

EL CONTRATO EN EL CONTEXTO DE LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

GUILLERMO OROZCO PARDO

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Granada

MIGUEL ÁNGEL MORENO NAVARRETE

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil
Universidad de Granada

Fecha de recepción: 30-11-2011

Fecha de aceptación: 22-12-2011

RESUMEN: Actualmente, se desarrolla en Europa un fenómeno de integración normativa común de los intercambios de bienes y servicios, a partir de la “unificación” del Derecho de Contratos. Se ha establecido un conjunto normativo, denominado “Marco Común de Referencia”, que funciona como normas modelo, definiciones básicas y principios fundamentales, sobre la base del “acervo comunitario” y las soluciones empíricas; si bien, es el Derecho del consumo el verdadero motor de unificación normativa europea.

PALABRAS CLAVE: Derecho Contractual Europeo, contratos, acervo comunitario, elaboración del Derecho Comunitario, protección de los consumidores, unificación normativa.

***ABSTRACT:** Nowadays, become manifest in Europe a phenomenon of normative integration of the exchanges of goods and services, from the "unification" of the Contract Law. It has been established a set of rules, named "Common frame of reference for European contract law", that function as model rules, basic definitions and fundamental principles, on the base of the "Community acquis" and the empirical solutions; though, it is the Consumer Law the real engine of European normative unification.*

***KEY WORDS:** European Contract Law, contracts, Community acquis, drafting of Community law, consumer protection, normative unification.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL DISEÑO CONSTITUCIONAL DEL MERCADO Y SU PROYECCIÓN EN EL MODERNO DERECHO DE “OBLIGACIONES Y CONTRATOS”: EL CONTRATO COMO EJE CENTRAL DEL SISTEMA. III. LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO DE LOS CONTRATOS. IV. EL “DERECHO DE CONSUMO” COMO DISCIPLINA UNIFICADORA. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En estas breves líneas queremos hacer una reflexión acerca de un tema que ya se planteó en la Doctrina “iusprivatista” española a finales del siglo XIX y buena parte de la mitad del XX, y del que se ocuparon prestigiosos juristas, algunos de los cuales son citados en este texto. Nos referimos a la “unificación” del Derecho de Obligaciones y de los Contratos, que pretendía una nueva labor codificadora necesaria para “reajustar” el sistema en la medida que la “comercialización” de la vida jurídica podía hacer insuficientes los esquemas y contenidos de esta materia existentes en el Código Civil. Como se sabe, nuestro Código Civil, heredero de la tradición romanista y “deudor” del “Code”, siguió la línea “romano-francesa” dando sede en su texto a las obligaciones y los contratos en su Libro IV.¹

Esta interesantísima cuestión, fue perdiendo la atención de la Doctrina, pero en la actualidad se han producido un conjunto importante de cambios en nuestro Derecho Privado, a los que luego aludiremos, en virtud de los cuales cabe plantearse si no se está produciendo una “sutil” unificación en esta materia, merced, sobre todo, a las normas que vienen desarrollando el marco legal y jurisprudencial de aplicación del “principio fundamental” de nuestro sistema, cual es el de la protección del consumidor, consagrado a nivel constitucional y comunitario.

PÉREZ LUÑO ha puesto de relieve un importante fenómeno que afecta hoy a diversas ramas del Derecho, y que excede a su dimensión nacional, al cual no es ajena la relación entre el Derecho Civil y el Derecho Mercantil. Según sus palabras “*Vivimos en*

¹ Este sistema procede del proyecto de 1886, pero como afirma Rivero Lamas: nuestro Código sigue inicialmente al francés, pero luego desarrolla las ideas de éste con mucha mayor expresividad (Vid. *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*. Bosch, Barcelona, 1994. Tomo II, Vol. 1º pp. 345 y ss.). Sin embargo, se fue produciendo un progresivo acercamiento entre ambos ordenamientos, civil y mercantil, con la desaparición de muchos matices distintivos. La Doctrina reparó en ello y se llegó a proponer por distintos autores una “unificación” sobre la base de la existencia de tres Códigos: 1) Código Civil, en el que se incluirían persona, familia y sucesiones; 2) de Comercio que contendría las normas relativas a la empresa y 3) Código de Obligaciones y Contratos (Vid. MORENO QUESADA, B.: “Historia y dogmática en el Derecho de Obligaciones”, *Revista del Ilustre Colegio de Abogados*, Granada, 2º/3º trimestre de 1972. Del mismo autor, véase: *Sentido social en la transformación de las instituciones civiles*, Granada, 1958).

*una época en la que cada vez es más intensa la comunicación de los valores, las normas y las instituciones jurídicas, lo que conduce a un nuevo Derecho Común que no se constriñe en una “Lex Mercatoria” renovada, sino en proyectos más ambiciosos referidos a un conjunto de principios jurídicos fundamentales susceptibles de ser aplicados en diferentes ordenamientos.”*² La veracidad de esta afirmación se pone hoy de manifiesto en el cada vez más aceptado “Derecho Privado Común Europeo”, objeto hoy de brillantes estudios en la doctrina, como ha puesto de relieve SÁNCHEZ LORENZO, tema del que luego hablaremos.³

Como afirma PATTI, la tradición civilista ha favorecido la codificación del Derecho en los ordenamientos europeos, determinando la formación de sistemas que, pese a algunas diferencias, presentan importantes características comunes, pues el Código responde a la idea de *completezza*, aspira a ser considerado como un acto normativo con una fuerza de ley en cierto sentido “prevalente”, respecto de las demás leyes ordinarias y desarrolla una función unificadora que impone una dinámica sistemática, porque presupone la superación del fraccionamiento: la multitud debe ser reconducida a la unidad.⁴

A tal efecto, nos recuerda VAQUER ALOI que *la elaboración de un Código en cada uno de los Estados europeos a lo largo de los siglos XVIII y XIX supuso la nacionalización del derecho civil. El Código Civil es también un elemento de afirmación del Estado moderno centralizado o unificado que se aposenta definitivamente a partir del siglo XVIII*⁵. Una codificación auspiciada por la autoridad

² PÉREZ LUÑO, A. E.: “El desbordamiento de las Fuentes del Derecho”. Discurso leído en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia. Sevilla, 1993, p. 77

³ SÁNCHEZ LORENZO, S.: “¿Hacia un Código Civil Europeo?”. *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho Privado en Europa*. Ed. Dykinson, Madrid, 2003, pp. 381 y ss.

⁴ Vid. *Diritto Privato, e codificazioni europee*. Ed. Giuffré, Milano, 2007, pp. 4 y ss.

⁵ La idea del Código Civil como seña de identidad nacional la enfatiza ELTJO SCHRAGE, “Das System des neuen niederländischen Zivilgesetzbuches”, *Juristische Blätter*, 1994, p. 501. Así, no es una particularidad española que desde la Constitución de Cádiz se repitiera en cada texto fundamental que el Código Civil debía ser el mismo para toda España. En Francia, la constitución francesa de 3 de septiembre de 1791 prescribía que “[i]l sera fait un Code des lois civiles communes à tout le Royaume”, e igualmente el art. 85 de la posterior constitución jacobina de 24 de junio de 1793 postulaba que “[I]e code des lois civiles et criminelles est uniforme pour toute la République” (estas y otras referencias en ETTORE DEZZA, *Lezioni di Storia della codificazione civile*, Torino, 2000², p. 10 y ss.). Ya VOLTAIRE se había lamentado que cuando se viajaba por Francia se cambiaba tantas veces de caballo como de derecho aplicable (citado por J. L. HALPÉRIN, *Le Code civil*, Paris, 1996, p. 146). Y en los Países Bajos, el art. 28 de la Bataafsche Republiek de 1798 postulaba la promulgación de un Código

*central para todo el estado ayudaba a construir un sentido de identidad política, lo que acabó por significar la nacionalización del Derecho civil, en el sentido de estar éste circunscrito al estudio de la ley (el Código) de cada Estado, desvaneciéndose el carácter europeo que había caracterizado al ius commune.*⁶



Es casi un “tópico de la literatura jurídica” abordar la problemática de la unificación del llamado *Derecho de Obligaciones y Contratos* como una labor “recodificadora”. Con esta iniciativa se pretendía emular la postura adoptada por otros países menos deudores de la tradición romanista (de corte anglosajón) o que poseen Códigos “especiales” más recientes como Suiza, y su finalidad principal consiste en someter a la jurisdicción de una misma disciplina todo el conjunto de normas que regulan el intercambio de bienes y servicios, si bien no quedó nunca claro qué área científica habría de ejercer la jurisdicción científica sobre la materia resultante o si debería dar lugar a la aparición de una nueva. Parecía que si dicha tarea era abordada por los estudiosos del Derecho Civil, estos pretendieran invertir el movimiento centrífugo que éste experimentó a partir del Siglo XIX, merced al cual, se fueron formando nuevas disciplinas desgajadas de aquél tronco principal, lo cual implicaría una cierta actitud reivindicativa. Si lo planteamos desde una óptica cercana al Derecho Mercantil, podría parecer que se trata de arrebatar una parte al “viejo tronco” del Derecho civil. Sea como fuere, esta dinámica parecía superada, o al menos latente, hasta que la aparición de diversos fenómenos ha provocado una serie de cambios importantes que, casi sin advertirlo, traen de nuevo a la palestra este tema.

Efectivamente, como venimos diciendo, la aparición de un complejo normativo de distinta procedencia y ámbito que viene a disciplinar el intercambio de bienes y servicios, el consumo en su dimensión objetiva, ha provocado, no sólo la sustitución por derogación de una serie de normas, sino también la relectura de otras, como el Código Civil, la aprobación de otras nuevas, el redimensionamiento de algunas figuras e instituciones (la buena fe, equilibrio de las prestaciones) y, sobre todo, la incidencia de

unificado en el plazo de dos años, plazo que se incumplió pese a que se discutieron algunos proyectos (A. S. HARTKAMP, “Recodification of the law in the Netherlands”, *Netherlands International Law Review*, 1982, p. 350).

⁶ Vid. *La vocación europea del derecho civil. Reflexiones sobre la oportunidad de un Código Civil europeo*. La ley, 2005 (edición digital).

una nueva “Ley Marco” que no sustituye, sino que modula la interpretación y aplicación de todo el sistema, cual es la *derogada* Ley 26/1984, de 19 de julio, *General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (en adelante sustituida por el TRLGDCU 1/2007). Así lo afirma el Tribunal Supremo (Sala 1ª) en su sentencia de 28 de marzo de 1995, cuando aborda el *ficticio* problema de si la normativa de consumo excluye la aplicación de las normas del Derecho Civil o Mercantil: *Esta ley no es exclusiva ni acaparadora en la defensa de los usuarios y consumidores y así la primacía de los preceptos sustantivos se mantiene y ha de ser declarada, pues su artículo 7 para nada lo impide. Al contrario, bajo su proyección normativa expresamente se remite a la aplicabilidad además de las normas civiles y mercantiles, con lo cual éstas no vienen a quedar ni relegadas ni suplantadas.* En el mismo sentido ha mantenido este criterio el Alto Tribunal, en relación con la aplicación de las normas sobre responsabilidad civil por negligencia médica de la LGDCU, en sendas sentencias de 10 de noviembre y 9 de diciembre de 1999.

Pero como luego veremos, el descubrimiento del relevante papel del legislador comunitario en el Derecho Privado, ha venido a cambiar las cosas. Así lo pone de relieve Vaquer Aloi cuando afirma: *En el último decenio del siglo XX, sin embargo, ha resurgido la idea de un derecho común europeo, ligado al proceso más amplio de unificación política y de construcción de una identidad europea. El derecho deja de poder contemplarse como un fenómeno nacional, y de nuevo debe situarse en una dimensión europea. Existe un legislador europeo. Y si, en un primer momento, podía pensarse que el alcance tanto de los Reglamentos como de las Directivas iba a circunscribirse al campo del derecho público, con lo que su trascendencia a nivel de derecho privado, en particular de derecho civil, no sería ciertamente relevante, y “parecía que la Comunidad Europea se ocupaba tan sólo de subvenciones agrarias y de tasas a la importación, que regulaba apenas la forma del asiento de los tractores y el tamaño de los pepinos, que únicamente le preocupaba la competencia entre los fabricantes de pasta y de cerveza”, lo cierto es que los hechos posteriores han venido a desmentir esta impresión inicial.*⁷

⁷ Vid. *Loc. Cit.*

II. EL DISEÑO CONSTITUCIONAL DEL MERCADO Y SU PROYECCIÓN EN EL MODERNO DERECHO DE “OBLIGACIONES Y CONTRATOS”: EL CONTRATO COMO EJE CENTRAL DEL SISTEMA

La llamada *sociedad de consumo* ha desplazado el eje central de la actividad económica y afecta al Derecho, desde la producción (Derecho Laboral y Derecho Mercantil) hacia el intercambio de bienes y servicios en el seno del mercado, en razón del elevado número de personas que hoy interactúan en el mismo, incrementando considerablemente el volumen de transacciones, lo que se traduce en un aumento de la competencia. Este acrecimiento del consumo de bienes y servicios ha llevado a una “masificación” de las relaciones contractuales, la llamada contratación en masa, en la que un número determinado de empresas ostentan una posición dominante, no sólo dentro del mercado en relación con otras, sino frente a la otra parte en la relación contractual que demanda el producto o servicio objeto del contrato. Otros factores han de ser tenidos en cuenta, así por ejemplo la dimensión supranacional de muchas de estas empresas, la tendencia a la homologación de sus modelos contractuales y la incidencia de la contratación por medios electrónicos, que ha dado lugar a que se hable de un “Derecho de la contratación electrónica”⁸, a los que el Legislador se ve precisado de atender pues, en muchas ocasiones, la evolución de esta dinámica le supera ampliamente.

Como afirma ALBIEZ: *El mercado es, sobre todo, un espacio económico; un lugar, no necesariamente en sentido físico, donde se realiza el intercambio de bienes y servicios. El mercado desde siempre se ha proyectado más allá de un lugar concreto. El mercado como espacio económico no sabe, ni quiere conocer, de fronteras. El mercado tiene a la vez algo de artificial y real. Es un concepto esencialmente económico. Pero, al mismo tiempo, el mercado es la expresión de una realidad fáctica, cual es el*

⁸ Vid. FLORES DOÑA, S.: *Impacto del Comercio electrónico en el Derecho de la Contratación*. EDERSA, Madrid, 2002. pp. 45 y ss.

*intercambio de bienes y servicios, que necesita constantemente, por razones muy diversas, respuestas jurídicas.*⁹



La necesidad de una intervención del legislador en la regulación del mercado es hoy indiscutible, es por ello que entendemos acertadas las palabras de LÓPEZ LÓPEZ¹⁰ cuando afirma: *¿Porqué los sistemas históricamente existentes son una mezcla de decisiones del mercado y del Estado? Aunque la respuesta en cada país y lugar no es uniforme, ni podría serlo, la razón profunda es igual en todos. El mercado supone la libertad económica de los particulares; pero está demostrado históricamente que ella sola produce consecuencias indeseables desde el punto de vista económico (la mera suma de decisiones particulares no ha conducido nunca a la racionalidad económica) y social (genera desigualdades graves entre los miembros de la colectividad social, pues las condiciones de partida en que se ejerce la libertad son desiguales, y la consecuencia es el perjuicio de los más desfavorecidos); por ello, siempre, de un modo más intenso o menos intenso, y con unas formas u otras, se ha acabado preconizando, y practicando la intervención del Estado en la vida económica.* Ciertamente, la importancia a escala práctica y de técnica jurídica del “Derecho de Obligaciones y Contratos”, y su vinculación a los cambios socioeconómicos, ha sido puesta de manifiesto desde antiguo por la doctrina española y foránea.¹¹

En tal sentido afirma MORENO QUESADA: *La atención constante y primordial que otorga el legislador al Derecho de obligaciones, es un hecho manifiesto, justificado además por la importancia que tiene esta rama jurídica, instrumento de movilización y cauce por donde discurre la savia vivificadora del tráfico de bienes, ordenador de las relaciones más amplias establecidas en el aglomerado social. En tres sectores se pone de manifiesto la relevante importancia de esta rama del Derecho: el económico, el social y el jurídico.*¹²

⁹ Vid. “Mercado interior, contrato y Derecho de la competencia”. *Revista de Derecho Constitucional europeo*. Numero 5 de 2006. pp. 101 y ss.

¹⁰ Vid. *Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*. Coordinadora R. Valpuesta. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

¹¹ Vid. HERNÁNDEZ GIL, A.: *Derecho de Obligaciones*. CEURA, Madrid, 1983.

¹² Vid. Historia... loc. Cit.

La doctrina ha puesto ya de relieve la frecuencia con que las personas establecen a diario relaciones jurídicas de esta índole, lo cual se traduce en su relevancia social, este fenómeno se designó como la “comercialización” del Derecho civil, lo que, en palabras de RUBIO suponía, de un lado, *la introducción en la preceptiva aún acotada como de Derecho civil, de normas y principios jurídicos, unos nacidos en el Derecho Mercantil otros, si no originados exclusivamente en su campo, sí especialmente reconocidos, aplicados y desarrollados en él.* De otro, implicaría *la subordinación al Derecho del comercio de relaciones jurídicas tradicionalmente sometidas al Derecho común, o dicho de otro modo, la penetración de las operaciones en la vida civil.*¹³

Esta circunstancia fue también tenida en cuenta por CASTAN cuando afirmaba: *Dada la importancia de las obligaciones en el terreno práctico, es lógico que la tengan también muy acusada en el orden de la técnica jurídica, con la particularidad de que la doctrina de las obligaciones, fecundísima en el campo del Derecho civil, extiende sus raíces y sus derivaciones a las demás ramas del Derecho privado (especialmente al Derecho Mercantil) e incluso también a otros sectores más distantes de la ciencia del Derecho.*¹⁴

Si nos fijamos, desde la óptica de “mercantilista” se entendía el fenómeno como una atracción hacia el Derecho “del Comercio” de las relaciones jurídicas privadas de intercambio de bienes y servicios; mientras que CASTAN entiende el fenómeno a la inversa, pues aboga por atribuir su jurisdicción a la rama del Derecho dedicada a las obligaciones y contratos.¹⁵ El tema lo podemos ver hoy desde otra óptica, pues ya no se trata de una nueva tarea “codificadora”, como apuntaban insignes tratadistas, para hacer un “Código de la Obligaciones”, sino que merced a los cambios operados en nuestro ordenamiento jurídico y en la dogmática del contrato, de los que luego hablaremos, se está produciendo, de una manera más o menos consciente, una tendencia a la “unificación”, más que normativa, de principios, valores y criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales.

¹³ Citado por B. MORENO QUESADA, en *Historia...* cit. pág. 26

¹⁴ CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Edición revisada y puesta al día por G. GARCÍA CANTERO. Ed. Reus, Madrid, 1983, Tomo III, pp. 33 y ss.

¹⁵ Op. cit.

Actualmente, nos desenvolvemos en un sistema de economía “social de mercado” cuyas notas características, interpretando el artículo 38 de la Constitución en su contexto, serían:

1) Rige la libertad de competencia y de empresa. La intervención del Estado en el campo de la producción de bienes y servicios ha de ser "subsidiaria" pues debe potenciar la iniciativa privada.

2) El Estado posee la potestad de ordenación interviniendo en diversas esferas y ámbitos de la vida económica mediante las medidas delimitadas en las leyes.

3) Su matiz “social” implica que esa intervención debe limitar la libertad de los particulares en aras de una compensación y solidaridad social, a la vez que se ha de promover el interés general y aplicar el principio de la función social a la propiedad y la empresa, para lo cual deberán adoptarse las medidas legislativas que sean precisas.¹⁶

4) La competencia se limita y orienta a través de unos parámetros de equidad, lealtad y claridad que protegen a las empresas y a los consumidores y usuarios.

5) Se arbitran medidas legales, judiciales y administrativas, que impidan o sancionen los abusos y daños que se puedan infringir a la sociedad por la infracción de los principios fundamentales de la ordenación jurídico económica. Tal sería el caso de las normas del Código Penal relativas a las conductas contrarias al orden público económico.(Cfr. Art. 281 del Código Penal y siguientes)

6) Merced al artículo 139 CE se impone la unidad de mercado que proscribe la aplicación de medidas legales, administrativas o judiciales que puedan infringir el principio de igualdad de los ciudadanos en este ámbito, lo que ha incidido en el tema de las competencias de las Comunidades Autónomas en esta materia, pues como afirma la STC 30/11/1982 son límites a aplicar la garantía de la uniformidad en las condiciones básicas de ejercicio de los derechos, la unidad del mercado y la afectación de intereses que exceden al ámbito autonómico, lo que se conecta con la uniformidad equitativa que trata de asegurarse

¹⁶ Vid. GALGANO, F. *Las instituciones de la economía capitalista*. Ariel-Derecho, Barcelona, 1990, pp. 187 y ss.

mediante la atribución al Estado de la competencia “en todo caso” en cuanto a las bases de las obligaciones contractuales.(149.1-8 CE).¹⁷



Así mismo, la escisión entre la ética de lo público y la de lo privado ya no es tan clara y tajante como en el siglo que vio nacer al Código Civil. Hoy las normas del Derecho privado que tutelan el equilibrio contractual han adquirido un marcado carácter imperativo, en la medida en que se derivan de los principios/mandatos de la Constitución y defienden su sistema de valores. Por otra parte, hemos de tener presente el fenómeno de "internacionalización" de la regulación de estas materias¹⁸ y las consecuencias que se han deducido de nuestro ingreso en la Unión Europea, por lo que se tiende a la “armonización” de los instrumentos jurídicos que rigen la contratación privada y promueven la defensa del consumidor a nivel internacional.¹⁹

Sobre la base de todo ello, podemos destacar las líneas esenciales de ese proceso:

1) La aplicación de principios y valores constitucionales a las relaciones *intersubjetivas* de carácter privado y a sus instrumentos reguladores, tales como la igualdad y la seguridad jurídica, en aras de un equilibrio que asegure la mayor reciprocidad posible de intereses en relación con el nivel de sacrificio/satisfacción de las partes. En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley 7/1998 de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCG en adelante), afirma que " *la protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica*". Esto supone, como se ha dicho, el dotar a los poderes públicos de un papel

¹⁷ RD 1/2007 TRLGDCU Artículo 1. Principios generales. En desarrollo del artículo 51.1 y 2 de la Constitución que, de acuerdo con el artículo 53.3 de la misma, tiene el carácter de principio informador del ordenamiento jurídico, esta norma tiene por objeto establecer el régimen jurídico de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de las competencias del Estado. En todo caso, la defensa de los consumidores y usuarios se hará en el marco del sistema económico diseñado en los artículos 38 y 128 de la Constitución y con sujeción a lo establecido en el artículo 139.

¹⁸ Vid. FERNÁNDEZ MASIÁ: E.: “Primeras consideraciones sobre el Anteproyecto de Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”, *Actualidad Civil*, núm. 34 de 2003, pp. 907 y ss.

¹⁹ Vid. LETE ACHIRICA: “La armonización de las legislaciones europeas sobre protección de los consumidores a la luz del derecho comunitario”. *Actualidad Civil*, número 9 de 1998.

intervencionista en este ámbito de la vida social, en pro de la defensa y promoción de la igualdad *efectiva* en este tipo de relaciones jurídico/económicas.²⁰



2) La consagración, a escala legal, de unas "bases de las obligaciones contractuales" como substrato básico de equidad que el Estado debe asegurar en el ámbito de la contratación.²¹

3) El aumento del *formalismo* como instrumento al servicio de la seguridad jurídica, en sus diversos ámbitos, y del orden público económico en cuanto permite establecer instrumentos preventivos de control del contenido del contrato como medio para asegurar el respeto a los valores del sistema: buena fe, equilibrio contractual, lealtad en la ejecución, etc. Tal es el caso de los artículo 111 de RD 1/2007 TRLGDCU, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, que prevé incluso la obligación de incluir un documento de revocación o desistimiento que acompañe al contrato.

4) Los elementos y el contenido del contrato deben basarse en los valores de justicia, antes enunciados, supeditando los intereses económicos a los fines e intereses humanos y sociales. Ello supone un "relanzamiento" de la teoría de la causa como elemento esencial del contrato, en la medida en que sintoniza con tales valores de forma decisiva en su papel de fundamento legitimador del contrato y sus fines.²²

5) Se subordina el interés particular ante el general en razón de la dimensión social que antes predicábamos de nuestro sistema económico: la "función social" de tales

²⁰ Vid. SANTOS BRIZ, M.: *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*. Comares, Granada, 1992.

²¹ RD 1/2007 TRLGDCU: Disposición final primera. Título competencial. 1. El capítulo I del título I del libro primero, en el que se define su ámbito de aplicación y el artículo 10, tienen carácter básico en relación con los preceptos del apartado 2 de esta disposición y se dictan en el uso de competencias exclusivas del Estado en relación con las disposiciones del apartado 3. 2. Los artículos 8, 9, 17.1, 18, 23. 1 y 3, 25 y 26; los capítulos III y V del título I del libro primero y el título IV del libro primero tienen carácter básico al dictarse al amparo de las competencias que corresponden al Estado en el artículo 149.1. 1.ª, 13.ª y 16.ª de la Constitución Española. 3. El artículo 24 y el título V del libro primero, los libros segundo, tercero y cuarto, las disposiciones transitorias y las disposiciones finales se dictan en base a las competencias exclusivas que corresponden al Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, conforme al artículo 149.1. 6.ª y 8.ª de la Constitución española. 4. El resto de los preceptos del título II del libro primero serán de aplicación a las asociaciones de consumidores y usuarios de competencia estatal.

²² Vid. DISTASO, N.: *I Contratti in generale*. En la obra dirigida por W. BIGIAMI: *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*. UTET, Torino, 1966, Tomo I.

instrumentos contractuales es asegurar una redistribución de la riqueza y el acceso de todos los ciudadanos a los bienes y servicios de carácter esencial en condiciones que aseguren el pleno disfrute los mismos. En este orden de ideas, hemos de tener en cuenta que el *binomio* compraventa/propiedad, como instrumento de acceso a los bienes de consumo, comienza a desplazarse hacia nuevas fórmulas basadas en los conceptos de arrendamiento y disfrute: “*renting*” o aprovechamiento por turnos, demuestran la capacidad de asimilación del sistema para recoger y tipificar contratos “atípicos” o innominados que la sociedad va creando en respuesta a su demanda, pero que ya no pueden verse sometidos exclusivamente al Derecho Mercantil como “actos o contratos de empresa”, ni son convenios entre “particulares”, por lo que son objeto de regulación por normas “multidisciplinares” cuyo encuadramiento sistemático excede de aquellos.

6) La aplicación de una misma ética a las relaciones regidas por el Derecho público y el privado, en la medida en que se trata de asegurar una “igualdad efectiva” entre las partes apoyando a la parte más débil, tal y como antes afirmábamos. Así se recoge en el TRLGDCU cuyo Artículo 65, bajo la rúbrica de la *Integración del contrato*, dispone: *Los contratos con los consumidores se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante.*

7) Un “reforzamiento” de las normas del Código Civil basadas en la ética y la igualdad, tal y como sucede con los artículos 1258 y 1261 a los que se remite expresamente la Ley 7/98 sobre condiciones generales.(Cfr. Arts. 9.2 y 10.2 L.C.G.)

8) El aumento de la intervención del Estado, en sus diversos órdenes, limitando la autonomía de la voluntad en aras a asegurar el respeto a los principios que deben regir el intercambio de bienes y servicios: control de condiciones generales, creación de registros al efecto, inspección de consumo, limitación de precios, disciplina de mercados, etc. son ejemplo de ello.

9) La consagración de la protección del consumidor y usuario como principio informador del ordenamiento jurídico, sobre la base de los artículos 51 y 53 C.E., que obliga a los poderes públicos y a los particulares. Como afirma ALBERTO BERCOVITZ, la norma que impone la protección a los consumidores - el 51 C.E.- y usuarios “*constituye*

un principio constitucional, que habrá de ser tenido en cuenta por las autoridades administrativas y por los Tribunales a la hora de aplicar las Leyes".²³



10) La incidencia fundamental del Derecho Comunitario, sobre todo de las normas inspiradas en el principio de la protección del consumidor, y el Derecho de la Competencia, tal y como pone de relieve GARCÍA AMIGO, y que se dirige a limitar y orientar la aplicación del principio de libertad económica, principio fundamental del Tratado de Roma y del Acta Única, *para evitar los abusos a los que la aplicación ilimitada del principio pueda dar lugar*.²⁴

Este deber de los poderes públicos se vertebra y proyecta a través de diversas vías (legales, judiciales, administrativas, etc.) e impone la necesidad de controlar el contenido de los contratos, sobre todo en aquellos sectores de la contratación en masa que se rigen por condiciones generales y están referidos a bienes y servicios esenciales para la comunidad. Esta tarea de "control" implica su regulación jurídica, en cuanto a su contenido y elementos esenciales, mediante normas que disciplinen los procesos de formación, interpretación, ejecución y, en su caso, extinción de los contratos "de consumo", para lo cual se hace necesaria la "unidad de principios y criterios" que doten de coherencia a dichas normas y conviertan en "contenido cogente", en lo que a nosotros importa, todo lo que está referido a la protección de la persona/consumidor en cuanto a sus derechos "básicos" como tal, que se vinculan a bienes tutelados por derechos constitucionales (vida, integridad, salud, privacidad o igualdad, y que suponen la necesidad de imponer un "imperativo ético" en el instrumento que regula tales intercambios: el contrato.

Por tanto, podemos afirmar que Derecho, en cuanto instrumento de coordinación ética entre los miembros de una comunidad en aras de la convivencia (DEL VECCHIO), debe asegurar unos *mínimos de justicia* en estos casos por vía de la igualdad para que esa relación sea éticamente admisible, valiéndose para ello de los principios constitucionales

²³BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, A.: "La LCU dentro del marco constitucional", en la obra: *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Coordinador R. Bercovitz y J. Salas. Ed. Cívitas, Madrid, 1992, pp. 12 y ss.

²⁴GARCÍA AMIGO, M.: "Consideraciones a la buena fe contractual". *Actualidad Civil*, num. 1 de 2000; del mismo autor, véase: El contrato en la perspectiva comunitaria. *Actualidad Civil*, número 4 de 1992.

que han de inspirar a las normas del Derecho privado, en los términos antes enunciados, por vía de las citadas "bases de las obligaciones contractuales" que la Constitución enuncia y consagra. Para ello el contenido preestablecido de las reglas o cláusulas que disciplinan las relaciones contractuales ha de ser claro, conocido y conforme a la buena fe y a la equidad. El principio de autonomía privada no es absoluto, sino que debe respetar unas exigencias éticas ineludibles consagradas en las normas imperativas y en los principios generales del Derecho; frente a ello no cabe tan siquiera alegar una norma consuetudinaria o usual pues estas han de respetar siempre aquellos límites. (Cfr. STS 30/4/93 y 29/6/95)

Por tanto, toda estipulación contractual "impuesta" al consumidor que suponga la infracción de estos principios o implicase una renuncia a los derechos del consumidor, es declarada nula ex art. 82.1 de TRLGDCU, pues se entiende que es contraria a la naturaleza o al equilibrio del contrato que la *buena fe* consagra como exigencia imperativa del artículo 1258 C.c. pues lo contrario supondría admitir una situación de "inferioridad" que la Ley proscribiera.

Esta "preocupación" por el equilibrio contractual no es nueva, puesto que ya se encontraba en el Código Civil como principio inspirador de varios de sus preceptos tales como el 1091, 1255, 1256, 1258 y 1269, entre otros, pues como afirmaba el Tribunal Supremo en la sentencia de 23/11/1962, se ha de tener en cuenta cualquier evento que afecte " *al elemento de justicia objetivo implícito en la exigencia de causa en los contratos y a la equivalencia de las prestaciones*". (Cfr. STS 17/1/86; 21/10/86; 21/10/90 y 31/10/92, entre otras)²⁵

A nuestro entender esta cuestión cobró nueva vitalidad merced a la influencia directa de la Constitución de 1978 sobre el Derecho civil y, en concreto, sobre las materias relativas a la teoría general del contrato. Afirmaba GARCÍA CANTERO²⁶ que *el jurista ha de estar atento a las posibles nuevas interpretaciones que los Tribunales – y, en particular, el Tribunal Constitucional – puedan hacer de las categorías clásicas tales como la buena fe, cláusula "res sibus stantibus", abuso del derecho, especialmente en campos como el de la protección de los consumidores, hasta ahora huérfano de desarrollo*

²⁵ Vid. BUSSI, E.: "La Formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune". En la obra dirigida por M. Rotondi: *Studi di Diritto Privato*. CEDAM, Padova, 1937, Tomo XXVII, pp. 169 y ss.

²⁶ En el Prologo a la obra de CASTAN citada en nota 9.

legislativo. Si la nueva savia de los principios constitucionales se injerta inteligentemente en los viejos textos del derecho de Obligaciones, cabe esperar una cosecha abundante de justicia y solidaridad en las relaciones contractuales. Evidentemente, los tiempos le han dado la razón a tales palabras, aún cuando la tarea sea difícil y esté inconclusa.

Si partimos del análisis del artículo 14 CE que consagra el principio/derecho a la igualdad y lo conectamos con el artículo 9.2 del mismo Texto, según el cual "*corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*", obtendremos un principio fundamental del sistema contractual, que impone el equilibrio de las prestaciones y la igualdad de las partes como exigencia *irrenunciable* en el seno del contrato.

Este precepto pretende del Estado una actitud específica para la correcta realización de la libertad y la igualdad, de tal suerte que ese Estado se convierte en "social" en la medida en que dota a la igualdad de un contenido de redistribución y de compensación para enriquecer los derechos de los menos dotados y se limitan los de aquellos que poseen una superioridad social o económica para compensar las discriminaciones reales que proceden del modelo social imperante.

Con ello se convierte aquél principio formalista a la igualdad del Antiguo Régimen en un factor transformador de la sociedad, de suerte que el principio de igualdad jurídica se convierte en principio de "desigualdad jurídica" que protege a la parte natural o socialmente más débil, y ello porque no se puede tratar igual a los desiguales. Esto supone aplicar este principio/mandato constitucional a los diversos ordenes de la vida social, pues no se trata simplemente de una igualdad formal ante la Ley, sino de una efectiva igualdad entre los ciudadanos en el seno de las relaciones sociales que cristaliza en un derecho subjetivo a la igualdad constitucionalmente consagrado, según ha afirmado el Tribunal Constitucional (STC 311/2000 de 18 de diciembre. Es por ello por lo que no se puede admitir la existencia de una ética para las relaciones regidas por el Derecho público, distinta substancialmente a la que ha de regir en el campo de las relaciones sometidas al Derecho privado, máxime cuando la frontera entre ambos tiende a *difuminarse*, no sólo en

el Derecho de familia, sino en ámbitos tradicionalmente reservados a la autonomía privada como los derechos reales y la teoría de las obligaciones y los contratos.



Todo lo que antecede ha de ser puesto en conexión con el artículo 149.1-8 C.E. que confiere al Estado la competencia exclusiva " en todo caso " sobre las reglas relativas a las "bases de las obligaciones contractuales" y con el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de nuestra Carta Magna, pues el Derecho civil patrimonial ha de conectarse ahora con los principios y valores constitucionales, tal y como afirma PERLINGERI: "*Las cláusulas generales que caracterizan la conducta del deudor y del acreedor en su relación de cooperación, y sobre todo los principios de la buena fe y de la diligencia en el cumplimiento de la obligación, no pueden ya ser dotados de contenido a la luz de una concepción meramente productivista de las relaciones intersubjetivas patrimoniales, sino que deben asumir, en la elaboración jurisprudencial y doctrinal, contenidos diferentes, más adecuados a los valores fundamentales del ordenamiento*".²⁷

RODRIGO BERCOVITZ mantiene que las "bases de las relaciones contractuales" se encuentran o inducen a partir del propio Código Civil, Libro IV, Títulos 1º y 2º, y demás normas conexas como aquellas que regulan tipos concretos de contratos o aspectos determinados de la contratación.²⁸ La STC 71/82 de 30 de noviembre sostuvo que dichas bases se relacionan con las exigencias de la unidad de mercado y abarcan cuestiones capitales como el régimen general de la responsabilidad civil, las limitaciones a la autonomía privada, la regulación general de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas y su sanción y la unidad del mercado nacional. A ello, debemos añadir, como nos recordaba ARCE Y FLORES, que la vinculación entre la Constitución y el Derecho Civil abarca también al campo de las obligaciones y contratos, al que se aplican principios valores de aquella.²⁹

²⁷ PERLINGIERI, S.: Aspectos problemáticos del derecho de Obligaciones. *Revista de Derecho Privado*. 1983, p. 58. Así mismo, véase: Por un Derecho civil constitucional español, en ADC, 1983.

²⁸ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, R.: "Las Bases de las obligaciones contractuales", en el artículo 149.1.8º de la Constitución. En la obra: *Competencias en materia civil de las Comunidades Autónomas*. Dir. Bernardo Moreno Quesada. Técno, Granada, 1989.

²⁹ ARCE Y FLORES VALDEZ, J.: *El Derecho civil constitucional*, Ed. Cívitas, Madrid, 1986

Estas bases, merced a su papel vertebrador de tan importante sector de la vida económica y social, han de estar necesariamente imbuidas de los principios constitucionales y, en concreto, del principio/mandato de igualdad como exigencia impuesta por vía de la seguridad jurídica, que sirve a la vez de criterio/valor para determinar el control de "calidad" de una norma y, también, de una estipulación contractual que funciona como "ley entre partes".

Esta exigencia se acentúa en los casos en que dicha estipulación forma parte de un contrato de adhesión normado, razón por la cual la legislación sobre esta materia impone unos controles previos y un principio de "desequilibrio equitativo" cual es el "contra estipulatoren" del artículo 10.2 de la Ley de Consumidores, a cuyo tenor "las dudas en la interpretación se resolverán en contra de quien las haya redactado". El artículo 6 de la Ley 7/98 L.C.G. impone que tales dudas se resuelvan en favor del adherente, dando preferencia a las cláusulas *particulares* sobre las generales, salvo que esta sea más beneficiosa para el adherente, y se remite a las disposiciones del Código Civil sobre interpretación de los contratos para lo no previsto en ella.

Incluso se impone una norma "de cierre" que asegura el equilibrio, pues el artículo 83.2 RD1/2007 dispone: *Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato.* El derogado artículo 10.4 de la LGDCU establecía la ineficacia del contrato cuando las cláusulas subsistentes del mismo "determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual". Es por ello que la aplicación de los principios constitucionales a este campo se materializa por medio de nuevas normas o mediante la utilización de aquellos principios como criterios interpretativos e integradores y ello porque, como afirma DIEZ-PICAZO "la defensa de la equidad contractual y de la corrección en la ejecución de los contratos masificados, es claro... que no puede resolverse con los esquemas e instrumentos jurídicos tradicionales".³⁰

³⁰ DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Ténos, Madrid, 1ª Edición, Tomo I, pp. 327 y ss. Así mismo, la 5ª edición de 1996

A título de ejemplo de lo anterior, podemos constatar que todo lo anterior se proyecta en nuestro ordenamiento en supuestos como el del RD 515/1989, de 21 de abril, sobre *protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas*, pues su Disposición adicional segunda declara su aplicación supletoria respecto de las Comunidades Autónomas que estatutariamente hayan asumido la competencia plena sobre la defensa de los consumidores y usuarios, " *excepto los artículos 3.2 y 10 que tendrán vigencia en todo el Estado, en virtud de lo dispuesto en la regla 8ª del artículo 149.1 de la Constitución Española* ", merced a que estos preceptos están directamente vinculados a la aplicación de los principios de igualdad y buena que han de imperar en el sistema en cuanto al contenido del contrato y el equilibrio de las prestaciones.

JOSSERAND había puesto de relieve que el Derecho de Obligaciones era el "substrato básico" de todo el Derecho, público y privado, incidiendo así en la vertiente *contractualista* del Derecho.³¹ Es por ello que se convierte en una figura central (*función estructural*) del sistema jurídico-social, como pone de relieve HATTENHAUER cuando afirma: *el contrato simboliza el "contrato social" sobre el que, según la doctrina iusnaturalista, se asienta toda la sociedad humana y, consecuentemente el Derecho. Es en la sociedad civil donde nace el Derecho.*³²

Todo ello se aplica al moderno sistema de contratos en la medida en que el contrato es una institución *socialmente relevante*, que afecta a las partes y a la sociedad entera, máxime en los contratos sobre bienes y servicios de consumo en masa o el contrato de trabajo. Efectivamente, el contrato es el instrumento básico que rige el intercambio de bienes y servicios, y su matiz social aumenta cuando se aplica a sectores económicos referidos a la contratación en masa, que a menudo son claves para la sociedad y en los que existe una desigualdad *estructural*: la electricidad, el agua, las comunicaciones o los transportes, entre otros, serían algunos de los ejemplos más claros. Pero tales productos y

³¹ Citado por CASTAN en op. cit. loc. Cit.

³² Vid.: *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil*. Ed. Ariel, Barcelona, 1987. Este autor utiliza la obra de Daniel de Foe, Robinsón Crusoe, tenida por la crítica como la primera novela burguesa, para incidir en el papel constitutivo del modelo social moderno que desempeña el contrato, aludiendo al pacto de convivencia suscrito entre Robinsón y Jueves, como instrumento regulador del modelo organizativo de la convivencia que ambos erigen, lo que nos recuerda los principios filosóficos que inspiran al sistema del "Common Law" (Locke, etc.)

servicios suelen prestarse en régimen de concesión o "*semi monopolio*" bajo control estatal, razón por la cual el intervencionismo del Estado llegó antes a estos campos. Pero hay otros bienes y servicios, que no son objeto de concesión ni monopolio, en los que muchas veces la competencia o la libertad de acceso no es tan manifiesta, debido a que el aumento del consumo ha producido una "estandarización" de las cláusulas que integran esos contratos, de tal suerte que la oferta se rige por unas condiciones muy similares por lo que el consumidor va a encontrar pocas diferencias en el mercado: seguros, construcción o servicios bancarios, serían ejemplo de sectores "libres" en los que se ha ido produciendo un fenómeno de elaboración de contratos "tipo", redactados sobre la base de contenidos clausulares *impuestos*, o al menos predispuestos, por una de las partes: el "*predisponente*".

Esta evolución ha producido una tendencia similar a la que supuso la aplicación del principio de la función social al derecho de propiedad, en la medida en que el contrato cumple una "función socialmente relevante" como instrumento regulador de las relaciones jurídico privadas de diverso orden, pero sobre todo en el intercambio de bienes y servicios. Ello ha conducido a una "nueva" visión del Derecho de contratos, que ha tenido como consecuencia un cambio en los principios que lo inspiran y rigen. Los esquemas del sistema liberal individualista, basado en una pretendida igualdad y un en la espiritualización, han quedado fuera de lugar y hemos pasado a un sistema más social y controlado, donde la forma se convierte en un instrumento de garantía y prueba, y la función del fedatario público se orienta hacia una intervención "interesada" en defensa del consumidor, es decir, de la parte débil del contrato.

Para hacer un breve análisis del tema podemos partir de la clásica distinción "*Kelseniana*" del contrato como "acto" y como "norma". Como "acto jurídico" cuya esencia reside en la voluntad de las partes, pues su actividad positiva se plasma en el acuerdo al que el ordenamiento jurídico dota de determinados efectos jurídicos, sean expresamente queridos por ellos o porque la norma se los atribuye por sí misma, según dispone el artículo 1258 Cc. Como "norma", en cuanto precepto u ordenación a la que las partes someten su propia conducta. Esta perspectiva ha llevado incluso a hablar de "ordenamiento jurídico contractual voluntario", expresión no muy acertada, por cuanto supone ignorar la distinción ya asentada por SAVIGNY entre las normas legales y las cláusulas establecidas por las partes en el negocio contractual, si bien es cierto que

existen normas jurídicas que se integran “directamente” en el contenido del contrato (de forma explícita o implícita) por voluntad del legislador.³³



Como afirma REMY³⁴, se ha producido una “expansión” del contrato que ocupa ahora territorios nuevos que antes parecían serle ajenos. Tal sería el caso de la entrada de la “*filosofía pactista*” en campos como el Derecho de familia, donde la visión “*contractualista*” del matrimonio ha llevado a la cada vez más difundida técnica de la mediación familiar, que se aplica para resolver los conflictos nacidos entre cónyuges. Lo mismo cabe afirmar de la actividad administrativa, que utiliza cada vez más la técnica contractual como instrumento de gestión, si bien la propia Administración no aplica en muchos casos las normas de protección de los consumidores o usuarios, a las que también esta sometida, en su relación con los usuarios de sus servicios. Finalmente, cabe citar la extensión de la técnica de la “norma pactada”, procedente del Derecho Laboral, a otros campos como la propiedad intelectual (Comisión Arbitral de la Propiedad Intelectual) o el *consumo*, mediante los acuerdos tutelados por la Administración entre organizaciones empresariales y de consumidores (difusión de modelos de “contratos tipo” aprobados por esta vía para sectores relevantes: vivienda, etc.) En por lo que el autor arriba citado afirma, y coincidimos en ello, que todo esto demuestra la “salud” del contrato, siempre dispuesto para cubrir nuevos territorios y enriquecerse con nuevas materias.

Es por todo ello que la doctrina ha señalado con rotundidad, y acierto, que ya no cabe ver el contrato *como una convención aislada entre individuos libres e iguales*, pues ha sufrido *importantes transformaciones con el advenimiento de la sociedad industrial y de la economía de consumo*.³⁵ El problema ha residido, y reside a veces, en que el legislador no ha sido todo lo diligente que debía ser a la hora de regular nuevas figuras contractuales (atípicos), o bien porque otros siguen estando “deficitariamente” disciplinados como el “arrendamiento de servicios”, permitiendo así que se produjeran

³³ Citado por CASTÁN en op. cit. loc. Cit. El contrato como “norma pactada” es una relevante aportación del Derecho del Trabajo que se pretende importar al ámbito de los contratos de consumo, al menos a los que regulan las relaciones más “complejas” como la compraventa de inmuebles, que arrijan un elevado número de reclamaciones.

³⁴ REMY, Ph.: “Droit des contrats: questions, positions, propositions”. En la obra: *Le Droit contemporain des contrats*. Coordinador L. Cadet. Ed. Economica, Paris, 1987, pp. 271 y ss.

³⁵ LACRUZ: *Elementos*. Loc. Cit.

situaciones en las que la relación contractual se apartaba de ese equilibrio que venimos propugnado. Este provoca disfunciones, porque nuestro Ordenamiento contiene normas muy “rígidas” que disciplinan contratos como la compraventa de bienes de consumo de bajo precio realizada fuera del establecimiento mercantil, mientras que la contratación de servicios profesionales tan relevantes como los de salud o defensa letrada sigue falta de una normativa reguladora. Y ello se agravó con la contratación *en masa* mediante la adhesión y las condiciones generales, por lo que decía Diez Picazo que *la defensa de la equidad contractual y de la corrección en la ejecución de los contratos masificados, es claro... que no puede resolverse con los esquemas e instrumentos jurídicos tradicionales*.³⁶ Ello provocó, como afirmaba HART, que *la Justicia que, en el sector del Derecho Privado, tradicionalmente se debería limitar a aplicar reglas formales, se ve constreñida ahora a asumir funciones de planificación, con la finalidad de mantener el equilibrio del mercado*.³⁷

Ciertamente, la Jurisprudencia, con o sin textos legales de aplicación inmediata, ha jugado un papel esencial en la defensa del equilibrio contractual y la buena fe en el cumplimiento del contrato. Han sido los Jueces y Tribunales quienes ha integrado el contrato, por vía del artículo 1258 del CC, imponiendo deberes a los profesionales, reforzando las garantías frente a los vicios, limitando la aplicación de las cláusulas de exoneración de la responsabilidad, impidiendo un uso abusivo de la prescripción, aplicando, directamente o como criterio de interpretación el Derecho Comunitario (Cfr. STS 1ª 20/11/1996), u obligando a responder en supuestos no previstos por el contrato o el propio legislador. Y ello porque, como afirmaba el Tribunal Supremo en su STS (1ª) de 23 de noviembre de 1962, *se ha de tener siempre en cuenta cualquier evento que afecte al elemento de justicia objetivo implícito en la exigencia de causa en los contratos y a la equivalencia de las prestaciones*.

Es por ello que Doctrina y Jurisprudencia han jugado un papel capital a la hora de “redefinir” el contrato, donde la “relectura” del Código Civil, sobre en todo poniendo

³⁶ Vi. *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado (Dos esbozos)*, Ed. Cívitas, Madrid, 1979.

³⁷ HART, D.: “Un caso ejemplar: la jurisprudencia sobre las condiciones generales del contrato”. En la obra de BARCELONA, HART Y MÜCKENBERGER: *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*. Traducción de C. Lasarte. Cívitas, Madrid, 1988

la teoría de la causa en conexión con los principios y valores ya apuntados, y la incidencia de los factores que citábamos antes han llevado a que la dimensión y el papel institucional del contrato cobre nuevos matices que le permiten cubrir nuevos territorios y materias, a la par que la dimensión del contrato como “acto” privado, retrocede a consecuencia de la limitación de la autonomía de la voluntad. Por tanto, el legislador ha de seguir atento a estos impulsos para recoger en las normas el precipitado de las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales que, hoy por hoy, señalan el camino.



III. LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO DE LOS CONTRATOS

Posiblemente, sea éste uno de los fenómenos más interesantes y hondo calado de los que se están desarrollando en el campo del derecho, merced al impulso que la armonización del derecho Comunitaria está llevando a cabo. Tal y como afirma LEIBLE³⁸ se trata de elaborar un *Código Civil Europeo* que regule las relaciones contractuales, extracontractuales y parte de los derechos reales, que sirva como Marco común de referencia. Diversos son los textos comunitarios que han hecho referencia a ello, tanto del Parlamento como de la Comisión, pues un mercado libre y transparente supone la libre circulación de mercancías, personas, capitales y *prestaciones* para lo cual un Derecho Contractual armonizado es imprescindible. En razón de ello, el autor antes citado afirma: *Un mercado interior comprometido con el principio de una economía de mercado abierta con libre competencia es, sin la autonomía privada, algo impensable.*

Los primeros vestigios de la tan pretendida unificación vino representada por la comunicación científica europea, la cual, desde diferentes puntos geográficos, Escuelas y métodos, debatieron y adoptaron textos, siguiendo fundamentalmente la técnica de los *Restatements*, realizados por el *American Law Institute*, a partir del Common Law norteamericano. En definitiva, la elaboración de principios y normas modelo, método muy extendido en el derecho privado internacional, que fuese extendiéndose en los diferentes ordenamientos internos a través de la labor interpretativa y la práctica (*soft*

³⁸ Vid. “Vías para la unificación del Derecho Privado Europeo”. *ADC*, 2006, pp. 1589 y ss.

law), es decir, por libre adhesión. De entre las más representativas entre las Escuelas científicas, se encuentra la *Comisión de Derecho Contractual Europeo* (Comisión LANDO), redactora de los *Principios de Derecho Contractual Europeo I–II–III* (PECL); cuyos sucesores son el *Grupo de estudios sobre un Código civil europeo* (VON BAR); del mismo modo, se encuentra la *Academia de Privatistas Europeos* (Proyecto de Pavía, GANDOLFI), que ha elaborado el *Código europeo de contratos*; el Proyecto de Trento, el *Common Core of European Private Law*, etc.

En general, dentro las medidas comunitarias de impulso de un contexto normativo armonizador, deben citarse las siguientes:

– Resoluciones del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989 y de 6 de mayo de 1994.

– Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 11 de julio de 2001 sobre Derecho contractual europeo [COM (2001) 398 final - Diario Oficial 255 de 13.9.2001].

– Comunicación de la Comisión de 12 de febrero de 2003 al Parlamento Europeo y al Consejo: «Un derecho contractual europeo más coherente - Plan de acción» [COM(2003) 68 final - Diario Oficial C 63 de 15.3.2003].

– Comunicación de la Comisión de 11 de octubre de 2004 al Parlamento Europeo y al Consejo: «Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro» [COM(2004) 651 – No publicada en el Diario Oficial].

– Informe de la Comisión de 23 de septiembre de 2005: «Primer informe anual sobre los progresos realizados en materia de Derecho contractual europeo y revisión del acervo» [COM(2005) 456 – No publicado en el Diario Oficial].

– Informe de la Comisión de 25 de julio de 2007: «Segundo informe de situación sobre el Marco Común de Referencia» [COM(2007) 447 – No publicado en el Diario Oficial].

– Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de septiembre de 2008, sobre un Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo.

– Libro Verde de la Comisión, de 1 de julio de 2010, sobre las acciones contempladas para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas [COM(2010) 348 final - no publicado en el Diario Oficial].

– Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas de 18 de abril de 2011.

A pesar de los impulsos necesarios para la formulación de un Código armonizador, existen argumentos en contra de la aplicación práctica, como son³⁹: la ausencia de conceptos y técnicas comunes, a partir de la evolución histórica autóctona de las instituciones jurídicas; la diferenciación de los sistemas jurídicos (sistema continental y del *Common Law*); necesidad de respeto al pluralismo (social, cultural, legal, lingüístico); la petrificación legislativa del sistema comunitario y las interpretaciones divergentes posibles en razón del pluralismo; regionalización de la materia contractual, cuyo ámbito debería estar más internacionalizado; pérdida de la ventaja competitiva de los diferentes ordenamientos, es decir, la evolución normativa a partir de los instrumentos propios del derecho comparado.

Al margen de los argumentos contradictorios, estaríamos ante un sistema de varios niveles de regulación –nacionales y supranacionales– que se compenetran gracias al Derecho Internacional *uniforme*. De ello se deduce una complejidad metodológica y unas divergencias materiales muy relevantes, pues, como acertadamente señala LEIBLE, los Derechos Privados nacionales priman el objetivo de un intercambio *justo*, mientras que el Derecho Privado comunitario prioriza la *transparencia* y *libertad* del mercado. En razón de ello, la jurisprudencia está llamada a jugar un papel inestimable para armonizar el sistema y rellenar las lagunas, siendo necesaria una mayor interacción entre los Tribunales Civiles nacionales y el Tribunal de Justicia de de la Comunidad, teniendo en cuenta que este proceso implica una conexión necesaria entre derecho Civil, Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Civil. En el Consejo de Tempere (Finlandia, 1999) invitó al Consejo y a la Comisión a que elaboren nueva

³⁹ S. CAMARA LAPUENTE, “Derecho Privado Europeo, planteamiento y fundamentos generales”. En S. CAMARA LAPUENTE (Coord.). *Derecho Privado Europeo*. Ed. Colex, Madrid 2003, pp. 70 y ss.

legislación en materia procesal para casos transfronterizos, en particular en lo que se refiere a los elementos que son decisivos para allanar el camino a la cooperación judicial y para mejorar el acceso a la justicia, como por ejemplo, las medidas provisionales, la obtención de pruebas, las órdenes de pago y los plazos. Por lo que respecta al derecho material – continua – se requiere un estudio global de la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil para eliminar los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles.⁴⁰



Las vías existentes para realizar esta tarea serían, sintéticamente, cuatro:

1. Aplicar el principio de subsidiariedad mediante la abstención del legislador comunitario que no iría más allá de la aprobación de los reglamentos y directivas, dejando al mercado la solución de las cuestiones inherentes a las contradicciones que se planteen.
2. Creación de un cuerpo de principios comunes en materia de contratos para lograr una mayor convergencia de los ordenamientos nacionales en este campo.
3. Mejora cualitativa de la normativa existente para colmar lagunas, eliminar antinomias y aclarar formulas ambiguas.
4. Adopción de una nueva y exhaustiva legislación comunitaria para lograr un “Texto uniforme” que, superando el principio de subsidiariedad, se convierta en un complejo de reglas pueda ser aplicado por las partes y sirva de modelo normativo adoptado por los legisladores nacionales. Estaríamos ante una suerte de “Código” aprobado e impuesto por la Unión Europea bajo la forma de directiva o reglamento.

Obviamente, sólo las opciones segunda y cuarta supones actividades innovadoras y en cualquier caso, todas están precedidas de una intensa labor doctrinal

⁴⁰ Indiscutiblemente, ello tiene también serias repercusiones en el Derecho del Trabajo, piénsese en lo relativo a la Directiva de servicios. Vid. CANTARO, A.: “El trabajo en la Constitución Europea”. De Tocqueville a Bolkenstein. Trad. J. DELGADO y M. CRIADO. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Número 5 de 2006. pp. 31 y ss.

que hoy ocupa a los *iusprivatistas*,⁴¹ para verificar la existencia de un “cuerpo común de reglas”, instituciones y valores inherentes al Derecho privado en los Estados miembros. Sea cual sea la opción que se considera más adecuada, lo cierto es que, como señala CAPILLA RONCERO, las soluciones existentes son parciales e insatisfactorias. Las causas, apunta, son varias: el ritmo de las disposiciones comunitarias no ha sido ordenado y mantenido; sin la existencia de un plan coherente y ordenado de elaboración, sino obedeciendo a *occasio* singular, lo que ha restado coherencia entre los diversos textos. En definitiva, concluye, *cabe apreciar defectos de coherencia, planificación y sistemática en el cúmulo de disposiciones comunitarias actualmente existentes en materia de Derecho contractual*.⁴² Súmese a ello que la incorporación de las directivas, al menos en nuestro país, se ha hecho de forma incoherente, mediante leyes *especiales* sin que ello implicara una modificación coherente del Derecho nacional, haciendo que el ordenamiento –como dice CAPILLA– se desenvuelva *por capas*, todas ellas vigentes, mal estructuradas y faltas de coherencia.⁴³

Como señala este autor, el Plan de Acción para un Derecho Contractual Europeo plantea medidas *regulatorias* y *no regulatorias*, mediante una diversidad de soluciones complementarias a los problemas arriba enunciados, que van desde el fomento de la investigación, el intercambio de información, hasta la elaboración de instrumentos jurídicos no vinculantes. Por medio del “Marco común de referencia” se pretende establecer un sustrato básico que contenga definiciones de conceptos jurídicos, principios fundamentales y preceptos *modelo* coherentes, sobre la base del “Acervo comunitario” y las soluciones empíricas, que sirva de base para el legislador estatal y comunitario en materia de contratos, así como para la interpretación por los tribunales y el TJC del *Derecho Contractual Europeo*, siendo aplicable incluso a los procedimientos arbitrales. Se trataría de un “instrumento jurídico *facultativo*” no obligatorio, pero elegible por las partes frente a normas internas disponibles y en las relaciones de carácter *supranacional*, que se plasmaría en “formularios contractuales” de contratos

⁴¹ En este punto es destacable la obra: *Consiglio Nazionale Forense. La Riforma dei Codici in Europa e il Progetto di Codice Civile Europeo. Materiali dei Seminari*. ALPA,G. y BUCCICO, E.N. (ED.) 2001, 2002 y 2003.

⁴² Vid. *Notas sobre Derecho Uniforme Europeo de contratos*.

⁴³ El Legislador ha querido paliar este problema con el Texto Refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias (RD 1/2007 de 16 de noviembre) a falta de una “labor codificadora” que resuelva el problema.

típicos específicos – v.gr. el contrato como norma pactada, *kelseniano* - que serían objeto de amplia difusión. Junto a ello, se colocaría el ya citado conjunto de reglas generales – instrumento facultativo – no sectoriales para determinados sectores de la contratación, que conformarían ese régimen *alternativo* a las legislaciones nacionales y al que las partes pudieran vincularse voluntariamente. En tales regulaciones habrían de incluirse disposiciones imperativas, como por ejemplo, las destinadas a proteger al consumidor. (CAPILLA)

ALPA⁴⁴ pone de manifiesto que este “Acervo común” es ya una realidad ampliamente experimentada, de lo cual son ejemplo las directivas que introducen reglas generales, como la de cláusulas abusivas, regulaciones específicas de contratos determinados, como la de viajes combinados o *multipropiedad*, que han consolidado un núcleo amplio de disposiciones que sirven para realizar unas reglas uniformes en materia contractual.⁴⁵ El grupo de estudio sobre un Código Civil Europeo y el grupo de investigación sobre el Derecho Privado existente (the Acquis Group) presenta el primer borrador académico sobre el Marco de Referencia Común (DCFR) que contiene principios, definiciones y reglas modelo de Derecho privado europeo.

En una primera fase se elaboraron unos textos de suerte diversa, como señala MEREMÍNSKAYA: *La primera parte de los Principios fue elaborada en el año 1995 y publicada junto con la segunda en 1999; en mayo de 2002 fue editada su tercera parte. El trabajo se sirvió del método comparativo. Fueron considerados todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE y, a la vez, las experiencias estadounidenses, las de los países vecinos y, finalmente, la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos internacionales de compraventa de mercaderías. Los principios están editados en forma semejante a los restatements norteamericanos y contienen preceptos breves y generales ilustrados con casos y acompañados por comentarios. Al elaborarse al mismo tiempo que los Principios del Derecho Comercial Internacional de UNIDROIT, ambos instrumentos muestran una influencia recíproca. A pesar de tener una resonancia amplia y acogida muy positiva en el mundo de los*

⁴⁴ Vid. *L'armonizzazione del Diritto Contrattuale e il Progetto di Codice Civile Europeo*.

⁴⁵ Vid. LIBRO VERDE sobre la revisión del acervo en materia de consumo. Presentado por la Comisión Europea, Bruselas, 08.02.2007 COM(2006) 744 final.

*especialistas, los Principios del Derecho Europeo de los Contratos no parecen ser bien conocidos en la práctica, al contrario de lo que pasa con los principios de UNIDROIT.*⁴⁶ Según el estudio elaborado por el Grupo de Estudio del Código Civil Europeo y el *Acquis Grupo*,⁴⁷ la formulación de *objetivos y principios fundamentales* revela el subyacente modelo de sociedad y el sistema económico más directamente que las reglas individuales. Ayuda a clarificar la posición del DCFR en el espectro del libre mercado y la teoría de la libre competencia y las iniciativas a favor de los consumidores víctimas de la discriminación, de la pequeña y mediana empresa y de muchos otros que son posiblemente las partes más pequeñas y débiles de un contrato. En su más reciente formulación en el borrador académico del Marco de Referencia Común (DCFR), la palabra *principios* es susceptible de diferentes interpretaciones. A veces es usada, en el presente contexto, como sinónimo de reglas que no tienen la fuerza de ley. Así es como son usadas por ejemplo en los “principios del derecho contractual europeo” que se refiere a ellos como principios para ser aplicados como reglas generales en el derecho de contratos.

El contenido sustancial de las *definiciones* procede parcialmente del *acquis*, pero predominantemente deriva de las reglas modelo de la DCFR. Si las definiciones son esenciales para las reglas modelo, también es verdad que las reglas modelos son esenciales para las definiciones. Las definiciones pueden ser vistas como componentes para ser usados para elaborar las reglas y conjuntos de reglas. En último término las definiciones para que resulten prácticas han de estar estrechamente relacionadas con las reglas modelo.

La mayor parte del DCFR consiste en “*reglas modelo*”. El adjetivo “*modelo*” indica que las reglas no tienen ninguna fuerza normativa sino que únicamente son consideraciones de derecho de la clase que se contiene en los Principios de Derecho

⁴⁶ Vid. *Impactos de la integración económica en la aplicación del derecho privado* Revista de Derecho. Valdivia, Chile, 2003

⁴⁷ Vid. CHRISTIAN VON BAR, ERIC CLIVE, HANS SCHULTE-NÖLKE, HUGH BEALE, JOHNNY HERRE, JEROME HUET, PETER SCHLECHTRIEMT, MATTHIAS STORME, STEPHEN SWANN, PAUL VARUL, ANNA VENEZIANO Y FRYDERYK SOY. *Principios, Definiciones, y Reglas Modelo del Derecho Privado Europeo. Anteproyecto del Marco Común de Referencia (DCFR)*. 2007.

Contractual Europeo y publicaciones similares. Si estas reglas particulares pueden ser usadas como modelo para ulteriores legislaciones, son otros quienes deben decidirlo.



La palabra *principios* también puede ser reservada para aquellas reglas que son de naturaleza más general, como los principios de libertad de contrato y de la buena fe. “Las definiciones” tienen la función de sugerir el desarrollo de una terminología legal europea uniforme. Hay diferentes maneras de expresar todos los “principios fundamentales”. Las opciones serían entre muchas otras una normativa que fijara los derechos de los ciudadanos europeos o bien una explicación analítica de los valores subyacentes de las reglas modelo y las definiciones. Como la *europaización* del derecho privado está en pleno desarrollo, podría ser útil aquí describir “los principios fundamentales” como unos *objetivos* que el Derecho contractual europeo debería tener.

- Justicia.
- Libertad.
- Protección de Derechos Humanos.
- Bienestar económico.
- Solidaridad y Responsabilidad social.

Dado que la UE tiene que formular leyes de derecho privado algunos objetivos específicos deben ser añadidos a esta lista en particular:

- Promoción del mercado interno.
- Preservación de la pluralidad lingüística.

Y además si el derecho privado europeo ha de ser expresado como reglas modelo, algunos objetivos “formales” también han de ser perseguidos:

- *Racionalidad.*
- *Certeza Legal.*
- *Eficiencia.*

- *Predecibilidad/Razonabilidad.*⁴⁸



Hay otros objetivos o principios que deben de ser considerados importantes por ejemplo la protección de la confianza razonable de una persona en la conducta de otra. Un importante principio debe ser que la gente debe ser responsable de los riesgos que ellos mismos han creado.

Así mismo, la DCFR debe ser aplicada e interpretada de acuerdo con los objetivos y principios de las leyes de los Estados Miembros y también de la UE, incluyendo el objetivo de establecer un área de libertad, seguridad y justicia y la creación de un mercado abierto interno con libre y justa competencia y movimientos libres de bienes, personas, servicios y capital entre los miembros estados. La pluralidad lingüística y cultural de Europa debe ser tenida en cuenta y preservada.

Haciendo un breve desglose de los mismos, podemos destacar lo que sigue:

1.- Equilibrio entre objetivos y valores en colisión.

Es característico en estos objetivos fundamentales que entren en conflicto unos con otros. Por ejemplo en ocasiones, la justicia en un caso particular puede tener que cederle el camino a la certeza legal, como sucede bajo las reglas de la prescripción. La libertad, en particular la libertad de contrato, puede ser limitada en base a los derechos humanos como por ejemplo en las reglas que se aplican sobre la no discriminación. Por tanto los objetivos nunca pueden ser perseguidos de una manera pura y rígida.

2.- Justicia

Cada regla modelo persigue el objetivo de alcanzar una justa y correcta solución para la situación que debe de ser regulada. La DCFR se preocupa particularmente de promover la justicia “correctiva”. Esta noción es fundamental al contrato, a la

⁴⁸ 1:302 Para los presentes principios, lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera.

responsabilidad no contractual por daños y al enriquecimiento injusto. Las cláusulas generales como la de la buena fe también sirven para alcanzar el objetivo de la justicia.



3.- Libertad, en particular libertad de contrato.

El contrato es el instrumento legal básico que habilita a las personas físicas y jurídicas para disfrutar de la libertad de regular sus relaciones por acuerdo con otros. Las personas físicas y jurídicas son libres para decidir si quieren o no contratar, y para acordar los términos de su contrato. Si por ejemplo las partes de un contrato están plenamente informadas y en una posición equilibrada cuando lo celebran, el contenido de su acuerdo se presume que es en su interés y por lo tanto justo. Por lo cual un contrato debe ser reconocido por la ley si está basado en el acuerdo de las partes y si no hay razón (tales como motivos de orden público) para que el contrato sea tratado como inválido. Pero si una de las partes del contrato está en una posición más débil, puede no ser justo simplemente darle fuerza legal. Así un contrato que es el resultado de un error o fraude, o que envuelve una explotación injusta o discriminación. Sin embargo, las restricciones a la libertad de contrato deben de ser impuestas solamente si pueden justificarse en relación a ciertos tipos de contrato.

4.- Restricciones a la libertad de contrato.

En general las personas deben de ser libres para contratar o negarse a contratar con alguien. Sin embargo, esta libertad viene a ser restringida cuando pueda resultar una discriminación inaceptable, por ejemplo, discriminación en los campos de género, raza o religión.

5.- Restricciones a la libertad de determinados contenidos del contrato.

Similarmente, las restricciones a la libertad de las partes para fijar los términos de su contrato deben justificarse; los casos clásicos son aquellos en que se celebra debido a un error, fraude o debido a la explotación de las circunstancias de una parte para obtener una excesiva ventaja. También debe de haber restricciones cuando en el contrato hay desigualdad de información (puede ser sobre las características de los bienes y servicios o sobre términos del contrato). Tales problemas son más comunes cuando un consumidor está tratando con un empresario pero pueden ocurrir también

entre empresarios, particularmente cuando una parte es una pequeña empresa que carece de experiencia.



6.- Intervención mínima.

Aún cuando alguna intervención se puede justificar en alguno de los terrenos antes mencionados, la cuestión que se plantea es la forma de la intervención. Este problema puede ser solventado adecuadamente requiriendo a una parte que provea a la otra de información antes de que el contrato se concluya. ¿O quizás los problemas persistirán aunque los consumidores estén informados posiblemente porque ellos no sean capaces de hacer uso efectivo de la información? En tal caso una regla que conceda al consumidor ciertos derechos debe de ser justificada. En términos generales la interferencia con la libertad de contrato debe de ser la mínima para resolver el problema. Similarmente ocurre con los términos contractuales.

7.- Bienestar económico.

Todas las áreas del derecho cubiertas por la DCFR tienen el doble objetivo de promover el bienestar general, reforzando los poderes del mercado y al mismo tiempo permitiendo a las personas individuales incrementar su riqueza económica. En muchos casos la DCFR está simplemente proponiendo reglas que reflejan una solución eficiente. Estos son simplemente las reglas de “omisión” que se aplican cuando las partes no han acordado nada sobre un punto en cuestión y se presume que es lo que las partes hubieran querido.

8.- Intervenciones para promover eficiencia.

El bienestar económico puede ser promovido interfiriendo en el contrato aún cuando las partes hayan alcanzado un acuerdo, si hay razones para pensar que debido a algún fallo del mercado tal acuerdo no será completamente eficiente. Las reglas de protección del consumidor por ejemplo pueden ser vistas como favorables para el bienestar general debido a que conducen a una mayor competencia y así un mejor funcionamiento de los mercados.

9.- Protección de los Derechos Humanos

El derecho privado debe contribuir a la protección de los derechos humanos y a la dignidad humana. En derecho contractual y en las relaciones precontractuales, como por ejemplo las reglas de la discriminación sirven para este propósito. Las reglas de responsabilidad no contractual por daños también tiene la función de proteger los derechos humanos.



10.- Solidaridad y responsabilidad social.

El Derecho privado debe también demandar un mínimo de solidaridad entre los miembros de la sociedad. Ejemplos de esta función pueden ser vistos en las previsiones sobre la buena fe. En el futuro las reglas específicas sobre los contratos de donación pueden necesitar reforzar este objetivo. Dentro del campo de las relaciones contractuales muchos piensan que la solidaridad es un principio fundamental.

11.- Buena fe.

Igualmente muchos ven la promoción de la buena fe en la relaciones contractuales como un principio fundamental y un fin en si mismo. Otros la ven más como una técnica legal para alcanzar justos y eficientes resultados. Los valores que subyacen bajo la noción de la buena fe – por ejemplo la promoción de las prácticas comerciales honradas- deben ser considerados fundamentales.

12.- Contratos dañosos para terceras personas y para la sociedad en general.

Un terreno en el cual el contrato debe de ser invalidado, aunque haya sido libremente acordado entre dos partes equilibradas, es aquel que produzca serios efectos dañosos sobre terceras personas o la sociedad. Así lo son los contratos que son ilegales o contrarios al orden público. En la UE los contratos que infringen los artículos del tratado de la UE sobre la competencia son inválidos.

El contenido básico se plasma en una suerte de *Código* - parecido a una “*tool box*” (L. ROSSI) - que se atiene a la siguiente estructura: I. Disposiciones preliminares. II. Formación del contrato. III. Contenido del contrato. IV. Forma del contrato. V. Interpretación del contrato. VI. Efectos del contrato. VII. Cumplimiento del contrato. VIII. Incumplimiento del contrato. IX. Cesión del contrato y de las relaciones que nacen

del mismo. X. Extinción del contrato y de las relaciones que nacen del mismo. XI. Otras anomalías del contrato y (sus) remedios.⁴⁹ De su contenido específico, destacamos a nuestro propósito los preceptos relativos a la “buena fe” encuadrados dentro de los “*deberes generales*”⁵⁰:



- Artículo 1:201: Buena fe contractual:

1. Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe. 2. Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo.

- Artículo 1:202: deber de colaboración:

Cada parte tiene el deber de colaborar con la otra para que el contrato surta plenos efectos.

Es también destacable, el artículo 1:302 que contiene la “definición de los razonable”: *Para los presentes principios, lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera.*

Baste esta muestra como prueba del entronque de tales principios con la tradición civilista presente en nuestro Código Civil (Cfr. Artículos 6, 7 ó 1258) y la dimensión ética que tales principios contienen en orden a disciplinar los contratos en nuestro sector, perfectamente extrapolable a otras ramas, como el Derecho del Trabajo, con las necesarias modificaciones.

No obstante todo lo que antecede, SÁNCHEZ LORENZO ha puesto de relieve que la idea de un Derecho Privado europeo de fuente comunitaria encuentra numerosos

⁴⁹ Véase un excelente resumen de DE LOS MOZOS en: “El anteproyecto de código europeo de contratos de la academia de Pavia”. *Diario La Ley*, nº 5629, octubre 2002. Así mismo, *Contract Code* de H. McGregor, editada por A. Giufrè (hay edición española, con la traducción de CUESTA y VATTIER, de J. Bosch, Barcelona, 1997

⁵⁰ Sobre el tema véase PATTI en: *Diritto...* cit. Pp. 81 y ss.

obstáculos, de entre los cuales cabe destacar la ausencia de competencias de las instituciones comunitarias para la unificación global del derecho privado europeo siguiendo el modelo de un Código Civil. Junto a ello, y más relevante aún, el principio de *proporcionalidad* previsto en el artículo 5.III del Tratado CE, si bien piensa que el de *subsidiariedad* no sería óbice para esta unificación. Lo que si parece muy claro, concluye, es que esta tarea jamás podrá ser realizada desde la acción unilateral de cada estado miembro, y deberá tenerse siempre presente el equilibrio entre las necesidades del mercado interior y los intereses nacionales.⁵¹

IV. EL “DERECHO DE CONSUMO” COMO DISCIPLINA UNIFICADORA.

Indiscutiblemente, cuando hablamos del fundamento constitucional del “Derecho del Consumo”, categoría discutida por la doctrina, el precepto básico de apoyo es el artículo 51 que elevó a rango constitucional la protección de los consumidores, lo que pocos textos análogos habían hecho hasta ese momento, si bien la protección de los consumidores no era una novedad en nuestro Ordenamiento (la *Ley de Usura* de 1910 es un digno precedente). No obstante lo anterior, el artículo 51 no “agota” dicho fundamento constitucional, sino que, como venimos diciendo, existen otros preceptos constitucionales que consagran principios y valores directamente aplicables en este campo: la seguridad jurídica, la igualdad, el respeto a la persona, a su dignidad, libertad y sus bienes etc., que entroncan y se proyectan sobre diversas normas e instituciones de nuestro ordenamiento jurídico. Se hace por tanto preciso dotar de coherencia al sistema, para promover una labor legislativa y una práctica judicial y administrativa consecuente y armonizada con tales principios/mandatos constitucionales, lo cual explica que estemos ante un “interés colectivo” que supera las fronteras de la individualidad, y sea tratado como una “competencia concurrente” entre las distintas administraciones.

En su momento, llamó la atención la utilización del término “protección”, pues implica una actitud positiva que va más allá de una actitud pasiva de defensa, lo que

⁵¹ Vid. Le Droit Europeen et la création du Droit. Faut-il oublier l’idée d’un Code Civil Europeen? En Petites affiches. *La Loi*. Número 112 de 2007, pp. 8 y ss.

supone que éste principio sea un verdadero mandato a los poderes públicos que les impone la tarea de promover, prevenir, tutelar y defender a los consumidores y usuarios. Ello es consecuencia de la “publicación” que supone la entrada del interés público en el juego de las relaciones contractuales dentro del contexto del mercado y su regulación. Esta norma de acción supone la existencia de unas “garantías institucionales” y subjetivas que nutren el estatuto del consumidor, dentro del complejo marco de la persona, sus bienes y los valores que han de inspirar a la normativa reguladora de sus distintas proyecciones individuales y sociales; porque no cabe concebir la normativa sobre consumo desde una perspectiva objetiva, centrada en la idea de éste como actividad que se realiza en el mercado, como sucede por ejemplo con ciertos preceptos penales o administrativos.

Ciertamente, mercado y consumo son variables ligadas entre sí, lo cual supone una interconexión entre los artículos 38 y 51 CE y, por tanto, la aplicación en este contexto de las normas que disciplinan el mercado (mercantiles, penales o administrativas) pero hemos de tener en cuenta que toda esta normativa ha de ser interpretada en el contexto establecido por la *ley marco*, el TRLGDCU, pues, tal y como ha afirmado el Tribunal Supremo, según venimos diciendo, *es una especie de ley marco que tiene el carácter de principio general informador del ordenamiento, como prevé su artículo 1.1 de acuerdo con el artículo 53.3 CE y en desarrollo de su artículo 51.* (Cfr. STS 1ª de 22/07/94, de la que procede la cita y 18/03/95, entre otras). Más interesante aún es el caso de la STS 1ª de 15/06/2000 en la que un promotor publicita una piscina en la urbanización proyectada, si bien no figura en el Registro de la Propiedad, y luego no construye, lo que defrauda las legítimas expectativas de los adquirentes. En consecuencia, y sobre la base de los artículos 13 y 17 de la anterior LGDCU, el Tribunal Supremo le obliga a indemnizar a los compradores, pues afirma que, pese a que el artículo 221 de la Ley Hipotecaria es evidenciador del principio de *publicidad registral* como instrumento informativo de su contenido, *ello no es óbice para la plena vigencia de la LGCU 26/84, en cuanto ésta consagra como garantía para los derechos que ella recoge la decisiva influencia de la publicidad sobre los compradores a la hora de contratar, por lo que no puede prescindirse de lo ofertado públicamente, ya que la publicidad ha de reputarse integrada en los contratos.* Pensemos que, en esta sentencia el Tribunal “armoniza” la aplicación de una norma tan vinculada con la

seguridad jurídica como es la ley Hipotecaria, con la normativa de protección de consumidores, más dinámica y flexible al estar basada en el valor “justicia”, evitando que una interpretación “rigurosa” de aquella origine una solución “formalmente válida”, pero “finalmente injusta”. Ello no supone que su carácter de norma/principio informador excluya la aplicación del resto de las normas llamadas a regular los distintos supuestos que se puedan plantear, pero sí hemos de recordar que el artículo 2 del TRLGDCU nos lleva a la conclusión de la *prioridad* de esta norma, sobre las leyes civiles y mercantiles, según hemos visto.

La importante *dimensión subjetiva* del Derecho del Consumo, la persona y sus bienes como eje central, implica su conexión con otros preceptos constitucionales tan relevantes como los artículos 9 y 10, o los relativos a los derechos fundamentales, como la vida, integridad física y moral, la igualdad, la intimidad o la protección de datos personales, que pueden resultar afectados como consecuencia de conductas observadas en el desarrollo de actividades *de* consumo. Por tanto, entendemos que existe un *derecho del consumidor/persona a la* protección vinculado a bienes que le son esenciales, que ha de vertebrarse mediante *garantías institucionales* u *objetivas* de tutela, cuyo arbitrio compete a los poderes públicos (de carácter legal, administrativo o judicial: “Defensor”, Juntas Arbitrales, O.M.I.C.) y otras subjetivas o instrumentales, fundamentalmente derechos y acciones, cuyo ejercicio corresponde al consumidor.

Esta *dimensión subjetiva* aún siendo relevante, ha de ser puesta en relación con la *dimensión objetiva*, el *acto de consumo*, para justificar la aplicación de estas normas a materias antes atribuidas en *exclusiva* al Derecho Mercantil o Civil, así lo pone de manifiesto la STS de 9/12/1999 cuando hace girar el tema sobre la condición de *consumidora* de la persona que insta el proceso: *Por lo demás, son aplicables a éste supuesto los artículos 1, 26 y 28 L. 26/1984 de 19 de julio debido a que la demandante es consumidora (artículo 1), ha utilizado unos servicios (artículo 26), entre los que se incluyen los sanitarios (artículo 28.2) y la producción de un daño genera la responsabilidad objetiva que desarrolla el cap. VIII (arts 25 y ss).* (En el mismo sentido STS de 1 y 21 de julio 1997 y 29 de junio 1999).

Además, sin querer entrar de lleno en ello, el concepto de consumidor posee diversas proyecciones, cuya mayor o menor relevancia estará en función del bien

afectado por esa actividad: el paciente, el administrado, el contribuyente, el comprador, arrendatario o el defendido, son proyecciones del sujeto considerado como persona. Así por ejemplo, la legislación de protección de datos es aplicable a esta materia, así como la legislación sanitaria o administrativa, cuando formulan los derechos del paciente o del administrado, están regulando materias afectas al consumo de relevancia cualificada.

Recordemos en este punto que la *Resolución* CEE de 14 de abril de 1975 recogía un concepto de consumidor mucho más rico y complejo que el del mero comprador de bienes o usuario de servicios, pues lo concibe como *una persona a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como consumidor*. Además, esa dimensión social implica que ese derecho del consumidor a la protección y defensa no se agota en el ámbito de las relaciones de carácter individual, sino que afecta a los llamados intereses colectivos: *aquellos que no son una acumulación de intereses de particulares que se hayan visto perjudicados por una infracción* cuya titularidad concreta no está conferida a un sujeto determinado, y su lesión afecta al colectivo de los consumidores, por lo que su defensa se confía a la labor de los poderes públicos o a la de determinadas instancias como las asociaciones de consumidores o el Ministerio Fiscal, según vimos anteriormente. Es también interesante recordar la crítica que en su momento se formuló a la ubicación de la materia en el artículo 51 CE y su conexión con el artículo 53.3 del mismo Texto, por cuanto ello inducía a pensar que era necesaria la “*interpositio legislatoris*” para la puesta en práctica de estos derechos, reduciendo así el papel del artículo 51 CE a una mera función *programática*, ya que si los derechos básicos y los instrumentales del artículo 51 no forman parte del contenido de un derecho fundamental, no cabe aplicarles lo establecido para aquellos.

Tal vez fuera esta problemática, entre otros *factores*, la que incidiera a la hora de optar por una *ley general* para regular esta materia mediante la derogada ley 26/84, opción que fue criticada pues se entendía que la Constitución ordena proteger a los consumidores, no dictar una ley concreta, sino mediante leyes sectoriales que incidieran en los sectores y actividades donde tales derechos debieran ser aplicados. Sin embargo, se pretendió dictar una norma general con efecto transversal, coordinadora y completa, que dotase de un sentido coherente (marco general) basado en los principios y valores constitucionales, a la legislación y la práctica judicial en este campo y, pese a las críticas, dicha tarea se va

realizando, según hemos visto anteriormente. Hemos de recordar que el Principio de la protección del consumidor informa a todo el ordenamiento jurídico, vincula a los poderes públicos, y a los particulares, e inspira la práctica judicial y a la legislación positiva, a la vez que se proyecta sobre las instituciones y relaciones jurídicas de distinta naturaleza e incluso puede fundamentar la inconstitucionalidad de una ley, según se deduce de los artículos 16.1 CE y 27.1 y 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Y ello porque el TRLGDCU, al igual que su predecesora, se apoya directamente en el artículo 51 CE y se vincula a otros principios y preceptos constitucionales, pues desarrolla un principio informador del ordenamiento jurídico (STC 26/01/1989) sin que ello suponga que con ella se cumpla totalmente la tarea del legislador, ni que sea una norma “omnicomprensiva”, sino que habrán de dictarse otras normas que desarrollen dichos principios en aquellos sectores y materias que lo precisen, porque como dice la STS de 28 de marzo de 1995, ya citada, la LDCU *bajo su proyección normativa expresamente se remite a la aplicabilidad además de las normas civiles y mercantiles, con lo cual éstas no vienen a quedar ni relegadas ni suplantadas.*

De otro lado, esta Ley se ha de conectar con otros principios constitucionales que inspiran el sistema económico que ha diseñado la Constitución, lo cual nos lleva a dotar a la institución *central* del mercado, el contrato, de unos perfiles nuevos merced a su conexión con preceptos de la *Carta* como el artículo 10, 38, 139 y 149 pues, como afirma DIEZ-PICAZO *la obligatoriedad del contrato encuentra su fundamento en la idea misma de la persona*, lo que le vincula al artículo 10 CE y a la dignidad de esta. Además, el contrato se presenta como un elemento vertebrador del mercado en la medida en que sirve para *instrumentalizar* el intercambio de bienes y servicios entre empresas y consumidores, lo que ha de verificarse de acuerdo a los principios y valores socialmente consagrados. Cumple así el papel “institucional” que le corresponde en relación con su doble vertiente “normativa” y “negocial” y en cuyo contenido se han de equilibrar, en los términos antes expresados, la intervención del legislador, protegiendo al consumidor o usuario, y la autonomía de la voluntad, sobre todo en relación con las condiciones generales. Este fenómeno ha sido puesto de relieve por ROSSI CARLEO cuando afirma que el reordenamiento operado por los códigos de consumo pone al contrato como *centro* del procedimiento de consumo, en el que se ha restringido significativamente la fase negocial precontractual. Por tanto, este contrato no puede presentarse como un modelo impuesto por

una parte – fuerte y organizada – a la otra – débil en cuanto privada de instrumentos para superar los desequilibrios estructurales– que sólo puede aceptarlo mediante adhesión.⁵² Ello hace especialmente necesario extremar los controles por parte de los poderes públicos del contenido de los contratos de esta naturaleza, ya se por *vía legal*, incluyendo determinadas cláusulas e excluyendo otras – como hace el TRLGDCU – ya administrativa por medio de la *homologación* de determinadas cláusulas como sucede en el caso de la Sentencia 59/04 de la AP de Córdoba Sección 3ª de 29 de febrero, y judicial pues como ha señalado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala 4ª) en su sentencia de 4 de junio de 2009, el Juez debe examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula inserta en un contrato celebrado con un consumidor. Establece así mismo la sentencia que la protección que la Directiva 93/13 CEE confiere a los consumidores se extiende a aquellos supuestos en los que el consumidor que haya celebrado con un profesional un contrato en el que figure una cláusula abusiva, no invoque el carácter abusivo de la citada cláusula bien porque ignore sus derechos, bien porque los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los tribunales le disuadan de defenderlos. En consecuencia, la función del juez nacional en materia de protección de los consumidores no se limita a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar *de oficio* esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, incluso en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial. Por tanto, cuando el juez nacional considere que la cláusula en cuestión es *abusiva* se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por el juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula. Así mismo, no resulta compatible con la Directiva una norma nacional que disponga que el consumidor únicamente podrá considerar que no está vinculado por una cláusula contractual abusiva en el supuesto de que la haya impugnado con éxito ante el juez nacional. En efecto, una norma de ese tipo priva al juez nacional de la posibilidad de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual. Finalmente, el Tribunal de Justicia declara que una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, que ha sido incluida sin haber sido objeto de

⁵² Vid. “Il mercato tra scelte volontarie e comportamenti obbligatori”. En *Europa e Diritto Privato*. Fasc. 1 de 2008 pp. 166 y ss.

negociación individual y que atribuye competencia exclusiva al tribunal en cuya circunscripción está situado el domicilio del profesional, puede ser considerada abusiva.



En definitiva, pues el contrato en la sociedad de consumo, dentro del marco diseñado por la Constitución, deja de ser un “acto de comercio” o un mero “pacto entre particulares” (“*lex privata*”) para convertirse en un elemento central de un conjunto normativo, que algunos denominan “*Derecho de Consumo*”, en virtud del cual se van objetivando las relaciones jurídicas contractuales, y extracontractuales en su caso (responsabilidad civil) y promoviendo la unificación de fuentes, objeto y método, que podría dar origen a una nueva disciplina.⁵³ Pensemos que las normas a las que nos referimos se encuadran en disciplinas como el Derecho Civil, Mercantil, Penal, Procesal, Administrativo, Financiero, etc. Por lo que su “dispersión” actual sólo va en detrimento de su eficacia.⁵⁴

No entramos, por razones obvias, en el debate de si cabe defender un “*Derecho de Consumo*” como disciplina autónoma, con sus componentes de fuentes, objeto y método, o si se trata, más que de una disciplina “nueva”, de un “*Derecho estatutario*” dirigido a proteger a una categoría de personas cuando realizan una actividad específica enmarcable dentro del ámbito del consumo de bienes y servicios, cuestión en la que la Doctrina no es pacífica. Sea cual sea la opción que se elija, desde luego tiene razón REYES LÓPEZ⁵⁵ cuando afirma el papel “catalizador” que esta disciplina ha jugado en orden a dotar de una nueva dimensión a la materia de la responsabilidad, a lo que ya aludía García Amigo. Ello responde a la “publicación” del Derecho patrimonial, dentro de ese fenómeno de “difuminación” de las fronteras entre Derecho Público y Derecho Privado, y a la necesaria reafirmación de principios constitucionales como el de igualdad y protección del consumidor en sede de contratación privada. Lo cierto es que ya no cabe escindir el ordenamiento en compartimentos estancos, sobre todo en esta materia donde se dan cita normas civiles, mercantiles, penales, administrativas, fiscales o procesales.

⁵³ Vid. BURGOIGNIE: *Eléments pour une théorie du droit de la consommation*. Paris. 1988.

⁵⁴ Esta problemática es abordada por ROSSI CARLEO, L.: *La codificación sectorial, entre límites y oportunidad: el código italiano de consumo*. Trad. L. Aguilar Ruiz. RdP.2006

⁵⁵ Vid. *Derecho de Consumo*, Coordinadora M. J. REYES LÓPEZ, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Por otra parte, la mayoría de las Comunidades Autónomas optan por dictar “estatutos” del consumidor o usuario en desarrollo de sus competencias, siguiendo las directrices de la legislación “básica” del Estado. Téngase presente, además, el predominante carácter “imperativo” de las normas de protección del consumidor, que inciden en elementos tan “estructurales” como el contenido del contrato, que no “sustituyen” a las del Código Civil, sino que completan o desarrollan los principios de éste: o “interpretan” la autonomía del artículo 1255 o integran el contrato en los términos previstos en su artículo 1258.

La STC 71/1982 afirma *el carácter interdisciplinario o pluridisciplinario del conjunto normativo que, sin contornos precisos, tiene por objeto la protección al consumidor; además, pone de manifiesto que la técnica legislativa a aplicar en este campo implica la plural inclusión de una regla en sectores distintos*. Al abordar la cuestión de la competencia legislativa sobre la materia afirma que *la garantía de la uniformidad de las condiciones básicas en el ejercicio de los derechos, la unidad del mercado y la afectación de intereses que exceden al ámbito autonómico, son, según entendemos, límites que deben tenerse presentes*. Cabe también citar la STC 15/1989 a cuyo tenor *la defensa del consumidor y del usuario nos sitúa, en efecto, a grandes rasgos y sin necesidad ahora de mayores precisiones, ante cuestiones propias de la legislación civil y mercantil; es decir, ante materias que la Constitución toma como punto de referencia para fijar las bases mínimas que, por corresponder al Estado, quedan al margen del ámbito de disponibilidad de los Estatutos de Autonomía*.⁵⁶

A este propósito es oportuno recordar que el Consejo de Estado ha afirmado que desde una óptica más amplia, y en lo que concierne a la invocación de las legislaciones civil y mercantil, ha de tenerse en cuenta que las compraventas de bienes de consumo tienen una tipología extremadamente variada y comprenden tanto compraventas civiles

⁵⁶ La normativa sobre esta materia posee una vis atractiva tal y como se refleja en el artículo 13 de la derogada Ley 23/2003 de 10 de julio, de Garantías en la venta de Bienes de Consumo, a cuyo tenor Las normas de protección de los consumidores contenidas en esta Ley serán aplicables, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contenido cuando el bien haya de utilizarse, ejercitarse el derecho o realizarse la prestación en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, o el contrato se hubiera celebrado total o parcialmente en cualquiera de ellos, o una de las partes sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o presente el negocio jurídico cualquier otra conexión análoga o vínculo estrecho con el territorio de la Unión.

como compraventas mercantiles. En consecuencia, entiende éste Consejo que la proyectada legislación debiera ampliar los títulos competenciales que invoca e incluir, dentro de ellos, la legislación mercantil y procesal que el artículo 149, número 1,6ª de la Constitución reserva al Estado.

Todo ello reafirma la dimensión interdisciplinar de esta materia, su conexión con los principios constitucionales “básicos” y la necesidad de centrar su tratamiento sobre un “eje de gravedad” uniforme y coherente.⁵⁷

No se trata, como venimos diciendo, de “sustituir” al Código Civil o al de Comercio, sino de una relectura y aplicación de las normas civiles y mercantiles desde unos principios y conforme a unos valores socialmente compartidos que parten de la Constitución y el Derecho Comunitario, pero perfectamente conectados con otros ya inherentes a nuestro sistema desde antiguo: Justo equilibrio, protección de la parte débil, buena fe, abuso del derecho, etc. Porque entendemos que las instituciones reguladoras de las relaciones jurídicas de carácter privado (en este caso los “contratos de consumo”) han de contener un “substrato básico de equidad” garantizado por las normas que fijan y perfilan sus elementos estructurales, siendo éstas indisponibles por cuanto su elusión puede ser causa de situaciones contrarias a los principios inspiradores de nuestro Ordenamiento.

En estas líneas no se reivindica, como se ha visto, una jurisdicción científica “excluyente”, sino todo lo contrario, pero hemos de tener muy presente que, según nos recuerda DIEZ-PICAZO, el concepto de contrato, y el fundamento de eficacia vinculante, está indisolublemente ligado a la persona y sus valores, por lo que estos han de primar en la tarea normativa e interpretadora, como se deduce del mandato constitucional. Así mismo, entendemos que la necesidad de coordinar y dotar de coherencia a los estudios doctrinales, a la labor legislativa y la aplicación jurisprudencial, de una normativa que ha “desbordado” el encuadramiento en los “viejos” esquemas del siglo XIX y demanda un tratamiento coherente para cumplir más eficazmente su misión que no puede hacerse únicamente sino desde una óptica

⁵⁷ Cfr. Dictamen relativo al Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 26/1984 de 19 de julio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Número de Expediente 1732/2002

multidisciplinar. No se trata desde luego de una tarea que pueda ser impuesta por un acto de “autoridad”, como decía LANGLE,⁵⁸ sino que ha de venir como consecuencia lógica de los factores que antes hemos apuntado, pero es una dinámica que se va a ir imponiendo por la fuerza de los hechos. Así lo puso de relieve MORENO QUESADA cuando le dotaba de un significado más amplio que el de reducir un Código y ampliar otro: *es que se pone de manifiesto la progresiva desaparición de diferencias entre ambas ramas del Derecho Privado, su unificación por la fuerza de los hechos, que se impone en la realidad de la vida jurídica a los compartimentos estancos que el legislador ha pretendido establecer, o un determinado sector de la doctrina ha querido ver en la regulación por Códigos diferentes.*⁵⁹



Esta vuelta al ideal codificador, y esta vez desde una dimensión europea, es una oportunidad para desarrollar una tarea no exenta de dificultades y que, de llevarse a cabo con éxito, debería plantearse una segunda derivación en sectores “ceranos” al Derecho del Consumo. Este Código de Derecho Privado europeo podría aplicarse a diversas relaciones jurídicas entre particulares, de consumo y, en su caso, laborales.

Desde esta perspectiva, es interesante resaltar la reciente publicación de la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, la cual tiene por objeto, en una propuesta claramente armonizadora, contribuir al buen funcionamiento del mercado interior mediante la aproximación de determinados aspectos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre contratos celebrados entre consumidores y comerciantes; lo que constituye sin duda, todo un avance.

V. CONCLUSIONES

⁵⁸ Vid.: “El inquietante problema de la homogeneidad y unidad interna del Derecho mercantil”. *R.D.M.*, núm. 89 de 1961

⁵⁹ Vid. *Historia...* cit. loc. Cit.

1. Se ha producido un *redimensionamiento* de la función social del contrato a consecuencia de su reconocimiento como institución jurídica básica para *vehicular* el intercambio de bienes y servicios.

2. El contrato se presenta como el elemento básico unificador del *Derecho del Consumo* con preferencia al *Estatuto* del consumidor que actúa como eje medular del sistema en cuanto centro de imputación de normas.

3. Ha aumentado progresivamente el número de contratos *tipificados* y la regulación legal imperativa de su contenido, en aras de la Seguridad Jurídica positiva y *antiprocesal*, como medio de asegurar el equilibrio de las partes y el respeto a los derechos del consumidor contratante.

4. En la misma línea, aumenta progresivamente el formalismo contractual, no sólo como medio de prueba, sino de control del contenido *licito* del contrato.

5. El papel del principio de “buena fe” contractual se ha ampliado, pues no sólo actúa como parámetro *objetivo* de valoración de conductas, sino como instrumento de *integración* positiva y negativa del contrato.

6. Los sistemas jurídicos *causalistas* han demostrado ser más adecuados para imponer la *condicionante ética* en el contenido del contrato y en la solución jurisprudencial de los conflictos generados a la hora de interpretarlos, integrarlos, ejecutarlos, modificarlos y extinguirlos.

7. Cobra plena actualidad la doble dimensión planteada por Kelsen entre el Contrato como *Norma* y el contrato como *Pacto*, a favor de aquella a consecuencia de la proliferación de normas limitativas u orientadoras de la Autonomía de la voluntad en el campo negocial.

8. Existe el peligro de disgregar el Derecho de la Contratación en cuatro regimenes diferentes: Derecho Administrativo para las relaciones *contractuales* de la Administración con las empresas y ciudadanos, Derecho Mercantil entre empresarios, Derecho Civil entre partes *privadas* y Derecho del Consumo, entre consumidores y empresarios y profesionales. Sólo la Doctrina puede ofrecer una solución armónica a

este problema, estableciendo cual ha de ser el centro *ético de gravedad* de un sistema de Derecho Contractual basado en criterios unificados de Justicia *contractual*.



9. No parece resuelto adecuadamente el problema de la ubicación sistemática de los contratos de consumo, que un sector doctrinal pretende situar dentro del Código Civil, lo cual presenta evidentes problemas dogmáticos de difícil solución. La solución adoptada por el RD 1/2007 TRLGDCU se aparta de esta línea al incluir en su seno alguno de los más relevantes.

10. Actualmente, se desarrolla en Europa un fenómeno de unificación del Derecho Privado Europeo de la Contratación, que debería ampliarse posteriormente a otros sectores del mercado. Ese Código funcionaría como un conjunto de herramientas – *tool box* – de las cuales servirse, más que por su fuerza prescriptiva, por su referencia a esquemas operativos comúnmente aceptados.

11. Parece lógico impulsar una técnica de contratos pactados entre las asociaciones de consumidores y las de empresarios de cada ramo y *homologados* por los órganos administrativos competente, como por ejemplo serían las Juntas de Mediación y Arbitraje merced a sus competencias tras la aprobación del RD 231/2008.