resumía en la máxima ya enunciada de «*qui dit contractuel, dit juste*»⁵⁹.

correctiva que enuncia ARISTÓTELES es la que contempla un reparto entre las prestaciones de las partes según una proporción aritmética, véase ARISTÓTELES, *Ethica Nicomachea*, vol. II, trad. Josep Batalla, Barcelona, Fundació Bernat Metge, 1995, pp. 12 y 27 y ss. El punto medio es la igualdad y lo que es justo lo será en la medida en que esta justicia sea respetada; J. GORDLEY («Equality in Exchange», *California Law Review*, vol. 69, Issue 6, 1981, p. 1589) resume la noción de justicia conmutativa en: «*No one should gain by another's loss*». La idea de la proporción aritmética propia de la justicia conmutativa también la destaca G. CHANTEPIE, *La lésion*, Paris, LGDJ, 2006, p. 31: «*L'opération de justice correctrice ne remet pas en cause la répartition initiale entre les membres d'une société. Le juste commutatif impose seulement le rétablissement du désordre créé par le déplacement de valeur d'un patrimoine à un autre. Il se traduit qu'au résultat, à l'effet de l'opération visée, et non à la moralité des comportements qui ont pu le justifier. Le contrat doit garantir le respect de l'intégrité des patrimoines des parties, indépendamment de leurs qualités respectives*». En otro sentido, la justicia distributiva representa lo esencial, y se manifiesta en la distribución de cargas, bienes materiales o cualquier otra cosa que pueda dividirse entre los que forman parte de un sistema político. Es, según J. GORDLEY (*The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Clarendon Law Series, 2011, p. 13), la justicia «*manifested in distributions [...] Each citizen receives in proportion to merit. Political regims differ, however, on what constitutes merit: democrats identify it with the status of freeman, supporters of oligarchy with wealth (or with noble birth), and supporters of aristocracy with excellence*». El sistema social debe estructurarse con el fin que la distribución sea justa, ocurra lo que ocurra. Para ello es necesario establecer el proceso económico y social en el medio de unas apropiadas instituciones políticas legales, como puede ser el sistema de Derecho de contratos.

⁵⁵ P. A. ATIYAH, *Essays on contracts, Essay 2*, Oxford, Clarendon, 1990, pp. 11 y ss.

⁵⁶ También hay un sector doctrinal que se aleja de la justicia contractual y reclama, recientemente, un Derecho de contratos liberal, en el que la libertad contractual y la autonomía de la voluntad sigan siendo los primeros principios del Derecho privado. Esta teoría, denominada «The Choice Theory of Contracts», ha sido auspiciada por H. DAGAN y M. HELLER, *The Choice Theory of Contracts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

⁵⁷ J. DAINWOW, «Civil Code Revision in the Netherlands: The Fifty Questions», *The American Journal of Comparative Law*, vol. 5, núm. 4, 1956, pp. 595-610.

⁵⁸ M. W. HESSELINK, «Democratic contract law», *op. cit.*, p. 109: «*A democratically legitimized contract law then is what free and equal citizens through an inclusive and deliberative process will have determined collectively to be the conditions, limits and modalities for individual self-determination through agreements (of various types) concluded by two or more persons and enforceable with the force of the State*».

⁵⁹ J. A. MARTÍN PÉREZ, *La rescisión del contrato (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Barcelona, J. M Bosch Editor, 1995, p. 26; Como señala C. MAK, *Fundamental rights in European Contract Law...*, *op. cit.*, p. 175, en el siglo XIX se presume la libertad contractual como principio básico y se establece como pilar de un sistema de normas neutral, apolítico y no