

En opinión de Reinhard Zimmermann, que compartimos, la tesis central del libro, según la cual el pensamiento y la praxis de la Modernidad, a pesar de su crítica fundamental y sus relativizaciones prácticas, han permanecido intactos hasta la fecha y así permanecerán durante el tiempo que se alcanza a vislumbrar, es para cualquier iusprivatista, y en realidad para cualquier jurista, una consideración extraordinariamente estimulante (*JZ* 23 [2015], p. 1153), y aunque el libro no presentara ninguno de sus otros muchos méritos, ya solo por eso sería digna Marietta Auer de nuestra felicitación y agradecimiento.

Francisco J. ANDRÉS SANTOS  
Catedrático de Derecho romano  
Universidad de Valladolid

**BOSCH CAPDEVILA, Esteve/DEL POZO CARRASCOSA, Pedro/  
VAQUER ALOY, Antoni: *Teoría general del contrato. Propuesta de  
regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2016, 227 pp.**

El título de la obra objeto de recensión refleja de una manera clara el contenido que en ella vamos a encontrar: una propuesta de regulación de lo que se conoce como teoría general del contrato. Esta Propuesta ha sido realizada principalmente con perspectivas a una futura reforma del Código Civil de Cataluña, dada la ausencia en el Proyecto de Ley del Libro Sexto de una regulación sobre la teoría general del contrato. No obstante, en ningún momento se abandona por sus autores una pretensión más general, dentro de este contexto de modernización del derecho de obligaciones y contratos en el que actualmente nos encontramos inmersos.

La Propuesta que se presenta como texto articulado aparece estructurada en dos partes claramente diferenciadas: una primera parte, en la que se contiene el propio texto articulado, dividido en cuatro capítulos con sus distintas secciones e integrados por un total de sesenta y tres artículos; y una segunda parte, en la que se contienen las concordancias de cada artículo, de manera que puedan conocerse las fuentes consultadas; junto con los comentarios al articulado, que incluyen una explicación detallada de los pormenores del contenido de cada uno de ellos, incorporando respecto de algunos preceptos, como es el caso del artículo 13, en materia de contrato a favor de tercero, o del artículo 34, respecto del precontrato, la jurisprudencia existente sobre la materia, así como la mejor doctrina que ha sido consultada para su elaboración. Esto permite al lector disponer de una interpretación auténtica del contenido de cada uno de los preceptos.

El Capítulo primero del texto articulado, dedicado a las disposiciones generales del contrato, aparece integrado por cuatro secciones, en las que se recogen tanto la definición de contrato, como su contenido obligacional, las reglas relativas a los sujetos de la eficacia del contrato y lo que los autores han denominado «otros elementos del contrato». Tras definir el contrato, en el artículo 1, como «un acuerdo de voluntades por el que dos o más personas se vinculan para crear, modificar o extinguir obligaciones, derechos reales u otros efectos jurídicos patrimoniales», la Propuesta hace mención al principio de autonomía de la voluntad y sus límites de un modo similar a la regulación contenida en el Código Civil español, aunque sustituyendo el término

moral por el de buena fe como límite a este principio. De este primer capítulo, me gustaría destacar dos cuestiones que me parecen fundamentales, teniendo en cuenta la orientación que han seguido las últimas reformas legislativas, así como las distintas propuestas de armonización tanto a nivel interno como europeo. Me refiero al tratamiento que los autores realizan de la causa del contrato y la inclusión en el Código Civil de una regulación sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas.

Por lo que respecta a la causa, es interesante subrayar su configuración como elemento esencial del contrato, apartándose así la Propuesta de la tendencia seguida por las últimas reformas legislativas, como es el caso del Código Civil francés, y de las distintas propuestas armonizadoras, en las que la causa no aparece como un elemento esencial del contrato. Sirva de ejemplo la regulación del *Draft Common Frame of Reference*. Aunque la sistemática pueda confundir un poco, ya que se incluye la causa entre las reglas que llevan por título «otros elementos del contrato», el tratamiento que la Propuesta realiza de la causa es claramente de elemento esencial. Ello se deduce no solamente de su propia regulación, sino también de las reglas de ineficacia contractual, que convierten al contrato sin causa en un contrato nulo de pleno derecho. La causa se asocia en la Propuesta a la idea de «función jurídica y económica que se pretende obtener con el contrato», sin que en ningún momento se incluya, como viene siendo habitual en otras legislaciones, en un mismo precepto junto al resto de elementos esenciales del contrato, y sin que se haga referencia a aspectos tales como la falsedad de la causa o su ilicitud; según explican los autores en sus comentarios, de manera totalmente intencionada, pues su pretensión no es la de regular la causa en sentido subjetivo.

La Propuesta incluye en este mismo capítulo una escueta regulación en materia de condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. Esta regulación, que aparece inserta en la sección dedicada al contenido del contrato, establece una definición de condiciones generales de la contratación y de cláusula abusiva, en la línea ya marcada por la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación y el Texto Refundido de Consumidores de 2007.

Para hablar de condiciones generales de la contratación es necesario que una de las partes contratantes determine de manera unilateral el contenido del contrato, incluyendo dichas cláusulas en un número indeterminado de ellos. Esta exigencia coincide plenamente con lo que ya prevé la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que exige la imposición, predisposición de una de las partes y, por ende, la falta de negociación, así como la inserción en una pluralidad de contratos. Por otra parte, una cláusula será abusiva y, por consiguiente nula, cuando produzca un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes, contrario a la buena fe y a la honradez en los tratos. La consecuencia que se prevé para estos casos es la nulidad. Sin embargo, del artículo 6.3 parece desprenderse la posibilidad de integrar el contrato, si es necesario; solución que se apartaría de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha obligado al legislador español a modificar el artículo 83 del Texto Refundido de Consumidores, para eliminar la posibilidad de integración o moderación, debiendo tenerse la cláusula por no puesta.

Es destacable también la regulación que en el artículo 7 se contiene acerca de la cláusula *rebus*, al permitirse la posibilidad de instar la modificación del contrato con objeto de restablecer el equilibrio de las posiciones jurídicas, cuando se produzca un cambio sobrevenido de las circunstancias esenciales tenidas en cuenta en el momento de conclusión del contrato.

En el Capítulo segundo de la Propuesta se regulan distintas figuras dentro del bloque de reglas que integran la formación del contrato. En él encontramos una primera regulación relativa al consentimiento de las partes (sección 1.<sup>a</sup>), determinadas reglas sobre la negociación y el acuerdo de voluntades (sección 2.<sup>a</sup>), normas sobre el concurso de la oferta y la aceptación (sección 3.<sup>a</sup>), una regulación sobre los contratos preparatorios (sección 4.<sup>a</sup>) y los contratos de preferencia (sección 5.<sup>a</sup>), así como algunas reglas sobre la conclusión del contrato por subasta y concurso (sección 6.<sup>a</sup>).

El artículo 16 de la Propuesta establece la necesidad de que el acuerdo de voluntades, con intención de vincularse jurídicamente, tenga el contenido y la certeza suficientes para que lo dote de efectos jurídicos. Esta norma recuerda a la necesidad que prevé el Código Civil español de que el objeto del contrato esté determinado o sea determinable. No obstante, los autores parecen referirse también con la expresión «contenido y certeza suficientes» a la causa del mismo y no solamente al objeto.

En cuanto a las reglas sobre la ruptura de los tratos preliminares, me parece un acierto la regulación que se contiene en la sección segunda. Hacía falta una regulación que clarificase qué tipo de responsabilidad se desprende de la ruptura de los tratos por una de las partes, siendo ésta un cuestión muy discutida y que había sido resuelta en nuestro Derecho a partir de la aplicación de la teoría de la responsabilidad por culpa *in contrahendo*. La Propuesta, aunque contempla la libertad de las partes para romper las negociaciones encaminadas a la conclusión de un contrato, en el artículo 19 establece la responsabilidad por culpa *in contrahendo* cuando se rompen las negociaciones infringiéndose las reglas de la buena fe. El contenido de la indemnización deberá incluir los gastos de contratación y el coste de la pérdida de oportunidad, sin que englobe la pérdida de ganancias que hubiera originado el contrato concluido.

Otro tema bastante polémico donde los haya y que los autores resuelven de manera muy acertada, es el tema de los contratos preparatorios, que en la Propuesta incluyen tanto la promesa de contrato, como el precontrato y el contrato de opción. Mientras que la promesa de contrato o compromiso de contratar es definido como la obligación de concluir un contrato definitivo en el tiempo pactado; en el precontrato, el contrato ya se ha celebrado, quedando el cumplimiento de las prestaciones en suspenso hasta que cualquiera de las partes decida dar efectividad al mismo en el plazo fijado. Como puede observarse, la Propuesta sigue la tesis más moderna sobre el precontrato, al concebirlo como un contrato definitivo con todos los elementos necesarios para producir efectos jurídicos, pero respecto del cual las partes dejen en suspenso el despliegue de sus efectos para un momento posterior.

Por lo que respecta al contrato de opción como contrato preparatorio, la Propuesta le otorga también la naturaleza de precontrato, configurándolo como la facultad de una de las partes de poner en funcionamiento el contrato. Establece así el artículo 35 que en el precontrato de opción, «solo una de las partes, llamada optante, tiene la facultad de dar efectividad al contrato».

De una forma separada se regula el contrato de opción de compra, al tratarse de la modalidad de contrato de opción más utilizada en la práctica. Bajo el título «precontrato o derecho personal de opción de compra», el artículo 36.1 aclara que la opción de compra puede tener naturaleza personal o real. En caso de que las partes no hagan referencia a este punto, se presume su naturaleza personal. Ello supone que la opción no será oponible frente a terceros, salvo inscripción en el Registro de la Propiedad, a diferencia de la

opción real, oponible y ejercitable frente a terceros. Por lo que respecta, al acceso de la opción al Registro de la Propiedad, la Propuesta se remite a las normas del Reglamento Hipotecario.

El Capítulo tercero se dedica íntegramente a las reglas de interpretación de los contratos. De esta regulación se extrae la prevalencia del criterio subjetivo de interpretación por encima del objetivo, debiendo buscarse en todo momento cuál ha sido la voluntad de las partes. Respecto a los criterios de interpretación, el artículo 44 de la Propuesta contempla algunos de los más comunes utilizados en las distintas legislaciones europeas y en las propuestas de modernización del derecho de obligaciones y contratos. Es el caso de la interpretación de las cláusulas oscuras, que en ningún caso deberán favorecer a la parte que hubiere causado la oscuridad; o la regla relativa a la contradicción entre condiciones generales de la contratación y la prevalencia de la cláusula más beneficiosa para el adherente.

El Cuarto y último capítulo del texto articulado contiene las reglas sobre ineficacia de los contratos. La Propuesta realiza una regulación separada de la acción de nulidad de pleno derecho y la acción de anulabilidad, siguiendo la sistemática de otros Códigos civiles europeos. Entre los casos de nulidad de pleno derecho la Propuesta incluye supuestos comunes a otras regulaciones, como pueda ser el caso del contrato que no contiene alguno de los elementos esenciales; o el supuesto de infracción de normas imperativas, de la buena fe o el orden público; o también aquellos contratos que no reúnan los requisitos de forma cuando ésta sea esencial o haya sido acordada por las partes.

Aunque la Propuesta al regular la causa no hace referencia a los casos de simulación, es en sede de nulidad de los contratos donde encontramos alguna referencia a esta problemática. Señala el artículo 46.3 que «el contrato en el que las partes, de manera consciente y voluntaria, acuerdan un contenido contractual aparente y diferente de lo que realmente quieren, es nulo, si bien produce efectos en relación con los terceros de buena fe». Me parece adecuada esta previsión, con independencia de que se haya decidido regular la causa desde un punto de vista subjetivo.

En cuanto a los efectos de la nulidad, la Propuesta no hace más que recoger las consecuencias típicas de toda declaración de nulidad radical: la ausencia de efectos jurídicos, la restitución de las prestaciones, la imposibilidad de confirmación y la posibilidad de nulidad parcial, salvo que el contrato no pueda subsistir sin tales cláusulas.

Llama la atención la manera en que puede declararse la nulidad del contrato. Aunque la nulidad puede ser declarada por el Juez de oficio, pudiendo ejercitar la acción cualquiera de las partes u otra persona con interés legítimo sin límite temporal alguno, la Propuesta admite la declaración extrajudicial de la nulidad del contrato, en virtud de notificación de una de las partes a la otra, como si se tratase de la resolución de un contrato; o también vía excepción, pudiendo ser alegada como causa legítima de oposición a la pretensión de cumplimiento de la contraparte. Esta regulación refleja de una manera clara lo que es bien conocido por todos: que la nulidad radical opera *ipso iure* y no es imprescindible ejercitarla siempre porque, como afirma Díez-Picazo, «el vicio va ínsito en el mismo contrato» (*Sistema de Derecho Civil*, vol. 2, Madrid, 1999, p. 105).

Por lo que respecta a la anulabilidad de los contratos, la Propuesta contempla los casos de contratos concluidos por personas sin capacidad de obrar, contratos en los que el consentimiento no se presta de forma libre o está

viciado y aquellos contratos en los que se prevea expresamente. No considero del todo acertada la expresión «personas sin capacidad de obrar», que contiene el artículo 50 de la Propuesta. Me parece más adecuado utilizar la expresión «personas que tengan limitada su capacidad de obrar» o «personas que tengan modificada su capacidad de obrar judicialmente». Por otra parte, se echa en falta una regulación relativa a la rescisión de los contratos. Aunque la Propuesta prevé en este capítulo una regulación específica acerca de los efectos del contrato en fraude de acreedores, caso que ha sido regulado tradicionalmente por el Código Civil español como causa de rescisión de los contratos, sin embargo, no se contempla como un caso de rescisión. El efecto que la Propuesta otorga a los contratos celebrados en fraude de acreedores es la inoponibilidad a éstos mientras no haya prescrito su pretensión, ya que el contrato sigue siendo eficaz. Si el adquirente es de buena fe, solo responderá en la medida en que se haya enriquecido, recogiendo aquí la Propuesta un caso claro de enriquecimiento injustificado. Si el adquirente lo fue de mala fe, esto es, si conocía o pudo razonablemente conocer del carácter perjudicial de la transmisión, responderá del perjuicio producido cuando haya enajenado los bienes y cuando éstos se hayan deteriorado o perdido por cualquier causa. Si bien del artículo parece desprenderse que si no los ha enajenado deberá devolverlos al ser ineficaz el contrato, sin embargo, al admitir los autores en sus comentarios que el contrato no ha dejado de ser eficaz, habrá que entender que lo que deberá hacer el adquirente es indemnizar. Considero más adecuado incluir este supuesto como causa de rescisión, declarándose la ineficacia del contrato celebrado con el tercer adquirente.

En resumen, se trata de una obra de gran valor científico, máxime si tenemos en cuenta el grado de dificultad que conlleva elaborar una propuesta de *lege ferenda* sobre cualquier materia de derecho civil, y más aun cuando ésta se centra en la reforma de la teoría general del contrato. Sin lugar a dudas, un referente indiscutible, que con toda seguridad será fuente de inspiración tanto del legislador español como catalán en una futura reforma de la parte general del derecho de contratos.

Laura ZUMAQUERO GIL  
Profesora Ayudante-Doctora  
Universidad de Málaga

**SCHERPE, Jens M. (Ed.): *European Family Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK), Northampton (MA, USA), 2016, 1263 pp.**

El Derecho de familia es, quizá, una de las ramas del ordenamiento jurídico que más cambios ha experimentado en los últimos años. En España, por ejemplo, como en el resto de Europa, el hecho familiar ha dejado de ser homogéneo para pasar a ser cada vez más heterogéneo, con formas de constituir y organizar la familia distintas de las tradicionales. Entre otros factores han contribuido, sin duda, las reformas al Código civil con el objetivo de incorporar el matrimonio entre personas del mismo sexo (Ley 13/2005, de 1 de julio) o el divorcio sin separación previa o alegación de causa legal que lo justifique (Ley 15/2005, de 8 de julio). Desde la perspectiva autonómica, también lo ha hecho el reconocimiento de los efectos legales derivados de la convivencia en pareja estable –aunque desde la STC 93/2013, de 23 de abril,