



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato

Rosa Barceló Compte



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència **Reconeixement 3.0. Espanya de Creative Commons.**

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia **Reconocimiento 3.0. España de Creative Commons.**

This doctoral thesis is licensed under the **Creative Commons Attribution 3.0. Spain License.**



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política
Línea de Investigación: Derecho civil

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

Directora: Dra. Gemma Rubio Gimeno

Tutora: Dra. Mariló Gramunt Fombuena

ROSA BARCELÓ COMPTE
BARCELONA, 2018

Vull expressar el meu sincer agraïment a la Directora d'aquesta tesi, la Dra. Gemma Rubio, per la seva generositat i per tot el que hem compartit més enllà de l'elaboració d'aquest treball.

ÍNDICE

RESUMEN	11
RESUM	13
ABSTRACT	15
PRINCIPALES ABREVIATURAS	17
INTRODUCCIÓN	19
INTRODUCTION	23
CAPÍTULO PRIMERO: LA JUSTICIA CONTRACTUAL EN EL DERECHO PRIVADO EUROPEO COMO CONDICIONANTE NORMATIVO	27
1. LA EQUIDAD EN EL DERECHO DE LOS CONTRATOS: LA PROTECCIÓN DE LA PARTE DÉBIL DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO	27
1.1. La dimensión política del Derecho de contratos.....	27
1.2. La perspectiva Rawlsiana de la protección de la parte débil.....	40
1.2.1. El Derecho de contratos como parte de la estructura básica de la sociedad.....	42
1.2.2. La función distributiva del Derecho de contratos.....	47
1.3. La protección situacional de la parte débil: más allá de la categoría de consumidor	50
1.3.1. La constitucionalización de las normas de Derecho privado o <i>Drittwirkung</i>	59
1.3.2. La buena fe como principio de justicia contractual	67
1.3.3. La moral y la protección de la parte débil de la contratación	72
2. LA PROTECCIÓN DE LA PARTE DÉBIL COMO PRINCIPIO DEL DERECHO DE CONTRATOS: HACIA UN DERECHO CONTRACTUAL MÁS JUSTO	73
2.1. El consumidor como paradigma de parte débil en el Derecho comunitario.....	75

2.2. La protección de la parte débil en contextos asimétricos.....	81
3. LA IMPORTANCIA DEL CONTROL DEL PRECIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO	89
CAPÍTULO SEGUNDO. LA RESCISIÓN POR LESIÓN COMO CONTROL DE LA JUSTICIA SUSTANTIVA EN EL DERECHO DE CONTRATOS	93
1. LA DISTINCIÓN ENTRE JUSTICIA SUSTANTIVA Y JUSTICIA PROCEDIMENTAL	93
2. EL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA DE LAS PRESTACIONES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	97
2.1. La superación del principio de igualdad formal en el Derecho de contratos y la tendencia hacia el equilibrio de las prestaciones en los contratos con causa onerosa.....	101
2.1.1. Causa de la obligación y causa negocial.....	109
2.1.2. La “ <i>causa in concreto</i> ” como instrumento de protección del equilibrio económico del contrato.....	114
2.2. La causa onerosa como instrumento de reequilibrio del contrato en el Derecho civil catalán.....	118
3. LA RESCISIÓN POR LESIÓN CATALANA Y LA RESTITUCIÓN DE LA JUSTICIA CONTRACTUAL.....	122
3.1. La rescisión por lesión como norma causal onerosa. El fundamento objetivo del remedio	126
3.2. La ¿nueva? perspectiva sobre la rescisión por lesión en el Código civil de Cataluña.....	131
3.2.1. La determinación del momento en el que debe valorarse la lesión en el contrato de opción.....	132
3.2.2. Rescisión por lesión y transmisión lesiva de un bien: objeto transmitido y contrato lesivo	133
3.2.3. Legitimación para el ejercicio de la acción rescisoria	138
3.2.4. Supuestos de exclusión de la acción rescisoria. Especial consideración de la enajenación mediante pública subasta.	139

3.2.4.1. Adjudicación directa y exclusión de la acción rescisoria.....	141
3.2.4.2. La distinta naturaleza de la subasta y la adjudicación directa...	145
3.2.5. La flexibilización de los presupuestos de la acción de rescisión por lesión.....	150
3.2.5.1. El desequilibrio justificado en el riesgo contractual propio de los contratos aleatorios.....	152
3.2.5.2. Contratos en los que el precio haya sido determinado por el carácter litigioso de lo adquirido.....	155
3.2.6. ¿Es realmente equitativo un modelo exclusivamente objetivo de reequilibrio de la economía del contrato? De la rescisión por lesión a la ventaja injusta.....	158
3.2.6.1. Rescisión por lesión e irrelevancia del <i>dol personéel</i>	158
3.2.6.2. Modelo objetivo y restablecimiento del valor total de la prestación.....	166
4. LOS SUPUESTOS DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL	173
4.1. La rescisión por lesión económica de reducido alcance con presupuesto subjetivo tipificado: los vestigios de la rescisión por lesión en el CCE.....	173
4.2. El vicio en el objeto del contrato: la usura	180
CAPÍTULO TERCERO. DE LA EXCESIVA DESPROPORCIÓN A LA VENTAJA INJUSTA. EL CONTROL DE LA JUSTICIA PROCEDIMENTAL EN EL DERECHO DE CONTRATOS.....	189
1. LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO INICIAL DEL CONTRATO: LA <i>GROSS DISPARITY</i> O EXCESIVA DESPROPORCIÓN	189
1.1. La <i>gross disparity</i> como expresión de justicia procedimental y sustantiva.....	189
1.2. Caracterización de la excesiva desproporción	199
1.2.1. La injusticia sustantiva	199
1.2.1.1. El beneficio o ventaja excesiva.....	202

1.2.1.2. Ventaja manifiesta o enormemente injusta.....	210
1.2.1.3. La naturaleza y finalidad del contrato.....	215
1.2.1.4. La ganancia desproporcionada.....	218
1.2.2. La injusticia procedimental: elementos subjetivos de la parte perjudicada y de la beneficiada	221
1.2.2.1. El contexto negocial: un vicio jurídico inherente a la parte débil.....	221
1.2.2.1.1. Relación previa de confianza o dependencia entre las partes.....	223
1.2.2.1.2. Situaciones de necesidad económica o necesidades urgentes.....	227
1.2.2.1.3. Deficiencias de carácter subjetivo o personal.....	229
1.2.2.2. Aprovechamiento por la parte fuerte de ese contexto negocial: la regla de la legal neighbourhood. ¿De la explotación injusta a la infracción del deber precontractual?.....	233
 2. HACIA UN INSTRUMENTO DE CONTROL DE LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO NEGOCIAL: DE LA LESIÓN ECONÓMICA AL VICIO DE LA VOLUNTAD	246
2.1. La institución de la violencia económica como un instrumento de justicia contractual	246
2.2. El estado de necesidad y la situación de dependencia económica como expresión de violencia económica en el art. 1143 <i>Code</i>	248
2.3. La expansión de los conceptos de violencia e intimidación del CCE como instrumento de reequilibrio económico del contrato	256
2.4. Las propuestas de modernización del Derecho de contratos español.....	261
 3. LA VENTAJA INJUSTA COMO INSTITUCIÓN AUTÓNOMA DE PROTECCIÓN DE LA PARTE DÉBIL.....	264
3.1. La naturaleza jurídica de la ventaja injusta: entre la justicia procedimental y la sustantiva.....	265
3.2. Ventaja injusta como vicio negocial: entre un vicio del consentimiento y un vicio de la causa.....	271

CAPÍTULO CUARTO. DINÁMICA DE LA VENTAJA INJUSTA	279
1. ¿La causa onerosa como justificación y única supuesto de aplicación de la ventaja injusta?	279
2. Figura lesionaria y presunción de los elementos subjetivos de la institución	283
3. El sujeto protegido: la parte contractualmente más débil	287
3.1. Legitimación simétrica para el ejercicio de la acción	288
3.2. Parte contractualmente más débil.....	289
3.3. Menores e incapaces	294
4. La ventaja injusta y la contratación consciente: especial referencia a la contratación con consumidores.	295
4.1. Dolo incidental y ventaja injusta en casos de infracción de los deberes informativos	296
4.2. La ventaja injusta y la protección de la autonomía sobre el contenido contractual: el art. 621-45.2 CCCat.	303
5. Ventaja injusta e ineficacia del contrato	308
5.1. Justicia procedimental y régimen de la anulabilidad	309
5.2. Justicia sustantiva y acción rescisoria	313
5.3. Características de la acción	314
5.3.1. Lesión <i>ab initio</i>	315
5.3.2. Contratos válidamente celebrados.....	315
5.3.3. Efectos de la acción rescisoria.....	316
5.3.4. Remedio subsidiario y extraordinario.....	319
5.3.5. Remedio de protección de la parte débil.....	320
5.3.6. Acción personal.....	321
5.3.7. Caducidad de la acción.....	323
5.3.8. Renuncia.....	325

CAPÍTULO QUINTO. REMEDIOS PREVISTOS EN LOS SUPUESTOS DE VENTAJA INJUSTA	327
1. La revisión de los contratos en los supuestos de desequilibrio patrimonial.....	327
1.1 La revisión del contrato en los supuestos de alteración sobrevenida de las circunstancias.....	328
1.2. Revisión del contrato en los casos de ventaja injusta	339
2. El principio de conservación del contrato y su función integradora	340
3. La renegociación del contrato entre las partes	343
3.1. Características y contenido del deber de renegociación	349
3.2. ¿Deber de aceptar una propuesta justa y razonable?	350
4. La adaptación judicial del contrato.....	354
4.1. Legitimación para solicitar la adaptación	356
4.2. Condicionamientos procesales de la acción	362
4.3. La adaptación judicial del contrato: límites.....	368
4.4. ¿Tuición paternalista reducida a la mínima expresión?	374
5. La extinción del contrato.....	380
CONCLUSIONES	383
CONCLUSIONS.....	389
BIBLIOGRAFÍA	395

RESUMEN

El presente estudio centra su atención en la utilidad y regulación de la figura de la ventaja injusta que deviene un instrumento eficaz para combatir contratos excesivamente desequilibrados en perjuicio de una de las partes contratantes.

El legislador catalán, a raíz de la aprobación del Libro Sexto del Código civil de Cataluña, ha querido dar un paso adelante en cuanto a la previsión de normativas que aspiran a lograr un Derecho contractual con un carácter marcadamente social mediante la introducción de la ventaja injusta, pionera en el entorno del Estado español. La finalidad de esta figura es la de proteger la integridad del consentimiento; dotar de una acción para combatir las consecuencias injustas de aquel consentimiento que se prestó apresuradamente y sin plena libertad de elección, y solucionar, a su vez, una falta de equivalencia objetiva entre las prestaciones. Para ello ha dado lugar a una institución autónoma de protección de la parte débil que se sitúa entre la justicia sustantiva y la justicia procedimental. Asimismo, el legislador ha aprovechado la ocasión para refrendar y generalizar la institución histórica de la rescisión por lesión que permite recuperar el equilibrio económico al que tienden los contratos estructuralmente onerosos.

El presente trabajo de investigación se centra en el estudio de la institución de la ventaja injusta mediante un análisis crítico que destaca los beneficios que supone la incorporación de dicha figura en el ordenamiento jurídico y a su vez, plantea propuestas de modificación sobre la regulación introducida a partir del estudio de las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo y de los códigos de nuestro entorno.

RESUM

Aquest estudi centra la seva atenció en la utilitat i regulació de la figura de l'avantatge injust que esdevé un instrument eficaç per a combatre contractes manifestament desequilibrats en perjudici d'una de les parts contractants.

El legislador català, amb l'aprovació del Llibre Sisè del Codi civil de Catalunya, ha fet un pas endavant en la previsió de normes de caire social que propugnen un Dret contractual més just, mitjançant la introducció de l'avantatge injust, figura pionera en l'entorn de l'Estat espanyol. La finalitat d'aquest instrument és protegir la integritat del consentiment que es va prestar apressadament i amb una voluntat no del tot lliure, i solucionar, així mateix, una manca d'equivalència objectiva entre les prestacions intercanviades per les parts. Per això s'ha incorporat una institució autònoma de protecció de la part dèbil emplaçada entre la justícia substantiva i la justícia procedimental. Alhora, el legislador ha mantingut i generalitzat la històrica norma de la rescissió per lesió que permet recuperar l'equilibri econòmic a què tendeixen els contractes estructuralment onerosos.

Aquest treball d'investigació centra el seu àmbit d'estudi en la institució de l'avantatge injust a través d'un anàlisi crític que en destaca els beneficis que pot significar la seva incorporació en l'ordenament jurídic i, al mateix temps, planteja propostes de modificació sobre la regulació introduïda a partir de l'estudi de les propostes harmonitzadores del Dret contractual europeu i dels codis civils del nostre entorn.

ABSTRACT

The subject of the present study is the utility and regulation of the so-called 'unfair advantage' rule, which has become an effective instrument against contracts that are excessively unbalanced to the detriment of the weaker party.

The Catalan legislator, after the adoption of Book VI of the Catalan Civil Code, has taken a step forward through the introduction of an 'unfair advantage' rule with the aim to achieve social justice in contract law; as such, the Catalan legislator is a pioneer in the Spanish legal environment. The objective of this rule is to protect the integrity of consent; to provide for an action to challenge the unjust consequences arising from consent that was given hastily and not in complete freedom; and to solve, at the same time, a lack of objective equality between the performance of the parties. To that end, an autonomous legal basis has been introduced for the protection of the weaker party, situated between procedural and substantive justice. Furthermore, the Catalan legislator has endorsed and expanded the historical concept of *laesio enormis*, that is intended to restore the economic balance and allows for rescission of contracts leaning toward being unreasonably onerous.

The main focus of the research is on the institution of 'unfair advantage' by means of a critical analysis that highlights the potential of the introduction of this rule in private law. In addition, it proposes amendments to the Catalan regulation, drawing from the study of the proposals for the harmonization of European contract law and the legal systems around us.

PRINCIPALES ABREVIATURAS

ADC	Anuario de Derecho civil
AP	Audiencia Povicinal
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BW	<i>Burgerlijk Wetboek</i>
CA	Comunidad Autónoma
CCAA	Comunidades Autónomas
CCCat	Código civil de Cataluña
CCE	Código civil español
CCit	Código civil italiano
CCo	Código de Comercio
CCons	Código de consumo de Cataluña
CDCC	Compilación del Derecho civil de Cataluña
CE	Constitución española
CESL	<i>Common European Sales Law</i>
Cfr.	Confróntese
DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference</i>
EAC	Estatuto de Autonomía de Cataluña
LC	Ley Concursal
PAPDC	Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil
PECL	<i>Principles of European Contract Law</i>
PICC	<i>Principles of International Commercial Contracts</i>
PMCC	Propuesta de Modernización del Código civil
RGR	Reglamento General de Recaudación
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Sig.	Siguiente
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJC	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
TC	Tribunal Constitucional

TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias
TS	Tribunal Supremo
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TSJC	Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
VP	Voto Particular

INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

La previsión del legislador catalán relativa a la ventaja injusta refrenda la voluntad de preservar la máxima simetría negocial entre los contratantes, encauzando, así, una regulación que se transforma en un instrumento de justicia contractual⁷, que se asienta como norma destinada a la protección de la parte débil. Así pues, la protección del contratante débil se contempla doctrinalmente como un principio del Derecho de contratos contemporáneo que emerge como contrapeso al de la libertad contractual, paradigma de la codificación decimonónica⁸. Ello nos permite poner de manifiesto la dimensión política del Derecho de contratos

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

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

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

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

⁷ Al respecto, véase COLLINS, H., (2003): "La giustizia contrattuale in Europa", *Rivista Critica di Diritto Privato*, p. 678.

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

que motivó la iniciativa fallida de lograr un Código civil compartido entre todos los Estados miembros de la Unión Europea⁹. Paralelamente, la refacción de los códigos civiles de los Estados o las codificaciones de nuevo cuño incorporan previsiones normativas que evidencian la moralización de las relaciones privadas: ello se aprecia en la incorporación de la ya aludida ventaja o explotación injusta, y también mediante la previsión normativa de la alteración sobrevinida de las circunstancias (*hardship*) o en la proyección de la buena fe como principio general del ordenamiento jurídico¹⁰.

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

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

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

El método comparativo ha resultado fundamental en nuestra actividad investigadora al permitirnos apreciar los planteamientos señalados por los textos

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

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

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

y propuestas internacionales inspiradores de la norma catalana, así como las distintas formulaciones académicas y construcciones normativas de nuestro entorno que regulan figuras afines a la ventaja injusta. Ello ha sido de gran utilidad para tomar conciencia de la relevancia normativa de la figura y para abordar el análisis fundamental del contenido y funcionalidad de la misma.

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

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

INTRODUCTION

In 2017, when passing Book Six of the Civil Code of Catalonia on obligations and contracts and on the amendment of books one, two, three, four and five by virtue of Law 3/2017 of 15 February, the Catalan legislator introduced the institution of unfair advantage and generalised the old doctrine of *laesio enormis* contained in the Compilation of Civil Law of Catalonia¹².

The regulation has been considered by incorporating a subjective base to avoid clear cases of abuse of one of the parties by the other and to enable the rebalance between the benefits exchanged. Furthermore, the maintenance of damages amounting to more than half in the Civil Code of Catalonia offers a response to cases of serious imbalance of benefits¹³. The object of our research is the subjective rule, which has drawn very clear inspiration from international, harmonising texts of European Contract Law (PICC, PECL and DCFR). Said texts establish an institution that describes a specific focus since it combines in one single figure aspects related to substantive contract law, promoting fair content and issues related to procedural law, which advocate the award of free, accurate and conscious consent¹⁴.

¹² Article 621-45 CCCat includes the general regulation of the figure of unfair advantage: “1. *The contract of sale and others that involve consideration may be rescinded if, on conclusion of the contract, one of the parties dependent on the other or which maintained a special relationship of trust therewith, was in a situation of financial vulnerability or imperious need, was incapable of anticipating the consequences of its acts, manifestly ignorant or manifestly lacking in experience and the other party was aware of or should have been aware of said situation, took advantage of it and obtained excessive benefit or manifestly unfair advantage.* 2. *In consumer sales, the contract can be rescinded not only on the grounds referred to in section 1 if there is a serious imbalance in the rights and obligations of the parties to the detriment of the consumer, contrary to the requirements of good faith and honourable agreement.* Furthermore, the regulation contained in Article 621-46 CCCat on damages amounting to more than half provides that: “1. *The contract of sale and others that involve consideration can be rescinded if the damaged party demonstrates that, at the conclusion of the contract, the market value of the benefit received is less than half the market value of the benefit it provides.* 2. *In the case referred to in section 1, the other party may oppose that the alleged imbalance is justified in the very contractual risk of random contracts for the existence of a gratuitous cause.* 3. *In cases of purchase options, the imbalance referred to in section 1 must exist when the option is agreed.*”

¹³ See paragraph 23 of the Preamble of Law 3/2017 of 15 February.

¹⁴ BONNELL, M.J., (1994): *An international Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Irvington- New York: Transnational Juris Publications, Inc, pp. 162-168.

Indeed, the historical institution of rescission on the grounds of damages led to controversies that were extensively exposed by case law, evidencing the need for the regulation to incorporate a subjective base¹⁵. Accordingly, it is fitting to state that the figure has been partially amended in the reformulation provided by the Catalan rule contained in Book Six: the maintenance of damages amounting to more than half includes the need for a legal contribution to the creation of scenarios that enable a significant balance of the contractual content. That awareness presides the new proposal for the figure of damages and the configuration of the new institution of unfair advantage systematically included in the same legislative title of the Civil Code of Catalonia¹⁶. This subjective configuration is also the starting point for most of the compared legislative constructions on the figure¹⁷.

The foresight of the Catalan legislator in relation to unfair advantage highlights the will to maintain maximum symmetry of negotiation between the parties to a contract, giving rise to a regulation that becomes an instrument of contract law¹⁸, consolidated as a rule designed to protect the weak party. Thus, the protection of the weak party is seen in the doctrine as a principle of contemporary contract law that emerges as a counterweight to that of contractual freedom, a paradigm of 19th-century legislation¹⁹. This shows the political dimension of contract law behind the failed initiative of a civil code shared by all the Member States of the European Union²⁰. At the same time, the rewriting of the civil codes of the States or their new codes include provisions that reveal the moralisation of private relations: this can be seen in the incorporation of the aforementioned unfair exploitation or advantage and in the regulation of the unforeseen alteration of

¹⁵ MARTIN CASALS, M., (2000): "Perspectives de futur de la rescissió per lesió ultra dimidium", en ÀREA DE DRET CIVIL (Coord.). Universitat de Girona (2000): *El futur del Dret Patrimonial a Catalunya*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 173-174 and 179-202.

¹⁶ The heading that establishes both figures is to be found in subsection six: Unfair advantage and damages amounting to more than half.

¹⁷ In particular, the harmonising proposals of European Contract Law (art. 4:109 PECL and art. II.-7:207 DCFR).

¹⁸ Accordingly, see COLLINS, H., (2003): "La giustizia contrattuale in Europa", *Rivista Critica di Diritto Privato*, p. 678.

¹⁹ HONDIUS, E., (2004): "The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis" *Journal of Consumer Policy* 27, p. 246.

²⁰ MAK, C., (2008): *Fundamental rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, pp. 174-176.

circumstances (hardship) or the substantiation of good faith as a general principle of the legal code²¹.

With regard to the remedies indicated by the institution of unfair advantage, the regulation includes protection through the adaptation of the contract by the judge as a resource preferred over rescission; said option saves the contract and is the one chosen by most codes of law and their proposals²².

Legislation on unfair advantage will provide legal players with an ambitious regulation that may offer a response to situations that have led to a contract that is innocuous for one of the parties, where certain situations may be considered as an infraction of the duty to pre-contractual information, and offer protection in circumstances that go beyond defects in consent, reporting excessive benefit for one of the parties, who is accused of having actual or inexcusable knowledge of the situation affecting the other party, which is weaker in terms of the contract.

This reveals the potential of an institution that makes it possible to recover the financial balance of contracts that involve consideration and, at the same time, constructs an ideal scenario on which the issue of consent is part of a reflective process.

The comparative method has been fundamental to our research as we have been able to appreciate the considerations included in the texts and the international proposals from which the Catalan law has drawn inspiration, as well as the various academic formulations and those of our legislative constructions that regulate figures comparable to that of unfair advantage. This has been of great use for understanding the legislative relevance of the figure for the fundamental analysis of the content and functionality thereof.

In our immediate geographical context, the attention the institution has drawn reveals views on legislative policies that are clearly opposed: where the Catalan legislator has regulated the figure in terms of renewal with regard to rescission

²¹ LURGER, B., (2011): "The Social Side of Contract Law and the New Principle of Regard and Fairness", in HARTKAMP, A, HESSELINK, M.J, HONDIUS, E, MAK, C, DU PERRON, E, *Towards a European Civil Code*, Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law international, pp. 365-366.

²² STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP); VON BAR, C., CLIVE, E., (Eds.): (2009): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. DCFR Full Edition*, Munich: sellier. European law publishers, p. 509.

on the grounds of objective damages as per the Compilation, maintaining the figure until now, the state legislator, in keeping with the completely liberal approach of the Spanish Civil Code, which does not have a figure of control for exchange law, has omitted any firm attempt at its inclusion.

Our work, which we submit for your consideration, analyses all these issues in relation to an instrument that stands as a general mechanism for protecting the weak party in a contract.

CAPÍTULO PRIMERO: LA JUSTICIA CONTRACTUAL EN EL DERECHO PRIVADO EUROPEO COMO CONDICIONANTE NORMATIVO

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

La protección de la parte débil del iter contractual se ha visto promovida por el Derecho contractual europeo a raíz del desencanto social y económico del momento, que ha cuestionado el marco de la libertad contractual y que defiende un nuevo humanismo contractual, que concibe el contrato como un instrumento de promoción de valores tales como la solidaridad o la equidad y que toma en consideración una necesaria conciliación entre la autonomía de la voluntad de las partes y la necesaria protección de los contratantes más débiles²³. En consecuencia, queda cuestionada la concepción del Derecho de contratos como Derecho neutral, ajeno a consideraciones de índole política y meramente técnico.

1.1. La dimensión política del Derecho de contratos

El afán de redactar un Código civil europeo que homogeneizara el derecho contractual de los Estados miembros resultó en una actividad legislativa y doctrinal (el llamado *acquis communautaire* o acervo comunitario) muy intensa en el seno de la Unión Europea a partir de la segunda mitad de la década de los años 80²⁴. Sin embargo, el sueño de la consecución de un derecho de común de

²³ DE CASTRO VÍTORES, G., (2009): "Cláusula penal, contratante débil y principio de buena fe: Acervo contractual europeo y derecho español", en BOSCH CAPDEVILA, E., (Dir.) (2009): *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*. Barcelona: Bosch, p. 570.

²⁴ La preparación y elaboración de un Código europeo común de Derecho privado nació a través de la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989, que instaba a dar comienzo a los trabajos de preparación indispensables para elaborarlo y, asimismo, hacía un llamamiento a los Estados miembros para que se manifestaran en relación a ello, cfr. DOCE C158, de 26 de junio de 1989, p. 401 y sig. Sin embargo, la idea de un código contractual a nivel europeo había germinado en un ambiente más informal en los años 70, tal y como se señala en "Cf. the Preface and Introduction to Parts I and II of the PECL", en LANDO, O, BEALE, H., (Eds.) (2000): *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, The Hague: Kluwer, p. xi.

contratos a nivel comunitario quedó diluido hacia proyectos menos ambiciosos²⁵. Así, la existencia en el seno de la Unión de regímenes civiles tan dispares como el anglosajón, de creación jurisprudencial, o el europeo continental rebajó las expectativas más estimulantes y logró canalizarse a través de la formulación de una serie de principios, definiciones o reglas, relativas a aspectos comunes a todo el *acervo*, especialmente en materia contractual (Principios de Derecho contractual europeo –PECL- y Marco Común de Referencia – MCR o CFR, por sus siglas en inglés-)²⁶. Estos últimos proyectos se han categorizado como un instrumento opcional o *soft law*. Esta idea de principios fue auspiciada por varias comunicaciones emitidas por la Comisión europea entre los años 2001 y 2004²⁷, que dieron lugar, precisamente, al nacimiento del Marco Común de Referencia (MCR). Éste se inspiró en el trabajo liderado por el profesor Ole Lando, los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL)²⁸ y los “Principes directeurs”, diseñados por la *Association Henri Capitant* y la *Société de législation comparée*²⁹.

²⁵ A pesar del fervor inicial y del soporte del Parlamento europeo (véase también la Resolución de 6 de mayo de 1994, que establece la necesidad de armonizar determinados sectores del Derecho privado de los Estados Miembros, cfr. DOCE, C205, de 25 de julio de 1994, pp. 518 y 519) la idea de Código civil europeo no reunió el consenso necesario y, por ello, los miembros de un grupo de académicos liderados por el profesor Ole Lando convergieron en la redacción de unos Principios de Derecho contractual europeo (los PECL), véase LANDO, O., y BEALE, H., (Eds.) (2000) *Principles ...cit.*; LANDO, O., CLIVE, E., PRÜM, A., ZIMMERMANN, R., (Eds.) (2003): *Principles of European Contract Law, Part III*, The Hague: Kluwer. Otros proyectos que sucedieron a los PECL fueron el de la Academia de iusprivatistas europeos, *vide* GANDOLFI, G., (Coord.) (2002): *Code Européen des Contrats, Avant-projet*, Livre Premier, Milano: Guiffre.

²⁶ En relación con el relevo que significó el Marco Común de Referencia (CFR en inglés) para los Principios Lando o Principios de Derecho contractual europeo (PECL), véase el estudio que hace GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2009): “Los principios Lando”, en BOSCH CAPDEVILA, E., (Dir.): *Derecho contractual europeo*, Barcelona, 2009, pp. 166 y sig.

²⁷ COM (2001) 398, final, *Sobre Derecho Contractual Europeo*; COM (2003) 68 final, *Un Derecho contractual europeo más coherente. Plan de Acción*; COM (2004) 651 final, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro*; COM (2004) 651 final, *Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas de futuro*. Un estudio sobre la cuestión competencial de elaboración de un código civil a nivel europeo lo encontramos en GUTMAN, K. (2014): *The Constitutional Foundations of European Contract Law. A Comparative Analysis*, Oxford: Oxford University Press.

²⁸ GUTMAN, K. (2014), *op.cit*, p. 149.

²⁹ FAUVARQUE-COSSON, B., MAZEAUD, D., (Eds) (2008), *Terminologie contractuelle commune, Project de cadre commun de référence*, Paris: Société de Législation Comparée.

El borrador de Marco Común de Referencia (en adelante, “DCFR”, en inglés) dio lugar a una propuesta de instrumento facultativo en el ámbito del Derecho contractual europeo³⁰³¹³².

Sin embargo, la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL, siglas en inglés)³³ no prosperó³⁴, y la modernización del Derecho de Contratos pasa, actualmente, por la integración de la revolución digital en el seno del Derecho contractual³⁵.

La inclusión de las nuevas tecnologías como clave para el desarrollo completo del mercado interno y potenciadoras del Mercado Único Digital, factor necesario para el crecimiento económico de la Unión Europea, ha propagado un cambio de orientación del Derecho de contratos en aras a crear y promocionar todo aquello que se relacione con lo digital y que facilite la conectividad portátil³⁶.

³⁰ SCHULZE, R., STUYCK, J., (Eds.) (2011): *Towards a European contract law*, Munich: sellier. European law publishers, pp. 6 y 9 y sig. La ambición de creación de un mercado único es señalada como la razón principal por la que se hace necesario un Derecho contractual europeo, cfr. REDING, V., (2011): “The Next Steps Towards a European Contract Law for Businesses and Consumers”, en SCHULZE, R., STUYCK, J., (Eds.) (2011): *Towards a European... cit.*, p. 10. Entre otras comunicaciones auspiciadoras de la normativa común de compraventa europea, véase: COM (2010) 348 final, *Libro Verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas*, en la que la Comisión pretendía definir las opciones posibles para reforzar el mercado interior avanzando en materia de Derecho contractual europeo y lanzar una consulta pública sobre las mismas.

³¹ El DCFR fue publicado por la Comisión en mayo de 2011: *A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback* (mayo 2011).

³² Una explicación pulcra y detallada sobre el tránsito del DCFR al CESL la encontramos en BEALE, H. (2016): “The story of EU contract law- from 2011 to 2014”, en TWIGG-FLESNER, C., (2016): *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Chaltenham- Northampton: Edward Elgar Publishing, pp. 437 y sig.

³³ COM (2011) 635 final, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea*.

³⁴ MANKO, R., (2016): “Contracts for supply of digital content. A legal analysis of the Commission’s proposal for a new directive”, *EPRS*, p. 3. Una explicación sobre el proceso de retirada del CESL puede verse en BEALE, H. (2016): *The story... cit.*, pp. 461 y sig.

³⁵ SCHULZE, R., STAUDENMAYER, R., (2016): *Digital revolution. Challenges for contract law*, en SCHULZE, R., STAUDENMAYER, R., (Eds.) (2016): *Digital revolution. Challenges for contract law*, p. 21. Véase también, SCHULZE, R. (2015): “The New Shape of European Contract Law”, *EuCML 4/2015*, p. 139 y sig.

³⁶ Véase la COM (2015) 192 final, *Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa*, En relación con los retos del derecho de contratos en un mundo digital, véase, entre otros: SCHULZE, R. (2015): “The New Shape of European Contract Law”, *EuCML... cit.*, pp. 139 *in fine*. También, SCHULZE, R., STAUDENMAYER, R., (2016): *Digital revolution. Challenges for contract law... cit.*, pp. 19 y sig. Sobre la relación entre el Derecho contractual europeo y el reto tecnológico-digital, GRUNDMANN, S., HACKER, P. (2017): “Digital technology as a challenge to European contract law. From the existing to the future architecture”, *ERCL 13(3)*, pp. 255-293.

Ante la imposibilidad de conseguir un Código civil europeo o algún instrumento facultativo homogeneizado para los Estados miembros se cuestiona el carácter apolítico o meramente técnico del Derecho contractual³⁷. El debate promovido por los académicos acerca de un Derecho de Contratos que acoja más intensamente la solidaridad que la libertad contractual señala el interés político que debería reflejarse en un Código o en un catálogo de principios, que respondiera a un debate democrático sobre el contenido de éste³⁸³⁹. Ello pone

³⁷ El Derecho privado, y el de contratos, en particular, contribuyen, en parte, a una sociedad más o menos justa, en función de cómo éste sea diseñado. Por todo, véase HESSELINK, M.W., (2008): *CFR&Social Justice*, Munich: Sellier European Law Publishers, pp. 43 y sig.: “*The vast majority of rules in the DCFR belong to what is usually referred to as “general private law”, i.e. the law that does not make a difference between different categories of parties such as consumers and professionals. In contrast to the (usually mandatory) rules in the protection of consumers and other weaker parties whose political nature is uncontroversial general private law, which mainly consists of non-mandatory rules, is still often regarded as fairly technical and unpolitical. Whereas the social (in particular distributive) justice dimension of consumer law is generally acknowledged, it is still often argued that there are no social (as opposed to individual) justice issues involved in general private law. However, this conception fails to acknowledge that also general private law –including non-mandatory rules- can contribute to make a society more or less just, e.g. because of the way in which it balances autonomy and solidarity*”. En un mismo sentido, HESSELINK, M.W (2011): “Five political ideas of European Contract Law”, *ERCL* 2/2011, p. 297.

³⁸ HESSELINK, M.W., (2015): “Democratic contract law” *ERCL* 11(2), pp. 81-126. Este mismo autor pone el ejemplo de la recodificación holandesa, como muestra de codificación democrática, *cfr.* HESSELINK, M.W (2004): “The Politics of a European Civil Code”, *European Law Journal*, Vol. 10, nº6, p. 689.

³⁹ MAK, C., (2008): *Fundamental rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, p. 174.

de manifiesto cuestiones marcadamente políticas que determinan, pues, que las reglas de Derecho de contratos no son meramente técnicas⁴⁰⁴¹⁴².

En esa línea, el *Manifiesto* promulgado por el *Study Group on Social Justice in European Private Law*⁴³ evidenciaba que la armonización del Derecho de

⁴⁰ Ello se observa en las cláusulas generales que incorporan los códigos civiles más modernos, como hace el BGB a través de la buena fe, ex §242 BGB. Por todo, véase KENNEDY, D., (2001): "The Political Stakes in "Merely Technical" Issues of Contract Law", *European Review of Private Law* 1, pp. 19 y 20: "(...)This interpretation gets power from the idea that the relatively clearly defined general rules permitting the other party to "behave badly" follow more or less logically or deductively from individualist premises that characterize the "classical" private law that began to emerge in the late Middle Ages and reached full flower in the late 19th century. In this reading, the general clause represents morality, vagueness, subjectivity and impossibly high ethical aspirations against the rule, which represents "law" legal tradition, individualism, coherence, deduction, legal science, and, above all, certainty. Certainty guarantees the subordination of the judge to the letter (supplemented by the individualist logic) of a code. To put it slightly differently, the issue with respect to merely technical issues is whether they will remain merely technical, or succumb to the anti-technical ethos of general clauses. This produces an interpretation of the politics of the merely technical as follows: in this area, there is a major debate between those who favour a well defined and easily administered legal individualism. The "expansionist" tend toward abolishing the distinction between law and morals by enforcing a demanding morality of aspiration rather than a more limited morality of obligation. The "restrictivists" favour legal individualism, either because they believe that it defines correctly the limits of moral duty to the other, or because they fear that more expansive but less defined ethical conceptions will lead to bad consequences".

⁴¹ HESSELINK, M.W (2004): "The Politics of a European Civil Code", *op.cit.*, pp. 5 y sig.; KENNEDY, D., (2001) "The political Stakes in Merely Technical Issues of contract Law" ... *cit.*,": p. 20: "(...) in this area, there is a major debate between those who favour an intrinsically vague or even undefinable legal altruism, and those who favour a well defined and easily administered legal individualism".

⁴² También MICKLITZ es partidario de abrir el debate político sobre la inclusión de "lo social" en cualquier proyecto de Derecho privado a nivel comunitario, véase MICKLITZ, H-W. (2010): "Failure or ideological preconceptions- thoughts on two grand projects: the European Constitution and the European Civil Code, *EUI Working Papers Law 2010/04*, pp. 6 y 7. Señalando el carácter político del Derecho privado, véase LURGER, B., (2011): "Protection of Consumers in European Private Law" en BROWNSWORD, R., MICKLITZ, H-W., NIGLIA, L., WEATHERILL, S., (2011): *The Foundations of European Private Law*, Oxford: Hart Publishing Ltd, p. 96: "As the many voices in contemporary private law literature point out, private law is political; it raises questions of social justice and the distribution of welfare, both material and immaterial, in our society; it shapes and regulates the behavior of market participants, determines what they will win or lose by their particular market activities".

⁴³ STUDY GROUP ON SOCIAL JUSTICE IN EUROPEAN PRIVATE LAW (2004): "Social Justice in European Contract Law: a Manifiesto", *European Law Journal*, Vol. 10, nº6, p. 656: "The unification of contract law in Europe also poses profound questions about the values that should underpin the market order. Just as the nineteenth-century civil codes and the common law contained a scheme of basic values about the appropriate standards for governing economic and social relations between citizens, so too a European law of contract will enact a scheme of social justice. A unified law will similarly have to strike a balance between, on the one hand, the weight attached to individual private autonomy as expressed in the idea of freedom of contract, and on the other hand, principles which respect other equally important demands for social solidarity, which prohibit individuals from taking advantage of superior economic strength or from ignoring the claims of justified reliance upon others. In striking this balance, any system of contract law expresses a set of values, which strives to be coherent, and which is regarded as fundamental to the political morality of each country. European contract law cannot avoid such political judgements".

contratos en el seno de la UE debía integrar el debate existente entre un derecho de contratos de corte liberal, propio de los códigos decimonónicos, en que la libertad contractual era ilimitada, y la idea de la justicia social en el seno del Derecho privado⁴⁴. En este sentido, la unificación del Derecho contractual a nivel europeo no escapó el debate político pues la tensión que existía entre los partidarios de un código de corte más liberal y los que abogaban por introducir opciones de solidaridad y justicia contractual determinó la necesidad de introducir un debate democrático en el marco de adopción de ese hipotético instrumento⁴⁵⁴⁶⁴⁷. Así, varios autores señalaron que el DCFR había adquirido un carácter más liberal que los PECL⁴⁸.

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

⁴⁴ Véase el estudio que hace WRBKA sobre la relación entre la justicia social y la teoría del “Access justice” en el Derecho de consumo, WRBKA, S., (2015): *European Consumer Access to Justice Revisited*, Cambridge: Cambridge University Press. La noción de “social justice” también ha sido estudiada por COLLINS, H., (2007): “Does Social Justice Require the Preservation of Diversity in the Private Laws of Member States of Europe?” en WILHELMSSON, T., PAUNIO, E., POHJOLAINEN, A., (Eds.): *Private Law and the Many Cultures in Europe*, Alpehn aan den Rijn: Kluwer Law International, pp. 153-175.

⁴⁵ La Comisión europea, en “Un Derecho Contractual más coherente. Plan de Acción”, COM (2003) 68 final, apostó por la libertad contractual como bandera del CFR; HESSELINK ya cuestionó la deriva liberalista que el CFR había adoptado, cfr. HESSELINK, M.W., (2008): *CFR&Social Justice... cit.*, p. 45. Otros autores, sin embargo, acogen con satisfacción la autonomía de la voluntad y la libertad contractual como bandera del Derecho contractual europeo, cfr. WHITTAKER, S. (2013): “The optional Instrument of European Contract Law and Freedom of Contract”, *ERCL 3/2011*, pp. 371 y sig.

⁴⁶ En este sentido, el *Manifiesto* ponía en evidencia la falta de debate democrático en la adopción de un texto como el CFR, véase STUDY GROUP ON SOCIAL JUSTICE IN EUROPEAN PRIVATE LAW (2004): “Social Justice in European Contract Law” ... *cit.*, p. 662: “Obviously, there is no hint here of any kind of democratic process, no opportunity for the citizens of Europe to have their say on the formulation of the basic principles of the legal regulation of the market. There is not even the suggestion of some kind of Convention or extended discussion among political élites, as has been the case with the proposed Constitution (...). HESSELINK pone el ejemplo de la recodificación del código civil holandés, encargado al profesor Meijers, quien ante el temor de una recodificación meramente técnica, decidió someter al Parlamento holandés cuarenta y nueve preguntas en relación con el contenido que debía integrar el Código, que se debatieron en el seno del mismo, HESSELINK, M.W (2004): “The Politics of a European Civil Code” ... *cit.*, p. 691 y sig.

⁴⁷ MAK, C., (2008): *Fundamental rights in European Contract Law ... cit.*, p.174: “A central point in the discussion on today’s contract law concerns the balance that has to be struck between, on the one hand, freedom of contract and, on the other, the protection of parties holding a structurally weaker bargaining position than their (potential) contract partner”.

⁴⁸ Véase los ejemplos que denotan una deriva neoliberal del DCFR en HESSELINK, M.W., (2008): *CFR&Social Justice... cit.*, pp. 45 y sig. También, en el mismo sentido, LANDO, O., (2007): “The structure and the Legal Values of the Common Frame of Reference (CFR)”, *ERCL 2/2007*, pp. 245 y sig.

por tanto, la que procura el Derecho contractual. Así, en la introducción de la edición llevada a cabo por los prof. VON BAR y CLIVE, el número 18 de la misma rubrica la “*promotion of solidarity and social responsibility*”, estableciendo que la promoción de la solidaridad corresponde, primariamente, al Derecho público⁴⁹. Sin embargo, en el mismo párrafo, se señala que en el contexto contractual la palabra solidaridad es utilizada para referirse a la lealtad o seguridad, aunque sin explicitar nada en relación con ello⁵⁰. Podemos entender que, el principio de lealtad, e incluso el de buena fe, llevan implícitas referencias a la solidaridad.

Asimismo, en la introducción del DCFR, encontramos una referencia a lo que debe entenderse por lealtad. Así, en el núm.13 de dicha introducción (“*The approach taken by the Principes directeurs*”), y haciendo relevantes los *Principes directeurs* elaborados por la *Association Henri Capitant* y la *Société de Législation Comparée*⁵¹, se señala que la palabra lealtad comprende el deber de comportarse según el principio de buena fe, que se extiende en todas las etapas del contrato. Más adelante, en el nº15 de la misma, se resuelve el tema insertando el principio de lealtad en el de justicia. Así, los cuatro principios fundamentales en los que se basa el DCFR son la libertad, la seguridad, la justicia y la eficacia⁵².

Sin embargo, el carácter de proyecto liberal que había señalado la doctrina⁵³ queda explícito en el art. II.-I:102(1) DCFR, cuando se establece que las partes son libres de celebrar un contrato o cualquier otro acto jurídico así como de

⁴⁹ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) VON BAR, C., CLIVE, E., (Eds.): (2009): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law... cit.*, pp. 8 y 9

⁵⁰ NOGLER, L., REIFNER, U., (2011): *op.cit.*, p. 359.

⁵¹ FAUVARQUE-COSSON, B., MAZEAUD, D., (Eds.): *Terminologie contractuelle commune, Projet de cadre commune de référence*, Paris: 2008, pp. 1-532.

⁵² En la introducción de la edición llevada a cabo por los Prof. Von Bar y Clive, cfr. STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) VON BAR, C., CLIVE, E., (Ed.): (2009): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. DCFR Full Edition*, Munich: sellier. European law publishers.p. 6-8.

⁵³ En este sentido, el DCFR es más liberal que los Principios Lando, su antecesor; por ejemplo, lo observamos en el control de cláusulas abusivas y el papel de la buena fe [(arts. II.-9:104 y III.-1:103(3) DCFR o en la introducción de los “juridical act” (II.-1:101 (2)]. Sin embargo, el DCFR es más “socialista” que algunos códigos civiles de corte tradicional como el francés o que algunas recodificaciones, como la holandesa, a través de la incorporación de reglas relativas a la ventaja injusta (II.-7:207 DCFR), al cambio sobrevenido de circunstancias (III.-1:110 DCFR) o a la obligación de cooperar (III.-1:104 DCFR), por citar sólo algunos ejemplos; cfr. HESSELINK, M.W., (2008): *CFR&Social Justice... cit.*, p. 45 y sig.

decidir su contenido, con sujeción a las normas imperativas aplicables. La libertad contractual como punto de partida también se revela en la introducción⁵⁴ haciéndola compatible con la justicia a través del axioma “*qui dit contractuel, dit juste*”⁵⁵.

Conviene señalar también la referencia al principio de justicia que hace la introducción de la edición del DCFR llevada a cabo por los Prof. VON BAR y CLIVE. Hallamos la mención de la justicia como valor por excelencia del DCFR (“*justice is an all-pervading principle within DCFR*”⁵⁶), aunque ya se pone de relieve la dificultad para definirla. Se pormenoriza el principio de justicia a través de distintos matices, como el que señala que no se debe permitir a una persona beneficiarse de su propia conducta cuando es ilegal, deshonesto o irrazonable⁵⁷ o se reconoce la función del DCFR en aras a evitar la obtención de ventajas indebidas (con referencia explícita a la ventaja injusta)⁵⁸. Distintas normas también prevén la necesidad de paliar las exigencias desproporcionadas, como un reflejo de este principio: no se puede exigir el cumplimiento de una obligación si resulta excesivamente onerosa (*hardship*), aunque también se indica que no hay nada que impida a las personas aprovecharse de un buen negocio o perder dinero en uno malo (“*there is nothing against people profiting from a good bargain or losing from bad one*”); y que no existe ningún precepto relativo a la posibilidad de impugnar el contrato por lesión: por ello, en relación con las cláusulas abusivas, se excluye la adecuación del precio del control de abusividad.

Finalmente, también en la introducción se procura una protección especial de los más vulnerables, la más importante de las cuales es la relativa a los consumidores (“*within the DCFR the main example of justice is the special protection afforded to consumers*”)⁵⁹.

⁵⁴ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) VON BAR, C., CLIVE, E., (Ed.): (2009): *op.cit.*, pp. 38 y 39.

⁵⁵ FOUILLEE (1880): *La science sociale contemporaine*, Paris: Hachette, p. 410

⁵⁶ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) VON BAR, C., CLIVE, E., (Ed.): (2009): *op.cit.*, p. 53.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 54.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 55.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 56.

Recientemente, la doctrina francesa ha propuesto un nuevo Manifiesto para la justicia social en el Derecho de contratos, dividido en tres grandes áreas: garantizar, en primer lugar, el acceso a bienes y servicios de primera necesidad para las personas; en segundo lugar, la calidad de los bienes y servicios que son provistos por el contrato y, finalmente, asegurar una buena condición del proceso de producción de estos bienes y servicios⁶⁰. Conviene apuntar que esta misma idea doctrinal había sido enunciada también por NOGLER y REIFNER, que establecieron una relación de “*principios de los contratos sociales a largo plazo*” relativos a los contratos para la existencia, definidos como aquellas relaciones jurídicas contractuales de larga duración cuyo objeto es satisfacer necesidades humanas esenciales a través de bienes y servicios⁶¹.

En otro orden de cosas, HESSELINK⁶² indica que las características propias del Derecho de contratos (de aplicación general, coercitivo, que asegura derechos, distributivo, parcialmente opcional y que prevé un estándar de conducta a los individuos) justifica la necesidad de que este Derecho refleje, también, una base democrática. Así, podemos constatar que en la reciente reforma del *Code* francés queda cuestionado su espíritu democrático al adoptarse el nuevo Código a través de una *Ordonnance* del poder ejecutivo, y no mediante tramitación parlamentaria⁶³⁶⁴. Más allá, pues, del ombligo académico o gubernamental, con

⁶⁰ FABRE-MAGNAN, M., (2017): “What is a Modern Law of Contracts? Elements for a New Manifiesto for Social Justice in European Contract Law”, *European Review of Contract Law*, Vol. 13(4), pp. 376-388.

⁶¹ NOGLER, L., REIFNER, U., (Eds.) (2014): *Life Time Contracts. Social Long- Term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, The Hague: Eleven international publishing, pp. xxviii-xxx

⁶² HESSELINK, M.W., (2015): “Democratic contract law” ... *cit.*, p. 86 y sig. Así, HESSELINK señala que (pp. 109 y 110): “*What should count as a properly democratic contract law making process? Democratic contract law making does not mean the tyranny of the majority, the bargaining among stakeholders, the mere polling of voters’ preferences at the ballot box, or rubber stamping by parliament of a comprehensive draft code. It means arguing and deliberating (offering reasons) among citizens which will ultimately lead to a formal decision in Parliament (...). How exactly the democratic principle should be implemented in practice, both generally and specifically for contract law, is, of course, itself a matter to be determined democratically by free and equal citizens, under their legitimate constitution, and cannot therefore be determined in advance and in the abstract, as a matter of ideal theory*”.

⁶³ SMITS, J. M. CALOME, C., (2016): “The reform of the French Law of Obligations: les jeux sont faits”, *Maastricht European Private Law Institute Working Paper 2016/05*, p. 3. Véase la reforma del *Code* francés por decreto presidencial en: *Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

⁶⁴ Señalando precisamente la controversia que genera una reforma adoptada por un acto del poder ejecutivo, FAUVARQUE-COSSON, B., (2017): “The French Contract Law Reform and the Political Process”, *European Review of Contract Law*, Vol. 13(4), pp. 337-354.

el fin de asentar unas bases más democráticas en el seno del Derecho de contratos debería propiciarse un debate más amplio antes de la adopción de un nuevo Derecho de contratos o de su reforma⁶⁵. Un modelo de Europa social requeriría, asimismo, un debate abierto sobre sus posibilidades y límites⁶⁶.

Sin embargo, la dificultad de sembrar una opinión merecedora de una aceptación amplia entre los distintos actores dibuja la necesidad de definir un concepto de justicia que lata en el seno del Derecho de contratos⁶⁷. Cabe destacar, asimismo, la poca implicación de la Comisión Europea en la definición de un programa político en el marco del Derecho contractual⁶⁸.

Algunas de las cuestiones trascendentales del Derecho de contratos ven reflejadas sus respuestas en las distintas teorías propias de la filosofía política⁶⁹. Así pues, la relación entre las distintas teorías políticas contemporáneas y el Derecho de contrato ha sido señalada por HESSELINK⁷⁰, considerando éste la imposibilidad de relacionar única y exclusivamente una determinada teoría con el Derecho contractual europeo. Ello constata la relevancia de la filosofía política para el Derecho de contratos⁷¹.

⁶⁵ HESSELINK utiliza el ejemplo de la figura de la *unfair exploitation* como instrumento que podría ser objeto de debate para su inclusión en el seno de los códigos civiles, aunque señala, también, la dificultad de imaginar un debate abierto e inclusivo y guiado por un razonamiento público, *cfr.*, HESSELINK, M.W., (2015): "Democratic contract law" ... *cit.*, pp. 114 y sig.

⁶⁶ MICKLITZ, H.W., (2010): "Failure or ideological preconceptions: Thoughts on Two Grand Projects: The European Constitution and The European Civil Code", *EUI Law Working Papers*, p. 7.

⁶⁷ HESSELINK, M.W., (2015): "Democratic contract law" ... *cit.*, p. 116.

⁶⁸ MILLER, L., (2011): *The Emergence of EU Contract Law: Exploring Europeanization*, Oxford: Oxford University Press), p. 152 y 153: "(...) *one can only lament the lack of debate from the Commission's quarters that focuses on the political values that European contract law should reflect. Contract law cannot be simply manipulated as a technical attempt to secure harmonization*". En un sentido similar, véase GLESNER-TWIGG. C. (2008): *The Europeanisation of Contract Law*, Abingdon: Routledge-Cavendish, pp. 189.

⁶⁹ "La filosofía política consiste nada menos que en *sistematizar el pensamiento sobre los fines del gobierno*", véase KUKATHAS, C., PETTIT, P., (2004): *La teoría de la justicia de John Rawls y sus críticos*, Madrid: Ed. Tecnos, p. 15 y p. 16: "(...) *la teoría política se ha ocupado de forma sistemática del estudio de las opciones viables de gobiernos y de sus fines desleables*".

⁷⁰ HESSELINK, M.W (2016): "Contract theory and EU contract law", en TWIGG-FLESNER, C., (2016): *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, pp. 525 y sig.

⁷¹ HESSELINK, M.W (2011): "Five political ideas of European Contract Law" ... *cit.*, p. 297.

Una de las teorías políticas que más influencia ha tenido ha sido la de JOHN RAWLS, *A Theory of Justice*⁷². El estudio de esta teoría política en el Derecho de contratos ha sido ensayada por varios autores⁷³ aunque fue KLIJNSMA⁷⁴ quien estudió con más profundidad la relación entre la política socio liberal de RAWLS y el Derecho contractual europeo. Nos ocupamos de ello en el siguiente epígrafe.

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

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

El reflejo de una sociedad más o menos justa depende, en parte, del diseño del Derecho de contratos que resida en ella y, por tanto, este Derecho participa también de la justicia distributiva⁷⁵⁷⁶. El rol de la filosofía política determina las

⁷² RAWLS, J., (1971): *Teoría de la justicia. Traducción de María Dolores González*, 2ª ed., 11ª reimpresión (2015). México: Fondo de cultura económica, pp. 17- 530.

⁷³ KORDANA, A., TABACHNICK, D., (2005): "Rawls and Private Law", *George Washington Law Review*, Vol. 73, pp. 598-632; KRONMAN, A.T (1980): "Contract law and Distributive Justice" ,89 *Yale Law School Journal*, pp. 472-493. SCHEFFLER, S., (2015): "Distributive Justice, The Basic Structure and The Place of Private Law", *Oxford Journal Legal Studies*, Vol. 35, nº2, pp. 213-235. LYN K L TJON SOEI LEN también estudió la relación de la filosofía política con el Derecho privado, en este caso la de Nussbaum, *cf.* LYN K L TJON SOEI LEN., (2017) *Minimum contract justice: a capabilities perspective on sweatshops and consumer contracts*, Hart Publishing, Portland.

⁷⁴ KLIJNSMA, J.G., (2014): *Contract law as fairness: a Rawlsian perspective on the position of SMEs in European contract law*, Tesis doctoral, UvA.

⁷⁵ HESSELINK, M.W., (2011): "Five political ideas of European Contract Law" ... *cit.*, p. 297: "In other words, the aim is to show that, whether we live in a just society depends, in part, on the contract law that we have, and, conversely, that contractual justice is, at least in part, a matter of social justice". Así lo señala, también, RUTGERS, J-W., (2016) "European contract law and social justice", en TWIGG-FLESNER, C., (Ed.) (2016): *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Cheltenham: Edward Elgar publishing, p. 540: "Thus, within national literature on contract law, it has been generally acknowledged that contract law is not neutral, but has distributive consequences."

⁷⁶ La distinción entre justicia conmutativa o correctiva y distributiva es acuñada por Aristóteles. Según este autor, la justicia es la actitud a través de la cual se lleva a la práctica lo que es justo; justicia es la virtud perfecta, puesto que quien la posee la puede ejercer en sus relaciones con los otros. El contrato es una manifestación de la justicia particular, que es una parte de la virtud, y se distingue entre justicia distributiva y justicia correctiva. La justicia conmutativa o correctiva que enuncia Aristóteles es la que contempla un reparto entre las prestaciones de las partes según una proporción aritmética, véase ARISTOTELIS (1995): *Ethica Nicomachea*, Volumen II, Trad. Josep Batalla, Barcelona: Fundació Bernat Metge, pp. 12 y 27 y sig. El punto medio es la igualdad y lo que es justo lo será en la medida en que esta justicia sea respetada; GORDLEY, J., [(1981):

instituciones públicas que contribuyen al diseño de una sociedad más justa. La elección de qué instituciones deben participar en la protección de la parte débil del contrato no deja de ser una opción política; por tanto, un derecho más o menos proclive a la protección de la parte débil o más alineado con tesis liberalistas⁷⁷, refleja una elección de carácter político⁷⁸. La democratización del Derecho de contratos que nos enseñó el legislador holandés conlleva la necesidad, pues, de abrir el debate y facilitar la intervención de otros actores en ello⁷⁹⁸⁰.

El Derecho contractual organiza relaciones entre los ciudadanos cuando actúan en el seno del mercado. La relación entre el Derecho de contratos y la justicia social no deviene automática ya que aún resuena la idea individualista de los códigos decimonónicos que tomaban como máxima el principio de la libertad contractual estableciendo, entonces, una idea de justicia derivada de la

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

⁷⁷ ATIYAH, PS., (1990): *Essays on contracts, Essay 2*, Oxford: Clarendon, pp. 11 y sig.

⁷⁸ También hay un sector doctrinal que se aleja de la justicia contractual y reclama, recientemente, un Derecho de contratos liberal, en el que la libertad contractual y la autonomía de la voluntad sigan siendo los primeros principios del Derecho privado. Esta teoría, denominada “The Choice Theory of Contracts”, ha sido auspiciada por DAGAN, H., HELLER, M., (2017): *The Choice Theory of Contracts*, Cambridge: Cambridge University Press.

⁷⁹ DAINWOW, J., (1956): “Civil Code Revision in the Netherlands: The Fifty Questions”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 5, nº4, pp. 595-610.

⁸⁰ HESSELINK, M.W., (2015): “Democratic contract law”, *op.cit.*, p. 109: “*A democratically legitimized contract law then is what free and equal citizens through an inclusive and deliberative process will have determined collectively to be the conditions, limits and modalities for individual self-determination through agreements (of various types) concluded by two or more persons and enforceable with the force of the State*”.

presunción de igualdad de las partes en el contrato y que se resumía en la máxima ya enunciada de “*qui dit contractuel, dit juste*”⁸¹.

Sin embargo, el auge del Derecho de Consumo puso en evidencia la interferencia de los poderes públicos en el derecho privado, en aras a proteger la parte considerada débil de la relación contractual: el consumidor⁸². Más allá del estatus de *consommateur*, la protección de la parte débil del iter contractual emerge para colisionar con la escasa ambición social propia de los códigos más liberalistas.

La protección de la parte débil desde una perspectiva de Derecho privado enlaza, por tanto, con la idea de un Derecho contractual más justo. La cuestión que se plantea, pues, es si el Derecho contractual tiene que tener o no alguna implicación en la contemplación de un entorno más proclive a la justicia social. En este sentido, debemos cuestionarnos qué consideraciones podemos extraer de la filosofía contemporánea, fundamentalmente la teoría de justicia elaborada por JOHN RAWLS, que puedan entablar un debate político acerca del futuro Derecho contractual europeo⁸³⁸⁴.

Este primer capítulo introduce el análisis de Derecho positivo que seguirá en los siguientes capítulos. En este sentido, deviene crucial la aproximación que ahora realizaremos para escoger este marco normativo y no otro. La pregunta que debemos responder al final del presente trabajo es hasta qué punto el Derecho

⁸¹ MARTÍN PÉREZ, J.A. (1995): *La rescisión del contrato (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Barcelona J.M Bosch Editor, p. 26; Como señala MAK, C., (2008): *Fundamental rights in European Contract Law ... cit.*, p. 175, en el siglo XIX se presume la libertad contractual como principio básico y se establece como pilar de un sistema de normas neutral, apolítico y no instrumentalizado. Durante el siglo XX, las limitaciones a la libertad contractual para proteger la parte débil indican que el derecho contractual adquiere un carácter más social y distributivo. Ello significa que incluso a nivel comunitario hay una lucha entre los principios de solidaridad y de autonomía. Cabe preguntarse, por tanto, cómo y a quién corresponde dibujar la frontera entre autonomía y solidaridad en el marco de un Derecho contractual europeo armonizado.

⁸² Aunque hay opiniones que piden ir más allá del Derecho de consumo: EIDENMÜLLER, H., FAUST, F., GRIGOLEIT, C., JANSEN, N., WAGNER, G., ZIMMERMANN, R. (2011): “Towards a revision of the consumer acquis”, *Common Law Market Review*, 48, pp. 1077 y sig.

⁸³ Tradicionalmente, la filosofía política y el Derecho privado han ocupado posiciones muy lejanas, ya que el Derecho de contratos siempre ha sido estudiado como un Derecho apolítico. Una de las consecuencias de ello era que en el Derecho de contratos regía el principio de la justicia conmutativa o correctiva, sin tener ninguna consideración en la justicia distributiva. GORDLEY, J., (2011), *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine... cit.*, p. 13.

⁸⁴ Para ver un estudio de las filosofías políticas contemporáneas más relevantes, véase KYMLICKA, W., (2002): *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, 2a edición, Oxford: Oxford University Press.

contractual español y catalán se ocupa de los contratos desequilibrados como consecuencia de una explotación injusta de una parte sobre la otra, y qué remedios prevé para ello; asimismo, también estudiaremos las soluciones previstas en el Derecho contractual europeo y en el Derecho de otros Estados.

Considerado lo expuesto anteriormente, debemos responder la siguiente cuestión: por qué escogemos la teoría política de RAWLS como marco normativo para el presente trabajo.

1.2. La perspectiva Rawlsiana de la protección de la parte débil

Tradicionalmente el discurso del Derecho privado y el de la filosofía política han ido por caminos separados. Ésta solía ocuparse de las relaciones verticales entre los ciudadanos y el Estado y no de los vínculos que establecen entre dos particulares. La teoría política de RAWLS⁸⁵ ha sido concebida como una teoría de justicia completa que establece cómo la sociedad debe ser organizada con el fin de que sea más justa, aunque no hace una conexión aparentemente directa con el Derecho de contratos⁸⁶.

Recientemente algunos autores⁸⁷ han combinado el estudio de la filosofía y el derecho de los contratos poniendo de manifiesto que incluso las normas más técnicas del Derecho de contratos tienen una vertiente política⁸⁸. Así, cada vez más, las teorías políticas contemporáneas tienen implicaciones en las cuestiones de derecho contractual. La elección de la teoría política de RAWLS nos sirve de punto de partida para justificar que el Derecho de contratos tiene, entre otros, una función de protección de la parte débil: así pues, la construcción teórico-normativa de este capítulo introductorio nos servirá para establecer, *infra*, la

⁸⁵ RAWLS, J., (1971): *Teoría de la justicia*. Traducción de María Dolores González, 2ª ed., 11ª reimpresión (2015), *op.cit.*, p. 17 *in fine*.

⁸⁶ Representa, además una alternativa a la teoría del utilitarismo, KYMLICKA, W., (2002): *Contemporary Political Philosophy. An Introduction...* *cit.*, p. 53.

⁸⁷ Véase, por ejemplo, LYN K L TJON SOEI LEN., (2017) *Minimum contract justice: a capabilities perspective on sweatshops and consumer contracts...* *cit.*, pp. 1-176; HESSELINK, M.W., (2011): "Five political ideas of European Contract Law" ... *cit.*, pp. 295-313; MAK, C., (2008): *Fundamental rights in European Contract Law ... cit.*, pp. 3-325 o KLIJNSMA, J.G., (2014): *Contract law as fairness: a Rawlsian perspective on the position of SMEs in European contract law*, *op.cit.* pp. 1-176.

⁸⁸ KENNEDY, D., (2001) "The political Stakes in Merely Technical Issues of contract Law" ... *cit.*, p. 96.

cuestión de Derecho positivo de la ventaja injusta como instrumento de protección de la parte débil.

La elección de este marco normativo de Derecho de contratos basado en la idea de justicia como equidad veremos que puede funcionar; los principios de justicia ideados por RAWLS, en abstracto, pueden ser objeto de concreción en el seno de Derecho de contratos⁸⁹.

La necesidad de enmarcar la figura central de la tesis doctoral dentro de un marco teórico normativo viene precedida por la idea de un Derecho contractual político y no meramente técnico. Para tratar de dar respuesta a la pregunta que nos planteamos en el seno de la tesis, seguiremos el postulado que señala KLIJNSMA en su obra⁹⁰, según el cual el derecho de contratos forma parte de la estructura básica rawlsiana.

El marco normativo nos ayudará a responder la pregunta de si es necesario o no introducir una figura como la ventaja injusta con la finalidad de proteger a la parte débil del *iter* contractual.

La perspectiva rawlsiana del Derecho de contratos considera la necesidad de instrumentar propuestas normativas de Derecho privado que permitan proteger a la parte débil. Para ello, debemos considerar la cuestión de si el Derecho de contratos tiene o no una función distributiva; la premisa básica a fin de determinar ello es la consideración del Derecho de contratos como parte de la estructura básica de la sociedad, según describió RAWLS⁹¹.

⁸⁹ La obra de “*A Theory of Justice*” de RAWLS se focaliza en la organización justa de la sociedad y, en este sentido, seguiremos la determinación de KLIJNSMA de que el Derecho de contratos forma parte de la estructura básica de la sociedad, *cfr.* KLIJNSMA, J.G., (2014): *Contract law as fairness: a Rawlsian perspective on the position of SMEs in European contract law... cit.*, p. 15.

⁹⁰ KLIJNSMA señala la influencia de RAWLS en la filosofía política contemporánea como uno de los argumentos que, entre otros, le sirven para elegir la teoría de la justicia como equidad como un marco normativo en el desarrollo de su obra, *cfr.* KLIJNSMA, J.G. (2014): *Contract law as fairness: a Rawlsian perspective on the position of SMEs in European contract law, ... cit.*, p. 12-14. RAWLS presenta su “teoría de la justicia” como una alternativa al utilitarismo, RAWLS, J., (1971): *Teoría de la justicia. Traducción de María Dolores González, 2ª ed., 11ª reimpresión* (2015)... *cit.*, p. 34 y sig. Además, la obra de RAWLS significa una “*vuelta al estudio fundamental de deseabilidad, en particular al estudio de lo que es deseable en el nivel de la organización social y política*”, *cfr.* KUKATHAS, C., PETTIT, P., (2004): *La teoría de la justicia de John Rawls y sus críticos, ... cit.*, p. 20.

⁹¹ El objetivo que se impuso RAWLS fue establecer qué principios debían gobernar la estructura básica de una sociedad justa, *cfr.* KUKATHAS, C., PETTIT, P., (2004): *La teoría de la justicia de*

1.2.1. El Derecho de contratos como parte de la estructura básica de la sociedad

El objeto principal de la teoría de la justicia de RAWLS es la estructura básica de la sociedad. Esta es la forma en que las instituciones sociales principales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de los beneficios que resultan de la cooperación social⁹².

La justicia como equidad es una teoría de la justicia que generaliza y eleva a un nivel más de abstracción la concepción tradicional del contrato social⁹³.

La estructura básica, como primer objeto de la justicia, comprende las “instituciones que definen el trasfondo social, e incluye, también, las operaciones que de continuo ajustan y compensan las inevitables tendencias desviantes de la equidad del trasfondo”⁹⁴. Lo que se persigue es una división institucional del trabajo entre la estructura básica y las reglas de aplicación directa a los individuos y asociaciones, que han de ser atacadas en las transacciones particulares⁹⁵⁹⁶. Ello parece conducir, a priori, a una concepción reductiva de la

John Rawls y sus críticos... cit., p. 47. La respuesta a ello, dada por RAWLS, son los dos principios de justicia: el primero, que asegura libertades individuales fundamentales (de expresión, asociación y culto, entre otras), y el segundo que asegura que las desigualdades sociales y económicas se articulen de modo que ofrezcan el mayor beneficio posible a los menos favorecidos de la sociedad, manteniendo al mismo tiempo la igualdad equitativa de oportunidad, cfr. [RAWLS, J., (1971): *Teoría de la justicia... cit.*, p. 62 y sig.] Como veremos, es este segundo principio el que nos permite establecer la necesidad de adoptar la ventaja injusta como un instrumento de protección de la parte débil. La concepción general de la justicia de RAWLS consiste en una idea central: “*all social primary goods –liberty and opportunity, income and wealth, and the bases of self-respect- are to be distributed equally unless an unequal distribution of any or all of these goods is to the advantage of the least favored*”, KYMLICKA, W., (2002): *Contemporary Political Philosophy. An Introduction... cit.*, p. 55.

⁹² RAWLS, J., (1971): *Teoría de la justicia. Traducción de María Dolores González*, 2ª ed., 11ª reimpresión (2015) ... cit., p. 20.

⁹³ *Ibidem*, p. 60.

⁹⁴ RAWLS, J., (1996): *El liberalismo político*. Traducción castellana de Antoni Domènech, Barcelona: Crítica, p. 293.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 304.

⁹⁶ La división del trabajo según Rawls es establecida entre una división moral del trabajo y una división institucional del mismo, de donde se puede interpretar que RAWLS seguía una concepción restrictiva de la estructura básica. Según RAWLS, J., [(1996): *El liberalismo político... cit.*, p. 304)], “*así, pues, en cuarto y último lugar, llegamos a la idea de una división del trabajo entre dos clases de reglas sociales y de las diferentes formas institucionales en las que las reglas se realizan. La estructura básica comprende, primero, las instituciones que definen el trasfondo social, e incluye también las operaciones que de continuo ajustan y compensan las inevitables tendencias desviantes de la equidad del trasfondo, por ejemplo, operaciones como la grabación fiscal de los ingresos y de la herencia, concebidas para nivelar la posesión de propiedades. Esa estructura refuerza también, a través del sistema jurídico, a otro conjunto de reglas que gobiernan las*

estructura básica, en la que no se incluiría el Derecho de contratos, aunque esta afirmación ya ha sido rebatida por la doctrina más autorizada⁹⁷. El mismo RAWLS

transacciones y los acuerdos entre individuos y asociaciones (el derecho del contrato, etc). Las reglas relativas al fraude y a la coacción, y similares, pertenecen a esas reglas, y satisfacen los requisitos de simplicidad y viabilidad. Están armadas de modo que permitan a los individuos y a las asociaciones actuar efectivamente en pos de sus objetivos y sin restricciones excesivas (...) Para concluir: empezamos con la estructura básica y tratamos de entender el modo en que esa estructura misma debería proceder a los ajustes necesarios para preservar un trasfondo justo. Lo que buscamos, en efecto, es una división institucional del trabajo entre la estructura básica y las reglas, de aplicación directa a los individuos y asociaciones, que han de ser atacadas en las transacciones particulares. Si puede instaurarse esa división del trabajo, entonces los individuos y las asociaciones serán libres de promover sus fines más efectivamente en el marco de la estructura básica, seguros de que, en alguna parte del sistema social, se procederá a las correcciones necesarias para preservar un trasfondo justo". No entraremos a analizar en profundidad la obra de RAWLS ni las instituciones que forman parte o no de la estructura básica. Por ello, asumiremos los argumentos utilizados por varios autores para argumentar la inclusión del Derecho de contratos en la estructura básica y seguir, por tanto, una visión menos restrictiva del concepto (cfr. KORDANA, A., TABACHNICK, D., (2005): "Rawls and Private Law... *cit.*, pp. 598-632; KLIJNSMA, J.G., (2014): *Contract law as fairness: a Rawlsian perspective on the position of SMEs in European contract law... cit.*, p. 41 y sig., y SCHEFFLER, S., (2015): "Distributive Justice, The Basic Structure and The Place of Private Law" ... *cit.*, pp. 213-235. En este párrafo descrito *supra*, parece que RAWLS quiera excluir el derecho de contratos de la estructura básica de la sociedad. En relación con ello véase HESSELINK, M.W., (2016): "Unjust Conduct in the Internal Market. On the Role of European Private Law in the Division of Moral Responsibility between EU, its Members States and Their Citizens", *Yearbook of European Law*, Vol. 35, n^o1, p. 427. SCHEFFLER [S., (2015): "Distributive Justice, The Basic Structure and The Place of Private Law", ... *cit.*, p. 220], en cambio, argumenta que, si RAWLS no quería excluir al derecho de contratos de la estructura básica, el significado de este párrafo es que las acciones de los individuos, aunque bien intencionadas, no son suficientes para preservar un trasfondo justo, que es el objetivo de la estructura básica, para que los individuos puedan contratar libremente. Por eso RAWLS propone una división del trabajo entre dos tipos de normas: las que se aplican a los individuos y las que constituyen las instituciones legales que especifican las operaciones que éstas deben llevar a cabo para preservar un trasfondo justo, incluyendo las operaciones que las instituciones establecen para los individuos: "There are two points to emphasise here. First, the legal rules applying to individuals are themselves constructed and enforced by the institutions of the basic structure. As institutional products, they result from the "operations" of legal institutions and their design is therefore governed by the principles of justice that apply to the basic structure. But the content of the rules, as they are imposed on and enforced against individuals by institutions, is constrained by the requirements of feasibility and practicality, and the conduct of individuals in conforming to the rules is ont part of the basic structure". Este párrafo en que RAWLS establece la división institucional del trabajo es discutido extensivamente por KORDANA, A., TABACHNICK, D., (2005): "Rawls and Private Law... *cit.*, p. 598 y KLIJNSMA, J.G., (2014): *Contract law as fairness: a Rawlsian perspective on the position of SMEs in European contract law... cit.*, p. 36.

⁹⁷ KORDANA, A., TABACHNICK, D., (2005): "Rawls and Private Law" ... *cit.*, p. 608: "Our purpose is to argue that the narrow conception of the basic structure is mistaken and to explain our understanding of the basic structure and the place of contract law in Rawlsian political theory. In our view, the confusion over the basic structure is attributable to an instructive misunderstanding concerning what a Rawlsian should think about the domain of the principles of justice and their relationship to the private law. If the narrow conception is incorrect, there are two possible alternatives: contract law might lie partly inside and partly outside the basic structure, or contract law might lie entirely inside the basic structure (call these the "medium" and "broad" conceptions, respectively) y KLIJNSMA, J.G., (2014): *Contract law as fairness: a Rawlsian perspective on the position of SMEs in European contract law... cit.*, p. 36.

es consciente que no queda claro qué instituciones forman parte de la estructura básica de la sociedad⁹⁸.

Los principios de justicia que regularán la estructura básica de la sociedad son objeto del acuerdo original: son los principios que personas libres y racionales preocupadas para promover sus propios intereses aceptarían, en una posición original de igualdad, como definitorios de los términos fundamentales de su asociación⁹⁹. Estos principios han de regular todos los acuerdos y especificarán las clases de cooperación social en las que se puede incurrir así como las formas de gobierno que pueden establecerse¹⁰⁰¹⁰¹.

La exclusión del Derecho de contratos de la estructura básica rawlsiana no parece plausible porque cuando se señala que “*las formas legalmente reconocidas de propiedad*” forman parte de ella, directamente esto nos lleva a considerar el Derecho de contratos. Como señala KLIJNSMA¹⁰² el objetivo de la

⁹⁸ KLIJNSMA, J.G., (2014): *Contract law as fairness: a Rawlsian perspective on the position of SMEs in European contract law... cit.*, p. 58.

⁹⁹ Los principios de justicia que son aplicables a la estructura básica especifican qué nos sirve como términos justos de cooperación entre la gente libre e igual (SCHEFFLER, S., (2015): “Distributive Justice, The Basic Structure and The Place of Private Law”... *cit.*, p. 214); éstos son los términos a los que la estructura básica debe dar fuerza y, por esto, según RAWLS, la estructura básica es el primer objeto de la justicia.

¹⁰⁰ KLIJNSMA, J.G., (2014): *Contract law as fairness: a Rawlsian perspective on the position of SMEs in European contract law... cit.*, pp. 63 y 67.

¹⁰¹ KLIJNSMA, J.G., (2014): *Contract law as fairness: a Rawlsian perspective on the position of SMEs in European contract law... cit.*, pp. 38-39. RAWLS es un liberal que cree que, dentro de ciertos límites (los principios de justicia) la gente debía ser libre para conseguir sus fines. Por una parte, RAWLS considera que las instituciones deben crear y mantener un trasfondo justo. Algo que los individuos no pueden crear por sí solos. De este modo, las instituciones permiten la creación de un marco en el que los individuos pueden libremente actuar. Por otra parte, RAWLS formula una teoría que permite englobar otras doctrinas. Quiere una teoría que sea capaz de incorporar una división moral del trabajo entre los principios que gobiernen la forma en que nos relacionamos socialmente y que a su vez dejen un marco de libertad para escoger, dentro de un cuadro limitado por principios políticos. Así, la división institucional del trabajo y la división moral del trabajo se corresponden con las dos formas en que la justicia como equidad es política: política porque se centra en la estructura básica (es decir, no va dirigida directamente a los individuos) y política porque sólo los principios de justicia que se derivan de ésta son aplicables en esta estructura básica. La división moral del trabajo señala que los principios políticos de la justicia como equidad no son apropiados para regular la esfera privada. En ésta, otros principios son de aplicación. Sin embargo, esta división moral del trabajo no puede tener relevancia sobre la cuestión relativa de qué instituciones deben formar parte de la estructura básica. Esta cuestión la resuelve la división institucional del trabajo, que nos indica cuáles son capaces de crear y mantener un trasfondo justo. En resumen, la estructura básica debe ser extensa en relación con las instituciones que forman parte de ella, pero debe ser más limitada en relación con los principios políticos que la gobiernan.

¹⁰² KLIJNSMA, J.G., (2014): *Contract law as fairness: a Rawlsian perspective on the position of SMEs in European contract law... cit.*, p. 41.

estructura básica es establecer un marco de justicia y, por tanto, cualquier institución (p. ej, el derecho de contratos) que pueda tener un rol en ello debe poder ser, en principio, candidata a formar parte de la estructura básica. La división institucional del trabajo tiene su atractivo porque es la que permite a la gente actuar libremente, con la esperanza de que el trasfondo justo será procurado a nivel institucional. Además, también tiene un papel en el mantenimiento de la justicia¹⁰³. El éxito de la estructura básica es, precisamente, mantener un trasfondo justo. El papel de las instituciones que pertenecen a la estructura básica es *asegurar un trasfondo justo a las condiciones en que se dan las acciones de los individuos y las asociaciones*¹⁰⁴. No podemos negar, pues, el rol del Derecho de contratos en la protección de un entorno más justo.

Enlazando esta idea con el Derecho contractual europeo y, en concreto, con la integración y el funcionamiento de un mercado único a nivel comunitario, la cantidad de normas de Derecho privado que emanan de la UE derivan del art. 114 TFUE, que otorga competencia legislativa para adoptar las medidas que sean necesarias para el buen funcionamiento del mercado interno. A fin de conseguir una integración de las normas en el mercado interno deviene necesario, en consecuencia, un entorno de justicia para el pleno desarrollo de este mercado. ¿Qué principios de justicia deben regir en el mercado interno? ¿Es el Derecho privado el garante de la justicia en el mercado interno o hay otras instituciones que cumplen con este objetivo de justicia distributiva¹⁰⁵?

¹⁰³ *Ibidem*, p. 43. Evidentemente, el Derecho de contratos no es suficiente para procurar un trasfondo justo y se necesitan otras instituciones como, por ejemplo, un sistema tributario, *cf.* KORDANA, A., TABACHNICK, D., (2005): “Rawls and Private Law” ... *cit.*, p. 619. Pero ello no es suficiente para decir que el Derecho de contratos no forma parte de la estructura básica.

¹⁰⁴ RAWLS, J., (1996): *El liberalismo político*. Traducción castellana de Antoni Domènech... *cit.*, p. 302.

¹⁰⁵ HESSELINK, M.W., (2016): “Unjust Conduct in the Internal Market...” *cit.*, p. 424- 425, argumenta que aunque no se pueda negar el carácter distributivo del Derecho de contratos, es discutible que este Derecho tenga un rol de promoción de la justicia distributiva. Además, señala que el sistema tributario, que a priori puede parecer idóneo para preservar la justicia distributiva, tiene algunos inconvenientes; por ejemplo, la pérdida de dignidad de una persona no puede ser redistribuida a través de un sistema de impuestos. Lo que se podría hacer es proteger a la parte débil contra conductas injustas en el seno del mercado, a través de un derecho potestativo de anulabilidad de determinados contratos o cláusulas que se hayan contratado en un contexto de desequilibrio contractual. Y cita, como ejemplo, el caso Aziz [STJUE, C-415/11, Mohamed Aziz v Catalunya Caixa (2013)]: “*There, it made a crucial difference for Mr Aziz and his family whether eviction from their home could be prevented, by declaring the contract term on which the bank’s right to initiate mortgage enforcement proceedings was based to be “unfair” in the sense of Unfair Terms Directive 1993 (art. 3), and therefore not binding on the consumer (art. 6), rather than*

Así pues, en el mercado interno auspiciado por la UE¹⁰⁶, MICKLITZ desarrolla el modelo de *Access justice* como el paradigma de modelo de justicia que emana de la UE, focalizado en una protección categórica (p.ej. consumidores, trabajadores) y con el objetivo de permitir al trabajador o al consumidor una participación en los beneficios que puedan surgir del mercado interno¹⁰⁷. El autor lo equipara al concepto de “*equity*”, argumentando que compensa las deficiencias que pueden emerger de un sistema de normas rígido que conduciría a unos resultados, a priori, injustos. Es decir, las normas de protección del consumidor, por ejemplo, permiten a éstos la entrada y la participación en el mercado interno y, a su vez, facilitan que, una vez tengan acceso, se vean protegidos por un trasfondo justo¹⁰⁸. MICKLITZ¹⁰⁹¹¹⁰ explica que el objetivo principal de la armonización del Derecho privado en la UE es facilitar el acceso de los consumidores en el mercado *business to consumers*, b2c.

La constatación inicial que hemos hecho sobre la pertinencia de incluir el Derecho de contratos en el seno de la estructura básica de la sociedad rawlsiana incide, como podemos anticipar, en la concepción de un derecho privado que tiene, también, implicaciones en la justicia distributiva.

merely receiving some financial support from the government once they were out on the street in the midst of the economic crisis”.

¹⁰⁶ COM (2008) 614 final, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo sobre Derechos de los Consumidores y Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.

¹⁰⁷ MICKLITZ, H-W., (2011): “Social Justice and Access Justice in Private Law”, *EUI Working Papers Law* 2011/02, p. 21 y sig. Una visión crítica de la teoría del *access justice* como doctrina normativa la desarrolla HESSELINK, M.W., (2016): “Private Law, Regulation and Justice”, *European Law Journal*, Vol. 22, nº5, pp. 687-688. Hesselink también considera que el modelo de “*Access justice*” puede suponer una implementación de la teoría rawlsiana a través de la protección del consumidor, como ejemplo que persigue el beneficio de los más perjudicados de la sociedad.

¹⁰⁸ MICKLITZ, H-W., (2011): “Social Justice and Access Justice in Private Law”... *cit.*, p. 23: “*Access justice (...) materialises the equity doctrine. The legal system is responsible for establishing tools which transform the theoretical chance into a realistic opportunity, thereby eliminating all sorts of barriers which hinder the assertion of the claim to access*”.

¹⁰⁹ WRBKA, S., (2015): *European Consumer Access to Justice Revisited... cit.*, p. 158. Y MICKLITZ, H-W., (2011): “Social Justice and Access Justice in Private Law”... *cit.*, p. 2: “*It is for the European Union to grant access justice to those who are excluded from the market or to those who face difficulties in making use of the market freedoms. European private law rules have to make sure that the weaker parties have and maintain access to market- and to the European society*”.

¹¹⁰ Una versión más contemporánea del modelo de *Access justice* (bautizada como versión 2.0) ha sido señalada por WRBKA, S., (2015): *European Consumer Access to Justice Revisited... cit.*, pp. 27 y sig.

1.2.2. La función distributiva del Derecho de contratos

Una vez establecida la pertinencia del Derecho de contratos en el seno de la estructura básica de RAWLS, la consecuencia que se deriva es la instrumentalización del derecho de contratos al servicio de los principios de justicia de RAWLS¹¹¹.

Considerado esto, deviene como resultado la aplicabilidad de los principios de justicia que enumeró RAWLS en el Derecho de contratos y, en concreto, el principio de la diferencia, que asegura que las desigualdades sociales y económicas se articulan de modo que ofrezcan el mayor beneficio posible a los menos favorecidos de la sociedad, manteniendo al mismo tiempo igualdad equitativa de oportunidad¹¹²¹¹³. Es decir, es el segundo principio enumerado por RAWLS el que se aplica en la distribución del ingreso y la riqueza y en formar organizaciones “*que hagan uso de las diferencias de autoridad y responsabilidad*”¹¹⁴. Mientras que la distribución del ingreso y de las riquezas no tiene que ser igual, si que debe, no obstante, ser ventajosa para todos.

En esta misma línea y en consideración a lo expuesto anteriormente, el objetivo de la estructura básica (y de las instituciones que forman parte de ella, de entre

¹¹¹ KORDANA, A., TABACHNICK, D., (2005): “Rawls and Private Law, op.cit., p. 622. KYMLICKA, W., (2002): *Contemporary Political Philosophy. An Introduction... cit.*, p. 56: “*First principle: Each person is to have an equal right to the most extensive total system of equal basic liberties compatible with a similar system of liberty for all. Second principle: Social and economic inequalities are to be arranged so that they are both: a) to the greatest benefit of the least advantaged, and b) attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity*”.

¹¹² Los dos principios de justicia enumerados por RAWLS, J., (1971): *Teoría de la justicia... cit.*, p. 280, rezan así: “*Primer principio: Cada persona ha de tener un derecho igual al más extenso sistema total de libertades básicas compatible con un sistema similar de libertad para todos. Segundo principio: Las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para: a) mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo, y b) unidos a los cargos y las funciones asequibles a todos, en condiciones de justa igualdad de oportunidades*”.

¹¹³ *Ibidem*, p. 80: “*(...) Este principio suprime la indeterminación del principio de eficiencia al especificar una posición particular desde la cual habrán de juzgarse las desigualdades económicas y sociales de la estructura básica. Dando por establecido el marco de las instituciones requeridas por la libertad igual y la justa igualdad de oportunidades, las expectativas más elevadas de quienes están mejor situados son justas si y sólo si funcionan como parte de un esquema que mejor las expectativas de los miembros menos favorecidos de la sociedad.*” KYMLICKA, W., (2002): *Contemporary Political Philosophy. An Introduction... cit.*, p. 57: “*A Rawlsian society may pay such people more than average, but only if it benefits all members of society to do so. Under the difference principle, people only have a claim to a greater share of resources if they can show that it benefits those who have lesser shares*”.

¹¹⁴ RAWLS, J., (1971): *op.cit.*, p. 68.

las que hemos concluido que está el Derecho de contrato) es el mantenimiento de un trasfondo justo. Así, a modo de ejemplo, la ventaja o explotación injusta nos permite ilustrar como una institución de Derecho de contratos contribuye a configurar un entorno más justo¹¹⁵. En un sentido rawlsiano, la división del trabajo operada entre las normas que forman la estructura básica y las que tienen una implicación directa sobre los individuos¹¹⁶, se desdibuja ya que instituciones como la ventaja injusta o el cambio sobrevenido de circunstancias son claros ejemplos de herramientas que permiten, no sólo crear un entorno justo, sino mantener este trasfondo justo más allá de un momento dado¹¹⁷.

Tradicionalmente, se ha sostenido que el Derecho privado y, en concreto, el Derecho contractual, no tenían ningún rol en la justicia distributiva, propia del Derecho público¹¹⁸. La idea de justicia contractual aparecía vinculada a la idea aristotélica de la justicia conmutativa¹¹⁹. Esta noción de conmutatividad en el tráfico jurídico llevaba al principio de equivalencia de las prestaciones, según el cual debía procurarse un intercambio que tendiera a ser igualitario para ambas partes¹²⁰¹²¹.

¹¹⁵ HESSELINK, M.W., (2016): "Unjust Conduct in the Internal Market..."... *cit.*, p. 428, quien cita, asimismo, otras figuras como la "hardship".

¹¹⁶ RAWLS, J., (1996): *El liberalismo político*. Traducción castellana de Antoni Domènech... *cit.*, p. 304.

¹¹⁷ HESSELINK, M.W., (2016): "Unjust Conduct in the Internal Market..."... *cit.*, p. 428: "The basic structure of society should be such that each of these institutions make the co-ordinated contribution that it is most fair, reasonable, and practicable to expect from them in the light of the ways in which these institutions tend to affect the freedom of individuals to organize their day-to-day transactions".

¹¹⁸ Véase *supra* la nota a pie de página núm. 76.

¹¹⁹ Véase, también, HESSELINK, M.W. (2005): "Non Mandatory Rules in European Contract Law", *ERCL*, Vol. 1, p. 52.

¹²⁰ GORDLEY, J., (1981), "Equality in Exchange..." *cit.*, pp. 1587 y sig.

¹²¹ Recientemente NICOLUSSI ha defendido que el Derecho privado puede tener, también, objetivos propios de la justicia distributiva *cfr.*, NICOLUSSI, A., (2014): "Etica del contratto e contratti di durata per l'esistenza della persona" en NOGLER, L., REIFNER, U (Eds.) (2014): *Life time contracts. Social Long-Term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, The Hague: Eleven international publishing, p. 153, " (...)Tanto più che il soggetto creditore, la banca, è un operatore professionale, mentre il debitore è un soggetto (consumatore) mosso dal bisogno personale e non dotato di una struttura organizzativa. Poiché la banca è soggetto professionale, essa è la parte meglio in grado di prevedere e amministrare questi rischi nell'ambito del contratto di durata, e ciò può giustificare una sospensione dell'obbligo a tutela della parte debole, nonché talora eventualmente anche l'accollo alla banca del costo di tale sospensione. La regola non costituisce, evidentemente, applicazione del principio di giustizia conmutativa, ma di una giustizia distributiva che si attua mediante un soggetto privato con cui la persona intreccia una parte della propria vita". En el mismo sentido, KENNEDY, D., (1982), "Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power", *Maryland Law Review* 563, Volume 41.

Sin embargo, la doctrina más reciente se ha expresado con vehemencia a favor de las características distributivas del Derecho de contratos¹²²¹²³¹²⁴. KORDANA¹²⁵ señala que algunas normas de Derecho de contratos, precisamente por su carácter distributivo, forman parte ya de la estructura básica, como es el ejemplo de la *unconscionability* (el paralelo anglosajón de la ventaja injusta). Así lo señala, también, COLLINS¹²⁶, sin referirse expresamente a la figura de la ventaja injusta, constatando que “ (...) *the laws governing contracts do not merely apply standards of corrective justice between the parties to the contract, but also in*

¹²² Así, HESSELINK, M.W., (2015): “Democratic contract law”... *cit.*, p. 88, señala que: “ *It is a mistake to think that only a contract law that protects certain groups of weaker parties is distributive. The choice not to protect weaker parties through contract law is equally distributive. Any rule choice concerning contract law is likely to make certain groups in society better off than others. There is no default – no distributively neutral baseline.* En un mismo sentido, véase CHEREDNYCHENKO, O.O., (2007): *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party. A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, Tesis doctoral, Universidad de Utrecht, p. 40 y MAK, C., (2008): *Fundamental rights in European Contract Law ... cit.*, p. 177, quién considera que la protección comunitaria de determinadas categorías como son los consumidores refleja, también, la introducción de elementos de justicia distributiva en el seno del Derecho de contratos.

¹²³ KRONMAN, A.T., (1980): “Contract law and Distributive Justice”... *cit.*, pp. 472-493, también es partidario de la justicia distributiva vía el Derecho de contratos, expresándose con vehemencia a favor del rol del derecho privado en la justicia distributiva y constatando que no siempre las instituciones de Derecho público (por ejemplo, las tasas o los impuestos) constituyen el instrumento más neutral y menos intrusivo de distribución de la riqueza; COLLINS también sitúa como ejemplos de justicia distributiva normas propias del Derecho de contratos como las cláusulas abusivas o las reglas usurarias, o normas propias de la justicia procedimental, como las que permiten anular el contrato por vicio del consentimiento, *cfr.* COLLINS, H., (2003): “La giustizia contrattuale in Europa”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, Vol.4, pp. 667 y sig. Véase, también, HESSELINK, M.W. (2005): “Non Mandatory Rules in European Contract Law”... *cit.*, p. 52.

¹²⁴ HESSELINK, M.W., (2016): “Unjust Conduct in the Internal Market...” ...*cit.*, p. 434: “ *It is unjust for one contracting party to exploit other’s predicament (interpersonal justice), but a society is also unjust to the extent that it accepts different distributive shares in terms of wealth, happiness, preference satisfaction, reasons for self-respect, other primary goods, or capabilities for human flourishing, resulting from unfair exploitations (distributive justice). We could also combine these two elements of justice into a third by stating that a society is unjust (social justice) to the extent that it supports exploitative practices by rendering exploitative contract legally enforceable that unjustifiably make certain parties worse off to the benefit of others*”.

¹²⁵ KORDANA, A., TABACHNICK, D., (2005): “Rawls and Private Law”... *cit.*, p. 626, van más allá de la teoría abstracta de RAWLS sobre la justicia como equidad, y la aplican a la figura de la *unconscionability*, como instrumento que ejemplifica el rol distributivo del Derecho de contratos: “ (...) *judges might be duty bound to abstain from enforcing seriously lopsided (or “exploitative”) contract because, all things considered, doing so would be to the advantage of the least well-off. Such a doctrine might appear paternalistic to contracting parties, but, crucially, there is an available nonpaternalist justification for the doctrine that is rooted, ultimately, in the two principles of justice- which define the conception of fairness*”. Además, para estos autores, la concepción de justicia distributiva es exógena al deseo de las partes contratantes.

¹²⁶ COLLINS, H., (2005): “Market Integration, Social Justice, and Autonomous Agreements: Regulating Transactions in Europe” en ROPPO, V., (2005) (Ed.): *A European Civil Code?: Perspectives and Problems*, Milano: Guiffre, p. 165.

structuring the operations of the market the law also produces broader distributive or welfare effects”.

Ello nos permite enlazar la idea apuntada por HESSELINK¹²⁷: la necesidad de crear un entorno justo para el pleno desarrollo del mercado interno. Para ello, se considera necesario un catálogo de instituciones de derecho o de principios de Derecho privado europeo que aseguren este entorno justo (por ejemplo, figuras como la ventaja injusta o el cambio sobrevenido de circunstancias). La creación de estas instituciones normativas quizás no deba ser tan ambicioso como un código civil pero, sea cuál sea la formulación, deberá reflejar un proceso democrático que supere el monopolio académico y refleje la pluralidad de visiones que conforman la Unión (el *reasonable pluralism* del que hablaba RAWLS¹²⁸, que nos lleva al *overlapping consensus* formulado por este mismo autor). Determinadas normas nacionales ya suavizan los efectos del cambio sobrevenido de circunstancias o la explotación abusiva de una de las partes, pero ellas devienen, también, indispensables en un entorno comunitario¹²⁹.

1.3. La protección situacional de la parte débil: más allá de la categoría de consumidor

El principio rawlsiano de diferencia exige que las desigualdades sociales y económicas sean ordenadas de tal modo que funcionen para el mayor beneficio de los menos aventajados¹³⁰. Es decir, la idea defendida por RAWLS es que una desigualdad es aceptable si se trabaja para la ventaja de los más débiles¹³¹. El

¹²⁷ HESSELINK, M.W., (2016): “Unjust Conduct in the Internal Market... *cit.*, p. 443.

¹²⁸ RAWLS, J., (2005): *Political liberalism*, expanded edition, New York, Columbia Classics in Philosophy, p. 54.

¹²⁹ Así lo indica HESSELINK, M.W., (2016): “Unjust Conduct in the Internal Market... *cit.*, p. 443: “*If Europe’s internal market has a basic structure that exercises an important distributive role (in terms of wealth, welfare, primary goods, or capabilities) which, as said, seems undeniable today, then a European civil society, a European demos (not an ethnos) by necessity has to exist too (...). The internal market cannot be complete and function properly in a justice vacuum. In particular, it cannot protect and entrench market freedoms and the freedom to conduct a business without also protecting vulnerable market agents (eg small businesses) against unfair exploitations and other unfair conducts (e.g. hardship).*”

¹³⁰ RAWLS, J., (1971): *Teoría de la justicia*. Traducción de María Dolores González, 2ª ed., 11ª reimpresión (2015) ...*cit.*, p. 280.

¹³¹ *Ibidem.*, pp. 80-81.

punto principal es que el orden social no ha de establecer y asegurar las perspectivas más atractivas de los mejores situados a menos que al hacerlo vaya en beneficio de los menos afortunados. Ahora bien, KLIJNSMA¹³² considera que la protección establecida por RAWLS es categórica, es decir, se está refiriendo a un segmento de la sociedad, pero no es un sector inamovible, y los identifica con los consumidores¹³³. MICKLITZ¹³⁴ señala, como ya hemos avanzado (véase *supra* §1.2.1), que los modelos de protección de la parte débil en el contexto europeo radican, también, en categorías (consumidor, trabajador, etc).

La inyección de justicia social en el seno del Derecho privado y la promoción del Estado del bienestar se origina en el Derecho laboral y después en el Derecho de consumo¹³⁵. En el Derecho laboral es tan intensa que pasa a considerarse como rama del derecho perteneciente al orden público.

La protección de la parte débil incide en salvaguardar a los menos aventajados de la sociedad. En el contexto europeo, el consumidor ha sido asimilado como la parte débil del contrato¹³⁶. En este sentido, se ha producido una mutación del

¹³² KLIJNSMA, J.G., (2014): *Contract law as fairness: a Rawlsian perspective on the position of SMEs in European contract law... cit.*, p. 77: “In contract law as fairness, such weaker party protection should be approached categorically, i.e. the focus should be on the protection of a group of weaker parties rather than on the protection of particular weaker parties (...) the focus should be on the protection of a group of weaker parties rather than on the protection of particular weaker parties. This is suitable for two related reasons. First, as mentioned above, the difference principle does not consider particular individuals, but rather focuses on social groups. Hence, improving the position of such a social group should be approached categorically. Secondly, to grant protection through an open norm to those who are in need of protection in particular case would jeopardize the division of labour between the basic structure and the rules applying directly to individuals. This would require contracting parties at all times to take the distributive position of the other party and the distributive effects of the transaction into account. This is exactly what the institutional division of labour aims to prevent. By instituting a system of categorical weaker party protection this can be avoided and the division of labour can be safeguarded. After all, then the contracting parties merely have to establish whether or not their counterpart falls within this category or not and can presume that this takes care of the distributive concerns in contract law”.

¹³³ RAWLS, J., (2005): *Political liberalism*, expanded edition...*cit.*, p. 82.

¹³⁴ MICKLITZ, H-W., (2011): “Social Justice and Access Justice in Private Law” ... *cit.*, p. 1: “All models used by the (social welfare) state as a means to protect the weaker party against the landlord and the stronger party, the employee against the employer, the tenant against the landlord and the consumer against the supplier”.

¹³⁵ Véase una evolución del Derecho de consumo en MICKLITZ, H-W., (2011): “Social Justice and Access Justice in Private Law” ... *cit.*, p. 19 y sig.

¹³⁶ La jurisprudencia comunitaria se ha hecho eco de ello en infinitas ocasiones. Entre otras, STJUE de 27 de junio de 2000, en los asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98, Océano Grupo Editorial S.A., y Rocío Murciano Quintero y entre Salvat Editores, S.A., y José M. Sánchez Alcón Prades et al., ECLI:EU:C:2000:346, párr. 25: “(...) el sistema de protección establecido por la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en una situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a su capacidad de negociación como al nivel de

concepto de protección de la parte débil a protección del consumidor, equiparando ambas categorías¹³⁷(véase *infra* §2.1).

La protección del consumidor en el marco del Derecho comunitario nació con la voluntad del legislador de frenar la asimetría en el poder contractual observada en los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor¹³⁸. Así, el utillaje legal a favor del consumidor emerge, pues, de la vocación del legislador europeo de proteger a la parte débil del contrato, léase el consumidor.

Esta protección especial del consumidor se fundamentó en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (art. 169) y en la Constitución española (art. 51).

El consumidor como expresión de parte débil del iter contractual, sin matices, ha sido superado y la doctrina ya distingue entre consumidor medio o responsable y consumidor vulnerable¹³⁹¹⁴⁰. La Guía para la implementación/Aplicación de la Directiva 2005\29\CE relativa a las prácticas comerciales desleales (en adelante, DPCD) evidencia la división entre un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz¹⁴¹ y el consumidor vulnerable¹⁴², al que se

información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas”.

¹³⁷ MICKLITZ, H-W., (2012): “Do consumers and Businesses need a new architecture of consumer law? A thought-provoking impulse”, *EUI Working Papers Law* 2012/23 p. 19.

¹³⁸ *Ibidem*, pp. 4 y sig. En relación con la definición de consumidor, véase los arts. 2 y 3 del TRLGDCYU.

¹³⁹ Véase las distintas acepciones que para ambas categorías acuña MICKLITZ, H-W., (2012) Do consumers and Businesses need a new architecture of consumer law? A thought-provoking impulse” ... *cit.*, pp. 19 y sig.; MAK, V., (2010): “Standards of Protection: In Search of the “Average Consumer” of EU Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive, *TISCO Working Paper Series on Banking, Finance and Services*, nº04/2010, p. 1 y sig. En un mismo sentido, LURGER, B. (2011): “Old and New Insights for the Protection of Consumers in European Private Law in the Wake of the Global Economic Crisis”, en BROWNSWORD, R., MICKLITZ, H-W., NIGLIA, L., WEATHERILL, S., (2011): *The Foundations of European Private Law*, Oxford: Hart Publishing, pp. 105-107.

¹⁴⁰ HESSELINK, M.W., (2014): “Post-private Law? en PURNHAGEN, K., ROTT, P., (Eds): *Varieties of European Economic Law and Regulation, Studies in European Economic Law and Regulation*, London: Springer International publishing, p. 33.

¹⁴¹ SWD (2016) 163/2, *Guía para la implementación/aplicación de la Directiva 2005\29\CE relativa a las prácticas comerciales desleales*, que acompaña al documento Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Un enfoque global dirigido a estimular el comercio electrónico transfronterizo para las empresas y los ciudadanos europeos [COM (2016) 320], pp. 45 y sig. Véase, también, el art. 5 de la DPCD.

¹⁴² Véase el Considerando 19 de la DPCD y el art. 5 que identifica las clasificaciones alrededor de la noción de consumidor: consumidor medio, un grupo concreto de consumidores o el

debe garantizar un nivel de protección más alto¹⁴³¹⁴⁴. La DPCD introdujo, palmariamente, esta distinción.¹⁴⁵¹⁴⁶. Sin embargo, fue el Tribunal de Justicia de la Unión Europea quién terminó construyendo el concepto, sobretudo el de consumidor medio (*average consumer*), a través de su jurisprudencia (véase, por ejemplo, *Gut Springenheide y Tusky*¹⁴⁷). E incluso, antes de la adopción de la DPCD (que distingue hasta tres categorías de consumidor¹⁴⁸), el TJUE ya hacía referencia al consumidor especialmente vulnerable (p.ej, en *Buet*¹⁴⁹).

El Código de Consumo de Cataluña¹⁵⁰ (en adelante, CCons.) también opta por integrar distintos tipos de consumidor en su seno y distingue en el art. 111-2 entre:

- a) Persona consumidor y usuaria [art. 111-2 a) CCons.].
- b) Persona consumidora media [art. 111-2b CCons.], que coincide con el consumidor medio de la DPCD, aquel consumidor que, de acuerdo con un criterio de diligencia ordinaria, debería estar normalmente informado y ser razonablemente cuidadoso en las relaciones de consumo, en función de los factores sociales, culturales y lingüísticos.

consumidor especialmente vulnerable por padecer alguna dolencia física o un trastorno mental o por su edad o su credulidad.

¹⁴³ SWD (2016) 163/2, *Guía... cit.*, pp. 50 y sig.

¹⁴⁴ El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 18 de abril de 2015 (RJ 2015 \1351) hace referencia a la noción de “consumidor primerizo” en el sentido de destacar que el consumidor medio rara vez tiene la posibilidad de comparar directamente las marcas y que debe confiar en la imagen imperfecta que conserva en la memoria, por lo que normalmente no se detiene a examinar los diferentes detalles (FJ 7º). Pero este consumidor primerizo no lo equipara con el consumidor vulnerable de la DCPD. En la SAP Barcelona de 26 de mayo de 2017 (JUR\2017\183126) se distingue entre tres categorías de consumidor: cualificado, medio y vulnerable. Sobre el consumidor medio, véase: STS de 15 de noviembre de 2017 (RJ 2017\4730), STS de 10 de marzo de 2014 (RJ 2014\1467); STS de 7 de abril de 2014 (RJ 2014\2184); STS de 15 de diciembre de 2015 (RJ 2016\73); STS de 3 de junio de 2016 (RJ 2016\2306); STS de 16 de enero de 2017 (RJ 2017\22); y STS de 5 de abril de 2017 (RJ 2017\2669), entre otras.

¹⁴⁵ Véase, por ejemplo, el Considerando 18 de la DPCD.

¹⁴⁶ Sobre el consumidor vulnerable, WADDINGTON L., (2013): “Vulnerable and confused: the protection of vulnerable consumer under EU Law”, *European Law Review*, 2013, nº6. En nuestro contexto y, más reciente, véase HERNÁNDEZ DÍAZ – AMBRONA, Mª D. (2017): “El hipotecante no deudor y el consumidor en materia de energía eléctrica como consumidores vulnerables” en *Revista del Ministerio Fiscal*, nº4, 2017, pp. 76-101.

¹⁴⁷ *Gut Springenheide y Tusky*, C-210/96, especialmente el párrafo 31.

¹⁴⁸ Para el estudio de las distintas categorías de consumidor que distingue la DPCD es especialmente relevante la obra de DUIVENVOORDE, B.B. (2014): *The consumer benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*, Tesis doctoral, Universidad de Ámsterdam. Apunta el autor que el prototipo de consumidor a proteger por el TJUE sigue siendo el consumidor medio.

¹⁴⁹ *Buet*, C-382/87.

¹⁵⁰ Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña.

- c) Colectivos especialmente protegidos [art. 111-2c) CCCons.], coincidiendo con la categoría de consumidores vulnerables de la DCPD (*cf.* art. 5 y cdo. 19)
- d) Personas en situación de vulnerabilidad económica, refiriéndose a aquellas personas consumidoras que presentan una carencia de recursos económicos, de acuerdo con criterios establecidos por texto legal [art. 111-2 w) CCCons.].

El legislador catalán parece decidido a integrar distintas categorías dentro del modelo, aparentemente homogéneo, de consumidor.

Por otra parte, ROPPO¹⁵¹ señala que *la protección legal frente a las asimetrías del mercado que crean desequilibrios del poder contractual de la parte débil frente a la parte fuerte (...) no está dirigida exclusivamente a los consumidores*. Observamos, pues, que la categoría de consumidor pierde el centralismo y el monopolio de la protección¹⁵². Asimismo, los nuevos contratos celebrados en el marco de las relaciones del consumo colaborativo¹⁵³ en una inmensa mayoría

¹⁵¹ ROPPO, V., (2011): "Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo", *Revista de Derecho Privado*, nº20, Enero- Junio 2011, p.184; DE ELIZALDE DE IBARBIA, F., (2015): *El Contenido del contrato*, Pamplona: Aranzadi, p. 45: "A tal fin, se ha de evitar una tendencia generalizada que consiste en considerar que la desigualdad se ciñe a la persona que actúa como consumidor respecto del empresario, concediendo al primero una protección reforzada. La realidad nos muestra que la desigualdad existe en múltiples supuestos que exceden al citado y que también justifican una revisión normativa. Además, la desigualdad no es únicamente de posiciones contractuales (por ejemplo, la mencionada empresario-consumidor) sino que, de modo creciente, consiste en un desequilibrio informativo, por las complejidades técnicas de la sociedad contemporánea".

¹⁵² LLÁCER MATAÇAS, M. R. (2015): "El Llibre Sisè i la proposta de nou "Código mercantil" en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT. UNIVERSITAT DE GIRONA (Coord.): *El Llibre Sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del Projecte de llei*, Girona: Documenta universitària, pp. 76-81. Así, LLÁCER indica que "la relació contractual de consum no esgota les perspectives possibles sobre la contractació entre un especialista i un no especialista (...) cal encarar les relacions entre l'empresari i la persona aliena a la seva activitat professional. Des d'aquesta perspectiva, sobresurten les relacions contractuales de consum (B2C) però, a més, cal plantejar específicament les relacions entre un professional especialista i un client no especialista (B2cne). La persona que contracta béns i serveis aliens a la seva activitat professional forma part d'aquest col·lectiu. És el que el DCFR qualifica com "another person" en front de l'empresari ("business") entès com aquell que actua dins de la seva professió". Así, de esta distinción subjetiva que no coincide plenamente con la de empresario-consumidor se detectan, también, instrumentos jurídicos de protección equiparables a los que caracterizan la relación de consumo (B2C). Como apunta LLÁCER, "si la protecció del client no especialista mostra que l'especialitat contractual va més enllà del dret de consum i abasta també l'estatut del client, cal apuntar la conveniència de reconduir-los també d'alguna forma al Codi civil català".

¹⁵³ COM (2016) 356 final: *Una Agenda para la economía colaborativa* define la economía colaborativa de la siguiente forma: "modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de

se celebran entre dos particulares y, por tanto, excluyen la aplicación de la normativa de consumo: a priori nos hallamos ante estrictas relaciones simétricas entre pares, aunque tamizadas por la intervención de una plataforma online que actúa, a primera vista, de intermediaria¹⁵⁴. La economía colaborativa plantea, por tanto, la necesidad de buscar mecanismos para proteger a la parte débil de dicho contrato. La normativa de consumo, con un ámbito de aplicación estrictamente definido, no responde adecuadamente a los parámetros actuales de protección de la parte débil¹⁵⁵.

La doctrina cuestiona que en las relaciones entre particulares propias de los contratos de la economía colaborativa no existe el bagaje normativo protector que se observa en las relaciones propias del Derecho de consumo¹⁵⁶. Así, los *peers* no tienen el mismo nivel de protección delante de los otros *peers* como el

mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares. La economía colaborativa implica a tres categorías de agentes: (i) prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias –pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional (“pares”) o prestadores de servicios que actúen a título profesional (“prestadores de servicios profesionales”); ii) usuarios de dichos servicios; y iii) intermediarios que- a través de una plataforma en línea conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos (“plataformas colaborativas”). Por lo general, las transacciones de la economía colaborativa no implican un cambio de propiedad y pueden realizarse con o sin ánimo de lucro”.

¹⁵⁴ BUSCH *et al.* (2016): “The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for the EU Consumer Law”, *EuCML* 1/2016, p. 4.: “(...) it seems that EU consumer policy and consumer regulation have more or less ignored one of the most influential developments in the Digital Single Market. As of today, there is no specific EU regulation addressing the legal issues raised by the growing platform economy. So far, the regulation of online platform has been mainly left to the Member States”.

¹⁵⁵ DE ELIZALDE DE IBARBIA, F., (2015): *El Contenido del contrato... cit.*, p. 45: “¿Cabe seguir presuponiendo la igualdad absoluta de las partes en un contexto económico altamente tecnificado y especializado que conlleva desigualdades notorias en el conocimiento de los bienes y servicios y en la posición que ocupan las partes en el mercado?”.

¹⁵⁶ Sin embargo, las relaciones que se pueden dar en el contexto de actividades colaborativas son multilaterales. Pueden establecerse vínculos entre plataforma y prestador profesional (empresario-empresario), entre plataforma y prestador particular (empresario-particular), entre plataforma y demandante del servicio (empresario-particular) y entre prestador particular y demandante (particular-particular), a la vez que entre ellos. Es el último supuesto el más controvertido. Por todo, véase ALFONSO SÁNCHEZ, R., (2017): “La controvertida cuestión reguladora en la economía colaborativa” en ALFONSO SÁNCHEZ, R., VALERO TORRIJOS, J., (Dir.) (2017): *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, Cizur Menor: Aranzadi, p. 163.

que goza el consumidor que contrata con un empresario¹⁵⁷. Tampoco lo tiene la pequeña *start up* que contrata con una multinacional¹⁵⁸¹⁵⁹.

Más allá de la protección categórica de consumidor, por tanto, las políticas de protección de la parte débil surgen para dar respuesta a relaciones asimétricas en que las dos partes tienen un grado de poder contractual muy distinto¹⁶⁰. Así, figuras tales como la ventaja injusta o la alteración sobrevenida de las circunstancias plantean una protección de la parte débil situacional, encajada en el contexto del contrato¹⁶¹¹⁶²¹⁶³. El ámbito de aplicación más allá del Derecho de consumo nos permite ver el valor simbólico que puede llegar a tener el remedio jurídico de la ventaja injusta; como indica HESSELINK, “*it provides a long-awaited impulse to moralising the internal market*”, como regla de una conducta justa en el seno del mercado interno¹⁶⁴. LLÁCER conecta, también, esta protección de la parte débil con el buen funcionamiento del mercado señalando que esta libertad

¹⁵⁷ HESSELINK, M.W., (2016): “Unjust Conduct in the Internal Market...*cit.*”, p. 439.

¹⁵⁸ Véase SCHULZE, R., STAUDENMAYER, R., (2016): *Digital revolution. Challenges for contract law*,... *cit.*, p. 27. La cuestión de las SME como parte débil ha sido tratada extensivamente, aunque desde un enfoque teórico y desde la perspectiva de la filosofía política de Rawls por KLIJNSMA, J.G., (2014): *Contract law as fairness: a Rawlsian perspective on the position of SMEs in European Contract Law*,... *cit.*, pp. 93 y sig. Véase, también, en relación con las SME como parte débil, STUYCK, J., (2014): “Do we need “Consumer Protection” for Small Businesses at EU Level”?, en PURNHAGEN, K., ROTT, P., (2014): *Varieties of European Economic Law and Regulation*, Cham: Springer International Publishing, pp. 359-370; HESSELINK, M.W., (2007): “SME in European Contract Law”, en BOELE-WOELKI, K., GROSHEIDE, F.W. (Eds.): *The Future of European Contract Law. Liber Amicorum E.H. Hondius*, Alphen aan den Rijn: Kluwer law international, pp. 349-372.

¹⁵⁹ LURGER, B., (2011): “The Social Side of Contract Law and the New Principle of Regard and Fairness”, en HARTKAMP, A, HESSELINK, M.J, HONDIUS, E, MAK, C, DU PERRON, E, *Towards a European Civil Code*, Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law international, p. 369, quien cuestiona la noción de consumidor como indicador de debilidad aunque también apunta el error que supondría eliminar tal categoría: “*Therefore, it would be wrong to eliminate the notion of “consumer” from the legal system altogether, e.g., in favor of a more comprehensive notion of “customer”*”.

¹⁶⁰ En relación con la protección del consumidor en contextos asimétricos véase GRAMUNT FOMBUENA, M., (2017): “La protección del consumidor en contextos asimétricos”, en GRAMUNT FOMBUENA, M., FLORENSA I TOMÀS, C.E. (2017): *Codificación y reequilibrio de la asimetría negociada*, Madrid: Dykinson, pp. 89-105.

¹⁶¹ Como señala HESSELINK, M.W. (2014): “Post-private Law?” ... *cit.*, p. 35: “*In reality, there is no substantive reasons for limiting weaker party protection to consumers*”.

¹⁶² En el contexto nórdico, por ejemplo, el art. §33 del *Nordic Contract Act* permite la anulación de aquellos contratos celebrados bajo circunstancias que denoten una vulneración de la buena fe, cfr. LURGER, B., (2011): “The Social Side of Contract Law and the”... *cit.*, p. 359. Gracias a cláusulas generales como ésta, la protección de la parte débil es una idea asentada en el Derecho de contratos nórdico.

¹⁶³ Sobre la necesidad de no limitar la protección de la parte débil a la categoría de consumidor, véase HESSELINK, M.W. (2014): “Post-private Law?” ... *cit.*, p. 35.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 36.

de elección individual garantizada por la autonomía privada debe producirse, también, dentro de un orden colectivo¹⁶⁵¹⁶⁶.

Así, queda cuestionada esta protección focalizada en la figura del consumidor¹⁶⁷¹⁶⁸; el Derecho civil también identifica intereses privados a través de categorías que no son las de consumidor; por ejemplo, mediante una actividad inherente a la persona o por una característica personal de ésta: así, el Código civil catalán protege el interés superior del menor en los ámbitos personal, familiar y patrimonial (ex art. 211-6 CCC)¹⁶⁹ o el cónyuge o conviviente en pareja estable en situación de debilidad en los *prenuptial agreements* o pactos en previsión ruptura matrimonial (art. 231-20.5 CCC)¹⁷⁰.

No sólo los consumidores merecen una legislación actualizada a los requisitos económicos y sociales de las sociedades contemporáneas, sino también los demás contratantes. MOMBORG sostiene que “*perfeccionar el derecho común de*

¹⁶⁵ LLÁCER MATAÇAS, M. R. (2015): “El Llibre Sisè i la proposta de nou “Código mercantil” ... *op. cit.*, p. 44

¹⁶⁶ Otra cuestión relativa a ello es la relativa a los modelos de integración del derecho de consumo en el Derecho privado o civil común; véase, por ejemplo, GRAMUNT FOMBUENA, M., (2015): “La contractació amb consumidors en el Llibre Sisè” en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT. UNIVERSITAT DE GIRONA (Coord.): *El Llibre Sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del Projecte de Llei*, Girona: Documenta universitària, pp. 229 y sig; RUBIO GIMENO, G., (2015): “Codi de civil i Codi de consum en els contractes de consum”, en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT. UNIVERSITAT DE GIRONA (Coord.): *El Llibre Sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del Projecte de Llei*, Girona: Documenta universitària, pp.239 y sig. A favor de la integración parcial del derecho de consumo en los códigos civiles, MOMBORG URIBE, R., (2015): “Análisis de los modelos de vinculación del código civil y la legislación de protección al consumidor. Hacia un principio general de protección de la parte débil en el derecho privado”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, nº2, pp. 739-758, quien habla de la comunicación natural entre el derecho de contratos general y el derecho de consumidor, sin que pueda plantearse “*una división tajante*”. Se trataría más bien de una cuestión de “*gradualidad entre los extremos de autonomía y la libertad contractual y los de la protección y la solidaridad*” (p. 744).

¹⁶⁷ Añade HESSELINK, M.W (2016): “Unjust Conduct in the Internal Market...” *cit.*, pp. 446 y 447, que, por ejemplo, una explotación injusta puede constituir una conducta injusta en el seno del mercado interno, no sólo contra consumidores sino entre profesionales o entre pares (en los contratos de la economía colaborativa). El derecho de consumo es, por tanto, insuficiente para asegurar la justicia en el mercado interno.

¹⁶⁸ LLÁCER MATAÇAS, M. R. (2015): “El Llibre Sisè i la proposta de nou “Código mercantil” ... *cit.*, p. 64: “*La protecció de col·lectius (consumidors i empresaris en la contractació en massa) no resta fora del dret civil que també identifica interessos privats a través de categories*”.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 64. La protección también puede encontrarse en leyes civiles especiales (arrendamientos urbanos) o en leyes especiales con normas civiles (por ejemplo, arts. 10, 69 y 72 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social).

¹⁷⁰ Sobre los *prenuptial agreements* véase la obra de RUBIO GIMENO, G., (2015): *Autorregulación de la crisis de pareja (Una aproximación desde el Derecho civil catalán)*, Madrid: Dykinson, pp. 67-69.

contratos es, también, mejorar la protección del consumidor” por ello “es artificial forzar el concepto de consumidor para otorgar protección a partes que la merecen, pero que en estricto rigor no pueden considerarse consumidores”¹⁷¹ (p.ej, las PYME). Hay algunas instituciones propias de los derechos de los consumidores (p.ej, las cláusulas abusivas) que deberían tener una aplicación generalizada¹⁷².

LURGER¹⁷³ plantea una protección que se articule alrededor de dos elementos, el personal y el situacional. El primero, relacionado con las calidades personales de las partes que causan el desequilibrio en el poder contractual y, el segundo requiere que la protección se justifique, también, en un elemento situacional que se materialice en el momento de la conclusión del contrato o sobrevenidamente.

Desde otro punto de vista, cabe constatar que hay doctrina¹⁷⁴ que se ha mostrado contraria a un exceso de intervención paternalista del legislador en aras a proteger a la parte débil (lo veremos con más detalle en el Capítulo V, §4.4). Defienden una intervención limitada a su mínima expresión (por ejemplo, en ámbitos de Derecho de familia)¹⁷⁵. Si la toma de decisiones es automática y sin un análisis previo, según NAVAS¹⁷⁶, ello es un problema de autorresponsabilidad contractual y de un planteamiento erróneo a la hora de

¹⁷¹ MOMBERG URIBE, R., (2015): “Análisis de los modelos de vinculación del código civil y la legislación de protección al consumidor... *cit.*, pp. 748-749. Y REICH habla de la protección de la parte débil como un principio general de Derecho de la UE, cfr. REICH, N., (2014): *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge, Antwerp y Portland: Intersentia, pp. 56 y 57.

¹⁷² MOMBERG URIBE, R., (2015): “Análisis de los modelos de vinculación del código civil y la legislación de protección al consumidor... *cit.*, p. 747.

¹⁷³ LURGER, B., (2011): “The Social Side of Contract Law and the... *cit.*, p. 372. La relación entre los dos elementos debe ser flexible: si una determinada situación posiciona una de las partes en un estadio de inferioridad, aunque el elemento personal sea más débil (es decir, el desequilibrio contractual no sea tan evidente) ello quedaría “compensado” por la debilidad ocasionada situacionalmente.

¹⁷⁴ NAVAS NAVARRO, S., (2015): “La normal inestabilidad de las circunstancias en el Derecho de Familia y de Sucesiones (Sobre la toma de decisiones en contextos complejos y su relevancia en el Derecho)”, en ARNAU RAVENTÓS, L., ZAHINO RUIZ, M^a (2015): *Cuestiones de Derecho sucesorio catalán. Principios, legítima y pactos sucesorios*, Madrid: Marcial Pons, pp. 177-212.

¹⁷⁵ RUBIO GIMENO, G., (2015): *Autorregulación de la crisis de pareja... cit.*, p. 69, señala que la intervención del legislador no puede conllevar una injustificada limitación de la autonomía de la voluntad más aún cuando nos hallamos “ante sujetos con plena capacidad de obrar”. Así, no tendría sentido un exceso de protección dirigido a las personas con plena capacidad de obrar que superara, por ejemplo, aquel establecido por la sentencia ex art. 760 LEC de la persona con capacidad de obrar judicialmente modificada.

¹⁷⁶ NAVAS NAVARRO, S., (2015): “La normal inestabilidad de las circunstancias en el Derecho de Familia y de Sucesiones... *cit.*, pp.190-191.

tomar decisiones teniendo en cuenta, además, el contexto (muchas veces complejo) en el que se forman las decisiones¹⁷⁷.

En nuestro Derecho civil, sin embargo, existen otras categorías de normas que coadyuvan a moralizar el Derecho privado. Nos estamos refiriendo a tendencias actuales como la *Drittwirkung*, el impacto de los Derechos fundamentales en el Derecho privado¹⁷⁸, normas tales como la buena fe o la razonabilidad o la moral como instrumento de protección de la parte débil.

1.3.1. La constitucionalización de las normas de Derecho privado o *Drittwirkung*:

Esta extensión de los derechos fundamentales a conflictos privados es utilizada por la doctrina como un instrumento de promoción de la protección de la parte débil de las relaciones contractuales¹⁷⁹: el efecto horizontal de los derechos fundamentales (*Drittwirkung der Grundrechte*)¹⁸⁰¹⁸¹ es ya, de entrada,

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 194.

¹⁷⁸ MAK, C., (2008): *Fundamental rights in European Contract Law ... cit.*, p. 176, señala el aspecto problemático de esta nueva perspectiva, porque hace una conexión entre Derecho privado y la persecución de intereses públicos. Los códigos de la Europa continental, de corte clásico, consideran la perspectiva de la justicia conmutativa, sin hacer ninguna referencia a objetivos de tipo político, social o económico. La teoría de la *Drittwirkung* implica que las partes consideren la perspectiva de los Derechos Fundamentales cuando contratan con otros pares, por tanto, en relaciones horizontales.

¹⁷⁹ CHEREDNYCHENKO, O. O., (2007), *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party. A comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions... cit.*, p. 5.

¹⁸⁰ HESSELINK, M.W (2003), "The horizontal effect of social rights in European Contract Law", *Europa e Diritto Privato*, Vol. I, p. 3.

¹⁸¹ MAK, C. (2008): *Fundamental Rights... cit.*, pp. 45 y sig; también HESSELINK, M.W, MAK, C., RUTGERS, J.W. (2009) "Constitutional aspects of European Private Law. Freedoms, Rights and Social Justice in the Draft Common Frame of Reference", *Centre for the Study of European Contract Law Working Papers* 2009/05; CHEREDNYCHENKO, O. O., (2007), *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party. A comparative Analysis of ... cit.*, p. 1 y sig. *fine*; De esta misma autora, CHEREDNYCHENKO, O. O., (2007): "Fundamental rights and private law: A relationship of subordination or complementarity?", *Utrecht Law Review*, Vol. 3, Issue 2, pp. 37-58; COLOMBI CIACCHI, A., (2006), "The Constitutionalization of European Contract Law: Judicial Convergence and Social Justice", *ERCL*, Vol.2, Issue 2, pp. 167-180; SAFJAN, M., (2014), "The Horizontal Effect of Fundamental Rights in Private Law- On Actors, Vectors, and Factors of Influence", en PURNHAGEN, K., ROTT, P., (Eds.), *Varieties of European Economic Law and Regulation, Studies in European Economic Law and Regulation*, 3, Cham: Springer International Publishing; HESSELINK, M.W., (2005), "Non-Mandatory Rules in European Contract Law, *ERCL* 1/2005, pp. 43-84; COLLINS, H., (2006), "Utility and Rights in Common Law Reasoning: Rebalancing Private Law Through Constitutionalization", *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 6/2007, pp. 1-22 y (2006) "The Alchemy of Deriving General Principles of Contract Law from European Legislation: In Search of the Philosopher's Stone, *ERCL*, Vol. 2, Issue 2, pp. 213-226.

controvertido. Inicialmente estos derechos están pensados desde la relación Estado-ciudadanos, y la tensión (*Wechselwirkung*) que genera la posible eficacia *inter privatos* de los derechos fundamentales se ha dividido en dos teorías: la del efecto directo (*unmittelbare Drittwirkung*) y la del indirecto (*mittelbare Drittwirkung*).

En el primer caso, el principio del efecto directo significaría que los derechos fundamentales tienen eficacia en las relaciones privadas de la misma forma que entre Estado y ciudadano, lo que implica que este catálogo de derechos se aplica en la dimensión en que se haya reconocido a nivel constitucional. Así, el derecho privado aparece subordinado a los derechos constitucionales por una relación jerárquica entre las normas de la Constitución y las normas de derecho privado. La relación entre éstas es de primacia de las primeras sobre las segundas¹⁸². En el segundo caso, la teoría del efecto indirecto señala que las relaciones entre los derechos constitucionales y las normas de derecho privado son recíprocas y, por tanto, los derechos constitucionales tienen un valor especial que limita, en cierta medida, los derechos privados¹⁸³. Cabe, así, balancear los valores individuales

¹⁸² CHEREDNYCHENKO, O. O., (2007), *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party. A comparative Analysis of ... cit.*, p. 69: “It is the Constitution which directs private law and determines who is right and who is wrong in a private law dispute”.

¹⁸³ Señala OLIVA BLÁZQUEZ, F., (2016): “Límites a la autonomía privada en el Derecho de los contratos: la moral y el orden público” en PARRA LUCÁN, M^a A., (2016): *La autonomía privada en el Derecho civil*, Cizur Menor: Thomson Reuters aranzadi, pp. 342-343 que el TC no ha construido una línea clara sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas privadas, pero sí que ha emitido algunas sentencias de las que puede deducirse su apuesta por la eficacia indirecta o *mittelbare Drittwirkung*. Así, por ejemplo, en la STC de 7 de febrero de 1984 (RTC 1984\18) se establece que (FJ 6^o): “Esta concretización de la Ley suprema no debe interpretarse en el sentido de que sólo se sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públicos, dado que en un Estado social de derecho como el que consagra el artículo 1.º de la Constitución no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social, tal y como evidencia la Ley 62/1978, de Protección de los Derechos Fundamentales, la cual prevé la vía penal -aplicable cualquiera que sea el autor de la vulneración cuando cae dentro del ámbito penal-, la contencioso-administrativa -ampliada por la disposición transitoria segunda, 2, de la LOTC- y la civil, no limitada por razón del sujeto autor de la lesión. Lo que sucede, de una parte, es que existen derechos que sólo se tienen frente a los poderes públicos (como los del artículo 24) y, de otra, que la sujeción de los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1) se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislador, al ejecutivo y a los Jueces y Tribunales, en el ámbito de sus funciones respectivas. De donde resulta que el recurso de amparo se configura como un remedio subsidiario de protección de los derechos y libertades fundamentales, cuando los poderes políticos han violado tal deber. Esta violación puede producirse respecto de las relaciones entre particulares cuando no cumplen su función de restablecimiento de los mismos, que normalmente corresponde a los Jueces y Tribunales, a los que el Ordenamiento encomienda la tutela general de tales libertades y derechos (artículo 41.1 de la LOTC)”. OLIVA BLÁZQUEZ, F., (2016):

junto a los derechos constitucionales¹⁸⁴¹⁸⁵. La finalidad de los derechos fundamentales es rellenar el ámbito de ciertas cláusulas generales, como la buena fe o el orden público.

Nos planteamos cuál debe ser el anclaje jurídico entre derecho privado y los derechos fundamentales: si aquél deviene un instrumento subordinado a éstos o si, por el contrario, es el catálogo de derechos el que asume un papel de complementariedad¹⁸⁶¹⁸⁷. En el primer caso, las relaciones entre las partes privadas son gobernadas por los derechos fundamentales que aparecen consagrados en las constituciones o en otros instrumentos nacionales o internacionales de derechos humanos. Así, los derechos fundamentales determinan las relaciones entre las partes y el papel del derecho privado queda limitado a suministrar herramientas que tienen su efecto en la esfera privada. El derecho privado existente no sólo se interpreta a la luz de los derechos

op.cit.loc.cit, p. 342, sostiene la existencia de posiciones intermedias o eclécticas que defienden una tercera vía, matizando la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas (siguiendo la línea de la STC 177/1988, de 10 de octubre, RTC 1988\177). Se trata de ponderar el alcance de los derechos constitucionalmente reconocidos como límites a la autonomía privada, caso por caso.

¹⁸⁴ CHEREDNYCHENKO, O. O., (2007), *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party. A comparative Analysis of ... cit.*, pp. 70-71.

¹⁸⁵ MAK, C., (2008): *Fundamental Rights in European Contract Law...cit.*, p. 46.

¹⁸⁶ CHEREDNYCHENKO, O (2007), *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party... cit.*, p. 549 y sig. Esta misma autora apuesta por un diálogo entre las dos disciplinas, pero no considera oportuno subordinar el derecho contractual a los derechos fundamentales: "What is necessary today, therefore, is that fundamental rights and contract law enter into a dialogue with each other", p. 573.

¹⁸⁷ Acerca de la extensión de los derechos fundamentales en el Derecho de contratos y sobre la cuestión del efecto directo e indirecto, veáse MAK, C., (2008): *Fundamental Rights in European Contract Law...cit.*, pp. 292 y sig, señalando la autora las controversias que genera y, a la vez, posicionándose a favor de la socialización del Derecho privado e indicando el carácter ideológico que también se desprende del Derecho de contratos: " In the first place, the large number of protective rules that have been laid down in legislation protecting weaker parties, such as consumers, tenants and employees are illustrative of the so-called "socialization" of private law. These rules have become more important that they can no longer be seen as mere expectation to the autonomy-centred idea of contract law as neutral, a-political field, in which freedom of contract is the most important principle. In the second place, the growing attention for the constitutional aspects of contract law, also on the European level, further emphasizes that this field of law is no longer perceived as independent of societal interests. The growing impact of fundamental rights on contract law adjudication forms part of this process of "constitutionalization". In my opinion, it touches upon the principle of autonomy and solidarity that find expression in contract law rules (...) brings to the fore the policy choices expressed in the choice of case solutions tending either to lean towards autonomy or towards solidarity. Since it indicates the choices that have been made for relatively more autonomy-based or solidarity-based solutions, the application of fundamental rights thus contradicts the view that contract law is immune to ideological influence". Véase, también, COLLINS, H., (2007): "Utility and Rights in Common Law Reasoning: Rebalancing Private Law Through Constitutionalization" *LSE Working Papers*, 6/2007,...cit., p. 1-22.

fundamentales, sino que, además, es remplazado por las nuevas normas que derivan de éstos. En realidad, los derechos fundamentales tiene prioridad sobre las normas de derecho privado¹⁸⁸

Por el contrario, la complementariedad entre los derechos fundamentales y el derecho privado implica que, aunque éstos disfruten de una posición importante en la jerarquía de normas, ello no significa que el derecho privado quede sustituido por los derechos fundamentales en las relaciones *inter partes*. El derecho privado no pierde su habilidad para regular las relaciones entre privados según su lógica y autonomía. Las partes no están obligadas por los derechos fundamentales, y sus relaciones son formal y sustancialmente gobernadas por normas de derecho privado. En este modelo, los derechos fundamentales sólo influyen al derecho privado, pero es éste quien determina cómo se visualiza dicha influencia. En función de cómo el juez determina la aplicación de los derechos fundamentales en los litigios privados, podemos distinguir dos tipos de relaciones de complementariedad: una más espontánea, que se da cuando el juez utiliza los derechos fundamentales como fuente de inspiración para establecer el contenido de normas de derecho privado abiertas como puede ser la buena fe; el juez tiene absoluta discrecionalidad para tomar en consideración o no los derechos fundamentales; por otra parte, si la relación de complementariedad la calificamos como obligatoria significa que el derecho privado es sólo compatible con los derechos fundamentales si toma en consideración el impacto que los valores inmanentes tienen en éstos y los absorbe para sí. Cómo debe hacerse esto es una cuestión que queda relegada en el derecho privado. El legislador y los jueces disfrutan de una amplia discrecionalidad para determinar cómo se insertan los derechos fundamentales en el seno del derecho privado¹⁸⁹.

¹⁸⁸ CHEREDNYCHENKO, O (2007): *op.cit.*, pp. 59-60: “*fundamental rights law exercises total control over private parties based on its own dogmatics and turning it into a tool for advancing fundamental rights. In contract law disputes, for example, this implies that private autonomy can be limited directly on the basis of fundamental rights without contract law having a possibility to have a substantial impact on the outcome of the dispute. The obvious consequence of the adoption of such a model for the distinction between public and private law is its disappearance*”.

¹⁸⁹ CHEREDNYCHENKO, O.O., (2007): “Fundamental rights and private law: A relationship of subordination or complementarity?” ... *cit.*, pp. 3-4.

El ejemplo paradigmático de esta influencia lo encontramos en la jurisprudencia alemana: es el caso *Bürgschaft*¹⁹⁰ en que una hija, de 21 años, sin estudios superiores, sin ninguna propiedad y con un trabajo no profesional, firmó un contrato de seguro con un banco por la totalidad de las deudas que tenía su padre (50.000€). La Corte Constitucional alemana (*BVerfG*) declaró el contrato que había firmado la hija como nulo ya que su autonomía de la voluntad había sido vulnerada [ello deriva del derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad, en conjunción con el principio del Estado social de los artículos 2(1) y 28(1) de la Constitución alemana, *Grundgesetz*]. Según el *BVerfG*, en los casos en que una disparidad en el poder de negociación conduzca a un contrato altamente desequilibrado y que sea excesivamente oneroso para la parte más débil, existe la obligación de proteger el derecho constitucional de la autonomía de la voluntad de esta parte, a través de las cláusulas generales de las buenas costumbres y la buena fe reflejadas en los preceptos §138 y §242 del BGB. Como señala MAK, “*if a typical case arose which concerned a structural inferiority of a party and if the consequences of the contract were exceptionally detrimental to that party, civil law had to react and provide for correction*”¹⁹¹.

Aunque en el caso no se aplicaron directamente derechos fundamentales en las relaciones *inter partes*, y fue el Derecho contractual el que determinó el iter de la cuestión, en la práctica, el *BVerfG*, acabo determinando el caso balanceando los derechos fundamentales involucrados en el litigio¹⁹². La protección de los

¹⁹⁰ La relación de los hechos se puede encontrar en: CHEREDNYCHENKO, O.O., (2007): *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party... cit.*, p. 234 y sig; MAK, C., (2008): *Fundamental Rights in European Contract Law...cit.*, pp. 75-76.

¹⁹¹ MAK, C., (2008): *Fundamental Rights in European Contract Law...cit.*, pp., 78-79, si el contrato es excesivamente oneroso para una de las partes, el juez tiene que asegurar que aquello fue debido a un desequilibrio en el poder de negociación; a través del recurso a las cláusulas generales tales como la buena fe, debe reequilibrar el contrato. El riesgo que la hija asumía era extremadamente excesivo. Deviene necesario un criterio que indique en qué situaciones y hasta qué límite puede el juez “mirar” en el contenido del contrato. Una de las cuestiones que se deriva de ello es hasta dónde llega el poder del juez para revisar el contrato; ello significa, en cierta medida, una amenaza a la autonomía de la voluntad expresada en el contrato. MAK señala que “*where freedom of contract failed to provide a balance of power, the State had to apply the basic rights in order to limit this freedom*”. (pp. 81-82).

¹⁹² CHEREDNYCHENKO, O.O., (2007): “Fundamental rights and private law: A relationship of subordination or complementarity?” ... *cit.*, p. 8: “ (...) in those cases where the private law courts were held to be obliged to protect the constitutional rights of certain actors and for this purpose to intervene in contractual relationships by means of the general clauses, the role to be played by contract law, in particular general clauses, in determining when, under what conditions, and to

derechos constitucionales en el derecho alemán implica, por tanto, que los derechos fundamentales son, también, derechos contra el Estado¹⁹³.

En nuestro contexto, y en el ámbito sucesorio, cabe destacar la STC 9/2010, de 27 de abril¹⁹⁴, relativa a un tema de una sustitución fideicomisaria condicional a favor de hijos y descendientes legítimos del testador (*si sine liberis decesserit*) y que fue un recurso de amparo contra la STSJC 5/2004, de 22 de enero¹⁹⁵ que consideraba que la expresión “hijos legítimos” empleada por el testador en una cláusula de sustitución fideicomisaria no comprendía a los hijos adoptivos. Así, el TC anuló la STSJC considerando que la conclusión a la que llega el TSJC de que la cláusula “hijos legítimos” formulada por el testador no abarcaba a los hijos adoptados es errónea ya que ello no se deduce de forma inequívoca de la formulación literal de la cláusula testamentaria, “*sino que es producto de la interpretación que de aquella expresión realiza el órgano judicial, de manera que la exclusión de las demandantes de amparo del llamamiento a la herencia no tiene su origen directo en el ejercicio de la libertad de testar sino en el de la jurisdicción*” (FJ 4º)¹⁹⁶. El TC sólo aprecia en amparo la cuestión relativa a la

which extent to incorporate constitutional values into its own fabric seems to have been rather limited’.

¹⁹³ CHEREDNYCHENKO, O.O., (2007): *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party... cit.*, pp. 96-97. El hecho que el juez tenga que cumplir su deber de proteger los derechos constitucionales en el seno, también, de las relaciones contractuales, evoca un punto de paternalismo ya que el Estado ejerce un control sober el contenido del contrato y fija límites a la libertad contractual. A su vez constituye un mandato dirigido al legislador: “*The legislator is in violation of its duty to protection if in cases of an inequality in bargaining power it confines itself to the basic rule “pacta sunt servanda” without adopting mandatory rules for the protection of the weaker party. If, however, the legislator fails to fulfil its duty of protection completely or does not fulfill it to a full extent, the duty to protect the weaker party in cases of contractual imbalance is directed towards the courts of private law*”. El deber de proteger empodera a los jueces en estos casos a intervenir en el contenido del contrato a través de instrumentos previstos por el derecho de contratos como son, por ejemplo, las cláusulas generales de la buena fe o la razonabilidad (véase *infra* §1.3.2). En el caso alemán, si un contrato es excesivamente oneroso para una de las partes a causa de una desigualdad importante en el poder de negociación, el juez se ve obligado a intervenir en base a las cláusulas generales de la buena fe (§242 BGB) y las buenas costumbres (§138 BGB). Esta obligación deriva del deber constitucional de garantizar el derecho a la autonomía de la voluntad en conjunción con el principio del Estado Social. En contra de este exceso intervencionista de los jueces en las relaciones privadas, especialmente en sede de contrato, véase NAVAS NAVARRO, S., (2015): “La normal inestabilidad de las circunstancias en el Derecho de Familia y de Sucesiones... *cit.*, pp. 207-212. Con más detalle *infra* (Capítulo V, §4.4)

¹⁹⁴ RTC\2010\9.

¹⁹⁵ RJ\2004\1037.

¹⁹⁶ Sin embargo, el TC (FJ 2º) parece que alude la cuestión de la relación entre el principio de la autonomía de la voluntad y el principio de discriminación en el ámbito de la sucesión testada, ya que establece que el objeto del proceso consititucional “*no es comprobar la vigencia y, en su caso, el alcance del mandato constitucional que se deriva de los arts. 14 y 39.2 CE en relación*

aplicación de las normas sobre la interpretación de los testamentos (que pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria) si esta interpretación lesiona el contenido de derechos fundamentales reconocidos en la CE, como es el derecho reconocido en los arts. 14 y 32 CE¹⁹⁷. El TC advirtió también de la doctrina auspiciada por la Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos de 13 de julio de 2004, dictada en el asunto *Pla y Puncernau c. Andorra*,¹⁹⁸ que juzgó un caso similar¹⁹⁹. Así, en ese caso el TEDH señaló que a pesar de no considerarse un Tribunal llamado, en principio, a solucionar litigios privados, en el ejercicio del control europeo que le corresponde, *“no puede permanecer inerte cuando la interpretación hecha por un tribunal interno de un acto jurídico, bien se trate de una cláusula testamentaria, de un contrato privado, de un documento público, de una disposición legal o incluso de una práctica administrativa, parece irrazonable o arbitraria o, como en el presente caso, en falgrante contradicción con la*

con el acto privado de disposición testamentaria otorgado por el causante en el ejercicio de su libertad de testar, cuestión ésta que queda fuera de los límites de nuestro ordenamiento, sin verificar si el órgano judicial que dictó la resolución judicial impugnada respetó o no el principio de interdicción de la discriminación por razón de nacimiento, al excluir a las demandantes del llamamiento a la herencia de su abuelo por causa de su condición de hijas adoptivas y, por tanto, como consecuencia del modo en que interpretó la expresión “hijos legítimos” en el ejercicio del arbitrio que le incumbe”.

¹⁹⁷ Sigue el TC estableciendo que *“no es el causante al formular en su día la disposición testamentaria en el ejercicio de su libertad de testar, sino el órgano judicial al interpretar una expresión ambigua y, por tanto, en el ejercicio de su jurisdicción, quien ha creado un tratamiento jurídico discriminatorio a partir de un criterio relativo a la filiación adoptiva, que resulta expresamente prohibido por el art. 14 CE en relación con el art. 39.2 CE”* (FJ 4º).

¹⁹⁸ TEDH\2004\49. Sin embargo, en la STC hubo un voto particular formulado por el magistrado don Jorge Rodríguez- Zapata Pérez, advirtiendo que no se trataba de un supuesto parejo al de la sentencia del TEDH y que en nuestro Derecho civil sucesorio (ya sea foral o común) se confiere a la persona un amplio ámbito de libertad de disposición *mortis causa* sobre sus propios bienes, de modo que, respetando en su caso el régimen de legítimas, el causante podía disponer de ellos para después de su muerte del modo que estime convenientes, sin necesidad de ofrecer justificación sobre su decisión ni estar vinculado por las prohibiciones contempladas por el art. 14 CE. Añade, además, que si a raíz de la labor exegética el órgano judicial considera que el causante quería excluir de la herencia a los hijos adoptados, tal consecuencia no entra por sí misma en colisión con el art. 14 CE ya que ese resultado como el contrario son opciones válidas, de acuerdo con el ejercicio de la libertad de testar (ante la cual el poder público debe mantenerse neutral).

¹⁹⁹ El TEDH, igual que el TC consideró que de la lectura del testamento no se podía deducir que la testadora deseara excluir del beneficio de la herencia a un eventual hijo adoptivo. Así el TEDH señala que *“la interpretación hecha por el Tribunal Superior de Justicia de la cláusula testamentaria consistente en atribuir a la testadora una supuesta voluntad negativa para llegar a la conclusión de que, puesto que la testadora no había dicho expresamente que no excluía a un hijo adoptivo es que quiso excluirlo, es demasiado forzada y contraria al principio general del derecho según el cual si el enunciado está exento de ambigüedad, no hay necesidad alguna de preguntarse sobre la voluntad de aquel que así se ha expresado (“quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis questio”).*

prohibición de discriminación que establece el artículo 14 y más ampliamente con los principios que subyacen en el Convenio” (párr. 59)²⁰⁰.

Ello es un claro ejemplo de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y los límites a la libertad de disponer *mortis causa*²⁰¹; el derecho a la libertad de testar (que es a su vez una manifestación de la autonomía privada) se ve sujeto a un límite en forma de respeto de un derecho fundamental.

En cualquier caso, el problema de la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados debe hacerse de forma matizada, ya que cualquier generalización favorable a una aplicación sin límites de los derechos fundamentales entre particulares sería cuestionada. En el ámbito de la contratación privada la regla general es el predominio de la voluntad individual, excepto si se producen vulneraciones fundamentales que afectan a la dignidad de la persona²⁰² o si el resultado de la negociación individual conlleva un abuso de una de las partes y acarrea, para ésta, un resultado altamente desproporcionado. De no ser así, debería limitarse la eficacia horizontal de los derechos fundamentales ya que si nos situáramos en un estadio de dirigismo contractual, contrario al principio de libertad civil inamnente en nuestro ordenamiento jurídico.

Consideramos más idónea y cautelosa la eficacia que se derivaría del efecto indirecto, otorgando un rol secundario a los efectos entre las partes de los derechos fundamentales. Cabe añadir que, según establecido *a priori*, los derechos fundamentales constituyen un buen instrumento de promoción de la

²⁰⁰ En relación con la sentencia del TEDH véase ARROYO i AMAYUELAS, E., BONDIA GARCÍA, D., (2004): “¿Interpretación de testamento contraria a los derechos humanos? El caso Pla&Puncernau vs. Andorra (STEDH, 13 de julio de 2004), *Derecho Privado y Constitución*, núm. 18, pp. 7-88; también, HERRERO OVIEDO, M., (2012): “El testamento, la filiación adoptiva y la aplicación *inter privatos* de los Derechos fundamentales, *InDret*, octubre 2012, pp. 1-35; también, GARCÍA RUBIO, M.P., (2002): “La eficacia inter privatos (Drittwirkung) de los derechos fundamentales”, *Libro Homenaje a Ildelfonso Sánchez Mera*, Vol. I, Colegio Notarial de La Coruña, pp. 297-314.

²⁰¹ Libertad de testar que es a su vez una manifestación de la autonomía privada, *cfr.* HERRERO OVIEDO, M., (2012): “El testamento, la filiación adoptiva... *cit.*, p. 21. Ello significa la oposición entre dos derechos fundamentales: igualdad *versus* libertad dispositiva *mortis causa*. Será el contenido de los derechos cuyo ejercicio resulte incompatible el que determinará al fin que uno prevalezca sobre el otro.

²⁰² GARCÍA RUBIO, M.P., (2002): “La eficacia inter privatos (Drittwirkung) de los derechos fundamentales”... *cit.*, pp. 312-313.

protección de la parte débil de la relación contractual, aunque el Derecho de contratos dispone también de herramientas que permitirían cumplir con éste mismo propósito, como veremos más adelante.

1.3.2. La buena fe como principio de justicia contractual

En nuestro contexto jurídico, la buena fe ha sido un recurso jurídico recurrente por los tribunales para fundamentar sus sentencias e incorporar algunos tintes de justicia contractual en sus declaraciones. El Código civil de Cataluña la regula a en el art. 111-7²⁰³. Es en el ámbito contractual donde la consagración de la buena fe (ex art. 1:201 PECL) ha tenido más relevancia pues emerge como un nuevo arquetipo o modelo de conducta social: la honradez en los tratos (ex art. 111-7 CCCat), la actuación diligente, el cuidado del otro²⁰⁴, la confianza en la palabra dada, la lealtad o el deber de informar a la otra parte²⁰⁵. Se aspira a conseguir que el desarrollo de las relaciones obligatorias se produzca de acuerdo con aquello que la conciencia social considera como principio necesario, aunque el legislador no los haya explicitado y las partes tampoco los hayan formulado contractualmente, porque se consideran implícitos²⁰⁶. En este sentido, se conecta con un estándar moral: un principio jurídico-ético²⁰⁷. LARENZ sitúa la buena fe como un principio del Derecho justo y la relaciona con el principio de la confianza, pero va más allá: demanda también “*un respeto recíproco ante todo*

²⁰³ En el Código civil, el art. 7 se limita a prohibir que los derechos se ejerciten en contra de la buena fe. Véase distintas ilustraciones que tiene la buena fe en sede jurisprudencial en CARRASCO PERERA (2017): *Derecho de contratos*, 2ª ed., Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, p. 509 y sig. CARRASCO señala que en la mayoría de resoluciones judiciales se aplican los arts. 1258 y 7 como complementarios, pero su función es distinta. El art. 1258 CC integra el contrato con las obligaciones implícitas que son exigidas por la buena fe; el art. 7 no pretende ser una norma de integración de lagunas contractuales, ni crear obligaciones implícitas, sino que se limita a prohibir que los derechos se ejerciten contra la buena fe. “El art. 7 CC es una norma de limitación en el ejercicio de los derechos (del acreedor), mientras que el art. 1258 CC es una norma fundadora de obligaciones a cargo del deudor” (pp. 507-508). Véase un elenco jurisprudencial de obligaciones implícitas impuestas por la buena fe en CARRASCO PERERA, *op. cit.*, p. 508 y sig.

²⁰⁴ NICOLUSSI, *...cit.* p. 125.

²⁰⁵ En el Derecho contractual la buena fe rige en la ejecución de las obligaciones contractuales y determina múltiples deberes accesorios impuestos por el fin del contrato o por el respeto de los intereses de la otra parte, así como deberes de auxilio y lealtad; LARENZ, K., (1985): *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, p. 96.

²⁰⁶ DíEZ PICAZO, L, ROCA TRÍAS, E, MORALES, A.M (2002): *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid: Civitas, p. 156.

²⁰⁷ HESSELINK, M.W: (2011): “The Concept of Good Faith” en HARTKAMP, A, HESSELINK, M.J, HONDIUS, E, MAK, C, DU PERRON, E, *Towards a European Civil Code*, Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law international, p. 621.

en aquellas relaciones jurídicas que requieran una larga y continuada colaboración, respeto al otro también en el ejercicio de los derechos y en general el comportamiento que se puede esperar entre los sujetos que intervienen honestamente en el tráfico”²⁰⁸.

EGEA FERNÁNDEZ²⁰⁹ señala expresivamente que la buena fe, en sentido objetivo, se configura como un canon de conducta del que surgen normas en sentido técnico, y se encuentra principalmente en las relaciones jurídicas obligacionales, creando unos deberes complementarios a la prestación principal (deberes secundarios)²¹⁰. La buena fe tiene como desempeño (desde un punto de vista objetivo) “*dar al contrato cumplida efectividad, en orden a la realización del fin propuesto*”²¹¹ e “*impedir el perjuicio como beneficio injustificado*”²¹². Estos deberes pueden identificarse desde dos puntos de vista: activo, como el deber de toda persona de actuar de acuerdo con la ley; y pasivo, como el derecho que tenemos de esperar del otro el mismo comportamiento leal y que se relacionaría con la honradez en los tratos. La buena fe estaciona un instrumento corrector de las consecuencias de un hecho formalmente correcto y del que normalmente derivaría un vínculo jurídico ajustado a la regla de la vinculación de los pactos y de respeto a la palabra dada (ex art. 1091 CCE). En este sentido, el contrato se percibe como una representación ideal de una realidad, y la buena fe es el paliativo que emerge de los medios de tutela y las actuaciones que se esperan de los contratantes²¹³. Lo que la *bona fides* persigue es que las partes se comporten de una forma armonizada con valores inherentes a este principio: es

²⁰⁸ LARENZ, K., (1985): *Derecho justo... cit.*, p. 91 y sig.

²⁰⁹ EGEA FERNÁNDEZ, J., (2011): *Bona fe i honradesa en els tractes en el Dret Civil de Catalunya*, Barcelona: Acadèmia de Jurisprudència i Legislació, p. 27 y sig.

²¹⁰ HESSELINK distingue también entre buena fe subjetiva (estado mental subjetivo: no saber o no tener que saber un hecho determinado o evento) y objetiva, como norma de conducta, HESSELINK, M.W: (2011): “The Concept of Good Faith” ... *cit.*, p. 621.

²¹¹ STS 30 de abril de 1986 (RJ 1994\2949).

²¹² STS 17 enero 1986 (RJ 1986 \105).

²¹³ En relación con la buena fe y el estándar de diligencia exigible, CARRASCO PERERA, Á. (2017): *Derecho de contratos... cit.*, pp. 512-513, señala que “es común que los tribunales decidan como si se tratara de un caso de integración de lagunas contractuales cuando lo que se discute es el estándar de diligencia exigible al deudor”.

decir, con lealtad²¹⁴, fidelidad, honestidad y respeto a la confianza mutua²¹⁵. Las situaciones descritas por los casos de ventaja o explotación injusta utilizan la medida de la buena fe como el estándar al que primero las partes y luego el juez deben referirse para medir la injusticia del contrato y reconducirlo hacia un estadio más equilibrado, si así lo solicita una de las partes²¹⁶.

La comunión que se produce entre la buena fe, como medio que permita introducir demandas morales en el derecho positivo por el legislador así como por el juez, y la justicia contractual²¹⁷ permite ponderar los efectos conservadores o resolutorios que se derivan cuando se produce un desequilibrio contractual entre las prestaciones de las partes como consecuencia de un cambio sobrevenido en las circunstancias esenciales que tuvieron en cuenta las partes al tiempo de la conclusión del contrato o bien cuando el equilibrio inicial se rompe a causa de la situación de debilidad o de dependencia de una de las partes (e incluso en los casos de *laesio enormis*, cuando el contrato es altamente desequilibrado a causa del valor que se atribuye del bien enajenado). La apertura de la autonomía privada hacia un perfil más social ha sido impulsada por el *soft law* que ha puesto de manifiesto una limitación de la autonomía privada atribuyendo, al juez, facultades para restablecer el equilibrio económico del contrato, tal y como sucede en los casos de *unfair exploitation*²¹⁸ o de

²¹⁴ GHESTIN, J (1988): *Traité de droit civil, Les obligations. Le contrat: formation*, 2^a édition, Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, p. 203, observa el principio de la buena fe como una consagración de una exigencia general de lealtad en el seno de las relaciones contractuales.

²¹⁵ En sede de contratos, la buena fe puede implicar la creación de obligaciones que sean comunes a contratos que sean parecidos, cfr. EGEA FERNÁNDEZ, J (2011): *op.cit.*, p. 28. En un mismo sentido, CARRASCO PERERA, Á. (2017): *Derecho de contratos... cit.*, p. 507: “La buena fe se traduce en el cumplimiento de reglas de conducta ínsitas en la ética social vigente, que vienen significadas por las reglas de honradez, lealtad y fidelidad a la palabra dada y a la conducta seguida” (STS 5 noviembre de 2007 (RJ 2007\8646) con cita de SSTs 12 julio 2002 (RJ 2002\6047), 30 enero 2003 (RJ 2003\2024), 29 febrero 2000 (RJ 2000\812) y 2 octubre 2000 (RJ 2000\8131).

²¹⁶ Los casos de *gross disparity* o *unfair advantage* describen situaciones que parten de la igualdad formal de las partes pero que, como consecuencia del abuso o de la explotación del estado de necesidad de una de las partes o de su situación de inferioridad, la otra parte obtiene una ventaja manifiestamente injusta o un beneficio excesivo. Así, COPPINI, L., [(2015) (“Il ruolo della buona fede nella giustizia contrattuale”, *Gentes*, anno II número 2- 2015, p. 203)] hace referencia a la utilización de la buena fe para reconducir los casos descritos por la institución de la ventaja injusta.

²¹⁷ PONTIROLI, L., (1997) “La protezione del “contraente debole” nei *Principles of International Commercial Contracts* di UNIDROIT: much ado about nothing?”, en *Giurisprudenza Commerciale*, Primera Parte, p.590.

²¹⁸ Véase el art. II.-7:207 DCFR, apartados 2 y 3.

*hardship*²¹⁹. En relación con la alteración sobrevenida de las circunstancias o *hardship*, en nuestro ordenamiento jurídico ha sido la cláusula *rebus sic stantibus*²²⁰ acuñada por la jurisprudencia, la que ha sido utilizada como un argumento en la decisión sobre la *laesio superveniens*²²¹.

Constatamos, pues, que este principio de la buena fe colisiona con los principios rectores del derecho contractual (libertad y autorresponsabilidad) y el nexo entre ambos hace presumir que el contrato, celebrado entre personas libres y responsables, es justo; pero ello como mera presunción: la constatación de un desequilibrio excesivo entre las prestaciones, o la prueba de que una de las partes se encontraba en una situación que la hacía más débil para defender normalmente sus intereses justifican una intervención de los poderes públicos

²¹⁹ Véase los arts. 6.2.2 de los Principios UNIDROIT, el art. 6:111 de los PECL, art. III.-1:110 DCFR, §313 BGB, art. 7 de la propuesta de regulación de BOSCH CAPDEVILA, E, DEL POZO CARRASCOSA, P, VAQUER ALOY, A (2016): *Teoría general del contrato. Propuesta de regulación*, Madrid: Marcial Pons, p.42, el art. 1213 Propuesta de Modernización del Código Civil (PMCC) y el art. 526-5 de la Propuesta de la ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2016), *Propuesta de Código Civil. Libros Quinto y Sexto*, Valencia: Tirant lo Blanch.

²²⁰ En este sentido, el TS [FJ segundo, STS de 24 de febrero de 2015 (RJ\2015\1409)], ha delimitado qué concepción de la buena fe se utiliza como fundamento de la cláusula *rebus sic stantibus*, en un sentido diferente a la función integradora del alcance del contrato, como criterio de determinación del alcance que deba presentar. Así pues, “*la aplicación del principio de buena fe como fundamento de la cláusula rebus sic stantibus, junto con el citado principio de conmutabilidad, constituyen una plasmación de las directrices de orden público económico dirigida a valorar la incidencia de la alteración producida en la base del negocio que informó el contrato, como expresión de la conmutabilidad o razón económica del equilibrio contractual del mismo. De modo que, su función, fuera del estricto plano de la delimitación del alcance prestacional que deba ser observado, se centra en el ámbito de la eficacia derivada del propio contrato, bien modificando provisionalmente el vínculo obligacional, o bien, determinando su resolución. No se trata, por tanto, de un enfoque dirigido estrictamente a plantear la interpretación del contrato (artículo 1281 y siguientes del Código Civil), ni la integración objetiva del mismo (artículo 1258), sino a ponderar su eficacia resultante tras la alteración sobrevenida de las circunstancias que conformaron la base negocial sobre la que se asentó la iniciación y el mantenimiento de la relación contractual llevada a cabo*”...

²²¹ OSTI, G., (1973): [“Appunti per una teoria della “sopravvenienza” (La così detta clausola “rebus sic stantibus” nel diritto contrattuale odierno), en *Scritti Giuridici*, t.I, 1973, Milano, pp. 261 y sig.] identifica la *laesio superveniens* como una extensión del remedio justinianeo de la *laesio ultradimidium* o lesión inicial, identificando las diferencias (no sólo en el estadio de tiempo en que se produce el desequilibrio), sino también en relación a sus efectos: así, la *laesio superveniens* permite la reducción equitativa del contrato, en aras a mantener vivo el vínculo contractual, frente a la lesión inicial, en la que la ley puede incidir para limitar la voluntad de las partes.

para dotar de un significado verdadero el axioma “*toute justice est contractuelle, qui dit contractual dit juste*”²²²²²³²²⁴.

Recientemente, el criterio de la razonabilidad se ha acercado al concepto de la buena fe, con un intento de aproximar las posturas del common law y del civil law. El parecido entre la buena fe objetiva y la “*reasonable expectation of honest people*” ha sido señalado ya por la doctrina²²⁵.

Sin embargo, esta aproximación conlleva consigo el riesgo de recibir una categoría ajena a nuestra cultura jurídica. Lo ideal sería utilizar la razonabilidad como medida complementaria de la buena fe, sin que llegara, pues, a suprimirla²²⁶.

Manifestado lo anterior, debemos concebir la buena fe como un principio de Derecho, necesitado de concreción en cada caso particular²²⁷.

²²² Citado por MARTÍN PÉREZ, J.A., (1995): *La rescisión del contrato (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Barcelona: Bosch Editor, p.26.

²²³ En sentido contrario, HESSELINK, M.W.: (2011): “The Concept of Good Faith”...*cit.*, p. 639 porque el contenido atribuido a la buena fe, compuesto por las tres funciones de interpretación, supletoriedad y corrección, es, en realidad, la función del juez; y va incluso más lejos, apuntando la abolición de la norma en un futuro próximo (p. 644). Lo que el juez hace cuando aplica la buena fe es crear normas nuevas, “(..)good faith has not only been a mouthspiece but a cover” (p. 645).

²²⁴ WIEACKER, F., (1982): *El principio general de la buena fe. Traducción de L. Luis Carro*, Madrid: Civitas, p. 49 y sig. La triple función de la buena fe señalada por WIEACKER es: concreción de un plan legal de ordenación o interpretación, como máxima de conducta ético-jurídica y como medida de ruptura ético-jurídica del Derecho legal.

²²⁵ TORRELLES TORREA, E., (2017): “El criterio de la razonabilidad. Un elemento reequilibrador del contrato”, en GRAMUNT FOMBUENA, M., FLORENSA I TOMÀS, C.E., (Eds.) (2017): *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Madrid: Dykinson, p. 180 y sig; TOMÁS MARTÍNEZ, G., (2015): “La sustitución del “buen padre de familia” por el estándar de la “persona razonable”: reforma en Francia y valoración de su alcance, *Revista de Derecho civil*, vol II, núm. I, p. 90 y Díez-PICAZO, L., ROCA TRÍAS-E., MORALES MORENO, A.M (2002): *Los principios del derecho europeo de contratos*, Madrid: Civitas, pp. 163-164, afirmando estos últimos que: “lo que ocurre, probablemente, es que no resulta fácil establecer el límite entre el comportamiento de buena fe y comportamiento razonable, que terminan siendo dos formas distintas de expresar la misma idea”.

²²⁶ TORRELLES TORREA, E., (2017): “El criterio de la razonabilidad...” *cit.*, p. 190 y 191. Sin embargo, hay autores que distinguen ambas categorías, véase SCHULTE-NÖLKE, H (2012), Comentario al art. 5 (reasonableness) en REINER SCHULZE (Ed.) *Common European Sales Law (CESL)*, Commentary, C.H. Bech-Hart-Nomos, München, p. 99.

²²⁷ La discusión a nivel europeo de la aceptación de la buena fe como norma tiene una interpretación “revolucionaria” establecida por HESSELINK quién, si bien rehúye considerar la buena fe una norma como tal, sí que accede a proclamarla como regla general, ya que actúa como expresión de otras reglas que aplican los jueces o como constatación de reglas obsoletas, *cfr.* HESSELINK, M.W: (2011): “The Concept of Good Faith” ... *cit.*, p. 495.

1.3.3. La moral y la protección de la parte débil de la contratación

El art. 1255 CCE señala que *“los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”*.

Se impone la referencia a la moral como límite de la autonomía de la voluntad en las relaciones contractuales. La dificultad reside en la definición del concepto de moral que emana del art. 1255 CCE.

GARCÍA VICENTE la define como *“aquel conjunto de convicciones éticas que asume una sociedad como propias y que son históricamente oscilantes y de contenido mínimo... y que desvelan o fijan los criterios para considerar una conducta como “buena” o “mala” (reprochable o rechazable)*²²⁸. La moral se procura como límite a esta autorregulación entre las partes, a raíz del reconocimiento de la buena fe en sentido objetivo como estándar de conducta en la negociación.

Señala OLIVA BLÁZQUEZ que es necesaria una dosis de moralización de las relaciones privadas. En palabras de este autor, *“a mayor abundamiento, en estos tiempos de “economía de casino”, en los que hemos sido testigos de negocios y actuaciones de contenido patrimonial de dudosa moralidad (como las famosas sub-primas, situadas en el epicentro de la crisis económica mundial, y curiosamente conocidas con el término de “hipotecas basura”), este control llevado a cabo por la ética social dominante debería ser tenido más en cuenta que nunca”*²²⁹.

Por su parte, DÍEZ- PICAZO vincula la inmoralidad al propósito del fin negocial; es decir, *“el estigma de causa opuesta a la moral... será merecido cuando, por inmoral, el resultado práctico del negocio lo repugne la consciencia social y ella lo considere indigno de amparo jurídico”*. Un contrato será inmoral, pues, si repugna la ética común²³⁰. ¿El aprovechamiento de un estado de necesidad de

²²⁸ GARCÍA VICENTE, J.R., (2013): “Art. 1255” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Dir.) (2013): *Comentarios al Código civil*, Tomo VI, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 9017.

²²⁹ OLIVA BLÁZQUEZ, F., (2016): “Límites a la autonomía privada en el Derecho de los contratos: la moral y el orden público”... *cit.*, p. 304.

²³⁰ DÍEZ- PICAZO PONCE DE LEÓN, L., (2012): *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Vol. I., Introducción al contrato*, Madrid: Thomson Civitas, p. 487. Nos volvemos a encontrar, aquí, la referencia a una ética común; siguiendo el criterio del “reasonable pluralism” rawlsiano, lo difícil

la otra parte que acarree una destrucción del equilibrio económica del contrato puede dar lugar a un contrato con causa ilícita por ser contraria a la moral?

Entendemos que podría recurrirse a la moral como herramienta para tutelar el contratante económicamente más débil en aquellos casos en que haya una flagrante e injusta explotación, que vaya en contra de la consciencia pública y de lo que es asumido como justo por la sociedad, a falta de la normalización jurídica de la figura de la ventaja injusta (en el contexto del CCE). Podría recurrirse a la moral como forma de actuar general para proteger a la parte débil en los supuestos descritos por los casos de explotación injusta, en los que, como veremos más adelante²³¹, existe una emisión del consentimiento no del todo consciente, por la parte débil, fruto de un contexto negocial determinado que es aprovechado por la otra parte y que resulta en un contrato que le reporta, a ésta última, un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta.

2. LA PROTECCIÓN DE LA PARTE DÉBIL COMO PRINCIPIO DEL DERECHO DE CONTRATOS: HACIA UN DERECHO CONTRACTUAL MÁS JUSTO

La hegemonía del principio de la libertad contractual queda cuestionada a raíz de la consolidación del Estado del Bienestar en los distintos países europeos²³². HONDIUS²³³ considera la protección de la parte débil como un principio establecido en el mismo rango que la libertad contractual. En un mismo sentido, LURGER²³⁴ promueve el “*principle of regard and fairness*” como paraguas de la solidaridad, la igualdad, la justicia social y los derechos fundamentales. La

será identificar la ética común en la sociedad ya que es una condición permanente en ésta, que pueda llegar a un “overlapping consensus”, RAWLS, J., (2005): *Political liberalism... cit.*, pp. 140-141.

²³¹ Véase *infra* Capítulo III, §1.

²³² MICKLITZ, H-W., (2011): “Social Justice and Access Justice in Private Law, ... cit.”, p. 1.

²³³ HONDIUS, E., (2004): “The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis” *Journal of Consumer Policy* 27, p. 246: “I have been convinced for some time that freedom of contract is no longer the sole paradigm of contract law. In the 20th Century, it has gained the company of an often opposing paradigm, that of protecting the weak party”.

²³⁴ LURGER, B., (2011): “Protection of Consumers in European Private Law” en BROWNSWORD, R., MICKLITZ, H-W., NIGLIA, L., WEATHERILL, S., (2011): *The Foundations of European Private Law... cit.*, p. 96. También, LURGER, B (2005): “The Future of European Contract Law between Freedom of Contract, Social Justice and Market Rationality, *ERCL* 4/2005, p. 448:: “(...) party protection or – as I called- the concern for “regard and fairness” in contractual relations can be nothing less than a principle of contract law, being situated on the very same level as the principle of freedom of contract, without any signs of subordination to the latter”.

importancia de éste principio se refleja no sólo en las normas consumerísticas sino también en otros campos del Derecho como el laboral; LURGER²³⁵ señala que cuando el mercado en el que se contrata no ofrece una motivación que considere los intereses del otro, es la ley la que debe, precisamente, proteger esta confianza depositada en la otra parte contratante.

Como hemos señalado *supra*, esta idea socializadora también se observa en los códigos nacionales a través de cláusulas generales como la buena fe o en otras normas tales como la lesión o las provisiones que intentan paliar los efectos de un cambio sobrevenido de circunstancias²³⁶.

En el contexto del Derecho contractual nórdico, WILHELMSSON²³⁷ bautiza esta socialización del derecho de contratos como el principio de “*welfarism in contract law*” y enuncia el principio de la “*social force majeure*” como un elemento de justicia distributiva, utilizado en el contexto de Derecho de contratos nórdico, con el fin de proteger al consumidor²³⁸. El derecho de contratos nórdico protege a la parte débil del contrato asimétrico a través de la cláusula §36 del *Nordic Contract Act* que permite al juez o tribunal la adaptación del contrato a fin de que sea equilibrado para ambas partes²³⁹. Este modelo reconoce mecanismos contractuales para corregir los resultados injustos de un negocio jurídico fuera del contexto exclusivo del derecho de consumo²⁴⁰.

²³⁵ LURGER, B., (2011): The “Social” Side of Contract Law... *cit.*, p. 365.

²³⁶ Las cláusulas generales tienen un papel importante en la promoción de justicia social en el Derecho de contratos, cfr. HESSELINK, Martijn W. (2008): *CFR & Social Justice... cit.*, p. 49.

²³⁷ WILHELMSSON, T., (2004): “Varieties of Welfarism in European Contract Law”, *European Law Journal*, Vol. 10, nº6, p. 718, que podemos conectar con el principio de la diferencia de Rawls: “(...) *In a regulatory perspective, a central welfarist issue is the redistribution of benefits (in comparison with the situation that would prevail without the regulation) in favor of a (in some way) disadvantaged group of persons*”.

²³⁸ WILHELMSSON, T., (1990): ““Social force majeure”- A New Concept in Nordic Consumer Law”, *Journal of Consumer Policy*, 13, pp. 1.14.

²³⁹ STRÖMHOLM, S., (1989): “The Freedom to contract: a complex cluster of rules” en VICTORIN, A., (Ed.): *Scandinavian Studies in Law*, Stockholm: Almqvist&Wiksell International, p. 214.

²⁴⁰ WILHELMSSON, T., (2008): “Various Approaches to Unfair Terms and Their Background Philosophies”, *Juridica International XIV/2008*, p. 54. Véase, también, HONDIUS, E., (2008): “Pro-active Comparative Law: The Case of Nordic Law”, *50 Scandinavian Studies in Law*, pp. 148-151.

2.1. El consumidor como paradigma de parte débil en el Derecho comunitario

El desequilibrio jurídico de los contratos con consumidores ha sido combatido sobre todo a través de la nulidad de las cláusulas abusivas. Ello es un reflejo de una orientación del Derecho privado hacia lo social²⁴¹. El test de abusividad en los contratos con consumidores es establecido en los artículos 3 y 4 de la Directiva sobre cláusulas abusivas²⁴², y en los arts. 80 y sig del TGRLCDU: *se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas*

²⁴¹ Directivas que persiguen la protección del consumidor son las siguientes: Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; Directiva 87/102/CEE del Consejo de 22 de diciembre de 1986 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo; Directiva 93/13/CEE del consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido; Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia - Declaración del Consejo y del Parlamento Europeo sobre el apartado 1 del artículo 6 - Declaración de la Comisión sobre el primer guión del apartado 1 del artículo 3; Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores; Directiva 99/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo; Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo; Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior; Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados; Directiva 97/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 1997, relativa a las transferencias transfronterizas; Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior; Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico); Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales; Directiva 2002/65/CE: la protección de los consumidores en casos de venta a distancia de servicios financieros; Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo; Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio; Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.

²⁴² Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato (art. 82.1 TGRLCDU)²⁴³²⁴⁴.

La normativa relativa a las cláusulas abusivas excluye, sin embargo, la apreciación del carácter abusivo de aquellas cláusulas que se refieren al objeto principal del contrato o que tengan relación con la adecuación entre precio y retribución (art. 4.2)²⁴⁵²⁴⁶. Sin embargo, la Ley española no incorporó el mencionado artículo en el ordenamiento jurídico interno, y en el asunto C-484/08, entre Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid y Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc) el juez comunitario estableció que en el ordenamiento jurídico español, *“un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible. En estas circunstancias, debe observarse que, al autorizar la posibilidad de un control jurisdiccional completo del carácter abusivo de las cláusulas, como las contempladas en el artículo 4 apartado 2, de la Directiva, contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la normativa española de que se trata en el litigio principal permite garantizar al consumidor, conforme*

²⁴³ Véase ROTT, P., (2016): “Unfair contract terms” en TWIGG-FLESNER, C., (2016): *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, op.cit p. 287 y sig. la cuestión de las cláusulas abusivas en el seno de la Directiva.

²⁴⁴ Un estudio de la abusividad en los contratos de consumo puede verse en WILLET, C., (2007): *Fairness in Consumer contracts*, Aldershot: Ashgate, pp. 1-467.

²⁴⁵ Art. 4(2) de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

²⁴⁶ LANDO, O., (2006): “Liberal, social and “ethical” justice in European Contract Law”, *Common Market Law Review* 43, pp. 827 *in fine*] no sólo se mostraba ya partidario de extender la protección a las cláusulas que hubieran sido negociadas individualmente sino también de que los jueces pudieran apreciar el carácter abusivo de aquellas cláusulas relativas al precio y no sólo en contratos con un consumidor “*It is submitted that in order to provide an equal an efficient protection of contracting parties the courts should have the power to set aside unfair price terms*”. En relación con la apreciación del precio como elemento de abusividad, en un mismo sentido, y con relación al DCFR, se expresa HESSELINK, M. W., (2008): *CFR & Social Justice...cit.*, p. 63.

al artículo 8 de la Directiva, una protección efectiva más elevada que la prevista por ésta”²⁴⁷.

La Directiva de Cláusulas Abusivas²⁴⁸ contiene características propias de la justicia sustantiva²⁴⁹, aunque excluye el control sobre el objeto principal del contrato o el precio. Sin embargo, la delegación del control de la justicia del contrato en los jueces nacionales denota un interés creciente del juez comunitario en ejercer también un juicio sustantivo incluso sobre el objeto principal del contrato, aunque sea a través de la hermenéutica del texto legal²⁵⁰²⁵¹.

En el contexto de la justicia contractual debemos hacernos eco del caso *Aziz*²⁵², en que el juez estableció que *“para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un “desequilibrio importante” entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en este sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si –y, en su caso, en qué medida- el contrato*

²⁴⁷ Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid y Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), ECLI:EU:C:2010:309.

²⁴⁸ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores

²⁴⁹ Véase *infra* (Capítulo 2, §1) la distinción entre justicia procedimental y sustantiva. Suscintamente, la justicia sustantiva es la relativa a la vertiente material de la justicia; por tanto, en el Derecho de contratos, hace referencia al desequilibrio o inequidad del contrato en el momento de su conclusión; por el contrario, la justicia procedimental, se inserta en la formación del contrato y otorga relevancia a los vicios del consentimiento producidos en el proceso de construcción del *iter* contractual.

²⁵⁰ En la Directiva prevalece la idea que los Estados y la misma UE tienen que promover los instrumentos para que las partes puedan adoptar decisiones racionales en el seno del contrato y no regular elementos específicos del mismo, cfr. JOZÓN, M. (2017): “Unfair contract terms law in Europe in times of crisis: Substantive justice lost in the paradise of proceduralisation of contract fairness”, *EuCML Issue 4/2017*, p. 164-165: “Member States should acknowledge that it is the policy of the Directive that bars the CJEU from advancing solutions that would also handle the social consequences of unfair contract practices applied on a mass scale in Europe. The CJEU does not want to transform the private law question referred to it into a constitutional conflict (...) Today substantive justice is referred back to Member States contract law. VAN DUIN señala, asimismo, que el caso *Aziz* también muestra una idea de constitucionalización del Derecho privado, aunque de forma “escondida”, como indica la autora (“*hidden constitutionalization*”): VAN DUIN, A., (2017): “Metamorphosis? The role of article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights in cases concerning national remedies and procedures under Directive 93/13/EEC”, *EuCML, 5/2017*, p. 10.

²⁵¹ Para ver las cuatro ideas de justicia que, según WILHELMSSON, laten en el seno de la Directiva de cláusulas abusivas, véase WILHELMSSON, T., (2008): “Various Approaches to Unfair Terms and Their Background Philosophies” *Juridica International XIV/2008*, pp. 51 y sig.

²⁵² C 415-11 *Aziz v CatalunyaCaixa*, ECLI:EU:C:2013:164.

deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas (par. 68). En lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio “pese a las exigencias de buena fe”, debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva y tal como indicó en esencia la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (par. 69). Además, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración (...) De ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional (...) (párr. 71).

Destaca, pues, la facultad que tiene el juez nacional de valorar si el contrato deja o no al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente (párr. 68). La abusividad de la cláusula se determinará teniendo en cuenta *la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración (...) De ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional (párr. 71).*

Asimismo, el TJUE incorpora un nuevo elemento para el test de abusividad: si el profesional podía esperar que el consumidor aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual²⁵³.

El problema del control *ex post* de justicia sustantiva que pueden ejercer los jueces nacionales es que la protección ejercida sobre la parte débil puede ya no ser suficiente (p. ej, caso *Aziz*). Ello determina la necesidad de prevenir tales injusticias a través de normas jurídicas (como podría ser la ventaja injusta) *ex ante*, que cumplen, por tanto, una función de justicia distributiva. Además, el control se ejerce según las circunstancias previstas en el momento de celebración del contrato, sin tener en cuenta su variabilidad. Es aquí donde figuras jurídicas como la *hardship* encuentran un pleno sentido en su función de instrumentos de justicia contractual²⁵⁴²⁵⁵.

²⁵³ JOZÓN, M. (2017): "Unfair contract terms law in Europe in times of crisis: Substantive justice lost in the paradise of proceduralisation of contract fairness" ...*cit.*, pp. 157 y sig.

²⁵⁴ DOMURATH, I., (2013): "The Case for Vulnerability as the Normative Standard in European Consumer Credit and Mortgage Law- An Inquiry into the Paradigms of Consumer Law- ", *Journal of European Consumer and Market Law* 3, p. 128. Asimismo, sólo hacen referencia a aquellas cláusulas no negociadas individualmente, por lo que "*this exclusion implies a strong reliance on a paradigm of classical contract law theory: pacta sunt servanda. Thus, only consumers who do not bargain for their contracts are to be beneficiaries of the adjustment of contractual terms through the court. By excluding individually negotiated contracts, it is assumed that consumers who bargain for their contracts negotiate terms that fit their needs and are aware of the consequences. This approach clearly emphasizes private law autonomy (as opposed to public intervention)*".

²⁵⁵ En relación con el caso *Aziz*, HESSELINK [(M.W., (2016) "Unjust Conduct in the Internal Market..." *cit.*, pp. 425-427], señala el potencial de justicia distributiva a través de figuras como las cláusulas abusivas para proteger a la parte débil; a través de un sistema de carácter público como sería el de impuestos, no sería suficiente, ya que no se hubiera impedido la injusticia que supone la pérdida de dignidad: "*In contrast, the loss of dignity that a person suffers from exploitation, for example, cannot be undone by a tax break; the only solution to that problem is actually to prevent the unfair distribution of the reasons for self-respect from occurring at all. This is best done by protecting vulnerable contracting parties against unfair market conduct by providing them with the remedy of annulment of certain contract types or contract clauses concluded in certain contexts of unequal bargaining. Take the Aziz case, as a striking example. There, it made a crucial difference for Mr Aziz and his family whether eviction from their home could be prevented, by declaring the contract term on which the bank's right to initiate mortgage enforcement proceedings was based to be 'unfair' in the sense of the Unfair Terms Directive 1993 (Art. 3), and therefore not binding on the consumer (Art. 6), rather than merely receiving some financial support from the government once they were out on the street in the midst of the economic crisis. How could the injustice done to Mr Aziz and his family through the eviction possibly be redistributed (and efficiently at that) by the tax and transfer system?*" Asimismo, el autor también indica que: "*However, sometimes the consequences are immediate and direct, as in the cases of unfair exploitation (or unconscionability), unfair standard contract terms, or a radical change of circumstances (imprévision or hardship). There, the only burden that would be imposed on a contracting party is that she would be prevented, respectively, from exploiting the*

La normativa consumerística es, en sí, una expresión del principio de protección de la parte débil; sin embargo, ésta no debería quedar limitada, a nuestro entender, a los consumidores (del mismo modo que se plantea en otros ámbitos, como el familiar²⁵⁶). La explotación abusiva puede darse en un contrato entre particulares o entre profesionales y, por tanto, la formulación de unos principios de justicia contractual se justifica ante la necesidad de asegurar también la justicia en el mercado interno comunitario, más allá de los contratos con consumidores²⁵⁷²⁵⁸²⁵⁹. No sólo surge la necesidad de reflejar la justicia procedimental, en la que los vicios del consentimiento juegan un papel principal, sino que, como ya hemos visto en el caso *Aziz*, cabe replantearse un control de la justicia sustantiva del contrato.

Como ya hemos indicado *supra* (1.3), la protección no debe limitarse a los consumidores, sino también aquellos contratantes que se encuentran en una situación similar a la del consumidor y que por tanto merecen igual (o mayor) protección, tal y como exigen los retos sociales y tecnológicos que plantea la sociedad actual²⁶⁰.

other party, from invoking the unfair term, or from enforcing the contract under radically altered circumstances. In those cases, surely the attempt to forestall the social injustice by restrictive rules that apply to individuals would be neither an impossible nor an excessive burden”.

²⁵⁶ RUBIO GIMENO, G., (2015): *Autorregulación de la crisis de pareja (Una aproximación desde el Derecho civil catalán)*, *op.cit.*, pp. 67-69.

²⁵⁷ HESSELINK, M.W., (2016): “Unjust Conduct in the Internal Market...” *cit.*, pp. 446 y 447. Una interpretación extensiva del art. 114 TFUE que entendiera que el mercado sólo funcionará debidamente si existen unas instituciones que lo definen, previenen y sancionan las violaciones de los derechos privados y obligaciones contra el mismo. (p. 451).

²⁵⁸ RUTGERS, J-W. (2016): *op.cit.*, pp. 539-540, señala que también hay doctrina contraria a la justicia social en el Derecho de contratos, y que se decanta más hacia una deriva liberalista, considerando que son otras ramas del Derecho las que permiten hacer una distribución más eficiente de los recursos.

²⁵⁹ Aunque no queda clara la relación exacta entre el Derecho de contratos y el mercado interno: *ibidem*, p. 544 “(...) *In short, a clear underpinning of the internal market cannot be inferred from the EU framework. Solidarity, a social market economy and social justice are values and goals of the European Union; however, their content is still to be fleshed out. Therefore, they do not provide a clear answer as to how they relate to the internal market and in particular contract law that facilitates the market”.*

²⁶⁰ HESSELINK, M.W., (2014): “Post-private Law?” en PURNHAGEN, K., ROTT, P., (Eds): *Varieties of European Economic Law... cit.*, p. 34, que califica como “mito” asignar un carácter liberal a los códigos civiles, cuando no necesariamente deberían tenerlo.

2.2. La protección de la parte débil en contextos asimétricos

Las asimetrías contractuales, según la clasificación operada por ROPPO²⁶¹, se dividen en fisiológicas o patológicas: las primeras son las que derivan de factores objetivos del mercado mientras que las segundas dependen de otros factores propios de las relaciones sociales y los remedios operados por los ordenamientos para estas suelen ser soluciones vinculadas a los vicios del consentimiento. Podríamos añadir una categoría de asimetría inducida²⁶², cuando hay una de las partes que explota la situación de superioridad que mantiene sobre la otra; ello nos recuerda la categoría de la *undue influence*²⁶³ del derecho inglés o las categorías de la *unconscionability*²⁶⁴ o la *inequality of bargaining power*²⁶⁵ del derecho americano.

Una muestra de la necesidad de superar la categoría de consumidor la encontramos en la reforma del *Code*. El art L. 132-1 del Código de consumo francés, que regula las cláusulas abusivas, se inserta ahora en el *Code* (ex art. 1171) permitiendo, por ende, la posibilidad de anular una cláusula abusiva en un contrato entre dos particulares²⁶⁶²⁶⁷. El art. 1110 del *Code* especifica que para

²⁶¹ ROPPO, Vincenzo (2011): *Del contrato con el consumidor... cit*, p. 215.

²⁶² Una aproximación a esta asimetría inducida puede observarse en el abuso de derecho, que es propiamente una aplicación más concreta de la buena fe ex art. 7.1 CC, y que se relaciona, por una parte, con el abuso de la posición contractual que efectúa una de las partes en el contrato, que supone una posición de preeminencia (nos recuerda la categoría de la *inequality of bargaining power*) y, por otra, tiene que ver con el contenido de la regla contractual: muchas veces las cláusulas en el contrato son impuestas, poniendo en tela de juicio la fase de negociación contractual: véase la reconsideración del abuso de derecho como límite de la autonomía de la voluntad en GETE-ALONSO Y CALERA, M^a.C., (2008): *Estudios sobre el contrato*, Barcelona: Atelier civil, p. 125.

²⁶³ La *undue influence*, como una suerte de alevosía civil, en que una de las partes se prevale de su situación de superioridad, confianza o ventaja, y se aprovecha paralelamente de la debilidad o estado de necesidad de la otra para incitarla a celebrar el contrato, cfr. SÁNCHEZ LORENZO, S., (2013), "El derecho contractual inglés" en SÁNCHEZ LORENZO, S., (Coord.) (2013): *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Cizur Menor: Thomson Reuters Civitas, p. 169 y sig. Véase también TREITEL, G. H., (1995): *The law of contract*, 9^a edición, London: Sweet&Maxwell, p. 375 y sig y DELL'AQUILA, E., (2001): *El contrato en el derecho inglés (aspectos de derecho comparado)*, Tomo I, Barcelona: PPU, p. 137 y sig; STONE, R., (2002): *The modern law of contract*, London: Cavendish Publishing Limited, p.315 y sig.

²⁶⁴ Véase. POSNER, R.A., (1977): *Economic analysis of Law*, Little, Brown & Company, Boston and Toronto, pp. 84 y sig.

²⁶⁵ BARNHIZER, D.D., (2005), "Inequality of bargaining power", *University of Colorado Law Review*, p. 140 y sig; CICORIA, C., (2003): "The Protection of the Weak Contractual Party in Italy vs. United States "Doctrine of Unconscionability", *Global Jurist Advances*, Vol. 3, Issue 3, p. 1 y sig.

²⁶⁶ DAIGRE, J.J., GOETZ-CHARLIER, G., (2016) : *Code comparé et annoté de la réforme du droit des contrats. Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016*, Legiteam p. 56 y 57.

²⁶⁷ Cfr. GRAMUNT FOMBUENA, M. (2017): *op.cit.* p., 104-105: "(...) nos parece totalmente adecuada la opción del legislador catalán por incorporar al Código civil todas aquellas normas de carácter

calificar un contrato como de adhesión, es suficiente que una de las partes haya impuesto el contenido a la otra. Ello determina el avance hacia un modelo de justicia general, que podría ser capaz de corregir y prevenir aquellas injusticias que latieran en el seno de los contratos²⁶⁸.

El balanceo entre el principio de la libertad contractual y el de protección de la parte débil no resulta fácil ni tampoco la cuestión de sus límites²⁶⁹. Sin necesidad de convertir el Derecho contractual en la desaparición de la ambición propia o del altruismo, sino que lo que el principio predica es la necesidad de actuar de buena fe y de considerar los intereses del otro²⁷⁰. En palabras de MOMBERG, ello “no debe suponer la derogación del principio de la libertad contractual, sino tan solo de su morigeración y adaptación para aquellos casos en que se cumplan los supuestos para la protección de la parte débil”²⁷¹.

En el contexto comunitario, el modelo armonizador de Derecho contractual es cuestionado ante la insuficiencia que constituyen los derechos de información como reequilibradores el poder contractual de las partes y con el fin de garantizar debidamente “los intereses económicos y sociales de los trabajadores, los consumidores y los inquilinos que son parte contratante en acuerdos de larga duración para satisfacer necesidades básicas”. Ello da lugar a la construcción dogmática de los contratos para la existencia (*long-life term contracts*), contratos

contractual que afecten a la protección de los consumidores, que redunden en derechos contractualmente exigibles y cuya vulneración conlleve el ejercicio de los remedios previstos en el Código. Y también, la transición a la contratación en general de aquellas normas que se considere oportuno generalizar y no solo aplicar en caso de que la contratación sea de consumo”.

²⁶⁸ Probablemente sea en el ordenamiento jurídico nórdico donde observemos cláusulas legales que responden a este modelo de justicia general: la cláusula 36 del *Nordic Contract Act*, cfr. STRÖMHOLM, S., (1989), “The Freedom to contract- a complex cluster of rules”, en VICTORIN, A., (ED.), *Scandinavian Studies in Law 1989... cit.*, pp. 214-215, y WILHELMSSON, T. (2008), “Various Approaches to Unfair Terms and Their Background Philosophies” ... *cit.*, p. 54. WILHELMSSON destaca que el poder judicial no debe ser utilizado para producir justicia sustantiva, sino que ello es tarea del legislador.

²⁶⁹ LURGER [B., (2011): “The Social Side of Contract Law and the” ... *cit.*, p. 370 y 371] se plantea las siguientes cuestiones: ¿hasta dónde llega la protección de la parte débil? ¿Cuándo es legítima la promoción y búsqueda del interés propio y cuándo ello es considerado injusto? ¿El principio de protección de la parte débil requiere considerar los intereses de la otra parte?

²⁷⁰ Los límites entre la protección de la parte débil y la libertad contractual son, pues, difusos. Se plantean varios interrogantes tales como [así señalados LURGER, B., (2011): “The Social Side of Contract Law and the” ... *cit.*, p. 370 y 371].

²⁷¹ MOMBERG URIBE, R., (2015): “Análisis de los modelos de vinculación del código civil y la legislación de protección al consumidor... *cit.*, p. 751.

que satisfacen las necesidades básicas²⁷². La necesidad de reflejar un grado de igualdad sustantiva (más allá de la formal, derivada de la justicia procedimental) plantea la necesidad de reflejar la justicia social más allá de los contratos de consumo²⁷³. La tendencia debería inclinarse, pues, a ampliar el campo de aplicación de las normas protectoras a otros sujetos distintos del consumidor, pero que también se encuentran en una situación de inferioridad frente a su cocontratante (y así sucede, por ejemplo, en la Directiva 2006\123\CE sobre servicios en el mercado interno en el cual se proteger al destinatario del servicio, concepto que excede al del consumidor tradicional²⁷⁴).

Consideramos que el punto de encuentro entre el principio de la autonomía de la voluntad y la solidaridad contractual pasaría por entender que la autonomía contractual no es sólo la expresión de los intereses individuales de las partes, sino que deviene una autonomía relacional en que la autodeterminación de una de las partes debe conciliarse con la de la otra parte; emerge pues, la cuestión, de si las relaciones jurídicas de derecho patrimonial son conducidas a una única dimensión, sinalagmática (*do ut des*) o si, por el contrario, en el espacio de la autonomía contractual hay sitio para el principio de solidaridad como fuente de obligaciones y como un valor independiente de la voluntad de las partes. Como señala NICLOUSSI²⁷⁵, la cuestión se reduce a determinar si la ética del contrato debe tener como límite el *pacta sunt servanda* o si es compatible con una nueva medida de responsabilidad moral que haga referencia a valores tales como la lealtad, la justicia conmutativa o la confianza entre las partes. Ello dependerá de la concepción del contrato: si resuelve únicamente una voluntad de las partes

²⁷² NOGLER, L., REIFNER, U., (2014): "Introduction: The New Dimension of Life Time in the Law of Contracts and Obligations"... *cit.*, pp. 23-26

²⁷³ MOMBERG URIBE, R., (2015), *op.cit.*, p. 748, apuesta por una regulación integral de las normas de formación del consentimiento, comprendiendo los tratos preliminares, los vicios del consentimiento (que incluirían, según este autor, la ventaja injusta como un vicio más), las cláusulas abusivas, el sistema de remedios, etc, con el fin de evitar contradicciones y la creación de distinciones muchas veces más artificiales y que no responden a las actuales necesidades económicas y sociales.

²⁷⁴ Art. 4 Directiva 2006\123\EC

²⁷⁵ NICOLUSSI, A, *op.cit.loc.cit.*, p. 137.

(como una felicidad individual) o si juega un nuevo rol de felicidad solidaria²⁷⁶, en que se tomen en consideración los intereses de la otra parte.

Aunque a *priori* el *soft law* así como los ordenamientos jurídicos nacionales consideran la perspectiva de la felicidad individual, es fácil sostener que la libertad contractual en el seno del contexto normativo encuentra límites de naturaleza moral (por ejemplo, en el BGB, el artículo §138 ha sido utilizado con el fin de proteger a la parte débil de la relación contractual; ello se debe al reclamo que el ordenamiento germánico hace a la intolerancia de las transacciones que se opongan a la decencia y a la honestidad²⁷⁷).

Esta concepción contemporánea del derecho contractual pone en duda el modelo de contrato basado única y exclusivamente en el *pacta sunt servanda*.

²⁷⁸ Así, cuestiones relativas a la solidaridad en el derecho de contratos²⁸⁰

²⁷⁶ Aunque no ahondaremos en concepciones filosóficas, sí que podemos observar detrás de la concepción solidarística del Derecho contractual o de la perspectiva de la felicidad solidaria, tintes sartrianos, *cfr.* ANTICH, X., (2016): *La voluntat de comprendre. Filosofia en minúscula*, Barcelona: Arcàdia, p. 52: "(...) Sartre sap que cadascú de nosaltres, en la seva individualitat, ja no és només allò que cadascú és, per si sol, sinó que són també els altres que fan de nosaltres allò que som".

²⁷⁷ ZIMMERMANN, R., (2008): *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, Traducción al castellano de Esther Arroyo i Amayuelas, Barcelona: Bosch, p. 197.

²⁷⁸ Así, a favor de ciertas dosis de fraternidad en el derecho contractual, CHAZAL, J-P., (2003) ["Les nouveaux devoirs des contractants: est-on alle trop loin?", en MAZEAUD, D., JAMIN, C., (2001): *La nouvelle crise du contrat: actes du colloque du 14 mai 2001, organisé par le centre René-Demogue de l'Université de Lille III, Paris : Dalloz, pp. 136-149*]: « *La fraternité contractuelle est certainement le produit d'une exaltation abusive, mais il faut se garder de conclure à l'inanité du devoir de loyauté, de l'obligation de collaboration, d'information ou encore de préservation de l'équilibre contractuel. Il n'est pas utopique d'exiger des contractants qu'ils se comportent loyalement, qu'ils s'informent en toute bonne foi, collaborent à la réalisation de l'objet contractuel et ne commettent pas d'abus de puissance économique en imposant la conclusion ou l'exécution d'un contrat manifestement déséquilibré* ».

²⁷⁹ NICLOUSSI, A., (2014): *op.cit.*, p. 136: "L'autonomia contrattuale è, in alter termini, un'autonomia relazionale e ciò dovrebbe essere sufficiente per riconoscere in apicibus la plausibilità di una dimensione morale intersoggettiva, non semplicemente individuale, del contratto. Ma guadagnata questa prospettiva, si pone altresì la questione se le relazioni giuridiche di diritto privato patrimoniale siano riducibili a un'unica dimensione, la sinallagmaticità (il do ut des), o se pure nell'orbita dell'autonomia contrattuale vi sia spazio anche per il principio di solidarietà come fonte di obblighi senza contropartita, cioè funzionali alla realizzazione di un valore e indipendenti dalla volontà delle parti. In altri termini, la domanda è se la morale del contratto si riduca al principio *pacta sunt servanda*, che pure è il valor proprio dell'autonomia quale fondamento di un rapporto giuridico, o se con essa sia compatibile una certa misura di *Verantwortungsethik* che porterebbe il contratto oltre i confini della *Freiheitsethik*, la quale ispira tradizionalmente in generale il diritto privato".

²⁸⁰ En el seno de los PECL, el principio de solidaridad significa que el contrato está basado en dos principios contradictorios: el de autonomía de la voluntad y el de protección de la parte débil. El artículo 4:109 PECL, precisamente, abandera el nuevo "*protective contract law*", *cfr.* GOLECKI, M.J., (2009): "Bargaining within the shadow of fairness: economic analysis of article 4:109 of the

persiguen una dimensión social en esta área de derecho privado²⁸¹²⁸². Unas concepciones neo-solidaristas que defienden la idea de una intervención pública en favor del contratante débil, en las distintas áreas del Derecho, ya sea de consumo, de la competencia o del trabajo²⁸³; sin embargo, las críticas a esta doctrina por conllevar un exceso de paternalismo y una merma de la seguridad jurídica también han salido a la luz²⁸⁴. La pretensión de un equilibrio real parece, pues, una utopía.

Como instrumento jurídico, el contrato, es portador de valores sociales y, por ende, de justicia. Ello significa que también tiene como finalidad la búsqueda de resultados justos²⁸⁵.

Principles of European Contract Law”, *The International Journal of Economic Policy Studies*, Volumen 4, artículo 9, pp. 157-158.

²⁸¹ NICLOUSSI, A., (2014): *op.cit.loc.cit.*, p.134: “in altri termini l’introduzione di doveri di solidarietà sembra implicare una prospettiva più schiettamente valutativa o propriamente politica che poteva apparire fuori portata rispetto alla funzione che a tali formulazioni era stata assegnata, limitamente alla comprensione técnico-giuridica del fenómeno contrattuale e alla sua ricomposizione sintetica in chiave di principi comuni”. Véase, también, JAMIN, C., (2005), *Le solidarisme contractuel: un regard Franco-Québécois*, 9^e Conférence Albert Mayrand, Montréal : Les éditions thémis, p. 3 y sig.

²⁸² En relación con la justicia social en el Derecho contractual, véase las contribuciones de, entre otros: COLLINS, H., (2007): “Does Social Justice Require the Preservation of Diversity in the Private Laws of Member States of Europe?” en WILHELMSSON *et al.* (Eds.) : *Private Law and the Many Cultures of Europe* : Aalphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007), pp. 155-76; WEATHERILL, S.,: “The Constitutional Competence of the EU to Deliver Social Justice”, *European Review of Contract Law*, 2 (2006), pp. 136-158; LURGER, B., (2005): “The Future of European Contract Law between Freedom of Contract, Social Justice and Market Rationality”...*cit.*, p.442-468; SEFTON-GREEN, R., (2006): “Social Justice and European Identity in European Contract Law”, *European Review of Contract Law*, 2, pp. 257-286; MICKLITZ, H.-W., (2012): “The Expulsion of the Concept from the Consumer Law and the Return of Social Elements in the Civil Law: A Bittersweet Polemic”, *Journal of Consumer Policy*, 35, pp. 283-296; SOMMA, A., (2006) : Social Justice and the Market in European Contract Law”, *European Review of Contract Law*, 2, pp. 181-198; MATTEI, U, N.FERNANDA, A., (2004) : “a Social Dimension in European Private Law? The Call for Setting a Progressive Agenda”, *New England Law Journal*, 10, (2004), pp. 712-733; MELI, M., (2006): “Social Justice, Constitutional Principles and Protection of the Weaker Contractual Party”, *European Review of Contract Law*, 2, pp. 159-166.

²⁸³ NOGLER, L., REIFNER, U., (2014): “Introduction: The New Dimension of Life Time in the Law of Contracts and Obligations”, en NOGLER, Luca, REIFNER, Udo (Eds.): *Life Time contracts. Social Long-term contracts in... cit.*, pp. 1 y sig.

²⁸⁴ CARO GÁNDARA, R., (2013): “En la secular búsqueda europea de un paradigma de justicia contractual: el enfoque de justicia relacional”, en SÁNCHEZ LORENZO, S., (Ed.) (2013): *Derecho contractual comparado. Una perspectiva Europea y transnacional*, Cizur Menor: Civitas Thomson Aranzadi, pp. 87 y 88; NAVAS Navarro, S., (2015): “La normal inestabilidad de las circunstancias en el Derecho de Familia y de Sucesiones... *cit.*, pp. 207-212.

²⁸⁵ CHANTEPIE, G., (2006): *La Lésion... cit.*, p. 26.

El enfrentamiento operado por el principio de la autonomía de la voluntad²⁸⁶ y el de justicia contractual²⁸⁷ no tiene una solución fácil ni acorde en la doctrina²⁸⁸. Una relectura de los límites impuestos al principio de la autonomía de la voluntad se observa en la nueva formulación que se hace de este principio: más allá de legislaciones específicas (como sería la consumerista), se incorporan (al principio de la libertad contractual) exigencias derivadas de la justicia contractual²⁸⁹. La referencia a la autorresponsabilidad contractual, como arma para defender el *pacta sunt servanda*²⁹⁰, se vertebra en un oasis de igualdad de las partes en el momento de la contratación; sin embargo, la evidente asimetría

²⁸⁶ Con el propósito de desalentar la contratación que no respeta el equilibrio entre las prestaciones de las partes se observan límites a la autonomía de la voluntad, PONTIROLI, L., (1997): *op.cit.loc.cit.*, p. 578.

²⁸⁷ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (2014): "Alteración sobrevenida de circunstancias en los contratos sinalagmáticos: de la rebus sic stantibus a la alteración sobrevenida de las circunstancias" en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., GARCÍA PÉREZ, C.L., (2014): *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, p. 145: "El problema, en cualquier caso, permanece, y su marco general se plantea como la tensión entre el principio del *pacta sunt servanda* y la búsqueda y el fundamento de justas soluciones cuando el fiel respeto de la *lex contractus* se revela no soportable para una de las partes".

²⁸⁸ CARRASCO PERERA, Á., (2017): *Derecho de contratos... cit.*, p. 69: "Es cierto que la defensa de la regla de santidad de los pactos puede postularse con fundamentos distintos y añadidos, pero en último extremo ninguno de estos fundamentos valdría por sí solo para explicar la obligatoriedad del vínculo contractual en el sistema interno del Derecho contractual privado. Si se trata de un postulado de fondo ético o de una simple regla de coherencia sistemática es cuestión que puede dejarse a reflexiones ajenas a este libro. Su importancia en Derecho contractual es fundamental, como demuestran los arts. 1255, 1256 y 1258 CCE, hasta tal punto que no podría hablarse de un Derecho privado de contratos si una de las partes tuviera la competencia para redefinir el alcance de un acuerdo pactado", argumentando, el mismo autor, en defensa de la regla de la santidad de los contratos (pp. 71-72): (...) *Es un mandato constitucional (10, 38 CE), porque los sujetos que componen la sociedad civil de un orden jurídico deben disponer en la mayor medida posible de un instrumento (el contrato) para componer y coordinar sus respectivos intereses en la forma que más le convenga. Es una regla de eficiencia económica ineludible en sistemas de libertad de mercado, porque la optimización de los recursos y la satisfacción de las aspiraciones privadas quedan mejor servidas si se entrega a sus protagonistas la competencia de decidir la asignación de los recursos de los que disponen (...) es una regla de distribución de riesgos y permite la previsibilidad de los costes de las decisiones. Es un sistema de asignación de recursos que minimiza los costes públicos y que defiende que no deben invertirse recursos de los contribuyentes para realizar asignaciones de recursos que pueden ser conseguidas por los particulares a su propia costa. Es una regla que refleja la racionalidad limitada de cualquier sistema de asignación jerárquica de recursos, ya que normalmente serán subóptimas las decisiones de asignación tomadas por aquellos que no internalicen las consecuencias favorables o adversas de estas decisiones, como serían los jueces, el legislador o los funcionarios con poder regulador (...) es finalmente una regla exigida por la neutralidad valorativa de un Estado constitucional, en el que nadie está en condiciones de dictar a los particulares los valores que éstos deban satisfacer en su vida privada o en sus negocios".*

²⁸⁹ O como señalaba RIPERT, G., (1949) : *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris : Librairie Générales de Droit et de Jurisprudence, p. 127, se trata de "*fait reposer le contrat sur la justice et non la justice sur le contrat*".

²⁹⁰ MARTÍN PÉREZ, José Antonio (1995): *La rescisión... cit.*, p. 26. También, RUBIO GIMENO, G., (2015): *Autorregulación de la crisis de pareja... cit.*, p. 69.

de las partes en el poder de negociación da a luz a mecanismos proteccionistas²⁹¹ que se insertan en el tráfico económico contractual, tales como los principios de la buena fe y la honradez en los tratos (ex art. 1.7 PICC, art. 1:201 PECL y art. III-1:103 DCFR) o la doctrina del cambio de circunstancias o *hardship* y las nuevas tendencias en forma de ventaja o explotación injusta que estudiaremos con más detalles *infra*). Sea como fuere, el objetivo último no es un aborto del axioma del *pacta sunt servanda* ex art. 1091 CCE, sino más bien la búsqueda de una dimensión solidaria que encaje también en los presupuestos del derecho de contratos²⁹².

Sin embargo, no se pretende la protección por el Derecho de aquella parte que actúe negligentemente, sino que se procura que no se proteja a la parte que abusa de su posición. En este sentido, junto al paradigma clásico de libertad contractual y autonomía de la voluntad, el derecho privado moderno reconoce el de la protección de la parte débil, que no puede limitarse sólo a la figura del consumidor, ya que no existe una razón sustantiva para tal límite²⁹³. El énfasis en la protección debería fijarse en la posición de la persona en el mercado.

Algunos autores contemporáneos abogan, incluso, por reintroducir en esta nueva ola de socialización del contrato, la regla del precio justo (por ejemplo, así lo contempla el art. §934 del Código Civil austríaco), aunque con matices importantes. Así, EISENMÜLLER²⁹⁴ considera que si se reintroduce una regla sober

²⁹¹ El Parlamento Europeo formuló la cuestión de si el DCFR contenía un derecho contractual sólo como instrumento para regular las relaciones privadas entre iguales o si contenía elementos de justicia social en pro de consumidores, víctimas, pequeñas y medianas empresas y otras partes débiles, cfr. HESSELINK, M. W, MAK, C., RUTGERS, J. W., (2009), *Constitutional Aspects ... cit.*, p. 1. En un mismo sentido, HESSELINK, Martijn W. (2008): *CFR & Social Justice... cit.*, p. 29: “Does the DCFR perceive contract law only as a tool for regulating private law relations between equally strong parties or does it contain elements of ‘social justice’ in favour of consumers, victims of discrimination, small and medium sized enterprises and other possibly weaker parties to contracts?”.

²⁹² NICOLUSSI, A., (2014): *op.cit.*, p. 123: “The contract is, in reality, an expression of the autonomy and individual responsibility of those, who, in the act of concluding a contract, are consciously bound by that act. What is required is a solution that does not distort the essential nature of the contract, but instead determines the scope of intervention, conditions and procedures that are compatible with the concept of the contract that can be integrated in the neo-institutionalist model that characterizes the law in Europe after the crisis of pure normativism”.

²⁹³ HONDIUS, E., (2004): *op. cit.*, p. 246; MOMBERG URIBE, R., (2015), *op. cit.*, p. 749 HESSELINK, M.W., (2014): “Post-private Law... *cit.*, p. 35.

²⁹⁴ EISENMÜLLER, H., (2015): “Justifying Fair Price Rules in Contract Law”, *European Review of Contract Law*, 11 (3), p. 227. Véase también GORDLEY, J., (2015): “The Just Price: The Aristotelian Tradition and John Rawls”, *European Review of Contract Law*, 11(3), p. 197 y sig.

el justo precio, debería optarse por una fórmula similar a la lesionaria, es decir, incorporando un límite aritmético claro²⁹⁵, y no un límite difuso como es la noción de un contrato altamente desequilibrado o excesivamente desproporcionado; una noción difusa y ambigua como ésta llegaría a crear altas dosis de inseguridad jurídica. Mediante una aproximación filosófica a la cuestión, HESSELINK²⁹⁶ apuesta por un paternalismo más desinhibido, guiado por principios morales y que incluya principios de justicia, aunque concluye que sólo unos principios de justicia metafísicos exigirían una regla sobre el precio justo y deja en manos del legislador la decisión de adoptar o no una regla sobre el *iustum pretium*: “Therefore, the question whether or not contract law (eg the CESL) should contain an unfair price rule is a matter for the legitimate lawmaker to decide”²⁹⁷.

No se trata de excluir la autonomía de la voluntad a través de un excesivo dirigismo contractual sino de interpretar las normas jurídicas emanantes de la justicia contractual a través de una relectura positiva de los límites intrínsecos de esta autonomía²⁹⁸.

Dicho todo lo cual, podemos concluir que la concepción tradicional del Derecho de contratos basada en un principio casi inmutable de la autonomía de la voluntad deviene una proposición arcaica: como señala MAK²⁹⁹ “when speaking about the “politics of contract” we identify solutions to disputes that may either

²⁹⁵ La dificultad reside, en parte, en determinar cuándo un precio es excesivamente injusto, cfr. PERRONE, A., (2013): “The Just Price Doctrine and Contemporary Contract Law: Some Introductory Remarks”, *Orizzonti Del Diritto Commerciale, Rivista Telematica*, p. 12.

²⁹⁶ HESSELINK, M.W., (2015): “Could a fair price rule (or its absence) be unjust?” *European Review of Contract Law*, p.7.

²⁹⁷ *Ibid*, p.9. Además, señala el autor, uno de los argumentos para celebrar la introducción de una regla sobre el precio justo sería que no exista una razón para que la ley presuma que las partes quieren hacer una donación y, por tanto, un precio que se desvíe del precio normal de mercado “requires an explanation”.

²⁹⁸ Aunque como hemos visto *supra*, hay doctrina contraria a un exceso de dirigismo contractual. En este sentido, veáse NAVAS NAVARRO, S., (2015): “La normal inestabilidad de las circunstancias en el Derecho de Familia y de Sucesiones... *cit.* p. 207 y sig, que considera excepcional la intervención del legislador y de los jueces y propugna un cambio en la forma de razonar de las personas que las anime a tomar decisiones informadas en contextos inciertos. NAVAS denomina este planteamiento como el de un paternalismo muy débil, ya que “la libertad civil con su correlato de autorresponsabilidad debe tener las menores restricciones posibles”, p. 212.

²⁹⁹ MAK, C., (2008): *Fundamental rights in European Contract Law... cit.*, p. 177.

emphasize the principles of autonomy and freedom of contract, or the principles of solidarity and the protection of the weaker party against exploitation”.

No es fácil (ni seguramente posible) establecer un significado de la justicia contractual ya que ésta ha sido relegada, durante mucho tiempo, a la cuestión moral. Sin embargo, como instrumento que opera en la sociedad que es el contrato, surge la necesidad de conciliar la libertad y la justicia en materia contractual³⁰⁰.

En consecuencia, es conveniente formular una concepción de justicia en el seno de la UE que responda a un proceso democrático y que incorpore principios de protección de la parte débil tales como la explotación injusta que contribuyan al desarrollo de un mercado interno más justo en que todas las partes puedan contratar libremente y con la seguridad que el trasfondo en el que desarrollen las operaciones contractuales, tal y como sucede en los Derechos de los Estados miembros, responderá a una concepción de la justicia por la justicia³⁰¹.

Este es el punto de partida de nuestro estudio dedicada a la figura de la ventaja injusta como instrumento de protección de la parte débil.

3. LA IMPORTANCIA DEL CONTROL DEL PRECIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

La realidad socio económica liberal en la que se inserta nuestro ordenamiento jurídico contempla la autonomía privada como regla general para pactar el precio. Los postulados propios de la teoría del justo precio aristotélico cristalizada

³⁰⁰ RAISER, L.,(1990): *Il compito del diritto privato*, Milano: Guiffre Editore, pp. 101-103, señalando el autor que: *“in vista degli sviluppi sopra considerati, sarà compito della dogmatica civilistica arrivare gradualmente a tracciare una distinzione tra l’uso e l’abuso della libertà contrattuale-intesa come istituto di un’economia di mercato regolata dal diritto- che permetta di decidere quando si debba reprimire l’abuso per promuovere la giustizia contrattuale”.*

³⁰¹ “*justice for justice*” es la expresión acuñada por HESSELINK, M.W., (2016): “Unjust Conduct in the Internal Market... *cit.*, p. 452.

por la doctrina tomista³⁰² quedan superados: la voluntad soberana de las partes es la que determina el precio³⁰³.

La dirección observada por el Derecho persiste en la precisión de una correcta formación de la voluntad contractual, que se orienta a la justicia en el precio³⁰⁴. Por ejemplo, el DCFR [ex. art. II.-9:406(2)] excluye del test de abusividad el control del precio, siguiendo la línea marcada por la Directiva sobre las Cláusulas Abusivas³⁰⁵, pero ello no significa que no haya instrumentos que incidan en el resultado final del precio del contrato, sino que se instrumentan otros mecanismos que vigilan la correcta formación de la voluntad contractual que resultará en un determinado precio, por ejemplo, arts. II.-7:204, II.-7:205, II.-7:206 o II.-7:207³⁰⁶.

En términos rawlsianos, el Derecho se cuida de proporcionar la igualdad en la posición original de las partes: si el *status quo* inicial es apropiado, los acuerdos fundamentales logrados en ello serán justos³⁰⁷.

³⁰² En relación con ello, véase MARTÍN PÉREZ, J.A. (1995): *La rescisión del contrato... cit.*, pp.108-118, MARTÍN CASALS, M., (1984): *Lesió "ultra dimidium" i equivalència. Naturalesa de la lesió i àmbit d'aplicació*. Tesis doctoral, Barcelona, pp. 276-285 y GORDLEY, J. (2011): *op.cit.*, pp. 65-67 y 94-102.

³⁰³ En el contexto socio económico liberal, la pregunta del jurista es si existe o no consentimiento sobre el precio, no si existe un equilibrio entre prestaciones de acuerdo con un valor de cambio objetivo, MARTÍN CASALS, M., (1984): *Lesió "ultra dimidium" i equivalència. Naturalesa de la lesió i àmbit d'aplicació... cit.*, p. 283.

³⁰⁴ Sin embargo, parece el Derecho más preocupado por la correcta formación de la voluntad negocial (*procedural fairness*) que por la justicia en el contenido del contrato, cfr. ATIYAH, P.S. (1990): *Essays on Contract*, Oxford: Clarendon Press, p. 33: "(...) *If both parties understand fully what they are doing and participate freely in the process, then there result is no concern of the law*". Sin embargo, vemos que aún hay normas que limitan la autonomía de la voluntad en el contenido del contrato: las leyes contra la usura, la regla de la *laesio enormis* que prevén los ordenamientos jurídicos catalán y navarro o el control del precio en sede de ejecución hipotecaria establecida por la LEC.

³⁰⁵ Art. 4(2) de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; véase *supra*, §2.1.

³⁰⁶ PERRONE, A., (2013): "The Just Price Doctrine and Contemporary Contract Law: Some Introductory Remarks", *Orizzonti del Diritto Commerciale, Rivista Telematica*, pp. 9-10.

³⁰⁷ En la justicia como imparcialidad enunciada por Rawls, los principios de justicia se escogen tras un velo de ignorancia; "*dado que todos están situados de manera semejante y que ninguno es capaz de delinear principios que favorezcan su condición particular, los principios de la justicia serán el resultado de un acuerdo o de un convenio justo, pues dadas las circunstancias de la posición original y la simetría de las relaciones entre las partes, esta situación inicial es equitativa entre las personas en tanto que seres morales, esto es, en tanto que seres racionales con sus propios fines, a quienes supondré capaces de un sentido de la justicia*", RAWLS, J., (1971): *Teoría de la justicia... cit.*, p. 25. Véase también GORDLEY, J., (2015): "The Just Price: The Aristotelian Tradition and John Rawls", *European Review of Contract Law*, Vol. 11(3), pp. 197-219.

ATIYAH señala la imposibilidad de separar la justicia en el proceso de la justicia en el resultado: volviendo a lo que hemos señalado *supra*, si la finalidad es la protección de la parte débil que acaree como resultado un contrato justo, debe protegerse, también, el proceso que da lugar a dicho resultado³⁰⁸.

Por otra parte, la discusión sobre establecimiento de una norma sobre justo precio en el Derecho de contratos es latente entre la doctrina; algunas de las cuestiones que se plantean son qué límite configura el desequilibrio en el contrato o si existen razones para creer que la parte presuntamente perjudicada no estaba ejerciendo su libertad contractual durante el proceso de contratación³⁰⁹; ello señala la posibilidad de plantear la introducción de una norma sobre la justicia en el precio³¹⁰.

Entendemos que no es conveniente la apertura a una norma que vele por la justicia en el precio del contrato configurada como una previsión de carácter general y diseñada sólo desde la vertiente del resultado material del contrato ya que la protección de la parte débil y la prevención de injusticias en el contrato pueden obtenerse a través otras normas o principios generales, como ya hemos visto (a través del principio general de la buena fe, o como veremos, mediante la institución de la ventaja injusta). La introducción de una norma como tal implicaría, por parte del legislador, determinar el significado exacto de precio justo, conllevaría una merma de la seguridad jurídica y del tráfico contractual ya

³⁰⁸ ATIYAH, P.S. (1990): *op.cit.*, pp. 333-335.

³⁰⁹ Así, véase el “enfrentamiento” doctrinal entre EISENMÜLLER, H., (2015): “Justifying Fair Price Rules in Contract Law” *European Review of Contract Law*, Vol. 11 (3), pp. 220-228 y HESSELINK, M.W., (2015): “Could a fair price rule (or its absence) be unjust?”, *European Review of Contract Law*, Vol. 11 (3), pp. 185-196. EISENMÜLLER apunta la necesidad de determinar una regla que se vertebrase sobre la justicia en el proceso (p.ej, la ventaja injusta), no en el resultado material (aunque inevitablemente acarrearía un perjuicio para una de las partes, dibujado en el resultado final del contrato). Una norma que se alejara de la injusticia procedimental y se centrara, únicamente, en el justo precio iría más allá de lo apuntado por normas tales como la *unconscionability* o la *unfair exploitation*, *cfr.* EISENMÜLLER, H., (2015): “Justifying Fair Price Rules in Contract Law... *cit.*”, p. 226. Ello iría en contra del principio de seguridad jurídica, a parte del exceso de litigios que provocaría. HESSELINK, por su parte, defiende una norma sobre el justo precio como un instrumento de protección de la parte débil y de justicia distributiva, ya que coadyuvaría a prevenir injusticias en el seno del mercado.

³¹⁰ HESSELINK M.W., (2015): “Could a fair price rule (or its absence) be unjust?” ... *cit.*, p. 193 y sig., acaba considerando que la ausencia de una norma sobre precio justo en el ordenamiento no necesariamente significa que éste sea menos justo que otro ordenamiento que sí lo contemple. La cuestión es controvertida porque, en opinión del autor, no puede fundamentarse la introducción de una regla como tal en una sola teoría política (p.ej, libertarismo). Es una cuestión que concierne al legislador, por tanto, sujeta a un debate democrático que plantee las distintas opciones.

que abriría la puerta a numerosos pleitos y significaría un exceso de dirigismo contractual por parte de los poderes públicos en una esfera que se caracteriza por el alto grado de autonomía de las partes en la configuración de negocios que las vinculan.

CAPÍTULO SEGUNDO. LA RESCISIÓN POR LESIÓN COMO CONTROL DE LA JUSTICIA SUSTANTIVA EN EL DERECHO DE CONTRATOS

1. LA DISTINCIÓN ENTRE JUSTICIA SUSTANTIVA Y JUSTICIA PROCEDIMENTAL

Deviene necesario hacer una distinción previa entre la noción de justicia sustantiva y de justicia procedimental que nos ayudará a entender, en un análisis posterior, la naturaleza autónoma de la institución de la ventaja injusta. Esta clasificación, propia de la doctrina norteamericana³¹¹, incide en la distinción entre la “*procedural unconscionability*” y la “*substantive unconscionability*”³¹². La doctrina de la *unconscionability*, presente en la sección 2-302 del *Uniform Commercial Code*³¹³, permite al juez anular el contrato que incluya cláusulas desproporcionadas o injustas o conservarlo sin la cláusula que se califique como “*unconscionable*”³¹⁴.

³¹¹ Destacan POSNER, E.A., (1995): “Contract law in the welfare state: a defense of the unconscionability doctrine, usury laws, and related limitations on the freedom of contract”, *Journal of Legal Studies*, Vol. XXIV, pp. 283-319; SPEIDEL, R.E., (1969): “Unconscionability, assent and consumer protection”, *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 31, pp. 359-375; EISENBERG, M.A. (2009): “The Role of Fault in Contract Law: Unconscionability, Unexpected Circumstances, Interpretation, Mistake, Nonperformance”, *Michigan Law Review*, Vol. 107, pp. 1413-1430; EISENBERG, M.A. (1982): “The Bargain Principle and its limits”, *Harvard Law Review*, vol. 95, nº4, pp. 741-801; FULLER, L.L., EISENBERG, M.A. (1996): *Basic contract law*, 6ª ed., St. Paul, Minn.: West Publishing, Co., pp. 61-83; SHIFFRIN, S.V., (2000): “Paternalism, Unconscionability Doctrine, and accommodation”, *Philosophy & Public Affairs* 29, nº3, pp. 205-250.

³¹² En la distinción es relevante el trabajo de LEFF, A.A., (1967): “Unconscionability and the Code: The Emperor’s New Clause”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 115, nº4, p. 487, relacionando la figura con el proceso de contratación (*procedural unconscionability*) y con el resultado del contrato (*substantive unconscionability*).

³¹³ Sección 2-303 UCC: “1) *If the court as a matter of law finds the contractor any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result.* (2) *When it is claimed or appears to the court that the contractor any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose and effect to aid the court in making the determination*”. También se ofrece una descripción de la *unconscionability* en el §208 *Restatement Second of Contracts*.

³¹⁴ Véase un estudio extenso sobre los orígenes y evolución de la figura jurídica de la unconscionability en DEUTCH, S. (1977): *Unfair contracts*, Lexington, Massachusetts, Toronto: Lexington Books, pp. 42 y sig.

La *unconscionability* norteamericana es el equivalente funcional a la ventaja injusta del Derecho contractual europeo³¹⁵³¹⁶. Como veremos más adelante (Capítulo III), la *gross disparity* de los Principios UNIDROIT (PICC) nació, también, de la distinción entre *procedural unconscionability* y *substantive unconscionability*³¹⁷.

La distinción entre la vertiente material o sustantiva de la *unconscionability*, relativa al desequilibrio o inequidad del contrato en el momento de su conclusión³¹⁸, y la procedimental, que considera que la mera desproporción entre las prestaciones, por muy exagerada que sea, no es suficiente, por sí misma, para impugnar la validez o eficacia del contrato, y que centra su atención en los vicios producidos en el proceso de formación del consentimiento del contrato o en la conclusión del mismo³¹⁹, se halla en la obra de LEFF³²⁰ y es citado por la

³¹⁵ HESSELINK, M.W., (2013): "Unconscionability, unfair exploitation and the nature of contract theory. Comments on Melvin Eisenberg's "Foundational Principles of Contract Law"", *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series* nº2013-03, p. 3.

³¹⁶ Especialmente para el Derecho privado europeo, KENNY, M., DEVENNEY, J., FOX O'MAHONY, L. (2010): *Unconscionability in European private Financial Transactions. Protecting the vulnerable*, Cambridge: Cambridge University Press, "(...) in Europe unconscionability or its equivalents is an even broader concept which is to be found in a plurality of sources...", p. 1. En el contexto español, BARRAL- VIÑAS, I., (2010): "Freedom of contract, unequal bargaining power and consumer law on unconscionability" en KENNY, M., DEVENNEY, J., FOX O'MAHONY, L. (2010): *Unconscionability in European private Financial Transactions. Protecting the vulnerable*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 46-61, señalando la buena fe en el ordenamiento jurídico español como instrumento paralelo a la *unconscionability*.

³¹⁷ La *procedural unconscionability* se relaciona, también, con la asimetría en el poder contractual de las partes (*inequality of bargaining power*), KOROBKIN, R., (2003): "Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability, *The University of Chicago Law Review*, 70, p. 1259.

³¹⁸ Aunque la medida precisa de la *substantive unconscionability* no queda determinada específicamente, como sí sucede, por ejemplo, en la *laesio enormis*. En la *unconscionability* se dice que la desproporción puede ser "*overly harsh*", "*one-sided*", "*so one-sided as to be oppressive*", "*unreasonably favorable to the drafter*", o "*shocks the conscience*", cfr. KOROBKIN, R., (2003): *op.cit.*, p. 1273. La doctrina que estudia la figura de la "gross disparity" de los Principios UNIDROIT determina, también, para intentar establecer una medida aritmética que "*the contractual equilibrium will have to be grossly upset and the unfairness so great that it will shock the conscience of the court*", cfr. INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW: "Proposed Rules on the (Substantive) Validity of International Contracts (excluding illegality) and Explanatory Report (prepared by Prof. U. Drobniig, Director of the Max-Planck-Institute für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, and Prof. O. Lando, Director of the Institute of European Market Law, Copenhagen School of Economic and Business Administration), UNIDROIT 1980, Study L-Doc.17), p. 29.

³¹⁹ La *procedural unconscionability* deriva de la injusticia en el proceso de contratación (*bargaining process*), EISENBERG, M.A. (2009), *op.cit.*, pp. 1415-1416.

³²⁰ También puede verse un estudio sobre el origen y evolución de la figura de la *unconscionability* en: LEFF, A.A. (1967), *op.cit.*, pp. 484-559.

doctrina americana más relevante que ha estudiado el tema de la “*unconscionability*”³²¹³²².

De aquí extraemos la división entre justicia sustantiva y procedimental. Normas como la rescisión por lesión, que afectan al objeto de las prestaciones, son propias de la justicia sustantiva, así como lo son, también, las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores. Por otra parte, las normas relativas a los vicios del consentimiento se comprenden desde la justicia procedimental, ya que afectan al proceso de formación del contrato. Veremos que la ventaja injusta se encuentra a caballo entre estas dos concepciones de la justicia que se observan en los distintos elementos objetivos y subjetivos de la figura (Capítulo III).

Así, los aspectos relativos a la cuestión sustantiva de la ventaja injusta vienen determinados por la noción de beneficio excesivo que acaba por traducirse en un desequilibrio notorio entre las prestaciones de las partes. En otro sentido, las cuestiones que denotan un estado potencial de debilidad (la inexperiencia, la ignorancia, la relación de confianza entre las partes, etc.) configuran, así, los aspectos procedimentales de este instrumento³²³. Ambos aspectos se

³²¹ EISENBERG, M.A., (1982), *op.cit.*, p. 741 *in fine*; Considerando que la injusticia sustantiva no era suficiente para atacar la validez del contrato, EISENBERG, M.A. (2009): *op.cit.*, p. 1413. Sigue el autor señalando que la distinción puede ser artificial porque la injusticia en el proceso sólo puede ser significativa si resulta en una desproporción excesiva, es decir, en una injusticia material. También, POSNER, E.A. (1995): *op. cit.*, pp. 283 y sig.

³²² EISENBERG, M.A., (1982), *op.cit.*, p. 754, define la *unconscionability* como un concepto paradigmático imposible de describir exhaustivamente. Destaca la inabarcable jurisprudencia americana en relación con el tema de la *unconscionability*; por ejemplo, *Sosa v Paulos*, 924 P2d 357, 361 (Utah 1996) o *Carboni v Arrospide* (California Court of Appeal, 1991, 2 Cal. App. 4th 76, 2 Cal. Rptr. 2d 845) en que se describen las diferencias entre la *procedural* y la *substantive unconscionability* y queda especificada la relación de dependencia recíproca entre ambas concepciones de la justicia existentes en el seno de la figura: “... *there is a sliding scale relationship between the two concepts: the greater the degree of substantive unconscionability, the less the degree of procedural unconscionability that is required to annul the contract or the clause*”. En este sentido también se expresa DEUTCH, S. (1977): *op.cit.*, p. 289.

³²³ En relación con la distinción entre aspectos sustantivos y procedimentales de la figura de la excesiva desproporción de los PICC, véase, DROBNIG, U., (1997): “Protection of the weaker party” en BONELL, M.J., BONELLI, F., (1997): *Contrattii commerciali internazionali e principi Unidroit*, Milano: Guiffè Editore, pp. 218-224. También, incidiendo en las dos concepciones de justicia, BONELL, M.J., (1995): “Policing the International Commercial Contract against unfairness under the Unidroit Principles”, *Tulane J. of Int’l&Comp. Law*, Vol. 3, pp. 73-91; BONELL, M.J., (2009): *An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 3ª Ed., New York: Transnational Publishers, pp. 156-168.

corresponden con el elemento objetivo y los subjetivos que caracterizan la figura de la excesiva desproporción o ventaja injusta³²⁴.

Como veremos en el siguiente capítulo, la *gross disparity* o excesiva desproporción nació en el seno de los Principios UNIDROIT (en adelante, PICC). En una primera versión de la norma, antes de la formulación final, la regla se encontraba diferenciada en dos supuestos: el primero, denominado “*inequality of bargaining power*”, recogía la vertiente procedimental de la figura, y, por tanto, se aproximaba a un vicio en el consentimiento; el segundo hacía referencia a la injusticia material, imprimiendo así la necesidad de determinar un contenido justo en el seno del contrato³²⁵. El fundamento parecía residir en la necesidad de expresar un resultado contractual acorde con el ordenamiento jurídico y que no contraviniera la moral o el orden público, en la línea del legislador germánico (§138 BGB, que establece la nulidad de los negocios contrarios a las buenas costumbres).

La insistencia en el desequilibrio económico de las prestaciones (elemento material) con independencia de la existencia un vicio en el proceso es el fundamento que reside en la concepción de la rescisión por lesión, alejada, como veremos, de cualquier consideración subjetiva relativa a una anomalía en la formación del consentimiento. Observamos, aquí, la naturaleza propia de la figura lesionaría –fundamento objetivo- que, como veremos, permite afirmar la autonomía de la lesión en más de la mitad³²⁶ como un defecto de la causalidad onerosa.

³²⁴ Por ejemplo, en relación con el art. 4:109 PECL, véase LANDO, O., BEALE, H., (2008): *Principios de Derecho contractual europeo, Partes I y II*. (Los trabajos de la Comisión de Derecho contractual europeo. Edición: Ole Lando y Hugh Beale, Ed. Española a cargo de: Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo, Fernando Martínez Sanz, Madrid: Colegios Notariales de España, pp. 375 y sig.

³²⁵ Cfr. Arts. 7 y 8 de INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW: “Proposed Rules on the (Substantive) Validity of International Contracts (excluding illegality) and Explanatory Report (prepared by Prof. U.Drobnig. Director of the Max-Planck-Institute für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, and Prof. O. Lando, Director of the Institute of European Market Law, Copenhagen School of Economic and Business Administration, UNIDROIT, 1980, Study L-Doc.17, pp. 19 y sig. Véase, también, VOGENAURE, S., KLEINHEISTERKAMP, J., (2009): *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts* (PICC), Oxford: Oxford University Press, p.450.

³²⁶ Así lo señala CHANTEPIE, G., (2006): *La lésion*, Paris: L.G.D.J, p. 186-187: “*La prise en compte de la lésion, telle qu'elle se révèle dans la confrontation du prix à la valeur, nécessite un mécanisme autonome, indépendant de toute considération procédurale. Insister sur le*

En el presente capítulo analizaremos, precisamente, algunos instrumentos que permiten ejercer un control de la justicia sustantiva en el derecho de contratos. Así, haremos referencia a la rescisión por lesión, prevista con carácter general en el ordenamiento jurídico catalán como instrumento que permite ejercer un examen del equilibrio entre las prestaciones intercambiadas por las partes al inicio de la relación contractual, aunque también estudiaremos los supuestos residuales previstos en el CCE susceptibles de ser rescindidos así como la represión que hace el ordenamiento jurídico español de los contratos usurarios.

2. EL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA DE LAS PRESTACIONES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El principio de equivalencia de las prestaciones entronca con la idea de la justicia conmutativa aristotélica³²⁷³²⁸³²⁹. Este principio señala una idea de equilibrio entre el intercambio económico operado por las partes cuando celebran un negocio jurídico y durante la evolución posterior de éste. Así, podemos hablar de una suerte de equilibrio inicial o genético del contrato y funcional. La justicia conmutativa demanda, pues, una equivalencia de las prestaciones de las partes en los contratos onerosos, como veremos a continuación³³⁰.

Tradicionalmente, el desequilibrio económico entre el valor y la contraprestación ha desembocado en el concepto de lesión; en el Derecho común se consagró

déséquilibre économique, sur le vice du contrat, c'est affirmer l'autonomie de la lésion. C'est encore détacher la lésion de ses causes potentielles... Cette originalité explique d'ailleurs les difficultés rencontrées pour l'appréhender par le biais d'autres mécanismes. Pas plus qu'elle ne dépend de l'inégalité des parties, la lésion ne devrait être subordonnée à la démonstration d'un consentement vicié ou d'un comportement déloyal de l'un des contractants".

³²⁷ Véase la nota pie de página 76 del Capítulo I.

³²⁸ La relación entre justicia conmutativa aristotélica y la rescindibilidad de los contratos la estudia CHARPENTIER, É. M. (2001): *L'équilibre des prestations: une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat*, Ottawa: Université McGill, Institut de Droit Comparé, Tesis doctoral, pp. 54 y 15. La idea de la equivalencia de las prestaciones constituye la piedra angular de la definición de lesión objetiva: con el fin de asegurar el mantenimiento del equilibrio entre las prestaciones, el legislador permite la rescisión de aquellos contratos que no lleguen al umbral económico determinado; esta técnica es propia de la lesión objetiva, que elimina la posibilidad de considerar alguna cuestión relativa a un posible vicio de la voluntad en la formación del consentimiento contractual.

³²⁹ Cfr. STSJC 20 de diciembre de 1990 (RJ 1992\2580), FJ 2º, que señala el precio justo como la traducción cristiana de la noción de justicia conmutativa que aparece en la ética nicomáquea de Aristóteles.

³³⁰ GORDLEY, J., (2011): *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford: Clarendon Law Series, p. 13 y 14 y 94 y 95. La justicia conmutativa reclama igualdad en el intercambio de las prestaciones.

como principio universal de equidad el equilibrio de valor entre las contraprestaciones en los contratos sinalagmáticos³³¹.

Sin embargo, en el marco del CCE la exclusión general de la rescisión por lesión en general (arts. 1290 y sig.) determina una apariencia de innecesaria equivalencia entre las prestaciones intercambiadas por las partes³³²³³³³³⁴. En el CCE, los contratos onerosos sobre bienes inmuebles no son, por regla general, rescindibles por razón del precio, más o menos lesivo, fijado a cambio del bien inmueble (a diferencia de lo que sí sucede, como veremos, en el art. 321 CDCC y en el reciente art. 621-46 CCCat, que, además, ya no limita la acción a los bienes inmuebles). Esta idea tiene como base un sistema de economía liberal en que no puede existir un precio que sea objetivamente justo, sino que éste vendrá determinado por la dinámica del mercado. La regla tiene una excepción: se admite la rescisión por lesión en aquellos contratos celebrados por los tutores sin la autorización judicial y los celebrados por los representantes de los ausentes (ex arts. 1291.1 y 2 CCE; véase *infra* en este mismo capítulo §4.1).

A pesar de ello, esta regla de equilibrio o de proporcionalidad entre el valor económico de las prestaciones recíprocas sí que tiene alguna manifestación en el CCE: así, por una parte, el art. 1289 CCE señala que si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses. Se

³³¹ LLÁCER MATA CÁS, M.R. (1992): *El saneamiento por vicios ocultos en el Código civil: su naturaleza jurídica*, Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, p. 96, asimila el contrato oneroso con el sinalagmático; DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., (1963): “El concepto de causa en el negocio jurídico”, *Anuario de Derecho civil*, p. 15, determina, también, la onerosidad de los contratos sinalagmáticos, aunque señala que los contratos onerosos pueda que no tengan características propias de los contratos sinalagmáticos, es decir, pueden ser también unilaterales: “*el carácter sinalagmático y la onerosidad son cosas enteramente distintas: que onerosidad significa cambio o truke de prestaciones, mientras el sinalagma afecta a la reciprocidad de las obligaciones y, por tanto, a la estructura y al funcionamiento de la relación obligatoria* (“exceptio inadimpleti contractus”). *Caben, por ello, contratos onerosos que no sean al mismo tiempo sinalagmáticos (ej: mutuo con interés, etc)*”.

³³² La doctrina considera que se produce un desencanto con esta idea ya que reduce la causa a un mero control abstracto, pues la eficacia del contrato depende de un respeto a un esquema formal del negocio, cfr. LLÁCER MATA CÁS, M.R. (1992), *op.cit.*, p. 99.

³³³ Señala CARRASCO PERERA, Á. (2015): “Reivindicación y defensa de la vieja doctrina “rebus sic stantibus”. Comentario a la sentencia de 15 de octubre de 2014”, en *Cuadernos civitas de Jurisprudencia civil*, mayo-agosto 2015, p. 203, que el ordenamiento jurídico español no requiere conmutatividad y niega la justicia contractual material como condición de validez inicial de los contratos.

³³⁴ Según señala LOPEZ JACOISTE, J.J. (1975): “Sobre la aporía de la equivalencia contractual”, en VVAA (1975): *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, Vol. II, Madrid: Tecnos, p. 829 y sig., “*no es función del Derecho velar por la equivalencia objetiva de las prestaciones establecidas por los contratantes, pues precisamente trata de facilitar el tráfico patrimonial, el cual quedaría virtualmente congelado si tal requisito objetivo fuera exigida*”.

utiliza dicho artículo, pues, como criterio interpretativo con el fin de resolver ambigüedades en la redacción del contrato. Desde una perspectiva más casuística, la cláusula de acuñación jurisprudencial *rebus sic stantibus* o base del negocio establece que el juez, ante una alteración sobrevenida de las circunstancias negociales aparejadas a una excesiva onerosidad, pueda modificar el contrato o, en caso excepcional, admitir su resolución.

En cuanto a esta última cuestión, las sentencias del Tribunal Supremo de 17 y 18 de enero de 2013 (RJ 2013\1819 y RJ 2013\1604) iniciaron un giro jurisprudencial que se consolidó en las sentencias de 30 de junio y 15 de octubre de 2014 (RJ 2014\3526 y RJ 2016\6129) refrendadas *obiter dicta* por la STS de 13 de marzo de 2015 (ROJ 1067\2015), determinando un planteamiento decidido a revisar el principio de autonomía de la voluntad tamizado por el de la justicia contractual vinculado al funcionamiento causal de la justicia conmutativa, de modo que sea vinculante aquel contrato que sea suficientemente justo, no sólo al inicio de la relación contractual sino también en su ejecución³³⁵³³⁶.

Cabe constatar, sin embargo, que, por ejemplo, el Ordenamiento catalán tiene una orientación más clara a la equivalencia económica en el intercambio entre las prestaciones de las partes al inicio de la relación contractual, como veremos más adelante. Es decir, la concepción de la onerosidad es distinta en el Derecho civil común y en el catalán. El art. 321 CDCC y, más recientemente, el art. 621-46 CCCat, determinan una norma causal que tutela de un intercambio “justo” de las prestaciones de las partes.

Esta lesión *ab initio* se produce cuando el desequilibrio opera en la genética del propio contrato; sin embargo, cuando el desequilibrio entre las prestaciones

³³⁵ RUBIO GIMENO, G., (2017): “Riesgo contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias” en GRAMUNT FOMBUENA, M., FLORENZA I TOMÁS, C.E., (2017): *Codificación y reequilibrio de la asimetría contractual*, Madrid: Dykinson, p. 201.

³³⁶ Sin perjuicio de una explicación detallada más adelante, cabe señalar la existencia de propuestas doctrinales de nuestro entorno académico que prevén la positivización de la cláusula *rebus sic stantibus*. Así, por ejemplo, la Propuesta de modernización del Código civil español (2009) incorpora en el art. 1213 una propuesta de regulación de la *rebus*. Más recientemente, la Asociación de Profesores de Derecho civil, en su propuesta de Código civil libros quinto y sexto (PAPDC), incorpora también la figura de la *hardship* (art. 526-4).

ocurre sobrevenidamente, a causa de una alteración inesperada de las condiciones del mercado, la lesión será *superveniens*³³⁷³³⁸.

Este principio de equivalencia de las prestaciones cristaliza, como ya hemos avanzado, en remedios jurídicos tales como la lesión o la cláusula *rebus sic stantibus*³³⁹. Esta última figura plantea un problema de desequilibrio debido a que el cumplimiento de la prestación para una de las partes ha resultado excesivamente gravoso como consecuencia de un cambio sobrevenido, extraordinario e imprevisible de las circunstancias.

En el caso de la *rebus*, podemos determinar que el principio equilibrador se convierte en una regla con carácter de pauta de conducta³⁴⁰. Es decir, aparece como un criterio regulador sin mediación de una norma positiva y como una simple exigencia de justicia.

La lesión, por su parte, aparece positivizada en el Derecho civil catalán (art. 321 CDCC y art. 621-46 CCCat) así como también en la Compilación del Derecho civil foral de Navarra (Leyes 499 a 507). Conviene, a continuación, hacer un examen de la doctrina de la causa de los contratos para entender la dinámica de la onerosidad causal en el equilibrio económico de los contratos. La lesión se significa como una anomalía en la función de intercambio propia de los contratos con causa onerosa.

³³⁷ Este maridaje entre las dos figuras lo señala GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2014): "Alteración sobrevenida de circunstancias en los contratos sinalagmáticos: de la *rebus sic stantibus* a la alteración sobrevenida de las circunstancias" en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., GARCÍA PÉREZ, C.L. (2014): *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, p. 144.

³³⁸ También en la doctrina de la *rebus* se desprende el principio de la equivalencia de las prestaciones, ya que la clave para la solución del problema reside en que todo contrato conmutativo supone una ecuación entre prestación y contraprestación dominada por el equilibrio de intereses, que debe concurrir en el momento de la estipulación y en el devenir de la relación contractual, cfr. MARTÍN PÉREZ, J.A. (1995): *La rescisión del contrato (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Barcelona J.M Bosch Editor, p. 292.

³³⁹ Así, en nuestro país la *rebus* no tiene reconocimiento legal y todos los elementos indeterminados sobre los que se construye la figura (qué es imprevisible, qué es excesivamente oneroso y qué es extraordinario), que ya serían problemáticos en su aplicación si estuvieran contenidos en una norma, más aún lo son al no recogerse en ningún precepto legal, cfr. RUBIO GIMENO, G., (2017): "Riesgo contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias... *cit.*", pp. 201 y 202.

³⁴⁰ ARECHEDERRA ARANZADI, L.I. (1978): *La equivalencia de las prestaciones en el derecho contractual*, Madrid: Editorial Montecorvo, S.A., p. 267.

2.1. La superación del principio de igualdad formal en el Derecho de contratos y la tendencia hacia el equilibrio de las prestaciones en los contratos con causa onerosa

Como ya hemos indicado, el principio de equivalencia objetiva de las prestaciones no está positivizado³⁴¹ en el Código civil español. Lo que el ordenamiento jurídico español tutela es una igualdad formal de las partes³⁴²; así, las partes se sitúan en una posición de igualdad ante el *iter* contractual y pueden determinar, desde un liberalismo respaldado por el Código, el contenido de la relación contractual (ex art. 1255 CCE)³⁴³. Este principio de autonomía de la voluntad, propio de todos los códigos decimonónicos, exalta un respeto casi absoluto a la voluntad de las partes; por tanto, la injerencia del Derecho en el campo contractual es, *a priori*, la mínima³⁴⁴.

Tradicionalmente, la idea de la equivalencia de las prestaciones se ha vinculado con el concepto de la causa del contrato, identificada ésta, en sentido impropio, como la operación jurídico-económica que realiza típicamente el contrato³⁴⁵. La

³⁴¹ ARECHEDERRA ARANZADI, L.I. (1978): *op.cit.*, p. 21. Este autor señala tres manifestaciones del derecho de contratos vinculadas al principio de equivalencia de las prestaciones: a) el ordenamiento tutela una igualdad formal de posiciones; b) el ordenamiento exige la concurrencia de unos requisitos para la validez del contrato; c) el ordenamiento monta un sistema de efectos sobre una distinción –onerosidad, gratuidad-, que mira al sustrato o sustancia económica del mismo.

³⁴² Postulado de la igualdad contractual que MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (1994): “Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el derecho de obligaciones”, *Anuario de Derecho civil*, núm. 1, p. 62, califica como “mito insostenible”.

³⁴³ Tampoco el ordenamiento jurídico catalán lo contiene habida cuenta, además, que la parte general de las obligaciones y los contratos aún no la ha desarrollado la Ley 3/2017, de 15 de febrero. Así se señala en el Preámbulo de dicha ley, párr. 3º: “*El título primero, relativo a las disposiciones generales, se reserva para la regulación de las partes generales de la obligación y del contrato, teniendo en cuenta los principios que informan la contratación que afecta a los consumidores*” y así lo señalaba MIRAMBELL ABANCÓ, A., (2015): “Un projecte de llei del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes” en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT (Coord.): *El Llibre sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del Projecte de llei*, Girona: Documenta universitària, p.35, en relación con el anterior Proyecto de Ley de Libro Sexto.

³⁴⁴ HESSELINK, M.W., (2014): “Post-private Law?” en PURNHAGEN, K., ROTT, P., (Eds): *Varieties of European Economic Law and Regulation, Studies in European Economic Law and Regulation*, London: Springer International publishing, p. 35, califica también de “mito” la consideración del principio de la libertad contractual, la autonomía de la voluntad y la justicia correctiva como esencia del Derecho privado en los códigos continentales.

³⁴⁵ MARTÍN PÉREZ, J.A. (1995): *La rescisión del contrato... cit.*, p. 276. Las normas causales en sentido estricto, relacionadas con la causa del contrato y no de la obligación, son las que se dirigen a una realización efectiva de la función económica del contrato; por lo tanto, persiguen que ésta opere con éxito, cfr. GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., (1979): *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona: Bosch, p. 538

distinción entre causa onerosa y causa gratuita permite enlazar con el principio de equivalencia y equilibrio de las prestaciones que, como veremos más adelante, forma parte del esquema esencial de la onerosidad.

Como ha señalado LLÁCER MATA CÁS, el contrato oneroso no tiene un resultado de estricta igualdad en el intercambio de las prestaciones en el seno del Código civil español; lo que se observa es una tendencia -propia de la onerosidad³⁴⁶- hacia una equivalencia entre las prestaciones intercambiadas, pero no aspira a un resultado de equivalencia absoluta tal y como establecían los iusnaturalistas³⁴⁷. Sin embargo, en los contratos en los que no se dé una mínima equivalencia económica (contraprestación *nummus unus*) no se observa la causa típica; la inexistencia absoluta de equivalencia económica frustra la finalidad del contrato (por lo tanto, su causa típica - contratos onerosos-)³⁴⁸. MARTÍN CASALS también lo contempla así, indicando que *“en els negocis onerosos la manca total del resultat econòmic comportarà la destrucció de l’estructura negocial: no podrà haver-hi negoci onerós quan en una determinada estructura onerosa no està present la més mínima equivalència econòmica (contraprestació “nummus unus”). El significat econòmic de la prestació “nummus unus” és tan ínfim que no pot ésser considerada com a veritable contraprestació”*³⁴⁹.

Por su parte BADOSA señala que la elasticidad de la causa, con el límite mínimo de la *venta nummo*, permite legitimar el desequilibrio entre las prestaciones en

³⁴⁶ Ello también se desprende del art. 1289 CCE cuando indica *“Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses”*, equivalente a nivelación o equilibrio de los mismos, garante de una suerte de principio objetivo entre prestaciones.

³⁴⁷ LLÁCER MATA CÁS, M.R., (1992): *op.cit.*, p. 99.

³⁴⁸ MARTÍN PÉREZ, J.A., (1995): *La rescisión... cit.*, p. 311; véase también MARTÍN CASALS, M., (1984): *Lesió “ultra dimidium” i equivalència. Naturalesa de la lesió i àmbit d’aplicació*. Tesis doctoral, Barcelona, p. 211.

³⁴⁹ MARTÍN CASALS, M., (1984): *Lesió “ultra dimidium” i equivalència. Naturalesa de la lesió i àmbit d’aplicació... cit.*, p. 243; MARTÍN PÉREZ, J.A. (1995): *La rescisión del contrato... cit.*, p. 280: *“Si la estructura negocial (tipo) del contrato oneroso exige la existencia de un intercambio entre prestaciones, habrá que concluir que no hay causa típica cuando falte absolutamente una contraprestación, o cuando no se guarde la más mínima proporción económica entre éstas (venta nummo uno). En estos casos se destruye la estructura negocial onerosa, resultando imposible la subsistencia de la causa. Pero si la falta de proporción no es absoluta, es jurídicamente irrelevante: en primer lugar, porque no es una exigencia que forme parte de la estructura onerosa; y además, porque se entiende que esa estructura asegura siempre, por sí misma, la consecución del resultado económico al cual aspira la causa típica, sin que haya lugar para demostrar lo contrario”*.

el ordenamiento jurídico español y el beneficio unilateral, que puede llegar al máximo; así, los desequilibrios son legítimos y los contratos que los producen válidos³⁵⁰.

Es mérito de los iusnaturalistas³⁵¹ la división de los contratos según su función económica y el establecimiento de una idea de intercambio basada en el mantenimiento de la igualdad entre las partes contratantes³⁵². Es precisamente en los contratos permutatorios u onerosos dónde observamos la idea de la equivalencia: estos contratos proporcionan equivalentes económicos, y la inexistencia absoluta de equivalencia económica imposibilita, por ello, la causa onerosa. El requisito de la *aequalitas*³⁵³ impregna, pues, la causa onerosa (en los contratos con causa gratuita la *aequalitas* no tiene lugar porque no existe la función de intercambio)³⁵⁴. La idea central en la que se fundamenta la doctrina iusnaturalista es la de la función de intercambio equivalente³⁵⁵. Por tanto, la función de onerosidad (en la asunción iusnaturalista) llevará implícita la idea de justo precio, que comportará la acción de rescisión por lesión, como mecanismo corrector de la falta de igualdad exigida. Esta equivalencia objetiva proyectada por los iusnaturalistas alcanza el estatus de principio jurídico y, por tanto, el ordenamiento crea los mecanismos para buscar una solución justa³⁵⁶.

Este vínculo entre la onerosidad causal y la función de intercambio se corresponde con la asunción de la causa en sentido impropio (véase *infra*

³⁵⁰ BADOSA COLL, F., (2014-2016): "L'avantatge injust. El contractant feble i la seva protecció", en *Anals de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, nº6, 2014-2016, pp. 363 y sig.

³⁵¹ GROCIO, H., (1925): *Del derecho de la guerra y de la paz*, Madrid: Reus, Tomo II, cap XII, núm VII: "... en los contratos exige la naturaleza de la igualdad, y ciertamente de manera, que de la desigualdad se origina un derecho en el perjudicado. Esta igualdad consiste, unas veces en los actos, otras en aquello de que se trata, y en los actos, ya en los precedentes, y en los principales".

³⁵² GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., (1979), *op.cit.*, p. 431; GROCIO clasifica los contratos siguiendo un criterio de utilidad o función económica realizada por el contrato (es lo que denominamos causa negocial o causa genérica), cfr. MARTÍN CASALS, M. (1984), *Lesió... cit.*, p. 288.

³⁵³ SALVADOR CODERCH, P., (1975): "Onerosidad y Contratos agrarios. Control del precio y rescisión por lesión en el art. 323 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña", *Rivista di Diritto Agrario*, p. 597 y sig.

³⁵⁴ El Derecho natural no requiere, a diferencia –por ejemplo- de la institución rescisoria prevista en la Compilación catalana o en el Libro Sexto del Código civil de Cataluña (ex art. 621-46) que contemplan una lesión en más de la mitad del precio justo, la necesidad de que la lesión sea superior a la mitad del justo precio, y en este sentido, media diferencia entre justo precio natural y civil, cfr. LLÁCER MATAACÁS, M.R., (1992): *op.cit.*, p. 64.

³⁵⁵ GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., (1979): *Estructura y función del tipo contractual... cit.*, p.441.

³⁵⁶ LARENZ, K., (1985): *Fundamentos de ética jurídica. Traducción y presentación de Luis Díez-Picazo*, Madrid: Civitas, pp. 78 y 81.

§2.1.1), que determina la expresión de la función económica del negocio jurídico³⁵⁷. Lo vemos a continuación.

Sin embargo, la idea de conmutatividad que opera hoy en el Código civil español, si bien exige una causa que justifique el desplazamiento de bienes o prestación de servicios de un patrimonio a otro, no depende *strictu sensu* del equilibrio o desequilibrio existente³⁵⁸ entre las prestaciones que *a priori* asuman las partes³⁵⁹. Nuestro ordenamiento no presupone ni se orienta a preservar el principio iusnaturalista de la igualdad de las prestaciones contractuales propia de la causa onerosa según el cual cada contratante obtiene lo mismo que el otro³⁶⁰.

Aunque en línea de principio la concepción de la causa onerosa como garante de la equivalencia tendencial del contrato es exigida³⁶¹³⁶², una estricta adecuación entre el valor de las prestaciones no se desprende del CCE, y es preciso atenerse a una equivalencia suficiente.

³⁵⁷ La causa del contrato o causa negocial (causa en sentido impropio) es “*la función económica que éste cubre: onerosidad – equivalente o no- (conmutativos-aleatorios); gratuidad o liberalidad; y una intermedia entre ambas: la causa mixta, en parte onerosa, en parte gratuita (siempre pensando en la función económica y como división general). Pero la exigencia de una causa, en el verdadero sentido de la expresión: fundamento de una eficacia obligatoria del contrato, es la causa- valga la redundancia- de la obligación” (que es la causa en sentido propio)*”, cfr. GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., (1979): *op.cit.*, p. 468.

³⁵⁸ Como indica MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., (1994): *Trascendencia...cit.*, p. 61, el modo para obtener la justicia contractual en el CCE es indirecto: se protege la voluntad de los contratantes y se instrumenta, a través del sistema de vicios del consentimiento, que es donde concentra la atención el Derecho. El equilibrio objetivo entre las prestaciones no desempeña papel alguno porque si no existe es porque así ha sido determinado libremente por las partes, y el Derecho así debe asumirlo. En la práctica, el resultado es que lo único importante es la integridad del consentimiento y no tanto la equivalencia de las prestaciones; figuras como la lesión cualificada y la ventaja injusta permiten, como veremos *infra*, aunar ambos presupuestos en un único instrumento.

³⁵⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R., (2015): “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014”, Cuadernos *Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 97, enero-abril 2015, p. 366.

³⁶⁰ LLÁCER MATAACÁS, M.R., (1992): *op.cit.*, p. 58 y ss.

³⁶¹ GINÉS CASTELLET, N., (2011): “Enriquecimiento injusto y contrato: ¿La equivalencia de las prestaciones como exigencia de un principio de justicia contractual? Una mirada a la rescisión por lesión en Cataluña”, *Diario La Ley*, Nº 7542, Sección Tribunal, 7 Ene 2011, p. 1; LLÁCER MATAACÁS, M.R., (1992): *op.cit.*, p. 99

³⁶² También MARTÍN PÉREZ, J.A. (1995): *La rescisión del contrato... cit.*, p. 277, advierte la labor de vigilante de la autonomía de la voluntad que ejerce la causa y, en este sentido, asegura que no se desvíe de la función social a que es destinada. Por tanto, señala el autor, “*nada se opone a que el intérprete juzgue no merecedor de tutela y, por tanto, privado de causa aquel contrato de naturaleza onerosa que, debido a una desproporción objetiva entre las prestaciones, no realice su función económica típica, por faltar un intercambio equilibrado o una adecuada compensación de los intereses de las partes*”.

Para ser más precisos, constatamos que la idea de justicia conmutativa³⁶³³⁶⁴ presente en nuestro ordenamiento es una concesión formalista, orientada no ya al justo precio, sino al precio que hayan fijado las partes³⁶⁵³⁶⁶: el *do ut des* desemboca en una presunción de igualdad de las partes en que cada una intercambia una cuota igual de la propia libertad. Como señala NICOLUSSI³⁶⁷, es una “*giustizia senza riguardo della persona*”, que da absoluta libertad a la fijación del sinalagma contractual (mediante una especie de subjetivización de éste), en que la parte deviene el mejor juez para establecer el precio que está dispuesta a pagar por un objeto o servicio³⁶⁸. Podemos hablar de una suerte de “*justicia contractual subjetiva*” que da una preeminencia casi radical al principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CCE y 111-6 CCCat), que depende y se

³⁶³ Esta idea de la justicia que presenta el equilibrio de las prestaciones es una idea propia de la justicia conmutativa, cfr. GORDLEY, J., (1981): “Equality in Exchange”, *California Law Review*, Volum 69, Issue 6, p. 1589 y sig.

³⁶⁴ En materia contractual es la justicia conmutativa o correctiva la que tiene un rol más importante ya que persigue el mantenimiento de un equilibrio económico : “*il ne faut pas qu’il détruise l’équilibre qui existait antérieurement entre les patrimoines; ce qui implique que chacune des parties reçoive l’équivalent de ce qu’elle donne*”, GHESTIN, J. (1988) : *Traité de Droit Civil. Les obligations. Le contrat : formation*, 2^a ed., Paris : L.G.D.J., p. 197 : “*Il importe que chacune des parties reçoive l’équivalent de ce qu’elle donne*”.

³⁶⁵ La determinación del precio en los contratos onerosos depende únicamente de la libre voluntad de los contratantes; el Ordenamiento no exige que en la fijación del precio intercambiado medie un valor objetivo; “*si el Ordenamiento exige únicamente el acuerdo de los contratantes sobre su fijación (arg. ex arts. 1261, 1262 y 1455 CCE), el único precio jurídicamente relevante es el que responde al valor de cambio subjetivo establecido por las partes*”, así lo señala MARTÍN CASALS, M., (1987): *op.cit.* p. 474.

³⁶⁶ Indica MARTÍN PÉREZ, J.A. (1995): *La rescisión del contrato... cit.*, p. 291, que “*aparte del carácter informador que se atribuye a la idea de conmutatividad, son numerosas las voces que conciben la onerosidad inspirada por un principio de equilibrio objetivo entre prestaciones, o entre ventajas y sacrificios, defendiendo que entre el precio que paga el comprador y la cosa que entrega el vendedor debe existir una proporcionalidad en su entidad económica, según la valoración de la conciencia social; y allí donde no se respete esa necesaria correlación económica, se produce un defecto de la causa onerosa que se traduce en una lesión*”.

³⁶⁷ NICOLUSSI, A., (2014): “*Ética del contratto e contratti di durata per l’esistenza della persona*”, en NOGLER, L., y REIFNER, U., (Eds.), *Life Time Contracts. Social Long-term contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, The Hague: Eleven international publishing, pp. 142 y 143.

³⁶⁸ Algunos autores, más recientemente, también se han postulado en contra de la ya clásica teoría de GORDLEY de la “*equality in exchange*”; así, SAPRAI, P., (2012): “*Against Equality in Exchange*”, *King’s Law Journal* 71-95, pp. 71 y sig., señala que la equivalencia entre las prestaciones no preserva una justa distribución de los recursos sino que refuerza el *status quo*, sea cual sea; además también rebate el argumento de Smith, quien considera la falta de equivalencia entre las prestaciones intercambiadas cuando el contrato se ha celebrado por un “*abnormal price*”, un precio desviado de las expectativas y que daña la habilidad de las personas para planear su vida. SAPRAI argumenta que “*if one buys something knowing that one is paying way over the odds, how can it possibly be said that the abnormal price defeats one’s expectation?*” (p. 80).

identifica con lo acordado por ambos contratantes³⁶⁹. No existe, en línea de principio, un control objetivo sobre el valor del intercambio operado por las partes³⁷⁰.

Así, ello se refleja en el enfoque liberal latente en el Código civil español³⁷¹ que eliminó la figura de la lesión en el proyecto de 1851³⁷²: observamos, pues, una indiferencia del ordenamiento jurídico hacia la justicia en el precio³⁷³, distinto de

³⁶⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., (1994): *op.cit.*, p. 60: “En esta perspectiva, por tanto, la justicia contractual se obtiene como consecuencia de la negociación entre dos personas libres e iguales, obrando cada una de ellas en defensa de sus propios intereses, y de la voluntad de obligarse en la forma acordada por ellas, manifestada en el contrato. A partir de ahí, el papel del Estado debe limitarse a respaldar tanto la eficacia de dicho contrato, como su cumplimiento, si fuera preciso. De donde se deriva, a su vez, la contemplación del principio *pacta sunt servanda* como la clave de bóveda del sistema contractual, y la atribución al mismo de carácter absoluto”.

³⁷⁰ VOLPE, F., (1999): “I Principi Unidroit e l’eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross disparity)”, *Rivista di Diritto Privato* nº1/99, p. 44: “Il principio moderno dellà libertà o autonomia contrattuale (*freedom of contract*), si basa sul postulato che il contratto sia il risultato dell’accordo delle volontà delle parti le quali sono liberle non solo di concluderlo, ma anche di determinarne il contenuto, in funzione dei propri interessi, senza che possa avere rilevanza giuridica alcun controllo esterno dello scambio, sotto forma di intervento dell’autorità giudiziaria o del legislatore, diretti a tutelari gli interessi del contraente più debole o prevenire che un interesse pubblico, meritevole di tutela, venga compromesso dal dispiegarsi di una vicenda giuridica privata”.

³⁷¹ El Proyecto de Código civil de 1851, que excluyó la lesión, fundamenta su decisión en la difícil compaginación entre los principios de la ética material en los que se basa el remedio de la l.u.d, como recurso contra la falta de equivalencia objetiva de las prestaciones en el momento de la celebración del contrato, y el ideario que establece como objetivo la dinamización social en beneficio de una clase ascendente, MARTÍN CASALS, M., (1984): *op.cit.*, p.95: “l’adopció del remei d’una manera àmplia suposaria un perill contra l’estabilitat dels contractes i contra la seguretat de la propietat”.

³⁷² Fue mérito de García Goyena el rechazo a la admisión de la lesión como régimen de ineficacia para todos los contratos, quedando la institución reducida a los tres supuestos del art. 1165, cfr. GARCÍA GOYENA, F.D., (1974): *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza: Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, pp. 618- 622. El abandono de la tradición rescisoria se justificaba en la “autoridad de los códigos extranjeros”. La unidad conceptual de la figura en el *ius commune* había desaparecido, y factores como el error o el estado de necesidad empiezan a utilizarse como fundamento de la figura, lo que provoca una gran variedad de regulaciones en los Códigos que mantienen la lesión. El Proyecto de 1851 presenta la variedad de regulaciones como un argumento en contra de la conservación de la institución, véase MARTÍN CASALS, M., (1984): *op.cit.*, p. 91. Sin embargo, el Proyecto de 1836 la admitía (en exclusiva para el vendedor y según lo que se desprende de la Exposición de motivos, parece que debía estar motivada por alguna situación de necesidad del vendedor que se veía obligado a vender) como se describe en LASO GAITE, J.F. (1979): *Crónica de la codificación española*, vol. II, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, pp. 102-104, donde se establece la necesidad de equivalencia entre “el precio y la cosa vendida”, “si hay lesión enorme, es decir, si no hay equilibrio entre la cosa y el precio, el contrato carece de causa razonable, al menos para uno de los interesados”.

³⁷³ Bastará con proteger la libertad de ambos intervinientes frente a los vicios que puedan afectarla, véase MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., (1994): *op.cit. loc.cit.*, p. 61.

lo que se deriva del planteamiento de los arts. 321 y sig de la CDCC³⁷⁴ y del art. 621-46 CCCat, así como en las Leyes 499 y sig. del Fuero Nuevo navarro³⁷⁵³⁷⁶.

Si bien, como hemos visto, la rescisión por lesión decae en el Código civil³⁷⁷, otras instituciones permanecen como figuras de equidad y justicia

³⁷⁴ La figura de la rescisión por lesión del art. 321 CDCC entronca con el C.4,44.2 sin haber pasado por la revolución liberal, conecta con la tradición medieval que extiende el ámbito de aplicación de la rescisión justiniana, configurando el equilibrio de las prestaciones, con un cincuenta por ciento de margen, como un elemento esencial del contrato. La institución de la rescisión por lesión en la Compilación catalana se ha mantenido con un fundamento puramente objetivo. Así lo ha señalado MARTÍN CASALS, M., (1987): “Comentarios a los artículos 321-325 de la Compilación catalana” en ALBALADEJO, M., (Dir.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid: EDERSA, pp. 497 y 498: “*en resumen, el fundamento de la lesión ultra dimidium en la Compilación catalana es puramente objetivo. La institución actúa como norma causal de la onerosidad, distinta a la del Código civil, que exige, además de la recíproca causalidad de prestaciones, la observancia de una equivalencia económica no inferior a la mitad del justo precio. La presencia de una l.u.d. en un contrato ocasiona un defecto o vicio de la causa onerosa. Dado que ésta exige un mínimo de equivalencia no inferior a la mitad del justo precio, cuando no se alcance ese mínimo estará viciada. Como ha señalado la doctrina más autorizada, no puede objetarse a esta postura que las anomalías causales contempladas en el Código civil (cfr. arts. 1275, 1276, 1305 y 1306) provocan la nulidad del contrato. Esas anomalías provienen de la ausencia de causa (art. 1275 CCE, inexistencia; art. 1276 CCE, falsedad) o del choque frontal de las causas previstas con el ordenamiento (art. 1275 del CCE., causa ilícita; arts. 1305 y 1306, causa torpe), pero no está contemplado en el Código civil un supuesto parecido a la rescisión por l.u.d., ya que en el artículo 1291.1º. y 2º, del CCE – que procede de la restitutio in integrum de los menores- lo que se protege es el interés de quien ha contratado (ausente o sometido a tutela) por medio de un representante legal sin poder hacerlo personalmente y por ello desde un punto de vista subjetivo. El resultado es que en el Código civil la rescisión por lesión – restitutio in integrum minorum que tiene como presupuesto una lesión, no rescisión por l.u.d.- sólo se admite combinada con la deficiente gestión de intereses ajenos y en cuanto remedio a la misma, mientras que en la Compilación, si la lesión es ultra dimidium, por sí misma, provoca en un contrato que tiene causa y si ésta es onerosa, un vicio causal que no ocasiona la nulidad, sino otro tipo de ineficacia, la rescindibilidad, dado que ese vicio, por su naturaleza –falta de equivalencia mínima requerida- es perfectamente subsanable”. Véase, también, ROCA SASTRE, R.M., (2009), “La lesión *ultra dimidium* y las alteraciones del valor de la moneda”, *Estudios de Derecho Privado* (reimpresión de la edición de 1948), Vol I, p. 261 y SALVADOR CODERCH, P., (1975): *op.cit.*, pp. 599 y sig y ABRIL CAMPOY, J.M., (2003): *La rescisión del contrato por lesión: enfoque doctrinal y jurisprudencial*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 108 y sig.*

³⁷⁵ La figura de la lesión enorme de los Fueros navarros bebe de una concepción subjetivista, a través de la introducción de los requisitos subjetivos de la apremiante necesidad o inexperiencia, cfr. SABATER BAYLER, E., (2002): “Capítulo III. De la rescisión por lesión” en RUBIO TORRANO, E., ARCOS VIEIRA, M^a L., (2002): *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil Foral de Navarra*, Pamplona: Aranzadi, pp. 1690 y sig.

³⁷⁶ Y como ocurre también, por ejemplo, en los §934 y 935 del Código civil austríaco que permiten rescindir aquellos contratos lesivos en más de la mitad del precio justo.

³⁷⁷ Véase CARO GRANADA, R., (2013): “En la secular búsqueda europea de un paradigma de justicia contractual: el enfoque de justicia relacional”, en SÁNCHEZ LORENZO, S., (2013): *Derecho contractual comparado. Una perspectiva Europea y transnacional*, Pamplona: Civitas Thomson Aranzadi, 2ª Ed., p. 69.

contractual³⁷⁸³⁷⁹. Como señala MARTÍN PÉREZ, “*el problema del equilibrio contractual no se reduce a la equivalencia entre valores de las prestaciones, sino que abarca una multiplicidad de situaciones y circunstancias que inciden sobre el contenido del contrato*”³⁸⁰ [véase, por ejemplo, la construcción de la *Drittwirkung* (Capítulo I, §1.3.1), el principio general de la buena fe³⁸¹ o el criterio de la razonabilidad³⁸² (Capítulo I, §1.3.2)].

Es decir, a pesar de que la prohibición general de la rescisión por lesión en el ordenamiento civil español (art. 1293 CCE) conlleve que la equivalencia de las prestaciones no pueda lograrse a través del control del sinalagma, ello no impide que, el control del contenido del contrato no se obtenga de otras formas (por ejemplo, a través de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores).

³⁷⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., (1985): *El Negocio Jurídico*, Madrid: Civitas, p. 16: “*algunas figuras nacidas al amparo de los principios de justicia o equidad han desaparecido o están en decadencia (justo precio, rescisión por lesión, grave desigualdad social), pero otras se han conservado o han renacido y con creciente energía en los últimos años (potenciación de la buena fe, condena del fraude y del abuso del derecho, responsabilidad objetiva y por actos propios, cláusula rebus sic stantibus, equivalencia de prestaciones, motivos incorporados a la causa, presunciones de abandono de derecho). Tendencia moralizadora del Derecho, que viene sirviendo de freno o contrapeso a las llamadas direcciones “puras” de la doctrina*”.

³⁷⁹ MAZEAUD, D., (2003) : « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin? » En JAMIN, C., MAZEAUD, D., (Dir.): *La nouvelle crise du contrat*, Paris: Dalloz, p. 135 y sig.

³⁸⁰ MARTÍN PÉREZ, J.A. (1995): *La rescisión del contrato... cit.*, p. 35.

³⁸¹ Señalando la buena fe como instrumento reequilibrador de la economía del contrato, cfr. ROLLI, R., (2008): *Causa in astratto e causa in concreto*, Verona: CEDAM, pp. 190-91. Véase también, SPADAFORA, A., (2005): *La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede. Prospettive di diritto privato europeo*, Milano: Guiffrè, p. 61 y sig. Así, señala RIPERT, G., (1949) : *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris : LGDJ, p.117-118, que “*la bonne foi est l'un des moyens utilisés par le législateur et les tribunaux pour faire pénétrer la règle morale dans le droit positif* ». La conciliación entre la autonomía de la voluntad, la libertad contractual y la buena fe permite presumir que el contrato es justo; la constatación de un desequilibrio excesivo entre las prestaciones puede romper esta presunción, GHESTIN, J. (1988): *Traité de Droit Civil... cit.*, p. 205. Por otro lado, como señala CARO GRANADA, R., (2013): “En la secular búsqueda europea de un paradigma de justicia contractual: el enfoque de justicia relacional... *cit.*, p. 75, el fenómeno de la contratación en masa propio del siglo XX ayudó a cambiar la configuración del contrato, y, por ello, a causa de una estandarización propia del laboralismo, la intervención pública devino necesaria. En este contexto, “*las leyes contemplan cada vez más normas imperativas sustraídas a la voluntad de las partes, que otorgan poderes de desistimiento a la parte débil, que declaran nulas las cláusulas abusivas y permiten a los tribunales revisar las cláusulas manifiestamente incompatibles con la buena fe*”.

³⁸² TORRELLES TORREA, E., (2017): “El criterio de la razonabilidad. Un elemento reequilibrador del contrato”, en GRAMUNT FOMBUENA, M., FLORENSA I TOMÀS, C.E., (Eds.) (2017): *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Madrid: Dykinson, p. 180 y sig; TOMÁS MARTÍNEZ, G., (2015): “La sustitución del “buen padre de familia” por el estándar de la “persona razonable”: reforma en Francia y valoración de su alcance, *Revista de Derecho civil*, vol II, núm. I, p. 90. Véase lo señalado en el Capítulo I, §1.3.2.

La justicia contractual se ha expresado en la búsqueda del equilibrio de las prestaciones de las partes a través de distintos instrumentos, que durante la época liberal fueron relegados³⁸³. El equilibrio entre las prestaciones intercambiadas por las partes denota la preocupación por un Derecho privado marcadamente social, alejado de postulados liberales propios de los códigos decimonónicos³⁸⁴ (véase Capítulo I). La autonomía contractual pierde el rol central, incapaz de dar respuestas a las exigencias que derivan de la justicia contractual. El abandono del concepto decimonónico de contrato supuso, a su vez, una crisis del propio contrato³⁸⁵. Así, sobre todo a raíz del segundo cuarto del siglo XX, se produjo una intervención directa del Estado sobre el contenido del contrato, en el área del Derecho laboral. Posteriormente, el Derecho de consumo también surgió como un ejemplo de este dirigismo contractual, en aras de proteger a la parte débil de la relación jurídica. Este paternalismo cuestiona la compatibilización de estas normas protectoras con el reconocimiento de la autonomía privada como exigencia de la propia condición de la persona y motor de la iniciativa económica³⁸⁶.

El objeto de estudio de este capítulo es la rescisión por lesión como instrumento que incide en el control del contenido del contrato como institución que debemos relacionar con la que constituye propiamente el objeto de nuestra investigación: la ventaja injusta. Ello nos permitirá valorar si tiene sentido o no una coexistencia de ambas figuras en un mismo ordenamiento como el catalán, según la opción incorporada por el Libro Sexto del CCCat.

Para ello debemos introducir la doctrina de la causa, que se ha relacionado, tradicionalmente con el equilibrio económico del contrato.

2.1.1. Causa de la obligación y causa negocial

El concepto de causa que trabajaremos es el relativo al sentido impropio del término “causa”.

³⁸³ CARO GRANADA, R., (2013): “En la secular búsqueda europea de un paradigma de justicia contractual: el enfoque de justicia relacional... *cit.*, p. 80.

³⁸⁴ EICHENHOFER, E., (1997): “L'utilizzazione del diritto privato per scopi di politica sociale”, *Rivista di Diritto Civile*, n°2, marzo-aprile, pp. 193-213.

³⁸⁵ GILMORE, G., (1974): *The Death of contract*, Columbus: Ohio State University, Press.

³⁸⁶ DE ELIZALDE DE IBARBIA, F., (2015): *El Contenido del contrato*, Pamplona: Aranzadi, p. 41.

En sentido propio, hablamos de causa de la obligación o *causa civilis obligandi*. Es un elemento del contrato sobre el que ha de recaer el consentimiento (ex arts. 1261.3 y 1262.1 CCE). GETE señala que, en efecto, el contrato es un instrumento productor de obligaciones que divide su estructura en consentimiento, objeto y causa. La sola idea filosófica del consentimiento y función no basta, sino que ha de existir algo que fundamente la obligación nacida³⁸⁷. Este fundamento será un elemento a parte del consentimiento. Para los contratos onerosos, GETE habla de la existencia de dos causas (que son un desarrollo de la *causa civilis obligandi* de los contratos innominados³⁸⁸): prestación (*datio vel factum*) y promesa (*datio vel factum*).

LLÁCER señala expresivamente que en los contratos onerosos la prestación o promesa de cada una de las partes encuentra su fundamento en la prestación o promesa de la otra mientras que en los negocios gratuitos, como hemos indicado, la causa de la prestación se halla en la propia liberalidad de quien la realiza³⁸⁹.

En sentido impropio aludiremos al término de causa negocial: la manera en que se desarrolla una función económica que se atribuye al contrato como figura global, o sea a lo general³⁹⁰.

La importancia de la causa negocial³⁹¹ se detiene en la realización de la función económica contractual que se prevé en su concepto y en su funcionamiento. Es

³⁸⁷ GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., (1979): *Estructura y función del tipo contractual... cit.*, p. 480.

³⁸⁸ Señala DE CASTRO Y BRAVO, F., (1985): *El Negocio Jurídico... cit.*, pp. 169-170 que, según la doctrina de los civilistas, los contratos con nombre legal (nominados) se estiman vestidos, porque en ellos se contiene ya su peculiar causa ("*causa agens in ipso pacto vestito*") al darles la ley "*formam et nomen*" (Bártolo). En sentido opuesto, los pactos desnudos no originan obligaciones ("*nuda pactio obligationem non parit*") ni los convenios sin causa crean obligaciones ("*cum nulla subest causa propter conventionem, hic constant non posse constitui obligationem*"). La expresión romana de pacto desnudo significa que se exige un "*vestis pactorum*" para que sea eficaz jurídicamente. Como tal vestido se considera la causa. Los pactos innominados requieren una causa que los vista; así la cosa ya dada o lo ya hecho será causa suficiente para lo que se dé o para lo que se haga, cfr. Como hemos visto, para los civilistas, los pactos nudos no obligan; ello cambiará con los canonistas ("*pactus nudus obligat*"); de otro lado, éstos potenciarán al máximo el valor de la causa: condenan la usura, consideran rescindibles los contratos en que se sufre lesión o en el que el precio no es justo y condenan los contratos con causa ilícita o inmoral. Se llega a decir que, según el Derecho canónico, el contrato innominado carecerá de causa sin "una prestación equitativa" (Baldo).

³⁸⁹ LLÁCER MATA CÁS, M.R., (1992): *op.cit.*, p. 90.

³⁹⁰ GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., (1979): *Estructura y función del tipo contractual... cit.*, p. 447.

³⁹¹ En relación con la distinción entre causa obligacional y negocial, véase GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., (1979): *Estructura y función del tipo contractual... cit.*, p. 445 y sig.

decir, la relevancia de la causa del contrato (negocial) es fundamentalmente económica. No es algo que está en la estructura sino en la finalidad o función.

En el CCE no encontramos una definición de causa del contrato, sino que su concepto debe predicarse de la sistemática presente en el CCE (la causa de la obligación es el fundamento de su eficacia y la causa del contrato es su función económica)³⁹²³⁹³.

Debemos ahondar, a continuación, en el concepto de causa en sentido impropio: la causa negocial o causa del contrato, que es la causa como función de intercambio entre las prestaciones.

La función económica será, pues, la causa del contrato y servirá para permitir la aplicación de las denominadas normas causales (p. ej, la rescisión por lesión o el saneamiento por vicios ocultos). La finalidad de éstas es tutelar una efectiva realización de dicha función económica. Persiguen, en la medida de lo posible, un cumplimiento exacto de esta función económica. En los contratos onerosos, la causa (entendida como función económica) aspira, pues, a una equivalencia de valores³⁹⁴³⁹⁵, aunque algunos autores subrayan que las transmisiones patrimoniales no han de ser ni necesaria ni objetivamente equivalentes³⁹⁶.

³⁹² *Ibidem*, pp. 526-557. La causa de la obligación se encuentra en el art. 1261.3 CCE, “*causa de la obligación que se establezca*”, y en el 1274 CCE se dice “*se entiende por causa para cada parte contratante*”, y se dice que: contratos onerosos: puede hablarse de la presencia de dos causas: bien la prestación, bien la promesa, pero referidas necesariamente a cada contratante. Luego causa de las obligaciones. Y en los contratos gratuitos hay una sola causa: la liberalidad del bienhechor, bien en dar, bien en recibir o prestar un servicio. Causa, también, de la obligación.

³⁹³ Véase, también la concepción causalística de Domat en DABIN, J. (1929): *La Teoría de la Causa, artículos 1131 a 1135 del Código civil francés y art. 1275 del Código español*, Madrid: Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Serie B, Vol. X., p. 15 y sig. También, DíEZ- PICAZO PONCE DE LEÓN, L., (1963): “El concepto de causa en el negocio jurídico... *cit.*”, p. 9 y sig.

³⁹⁴ GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., (1979): *Estructura y función del tipo contractual... cit.*, p.479.

³⁹⁵ MARTÍN CASALS, M., (1984): *Lesió “ultra dimidium” i equivalència. Naturalesa de la lesió i àmbit d’aplicació... cit.*, p. 211: “*Amb això no es vol dir que aquesta aspiració a l’equivalència econòmic s’identifiqui amb l’aspiració a una igualtat absoluta de valors que, d’altra banda, dependria de les concepcions econòmiques de cada època sobre la teoria del valor i la formació dels preus. L’exigència del resultat d’una igualtat absoluta de valors a la funció econòmica pròpia de la causa onerosa, d’acord amb una determinada teoria del valor, àdhuc en el cas que només fos tendencialment absoluta, es podria sostenir des d’una concepció jurídica teòrica. Però socialment seria impracticable*”, cfr.. También, LLÁCER MATAÇAS, M.R., (1992): *op.cit.*, p. 100.

³⁹⁶ LOPEZ JACOISTE, J.J. (1975): “Sobre la aporía de la equivalencia contractual... *cit.*”, p. 840-41: “*Ello es debido a que con arreglo al Código civil la causa en los contratos onerosos funciona de tal manera que no entran en directo parangón valorativo las prestaciones entre sí. Pues la puntualización causal tiene lugar por referencia a los sujetos otorgantes. Es causa para “cada parte contratante”, la promesa de una cosa o servicio por la otra parte. El consentimiento se consume y detiene, con eficacia creadora del vínculo, sobre el apoyo causal de la prestación del*

Por normas causales, entendemos todos aquellos preceptos que se predicán de la presencia de la onerosidad o gratuidad sin concretar (art. 1274 CCE) y se dirigen a regular el modo en que se lleva a cabo la función económica.

La función económica que describe la causa onerosa presupone, por tanto, la existencia de una determinada estructura negocial que sirve de vehículo para su realización; que la estructura onerosa tiende al resultado económico de su causa típica, por tanto, a la equivalencia económica de las prestaciones, se desprende del art. 1289.1 CCE.

En este sentido se expresa LLÁCER señalando que *“el contrato con estructura negocial onerosa tiende al equilibrio económico de las prestaciones intercambiadas. Si el concepto de onerosidad se corresponde a la vez con la función de intercambio y una determinada proporción entre las prestaciones, el papel llamado a desempeñar por el concepto de onerosidad se amplía notablemente. Así, encontrarían sentido las normas causales, protectoras de la efectiva realización de la función económica del contrato”*³⁹⁷.

Como hemos indicado anteriormente, en los contratos en los que no se da una mínima equivalencia económica (contraprestación *nummus unus*) no se da la causa típica y queda frustrada la finalidad del contrato³⁹⁸³⁹⁹.

No obstante, cabe añadir, que estas normas causales *“no desempeñan una función de salvaguarda del intercambio; intercambio lo hay en los contratos lesivos o cuando la cosa tiene un vicio. El criterio de aplicabilidad (el ser oneroso o gratuito) no puede ser protegido: existe o no existe. (...) La causa está viciada en cuanto no se alcanza el resultado propio de dicha función económica. De ahí*

otro; con lo que desplaza las cuestiones de objetiva comparación cuantitativa entre lo que cada uno da o promete. No acontece, pues, en el seno del esquema causal, comparación entre el contenido objetivo de ambas prestaciones”.

³⁹⁷ LLÁCER MATA CÁS, M.R., (1992): *op.cit.*, p. 100.

³⁹⁸ Ex. art. 1289.1 CCE, norma ubicada en sede de interpretación del contrato, que puede también verse como una aplicación del principio de equivalencia de las prestaciones, porque persigue la interpretación del contrato que suponga una mayor “reciprocidad de intereses”, y reciprocidad de intereses equivaldría a “nivelación o equilibrio de los mismos”, véase MARTÍN PÉREZ, José Antonio (1995): *La rescisión... cit.* p.58.

³⁹⁹ *Ibid*, p. 311; también véase MARTÍN CASALS, M., (1984): *Lesió “ultra dimidium” i equivalència. Naturalesa de la lesió i àmbit d’aplicació... cit.*, p. 211. Por su parte, MARTÍN PÉREZ, J.A., (1995): *La rescisión... cit.* p. 273, se muestra crítico en relación con la reducción de la causa a la reciprocidad de las obligaciones o prestaciones y a la eliminación de toda referencia relativa a la voluntad de las partes.

que se ofrezcan dos vías: poder de impugnación del contrato; y posibilidad de sanar el contrato, haciendo que éste recupere el equilibrio. El contrato es recuperable porque existe como tal (la compraventa sigue siendo típicamente una compraventa, y no una donación). La purga del desequilibrio entre atribuciones es el único medio para eliminar la acción de rescisión: desaparece el vicio de la causa, salvándose el contrato”⁴⁰⁰.

En el CCE, pues, la función de las normas causales no es la preservación del intercambio sino proteger la función económica inmanente a dicho cambio. Por ejemplo, normas tales como las relativas al saneamiento por vicios ocultos constituyen una figura que permite un control arbitrado por el propio ordenamiento, propio de los contratos onerosos para proteger su función económica⁴⁰¹.

Así, el contrato oneroso, aunque contenga prestaciones gravemente desequilibradas (excluyendo, como ya hemos apuntado, los casos de “*nummus unus*” en que la equivalencia económica es irrisoria) es válido en el CCE desde el punto de vista causal, ya que en “*él la prestación del enajenante se justifica jurídicamente con la prestación del adquirente; existe el juego causal típico del contrato oneroso (1261.3 y 1274)*”⁴⁰².

La causa como instrumento de control de la economía del contrato incide, por tanto, en el contenido de éste⁴⁰³. Es, así, un instrumento que podemos caracterizar como propio de la justicia sustantiva. Tradicionalmente, se ha querido dar a la causa un efecto limitador de la autonomía de la voluntad⁴⁰⁴.

⁴⁰⁰ LLÁCER MATA CÁS, M.R., (1992): *op.cit.*, pp. 101-102.

⁴⁰¹ El Código civil de Cataluña, tras la reforma operada por el Libro Sexto (Ley 3/2017, de 15 de febrero, del Libro Sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto) modifica las normas de saneamiento por evicción y vicios ocultos (p. ej, arts. 531-13 CCCat o 464-11 CCCat) sustituyéndolas por un régimen de conformidad (véase los párr.17 a 19 de la exposición de motivos de dicha ley), en la línea marcada por la Directiva 1999/44/CE del Parlamento europeo y del Consejo.

⁴⁰² MARTÍN PÉREZ, J.A., (1995): *La rescisión... cit.* p. 274. Por ello este autor determina que la noción de causa en el CCE “*resulta estéril para resolver problemas como el de la lesión, sirviendo únicamente para verificar la perfección técnica del contrato*”.

⁴⁰³ DE CASTRO Y BRAVO, F., (1985): *El Negocio Jurídico... cit.*, p. 186, señala que la causa se ha ido especializando para delimitar la esfera de la autonomía de la voluntad y evitar así “*que la protección jurídica se ponga al servicio de algo que repugne a la conciencia social*”.

⁴⁰⁴ *Ibidem* p. 182.

En conclusión, el resultado económico derivado del intercambio entre las prestaciones de los contratos onerosos no debe guardar, en línea de principio, una determinada proporción entre sí (a la vista de la exclusión, en general, de la rescisión por lesión en el CCE y la definición de contrato oneroso ex art. 1274 CCE). La realización del equilibrio económico del contrato no es un fin en el ordenamiento jurídico español. Sin embargo, el concepto de onerosidad no puede agotarse en un simple intercambio: el contrato oneroso tiende al equilibrio económico de las prestaciones, permitiendo así la distinción entre contratos onerosos y gratuitos⁴⁰⁵. En tiempos de cambios sociales e ideológicos se exige al legislador posturas que se signifiquen como una interpretación evolutiva o de reajuste del ordenamiento jurídico para adaptarse a las demandas que plantea la sociedad. El patrón liberal del CCE marcado por una igualdad formal y no sustantiva de las prestaciones intercambiadas por las partes en los contratos con causa onerosa debe evolucionar hacia esquemas o paradigmas que permitan un equilibrio significativo del contenido del contrato, sin que ello signifique dejar de lado el principio de la autonomía de la voluntad ex art. 1255 CCE y art. 111-6 CCCat⁴⁰⁶. Normas tales como la ventaja injusta permiten incorporar en el ordenamiento jurídico regulaciones reequilibradoras de la economía del contrato, incidiendo, por tanto, en el contenido, y con el claro objetivo de proteger a la parte débil del mismo.

2.1.2. La “causa in concreto” como instrumento de protección del equilibrio económico del contrato

La doctrina italiana aproxima la noción de *causa in concreto* a una herramienta que permita el equilibrio económico de las prestaciones intercambiadas entre las partes. Así, se distingue entre *causa in astratto* y *causa in concreto*⁴⁰⁷ (sin que ello coincida con las categorías antes mencionadas de causa en sentido propio e impropio).

⁴⁰⁵ MARTÍN PÉREZ, J.A., (1995): *La rescisión... cit.* p. 288.

⁴⁰⁶ LLÁCER MATA CÁS, M.R., (1992): *op.cit.*, p. 104, indica que el juego de la equivalencia de las prestaciones tiene un margen muy reducido en el CCE, porque el sistema no queda cerrado con la existencia de justicia en el precio.

⁴⁰⁷ Especialmente relevante para el estudio de la causa *in concreto* es la obra de ROLLI, R., (2008): *Causa in astratto e causa in concreto*, Verona: CEDAM, pp. 45-246.

La causa *in astratto*⁴⁰⁸ prescinde del contexto negocial; por el contrario, la causa *in concreto* se define en el marco del contrato. En esta línea, la *causa in concreto* tiene que ser entendida como una realización concreta de la función abstracta del contrato, pero sin llegar a identificar la causa con los intereses de los contratantes. Es decir, debe separarse la causa de los motivos⁴⁰⁹. En nuestro contexto, DE CASTRO ha señalado que la llamada causa concreta puede ser útil con el fin de delimitar la causa en su aspecto subjetivo, es decir, “*separar el supuesto de hecho de todo aquello que sea jurídicamente indiferente para caracterizar al negocio*”⁴¹⁰. Lo que determina la noción de causa concreta es una valoración de cada contrato atendiendo al resultado que con él se busca o que con él se hayan propuesto alcanzar las partes negociales⁴¹¹. Vemos, pues, que la causa concreta queda enmarcada dentro de la concepción de la causa en sentido impropio⁴¹².

La causa concreta determina cuál es el resultado del negocio ya que le da un especial sentido respecto a su clasificación causal. La causa, desde un punto de vista estructural, debería ponerse al servicio del juego interno de la operación contractual contemplando, así, la tutela del contratante más débil. El rol de la

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p. 67-70, coincide con la definición de causa en sentido impropio, “*la funzione económico-sociale che típicamente il contratto realizza, esempio paradigmatico nella vendita è lo scambio di cosa con prezzo*” y añade “*non come ragione che astrattamente giustifica ogni contratto appartenente al tipo del contratto in esame (scambio tra cosa e prezzo, se si tratta di vendita); ma come ragione che concretamente giustifica il particolare contratto in esame, alla luce delle specificità rilevanti che lo connotano (lo scambio tra quella cosa e quel prezzo, nel particolare contesto di circostanze e finalità e interessi in cui quelle parti lo hanno programmato). La causa del contratto comprende gli interessi della parte che il contratto deve assicurarle, perché formano la ragione giustificativa del contratto stesso*”. Véase, también, la referencia a la causa concreta en ROPPO, V., (): *Il contratto*, 2ª ed, Milano: Giuffrè editore, pp. 344-345.

⁴⁰⁹ Ello se aprecia claramente en los casos en los que el ordenamiento contempla que los motivos se casualicen, como, por ejemplo, en la donación por razón de matrimonio: el matrimonio no entra dentro de la causa del negocio (que continúa siendo la liberalidad, por oposición a la causa onerosa basada en la idea de contraprestación ex art. 621-46 CCCat) sino que motiva la donación y es precisamente este motivo subjetivo el que tiene relevancia jurídica, ya que se convierte en un elemento de tipicidad negocial. Los motivos se incorporan a la causa liberal, *cfr.* BARRAL VIÑAS, I., (2004): “Base del negoci i motiu causalitzats: la configuració de la donació per raó de matrimoni”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 103, nº2, p. 335: “(...) *la celebració d'un matrimoni concret amb persona certa és un motiu subjectiu que passa a ésser causalitzat i la voluntat de donar es modifica per la necessitat de que el donatari contregui un matrimoni determinat*”. Véase también los casos de nulidad de las disposiciones testamentarias cuando se otorgan por error en los motivos, cuando resulte que el testador no lo habría otorgado si se hubiese dado cuenta del error, ex art. 422-2.1 CCCat.

⁴¹⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F., (1985): *El Negocio Jurídico... cit.*, p. 228.

⁴¹¹ DÍEZ – PICAZO PONCE DE LEÓN, L., (2007) *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Vol. Primero. Introducción teoría del contrato*, 6ª Ed., Cizur menor: Thomson Civitas, p. 275

⁴¹² Véase *supra* §2.1.1.

autonomía privada inserta una actividad individual en el ordenamiento jurídico, que es *per se* un elemento de toda la estructura social. Por tanto, el respeto a las partes contratantes realiza un interés del propio ordenamiento jurídico. La función controladora de la causa no puede limitarse a un mero examen de la ilicitud de ésta (ex art. 1175 CCE). Debe aspirarse a un equilibrio entre el control sustantivo del contenido del contrato y las directivas propias del ordenamiento jurídico. Emerge, así, la causa concreta, separada de la noción de causa ilícita, como elemento que puede conducir a controlar la autonomía negocial, haciendo relevantes los intereses de las partes contratantes⁴¹³. ROLLI señala que (...) *della causa in concreto possa essere utilizzato al fine di un controllo sostanziale del contratto per apprestare tutela al valore della giustizia contrattuale e per fornire un criterio di valutazione della congruenza del regolamento contrattuale, essendo evidente che la mancanza di causa, nella prospettiva della causa concreta, immette súbito nel tema dell'adeguatezza el corrispettivo*⁴¹⁴.

El impacto del positivismo jurídico que refuerza la autonomía de la voluntad da un paso atrás en pro de un derecho más sensible a las partes y menos acorde con el corte liberal. Una vuelta a un iusnaturalismo rebajado (“*una sorte di neogiusnaturalismo, creatrice di nuove figure giuridiche, di inedite mediazione degli interesse in gioco*”) permite tamizar la idea doctrinal de *qui dit contractuel, dit juste*⁴¹⁵.

La relación entre el equilibrio económico del contrato y la causa *in concreto* se detalla en que ésta actúa: a) como un mecanismo de control de la autonomía de la voluntad; b) como una herramienta que permite ejercer un control sobre el contenido del contrato; c) como recurso para controlar el equilibrio entre las prestaciones intercambiadas.

La causa, a la luz del ordenamiento jurídico actual, unida a criterios como el de la buena fe o el de la razonabilidad (criterio objetivo que funciona como un estándar para conservar el equilibrio de los intereses en conflicto) sirve para la

⁴¹³ ROLLI, R., (2008): *Causa in astratto e causa in concreto... cit.*, pp. 152-153.

⁴¹⁴ *Ibidem* p. 152-154.

⁴¹⁵ Axioma de FOUILLÉ, citado por MARTÍN PÉREZ, J.A. (1995): *La rescisión del contrato... cit.*, p. 26.

consideración del equilibrio a la luz de todas las circunstancias relevantes. Permite, pues, un control del contenido del contrato.

Sin embargo, recientemente, el *Code*, en la reforma del derecho de contratos francés, omite cualquier referencia a la causa en la conceptualización del contrato (art. 1128 *Code*, modificado por la Ordenanza nº2016-131, de 10 de febrero que reforma el derecho de contratos y obligaciones) en la línea seguida por el Derecho contractual europeo⁴¹⁶. En las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo se ha ido abandonando el recurso a la causa⁴¹⁷, y se han otorgado las funciones tradicionales de ésta a otros instrumentos tales como la *gross disparity* o la *hardship* así como principios generales como la buena fe y la razonabilidad⁴¹⁸. Por ejemplo, el art. II.-4:101 del DCFR establece cuáles son los requisitos para la celebración de un contrato: *El contrato se celebra, sin más requisitos, cuando las partes: a) tienen intención de establecer una relación jurídica vinculante o producir cualquier otro efecto jurídico, y b) alcanzan un acuerdo suficiente*, subrayando los comentarios oficiales que no se necesita causa o *consideration*⁴¹⁹ y que alguna de las funciones residuales que éstas puedan cumplir (p.ej, prevenir de contratos altamente desequilibrados) las realizan otras figuras como la explotación injusta ex art. II.-7:207 DCFR⁴²⁰. Sin embargo, según FERRI, este vacío causal es más aparente que real⁴²¹⁴²².

⁴¹⁶ Véase, por ejemplo, el art. 3.1.2 de los Principios UNIDROIT 2010 que establece la validez del mero acuerdo. En un mismo sentido, el art. 2:101 de los PECL o el art. II.-4:101 del DCFR.

⁴¹⁷ LUNA SERRANO, A., (2010): "Hacia el abandono de la mención de la causa en la confirmación definitiva del contrato", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 2, nº2, pp. 140-148.

⁴¹⁸ ROLLI, R., (2008): *Causa in astratto e causa in concreto... cit.*, p. 142.

⁴¹⁹ En el *Common Law*, para que un acuerdo sea jurídicamente exigible es necesaria la existencia de la denominada *consideration* o, en los casos en los que no exista ésta, se requiere la presencia de una forma determinada para que la promesa sea vinculante (*deed*). En este sentido, se ha establecido que el formalismo proporciona efectos jurídicos a un acto que, en principio, no tiene valor para el Derecho, cfr. SÁNCHEZ LERÍA, R., (2014): "Los requisitos para la perfección del contrato en el moderno Derecho contractual europeo (especial consideración a la desaparición de la causa)", *InDret*, p. 16.

⁴²⁰ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) VON BAR, C., CLIVE, E., (2009): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. DCFR Full Edition*, Munich: sellier. European law publishers, p. 265.

⁴²¹ FERRI, G.B., (2002). "L'invisible presenza della causa del contratto", *Europea e Diritto Privato*, Vol. I, p. 906.

⁴²² En el contexto francés, en contra de la supuesta desaparición de la causa en la reforma del *Code*, véase Vv.AA., (2017): "La Cause a-t-elle réellement disparu du Droit français des Contrats? *European Review of Contract Law*, Vol. 13(4), pp. 418-430.

En conclusión, superada la concepción rígida de la autonomía de la voluntad propia del liberalismo, emerge una sensibilidad por el equilibrio contractual propia de un derecho privado que toma en consideración los intereses de ambas partes en el contrato y que se materializa en la concepción de la *causa in concreto*⁴²³.

2.2. La causa onerosa como instrumento de reequilibrio del contrato en el Derecho civil catalán

Como ya hemos venido diciendo, la exclusión de la lesión con carácter general en el CCE evidencia que el principio de equivalencia de las prestaciones queda al margen del ordenamiento civil español⁴²⁴, a pesar de las puntualizaciones hechas por la doctrina. El único vicio relevante en el precio en el CCE será aquel que venga causado por un vicio en el consentimiento (error, violencia, intimidación y dolo, ex. arts. 1265 y sig CCE)⁴²⁵. Así, la no consideración de la equivalencia entre las prestaciones en el CCE (ausencia de lesión en más de la mitad) conlleva que la falta de resultado económico que adquiere relevancia jurídica en el Código sea, sólo, su inexistencia absoluta, que provocaría la destrucción de la estructura negocial onerosa por falta de contraprestación y de su causa típica (en la función de intercambio recíproco)⁴²⁶. Existen, asimismo, otras instituciones que inciden en el control del sinalagma (como son las

⁴²³ “*Ed emerge che la causa in concreto può mettere capo ad un giudizio sul merito degli interessi come valutazione non coincidente con l’area della causa illecita che, pertanto, si presta a realizzare altri controlli sugli atti dell’autonomia contrattuale*”, cfr. ROLLI, R., (2008): *Causa in astratto e causa in concreto... cit.*, p. 151.

⁴²⁴ GARCÍA GOYENA, F.D., (1852): *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español... cit.*, pp. 77 y sig.

⁴²⁵ SALVADOR CODERCH, P., (1975): *op.cit.*, p. 606. Recientemente, algunos autores, en la senda que ha seguido el legislador francés (el art. 1143 del *Code* regula la violencia económica como resultado de un abuso del estado de necesidad de una de las partes por la otra parte contratante) han proclamado la idea de reconsiderar la violencia económica como un vicio del consentimiento, cfr. BOSCH CAPDEVILA, E., (2009): “Estado de necesidad y consentimiento contractual. ¿Una reinterpretación de los conceptos de violencia e intimidación como vicios del consentimiento a la luz del Derecho contractual europeo y comparado?”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año 85, nº711, pp.72; lo veremos más adelante en el Capítulo III, §2.1.).

⁴²⁶ MARTÍN CASALS, M., (1984): *Lesió “ultra dimidium” i equivalència. Naturalesa de la lesió i àmbit d’aplicació... cit.*, p. 243.

cláusulas abusivas en los contratos con consumidores o la institución de la usura⁴²⁷).

El CCE sitúa la lesión general en la validez/rescindibilidad de los contratos (art. 1293), considerando, así, la causa onerosa o gratuita como requisito de validez de la existencia del contrato (Cap. II, Título II, Libro Cuarto, art. 1261.3) y su falta como causa de ineficacia/nulidad (arts. 1275 y 6). Como conclusión, señala BADOSA, en el CCE la lesión no es un vicio de la causa onerosa y, por tanto, tampoco no lo es del contrato que se mantiene válido⁴²⁸.

Sin embargo, la existencia en el ordenamiento jurídico catalán de la *laesio ultra dimidium* obliga a construir una noción de onerosidad distinta de la que late en el CCE⁴²⁹. En el ordenamiento jurídico catalán sí que es relevante una equivalencia objetiva entre las prestaciones: la causa onerosa en el Derecho catalán tiene un elemento del que carece el CCE, la necesaria correlación económica de prestaciones que configuran el núcleo central de la causa onerosa.

En el ordenamiento civil catalán, como veremos más adelante, los contratos onerosos que versen sobre bienes inmuebles (y muebles en la nueva regulación del Libro Sexto) reposan en una noción de onerosidad sustantiva y no meramente formal, que persigue un control de la operación económica que pretenden las partes. Así, por tanto, la noción de onerosidad de ambos códigos es distinta. No se puede pretender una homogeneización del concepto de causa onerosa en el CCE, el CCCat o la CDCC⁴³⁰.

⁴²⁷ Véase *infra*, en este mismo Capítulo, §4.2.

⁴²⁸ BADOSA COLL, F., (2014-2016): “L’avantatge injust. El contractant feble i la seva protecció” ... *cit.*, p. 418.

⁴²⁹ Asimismo, si no se ponen límites a la desproporción en el intercambio, entonces las categorías de onerosidad o gratuidad quedan reducidas a nociones puramente formales, dependientes de la voluntad de las partes, cfr. MARTÍN PÉREZ, J.A., (1995): *La rescisión...* *cit.*, p. 291. En sentido similar, ROCA TRIAS, E., PUIG FERRIOL, L.I. (1982): *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, Barcelona: Bosch, p. 7; ABRIL CAMPOY, J.M., (2003): *La rescisión del contrato por lesión. Enfoque doctrinal y jurisprudencial...* *cit.*, p. 198. En sentido similar, MARTÍN CASALS, M., (2000): “Perspectives de futur de la rescissió per lesió *ultra dimidium*” en ÀREA DE DRET CIVIL (Coord.): *El futur del Dret patrimonial de Catalunya. Materials de les Desenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 172-173.

⁴³⁰ SALVADOR CODERCH, P., (1975): *op.cit.*, p. 607.

En este sentido, “*explícitamente se constata que en la Compilación (y también en el Libro Sexto) la noción de contrato oneroso que recae sobre bienes inmuebles apela la alusión a una regla... que no existe en el Código*”⁴³¹.

La rescisión por lesión es, pues, un mecanismo a través del cual se desarrolla la función de la causa (negocial) onerosa, que reside en un intercambio y en una determinada proporción entre las prestaciones. No podemos negar, por ello, que la proporción entre las prestaciones intercambiadas por las partes constituye, en el ordenamiento jurídico catalán, un requisito de los contratos con causa onerosa⁴³². La causa es el principio objetivo y cuantitativo que introduce un mínimo de proporcionalidad equivalente (no una estricta adecuación del valor de las prestaciones) en los contratos con causa onerosa⁴³³⁴³⁴. Deviene necesario

⁴³¹ *Idem*, en el CCE, indica SALVADOR, “*sería arbitrario que un contratante pretendiera destruir el contrato basándose en la lesión, porque lo haría por razones de oportunidad y no de legalidad. Allí una alegación semejante sería arbitraria simplemente porque no existe una norma como el art. 323,1 de la Comp.: el contratante con controlaría efectivamente la legalidad del contrato, pero este razonamiento no puede trasladarse a la Compilación*”.

⁴³² MIRABELLI, G., (1962): *La rescissione del contratto*, 2ª ed, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, p. 68.

⁴³³ Desde esta perspectiva, el concepto de causa absorbe el de la lesión, cfr. PEROT-MOREL, M.A (1961): *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, París : Librairie Dalloz, pp. 242-43: « *la cause n'est donc pas autre chose, en définitive, que la valeur d'échange d'une prestation. L'obligation est créée par un déplacement de valeur d'un patrimoine à un autre, et le montant de cette valeur ainsi déplacée fixe exactement l'étendue de l'obligation. La lésion n'a plus ainsi aucune raison de demeurer un concept autonome, elle est entièrement absorbée par la notion de cause qui est dès lors en mesure de remédier à tout déséquilibre des obligations* ».

⁴³⁴ Sin embargo, BADOSA COLL, F., (1968): “Rescisión por lesión. Carácter de la acción de rescisión por lesión en la compilación catalana. Ejercicio de la acción de rescisión por uno de los coherederos del enajenante”, *Revista Jurídica de Cataluña*, enero-marzo, núm.1, pp. 88-89, no considera la rescisión como un defecto de la causa onerosa, sino que señala como elemento para fundamentar dicha lesión la ausencia de ánimo liberal. Se rescinde el negocio oneroso porque el enriquecimiento que produce no responde a una intención liberal. En realidad, el enajenante no quiere el enriquecimiento que experimenta el adquirente. BADOSA no admite que la teoría objetiva pueda fundamentar la lesión *ultra dimidium* por dos motivos: el primero, porque no tiene en cuenta la exclusión del negocio mixto del ámbito de la rescindibilidad. En otras palabras, el fundamento objetivo es incompatible con el art. 321 CDCC (“*no procederá esta acción rescisoria en las compraventas o enajenaciones hechas... por el deseo de liberalidad del enajenante*”). De la excepción del 321 CDCC se deduce que el negocio oneroso rescindible se caracteriza institucionalmente por su carencia de “*animus donandi*”. Así, tenemos que este negocio oneroso cuando sus prestaciones no son equivalentes desde un punto de vista del valor, produce simultánea y necesariamente una pérdida para el vendedor y un enriquecimiento para el comprador. El art. 321 CDCC carece de *animus donandi*; por tanto, la rescisión sólo operará cuando el negocio típicamente oneroso vaya acompañado de la ausencia de *animus donandi*. El segundo, la teoría objetiva puede conducir a la violación del art. 1265 CCE: si basta alegar el desequilibrio objetivo de las prestaciones, para proceder a la rescisión, es evidente que se puede violar el art. 1256 CCE, permitiendo la rescisión, como lesivo, de un negocio mixto. En este sentido, ANDREU RAMI, X., (1974): “Fundamento de la rescisión por lesión en las compilaciones del Derecho civil de Navarra y Cataluña”, *Revista Jurídica de Cataluña*, p. 641. coincide con BADOSA en determinar que en el CDCC el fundamento de la rescisión por lesión se halla en la falta de un ánimo liberal correlativo al enriquecimiento experimentado por el adquirente; y que el

una regla que establezca la medida de la desproporción admisible entre el precio justo (o de mercado) y el precio lesivo⁴³⁵.

En los negocios en que se produce una lesión respecto al valor de las cosas existe (en el ordenamiento catalán), pues, un vicio de la causa (arts. 1074 y 1291 CCE, art. 321 CDCC y 621-46 CCCat)⁴³⁶.

El derecho catalán mantiene, así, una concepción de la causa onerosa distinta a la que se establece en el art. 1274 CCE: como ya hemos indicado, la exclusión, en general, de la rescisión por lesión del CCE indica que la equivalencia de las prestaciones no queda integrada en la causa onerosa que se desprende del art. 1274 CCE⁴³⁷.

En atención a todo lo ya expuesto, conviene estudiar la figura rescisoria presente en el ordenamiento jurídico catalán. Cabe señalar, sin embargo, que no entraremos en detalle en el estudio histórico de la figura ya que dicho estudio ya se ha llevado a cabo de forma exhaustiva por la doctrina más autorizada⁴³⁸.

desequilibrio de las prestaciones en la proporción marcada por la Compilación es el requisito necesario para su ejercicio, p. 641.

⁴³⁵ RIPERT, G., (1949) : *La règle morale dans les obligations civiles... cit.*, p. 119.

⁴³⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F., (1985): *El Negocio Jurídico... cit.*, p. 241. POTHIER considera que la lesión es un vicio que se puede encontrar en los contratos, cfr. POTHIER, R.J., (1974): *Traité des obligations*, Vol I et II, Barcelona: Banchs editor, p. 91.

⁴³⁷ ABRIL CAMPOY, J.M., (2003): *La rescisión del contrato por lesión. Enfoque doctrinal y jurisprudencial ... cit.* pp. 109 y sig. Indica el autor que "la causa onerosa en un contrato desequilibrado existe, lo que sucede es que la misma presenta una anomalía o un defecto desde su génesis y con base precisamente en esa anomalía genética, que no ocasiona la invalidez, se permite que el enajenante lesionado pueda promover la ineficacia del negocio oneroso perfeccionado".

⁴³⁸ MARTÍN CASALS, M., (1984): *Lesió "ultra dimidium" i equivalència. Naturalesa de la lesió i àmbit d'aplicació... cit.*, pp. 32 y sig.

3. LA RESCISIÓN POR LESIÓN CATALANA Y LA RESTITUCIÓN DE LA JUSTICIA CONTRACTUAL

El art. 321 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña, incorporada por el Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, regulaba la institución de la rescisión por lesión hasta el pasado 1 de enero de 2018 en el que la norma fue sustituida por el actual art. 621-46 CCCat⁴³⁹. Este instrumento, propio del derecho catalán, permite una protección de la parte débil del *iter* contractual. Así, el artículo 321 CDCC establecía la posibilidad de rescindir aquellos contratos onerosos, relativos a bienes inmuebles, en que el enajenante haya sufrido una lesión en más de la mitad del precio justo⁴⁴⁰. Esta lesión es el dato objetivo suficiente para

⁴³⁹ La disposición final novena de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto el Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto (DOGC núm. 7314-22.2.2017) estableció que dicha ley entrara en vigor el 1 de enero de 2018, a excepción de los apartados primero de la disposición final segunda, el apartado undécimo de la disposición final cuarta y la disposición final sexta, que ya entraron en vigor el 1 de marzo de 2017. Posteriormente, el presidente del Gobierno español promovió un recurso de inconstitucionalidad contra una parte del articulado del Libro Sexto, que fue admitido por el Tribunal Constitucional (Recurso de Inconstitucionalidad nº2557-2017) en el BOE de 14 de junio de 2017, en que se acordaba la suspensión de algunos preceptos del texto, entre ellos los relativos a la compraventa (arts. 621-1 a 621-54). A pesar de ello, el Tribunal Constitucional, mediante el Auto de 3 de octubre de 2017 (publicado en el BOE el día 16 del mismo mes), decidió levantar la suspensión de dichos preceptos recurridos por el recurso de inconstitucionalidad promovido desde el gobierno central.

Nótese también que el primer párrafo de la disposición derogatoria de la Ley 3/2017 establece que la Ley 3/2017 “sustituye” el texto de la Compilación. El legislador opta por el verbo *sustituir*, cuando lo más coherente hubiera sido “derogar”. Pensamos que la idea del legislador catalán era que, en atención al clima político que se respiraba en Cataluña durante todo el proceso codificador, ante un posible recurso de inconstitucionalidad promovido por el gobierno central que acarrearía una suspensión del texto codificado, se mantuvieran las normas establecidas por la Compilación. El Preámbulo del Libro Sexto, aunque de una forma críptica en cuanto a las intenciones del legislador, determina que, respecto a la derogación de la Compilación, dada su significancia en el ordenamiento jurídico catalán y con la idea de continuidad, “*se utiliza la fórmula de la sustitución normativa, a pesar de que, ciertamente, puede considerarse que se trata de una norma derogatoria*”. En relación con la distinción entre sustitución y derogación véase MIRAMBELL ABANCÓ, A., (2015): “Un projecte de llei del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes”, en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT. UNIVERSITAT DE GIRONA (Coord.): *El Llibre sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del Projecte de llei*, Girona: Documenta universitària, p.52, señalando dicho autor que “(...) *en el sentit que es vol remarcar que l'eliminació de vigència de la norma substituïda està condicionada a la permanència de la norma substituent, de manera que, si la norma substituent fos derogada o anul·lada, la norma substituïda recuperaria la seva vigència. La recuperació de la vigència seria automàtica i no caldria un acte exprés de restabliment, perquè la norma anterior no havia estat derogada*”.

⁴⁴⁰ El artículo 321 CDCC establecía que: “*Los contratos de compra venta, permuta y demás de carácter oneroso, relativos a bienes inmuebles, en que el enajenante haya sufrido lesión en más de la mitad del justo precio, serán rescindibles a su instancia, aunque en el contrato concurren todos los requisitos necesarios para su validez. No procederá esta acción rescisoria en las compraventas o enajenaciones hechas mediante pública subasta, ni en aquellos contratos en los que el precio o contraprestación haya sido decisivamente determinado por el carácter aleatorio o litigioso de lo adquirido o por el deseo de liberalidad del enajenante. En las ventas a carta de*

que entren en funcionamiento los mecanismos jurídicos adecuados para corregirla⁴⁴¹.

La institución lesionaria es propia de la época de los juristas medievales⁴⁴² y aparecía unida a la idea del precio justo: se establecía una necesidad de equivalencia objetiva de las prestaciones⁴⁴³ hasta el mínimo de la mitad del *iustum pretium*. La idea de justo precio es el equivalente a la concepción de la justicia conmutativa aristotélica.

La figura de la *laesio ultra dimidium* es un instrumento jurídico característico de la tradición civil catalana. Ha sido estudiada en profundidad por MARTÍN CASALS, destacando que ya los autores clásicos siguieron las doctrinas del *ius commune* sobre la materia⁴⁴⁴ y señalando que lo que persigue la lesión en más de la mitad es el equilibrio (no inferior a la mitad del precio justo) entre las prestaciones de

gracia o con pacto de retroventa no podrá ejercitarse dicha acción rescisoria hasta que se haya extinguido o caducado el derecho de redimir, «lluir», «quitar» o recuperar”.

⁴⁴¹ LLÁCER MATAÇAS, M.R. (1992), *op.cit.*, p. 64.

⁴⁴² El origen de la institución de la rescisión por lesión *ultradimidium* se relaciona con dos leyes del Código de Justiniano: C.4, 44, 2 y C.4, 44,8. Ambos proceden de dos rescriptos atribuidos a los emperadores Dicoleciano y Maximiano, respectivamente. En estos se recogía la posibilidad para el vendedor de rescindir aquel contrato en que hubiera recibido menos de la mitad del justo precio del objeto de la venta en el momento de la celebración de este, entregando el vendedor al comprador el precio recibido y recuperando, así, el objeto de la compraventa. Por todos, véase MARTÍN CASALS, M. (1987): “Comentarios a los artículos 321-325 de la Compilación catalana... *cit.*, pp. 451 y 452. Véase, también, la introducción histórica sobre la figura que hacen PUIG FERRIOL, LI., ROCA TRÍAS, E. (1982): *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, Tomo IV, Derecho Patrimonial Catalán, Volumen 2º Las Relaciones jurídico-obligatorias, Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., p. 7 y sig.

⁴⁴³ También se planteó el problema de los contratos con una ejecución diferida a lo largo del tiempo, que resultasen desequilibrados por condiciones del mercado. Este mismo principio equitativo estaba en la base del mantenimiento del equilibrio del intercambio en los contratos con ejecución periódica o diferida, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2014), *op.cit.*, p. 144.

⁴⁴⁴ MARTÍN CASALS, M. (1987): “Comentarios a los artículos 321-325 de la Compilación catalana... *cit.*, pp. 462 y sig.

las partes⁴⁴⁵. Los autores catalanes del siglo XIX siguieron la línea de sus antecesores aunque matizaron algunas características de la figura⁴⁴⁶.

Los precedentes legislativos de la Compilación también se hacen eco de ella; así, el Proyecto de Apéndice de Derecho catalán al Código civil, de D. Manuel Duran y Bas, regula ya con detalle la figura en los arts. 240 a 242, sin limitar la acción al vendedor sino a quien haya sufrido la lesión (“*los contratos bilaterales en que una de las partes haya sufrido lesión enorme en más de la mitad del justo precio de la cosa objeto de contrato...*”)⁴⁴⁷.

En sentido contrario, el Proyecto de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña de 1955 (que después el art. 321 de la CDCC copiaría prácticamente) legitima únicamente al enajenante a rescindir el contrato por lesión en el art. 529: *en los contratos de compraventa, permuta y demás de carácter oneroso, relativos a bienes inmuebles, el vendedor o enajenante que haya sufrido en ellos*

⁴⁴⁵ Aunque si finalmente el remedio entra en juego la alternativa que el ordenamiento plantea, según la interpretación dada por el art. 325 CDCC, es el restablecimiento del total precio justo o la rescisión del contrato, pero no una corrección del precio del contrato hasta que deje de ser lesivo, es decir, hasta el límite de la mitad del precio justo. Nótese que el art. 325 CDCC establecía que el comprador o adquirente podía evitar la rescisión mediante el pago al vendedor o enajenante del complemento del precio o valor lesivos. La STJC 42/2009, de 2 de noviembre, RJ\2010\257 (FD 1º) determinó que el alcance que debe darse a la expresión contenido en el art. 325 de la CDCC es que el complemento del precio debe entenderse hasta la totalidad. El art. 621-47.2 CCCat ya señala claramente que la corrección del precio con el fin de evitar la rescisión del contrato debe alcanzar “*el valor total de la prestación*”. Acerca de la corrección del precio lesivo o justo, véase *infra* en este mismo Capítulo §3.2.6.2.

⁴⁴⁶ Sin ánimo de desarrollar un análisis histórico de la figura (que ya ha sido llevado a cabo extensivamente por MARTÍN CASALS), cabe destacar que los autores del siglo XIX estudiaron la figura de la lesión en sus trabajos cfr. ELIAS, J.A., FERRATER, D.E. (1863): *Manual de Derecho Civil vigente en Cataluña*, 2ª edición, Barcelona, Librería de José Ginesta, p. 448, extendiendo la legitimación para rescindir los contratos por lesión no sólo al vendedor como hace la CDCC, sino también al comprador; también BROCA Y MONTAGUT, G., AMELL Y LLOPIS, D.J., (1886): *Instituciones del Derecho Civil Catalán vigente*, 2ª ed., tom. II, Barcelona, Imprenta Barcelonesa, p. 174-175 y 275-276. Sin embargo, en el Anteproyecto de ROMANÍ Y PUIGDENGOLAS, D.F., TRIAS Y GIRÓ, D.J., (1903): *Anteproyecto de Apéndice al Código civil para el Principado de Cataluña*, Barcelona: Hijos de Jaime Jesús Impresores, pp. 303-304, sólo se legitimaba al vendedor. PERMANYER Y AYATS, J.J (1915): *Proyecto de Apéndice al Código civil*, Barcelona: Imprenta de la Casa Provincial de la Caridad; CORBELLA, A., (1906): *Manual de Derecho catalán*, Reus: Imp. De Viuda de Vidiella y Pablo Casas, pp. 315 a 317, se plantea la duda de si la acción debe corresponder también al comprador, a lo que responde afirmativamente, basándose en lo que se afirmaba en las Partidas y la Novísima Recopilación; BORRELL Y SOLER, A.M., (1923): *Dret civil vigent a Catalunya*, Barcelona: Impremta de la Casa de Caritat, pp. 315-318, observa que la rescisión por lesión supone que existe una relación conocida entre el precio y el valor real de la cosa: de aquí la imposibilidad de aplicarla a ventas aleatorias en que no se puede apreciar el verdadero valor de la cosa al tiempo de la venta.

⁴⁴⁷ MIRAMBELL ABANCÓ, A., SALVADOR CODERCH, P., (1995): *Projecte d'Apèndix i Materials precompilatoris del Dret civil de Catalunya*, Generalitat de Catalunya, p. 626.

*lesión en más de la mitad del justo precio o valor en venta, podrá obtener su rescisión, aunque en el contrato concurren todos los requisitos necesarios para su validez”*⁴⁴⁸.

Los precedentes legislativos de la Compilación modularon la figura hasta el redactado final que le dio el art. 321 y sig. CDCC⁴⁴⁹.

Finalmente, el Libro Sexto del Código civil de Cataluña, derogando el art. 321 y sig. CDCC (véase la disposición derogatoria de dicha ley, primer párrafo) mantiene la figura lesionaría en el art. 621-46, con el siguiente tenor literal “*El contrato de compraventa y los demás de carácter oneroso pueden rescindirse si la parte perjudicada prueba que, en el momento de la conclusión del contrato, el valor de mercado de la prestación que recibe es inferior a la mitad del valor de mercado de la prestación que realiza*”.

El legislador catalán apuesta por mantener y generalizar la antigua doctrina de la *laesio enormis* con el fin de proteger los casos en que haya un desequilibrio grave entre las prestaciones intercambiadas por las partes (párr. 23 del preámbulo). Sin embargo, como veremos, en el ámbito subjetivo, incorpora la regulación de la ventaja injusta (ex art. 621-45). Esta nueva figura, recoge la misma causa de rescindibilidad de los contratos onerosos válidos propios de la lesión; se inserta, por tanto, como un elemento propio de un defecto causal, el de la causa onerosa⁴⁵⁰ y persigue evitar casos de abusos de la situación de superioridad contractual de una parte sobre la otra y proteger así la justicia en el intercambio de las prestaciones (párr. 23 preámbulo)⁴⁵¹.

⁴⁴⁸ *Ibidem*. p. 924.

⁴⁴⁹ Posteriormente, el Anteproyecto de Libro Sexto del Código civil de Cataluña incorporó la regulación de la *laesio enormis* en el art. 621-46. Véase el Edicto de 16 de junio de 2014, por el que se somete a información pública el Anteproyecto de ley del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos.

⁴⁵⁰ A diferencia de la institución de la explotación injusta prevista en el DCFR, en la ventaja injusta del CCCat, la onerosidad es una restricción en relación con la amplitud que tiene en la explotación injusta, que se extiende a los negocios gratuitos de la donación (art. IV.H.-2:104) y del *trust* (art. X.-4:201); cfr. BADOSA COLL, F., (2014-2016): “L’avantatge injust. El contractant feble i la seva protecció” ... *cit.*, p. 419.

⁴⁵¹ Señala BADOSA que en la nueva regulación dada por el legislador catalán ambas figuras pueden formar parte de una institución mayor (ventaja injusta general) que abarcaría la lesión en más de la mitad y la ventaja injusta como institución. Sigue el autor señalando que en la nueva redacción la ventaja injusta pasa a ser la principal y que la lesión en más de la mitad se utiliza como cierre, cfr. BADOSA COLL, F., (2014-2016): “L’avantatge injust. El contractant feble i la seva protecció” ... *cit.*, pp. 414-415.

3.1. La rescisión por lesión como norma causal onerosa. El fundamento objetivo del remedio.

Según lo que ya hemos expuesto, la norma causal de la onerosidad tutela una equivalencia objetiva entre las prestaciones de las partes y posibilita en aquellos ordenamientos que lo contemplan, la rescisión de aquellos contratos en que no se observa un mínimo grado de correlación económica o de equivalencia de las prestaciones⁴⁵². La noción de onerosidad que subyace en el art. 321 CDCC difiere de la del CCE; éste último ha prescindido de una regla como la rescisión por lesión catalana (no admite la institución rescisoria con carácter general y objetivo)⁴⁵³.

La lesión permite introducir una regla reequilibradora que actúa desde el momento de la conclusión del contrato; es precisamente el equilibrio entre las prestaciones el fundamento de la rescisión; por ello, uno de los remedios que prevé el legislador catalán para eliminar la rescisión es la *reductio ad aequitatem* (complemento del precio), como purga del desequilibrio entre las atribuciones⁴⁵⁴ (en el derogado art. 325 CDCC y en el actual art. 621-47.2 CCCat).

⁴⁵² En los supuestos de contraprestación *nummus unus* no se da esta equivalencia económica necesaria a la que tiende la causa onerosa (ex. art. 1289.1 CCE) y, por lo tanto, no se puede afirmar que en ella exista la causa típica; la inexistencia absoluta de equivalencia económica imposibilita la causa onerosa, así lo comentan MARTÍN CASALS, M., (1984): *Lesió "ultra dimidium" i equivalència. Naturalesa de la lesió i àmbit d'aplicació...* cit., p. 212 y LLÁCER MATAÇAS, M.R. (1992): *op.cit.*, p. 101.

⁴⁵³ Sin embargo, autores como BADOSA argumentaban que el fundamento de la institución rescisoria del derecho catalán no se funda en un vicio de la causa sino que reside en la ausencia de ánimo liberal o falta de *animus donandi* inherente al enriquecimiento experimentado por el adquirente, cfr. BADOSA COLL, F., (1968): "Rescisión por lesión. Carácter de la acción de rescisión por lesión en la compilación catalana..." cit., pp. 89 y sig.

⁴⁵⁴ Véase una aproximación histórica a la figura en la STSJC de 20 de diciembre de 1990 (RJ\1992\2580), Sala civil, ponente: Sr. Díaz Valcárcel, FJ SEGUNDO: "Por las razones que se verán, conviene examinar primeramente el motivo de casación que aparece articulado en segundo lugar, no sin antes hacer unas breves consideraciones históricas para clarificar el debate. La acción rescisoria por lesión norme tiene su precedente en un Rescripto de Diocleciano del año 258 donde pasó a ser la famosa *lex secunda* del Código justiniano y alcanza pleno desarrollo gracias a la doctrina de Tomás de Aquino sobre el precio justo, traducción cristiana de la noción de justicia conmutativa tal como aparece en la *Ética nicomáquea* de Aristóteles. En los siglos medios y hasta la Edad Contemporánea fue una institución presente en la práctica totalidad de Europa, del Mediterráneo al Báltico. Los azares de la codificación y el predominio en cada momento de lo que podemos llamar, simplificando, "liberales" o "tradicionalistas" determinaron en cada caso la recepción o el rechazo de la acción rescisoria por lesión. Así, la Convención Nacional francesa la suprimió por Decreto de 14 de Fructidor del año III y, sin embargo, los redactores del Code Civil la restablecieron en 1804 con el voto favorable de todos los Tribunales

En efecto, como señala ABRIL CAMPOY⁴⁵⁵, el fundamento de la rescisión por lesión descansa en el elemento causal del contrato, entendido éste, según el autor, desde un doble matiz: la noción de causa que se acoge es sincrética (o impropia, según la terminología que hemos utilizado antes), entendida como la finalidad práctica que las partes persiguen con la celebración del negocio jurídico, de tal manera que aúna el elemento subjetivo del propósito perseguido por las partes con el objetivo, la función económico social. Y, desde otro punto de vista, como ya hemos señalado anteriormente, requiere analizar la causa concreta.

La mayor parte de la doctrina coincide en resaltar el carácter objetivo de la figura que estaba presente en el art. 321 CDCC y que se encuentra actualmente en el art. 621-46 CCCat⁴⁵⁶⁴⁵⁷. Así la lesión actúa como una norma causal de la onerosidad que tutela una equivalencia de las prestaciones intercambiadas por

consultados salvo el de Rouen. Los redactores de nuestros Códigos civiles, olvidando la presencia de esta institución en el Fuero Real, en la Partida Quinta, en el Ordenamiento de Alcalá e incluso en la Novísima Recopilación, prescindieron de ello, no por copiar el Código francés, como dice erróneamente algún autor, sino convencidos por las razones de Florencio García Goyena para quien “el autor del Fuero Real y de las Partidas se propuso desnaturalizar y romanizar la legislación española” y que considera la acción rescisoria “un manantial perenne de pleitos difíciles de resolver”; y por los argumentos de Felipe Sánchez Román: “el recurso de la lesión es una herejía, porque trata de sustraer el precio de las cosas al natural influjo de las leyes de la oferta y la demanda”. En Cataluña la acción rescisoria por lesión ultra dimidium no aparece en la “Memoria acerca de las instituciones de Derecho civil de Cataluña” redactada por Manuel Durán y Bas en 1883, ni figura en el “Proyecto de Apéndice del Código civil para Cataluña” muy limitado, en la Memoria de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, correspondiente al año 1899. La Compilación de 1960 la mantuvo con las modificaciones que expresa y justifica el discurso de presentación parlamentaria. El Decret Legislatiu 1/1984, de 19 de julio, se limita a repartir en cinco artículos y dos capítulos lo que estaba en un capítulo de tres artículos. Con todo ello queremos significar que el escepticismo respecte a la acción rescisoria, apenas velado en la sentencia recurrida, tiene ilustres precedentes en Cataluña y fuera de ella, y es tan defendible como la posición contraria. Pero este Tribunal rehuyendo de polémicas doctrinales y ciñéndose a su labor nomofiláctica se ha de limitar a precisar el alcance de las rescisión por lesión en el Derecho Civil catalán vigente...”

⁴⁵⁵ ABRIL CAMPOY, J.M., (2003): *La rescisión del contrato por lesión. Enfoque doctrinal y jurisprudencial ... cit.*, p.108.

⁴⁵⁶ Véase, por todo: MARTÍN CASALS, M. (1987): “Comentarios a los artículos 321-325 de la Compilación... *cit.*, pp. 490 y sig; MARTÍN CASALS, M., (2010): “La rescissió per lesió a la Compilació i el sentit actual d’aquesta institució” *Autonomia i Dret- V Jornada*, 10 de maig de 2010, pp. 140-146; SALVADOR CODERCH, P., (1975): *op.cit.* p. 641; PUIG FERRIOL, LI., ROCA TRÍAS, E. (1982): *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña... cit.*, pp. 13-18. En contra, y a favor de adoptar un criterio subjetivo, MARTI RAMOS, L., (1959): “La rescisión de los contratos por lesión enorme en Cataluña”, *Anuario de Derecho Civil*, p. 1281; ALBALADEJO GARCÍA, M., (1976): “Estudio sintético de la rescisión por lesión en más de la mitad en los derechos catalán y Navarro”, *Revista de Derecho privado*, tomo LX, p. 984.

⁴⁵⁷ ROCA SASTRE, R.M. (1948): “La lesión ultra dimidium y las alteraciones del valor de la moneda”, *Estudios de Derecho privado*, pp. 260-261, considera que la lesión motiva que la ley presuma *iuris tantum* que la celebración del contrato se dio por el estado de necesidad o inexperiencia del lesionado.

las partes y que permite rescindir un negocio jurídico cuando la equivalencia económica sea inferior a la mitad del precio justo⁴⁵⁸⁴⁵⁹.

La jurisprudencia afirma vehementemente el carácter objetivo de la institución⁴⁶⁰. La lesión *ultra dimidium* como causa de rescisión de los contratos no se define, por tanto, por la presencia de un consentimiento viciado sino por la existencia de la lesión, es decir, desde un fundamento objetivo, sin vinculación alguna a la existencia de una voluntad viciada⁴⁶¹. Así, la STJC de 20 de diciembre de 1990 (RJ\1992\2580) señala que: “*Si la desproporción del precio es tan enorme que excede de la mitad, resultando precio vil o rayano en irrisorio el estipulado, la venta torna rescindible por el solo hecho de la lesión salvo que el comprador desvirtúe por prueba en contrario la presunción iuris tantum de que en tal*

⁴⁵⁸ En el caso de *Snell v Beadle* apuntado *infra* se insiste en la suficiencia del *dol réel* (*dolus re ipsa*) para proceder a la acción de rescisión por lesión, sin necesidad de que exista ningún *dol personnel*; por todo véase en este mismo capítulo el epígrafe §3.2.6.1.

⁴⁵⁹ Proclive al fundamento objetivo parece ser, también, POTHIER, R.J., (1974): *Traité des obligations...* cit., p.103, relacionando la justicia con la equidad en el intercambio de las prestaciones p. 103: “*La lésion que souffre l'un des contractants, quand même l'autre n'aurait recours à aucun artifice pour le tromper, est seule suffisante par elle-même pour rendre ces contrats vicieux. Car l'équité en fait de commerce consistent dans l'égalité, dès que cette égalité ne reçoit, le contrat est vicieux, parcequ'il pêche contre l'équité qui y doit régner*”.

⁴⁶⁰ Véase el estudio jurisprudencial de ALEGRET BURGUÉS, M^a E. (2010): “*La rescissió per lesió ultra dimidium en la jurisprudència del Tribunal de Cassació i en la doctrina del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya*, Discurs d'ingrés, Barcelona, (en línea), pp. 12-14.

⁴⁶¹ MARTÍN CASALS, M., (1987): *Comentarios...* cit., pp. 497 y 498: “(...) en resumen, el fundamento de la lesión *ultra dimidium* en la *Compilación catalana* es puramente objetivo. La institución actúa como norma causal de la onerosidad, distinta a la del Código civil, que exige, además de la recíproca causalidad de prestaciones, la observancia de una equivalencia económica no inferior a la mitad del justo precio. La presencia de una l.u.d. en un contrato ocasiona un defecto o vicio de la causa onerosa. Dado que ésta exige un mínimo de equivalencia no inferior a la mitad del justo precio, cuando no se alcance ese mínimo estará viciada. Como ha señalado la doctrina más autorizada, no puede objetarse a esta postura que las anomalías causales contempladas en el Código civil (cfr. arts. 1275, 1276, 1305 y 1306) provocan la nulidad del contrato. Esas anomalías provienen de la ausencia de causa (art. 1275 CCE, inexistencia; art. 1276 CCE, falsedad) o del choque frontal de las causas previstas con el ordenamiento (art. 1275 del CCE., causa ilícita; arts. 1305 y 1306, causa torpe), pero no está contemplado en el Código civil un supuesto parecido a la rescisión por l.u.d., ya que en el artículo 1291.1º. y 2º, del CCE – que procede de la restitutio in integrum de los menores- lo que se protege es el interés de quien ha contratado (ausente o sometido a tutela) por medio de un representante legal sin poder hacerlo personalmente y por ello desde un punto de vista subjetivo. El resultado es que en el Código civil la rescisión por lesión – restitutio in integrum minorum que tiene como presupuesto una lesión, no rescisión por l.u.d.- sólo se admite combinada con la deficiente gestión de intereses ajenos y en cuanto remedio a la misma, mientras que en la *Compilación*, si la lesión es *ultra dimidium*, por sí misma, provoca en un contrato que tiene causa y si ésta es onerosa, un vicio causal que no ocasiona la nulidad, sino otro tipo de ineficacia, la rescindibilidad, dado que ese vicio, por su naturaleza –falta de equivalencia mínima requerida- es perfectamente subsanable”.

*supuesto el vendedor no contrató libremente, sino con la voluntad captada por error o por engaño, o acuciado por necesidad agobiante de vender (...)*⁴⁶².

Afirmar el carácter objetivo de la lesión equivale a determinar que la *laesio ultradimidium* es una norma causal de la onerosidad, como ya hemos visto, y ello implica la necesidad de respetar el equilibrio objetivo económico (presente sólo en el intercambio de inmuebles por el valor que se atribuye en abstracto a esta clase de bienes) entre las prestaciones intercambiadas por las partes; es necesario algún elemento de comparación: p. ej, el precio justo o de mercado⁴⁶³⁴⁶⁴⁴⁶⁵.

⁴⁶² En un mismo sentido, véase la STSJC núm. 8/2012, de 23 de enero (FJ 1º, párr. 2º) (RJ 2012\4210): “*Així, en la CDCC; el concepte de rescissió per lesió, es refereix als contractes que s’han dut a terme de manera eficaç, vàlida i efectiva, però, com que han produït un perjudici a una de les parts i produeixen resultats injustos, la llei permet, a instàncies del perjudicat, obtenir la declaració de la seva ineficàcia, perquè la venda per menys de la meitat del preu just i l’acció de rescissió que d’ella se’n deriva no signifiquen ni fan presumir que el venedor va contractar amb la voluntat viciada per engany, error o necessitat peremptòria, atès que això seria una postura subjectivista que consideraria la lesió com un vici del consentiment amb una regulació semblant a la dels articles 1265 i següents del Codi civil*”. En un sentido similar, véase la STSJC 34/2006, de 18 de setembre (RJ 2006\8118). Otras sentencias que resaltan el carácter objetivo son: STSJC 22 de diciembre de 1993 (RJ 1993\10201); 19 de octubre de 1995 (RJ 1995\8181); 25 de mayo de 2000 (RJ 2000\7442), 31 de enero de 2005 (RJ 2005\1140), 18 de septiembre de 2006 (RJ 2006\8118), 9 de octubre de 2008 (JUR 2009\296117) y la de 2 de enero de 2009 (RJ 2010\257). Véase también ALEGRET BURGUÉS, Mª E. (2010): “*La rescissió per lesió ultra dimidium en la jurisprudència... cit.* pp. 1-42.

⁴⁶³ MARTÍN CASALS, M., (2010): “*La rescissió per lesió a la Compilació i el sentit actual d’aquesta institució*”... *cit.*, pp. 144 y 145. La institución se limita a constatar que entre el precio pactado por un inmueble (en la CDCC) y su precio de mercado existe una falta de equivalencia superior a la mitad del precio justo.

⁴⁶⁴ En el contexto del derecho contractual europeo, como veremos, el elemento objetivo que permite calificar un contrato como desequilibrado, no queda determinado y se utilizan nociones como las de ventaja manifiestamente injusta o beneficio excesivo. Sin embargo, ya alguna doctrina aboga por retomar un límite cuantitativo excesivo, a fin de salvaguardar la seguridad jurídica, cfr. HESSELINK, M.W., DE VRIES, G.J.P. (2001): *Principles of European Contract Law, Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer, p. 58. En un sentido parecido, DROBNIG, U., (1997): “*Protection of the weaker party*”... *cit.*, p. 220, propone establecer como criterio objetivo el desequilibrio fundamental definido en sede de *hardship* ex art. 6.2.2 PICC, que, en los comentarios oficiales, se cuantifica en una alteración del 50% o más. Aunque ello significaría volver a la doctrina de la *laesio ultra dimidium*.

⁴⁶⁵ Distinto es el objetivo de política jurídica que originariamente había tenido la figura: mantener el patrimonio familiar, cfr. MARTÍN CASALS, M., (2010): “*La rescissió per lesió a la Compilació i el sentit actual d’aquesta institució*”... *cit.*, p. 145. La descripción asimétrica del ámbito de aplicación a los inmuebles y a los enajenantes (en la Compilación) determina que la figura continuaba protegiendo a los propietarios de inmuebles a fin de evitar su descapitalización, e independientemente de que el consentimiento del propietario haya sido del todo libre o no, cfr. MARTÍN CASALS, M., (2000): “*Perspectives de futur de la rescissió per lesió ultra dimidium... cit.*, p. 174: “*Amb tota probabilitat, el que pretenia el legislador català era protegir als patrimonis familiars, fonamentalment, la propietat immobiliària, base de la riquesa d’una economia en la qual el capital familiar s’acumula amb terres i edificis, no amb accions i participacions. I volia evitar que aquest patrimoni que es transmetia de generació en generació es pogués dilapidar fàcilment,*

El legislador catalán, en la redacción dada por el Libro Sexto del Código civil de Cataluña, amplía el ámbito objetivo de la figura que ya no queda reducido a los inmuebles (ya era así en los proyectos de apéndice de 1903⁴⁶⁶ y de 1930⁴⁶⁷, incluso también en el Anteproyecto de Compilación de 1952) y supera el ámbito subjetivo limitado al enajenante; así, la lesión en más de la mitad en el CCCat se regula de forma simétrica para ambos contratantes.

¿Es la ventaja injusta un defecto, tal y como hemos coincidido que lo es la lesión en más de la mitad, de la causalidad onerosa? Como veremos más adelante, esta figura evoca una asimetría en el poder de negociación contractual que da lugar a contratos altamente desequilibrados, resultado de la explotación o abuso de una situación de debilidad de una de las partes que acarrea un resultado económico muy ventajoso para la otra parte contratante.

Tal y como la configura y la sistematiza el legislador catalán, se nutre de la naturaleza de la lesión en más de la mitad y, por tanto, su ámbito de aplicación objetivo es, también, el contrato oneroso; por tanto, persigue, asimismo, una simetría en el intercambio entre las partes. Pero, a su vez, quiere preservar la correcta formación de la voluntad contractual y, por tanto, proteger la posible explotación de un vicio potencial, como es, por ejemplo, el estado de necesidad.

Por nuestra parte, consideramos la ventaja injusta como un vicio autónomo del negocio jurídico que protege a la parte débil del perjuicio negocial desproporcionado y que se encuentra a caballo entre un vicio de la causa y un vicio de la voluntad. Piénsese en el ejemplo helvético, que configura la lesión desde una causa anómala (art. 21 del Código de Obligaciones suizo⁴⁶⁸), situándola entre los vicios del consentimiento y los artículos relativos al objeto

tal vegada per la irreflexibilitat dels més joves, per la debilitat dels més grans o per la necessitat urgent de tots ells d'obtenir diners per satisfer les seves necessitats familiars".

⁴⁶⁶ Véase el art. 941 del Anteproyecto de ROMANÍ Y PUIGDENGOLAS, D.F., TRÍAS Y GIRÓ, D.J., (1903): *Anteproyecto de Apéndice al Código civil para el Principado de Cataluña...* cit., p. 303.

⁴⁶⁷ MIRAMBELL ABANCÓ, A., SALVADOR CODERCH, P., (1995): *Projecte d'Apèndix i Materials precompilatoris...* cit., p. 626.

⁴⁶⁸ La lesión helvética también hace converger los elementos objetivos con los subjetivos; así, el elemento objetivo lo ocupa la desproporción evidente entre las prestaciones y, en relación con los presupuestos de la justicia procedimental, el lesionado se halla en un estado de indefensión, inexperiencia o bien se encuentra en dificultades económicas, físicas o morales, y ello es aprovechado por la otra parte, SCHMIDLIN, B., (2003): "Comentarios al art. 21", en THÉVENOZ, L., WERRO, F. (2003): *Commentaire Romand. Code des Obligations I. Art. 1-529 CO*, 2ª ed., Bâle: Helbing Lichtenhahn pp. 206 y sig.

del contrato⁴⁶⁹, respetando así su naturaleza híbrida: de control del contenido del contrato y de protección de la libertad de una de las partes contratantes de la explotación de la otra⁴⁷⁰.

Estudiaremos, a continuación, el régimen previsto para la lesión en más de la mitad en el Código civil de Cataluña.

3.2. La ¿nueva? perspectiva sobre la rescisión por lesión en el Código civil de Cataluña

El preámbulo del Libro Sexto del Código civil de Cataluña (pár. 23), como ya hemos señalado, indica que la figura de la *laesio enormis* se mantiene con el fin de combatir la inequidad en los contratos. El legislador catalán mantiene la referencia a la mitad del precio justo con el fin de evitar la inseguridad jurídica que derivaría de nociones indeterminadas como sería la de contrato altamente desequilibrado.

La lesión en más de la mitad, junto con la ventaja injusta del 621-45 CCCat, se enmarca en el seno del contrato de compraventa aunque ambas normas

⁴⁶⁹ En contra de considerar la lesión como un acto ilícito, en derecho polaco, véase LEWASZKIEWICZ- LEWASZKIEWICZ-PETRYKOWSKA, B., (2009): “La lésion: acte illicite ou vice du consentement”, en VV.AA: *De code en code. Mélanges en l’honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Paris : Dalloz, pp. 523- 524: “... il est difficile de dire que l’article 388 du Code civil sanctionne un comportement contraire à l’ordre juridique ou illégal, ou bien qu’il traite un contrat conclu comme illégal en principe, contraire à l’ordre juridique ».

⁴⁷⁰ Alguna doctrina aboga, en cambio, por fundamentar el régimen de la lesión cualificada como un reflejo del abuso de derecho en materia precontractual, vinculando el régimen a la responsabilidad aquiliana o extracontractual por la comisión de una *culpa in contrahendo*, y sancionando estos casos con el régimen de la nulidad relativa, aunque el juez podría adoptar alguna sanción menos severa, como la que se da en los casos de dolo incidental, cfr. OMMESLAGHE, P.V., (2013): *Traité de Droit civil Belge. De Page. Tome II. Les obligations*, Vol.I, Bruxelles: Bruylant, p. 296.

aprecian un contenido que se extiende más allá del intercambio propio del este tipo de contrato⁴⁷¹⁴⁷².

Como es sabido, el art. 321 de la CDCC limitaba a los bienes inmuebles la posibilidad de ser rescindibles, excluyendo, así, los muebles. El art. 621-46 del CCCat ya no contempla dicha limitación objetiva⁴⁷³.

Abordaremos a continuación el ámbito de aplicación de la *laesio enormis* en el Código civil de Cataluña con las novedades más relevantes que incorpora el CCCat.

3.2.1. La determinación del momento en el que debe valorarse la lesión en el contrato de opción

⁴⁷¹ GINÉS CASTELLET, N., (2016): “La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual”, *InDret*, pp. 8 i 9. Cabe anotar que, en relación con las compraventas mercantiles, el art. 344 del Código de comercio declara “*no rescindibles las ventas mercantiles por causa de lesión*”. El Anteproyecto de Código Mercantil (2014) pareció olvidarse de incorporar dicha norma y ello podría dar lugar a la apertura de la rescisión por lesión también en compraventas mercantiles en los territorios donde sí se contempla el remedio rescisorio (Cataluña y Navarra) a partir de la supletoriedad del ordenamiento civil (art. 2 CCo) cfr. REDONDO TRIGO, F., (2014): “Reflexiones acerca del Anteproyecto de Código Mercantil y la doctrina de los tribunales sobre la rescisión por lesión”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 90, nº746, p. 3419. La aplicación de la rescisión por lesión en los contratos mercantiles, por el hecho de tener como objeto único, en la regulación dada por la CDCC, los bienes inmuebles, suscitó controversia entre la doctrina, así como también en la jurisprudencia del TSJC. La duda nacía de determinar si en el ordenamiento jurídico español existían o no compraventas de inmuebles mercantiles. Véase una síntesis de estas cuestiones en MARTÍN CASALS, M., (2000): “Perspectives de futur de la rescissió per lesió *ultra dimidium*... *cit.*”, pp. 180-186. Véase, también, la STSJC de 30 de diciembre de 2008 (JUR 2009\295643) y la STSJC de 26 de julio de 2010 (RJ 2010\5266), que establecen la posibilidad teórica o conceptual de calificar como mercantiles ciertas operaciones del tráfico en las que los bienes inmuebles constituyan el objeto principal, aunque no deba establecerse con carácter general y abstracto en qué casos el negocio deba calificarse de una manera u otra, ya que deberá determinarse caso por caso. Sin embargo, ambas sentencias señalan que el elemento intencional de revender que tenga el comprador será un elemento esencial, aunque no único, para determinar la naturaleza de la venta.

⁴⁷² Asimismo, el remedio previsto para ambas figuras es el mismo, el rescisorio. Ello es cuestionado por la doctrina que considera que para los casos de ventaja injusta lo más idóneo hubiera sido una causa de nulidad, en consonancia con el derecho contractual europeo. En este sentido, MIRAMBELL ABANCÓ, A., (2015): “Un projecte de llei de llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i contractes”... *cit.*, p. 44: “*la rescissió per lesió objectiva es manté, doncs, com una norma causal onerosa, inherent a l'equilibri de les prestacions i no com un factor d'anul·lilitat per defectes de capacitat o vicis de consentiment (...) L'avantatge injust es va passar de causa de nul·lilitat a rescissió, amb dubtosa oportunitat*”.

⁴⁷³ Para ver el estudio del ámbito objetivo limitado a bienes muebles y las contradicciones que ello produce en el Derecho civil catalán, véase MARTÍN CASALS, M., (1987): *Comentarios... cit.*, pp. 499-503.

El Libro Sexto soluciona la cuestión relativa al momento en que debe apreciarse la lesión en los contratos de opción de compra. Así, el art. 621-46.3 señala que “*en los supuestos de opción de compra, el desequilibrio a que se refiere el apartado 1 debe existir en el momento en que se pacta la opción*”⁴⁷⁴⁴⁷⁵.

Este era uno de los temas más conflictivos a nivel jurisprudencial, porque era necesario establecer cuál era el momento relevante para determinar si el precio era o no lesivo: cuando se constituía el derecho de opción o cuando éste se ejercitaba. Vemos que el legislador catalán ha resuelto la cuestión en favor de lo primero, aunque el TS y también el TSJC habían fallado en sentido contrario⁴⁷⁶.

3.2.2. Rescisión por lesión y transmisión lesiva de un bien: objeto transmitido y contrato lesivo

La norma del art. 621-46 CCCat se inserta en los contratos con causa onerosa, aunque ello no evita un futuro realojo en sede de disposiciones generales según el planteamiento que se anuncia en la Exposición de Motivos del Libro Sexto. Ello no es así en la regulación de la explotación injusta del DCFR, que, aunque

⁴⁷⁴ Esta fue la línea que siguió la STSJC de 19 de mayo de 2003 (RJ 2003\6230), apartándose de la línea jurisprudencial más consolidada, aunque siguiendo el criterio doctrinal mayoritario. Véase BOSCH CAPDEVILA, E., (2005): “Preu just, opció i rescissió per lesió. Comentari a la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 19 de maig de 2003” en *Revista Catalana de Dret Privat* 2005, Vol. II, pp. 197-207. También la STSJC de 7 de enero de 2011 (RJ 2011\ 1418) y, anteriormente, la STSJC de 24 de febrero de 1994 (RJ 1994\10565). En relación con ésta última, véase RIBOT IGUALADA, J., (2000): “Lesió ultra dimidium i opció. Notes per a una possible reforma de “mínims” de la rescissió per lesió” en en ÀREA DE DRET CIVIL (Coord.): *El futur del Dret patrimonial de Catalunya. Materials de les Desenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 602-605. Si se hubiera optado por calcular el precio justo en el momento de perfección del contrato de compraventa (en el momento de ejercicio de la opción) se protegería al concedente del posible aumento del valor que pueda afectar al bien en litigio, ya sea como consecuencia de una inflación o de otros factores externos (p.ej. variación de la planificación urbanística), y ello significaría otorgarle una hiperprotección legal ante su falta de previsión, ya que hubiera podido establecer alguna cláusula de estabilización con el fin de evitar consecuencias inflacionistas.

⁴⁷⁵ En sentido contrario, ROCA TRIAS, E., PUIG FERRIOL, LI. (1982): *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, Barcelona: Bosch, p. 22: “*la compraventa efectuada ejerciendo el derecho previamente concedido... sólo podrá rescindirse si realmente resulta lesión y sólo cuando se celebre, no antes, porque hasta el momento de la prestación del consentimiento no es posible saber si la causa es lesiva*”. También, MARTÍN CASALS, M., (2000): “Perspectives de futur de la rescissió per lesió *ultra dimidium*... *cit.*, p. 196 o BOSCH CAPDEVILA, E., (2005): “Preu just, opció i rescissió per lesió... *cit.*, pp. 205-206, alegando éstos últimos autores que ésta es la solución por la que ha optado Francia a través del art. 1675.2 del *Code* (“*En cas de promesse de vente unilatérale, la lésion s’apprécie au jour de la réalisation*”).

⁴⁷⁶ Por ejemplo, STS de 18 de mayo de 1955 (RJ 1955\1706) y 13 de diciembre de 2000 (RJ 2000\9333) o STSJC de 22 de marzo de 1993 (RJ 1994\2847), de 9 de noviembre de 1993 (RJ 1993\10197) y de 22 de diciembre de 1993 (RJ 1993\10201). Véase, también, el análisis jurisprudencial de RIBOT IGUALADA, J., (2000): *op.cit.*, pp. 563-605.

tiene como sede principal y más importante el contrato oneroso, (ex art. II.-7:207) también encuentra sede en el negocio gratuito, concretamente en la donación (ex art. IV.H-2:104) y en el trust constituido gratuitamente e *inter vivos* ex art. X.-4:201. Señala BADOSA que la importancia que tienen las tres sedes en la explotación injusta del DCFR reside en la nueva área jurídica “*ad hoc*” de la institución; una delimitación jurídica (los tres negocios patrimoniales son *inter vivos*) y económica (todos ellos prevén un efecto perjudicial para el patrimonio de una de las partes; en el contrato, el perjuicio se compensa con la contraprestación y ello plantea la idea del equilibrio entre los respectivos valores; en los negocios gratuitos, el perjuicio patrimonial no tiene compensación y el efecto perjudicial es inherente)⁴⁷⁷.

A los efectos que interesan a nuestro trabajo, cabe plantear la posibilidad de extender la lesión en más de la mitad al contrato de arrendamiento. MARTÍN CASALS no admite la rescisión en los contratos de arrendamiento por ser éstos de tracto sucesivo, creadores de relaciones obligatorias duraderas y que prevén prestaciones a lo largo de un determinado período de tiempo⁴⁷⁸ y según la regulación del art. 321 CDCC quedaba excluido el supuesto del arrendamiento al referirse el precepto legal al *enajenante*. Sin embargo, la regulación actual del art. 621-46 CCCat extiende legitimación para rescindir el contrato por lesión a la *parte perjudicada* y, por tanto, entendemos que cabría la posibilidad de solicitar la rescisión de un contrato de arrendamiento en el que hubiera una lesión en más de la mitad del precio justo. Se constata, pues, que la nueva regulación procura que la parte débil del contrato tenga más protección; por tanto, ya no se limita al enajenante y, además, el CCCat regula, como veremos, la ventaja injusta, que también podría cubrir aquellos casos en los que hubiera lesión en un contrato de

⁴⁷⁷ BADOSA COLL, F., (2014-2016): “L’avantatge injust. El contractant feble i la seva protecció... *cit.*, p. 383.

⁴⁷⁸ Sí que prevé la posibilidad de rescindir el contrato para el futuro, es decir, hasta el tiempo que faltase para la extinción, aunque esa rescisión debería ir unida siempre, en lo relativo a los alquileres ya devengados, al complemento del justo precio del arrendamiento. Extinguido el contrato no sería posible su rescisión ya que no podría devolverse el uso y disfrute ya gozado, cfr. MARTÍN CASALS, M. (1987): “Comentarios a los artículos 321-325 de la Compilación catalana” ... *cit.*, p. 506-507. En sentido contrario, véase GARCÍA VALLÉS, R., (1962): *Rescisión por “laesio ultradimidium”*, Barcelona: Bosch Casa Editorial, p. 115-116 y ROCA TRÍAS, E., PUIG FERRIOL, LL. (1982): *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña... cit.*, p. 25.

arrendamiento, aunque deberían cumplirse, también, los otros requisitos establecidos por el art. 621-45 CCCat.

Asimismo, nótese que en el Real Decreto sobre arrendamientos urbanos de 22 de junio de 1920, en la exposición de motivos, ya consideraba reprochable la escasez de viviendas y el abuso de algunos propietarios, que habían aumentado de forma exorbitada el precio de los alquileres, aprovechándose de la situaciones de angustia de los inquilinos; ello creaba la necesidad de resolver dicho problema y, en consecuencia, el Real Decreto establecía una prórroga forzosa de los contratos que estaban en vigor y procuraba una reducción de los precios del alquiler, cuando éstos fueran fijados por un excesivo afán de lucro y “*no por la justicia del cálculo económico, ordenado y prudente*”. Asimismo, se estimaba en dicho Real Decreto que resultaba de aplicación lo dispuesto en la Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908, como norma que redujo el interés de los préstamos y que permitiría justificar, también, la reducción de los precios de los alquileres⁴⁷⁹.

En otro orden de cosas, y en el ámbito sucesorio, encontramos referencias a la lesión en más de la mitad en la renuncia a la legítima futura (ex art. 451-26.3) y también en sede de partición (ex art. 461-13 CCCat y arts. 1073 a 1081 CCE).

En relación con la renuncia a la legítima futura y a la posibilidad de rescindir por lesión dicha renuncia, el art. 451-26.3 CCCat señala que la renuncia hecha en pacto sucesorio o donación según lo que se indica en el 451-26-2 c) (pacto entre ascendientes y descendientes estipulado en pacto sucesorio o donación por el que el descendiente que recibe de su ascendiente bienes o dineros en pago de

⁴⁷⁹ Sirva como ejemplo la situación actual del mercado inmobiliario en el municipio de Barcelona; fácilmente algunos inquilinos, ante la escasez de mercado de alquiler, o los precios desorbitados del mismo, puedan encontrarse en situaciones de angustia o estado de necesidad [los contratos para la existencia, en la categoría acuñada por NOGLER, L., REIFNER, U., (2014): “Introduction: The New Dimension of Life Time in the Law of Contracts and Obligations”, en NOGLER, L., REIFNER, U., (Eds.) (2014): *Life Time Contracts. Social Long- Term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, The Hague: Eleven international publishing, pp. 1, integran también aquellos que se corresponden con la vivienda, p. ej, el contrato de arrendamiento] que pueden ser aprovechadas por propietarios de las fincas en alquiler. Pensamos que, ante situaciones como las descritas, puede tener relevancia figuras tales como la ventaja injusta, ya que el ejemplo encaja en el supuesto de hecho descrito por la norma. La situación se ha visto agravada como consecuencia del nacimiento de la llamada “economía colaborativa”, que ha ampliado el mercado de las viviendas turísticas permitiendo a particulares y empresas, a través de una plataforma, alquilar por días o meses sus propiedades, retirando así algunos inmuebles del mercado de alquiler tradicional, cfr. Vv.AA., (2017): “The Sharing Economy and Housing Affordability: Evidence from Airbnb”, *SSRN Electronic Journal*, pp. 1-45.

la legítima futura renuncia al posible suplemento) puede rescindirse por lesión en más de la mitad del valor justo de la legítima, según el importe que la legítima del que renuncia tendría en la fecha en que se hizo.

El pacto de renuncia es un negocio jurídico oneroso, que genera obligaciones para ambas partes (para el ascendente, ya que otorga la donación y acepta la renuncia) y para el descendiente, que recibe la atribución económica (la cantidad exacta debe corresponderse con lo que se prevé para la legítima individual, que no se conoce con exactitud hasta el momento de perfección del pacto de abdicación, lo cual denota la aleatoriedad del negocio jurídico) y renuncia al posible suplemento de legítima que quizás le correspondería en el momento de la obertura de la sucesión.

La conexión entre el objeto de la atribución y la renuncia se entiende en clave de contraprestación (los dos son un solo negocio jurídico de pacto de renuncia a la legítima futura)⁴⁸⁰ y por ello cobra sentido que se pueda rescindir por lesión en más de la mitad del justo valor de la legítima. El valor de ésta se calcula de acuerdo con el patrimonio del causante en el momento de la renuncia, sin poder tener en cuenta variaciones posteriores tanto del patrimonio del causante cuanto en el número de legitimarios⁴⁸¹.

Si lo que recibe el legitimario no llega a la mitad de lo que por legítima individual le correspondería, el perjudicado puede instar la acción de rescisión por lesión.

Señala DE BARRÓN que el pacto de renuncia a la legítima futura tiene un elemento de aleatoriedad [el art. 451-26.2 c) establece que: “*el pacte entre ascendents i descendents estipulat en pacte successori o en donació pel qual el descendent que rep del seu ascendent béns o diners en pagament de llegítima futura renuncia al possible suplement*”] que quedaría excluido por el art. 321 CDCC y por el art. 621-46.2 CCCat del ámbito de aplicación de la lesión⁴⁸². Pero el legislador catalán mantiene la posibilidad para el legitimario de rescindir por lesión en más de la mitad de su valor el pacto de renuncia a la legítima. A pesar

⁴⁸⁰ Por todo, véase BARRÓN ARNICHES, P. (2009): “Art. 451-26” en EGEA I FERNÁNDEZ, J., FERRER I RIBA, J., (Dir.): *Comentari Al Llibre Quart Del Codi Civil De Catalunya, relatiu a les successions*, Barcelona: Atelier, pp. 1440-1442.

⁴⁸¹ DEL POZO CARRASCOSA, P., BOSCH CAPDEVILA, E., VAQUER ALOY, A., (2017): *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, 3ª edición, Madrid: Marcial Pons, p. 427.

⁴⁸² BARRÓN ARNICHES, P. (2009): “Art. 451-26”...*cit.*, p. 1442.

de la existencia de este *aleas*, la protección que se brinda a los legitimarios en el Derecho civil catalán justifica que se mantenga la posibilidad de rescindir durante los cuatro años posteriores a la perfección del contrato de partición (ex art. 461-13 CCE, también en el CCE ex art. 1074).

Lo cierto es que, además, la legitima es un derecho *ex lege* (451-1 y sig. CCCat), a diferencia de los derechos que son objeto de contratos aleatorios que son disponibles por las partes (excluidos de la posibilidad de ser rescindidos por lesión ex art. 321.2 CDCC y ex art. 621-46.2, si dicha aleatoriedad justifica la asimetría económica acaecida). En este sentido, sin embargo, es preciso apuntar que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha flexibilizado los presupuestos de la acción de rescisión por lesión *ultra dimidium* en la aplicación a los contratos aleatorios. Lo veremos en el apartado relativo a los supuestos de exclusión de la acción (*infra* §3.2.4).

En el caso de la rescisión por lesión de la partición (art. 464-13 CCCat) ésta se fundamenta en la existencia de una desigualdad no justificada entre la cuota de institución y la cuota de partición, es decir, entre el valor de aquello que se adjudica definitivamente al heredero y aquello a que tiene derecho⁴⁸³.

Que la lesión de la partición es un vicio del negocio que no impide ni la existencia de ésta ni la de eficacia del negocio lo vemos en el art. 464-13.2 cuando señala que la partición hecha por el causante es inatacable (excepto que se haya manifestado o sea presumible lo contrario), también en el sentido que si la lesión no fuera *ultra dimidium*, la partición produciría sus efectos o que mientras no se impugne dicha partición en el plazo establecido (464-13.3), la partición (con lesión) seguiría produciendo efectos⁴⁸⁴.

La excepción a la rescisión la constituye la partición hecha por el propio causante (ex art. 464-13.2). Se entiende que éste pretendía la atribución de unos determinados bienes, con independencia de la adecuación de valor de los mismos en la cuota de institución inicialmente proyectada. Esta excepción planteada por el art. 464-13.2 CCCat no debe confundirse con el caso del art.

⁴⁸³ DEL POZO CARRASCOSA, P., (2009): "Art. 464-13" en EGEA I FERNÁNDEZ, J., FERRER I RIBA, J., (Dir.): *Comentari Al Llibre Quart Del Codi Civil De Catalunya, relatiu a les successions*, Barcelona: Atelier, p. 1644.

⁴⁸⁴ DEL POZO CARRASCOSA, P., (2009): "Art. 464-13" ... *cit. loc.cit.* p. 1644.

464-4.2 CCCat, que se refiere a las contradicciones entre las cláusulas dispositivas y las de partición, que se resolverán de manera distinta en función de si la disposición y partición se han hecho en un mismo acto o en actos separados⁴⁸⁵.

En el CCE, la rescisión por lesión de la partición se establece en un desequilibrio económico de la cuarta parte (art. 1074 CCE); es uno de los negocios jurídicos susceptibles a la lesión [STS 24 de noviembre de 1960 (RJ 1960\3761), 25 de febrero de 1969 (RJ 1969\999) y la STS 203/2001, de 8 de marzo (RJ 2001\2597)]. Señala OLIVA⁴⁸⁶ que la razón que justifica la existencia de la rescisión en los casos de partición reside en la especial naturaleza de este acto, por cuanto que, “*al contrario de lo que ocurre en los contratos, carece de carácter especulativo*”⁴⁸⁷.

3.2.3. Legitimación para el ejercicio de la acción rescisoria

La Compilación catalana de 1960 atribuía legitimación para ejercer la acción de rescisión por lesión únicamente al enajenante; así, la CDCC optaba por una regulación asimétrica en el ejercicio de la acción⁴⁸⁸. La misma solución se

⁴⁸⁵ Por todo, véase DEL POZO CARRASCOSA, P., BOSCH CAPDEVILA, E., VAQUER ALOY, A., (2017): *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones... cit.*, pp. 575-578 y 597-598. Si el testador hace la partición en el mismo acto de disposición hereditaria (primera parte del art. 464-4.2 CCCat), en caso de contradicción las cláusulas de partición prevalecen sobre las dispositivas, ya que probablemente será en las primeras dónde el causante habrá prestado más atención. Si el testador hace la partición en un acto separado del de disposición hereditaria (segunda parte del art. 464-4.2 CCCat), en caso de contradicción prevalecen las cláusulas dispositivas, ya que ésta es, como regla general, la voluntad principal y la que debería prevalecer siempre. La discordancia que plantea el art. 464-4.2 CCCat es inicial, relativa al momento en que el causante hizo el testamento.

⁴⁸⁶ OLIVA BLÁZQUEZ, F., (2014): “Rescisión por lesión de la partición hereditaria y *favor partitionis*” en DOMÍNGUEZ LUELMO, A., GARCÍA RUBIO, M.P. (2014) (Dir.): *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum T.F. Torres García*, Madrid: La Ley, p. 1090.

⁴⁸⁷ En el CCE, igual que sucede en el art. 464-13 del CCCat, la mera constatación del desequilibrio económico objetivo abrirá las puertas a la rescisión por lesión, sin necesidad de probar que los encargados de llevar a cabo la partición actuaron con dolo o negligencia o aprovechándose del estado de necesidad de alguno de los coparticipes, cfr. OLIVA BLÁZQUEZ, F., (2014): “Rescisión por lesión de la partición hereditaria y *favor partitionis*... cit.”, p. 1091; también, DEL POZO CARRASCOSA, P., (2009): “Art. 464-13” ... *cit.loc.cit.*, p. 1644.

⁴⁸⁸ Sin embargo, en el Proyecto de Apéndice de Derecho catalán al Código civil formulado por Duran i Bas, la acción rescisoria (ex art. 240 del Proyecto de Apéndice) no estaba limitada al enajenante, cfr. MIRAMBELL ABANCÓ, A., SALVADOR CODERCH, P., (1995): *Projecte d'Apèndix i Materials precompilatoris del Dret civil de Catalunya*, Generalitat de Catalunya, p. 626.

encuentra en el *Code*, que en el art. 1683 indica “*la rescison pour lésion n’a pas lieu en faveur de l’acheteur*”.

Pero el desequilibrio contractual puede intervenir en contra de las dos partes del contrato, no sólo el enajenante⁴⁸⁹. El Libro Sexto ya regula simétricamente la institución: a favor de ambas partes, “*El contrato de compraventa y los demás de carácter oneroso pueden rescindirse si la parte perjudicada prueba que, en el momento de la conclusión del contrato...*” Esta es la línea que siguió en su día, también, la Ley 499 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra que atribuye el derecho a rescindir tanto al adquirente como al transmitente de los bienes enajenados. En el contexto navarro tiene sentido ya que se configura la figura desde un patrón subjetivo y ello es más acuerdo con la realidad social ya que el adquirente también puede encontrarse en algunas de las circunstancias subjetivas descritas por la Ley 499 como puede ser el estado de necesidad o la inexperiencia⁴⁹⁰.

3.2.4. Supuestos de exclusión de la acción rescisoria. Especial consideración de la enajenación mediante pública subasta.

El art. 321.2 CDCC excluía determinados contratos del ámbito de aplicación: la compraventa en pública subasta, los contratos en los que el precio o contraprestación hubiese sido decisivamente determinado por el carácter aleatorio o litigioso de lo adquirido y el llamado “*negotium mixtum cum donatione*” (en que la determinación del precio resultase del ánimo de liberalidad que ocurre en el enajenante)⁴⁹¹.

⁴⁸⁹ CHANTEPIE, G., (2006): *La lésion... cit.*, p. 260.

⁴⁹⁰ SABATER BAYLER, E., (2002): “Capítulo III. De la rescisión por lesión” ... *cit.*, p. 1693.

⁴⁹¹ No entraremos en detalle a analizar los supuestos de exclusión, cuyo análisis ha sido desarrollado, exhaustivamente, por MARTIN CASALS, M., *Comentarios... cit.* pp. 518-530. Debemos destacar que los casos de *negotium mixtum cum donatione* quedan excluidos del ámbito de aplicación de la rescisión por lesión ya que en estos casos nos hallamos ante un contrato que, aunque sea estructuralmente oneroso, el enajenante añade a la causa típica onerosa un componente de liberalidad que justifica el desequilibrio entre el valor de la venta del bien y lo realmente percibido. Es precisamente la suma de la causa gratuita en el negocio (estructuralmente) oneroso la que justifica el defecto de equivalencia, eliminando, así, toda

Constatamos que el CCCat elimina, en su nueva redacción, el supuesto de exclusión de la compraventa hecha en pública subasta; ello requiere un estudio más detenido, que procede a continuación⁴⁹².

El art. 321.2 CDCC establecía que “*no procederá esta acción rescisoria en las compraventas o enajenaciones hechas mediante pública subasta...*” La compraventa vehiculada a través de subasta judicial presume que el precio obtenido es el mejor posible, justificando así la exclusión de la aplicación de la *laesio ultra dimidium*.

En este sentido, en las compraventas o enajenaciones hechas a través de subasta pública, el precio no es determinado libremente por las partes sino que se obtiene en una tasación objetiva previa y en una licitación pública posterior. El Reglamento general de recaudación (RD 939/2005, de 20 de julio, en adelante RGR) establece que serán los órganos de recaudación competentes los que procederán a valorar los bienes embargados “*precios de mercado y de acuerdo con criterios habituales de valoración*” (ex art. 97.1 RGR).

Esta valoración efectuada por la Administración se notifica al deudor que, si no está de acuerdo, puede presentar una valoración contradictoria (ex art. 97.3 RGR) y será necesaria una tercera valoración en caso de discrepancia (ex art. 97.4 RGR). El importe resultante de estos trámites es el que se fijará como precio tipo de la subasta que se tenga que celebrar (art. 97.6 RGR).

La STJC de 17 de junio de 2002⁴⁹³ señala que “*aquesta valoració prèvia a la subhasta és garantia fonamental per als drets de l'executat i té per a ell una importància cabdal ja que li assegura que, a pesar de l'alienació forçosa,*

posible lesión. La STSJC 5/1997, de 6 de marzo (RJ 1997\2129), relativa a un caso de enajenación de la nuda propiedad de un piso con reserva de usufructo de una madre a su hija determina que “*no procede hablar de lesión cuando la diferencia entre el precio pagado y el valor en venta no es injustificada, sino que es conocida y querida por el enajenante y, por tanto, dotado de causa*” (FJ 4º). Véase también la SAP BCN 50/2005, de 16 de febrero (JUR 2005\80304).

⁴⁹² El art. 621-46.2 dice así: “*En el caso a que se refiere el apartado 1, la otra parte puede oponer que el pretendido desequilibrio se justifica en el riesgo contractual propio de los contratos aleatorios o en la existencia de una causa gratuita*”, excluyendo así del ámbito de aplicación los contratos aleatorios o aquellos en que exista un ánimo de liberalidad por parte del enajenante.

⁴⁹³ Sentencia accesible en los comentarios de PUIG I FERRIOL, Ll., (2005): *Jurisprudència Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 2001-2002*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 2005, pp. 204-213.

l'immoble embargat no serà subhastat per sota del seu valor real de mercat” (FJ 4º, párr. 5º).

Este acuerdo para proceder a la subasta es notificado a los interesados (art. 101.2 RGR) y se da la máxima publicidad a la convocatoria (art. 101.3 RGR) para que puedan tomar parte de la subasta todas las personas con capacidad.

Por este motivo el art. 321.2 CDCC excluía la rescisión por lesión de las compraventas o enajenaciones hechas mediante subasta pública ya que el precio no lo determinan libremente las partes sino que viene establecido con anterioridad por el procedimiento administrativo; así pues, la Compilación catalana presumía *iuris et de iure*, con el fin de preservar la seguridad jurídica de la adjudicación hecha en subasta pública, que en la venta derivada de ella el precio obtenido era el más alto que se podía obtener por la cosa vendida y que era su valor verdadero en venta sin posibilidad de lesionar a nadie (STSJC 17/2002, de 17 de junio, FJ 4º, párr. 8º). Se presumía el justo precio en las compraventas vehiculadas a través de subasta judicial. Sin embargo, lo cierto es que el precio que se obtenga no tiene que coincidir, necesariamente, con el precio justo⁴⁹⁴.

3.2.4.1. Adjudicación directa y exclusión de la acción rescisoria

Como ya hemos introducido, el art. 321.2 CDCC excluía del ámbito de aplicación de la acción de rescisión por lesión los supuestos de subasta pública ya que el

⁴⁹⁴, MARTIN CASALS, M., *Comentarios... cit.* p. 518: “*Si el justo precio de un objeto es aquel que resulta de la común estimación de los hombres (precio común, y diríamos hoy, precio de equilibrio del mercado), el precio que se obtiene en pública subasta no tiene por qué coincidir con él. El precio de remate será el precio singular que aquel que ofrece más esté dispuesto a pagar, por motivaciones individuales y subjetivas. En base a estas motivaciones individuales, el precio alcanzado podrá ser muy elevado, si elevado es el interés de los licitantes concurrentes en la obtención del objeto, o muy bajo, en caso contrario, pero nunca, por definición, el precio común (...). Como ha señalado algún autor, la exclusión obedece a una razón de orden práctico: el interés social en la estabilidad de los remates y la evitación de un sinnúmero de pleitos. Razón a la cual cabe añadir otra de orden teórico: la incompatibilidad institucional entre el mecanismo de la compraventa en pública subasta y el rescisorio por l.u.d. La primera tiene por objeto la adjudicación al mejor postor, sea cual sea el precio alcanzado. La segunda tiene la misión de tutelar la observancia de un cierto grado de equivalencia entre el precio pagado y el justo precio o precio de mercado del inmueble enajenado. La aplicación de la institución rescisoria iría contra la finalidad práctica de la subasta, obligando a desistir de ella en el caso que, a pesar de las subastas sucesivas, no se pudiera alcanzar un precio de remate no lesivo”.*

precio obtenido a través de este procedimiento se consideraba como óptimo. A pesar de ello, cabe plantear si la enajenación de un bien inmueble a través de un procedimiento de adjudicación directa realizada por la Administración excluye o no la posibilidad de aplicar la figura jurídica de la *laesio ultra dimidium*.

La STSJC 12/2017, de 30 de marzo (RJ 2017\2082) abordó la cuestión al resolver un caso en el que la venta se realizó mediante la gestión y adjudicación directa regulada en el art. 108 RGR y no a través de subasta judicial. Debemos plantearnos, pues, si el art. 321.2 CDCC excluía, también, la acción rescisoria en las compraventas realizadas mediante este tipo de procedimiento de enajenación de bienes o derechos embargados (arts. 100.1 y 107 RGR); el actual art. 621-47.2 CCCat, al no mencionar la subasta judicial como supuesto excluido del ámbito de aplicación de la acción rescisoria despejaría la duda en este sentido al permitir, por tanto, la rescisión de aquellas compraventas realizadas mediante procedimientos de adjudicación directa⁴⁹⁵.

El TSJC en su pronunciamiento asimila la naturaleza de la adjudicación directa con la del procedimiento de subasta administrativa, excluyendo, por tanto, las enajenaciones hechas a través de esta figura jurídica de la posibilidad de rescindir por lesión (ex art. 321.2 CDCC). Así, ya que nos encontramos ante un supuesto de procedimiento de ejecución forzosa del patrimonio del deudor, en el que la Administración adjudica el bien al mejor postor, a través del procedimiento administrativo previsto y en el marco del susodicho proceso de enajenación forzosa, el TSJC resuelve que, a pesar de la denominación adjudicación directa

⁴⁹⁵ Los hechos descritos en el caso son los siguientes: el Sr. I compró la finca objeto de litigio el 17 de diciembre de 1997. El 17 de diciembre de 2006 fue anotado en el Registro de la Propiedad el embargo de la finca por la Agencia Tributaria a raíz de un proceso de recaudación de asistencia mutua seguido contra el Sr. I, derivado de una actuación de la Hacienda Pública británica. A raíz de este embargo, la pareja del Sr. I (la Sra. E.) entabló una demanda con el fin de reivindicar la propiedad de la mitad indivisa de la finca, demanda que fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 33 de Barcelona, que dictó sentencia reconociendo la titularidad de la mitad indivisa de la finca a la Sra. E. El demandado era el propio Sr. I, quien se había allanado a la demanda. Seguidamente, la Sra. E instó tercería de dominio contra la Agencia Tributaria (AEAT) en relación con su finca, tercería que fue desestimada, motivo por el cual el procedimiento se siguió sobre la totalidad de la finca. En el procedimiento de apremio de la AEAT, la finca fue adjudicada a la empresa E.T. S.L. Las dos primeras subastas quedaron desiertas y se siguió el procedimiento de adjudicación directa, sin precio mínimo. El Sr. I planteó el recurso de casación articulado en un único motivo por infracción del art. 321 CDCC, ya que la adjudicación directa realizada por la AEAT a E.T.S.L fue satisfecha por un precio inferior a la mitad de la tasación realizada por la AEAT antes de proceder a la subasta en el procedimiento de apremio. El recurso fue desestimado.

ex art. 107.1 RGR, estamos ante una hipótesis sustancialmente idéntica a la de la subasta. En sentido contrario resolvió la STSJC de 17 de junio de 2002.

El TSJC entiende, pues, que las razones que lo llevan a excluir la adjudicación directa del mecanismo rescisorio ex art. 321 CDCC son las mismas por las que se impide la activación de la *laesio ultra dimidium* en los casos de subasta judicial⁴⁹⁶. Dice el TSJC que *“puede afirmarse, por tanto, que en los procedimientos de apremio por deudas tributarias la adjudicación directa constituye la última fase de la subasta y, de hecho, en lo no previsto expresamente para aquella, se dispone que deberá estarse a lo regulado para ésta (arts. 107.8 RGR). Por ello ambas formas de realización pueden asimilarse a los efectos que aquí se debaten, ya que en la adjudicación directa concurren las mismas razones que, según hemos dicho ut supra, justifican la exclusión de la rescisión por lesión ultra dimidium en la subasta”* (FJ 4º, párr. 4º, 2).

La naturaleza administrativa del procedimiento de apremio (ex art. 163.1 LGT, Ley 58/2003, de 17 de diciembre, [LGT]) permite entender que este procedimiento, según el criterio establecido por el magistrado Puig Ferriol en su voto particular incorporado a la Sentencia de 17 de junio de 2002⁴⁹⁷ *“no és altra cosa que un seguit d’actes interrelacionats entre ells, als quals escau la qualificació d’actes administratius, que no són altra cosa que una modalitat d’actes jurídics, que es defineixen com una manifestació de voluntat destinada i apta per a produir efectes jurídics; amb la particularitat que l’acte administratiu de forma unilateral produeix efectes jurídics que s’imposen als seus destinataris sense comptar amb la seva voluntat perquè es presumeix la seva conformitat amb l’ordenament jurídic”*.

⁴⁹⁶ Asimismo, señala la STSJC 12/2017, de 30 de marzo, que la adjudicación directa no constituye un contrato civil y, por tanto, no puede ser analizado desde esta perspectiva privada, cfr. FJ 4º, párr. 3º, 6: *“tanto porque el deudor propietario del bien inmueble embargado carece de libertad para prestar el consentimiento a su transmisión, como porque, aunque se respete el principio de composición y de contradicción en la valoración del inmueble (art. 97.3. RGR), no puede hablarse de igualdad de partes, al ser una de ellas la Administración Tributaria en el ejercicio de funciones públicas –gestión recaudatoria-, cuyo adecuado control, por tanto, solo puede atribuirse al orden jurisdiccional contencioso-administrativo (arts. 1 y 2 LJCA) y, en cualquier caso, no está expresamente atribuido a la civil (art. 3.a LJCA), con la salvedad de las especialidades previstas en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (cfr. Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción núm. 1/2016 de 27 abril)”*.

⁴⁹⁷ Véase el párrafo segundo del voto particular emitido por el magistrado Lluís Puig i Ferriol en la STSJC de 17 de junio de 2002.

En la Sentencia de 17 de junio de 2002, que resolvía un caso similar al de la sentencia de 2017, el TSJC dictaminó en el sentido de afirmar la posibilidad de rescisión por lesión en el supuesto de adjudicación directa de bienes embargados por deudas tributarias⁴⁹⁸. Observamos, pues, que la resolución de ambas sentencias es de sentido contrario. Así, el año 2002, el TSJC argumentaba que existían diferencias consustanciales entre las subastas públicas y las ventas a través de gestión y adjudicación directa y que, por tanto, la exclusión de la rescisión en los supuestos de enajenaciones por subasta judicial no impregnaba los casos de venta mediante gestión y adjudicación directa. Así, en la sentencia de 17 de junio de 2002, el TSJC observaba que en la adjudicación directa⁴⁹⁹:

- a) *“No es té en compte cap valoració objectiva ni contradictòria prèvia perquè no existeix preu mínim per a l’adjudicació (art. 150.3. b).*
- b) *No hi ha doncs, cap tipus de valoració ni preu mínim per a l’alienació. El preu es fixa lliurement entre l’adjudicador i l’adjudicatari sense intervenció de l’executat.*
- c) *Tampoc no hi ha publicitat obligatòria perquè es deixa al criteri de l’adjudicador fer-la o no (art. 150.2).*
- d) *Sense una publicitat objectiva no és possible aconseguir la lliure concurrència; i menys en aquest cas, en què s’havia establert un termini màxim de 6 mesos per a l’adjudicació directa i just al cap d’un mes ja s’havia adjudicat.*
- e) *D’aquesta manera no es pot dir –ni presumir- que s’ha obtingut el millor preu.*

⁴⁹⁸ PUIG I FERRIOL, LI., (2005): *Jurisprudència Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 2001-2002... cit.*, pp. 204 y sig.

⁴⁹⁹ Los motivos de distinción de ambos procedimientos aparecen descritos en la STJC de 17 de junio de 2002. El TSJC dictamina que *“queda demostrat que l’adjudicació directa no és igual, ni idèntica ni equiparable i ni tan sols semblant a la subhasta pública, ja que no compta amb cap de les garanties inherents i consubstancials a aquesta darrera”* (FJ 7º, párr. 1º). El reglamento general de recaudación al que hace referencia la STSJC de junio de 2002 es el que estaba vigente en ese momento (RD 1864/1990, de 20 de diciembre).

f) *Podrà, sí, ser un preu suficient per pagar el crèdit, però pot ser absolutament lesiu per a l'executat, cos que, justament i precisa, és el que ha succeït en aquest cas, com s'evidencia seguidament*⁵⁰⁰.

No obstante, el Tribunal recuerda que la rescisión por lesión se sustenta en un vicio propio de la onerosidad causal que se aplica, únicamente, a los contratos que se fundamentan en una causa onerosa ex art. 1274 CCE (FJ 4º, párr. 3º); en este sentido, por tanto, según la configuración de los actos administrativos, es la administración quien determina sus efectos, como actos unilaterales que son; consecuentemente, este vicio o defecto causal de la onerosidad no se les puede aplicar⁵⁰¹.

A partir de esta consideración, el TSJC equipara la naturaleza de la adjudicación directa con la de la subasta pública y excluye la aplicación de la rescisión por lesión en el supuesto objeto de controversia⁵⁰².

3.2.4.2. *La distinta naturaleza de la subasta judicial y la adjudicación directa*

El voto particular que formula la magistrada Núria Bassols Muntanda a la Sentencia de 2017 considera relevante la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la Sentencia de 17 de junio de 2002. Como ya hemos indicado, el núcleo fáctico de ambas sentencias es muy similar, aunque la resolución final del TSJC es distinta en cada una de ellas.

⁵⁰⁰ En la sentencia comentada de 2017, el precio también deviene lesivo ya que el precio final por el cual se adjudica la finca a E.T. S.L es de 1.501.125 euros, mientras que en la primera licitación el tipo de subasta y valoración de la finca era de 6.162.942 euros.

⁵⁰¹ Véase, también, el VP del magistrado Lluís Puig i Ferriol en la STJC de 17 de junio de 2002, párr. 4º, 1º.

⁵⁰² El Tribunal señala que también en “*la adjudicación directa puede presumirse fundadamente que se ha obtenido el mejor precio posible para la finca objeto de la litis en función de sus concretas circunstancias. Téngase en cuenta que, por lo que se refiere al presente supuesto, los elevados tipos de subasta en relación con el precio de remate aprobado finalmente en la adjudicación directa no son compatibles con que el recurrente hubiera concertado su ocupación por un tercero mediante un título arrendaticio de 30 años de duración con una renta mensual de 400 euros, lo que es indiciario de que su precio era sensiblemente inferior*”. En este sentido, el voto particular que efectúa la magistrada Núria Bassols i Muntada en la sentencia de 2017, también considera que este contrato de arrendamiento podía afectar la concurrencia de licitadores en la subasta y que dicha circunstancia influyó en el hecho que la Administración hubiera seguido con el procedimiento de adjudicación directa. Además, dicha actitud del recurrente es contraria a la buena fe ex art. 111-7 CCCat (VP 8º, párr. 12º).

Así, el voto particular coincide plenamente con la doctrina reflejada en la sentencia de junio de 2002 (debemos recordar que aquella también incorporó un voto particular emitido por el magistrado Lluís Puig i Ferriol, cosa que hace palmario el interés jurídico que despierta el núcleo central de la cuestión discutida) y, por tanto, la magistrada no comparte la exclusión de la adjudicación directa de forma general de la rescisión *ultra dimidium*.

Bassols considera, pues, que la adjudicación directa no es equiparable a la subasta pública ya que, como se puede inferir del texto desprendido de la STSJC de 17 de junio de 2002, la adjudicación directa “*no compta amb les garanties inherents i substancials*” (que sí tiene la subasta) (VP, 5º, párr. 7º). Y, por tanto, según el criterio de la magistrada, hace falta dar viabilidad a la aplicación de la figura rescisoria.

Sigue señalando Bassols que “*la manca de valoració objectiva, la manca de publicitat objectiva i la manca de lliure concurrència de licitadors (conseqüència de la minsa publicitat) que denunciava la Sentència de 17 de juny de 2002 pel cas de l’adjudicació directa, s’han de predicar de l’adjudicació directa regulada en el vigent RGR, i conseqüentment també la distinta naturalesa entre la subhasta i l’adjudicació directa, que impedeix l’aplicació de la rescissió per lesió o ultra dimidium a la darrera*” (VP, 4º, párr. 2º).

Que la naturaleza entre la subasta y la adjudicación directa es distinta es lo que acaba concluyendo la magistrada. En la primera, se establece un requisito obligatorio de publicidad y precio mínimo, que permite una mayor concurrencia de licitadores y un mejor precio; en sentido contrario, en la adjudicación directa ex art. 107 RGR, puede el precio bajar hasta niveles desproporcionados y lesivos. Asimismo, el mismo RGR considera los dos procedimientos como formas distintas de adjudicación en la vía de apremio.

Cuestiona Bassols, también, que aunque la adjudicación directa sea una forma de enajenación de carácter oneroso inserta en un procedimiento judicial o administrativo, ello no impide que desaparezcan o rebajen los derechos de carácter privado. El acto de adjudicación, aún ser acto administrativo, tiene consecuencias civiles: “*Per tant, té sentit reconèixer els drets de qui s’ha vist privat del seu bé immoble amb el pagament per part d’un tercer d’un preu injust,*

quasi vil, si precisament aquests drets estan protegits per una norma civil, en concret per l'article 321 de la Compilació de dret civil de Catalunya" (VP, 7º, párr. 8º, 9).

Consecuentemente, considera la magistrada que el Tribunal debiera haber continuado la doctrina establecida por la STSJC de 17 de junio de 2002 y, así, conformar doctrina jurisprudencial para el recurso de casación⁵⁰³. Sin embargo, la magistrada indica también que la doctrina de la rescisión por lesión no es aplicable en el caso concreto porque el recurrente Sr. I actuó de forma contraria a la buena fe y a la lealtad procesal, ya que como hemos indicado *supra* en relación con los hechos, su compañera presentó en el procedimiento de apremio, y antes de que tuviera lugar la primera subasta, un contrato de arrendamiento de la finca a su favor con una vigencia de 30 años y con una renta mensual de 400 euros, cosa que podía afectar la concurrencia de licitadores en la subasta. Y, posteriormente, el Sr. I se allanó a la demanda. Recordemos que el Juzgado había reconocido a la Sra. E., con anterioridad, la copropiedad sobre la finca. Esta conducta contraria a la buena fe y al principio de honradez en los tratos ex art. 111-7 CCCat pone en evidencia que el Sr. I no puede pedir, ahora, amparo por una consecuencia que, en cierta medida, ha sido causada por una actitud suya contraria a la buena fe.

Creemos que el argumento que emite la magistrada es acertado ya que del procedimiento que se origina en la subasta judicial se desprende la idea de un precio mínimo o justo; pero no podemos concluir lo mismo del procedimiento de adjudicación directa que, como queda determinado en el caso, ocasionó una lesión enorme en el recurrente. Se producen, por tanto, consecuencias de derecho privado para el recurrente que provienen de un procedimiento administrativo.

Ciertamente, el TSJC ha reconocido que no debe hacerse una interpretación restrictiva de la aplicación de la institución lesionaría. En el caso descrito por la

⁵⁰³ La contradicción entre la jurisprudencia que resulta de sentencias reiteradas del TSJC o del Tribunal de Casación de Cataluña es uno de los criterios que establece la ley como asuntos cuyo motivo de impugnación tiene acceso a casación enfrente del TSJC (cfr. art. 111-2 CCCat y art. 3 de la Ley 4/2012, de 5 de marzo, del recurso de casación en materia de derecho civil de Cataluña).

sentencia de 18 de setiembre de 2006⁵⁰⁴, el TSJC decidió proceder a la rescisión de un contrato de renta vitalicia o *violari* que es, por definición, un contrato aleatorio (el art. 321.2 CDCC excluía también los contratos aleatorios del campo de aplicación de la lesión en más de la mitad). La aleatoriedad del contrato de renta vitalicia consiste en que es incierto lo que durará la obligación de pagar la renta en cuanto depende de un elemento objetivamente incierto: el tiempo exacto que durará la vida de la persona que se toma como referencia para medir la duración de la obligación (*certus an et incertus quando*). Pero, si se produce una lesión objetiva cuando se determina la pensión, el contrato podrá ser rescindido (FJ 8º, párr. 6º). Así, cuando la equivalencia de las prestaciones es sólo formal o funcional pero no cuantitativa (una es causa de la otra, arg. ex. art. 1274 CCE), la acción de rescisión por lesión exige que se cumpla un nivel de proporcionalidad; por tanto, lo que protege la acción rescisoria es que exista una equivalencia objetiva que asegure un mínimo de equidad contractual, establecida en el límite de la mitad del precio justo o precio de mercado. En las rentas vitalicias constituidas a título oneroso para que se dé la equivalencia del riesgo entre las partes en el momento de la estipulación del negocio ambas deben tener una igual posibilidad de pérdida o de ganancia⁵⁰⁵ (véase *infra* §3.2.5.1.)

En los casos de adjudicación directa, la dificultad reside en determinar cuál es el precio justo o precio de mercado, pero ello no debería impedir la viabilidad de interponer una acción por lesión en más de la mitad en los supuestos como el descrito en la sentencia que comentamos.

Por otra parte, el caso hubiera estado distinto si nos encontrásemos no ante un procedimiento de adjudicación directa sino, por ejemplo, de subasta notarial⁵⁰⁶. Reconociendo que en éste último caso también se cumplen los requisitos de publicidad objetiva y se establece una “*cantidad mínima admisible para la*

⁵⁰⁴ STSJC núm. 34/2006, de 18 de septiembre (RJ 2006\8118). En un sentido similar, STSJC núm. 4/2008, de 14 de febrero (RJ 2009\3132).

⁵⁰⁵ Véase RAMOS GONZÁLEZ, S., (2009): “Rescissió per lesió del violari o pensió vitalícia sobre béns immobles: la consolidació d’una línia jurisprudencial del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya”, *Revista Catalana de Dret Privat* Vol. 10, pp. 183-210.

⁵⁰⁶ Arts. 72 a 76 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862. Estos artículos han sido incorporados a través de la Disposición Final 11.1 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria, que ha impulsado una modernización de nuestro ordenamiento procesal civil.

licitación en su caso” (ex art. 74.1 Ley del Notariado), por analogía, no sería procedente, tampoco, la acción rescisoria sobre una enajenación hecha mediante subasta notarial.

Llegados a este punto, resulta necesario determinar cuál habría sido la respuesta si el caso se hubiera planteado con el Libro Sexto del Código civil de Cataluña en vigor⁵⁰⁷. El art. 621-46.2 dice: *“En el caso a que se refiere el apartado 1, la otra parte puede oponer que el pretendido desequilibrio se justifica en el riesgo contractual propio de los contratos aleatorios o en la existencia de una causa gratuita”*. Vemos, por tanto, que el legislador catalán en el Libro sexto sólo hace referencia a dos supuestos de exclusión: los contratos aleatorios o aquellos en que concurra una causa gratuita. Ello abre la puerta a la rescisión de aquellas enajenaciones hechas mediante subasta en que el precio final resulte lesivo en más de la mitad.

Por otra parte, cabe señalar, que en sede de ejecución hipotecaria el ordenamiento jurídico limita el precio por el que pueden ser subastados determinados bienes. Así, en relación con la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, el art. 682.2.1ª LEC establece que el precio en el que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, que servirá de tipo en la subasta, no podrá ser inferior, en ningún caso, *“al 75 por cien del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario”*⁵⁰⁸.

Vemos, por tanto, que el legislador procura que exista un precio justo en las subastas de bienes hipotecados. Asimismo, en las subastas sin ningún postor, también el legislador pone certeramente de relieve la necesidad de garantizar un precio mínimo; el art. 671 LEC establece que, si se trata de la vivienda habitual del deudor, *“la adjudicación se hará por importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60 por cien”*; en el caso que no fuera la vivienda habitual del deudor, *“el acreedor podrá pedir la adjudicación por*

⁵⁰⁷ La Disposición final novena señala que la entrada en vigor es el 1 de enero de 2018.

⁵⁰⁸ En relación con todo ello, véase BONET NAVARRO, A., (2016): “Eficacia ordenadora del principio de autonomía privada y de sus límites en el sistema procesal civil” en PARRA LUCÁN, Mª. (Dir.): *La autonomía privada en el Derecho civil*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 492-493.

el 50 por cien del valor por el que el bien hubiera salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos”.

Finalmente, debe hacerse notar que el ordenamiento jurídico catalán contiene normas que limitan, también, el valor por el que pueden ser subastados determinados bienes. Así, el art. 569-7.3 c) CCCat, en relación con la realización del valor del bien mueble retenido, establece que el tipo de subasta, a falta de acuerdo entre las partes, debe ser, como mínimo, *“igual al importe de las obligaciones que han originado la retención más los gastos previstos para la enajenación y la entrega del bien”*⁵⁰⁹. Y, en lo relativo a la realización del valor del bien empeñado, el art. 569-20 establece que *“no se admiten, en primera subasta, posturas inferiores al importe de la deuda garantizada por la prenda más un 20% por los gastos originados por el procedimiento. La segunda subasta, que puede hacerse inmediatamente después de la primera, tiene como tipo mínimo el 75% de esta cantidad”*⁵¹⁰.

Considerado todo ello en su conjunto, queda puesto de relieve la sensibilidad legislativa en lo relativo a la determinación de un precio “justo” en aquellos procedimientos en que la enajenación del bien se produzca mediante una subasta.

3.2.5. La flexibilización de los presupuestos de la acción de rescisión por lesión

El art. 321.2 CDCC excluía la posibilidad de rescindir aquellos contratos en los que el precio o contraprestación hubiera sido decisivamente determinado por el carácter aleatorio o litigioso de lo adquirido. El art. 621-46.2, por su parte, señala que, en aquellos contratos lesivos en más de la mitad, la parte que no ha sufrido

⁵⁰⁹ También, en el mismo sentido, se establece en el art. 569-8.3 f) CCCat para el caso de realización del valor de la finca o del derecho retenidos.

⁵¹⁰ Nótese que el Libro Sexto del CCCat ha introducido modificaciones mediante la Disposición Final Quinta de dicho texto en relación con los preceptos citados arriba. Así, la nueva regulación ya no prevé la realización de una segunda subasta en los casos en que no se presente ninguna puja en la inicial (para la realización del bien mueble retenido y del valor de la finca o derecho retenidos); si ello fuera así, los retenedores pueden hacer suyo el bien si otorgan una carta de pago de todo el crédito y asumen los gastos del procedimiento. Se establece lo mismo para los casos de realización del valor del bien empeñado [art. 569-20. 3 c) CCCat].

la lesión, puede justificar dicho desequilibrio en el riesgo propio de los contratos aleatorios. Vamos a examinar brevemente la configuración de los contratos aleatorios y a detenernos en el matiz aportado por el Libro Sexto del Código civil de Cataluña.

GETE define el contrato aleatorio como aquel en el que una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o a hacer alguna cosa condicionando bien una de las obligaciones, o ambas, o sometiénolas a un término *certus an incertus cuando*⁵¹¹.

El contrato aleatorio es un contrato causalmente oneroso caracterizado por el elemento del alea o incertidumbre acerca del resultado económico del contrato, introducido por una condición o un término⁵¹². Es precisamente este alea la medida que se utiliza para el intercambio en este tipo de contratos.

Inherente al contrato aleatorio se presenta su resultado típico, que decantará la ganancia del mismo a favor de una de las partes; asimismo, la causalidad onerosa de este tipo de contratos implica que necesariamente debe predicarse de ellos la equivalencia de las prestaciones, aunque ésta resida en la igualdad de las partes ante la asunción del riesgo: por tanto, este tipo de contratos admiten la aplicación de normas causales como la rescisión por lesión “*siempre que resulte vulnerada la equivalencia en la probabilidad de beneficios y pérdidas*”⁵¹³.

La cuestión planteada es la relativa a la posibilidad de realizar un juicio de proporcionalidad o de equilibrio entre el riesgo asumido por las partes, de tal forma que se pueda acreditar que una de éstas tiene, desde el momento en que nace el contrato, mucho más a perder –económicamente- que la otra.

En el contrato aleatorio las partes han considerado que el importe total de una de las prestaciones no debe ser predeterminada en el momento de perfección del contrato, sino que su concreción debe depender de un alea, que las partes han introducido en el negocio (alea convencional) y que consiste por ejemplo, en el caso del violario o de la pensión vitalicia (ejemplo de contrato aleatorio constituido a título oneroso en que una persona se obliga a transmitir a otra un

⁵¹¹ GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., (1979): *Estructura y función del tipo contractual... cit.*, p. 551.

⁵¹² LLÁCER MATAÇÁS, M.R. (1992), *op.cit.*, p. 144.

⁵¹³ *Ibidem*, p. 145.

capital en bienes muebles o inmuebles a cambio de recibir una cantidad periódica de dinero durante el tiempo definido por la vida de una persona o más de una que vivan en el momento de la constitución, ex art. 624-1 CCCat), en un término incierto: el momento de la muerte del acreedor de la pensión o de otra persona. Las partes aceptan que, atendiendo la incertidumbre ligada al contenido de una de las prestaciones, la llegada del término resulta un beneficio para una sola de las partes.

En este tipo de contratos la dependencia del resultado económico de éste lo es de la condición o del término incierto que se establece. La resolución de esta incertidumbre, es decir, el cumplimiento de la condición o llegada del término, provoca un desequilibrio o falta de equivalencia económica (una ganancia de una parte correlativa a una pérdida de la otra). En base a esto, puede considerarse necesario impedir que pueda actuar la figura de la rescisión por lesión *ultra dimidium* porque en el contrato aleatorio se produce un desequilibrio económico estructural⁵¹⁴. Sin embargo, como ya hemos dicho, cabe determinar si, en un contrato aleatorio en el que un contratante efectúa una contraprestación que es disimétrica en más de la mitad del valor de la prestación efectuada por la otra parte, existe proporcionalidad en relación al riesgo asumido; si ello no es así, difícilmente existirá causa onerosa y por tanto, quedaría en entredicho el principio de equivalencia de las prestaciones propio de los contratos onerosos que propugna el Derecho civil catalán⁵¹⁵. Veámoslo con un poco más de detenimiento.

3.2.5.1. *El desequilibrio justificado en el riesgo contractual propio de los contratos aleatorios*

Ya hemos señalado que la CDCC no excluía, con enunciación abierta, la posibilidad de rescindir los contratos aleatorios sino aquellos contratos-aleatorios o conmutativos- en los que el precio se haya fijado en relación al carácter aleatorio del bien que se transmite; aleatoriedad del bien que no se centra exclusivamente en su existencia física o jurídica, sino también en la

⁵¹⁴ PUIG FERRIOL, LI., ROCA TRÍAS, E. (1982): *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña... cit.*, p. 31.

⁵¹⁵ MARTÍN CASALS, M., (1987): *Comentarios... cit.*, p. 521.

existencia de determinadas condiciones, fundamentalmente jurídicas, que influyen en su determinación y respecto de las cuales descansa la especificación del precio. Por lo tanto, en aquellos contratos aleatorios en los que sea posible valorar el riesgo y, por tanto, la proporcionalidad de las prestaciones, cabe la posibilidad de la existencia de lesión⁵¹⁶. Del mismo modo que es plenamente

⁵¹⁶ Véase la STSJC de 18 de septiembre de 2006 (RJ 2006\8118). Por su relevancia en este tema, cabe traer a colación al STSJC de 14 de febrero de 2008 (RJ 2009\3132). Los hechos que dieron lugar a esta fueron los siguientes: el año 1998 y a la edad de 88 años, la señora A decidió irse a vivir a una residencia geriátrica. La señora A recibía una pensión muy baja del Estado y la residencia le costaba más de 1000.- € por lo que decidió, a la edad de 90 años, suscribir con su vecina, la señora B, un violario o contrato de pensión vitalicia sobre el inmueble, situado en Barcelona, del cual la señora A era propietaria. De acuerdo con el contrato, la señora B adquiriría la nuda propiedad del inmueble, de manera que la señora A conservaba el usufructo sobre éste y adquiriría el derecho a una pensión vitalicia de 1502,53.- € mensuales, que se revalorizaba anualmente según el IPC. La señora A murió cuatro años más tarde, el 9 de setiembre de 2004, cuando la pensión subía a 1670,68.- €. La señora A había otorgado un testamento en que instituía heredera la que fue demandante en el caso. La demandante, en su condición de heredera de la señora A, interpuso una demanda contra la señora B, con las siguientes pretensiones: con carácter principal, solicitó la nulidad del contrato por falta de consentimiento de la señora A, atendiendo al deterioro de su estado de salud y de sus facultades cognoscitivas y volitivas (art. 1261 CCE), así como porque contravenía el artículo 16.2 de la Ley 6/2000, de 19 de junio, del Parlamento de Catalunya, sobre pensiones periódicas. El art. 16.2 de la Ley 6/2000, de 19 de junio establecía que: *“Es nula la pensión vitalicia constituida sobre la vida de una persona fallecida a la fecha del otorgamiento o que sufra una enfermedad que puede llegar a causarle la muerte durante los dos meses siguientes a la fecha de su constitución”*, dicho artículo ha sido sustituido por el art. 624-7.2 del CCCat, con un redactado prácticamente idéntico. De forma subsidiaria, solicitó la rescisión por lesión del violario prevista en el artículo 321 CDCC y la indemnización por los daños y perjuicios sufridos. En la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 48 de Barcelona del 1 de julio de 2005, se desestimó íntegramente la demanda: por una parte, la actora no había acreditado el deterioro de las facultades mentales de la señora A; por otra, no era de aplicación a los hechos el artículo 16.2 de la Ley 6/2000 diseñada para enfermos terminales, la muerte de los cuales se produce en el periodo de dos meses desde la celebración del contrato, y, además, el contrato no era rescindible por lesión, no porque no le fuera aplicable este remedio, como sostenía la parte demandada, sino porque el informe pericial de la parte actora, en el que se asignaba al inmueble un valor de dos veces superior al reconocido por la parte demandada, no había merecido ningún crédito por parte del juez. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Onceava, de 23 de abril de 2007 resolvió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora. La Audiencia estimó en parte el recurso y revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en el único sentido de declarar que no se debían imponer las costas en la primera instancia, pero confirmó la resta de pronunciamientos. Hay dos aspectos a destacar de la sentencia de la AP: el razonamiento que hace la AP sobre la interpretación pertinente del artículo 321.2 CDCC, que excluye de la acción de rescisión *“aquellos contratos en los cuales el precio o contraprestación haya sido decisivamente determinado por el carácter aleatorio o litigioso del que se adquiere”* y, por tanto, no los contratos aleatorios. En segundo lugar, la imposición a la parte actora de las consecuencias negativas derivadas de la falta de prueba de la existencia de desproporción entre las prestaciones. Finalmente la parte actora interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia de la AP. Ello dio lugar a la STSJC de 14 de febrero de 2008; en dicha sentencia, el TSJC introdujo la sentencia destacando que en los contratos aleatorios también podía romperse la equivalencia del riesgo asumido por cada parte en el momento de celebración del contrato y que, si ello sucedía, era justo que operaran determinados remedios legales con el fin de conservar la reciprocidad de las prestaciones. Finalmente, el TSJC desestimó el motivo relativo a la rescisión por lesión ya que la actividad probatoria era insuficiente y no se había acreditado

factible apreciar elementos aleatorios en contratos conmutativos como el de compraventa y en base a ello negar la rescisión. Por ejemplo, los casos de venta de herencia (ex art. 1531 CCE), negocio que se perfila como conmutativo⁵¹⁷, ya que no existe condición o término que sujete ninguna de las obligaciones dimanantes del contrato⁵¹⁸, pueden verse afectados por la llamada aleatoriedad económica⁵¹⁹, pero no es suficiente para eludir la aplicación de las normas causales tales como la rescisión por lesión o la obligación de sanear a cargo del vendedor.⁵²⁰ De hecho, la aleatoriedad se desplaza siempre al objeto del negocio, por tanto, deberíamos hablar propiamente de negocio con objeto aleatorio y no de negocio aleatorio⁵²¹. Eso es lo que establecía el legislador catalán en el art. 321 CDCC ⁵²².

que el inmueble tuviera, en el momento de conclusión del contrato, un valor de dos veces más superior a las valoraciones realizadas por la demandada.

De todo ello extraemos que la rescisión por lesión como remedio reequilibrador de la justicia contractual debe desplegar su eficacia si el contrato no está produciendo los efectos que se esperan de su función económica en sentido causal.

⁵¹⁷ RUBIO GIMENO, G., (2003): *La venta de herencia*, Barcelona: Marcial Pons, p. 77: “*la conclusión parece clara: la venta de herencia, ajustada al a tipicidad que le confiere el art. 1531 CCE, no constituye un negocio aleatorio y las situaciones en las que una cierta aleatoriedad pesa sobre el negocio nos remiten a supuestos distintos al típicamente referido por el legislador; casos en los que verdaderamente las partes convienen sobre un objeto incierto o dudoso; un objeto aleatorio, cuyo contenido está pendiente de determinación al tiempo de celebrarse la venta*”. Estos son los casos a los que se refería el legislador catalán como supuestos de exclusión de la acción rescisoria ex art. 321 CDCC.

⁵¹⁸ RUBIO GIMENO, G., (2003): *op.cit.*, p. 76: “*en el caso de la venta de herencia toda referencia es a un tiempo pasado; así, todo el esfuerzo del legislador se dirige a la reconstrucción de la herencia tal como le fue deferida al heredero vendedor, sin que ningún hecho por suceder sujete la prestación a la que se obligó alguna de las partes al celebrar la venta*”.

⁵¹⁹ RUBIO GIMENO, G., (2003): *op.cit.loc.cit.*, p. 77: “*en estos supuestos cabrá plantearse la existencia de un alea en sentido económico, no siempre típico, que llevará consigo, a pesar de no alterar en todos los casos la estructura conmutativa del negocio, la modificación de la incidencia de ciertas normas causales*”.

⁵²⁰ RUBIO GIMENO, G., (2003): *op.cit.*, pp. 107-108. Observamos que en los casos de cesión de herencia en nuestro marco legal que no existe ningún hecho incierto futuro o que haya de ocurrir en un tiempo incierto que sujete alguna de las prestaciones de las partes y que nos permita sustentar la caracterización de la venta de herencia como un negocio aleatorio.

⁵²¹ Por todo, véase RUBIO GIMENO, G., (2003): *op.cit.*, p. 75.

⁵²² MARTÍN CASALS, M., (1987): *Comentarios... cit.*, p.520 y sig. En el CCE, los contratos de renta vitalicia en los que existe una desproporción entre las prestaciones de las partes pueden ser atacados por falta de causa, si la desproporción es tan significativa que desaparece para una de las partes el requisito de la aleatoriedad (STS de 11 de junio de 2003, RJ 2003\5347): “*De acuerdo con el 1802 del Código civil, el de renta vitalicia es un contrato aleatorio, siendo incierto el tiempo durante el cual habrá de pagarse la renta; si en virtud de la desproporción existente entre las prestaciones de las partes, desaparece para una de ellas ese requisito de la aleatoriedad, podrá llegar a la declaración de nulidad del contrato, pero no por la existencia de dolo, sino por la inexistencia de causa, y siempre que no conste la existencia de un animus donandi*” (FJ 2º).

Contemplada la exclusión que hacía el 321 CDCC, observamos que el CCCat limita más restrictivamente las causas de oposición a la acción de rescisión por lesión. El art. 621-46.2 CCCat, como ya hemos visto, abre las puertas a la rescisión de las compraventas efectuadas mediante subasta pública y, en lo que refiere a la aleatoriedad negocial, determina que la parte beneficiada puede alegar, con el fin de evitar la rescisión del contrato, que el desequilibrio económico encuentra sustento en el riesgo contractual propio de los contratos aleatorios. Observamos, pues, que ya no determina la aleatoriedad del objeto del negocio, sino que lo limita a los propiamente contratos aleatorios. Queda claro, pues, que aquellos contratos conmutativos que integren algún elemento de aleatoriedad en lo relativo al objeto (como hemos visto, el caso de la venta de herencia) ya no plantearían la duda de la posibilidad de rescindirse o no por lesión. Además, el legislador no excluye directamente los contratos aleatorios, sino que la parte que se opone a la acción rescisoria puede alegar que el desequilibrio del contrato es debido al riesgo contractual característico de los contratos aleatorios; característica que, sin embargo, es susceptible de ser examinada bajo un juicio de proporcionalidad en la asunción de dicho riesgo por las partes, como señala el TSCJ en los casos relativos a contratos de pensión vitalicia⁵²³, y, si una vez examinado éste, hay un desequilibrio que no responde propiamente al riesgo contractual ya de por sí propio de los contratos aleatorios, cabrá la posibilidad de rescindir el negocio. Las causas de oposición, pues, se limitan.

La conclusión parece clara: esta empatía por un derecho contractual más justo, que se aleja de los códigos liberales del siglo pasado, tiende a configurar nuevos instrumentos o a reformar los ya existentes con un objetivo claro de protección de la parte débil; ampliando las posibilidades, dentro del marco de configuración de las distintas normas, de dejar abierta la puerta a que el negocio jurídico establecido por las partes sea lo más justo posible.

3.2.5.2. *Contratos en los que el precio haya sido determinado por el carácter litigioso de lo adquirido*

⁵²³ Véase lo anotado *supra* en la nota 516 de este mismo capítulo.

Es de interés abordar que el art. 621-46.2 tampoco incorpora como causa de oposición a la acción de rescisión por lesión aquella relativa a los contratos en que el precio se hubiera determinado por la litigiosidad del objeto adquirido, como sí se preveía el 321.2 CDCC.

Así, por ejemplo, la cesión de un crédito litigioso, derecho incierto o dudoso por haberse entablado una controversia judicial sobre su existencia o titularidad, plantea también la cuestión relativa a la posibilidad de hacer un juicio sobre cómo se establece o cuál es el equilibrio económico justo entre lo intercambiado por las partes; la litigiosidad del crédito determina, precisamente, que el valor económico del crédito disminuya en consideración de un suceso de incierta resolución. Nótese, pues, que puede entenderse dicha cesión como un negocio aleatorio en atención a lo incierto que es el resultado económico de la convención⁵²⁴.

La litigiosidad del derecho determina, pues, un devalúo en el valor económico del crédito litigioso y ello presupone, como señala RUBIO GIMENO, la necesidad de atribución de algún valor a dicho crédito: el problema aparece ante la falta de criterios para fijar dicho valor⁵²⁵. Aunque son, precisamente, las condiciones de la cesión las que motivan el precio final; entonces, la pregunta que nos planteamos es cuál es el precio justo de un crédito litigioso⁵²⁶. La dificultad para establecer dicho precio es la razón por la que el 321.2 CDCC permitía la oposición a la acción rescisoria por lesión en más de la mitad.

A los efectos que interesan a nuestro estudio, tampoco se considera el carácter aleatorio o litigioso de la cosa vendida como un caso de desequilibrio de prestaciones. Significa que, en la formación del precio, se han tenido en cuenta ciertas circunstancias objetivas que acompañan a la cosa (el riesgo de su inexistencia o de su pérdida) que evidentemente disminuyen su valor en venta.

⁵²⁴ Por todo, véase RUBIO GIMENO, G., (1995): *El derecho litigioso: cesión y retracto*, Madrid: Mc Graw-Hill, p. 94 y sig.

⁵²⁵ RUBIO GIMENO, G., (2016): "Cessió de crèdits litigiosos i protecció del deutor cedit, *InDret*, p. 15.

⁵²⁶ *Idem*, señalando la autora algunos criterios de valoración de este precio en el contexto concursal como la regla que emana del art. 82.3 LC según la cual la valoración se realizará según el valor de mercado del bien que se relaciona con el valor razonable del bien en relación con un valor de mercado fiable ex art. 38bis.2 Código de comercio. El problema señalado por la autora es que es necesario un mercado estable más o menos transparente que permita extraer dicho valor.

RIBOT IGUALADA señala que *“cuando el artículo 321.2 habla de carácter aleatorio o litigioso del bien que se adquiere (...) se está refiriendo (...) exclusivamente a aquellas condiciones de la cosa que le confieren una incertidumbre o indeterminación en relación a su existencia en el momento de entrar a formar parte del patrimonio del adquirente o bien en relación a su permanencia futura en este (...) no todas las circunstancias que suponen una reducción más o menos sustancial del precio de venta implican la definición del carácter aleatorio de la cosa y, por tanto, la exclusión de la posibilidad de la rescisión de la enajenación efectuada (...) la aleatoriedad (...) se centraría en la probabilidad, conocida y considerada por las partes al momento de la celebración del contrato, de la pérdida total de la cosa enajenada”*⁵²⁷.

A pesar de esta flexibilización de los presupuestos y de los tintes con fundamentos subjetivos que vemos en las sentencias que hemos comentado, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sus sentencias más recientes, sigue amparándose en el fundamento objetivo de la institución vigente en los artículos 321 y sig. CDCC.

En este sentido, es interesante traer a colación la STSJC núm. 8/2012, de 23 de enero (RJ\2012\4210), que hace un examen del contexto normativo-jurisprudencial de la figura de la rescisión por lesión, concluyendo que el fundamento es puramente objetivo. Así, la Sentencia cita referentes como la STSJC de 4 de julio de 1990 (RJ \1990\9032) o la STSJC 12/1990, de 20 de diciembre (RJ \1992\2580), en la misma dirección.

Siguiendo el mismo hilo conductor también en la STSJC 32/1995, de 20 de noviembre expone que no debe presumirse – en las ventas por debajo de mitad del justo precio- que el vendedor contrató con la voluntad viciada por error, engaño o necesidad, ya que esto sería un parecer subjetivista que llevaría a considerar la lesión como un vicio del consentimiento similar a la regulación del 1265 CCE.

Debemos concluir que, a pesar que la valoración del riesgo se realice a través de parámetros puramente objetivos, ocurre que la rescisión por lesión deviene

⁵²⁷ RIBOT IGUALADA, J. (1992): “Rescissió per lesió i expectatives urbanístiques: l’aleatorietat d’allò adquirit i el càlcul del preu just”. *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 91, N°2, pp. 305- 348.

un instrumento para recuperar un equilibrio que se perdió por quien carecía de elementos para valorar el riesgo –circunstancia que explica que se haya colocado en una situación de “víctima” o “parte débil” del resultado económico del contrato.

3.2.6. ¿Es realmente equitativo un modelo exclusivamente objetivo de reequilibrio de la economía del contrato? De la rescisión por lesión a la ventaja injusta.

El mantenimiento de la lesión desde un patrón puramente objetivo, tal y como discurre en el art. 621-46 CCCat, es procurado también por otros ordenamientos como el Código civil austríaco⁵²⁸ o en el derecho consuetudinario de Jersey, en las Islas del Canal⁵²⁹. Dichos modelos permiten la rescisión de aquellos contratos que son lesivos en más de la mitad del precio justo, sin recabar ningún elemento personal en una de las partes que la enmarque en una situación de debilidad, aprovechada por la otra, y que dé lugar a un contrato altamente desequilibrado.

Observamos que existen pocos ordenamientos que mantengan una concepción de la injusticia en los contratos exclusivamente desde una vertiente material, centrada en el resultado final del contrato, sin consideraciones relativas a la formación del consentimiento que dio lugar al contrato final.

3.2.6.1. Rescisión por lesión e irrelevancia del dol personné

⁵²⁸ Arts. §934 y 935 ABGB. El legislador austríaco mantiene la figura lesionaria, pero determina su fundamento en el error sobre el precio. También en el Código civil francés, para la compraventa de inmuebles, ex art. 1674.

⁵²⁹ Un estudio extenso sobre la “*déception d’outré moitié de juste prix*” o lesión en el Derecho de Jersey se encuentra en FAIRGRIEVE, D., (2016): *Comparative Law in Practice: Contract Law in a Mid-Channel Jurisdiction*, Oxford and Portland: Hart, pp. 114-118. Véase también una relación de las influencias del derecho francés, inglés y normando en el Derecho de Jersey en ZWALVE, W.J., (2002): “Snell v Beadle. The Privy Council on Roman Law, Norman Customary and the *lus commune*”, en LIGHT, L., RUITER, J., (Eds.) (2002): *Viva Vox Iuris Romani*, Amsterdam: Gieben, pp. 379-386.

En relación con el Derecho de Jersey debe traerse a colación el caso de *Snell v Beadle (otherwise Silcock)*⁵³⁰. Los hechos, resumida sucintamente, son los siguientes: el Sr. Snell y la Sra. Beadle celebraron un contrato para establecer una servidumbre de paso a favor del Sr. Snell (propietario de las fincas “Broadlands” y “Abalone”) a través de la finca de la Sra. Beadle, por un precio de 100 libras, aconsejado por los abogados del Sr. Snell. El Sr. Snell, en ese momento, se encontraba en una situación de urgente dificultad financiera y por ello necesitaba rentabilizar las dos propiedades que había adquirido por herencia, pero para ello era necesario la servidumbre de paso para que pudieran acceder vehículos a sus dos fincas. La Sra. Beadle instó la rescisión del contrato alegando que había sufrido una presión indebida cuando lo firmó y que el precio pagado por el derecho de servidumbre de paso a través de su finca era lesivo. La *Royal Court*, en primera instancia, desestimó la demanda de la Sra. Beadle argumentando que había firmado el contrato libremente y que no tenía ninguna relación de confianza con el Sr. Snell. En apelación, los argumentos de la Sra. Beadle se basaron en la existencia de dolo y en el precio lesivo por el que el Sr. Snell había adquirido el derecho de servidumbre de paso.

La *Court of Appeal* distinguió los conceptos de *dol réel* y *dol personnel*, argumentando que éste último no se exige cuando la lesión es en más de la mitad y añadiendo que el remedio rescisorio en los casos de *laesio enormis* (“*déception d’outré moitié*”) forma parte del Derecho consuetudinario de Jersey⁵³¹. Las cuestiones que se plantearon ante la última instancia eran las relativas a la distinción entre *dol réel* (*dolus re ipsa*⁵³²) y *dol personnel* como parte

⁵³⁰ *Snell v Beadle (otherwise Silcock)* [2001] UKPC [5].

⁵³¹ En la sentencia se señala que, por el hecho de que el Derecho consuetudinario de Jersey no se refleja en ninguna *coutume*, cabe examinar los primeros escritos en relación con las leyes de las costumbres de Normandía, de Derecho Romano, así como el Derecho francés codificado en la actualidad. Por ello, en la sentencia (párr. 22) se cita la constitución C.4, 44, 2 de Dicoleciano (*laesio enormis*) como norma histórica en la que se encuentra la institución de la lesión *ultra dimidium*.

⁵³² Cabe señalar que el *dolus re ipsa* (distinto del vicio de la voluntad que es el *dolus venus* o *dolus ex proposito*) se distingue del *dolus incidens* (dolo incidental, que tiene efectos resarcitorios; si no existiera la intención maliciosa de quien produce el daño, el que sufre el dolo hubiera contratado igualmente, pero en otras condiciones). En relación con ellos, cabe distinguir la lesión que proviene del dolo de la que resulta de una falta de adecuación entre el precio pagado y el precio justo. El *dolus re ipsa* deriva de la interpretación legista de una norma atribuida a Ulpiano (D. 45, 1, 36), que otorga al estipulante que ha sufrido un dolo incidental una *exceptio doli* ya que, a priori, en la concepción de los glosadores, cualquier contrato celebrado bajo la forma de una estipulación devenía “*stricti iuris*”, no susceptible de ser rescindido por lesión. Se

de la *déception d'outré moitié* y si el remedio rescisorio era o no de aplicación a los derechos de servidumbre de paso.

La regla consuetudinaria en este caso sigue la línea marcada por el Derecho romano. Por tanto, aquellos contratos en que el vendedor reciba menos de la mitad del justo precio serán rescindibles, sin necesidad de que exista algún elemento propio del *dol personnel*. En el párr. 29 de la sentencia se hace la distinción entre los dolos apuntados anteriormente: “*on distingue en droit le dol en réel ou personnel... ainsi dans tous les contrats ou il y a déception d'outré moitié du just prix, il y a un dol suffisant pour en anéantir l'effet; ce dol s'appelle réel, parce qu'il peut ne pas procéder de la volonté de celui auquel on l'oppose, et qu'il est toujours certain qu'il a son principe dans la va'leur de la chose vendue*».

Lo que se discute es si en ese momento el Derecho de Jersey exige, además de una lesión *ultra dimidium* en el precio, algún tipo de requisito subjetivo (párr. 35). Es decir, si la lesión económica es requisito suficiente para rescindir el contrato o si, por el contrario, deben existir otras circunstancias que vicien el consentimiento prestado. La sentencia determina que la *déception d'autre moitié* es un remedio autónomo y que no es necesario probar la existencia de ningún tipo de dolo o conducta intencionada en una de las partes.

distingue entre *deceptio ex proposito* y *deceptio re ipsa*; *deceptio* equivalente a daño, a lesión patrimonial en el sentido más amplio, procedente de una errónea apreciación del valor de un objeto, sin indicación de si esta apreciación falsa ha sido inducida por un acto humano. No es dolo propiamente dicho porque no procede de la voluntad *ex proposito*. El dolo, en un sentido estricto, aunque dé lugar a una lesión mínima, será objeto de actuación contra él. En cambio, en otro sentido, en los casos de *dolus re ipsa*, no existe dolo propiamente, sino que lo que es injusto es el propio objeto. Esta injusticia tiene origen en la desproporción entre el precio pagado por la cosa y el precio justo de ésta. Por todo ello, véase MARTÍN CASALS, M., (1984): *Lesió "ultra dimidium" i equivalència. Naturalesa de la lesió i àmbit d'aplicació...* cit. p. 357, señalando que “*l'anomenat dolus re ipsa no intervé en el moment de la celebració de l'estipulació sinó en el moment en el qual hom demana el compliment de l'obligació estipulada, el qual, si es produís, provocaria una lesió u.d a l'obligat... El "dolus re ipsa" és un dol sobrevingut... que es deriva de l'exercici d'una acció per demanar el compliment d'una obligació; donat que la realització de la prestació que constitueix el seu objecte provocarà una l.u.d, hom considerarà l'estipulació com a privada de causa i hom atribuirà al lesionat una "exceptio doli"*. Debemos pensar que el *dolus re ipsa* fue un expediente que sirvió para extender a los contractos *stricti iuris* el remedio de la lesión enorme, equiparando así la lesión al dolo a efectos procesales, cfr. MARTÍN PÉREZ, J.A. (1995): *La rescisión del contrato...* cit., p. 100. Este *dolus re ipsa* detecta, por tanto, un desequilibrio en las prestaciones de las partes que deriva de la existencia de una lesión *ultra dimidium* y, por tanto, incide en la existencia o no de causa como función típica del contrato perseguida por las partes.

La otra cuestión que se discute es si un contrato por el que se establece un derecho servidumbre de paso puede ser susceptible de ser rescindido por lesión o no (párr. 42 y sig.). La sentencia considera que el remedio no se aplicaría en aquellos contratos en los que el precio haya sido acordado por un deseo de liberalidad del vendedor o en los contratos aleatorios. La base para aplicar este remedio es que « *something has occurred which is different from that which would have occurred if the parties had been transacting with each other in good faith* » (párr. 44). Enlazando con la buena fe, si las partes han contratado con pleno conocimiento de que el precio era más bajo comparado con el precio de mercado, debe respetarse el principio del *pacta sunt servanda* (“*la convention fait la loi des parties*”) (párr. 34).

Así, el *Privy Council* parece señalar la necesidad de probar un determinado componente de mala fe (párr. 44), alejado del tradicional razonamiento relativo a la lesión en más de la mitad, basado únicamente en la desproporción excesiva entre las prestaciones. Sin embargo, contradictoriamente, en otras partes de la sentencia (párr. 46), el mismo Tribunal destaca que el elemento determinante de la *déception d'autre moitié* es el desequilibrio entre las prestaciones, sin necesidad de que exista un *dol personéel*. FAIRGRIEVE señala que ello es un ejemplo de la influencia de la noción de causa francesa en el ordenamiento de Jersey, que permite una intervención judicial en aras a restablecer la justicia en el contrato⁵³³.

Así, el remedio enlaza con el principio de la buena fe aunque la noción de *dol réel* no responde a un mal intencionado de una de las partes, sino que la lesión se produce por culpa de una valoración errónea del objeto del contrato⁵³⁴.

⁵³³ FAIRGRIEVE, D., (2016): *Comparative Law in Practice: Contract Law in a Mid-Channel Jurisdiction...* cit., p. 82: “*The use of cause in Jersey is also perhaps illustrative of a different philosophy to the law of contract, one which is less defined by economic efficiency and legal certainty, and in respect of which judicial interventionism is more readily accepted*”.

⁵³⁴ [46]: “*thus parties who deal with each other with full knowledge of the facts, and who enter into a bargain at a price which is intended by both of them to be a specially reduced price, cannot say that there was a dol reel simply because the price which they agreed to was less than the juste prix. They cannot say that in their case good faith requires that the price be made up to the juste prix or the bargain be cancelled*”.

Asimismo, el Tribunal señala, también, que el derecho de servidumbre de paso establecido entre las partes sólo tiene interés entre ellas y no es un derecho que pudiera venderse libremente en un mercado abierto⁵³⁵.

Finalmente, la sentencia determina que como el litigio no versaba sobre un caso de un derecho de compraventa y las partes no habían probado cuál era el precio justo objetivo del derecho de servidumbre de paso que se discutía, no se podía rescindir el contrato, alegando que, además, la acción caducaba a los treinta años y que, por tanto, era determinante el concepto del justo precio en el momento de celebración del contrato para poder dar cabida a la acción de rescisión del mismo⁵³⁶.

La sentencia también establece que el contrato fue celebrado por personas con plena capacidad de obrar que firmaron el contrato libremente y que permitir la rescisión de este contrato abriría la posibilidad de que se rescindieran contratos durante 30 años (plazo de caducidad de la acción) facilitando así que una de las partes obtuviera dos veces más del precio que había pactado. Asimismo, se señala que el remedio previsto en casos de rescisión del contrato por *déception d'autre moitié* no sería la anulabilidad del contrato (como instaba la demandante), sino que la parte beneficiada debería completar el precio hasta llegar a la mitad del precio justo.

Sin embargo, existe un voto particular formulado por dos magistrados a la sentencia señalando que, aunque objetivamente el precio justo de este derecho (el de servidumbre de paso) sea difícil de determinar, 100 libras es mucho menos de la mitad del justo precio que se establecería por un derecho similar⁵³⁷.

⁵³⁵ [48]: “*the right of servitude which Mr. Snell was seeking to purchase had no market value that either party could determine by looking at the matter objectively. It was not capable of being enjoyed or put to use by anyone other than the proprietor of the dominant tenement*”.

⁵³⁶ [53]: “*if the parties to a transaction are to be subjected to risk that the remedy may be invoked over such a long time period, there is an obvious need for this to be capable of being determined objectively at the time when the transaction was entered into by means of reliable and independent evidence. When that evidence is not only lacking (...) but is incapable of being provided because the transaction was such that there was no other way by which parties could determine the price for it at the time than their own estimate of what it was worth, there is a strong case for holding that remedy for *déceptio d'autre moitié du juste prix* does not apply to it*”. Añadiendo que ello significaría abrir la posibilidad de rescindir contratos celebrados siguiendo los parámetros de la buena fe a arbitrio del vendedor, sabiendo que puede obtener un precio más alto.

⁵³⁷ A favor de la posibilidad de rescindir contratos que establezcan derechos de servidumbre de paso, ZWALVE, W.J., (2002): “*Snell v Beadle. The Privy Council on Roman Law... cit.*”, p. 385.

Asimismo, el voto también critica que no se acepte la rescisión de un derecho de servidumbre de paso por no haberse contemplado doctrinalmente (sólo está previsto para el caso de la compraventa). Los magistrados firmantes del voto particular consideran que el Derecho debe adaptarse a las circunstancias del momento y evolucionar; por tanto “*it would not be right to deny the remedy because of the distinction between a sale of land and a sale of right of way over land*” (párr. 68).

Como puede observarse, el caso de *Snell v Beadle* pone en tela de juicio la viabilidad de la figura lesionaria con un planteamiento puramente objetivo o de justicia sustantiva, cuando pocos sistemas jurídicos la consideran desde esta perspectiva en sus ordenamientos. Desde nuestro punto de vista, en aras a lo que ha hecho ya el legislador catalán regulando la ventaja injusta, es conveniente abrazar las fórmulas propuestas por el *soft law* (véase el Capítulo III) alejadas del fundamento exclusivamente objetivizador que ha venido caracterizando la *laesio enormis*: la opción, respecto a la rescisión por lesión, no debe ser el rechazo hacia una institución anacrónica, sino la oportunidad de transformarla en un instrumento de justicia contractual⁵³⁸.

El legislador catalán ha optado por regular ambas figuras cuando, bajo nuestro punto de vista, hubiera podido hacerlas convergir en una sola, como se propondrá en el Capítulo IV.

Desconocemos las razones por las que el legislador catalán ha optado por mantener y generalizar la vieja doctrina de la *laesio enormis*, más aún cuando incorpora en el mismo texto legal una figura como la ventaja injusta, con el mismo fin reequilibrador y de protección de la parte débil. Suponemos que se trata de una cuestión de respeto a la tradición jurídica y de hacer evidente la conexión entre antiguas y nuevas instituciones⁵³⁹, señalando, una vez más, que el

⁵³⁸ Al respecto, véase COLLINS, H., (2003): “La giustizia contrattuale in Europa”, *Rivista Critica di Diritto Privato*, p. 678 y D'ANGELO, A., (2004): “La buona fede” en BESSONE, M., (Dir.): *Il contratto in generale*, Tomo IV, Vol. XIII, Torino: G.Giappichelli Editore, p. 155.

⁵³⁹ La competencia de la Generalitat de Cataluña en materia civil se ampara en lo que establece el art. 149.1. 8ª de la Constitución española y el art. 129 del Estatuto de Autonomía de Cataluña - anterior art. 9.2 EAC 1979 -. El art. 149.1. 8ª CE atribuye competencia exclusiva al Estado para legislar en materia civil sin perjuicio de la competencia para la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas “*de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan*”. Cataluña es una de las comunidades en que existe derecho histórico preexistente

Derecho de contratos- tal y como ya hemos apuntado en el Capítulo primero- no es una cuestión meramente técnica, sino también política. Vemos, pues, como en este caso y desde un punto de vista normativo, la teoría política del comunitarismo legitimaría la apuesta por la permanencia de la lesión en más de la mitad en el nuevo Libro Sexto⁵⁴⁰. El mantenimiento de la *laesio enormis* puede comportar que algunos contratos altamente desequilibrados no puedan rescindirse por no llegar la desproporción a la mitad del valor de mercado, pero, a su vez, permite que se rescindan contratos que se han formado en un contexto contractual justo, aunque el resultado no sea un *win-win* para ambas partes.

Sin embargo, en atención a que el Libro Sexto establece que el Título I acogerá la parte general de las obligaciones y los contratos⁵⁴¹, entendemos que la figura de la ventaja injusta (absorbiendo la lesión en más de la mitad en su articulado, como desarrollaremos más adelante en el Capítulo IV) debería realojarse sistemáticamente en ese Título, como remedio general que permitiera anular aquellos contratos altamente desequilibrados, inspirada en los modelos subjetivos (en consonancia con las propuestas del *soft law*) con el fin de

a la CE. Aunque la fórmula del texto constitucional es indirecta o casi implícita, ya que el art. 149 CE recoge las competencias exclusivas del Estado y no las de las CCAA, ello ha dado pie en el caso de la CA de Cataluña a un gran desarrollo del propio ordenamiento civil. Sin embargo, debemos recordar que la norma constitucional, además de concebir los ordenamientos civiles territoriales desde un punto de vista residual, impone dos límites a las competencias de las CCAA: un límite interno y otro externo [véase BADOSA COLL, F., (2010): “Comentari a la STC 31/2010, de 28 de juny” en *Revista catalana de Dret Públic*, p. 330.] El límite interno se refiere a las acciones legislativas que pueden asumir las CCAA en materia civil y que se concretan en la conservación, la modificación y el desarrollo del derecho propio existente en el momento de la aprobación de la CE. Dicha limitación dio lugar a la doctrina de las instituciones conexas en diversas sentencias del Tribunal Constitucional del año 1993 (SSTC 88 y 156/93). Esta doctrina señalaba que la competencia del legislador autonómico para desarrollar el derecho civil propio estaba condicionada al hecho que cualquier nueva institución regulada tuviera una conexión con alguna institución incorporada con anterioridad en el ordenamiento. Dicha doctrina parecía superada en el art. 129 EAC y desplazada por una actividad legislativa restringida solamente por el segundo límite, externo y que se refiere a las seis materias que la CE reservaba en todo caso a la regulación estatal. No obstante, la STC 31/2010, de 28 de junio reiteró la vigencia de dicha doctrina y consideró que el art. 129 EAC sólo era constitucional si se interpretaba tamizado por la conectividad de las instituciones, cosa que, según señala la doctrina, no es congruente con la situación actual del derecho civil catalán [BADOSA, F., (2010): “Comentari a la STC 31/2010, de 28 de juny... *cit.*, p. 336], y omite la configuración que la propia CE establece del Estado español como Estado plurilegislativo (véase LLOVERAS, M.R., (2010): “La competencia en Dret civil en la STC sobre l’Estatut” en *InDret 4/2010*, pp. 8-9).

⁵⁴⁰ Véase, en este sentido, HESSELINK, M.W., (2015): “Democratic contract law” *ERCL 11(2)*, pp. 99; lo mismo puede decirse de la apuesta del legislador alemán en el §138.2 BGB, como veremos *infra* §4.2.

⁵⁴¹ MIRAMBELL ABANCÓ, A., (2015): “ Un projecte de llei de llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i contractes”... *cit.*, p. 35.

incorporar un mecanismo que protegiera no sólo el procedimiento de negociación o la correcta formación de la voluntad contractual, sino que ejercería un control jurídico de la operación económica pretendida por las partes: una disimetría en más de la mitad entre los valores de las prestaciones intercambiadas por las partes permite presumir la existencia de un estado de debilidad (en forma de dependencia de la otra parte, de estado de necesidad, o simplemente, a resultas de la inexperiencia, ignorancia o falta de experiencia en la negociación), estado conocido o imputable a la otra parte que está sacando beneficio de dicha situación⁵⁴². Se trata de un elemento de valoración subjetivo porque tiene en cuenta las circunstancias personales de una de las partes, aunque bajo nuestro entender no representaría un vicio de la voluntad; consideramos que lo que resalta la figura de la ventaja injusta es la disparidad en la capacidad de negociación de las partes: el contexto negocial determina que una de las partes obtenga una ventaja a través del contrato a causa de las limitaciones de la otra contraparte⁵⁴³. Sí que podríamos calificar éstas limitaciones como de vicio potencial en la parte débil que gana eficacia por la injusticia el aprovechamiento ejercida por la otra parte en el momento de la conclusión del negocio jurídico.

El legislador del 2017 ha señalado una reforma de mínimos de la institución lesionaria; en este sentido, se pronuncia a favor de determinar el desequilibrio en los contratos de opción de compra en el momento de pactar la opción, cuestión que había generado controversia entre la doctrina así como en la jurisprudencia⁵⁴⁴. Bilateraliza la institución, admitiendo, también, el beneficio en favor del adquirente; prescinde de la limitación relativa a los bienes inmuebles y abre la puerta a la posibilidad de rescindir las enajenaciones realizadas mediante

⁵⁴² MARTÍNEZ DE AGUIRRE, J., (2003): *Notas sobre las "condiciones relativas al contenido" del contrato... cit.*, p. 64.

⁵⁴³ Véase MARTÍN CASALS, M., (2000): "Perspectives de futur de la rescissió per lesió *ultra dimidium*... cit.", pp. 262-263: "*En una economia de mercat no es pot partir de la idea que cal observar un grau d'equivalència en relació amb el just preu, ni tant sols encara que s'identifiqui aquest just preu amb el preu de mercat. El que cal protegir són aquells contractants que pateixen un desequilibri econòmic greu per necessitat, inexperiència, feblesa o limitació de les facultats de discerniment o que es troben en qualsevol situació similar que o encaixa amb les figures tradicionals dels vicis de la voluntat i que, pe raons de política jurídica, hom considera que són dignes de tutela jurídica*".

⁵⁴⁴ Véase, en este mismo capítulo, §3.2.1.

subasta pública⁵⁴⁵. El texto del 2017 también establece como remedio corrector de la lesión (con el fin de evitar la rescisión) la posibilidad de pagar el valor total de la prestación (ex art. 621-47.2 CCat). A diferencia del art. 325 CDCC que establecía que el comprador o el adquirente podrían evitar la rescisión mediante el pago en dinero al vendedor o enajenante del complemento del precio o valor lesivos, el art. 621-47.2 CCCat señala que la rescisión se puede evitar a través del complemento del valor total de la prestación. Detengámonos brevemente en este aspecto para cuestionar el acierto de la solución legal.

3.2.6.2. *Modelo objetivo y restablecimiento del valor total de la prestación*

Como acabamos de señalar, el art. 621-47.2 CCCat entiende que el complemento del precio en aras a evitar la rescisión del contrato debe alcanzar el valor total de la prestación. Su precedente, el art. 325 CDCC, planteaba la cuestión del alcance que debía darse a la expresión sobre el complemento del precio o valor lesivos a efectos de mantener el contrato. Dos opciones se podían sostener de la lectura del art. 325 CDCC: si el complemento del precio debía entenderse hasta que no hubiera lesión (la mitad de ese precio justo) o si dicho complemento debía alcanzar la totalidad del precio justo (esta es la opción que establece el 621-47.2 CCCat).

La jurisprudencia⁵⁴⁶ ha venido entendiendo que el complemento del precio no tenía que llegar hasta la mitad del precio justo sino hasta cubrir la totalidad del valor, siendo éste, también, el criterio seguido por la doctrina⁵⁴⁷. Por nuestra

⁵⁴⁵ Véase en este mismo capítulo *supra* §3.2.1. asimismo, señala MIRAMBELL ABANCÓ, A., (2015): “Un projecte de llei de llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i contractes”... *cit.*, p. 45, que el Proyecto de Libro Sexto abrió la puerta a la posibilidad de rescindir aquellas enajenaciones realizadas mediante subasta que fueran lesivas porque se consideró que dichas adjudicaciones ya tenían suficientes garantías procedimentales y de valor, tras la reforma operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social.

⁵⁴⁶ STSJC 42/2009, de 2 de noviembre, RJ\2010\257. En un mismo sentido, véanse las STSJC 21/1993, de 5 de octubre (RJ 1993, 10180), 20/2001, de 2 de julio (RJ 2002, 2818) y 34/2007, de 22 de noviembre (RJ 2010, 1613).

⁵⁴⁷ Señala MARTÍN PÉREZ, J.A. (1995): *La rescisión del contrato...* *cit.*, p. 446 que la función que cumple el remedio se realiza cuando se restablece plenamente la relación de equilibrio objetivo entre prestaciones, y es el propio mercado quien proporciona los valores y la medida para realizar la corrección, sino no se satisface el interés de la parte lesionada. En un mismo sentido, MARTÍN CASALS, M., (1987): *Comentarios...* *cit.*, pp. 579-580, estableciendo que en caso de optar por el

parte, entendemos que éste criterio no casa con la noción de lesión objetiva, independiente de cualquier tipo de vicio en el proceso de formación de la voluntad (ni el art. 321 CDCC ni el actual art. 621-46 CCCat ejercen ningún juicio sancionador sobre la parte no perjudicada por el contrato) y puede plantear alguna incoherencia sistemática en el ordenamiento jurídico. En efecto, en el CCCat existen normas que llevan a una solución en sentido contrario. Así, en sede de control judicial de los acuerdos entre cónyuges (ex art. 233-3 CCCat) prevalece la autonomía privada entre éstos ya que dicho artículo no contempla como causa que conlleve la no aprobación judicial del convenio el que los acuerdos alcanzados sean gravemente perjudiciales para una de los cónyuges⁵⁴⁸.

Pero, además, y volviendo a la esfera contractual, en los supuestos de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, también se plantea la posibilidad (en este caso para el juez) de modificar el contrato en aras a su reequilibrio. La duda se plantea respecto al alcance dicha modificación, es decir, si debe conducir a una corrección que supere el desequilibrio grave y lo sitúe en un desequilibrio razonable o bien la corrección debe imponer un equilibrio pleno⁵⁴⁹. La STS de 15 de octubre de 2014 (RJ 2014\6169) se mueve en la línea de mantener un desequilibrio contractual razonable, próximo a lo que resultaba de la práctica contractual prevalente en el momento de la conclusión del negocio y antes de que se produjeran las circunstancias imprevisibles y extraordinarias⁵⁵⁰. Ello se justifica por el hecho de que la alteración sobrevenida de circunstancias se

mantenimiento del contrato, se exige que la causa onerosa cumpla plenamente la función a la que por su propia naturaleza tiende, y, por ello, el complemento del precio debe abarcar la totalidad del precio justo.

⁵⁴⁸ Dicha denegación sólo será posible si los acuerdos perjudicaran el interés de los hijos menores, RUBIO GIMENO, G., (2015): *Autorregulación de la crisis de pareja (Una aproximación desde el Derecho civil catalán)*, Madrid: Dykinson, p. 91. En el CCE, el art. 91, aunque según su tenor literal pueda interpretarse que el acuerdo no se homologaría si perjudicara gravemente los intereses de uno de los cónyuges, alguna doctrina señala que tampoco sería procedente dicha denegación en el contexto del CCE, cfr. RUBIO GIMENO, G., (2015): *op.cit.loc.cit.* p. 91.

⁵⁴⁹ Señala CARRASCO PERERA, Á., (2017): *Derecho de contratos*, 2ª Ed., Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 973-974, que la solución razonable en términos de lógica jurídica es la del reequilibrio del contrato “*hasta el límite (no más) de lo que el desequilibrio en daño del deudor pueda aceptarse como todavía soportable por éste, dejando al acreedor con una parte de la ganancia que le ha proporcionado el riesgo sobrevenido*”.

⁵⁵⁰ RUBIO GIMENO, G., (2017): “Riesgo contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias”, en GRAMUNT FOMBUENA, G., FLORENSA I TOMÀS, C.E., (Dirs.) (2017): *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Madrid: Dykinson, p. 211.

refiere a eventos (que suceden posteriormente al a celebración del contrato) no imputables a ninguna de las partes y que rompen gravemente el equilibrio de las prestaciones recíprocas. La *rebus* no hace referencia a ninguna voluntad psicológica ni pregunta por la voluntad hipotética de las partes; se fundamenta en la limitada noción de justicia conmutativa que emana del art. 1289.1 CCE: la equivalencia, el equilibrio de las prestaciones. Desde esta perspectiva semejante podemos afirmar que el mismo principio de equidad que proscribe la rescisión por lesión sirve para exigir, también, la persistencia del equilibrio entre el intercambio en aquellos contratos que tengan una ejecución diferida o periódica. Hablamos, pues, de *laesio ab initio* para referirnos a los supuestos de rescisión por lesión y de *laesio superveniens* en los casos de lesión sobrevenida⁵⁵¹. Tampoco, como ya hemos comentado anteriormente, la regla de la lesión en más de la mitad viene referida por la existencia de un *dol personéel*; la diferencia entre ambas es que en el caso de la lesión inicial la ley incide para limitar la voluntad de las partes y en la sobrevenida lo que protege es el mantenimiento del equilibrio económico que las partes establecieron. Las soluciones en términos de lógica jurídica para ambas lesiones deberían orientarse hacia una misma dirección: aquella solución que satisfaga las exigencias de la justicia conmutativa hasta el límite de lo que sea manifiestamente injusto, ya que aquellos casos en que la lesión no alcance el límite *ultra dimidium* pero lo bordee serán igual de injustos que aquellos que superen el límite de más de la mitad, pero, por contrario, ni podrán rescindirse ni reconstruirse hasta que el balance de la prestación y contraprestación refleje una situación de equilibrio (piénsese en el caso de un inmueble que tenga un precio de mercado de 300.000.-€ y que se venda por 151.000.-€; al no alcanzar el límite de más de la mitad, no podría rescindirse por lesión ex art. 621-46 CCCat, siendo igual de injusto o desproporcionado que aquel que se vendiera por 149.000 y que sí podría

⁵⁵¹ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (2015): "Alteración sobrevenida de las circunstancias en los contratos sinalagmáticos: de la *rebus sic stantibus* a la alteración extraordinaria de las circunstancias" en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., GARCÍA PÉREZ, C.L. (Dir.): *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Madrid: Aranzadi, p. 144, reseña como históricamente el principio universalidad de equidad que protege el equilibrio entre las contraprestaciones en los contratos sinalagmáticos y que está previsto en la norma que proscribe la lesión inicial servía para exigir, también, la persistencia del equilibrio del intercambio en los contratos de ejecución periódica o diferida. La relación entre lesión en más de la mitad y alteración sobrevenida de las circunstancias se halla, pues, en el sentido del equilibrio económico del contrato. Véase, también, CHAMIE, J.F. (2012): "El principio general de *reductio ad aequitatem* por desequilibrio contractual", *Revista de Derecho Privado*, nº22, pp. 219-275.

rescindirse o solicitar la corrección del precio lesivo, que en atención al tenor literal del 621-47.2 CCCat alcanzaría el valor total de la prestación, es decir, los 300.000).

En el contexto italiano también se contempla la posibilidad de corregir la lesión con el fin de evitar la rescisión del contrato (art. 1450 Código civil italiano). Se impone al demandado la carga de ofrecer la modificación suficiente para conducir el contrato a la equidad, colocando así el acento en la autonomía privada, todavía bajo el control judicial, ya que el juez debe valorar si la modificación ofrecida es suficiente para restablecer la equidad del contrato⁵⁵². El restablecimiento en términos de equidad es también el que se desprende para los casos de *eccessiva onerosità* (ex art. 1467 Código civil italiano). Vemos, por tanto, la coherencia del sistema italiano que orienta las dos soluciones a la corrección del desequilibrio en términos equitativos. MOMBERG indica que el objetivo de la modificación del contrato en equidad no puede significar un restablecimiento del equilibrio contractual pleno más cuando el ordenamiento jurídico italiano tampoco se orienta al mantenimiento del principio iusnaturalista de igualdad entre las prestaciones intercambiadas por las partes. En orden a restablecer el contrato en equidad, cabe considerar, también, el riesgo inherente a cualquier contrato que invariablemente favorecerá a una u otra parte y respetar, asimismo, el papel de la autonomía de la partes, postulado básico del Derecho civil⁵⁵³. La modificación equitativa del contrato debe, en fin, preservar, en cualquier caso, el consentimiento contractual que precisa cualquier acuerdo vinculante y lo cierto es que ese precio justo rectificado no fue consentido por las partes. Dicha objeción puede salvarse, es cierto, porque es la parte que no ha padecido la lesión la que puede evitar la rescisión, ofreciendo voluntariamente el complemento del precio⁵⁵⁴.

⁵⁵² SACCO, R., (Presidente del Comité científico) (1997): VOZ RESCISSIONE en *DIGESTO delle Discipline Privatistiche*, Sezione civile, XVI, 4ª ed, Torino: UTET, pp. 643-644

⁵⁵³ MOMBERG URIBE, R., (2011): *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts. Comparative perspectives*, Tesis doctoral, Utrecht: p. 82: “*The purpose of the modification in equity is not to realign the value of the performances, but to remove the disproportionate excess beyond the normal alea of the contracts*”.

⁵⁵⁴ En los casos de ventaja injusta, como veremos en el capítulo V, uno de los remedios es la adaptación del contrato, que pueden solicitar ambas partes (en las propuestas del derecho contractual europeo); sin embargo, el legislador catalán, establece que únicamente la parte perjudicada podrá solicitar dicha adaptación (art. 621-47.1 CCCat). Existen algunas propuestas

En otro ámbito vinculado igualmente a la causa onerosa como es el del saneamiento por vicios ocultos, según el art. 1486.1 CCE, la relación entre la valoración de la cosa con el vicio y la contraprestación pagada por el comprador permite a éste último obtener una rebaja proporcional en vez de rescindir el contrato. Se procede al cálculo de la proporción o porcentaje que representa la cosa con el vicio en relación con su justo precio, proporción que se resta también del precio pagado. La consideración del justo precio da el valor a restar del precio efectivamente pagado, y no el valor a pagar, es decir, la rebaja operada por el art. 1486.1 CCE es proporcional y, por tanto, se respeta la relación querida por las partes entre la cuantía pagada y la cosa⁵⁵⁵

Por otra parte, en esa determinación del precio justo debe tenerse en cuenta la indiscutible ventaja económica que para el vendedor supuso la rápida venta del bien que causó la lesión (en los supuestos de lesión *ab initio*), a los efectos de descontar dicha ventaja del valor de lo justo.

Si no hay ningún elemento subjetivo que fundamente la rescisión por lesión o que implique alguna nota de abusividad o aprovechamiento de la otra parte contratante (como sí sucede en la ventaja injusta) lo más coherente sería que la corrección del precio fuera hasta el baremo que marca la lesividad contractual. El restablecimiento del equilibrio pleno cobra sentido cuando lo que se persigue es una suerte de sanción civil sobre la parte fuerte que se aprovecha de la otra, como paradigmáticamente sucede en los vicios del consentimiento. Bajo nuestro punto de vista, tampoco ello sucede exactamente en el contexto de la ventaja injusta, porque la conducta de la parte beneficiada es menos reprochable que la que se puede dar en un supuesto de dolo o intimidación⁵⁵⁶; como veremos más

que sugieren que sólo la parte que ha recibido la petición de anulación del contrato pueda solicitar al juez la adaptación a las exigencias de la buena fe, *cf.* BOSCH CAPDEVILA, E., DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., (2016): *Teoría general del contrato. Propuesta de regulación*, Madrid: Marcial Pons, pp. 42 y 204. Esta última opción, que es la que seguía el 325 CDCC para la rescisión por lesión y sigue el art. 621-47.2 CCCat, defendible en un contexto de ventaja injusta (como veremos más adelante en el capítulo V) en que hay un componente de abuso económico, con mayor razón debe plantearse en un caso de alteración sobrevenida de las circunstancias.

⁵⁵⁵ LLÁCER MATACÁS, M.R. (1992), *op.cit.*, pp. 103 y 104.

⁵⁵⁶ Véase con más detalle Capítulo V. En la propuesta que propondremos, el sistema móvil (al que haremos referencia en el siguiente capítulo) que caracteriza la ventaja injusta y que permite hacer un balance de los diferentes elementos que la integran (objetivo y subjetivos, como veremos detalladamente en el Capítulo III) permitirá una discrecionalidad judicial en lo relativo a la adaptación: restablecimiento del valor total prestación (si hay un mayor peso de los elementos

adelante, el remedio de la adaptación judicial debería mantenerse, también en los casos de ventaja injusta, en un escenario de desequilibrio razonable, que permitiera eliminar la nota de exceso o de injusticia obtenida por la parte no perjudicada por el contrato⁵⁵⁷.

El componente subjetivo justificaría, también, la irrenunciabilidad de la acción (así, el 621-48 CCCat señala que la acción de ventaja injusta y la de la lesión en más de la mitad son irrenunciables, cuando el art. 322 CDCC indicaba que la acción rescisoria sólo era renunciable después de celebrarse el contrato lesivo). La irrenunciabilidad que establece el art. 621-48 CCCat para los supuestos de lesión en más de la mitad y ventaja injusta (a pesar de que el legislador catalán hace un planteamiento distinto de ambas figuras, las equipara en cuanto al régimen de la renuncia; ello es cuestionable en relación con la *laesio enormis* cuando el planteamiento es, tal y como recoge el art. 621-46 CCCat, objetivo, referido exclusivamente al desequilibrio material entre las prestaciones). La posibilidad de una renuncia a una revisión del contrato en los supuestos de alteración sobrevenida de las circunstancias (que equivaldría a una asunción del riesgo asociado a la economía del contrato por ambas partes) se contempla en las propuestas del *soft law*; así, por ejemplo, el art. III.-1:110 apartado 3.c prevé la posibilidad de asunción del riesgo contractual en el contrato (“*the debtor did not assume, and cannot reasonably be regarded as having assumed, the risk of that change of circumstances*”); el mismo planteamiento que descansa en el art. 1477 CCE en los supuestos de saneamiento por evicción: el legislador español permite la renuncia al saneamiento para el caso de evicción siempre que la misma se haga mediante una asunción cualificada del riesgo de evicción. El art. 322 CDCC, como hemos visto, excluía –por regla general- la posibilidad de renunciar a la acción rescisoria. Esta solución no parece razonable en términos de coherencia jurídica en el ordenamiento cuando la orientación de legislador

subjetivos de la figura) o corrección precio lesivo (si el elemento de la desproporción entre las prestaciones es mayor que el abuso de la parte no perjudicada por el contrato sobre la parte que es contractualmente más débil).

⁵⁵⁷ Véase, con más detalle, Capítulo V. Para los casos de ventaja injusta observamos que los parámetros que describe el art. 621-47.1 CCCat para adaptar el contrato, es decir, para permitir que recupere el equilibrio, son las exigencias derivadas de la buena fe y los usos del tráfico jurídico. También es el parámetro escogido por la propuesta de artículo 55 que se incluye en la teoría general del contrato elaborada por BOSCH CAPDEVILA, E., DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., (2016): *Teoría general del contrato. Propuesta de regulación...* cit., p. 42.

catalán es y ha sido, en los supuestos de lesión en más de la mitad, de suficiencia del elemento objetivo como presupuesto para el ejercicio de la acción rescisoria. Sin embargo, la orientación del derecho europeo que hace transitar los supuestos de precio lesivo hacia el régimen de vicios de la voluntad negocial mediante la figura de la ventaja injusta, sí que justificaría el régimen de la irrenunciabilidad previsto en el art. 621-48 CCCat, pero sólo en los supuestos en que existiera este componente subjetivo que caracteriza los supuestos de explotación o ventaja injusta. Es el mismo razonamiento por el que el legislador excluye la viabilidad de una acción rescisoria de los contratos aleatorios en los supuestos de lesión en más de la mitad porque son negocios jurídicos que llevan implícito el riesgo contractual en su configuración jurídica⁵⁵⁸.

Finalmente, parece obligado plantarse, también en el CCE y desde una perspectiva de *lege ferenda*, una reforma del Derecho de contratos que refrende la ventaja injusta en su cuerpo legal, como un remedio de carácter general frente a determinadas anomalías del contrato y no como un remedio de alcance limitado como el que se dispone en la actualidad en los arts. 1291.1 y 2 CCE (véase *infra* §4), relativos a la rescisión por lesión.

⁵⁵⁸ Sin embargo, debemos recordar que los supuestos de negocios aleatorios no están excluidos *per se* del ámbito de aplicación de la acción rescisoria; así pues, se considera que si no hay una proporción en el riesgo asumido, difícilmente existirá la causa onerosa y, por tanto, no se respetará el principio de equivalencia de las prestaciones que emana del ordenamiento jurídico catalán. Se permiten rescindir aquellos contratos aleatorios en los que sea posible valorar el riesgo y la proporcionalidad de las prestaciones si existe una lesión en más de la mitad. La dificultad residirá, no obstante, en la valoración del riesgo. Y todo ello pese a que el legislador catalán, en el art. 621-47.2 CCCat, excluye expresamente la acción de rescisión de los contratos aleatorios, a diferencia del art. 321 CDCC que únicamente mencionaba la imposibilidad de la acción de rescisión de aquellos contratos en los que el precio o contraprestación haya sido decisivamente determinado por el carácter aleatorio o litigioso de lo que se adquiere (lo que sugería que no podía existir lesión cuando no se podía determinar el justo precio del bien adquirido por incidir en él un *aleas* o un factor de incertidumbre por razones físicas o jurídicas que no admitían una valoración cierta en el momento de realizar el contrato). Insistimos: en aquellos contratos en los que se pueda valorar el riesgo y, por ende, la proporcionalidad de las prestaciones, no vemos porque no debe existir la posibilidad de rescindir el contrato por lesión. Lo mismo puede predicarse de los casos de *rebus sic stantibus*: será igualmente aplicable la cláusula a los contratos aleatorios ya que el riesgo se asume en función de un cierto grado de equivalencia entre las prestaciones que puede verse alterado por un hecho posterior e imprevisible que afecte al contenido económico de una de las prestaciones de las partes.

4. LOS SUPUESTOS DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

La exclusión de la figura de la lesión en el Proyecto de Código de 1851 ha pervivido hasta el Código actual⁵⁵⁹. La institución se avenía bien con la noción medieval de justo precio que facilitaba el cálculo cuantitativo de la lesión, pero chocaba con el postulado “*tantum valet res quantum vendit potest*”, razón por la cual el Proyecto de 1851 la elimina⁵⁶⁰. Así, la rescisión por lesión en el CCE es necesariamente excepcional⁵⁶¹, ya que no se exige, en general, requisito cuantitativo alguno para que se supere el requisito de la onerosidad. Es suficiente, por tanto, la correspondencia formal entre las prestaciones sin que se juzgue el equilibrio objetivo o la proporcionalidad entre las prestaciones.

4.1. La rescisión por lesión económica de reducido alcance con presupuesto subjetivo tipificado: los vestigios de la rescisión por lesión en el CCE

El art. 1290 establece que “*los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la ley*”. La rescisión es un supuesto de

⁵⁵⁹ Históricamente, la figura de la rescisión por lesión del contrato de compraventa fue recibida junto con la tradición romanista y consagrada en las Leyes de Partidas: “*se puede desfacer la vendida que fue fecha por menos de la mitad del derecho precio que pudiera valer en la sazón que la ficieran*” (Part. 5, 5, 56), véase Díez-Picazo Ponce de León, L., (2007): *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Vol. I, Introducción. Teoría del contrato*, Madrid: Dykinson, pp. 615-616. Véase la Ley 56, SANPONS Y BARBA, I., MARTI DE EIXALA, R., FERRER Y SUBIRANA, J., (1844): *Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alfonso el IX*, Barcelona: Imprenta de Antonio Bergnes, pp. 122 y sig.

⁵⁶⁰ Véase, en este mismo capítulo, la nota a pie de página 372.

⁵⁶¹ A pesar de esta excepcionalidad, la partición es uno de los negocios jurídicos sensibles a la lesión ex art. 1077 CCE. Ello proviene del artículo 924 del proyecto de Código civil de 1851 y la razón que justifica su existencia se encuentra en el carácter no especulativo de la partición, a diferencia de los contratos: OLIVA BLÁZQUEZ, F., (2014): “Rescisión por lesión de la partición hereditaria y *favor partitionis*” en DOMÍNGUEZ LUELMO, A., GARCÍA RUBIO, M.P.: *Estudio de derecho de sucesiones. Liber Amicorum T.F. Torres García*, Madrid: La Ley, pp. 1089 y sig: “(...) en otros términos, en los contratos cada una de las partes busca obtener el mayor rendimiento o beneficio posible, por lo que la figura de la rescisión por lesión y, en general, el elemento de la justicia o equilibrio entre las prestaciones, resulta como mínimo extraño y extravagante a la realidad del negocio”. La acción de rescisión por lesión en sede de partición hereditaria requiere, para que prospere, la mera constatación de este desequilibrio económico objetivo, sin que exista la necesidad de probar ningún tipo de dolo, negligencia o aprovechamiento del estado de necesidad de una de las partes, OLIVA BLÁZQUEZ, F., (2014): “Rescisión por lesión de la partición ... *cit.*”, p. 1091.

ineficacia del contrato que adviene mediante el ejercicio de una acción de impugnación del mismo ⁵⁶².

Los supuestos de rescisión que enumera el Código son distintos entre ellos pero en todos existe el perjuicio económico, derivado de la propia estructura del intercambio (ex arts. 1291.1 y 2 CCE); o que supone un detrimento para la solvencia de uno de los contratantes (dificulta la cobrabilidad del crédito a alguno de los acreedores ex art. 1291.3) o como mecanismo para proteger la oposición de un litigante (art. 1291.4 CCE)⁵⁶³. También en el Derecho español, la rescisión por lesión se recoge en la partición de herencia (arts. 1073 a 1081 CCE⁵⁶⁴).

Asimismo, el derecho español es uno de los ordenamientos que no contempla las figuras de la ventaja o explotación injusta⁵⁶⁵. Como veremos en el siguiente capítulo, las propuestas armonizadoras europeas (y como hace ya el legislador catalán) regulan mecanismos que permiten proteger a la parte débil en aquellos contratos económicamente desequilibrados *ab initio*; así, los principios UNIDROIT (PICC)⁵⁶⁶, los principios LANDO (PECL)⁵⁶⁷, y el Marco Común de

⁵⁶² Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., (2007): *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Vol. I, Introducción. Teoría del contrato...* cit., p. 612.

⁵⁶³ GARCÍA VICENTE, J.R., (2013): "Capítulo V. De la rescisión de los contratos" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *Comentarios al Código civil*, Tomo VII, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 9199 y sig.

⁵⁶⁴ Véase el estudio que hace OLIVA BLÁZQUEZ, F., (2014): *Rescisión por lesión...* cit., pp. 1087 y sig, sobre la rescisión por lesión de la partición en el CCE.

⁵⁶⁵ GASPAR LLERA, S., (2014): "Formación de la voluntad contractual, vicios del consentimiento y remedios", en PARRA LUCÁN, M.Á.: *Negociación y perfección de los contratos*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, p. 274.

⁵⁶⁶ Art. 3.2.7 PICC (excesiva desproporción), en la versión del año 2010: "1) Una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva. A tal efecto, se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores: (a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y (b) la naturaleza y finalidad del contrato. (2) A petición de la parte legitimada para anular el contrato, el tribunal podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial. (3) El tribunal también podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a petición de la parte que recibió la notificación de la anulación, siempre y cuando dicha parte haga saber su decisión a la otra inmediatamente, y, en todo caso, antes de que ésta obre razonablemente de conformidad con su voluntad de anular el contrato. Se aplicará, por consiguiente, el párrafo (2) del Artículo 3.10.

⁵⁶⁷ Véase el art. 4:109 PECL, *Excessive benefit or Unfair Advantage*:

(1) A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract:

a) It was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill, and

Referencia⁵⁶⁸ (DCFR) adoptan instrumentos que custodian el equilibrio del contrato (*gross disparity, unfair advantage, unfair exploitation*) y permiten anular aquellos contratos que supongan para una parte una ventaja excesiva de la que ésta se haya aprovechado injustamente.

Como ya hemos visto, una de las diferencias más notables entre el CCE y algunos Derechos autonómicos es precisamente la ordenación de la rescisión por lesión. Así sucede en Cataluña o en Navarra. En ésta última, hay un régimen que, a diferencia del catalán, entremezcla la lesión con las circunstancias que padece el contratante lesionado (su inexperiencia o su apremiante necesidad) e invita a reconsiderar el encaje de la rescisión por lesión dentro de los vicios del consentimiento en un sentido amplio (leyes 499 a 507 del Fuero Nuevo, Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación de Derecho civil foral de Navarra)⁵⁶⁹.

Constatamos, pues, que el codificador estatal establece de modo contundente el carácter excepcional de la rescisión por lesión en sentido estricto, esto es, aquella que toma como punto de partida un precio considerado justo, sin que sea necesario que concurren circunstancias subjetivas en uno de los contratantes para que triunfe la ineficacia del contrato por lesión económica⁵⁷⁰.

-
- b) *The other party knew or ought to have known of this and, given the circumstances and purpose of the contract, took advantage of the first party's situation in a way which was grossly unfair or took an excessive benefit.*

⁵⁶⁸ BOSCH CAPDEVILA, E., "Libro II. Capítulo 7. Causas de invalidez del contrato", en VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P.: *Derecho europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Tomo I, Atelier libros jurídicos, Barcelona: 2012, p. 491: "Art. II.-7:207 DCFR *Explotación injusta*:"

(1) *Una parte puede anular el contrato si, en el momento de su conclusión:*

- a. *Tenía una relación de dependencia o de confianza con la otra, se encontraba en dificultades económicas o tenía necesidades urgentes, era imprevisora, ignorante, inexperimentada o carente de habilidad en la negociación; y*
- b. *Esta otra parte sabía o es razonable suponer que sabía dicha situación del otro contratante y, atendidas las circunstancias y la finalidad del contrato, se aprovechó de ello para conseguir un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta".*

⁵⁶⁹ Véase el estudio de SABATER BAYLER, E., (2002): "Capítulo III. De la rescisión por lesión... *cit.* pp. 1690 y sig.

⁵⁷⁰ Sin embargo, una aplicación del abuso de las circunstancias sí que puede verse en el art. 8 de la Ley 60/1962, de 24 de diciembre, sobre auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimos "Todo convenio de auxilio y de salvamento estipulado en el momento y bajo el influjo del peligro podrá ser, a petición de una de las partes, modificado por el Tribunal Marítimo Central, si se estima que las condiciones estipuladas no son equitativas. En todos los casos en que se pruebe que el consentimiento de una de las partes ha sido viciado por dolo o engaño, o, cuando la remuneración esté, por exceso o por defecto, fuera de proporción con el

Los principios básicos en los que se asienta la regulación de la rescisión en el CCE vigente son la limitación a supuestos especialmente reconocidos por la ley y la dualidad en el fundamento de la rescisión (lesión y fraude).

Los supuestos de la rescisión vigentes en el CCE son los siguientes:

- a) El primer supuesto que establece el art. 1291 CCE es la rescisión a favor de los menores e incapacitados: se estableció para afectar a los contratos que pudiendo celebrar sus tutores sin autorización del juez, efectivamente así los celebraran, produciéndoles con ello una lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de tales contratos. Se concretó el alcance de la rescisión a los actos y contratos en que interviene el tutor y a unas actuaciones de carácter residual: aquellas que no han sido objeto de contemplación con estos fines protectores a través de la normativa general de tutela.
- b) El segundo es el relativo a la rescisión de los contratos celebrados por los representantes del ausente: el régimen es muy similar al que acabamos de discutir. El representante afectado es el “legal” (puesto que la iniciativa negocial y las condiciones del contrato las fija de modo autónomo sin sujeción a instrucciones singulares y sin que el representado pueda actuar por sí mismo) y no el “voluntario” del ausente (art.1291.2º).
- c) El tercero se refiere a los contratos celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que les deba (art. 1291.3º). El CCE considera el fraude de acreedores como un supuesto más de rescisión de los contratos; hay que remitirse al art. 1111 CCE, que regula la acción *pauliana*: la base de esta acción es el daño que se produce a los acreedores⁵⁷¹. Señala GARCÍA VICENTE que la lesión para el acreedor se concreta en que “*la consistencia de su crédito depende de la solvencia del deudor y la composición del patrimonio de éste (el conjunto de bienes presentes y futuros, art. 1911 CCE) le impide “realizar cuanto se le debe” (art. 1111 CCE) o “cobrar lo que se le deba” (art. 1291.3º*

servicio prestado, el convenio podrá ser anulado o modificado por el Tribunal a requerimiento de la parte interesada”.

⁵⁷¹ MARTÍN PÉREZ, J.A. (1995): *La rescisión del contrato... cit.*, p. 365.

CCE)”. Con la rescisión se deshace (o al menos, se declara inoponible frente al acreedor lesionado) el contrato lesivo en cuestión⁵⁷²⁵⁷³.

En el Derecho catalán existe una norma que permite combatir el perjuicio de acreedores ocasionado por actos de disposición gratuitos (ex art. 531-14 CCCat que establece: “*no perjudican a los acreedores de los donantes las donaciones que estos otorguen después de la fecha del hecho o del acto del que nazca el crédito si faltan otros recursos para cobrarlo*”) pero no existe un paralelismo ante perjuicios que deriven de enajenaciones onerosas⁵⁷⁴.

El art. 531-14 CCCat representa un mecanismo legal de protección de la efectividad del crédito que se pone en marcha cuando existe un perjuicio para los acreedores (sin que deba probarse el fraude sino que el remedio parte del carácter inherentemente perjudicial de los actos de disposición gratuita). Observamos que en el ordenamiento catalán la noción de perjuicio se halla en sede de regulación de la donación (art. 531-14 CCCat; también en el CCE ex art. 643 CCE); en el contexto del ordenamiento jurídico estatal, esta noción se extrae del art. 1291.3 CCE en relación con el remedio pauliano (art. 1111 CCE) relativo a la impugnación de los actos del deudor⁵⁷⁵. El sistema del CCE prevé la norma también en sede de donación, mediante una presunción *iuris et de iure* de perjuicio, al servicio de la acción rescisoria. La principal diferencia entre uno y otro sistema es el remedio utilizado para conseguir la efectividad del crédito: inoponibilidad en el contexto del CCE y rescindibilidad en el CCCat. Como el ordenamiento jurídico catalán no tiene una norma general de protección de los acreedores frente a los actos onerosos en fraude de su crédito sino sólo normas puntuales (p.ej, 232-9 o 232-24 CCCat), se impone la aplicación supletoria del Derecho estatal.

⁵⁷² GARCÍA VICENTE, J.R., (2013): “Capítulo V. De la rescisión de los contratos” ... *cit.*, p. 9207.

⁵⁷³ Con relación a la distinción entre el régimen de inoponibilidad planteado por el legislador catalán como remedio protector general de los acreedores frente a donaciones que perjudiquen su crédito y el mecanismo rescisorio de los actos gratuitos perjudiciales que el legislador estatal establece, igualmente, como remedio general, véase RUBIO GIMENO, G., (2006):” De la rescisión a la inoponibilidad de donaciones y actos "en fraude" del acreedor. (A propósito del artículo 531-14 del Código civil de Cataluña)”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº10, pp. 1057-1082.

⁵⁷⁴ *Ibidem*, p. 1057.

⁵⁷⁵ Por todo, véase RUBIO GIMENO, G., (2006):” De la rescisión a la inoponibilidad de donaciones y actos "en fraude" del acreedor... *cit.*, pp. 1057-1081.

La rescisión por fraude cumple una faceta de política jurídica: la protección del crédito. Supone, por tanto, un freno a la autonomía privada del deudor que tiene un límite evidente en el contexto de la causa gratuita: art. 643.2 y 1297.1 CCE (531-14 CCCat). Qué ocurre, sin embargo, en los contratos a título oneroso: señala la doctrina que el acreedor debe procurar la equivalencia de los contravalores (reciprocidad de intereses ex art. 1289.1 CCE) o que las ventajas obtenidas compensen la pérdida de calidad del patrimonio (para el caso de constitución de garantías)⁵⁷⁶. Pero el CCE construye la rescisión del art. 1291.3 CCE desde la noción de fraude y el *eventum damni* o perjuicio se centra en la imposibilidad de cobro del derecho de crédito. No es tan determinante la equivalencia entre las prestaciones sino si el contrato ha perjudicado o no los intereses del acreedor y si puede imputarse a la otra parte el conocimiento de que el contrato causaría tal daño (*consilium fraudis*⁵⁷⁷) o, en el contexto de la causalidad gratuita, no hay razón alguna para proteger a los terceros cuando la causa de su atribución es gratuita.

Las acciones de reintegración en sede concursal (arts. 71 a 73 LC) giran alrededor del perjuicio para la masa activa (y no sobre el fraude de la rescisión ordinaria)⁵⁷⁸; el art. 71 LC no exige una intención fraudulenta (“*declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta...*”). Concretamente, el art. 71 determina la rescindibilidad de los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta. El perjuicio patrimonial se presume *iuris et de iure* cuando se trate de actos de disposición a título gratuito. El art.

⁵⁷⁶ GARCÍA VICENTE, J.R., (2013): “Capítulo V. De la rescisión de los contratos” ... *cit.*, p. 9208.

⁵⁷⁷ Es suficiente el conocimiento del perjuicio, cfr. STS 606/2003 de 13 junio (RJ 2003\46304); STS 25 de marzo de 2009 (RJ 2009\1662), entre otras.

⁵⁷⁸ Se distingue entre las acciones de reintegración en sede concursal que giran en torno al perjuicio sobre la masa activa y la rescisión ordinaria, que lo hace sobre la noción de fraude, por la naturaleza personal de la rescisión ordinaria, frente al perjuicio para la masa activa de la concursal (72 LC) y el efecto restitutorio de la concursal y la suerte de inoponibilidad de la ordinaria, cfr. GARCÍA VICENTE, J.R., (2013): “Capítulo V. De la rescisión de los contratos” ... *cit.*, p. 9208. Véase también la distinción entre el régimen de la inoponibilidad establecido por el legislador catalán y el de la rescisión del estatal en RUBIO GIMENO, G., (2006): “De la rescisión a la inoponibilidad de donaciones y actos “en fraude” del acreedor... *cit.*, pp. 1070-1075.

71.3.1 LC, bajo una rúbrica de presunción *iuris tantum*, determina la presunción de perjuicio de determinados actos a título oneroso cuando son realizados a favor de *personas especialmente relacionadas con el concursado*. Para destruir dicha presunción deberá probarse, por tanto, la virtualidad de la causa onerosa (el precio estipulado, si éste era un precio justo o de mercado, etc); pero, en el contexto del CCE, un contrato oneroso también puede ser perjudicial (cuando la equivalencia sea meramente funcional o formal, arg. ex. art. 1274 CCE) ya que, como hemos visto, el CCE no contempla un principio de equivalencia de las prestaciones como requisito de la causalidad onerosa. En este sentido, pues, el art. 71.3 LC parece exigir un nivel de proporcionalidad que reorienta el estrecho margen previsto para la rescisión por lesión en el CCE (arts. 1291.1 y 2)⁵⁷⁹.

Esta norma general del CCCat de protección de los acreedores frente a actos gratuitos puede servir como ejemplo paradigmático de precepto legal que permite una aplicación general de protección de los acreedores frente a actos gratuitos, considerados objetivamente perjudiciales⁵⁸⁰.

- d) En último lugar, los contratos que se refieran a cosas litigiosas, cuando hubiesen sido celebrados por el demandado sin conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la autoridad judicial competente (art. 1291.4º) también serán rescindibles. Este supuesto se acoge a la idea rescisoria que tiene por objetivo cubrir un perjuicio injusto, que en este caso responde a la idea de fraude, como en el apartado descrito anteriormente, aunque el presente caso está concebido en términos más objetivos, *“pues ni siquiera se requiere probar el perjuicio que se causa, aunque sea en potencia la ratio del precepto”*⁵⁸¹. Señala RUBIO GIMENO que los actos a los que hace referencia la norma deben ser actos de enajenación realizados por el demandado, ya que la finalidad normativa

⁵⁷⁹ Así lo indica ARNAU RAVENTÓS, L. (2005): “Les pressumpcions de donació del deutor concursat al seu cònjuge. A propòsit de l'article 78.1 de la Llei 22/2003, de 9 de juliol, concursal. *Revista Catalana de Dret Privat*, Vol. 5, pp. 38-40.

⁵⁸⁰ Véase también los arts. 227-2.2 CCCat (*“las aportaciones hechas a un patrimonio protegido después de la fecha del hecho del acto del cual nace el crédito no perjudican a los acreedores de la persona que los hizo”*) y el 461-7 CCCat (*“la repudiación de la herencia en perjuicio de los acreedores del heredero llamado es inoponible a éstos”*).

⁵⁸¹ MARTÍN PÉREZ, J.A. (1995): *La rescisión del contrato... cit.*, pp. 392 y sig.

es evitar el fraude que una parte litigante pudiera ocasionar en el derecho afirmado por la otra para el caso que ese derecho fuera declarado inexistente⁵⁸². Pretende, la norma, proteger al demandante frente a las enajenaciones que de los bienes en litigio pueda hacer el demandado durante el juicio, con el fin de evitar “*que se hagan ilusorios los resultados del litigio y la propia efectividad de la misma*”⁵⁸³.

No existe, pues, en el CCE, una norma general de protección de la parte débil que permita reequilibrar aquellos contratos que sean injustamente desproporcionados.

Considerado todo ello en su conjunto, parece plausible⁵⁸⁴ y oportuna la integración de una norma de protección del equilibrio del contrato y de correcta formación de la voluntad contractual, que aúne el presupuesto típico de la causa onerosa o se fundamente en el objeto del contrato y proteja, a la vez, una libre formación del consentimiento contractual.

4.2. El vicio en el objeto del contrato: la usura

A pesar de que el CCE no contemple la rescisión de las ventas por lesión en el precio en general, sí que admite la nulidad de los préstamos usurarios,

⁵⁸² RUBIO GIMENO, G.M (1995): *El Derecho litigioso: cesión y retracto... cit.*, p. 15 y sig. indicando la autora que el fraude sólo puede venir de la actuación del demandado, del mismo modo que sólo puede producirse al demandante, que es quien afirma un derecho en el proceso y frente al cual puede tratar de eludirse la efectividad de ese derecho una vez declarado.

⁵⁸³ MARTÍN PÉREZ, J.A. (1995): *La rescisión del contrato... cit.*, p. 392. Se señala por la doctrina que existen medios más eficaces para asegurar el resultado en el proceso, por ejemplo, y tratándose de inmuebles, la anotación preventiva de demanda en el Registro de la Propiedad prevista por el art. 42.1 LH, cfr. MARTÍN PÉREZ, J.A. (1995): *La rescisión del contrato... cit.*, p. 393 y, en un mismo sentido, RUBIO GIMENO, G.M (1995): *El Derecho litigioso: cesión y retracto... cit.*, p. 16, señalando la autora, también, la exhibición o depósito de la cosa mueble que indica el art. 727.3º LEC como otro ejemplo de medida eficaz.

⁵⁸⁴ Aunque hay autores que se muestran contrarios al establecimiento de reglas como la explotación injusta: véase Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., (2007), *op.cit.* p. 617: “*A nosotros, la solución del Código civil (la del 1291 y sig, relativos a la rescisión) nos parece plausible y desde luego concorde con los postulados de una economía liberal, que sólo es revisable en un sistema intervencionista, que, en busca de una pretendida justicia conmutativa, altera el precepto de autonomía privada*”. También CARRASCO PERERA, Á., (2017) (*Derecho de contratos... cit.*, pp. 374-375), quien, a pesar de ver en la regulación del derecho contractual europeo de la explotación injusta un apéndice o desarrollo del vicio de voluntad consistente en la intimidación, no se muestra partidario de importar una solución como esta en sede del CCE. Según este autor, “*la regla de la unfair exploitation se construye a partir de un cúmulo de supuestos diversos y no homogéneos, que, además, y por encima de la función perturbadora que ejercen sobre la voluntad de la parte explotada, requieren de hecho la producción de una lesión económica que se considera injusta. La mixtura entre patología del consentimiento y justicia intrínseca ya es indicadora de que la regla en cuestión es de límites confusos*”.

castigando la explotación de la situación de necesidad de una de las partes⁵⁸⁵, a través de la Ley contra la represión de la Usura o Ley Azcárate⁵⁸⁶, ley bautizada como moralizadora o justa⁵⁸⁷. De hecho, el BGB alemán, a partir del concepto de usura, estableció una norma (§138.2 BGB) que declara la nulidad de cualquier transacción en que exista una clara desproporción entre el valor de las prestaciones intercambiadas como consecuencia de un aprovechamiento injusto de una de las partes de la situación de angustia, culpabilidad o inexperiencia de la otra⁵⁸⁸. Este precepto ha sido señalado⁵⁸⁹ como el precedente del artículo 1301⁵⁹⁰ de la Propuesta de Modernización del Código civil (en adelante, PMCC), presentada por el Ministerio de Justicia el año 2009, que incorpora la figura de la explotación injusta⁵⁹¹.

Así la usura, a modo de un vicio secundario de la lesión, determina que todo préstamo que exceda del interés del tipo normal o corriente, sea nulo por usurario⁵⁹²⁵⁹³. El objeto principal de la Ley Azcárate es “*alentar a los jueces y*

⁵⁸⁵ Véase la SAP Zaragoza de 17 de enero de 2003, JUR\2003\44860, FJ 2º, en que se establecen unos intereses sobre una hipoteca cambiaria aprovechando la angustiosa situación económica del demandante. Asimismo, la flexibilidad de la regulación contenida en la Ley de Represión de la Usura ha permitido que la jurisprudencia haya ido adaptando su aplicación a diversas circunstancias sociales y económicas.

⁵⁸⁶ Ley de 23 de julio de 1908 de Represión de la Usura.

⁵⁸⁷ PALOMO, L., (1908): *Ley contra la usura*, Librería de Fernando Fe: Madrid, pp. 8 y 9.

⁵⁸⁸ ZIMMERMANN, R., (2008): *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*. Traducción al castellano de Esther Arroyo i Amayuelas, Bosch: Barcelona, p. 197.

⁵⁸⁹ BOSCH CAPDEVILA, E., (2012): “La anulación del contrato por explotación injusta en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos”, en BOSCH CAPDEVILA, E., (Dir.): *Nuevas perspectivas del derecho contractual*, Bosch: Barcelona, p. 376

⁵⁹⁰ Como un límite moral a la autonomía de la voluntad, y con cierta reminiscencia de la situación en la que se encuentra el prestatario de un préstamo leonino o usurario, véase TORRES GARCÍA, T. F., (2016): “La autonomía privada: luces y sombras”, en MUÑIZ ESPADA, E., (2016): *Derecho de obligaciones y contratos. En homenaje al profesor Ignacio Serrano García*, Las Rozas: Wolters Kluwer La Ley, p. 93.

⁵⁹¹ Art. 1301 PMCC: “*Una de las partes puede anular el contrato que, en el momento de su celebración, otorga a la otra parte una ventaja excesiva si, teniendo en cuenta la naturaleza y fin de aquél, resulta que se ha aprovechado injustamente de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, inexperiencia o falta de previsión. A petición de la parte perjudicada, puede el Juez introducir en el contrato aquellas modificaciones que sean necesarias para adaptarlo a las exigencias de la buena fe y lo que sea usual en el tráfico jurídico*”; COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN: *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, Madrid: Secretaría General Técnica, p. 63

⁵⁹² PALOMO, L., (1908): *Ley contra la usura... cit. p. 20*.

⁵⁹³ Véase la usura en la historia de la Iglesia medieval en GILCHRIST J., (1969): *The Church and Economic Activity in the Middle Ages*, London. Melbourne. Toronto: Macmillan, pp. 62-70. Para

Tribunales de justicia para que resueltamente prosigan el ejemplar camino emprendido, y que no sean tímidos al procurar el restablecimiento del derecho y el imperio de la sana moral (...)". Constituye, esta ley, un límite a la autonomía negocial del art. 1255 CCE aplicable a los préstamos, y, en general, a cualesquiera operación de crédito "*sustancialmente equivalente*" al préstamo (STS 25 de noviembre de 2015, RJ\2015\5001)⁵⁹⁴. El negocio usurario es, en definitiva, una manifestación de un negocio inmoral⁵⁹⁵.

En el contexto comparado, es específicamente relevante el §138.2 BGB, que se ubica en el Libro Primero, Parte General, Sección Tercera, Negocios jurídicos. Es una precisión del §138.1, que establece la nulidad de los negocios que infrinjan las buenas costumbres⁵⁹⁶. Esta disposición fue añadida como segundo apartado a raíz de un acuerdo de la Comisión del *Reichstag*, que unificó los conceptos de usura pecuniaria y material⁵⁹⁷ en un único concepto unitario de derecho civil, declarando nulo el negocio usurario, contrario a la moral⁵⁹⁸. El

un estudio de la usura desde el Derecho canónico medieval, veáse NOONAN, J.T., (1957): *The Scholastic Analysis of Usury*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, pp. 1-409.

⁵⁹⁴ Véase también, entre otras, la STS de 18 de junio de 2012, RJ 2012\8857.

⁵⁹⁵ DAWSON, J.P. (1976): "Unconscionable coercion. The German version", *Harvard Law Review*, vol. 89, nº6, p. 1070, hace referencia a la cuestión política que envolvió la cláusula del §138 BGB. Así, en 1936, el Senado planteó al *Reichsgericht* la cuestión de si una desproporción excesiva entre las prestaciones intercambiadas por las partes era suficiente para anular una transacción. La respuesta del *Reichsgericht* fue que la parte beneficiada tenía que ser consciente de que la transacción ofendía la conciencia de la gente ("*offended the sound conscience of the people*").

⁵⁹⁶ Originariamente, el §138.2 surgió de la llamada "usura de crédito o pecuniaria", consistente en la "explotación de la situación de necesidad, de ligereza o de la inexperiencia mediante la estipulación de ventajas desproporcionadas en la concesión de un mutuo o en la prórroga de un crédito pecuniario". Fue la Ley de 19 de junio de 1893 la que amplió el concepto y extendió el carácter punible a la usura material (otros casos de explotación de la situación de necesidad, de la ligereza o de la inexperiencia mediante la estipulación de ventajas desproporcionadas), *cfr.* ENNECCERUS, KIPP, WOLF (1981). *Tratado de Derecho Civil. Tomo Primero, Parte General, II Parte*, Barcelona: Bosch Editorial, p. 640.

⁵⁹⁷ Por usura material entiéndase otros casos de explotación de la situación de necesidad, de la ligereza o de la inexperiencia mediante la estipulación de ventajas desproporcionadas.

⁵⁹⁸ Señala ZIMMERMANN, R., (2008): *El nuevo derecho alemán de obligaciones... cit.*, p. 196, que el Reichstag reaccionó a la crisis de 1873, cuando pequeños comerciantes, artesanos y agricultores se veían compelidos a solicitar créditos para sacar adelante sus negocios, evidenciando que el no establecimiento de límites llevaba a abusos. Aquellos prestatarios potenciales, que necesitaban con urgencia dinero, quedaban fuera de cualquier posibilidad de negociar las condiciones del préstamo. Por ello, la ley de la Usura de 1880 modificó el Código Penal introduciendo el art. 302 a-d y como sanción adicional se introdujo la nulidad de los contratos usurarios. Fue en 1893 cuando la política de la Ley de la usura se extendió a otro tipo de contratos, además de los préstamos de dinero. En 1886 fue una Comisión del Reichstag la que decidió incorporar una regla que devendría el §138.2 BGB. Se cuestionaba que una norma con tal impacto en el Derecho privado no se incorporara en el BGB y quedara relegada en una ley especial.

§138.2 incide en el adverbio “especialmente”⁵⁹⁹, expresando así que todo negocio en que concurren todas las características del concepto de usura se ha de considerar en todo caso inmoral; sin embargo, ello no significa que un negocio al que le falten algunos de los requisitos establecidos por el §138.2 no pueda ser inmoral, y por tanto nulo, según el §138.1⁶⁰⁰. En este sentido, BADOSA apunta que la relación entre los dos artículos se invierte; el apartado 2 pasa de caso específico, aunque principal, de la infracción de las buenas costumbres a norma principal de la usura. El ap.1 pasa a norma supletoria, si falta alguno de los requisitos del §138.2⁶⁰¹. Ambos preceptos persiguen, en palabras de ZIMMERMANN, *preservar la limpieza del comercio y, en general, de las relaciones jurídicas: un ordenamiento jurídico no puede tolerar la existencia de transacciones que ofenden el sentido de la decencia de un hombre justo y honesto*⁶⁰².

El objetivo del §138.2 BGB no es, pues, la protección del perjudicado sino de los ordenamientos jurídicos y sociales. Por eso el remedio establecido es la nulidad absoluta, y no la rescisión o la nulidad relativa⁶⁰³⁶⁰⁴. En este sentido, se distancia de la figura de la ventaja injusta de los PECL o de la explotación injusta del DCFR, que se señalan claramente como instrumentos de protección de la parte débil (véase, por ejemplo, el principio 43 del DCFR, en el que se establece como principio de justicia el no abuso de la situación de superioridad).

⁵⁹⁹ La similitud con el art. 1 de la Ley de Represión de la Usura es notoria, *cfr.* art. 1: “*Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado*”

⁶⁰⁰ Señala ZIMMERMANN que el §138.1 BGB permite la anulación de aquellos contratos injustos que no pueden ser anulados por el §138.2 por no cumplir alguno de los requisitos exigidos por el precepto, *cfr.* ZIMMERMANN, R., (2001): *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Kenwyn: Juta&Co, LTD, p. 269.

⁶⁰¹ BADOSA COLL, F., (2014-2016): “L’avantatge injust. El contractant feble i la seva protecció... *cit.*”, p. 376.

⁶⁰² ZIMMERMANN, R., (2008): *El nuevo derecho alemán de obligaciones... cit.*, p. 197.

⁶⁰³ BADOSA COLL, F., (2014-2016): “L’avantatge injust. El contractant feble i la seva protecció... *cit.*”, p. 369.

⁶⁰⁴ ENNECCERUS, KIPP, WOLF (1981). *Tratado de Derecho Civil. Tomo Primero... cit.*, p. 644: “*No es de lege lata en modo alguno substituir de un modo general en los negocios ilegales o inmorales lo ilícito por lo lícito. Lo que se haría con ello sería extender la idea proteccionista, que según el derecho vigente se limita a la consecuencia jurídica de la nulidad, y convertir en su contrario el principio de la libertad de contratación. De todos modos, al rechazar en principio la imposición forzosa de la conclusión de un contrato, no debe negarse la posibilidad de que en casos determinados se mantenga la validez de un negocio inmoral*”.

El precepto tiene, por tanto, un supuesto objetivo y un doble subjetivo: objetivamente supone, en primer lugar, la promesa o concesión de ventajas patrimoniales que exceden de tal modo del valor de la prestación que resultan en una desproporción excesiva; en segundo lugar, la otra parte contratante debe encontrarse en un estado de necesidad, ligereza o inexperiencia. Y, subjetivamente, se requiere la explotación de dicho estado⁶⁰⁵⁶⁰⁶.

La influencia germánica llegaría al Código civil italiano que presenta la *laesio ultra dimidium* en el art. 1448 del *Codice* (también inspirado por el art. 21 del código civil suizo), que permite rescindir el contrato celebrado en un estado de necesidad, si como consecuencia de ello una de las partes ha sufrido una lesión en más de la mitad del valor de la prestación⁶⁰⁷⁶⁰⁸.

Este artículo no forma parte de la regulación de los vicios de la voluntad [está ubicado en el capítulo XIII (*Della rescissione dell contratto*), del título II (*Dei contratti in generale*) del Libro IV (*Dell'Obbligazioni*)]. Su precedente legislativo lo encontramos en el art. 22 del Progetto Italo-Francese Delle Obligazioni (1927), aunque allí se configuraba la figura como un vicio autónomo del consentimiento⁶⁰⁹. MIRABELLI califica, sin embargo, la figura lesiva presente en el

⁶⁰⁵ ENNECCERUS, KIPP, WOLF (1981). *Tratado de Derecho Civil. Tomo Primero... cit.*, pp. 640-641.

⁶⁰⁶ Aúna, por tanto, la vertiente sustantiva y procesal de la justicia. Así lo señalan: MARKESINIS, B.S., UNBERATH, H., JOHNSTON, A., (2006): *The German Law of Contract. A comparative Treatise*, Portland, Oregon: Hart Publishing, p. 249.

⁶⁰⁷ A su vez, el art. 1447 CCit permite la rescisión de aquel contrato celebrado en estado de peligro. Dice así: "*Contratto concluso in istato di pericolo. Il contratto con cui una parte ha assunto obbligazioni a condizioni inique, per la necessità, nota alla contraparte, di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, può essere rescisso sulla domanda della parte che si è obbligata./ Il giudice nel pronunciare la rescissione, può, secondo le circostanze, assegnare un equo compenso all'altra parte per l'opera prestata*").

⁶⁰⁸ El art. 1448 CCit establece lo siguiente: "*Se vi è sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto. /L'azione non è ammissibile se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto/ La lesione deve perdurare fino al tempo in cui la domanda è proposta/ Non possono esser rescissi per causa di lesione i contratti aleatori. / Sono salve le disposizioni relative alla rescissione della divisione*".

⁶⁰⁹ Se produce una innovación que da hospitalidad a una acción general de la lesión en los contratos, cuando uno de los contratantes haya obtenido una ventaja injusta de la desproporción existente entre las prestaciones intercambiadas. Se presume que el consentimiento no ha sido del todo libre. Los comentarios al art. 22 indican que lo que pretendía el artículo era alejarse del patrón propio de los contratos usurarios, aunque no se podía negar la influencia del §138 germánico, cfr. ALPA, G., CHICODI, G., (2007): *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927): Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, Milano: Guiffre editore, p. 208. El art. 22 establecía lo siguiente: "*Se le obbligazioni di uno dei contraenti sono del tutto sproporzioante ai vantaggi che egli trae dal contratto o alla prestazione dell'altro contraente di*

Codice como vicio de la voluntad, a pesar de que ello no se desprenda del encaje sistemático de la figura en el texto legal⁶¹⁰. La cuestión de la rescisión desde un punto de vista sistémico en el Código civil italiano tampoco es clara entre la doctrina: se generaliza la rescisión como remedio, emancipándola de un vicio causal (aunque se mantiene el límite aritmético de más de la mitad), centrando la atención en los elementos subjetivos de la figura (estado de necesidad y aprovechamiento de estado para obtener el beneficio excesivo), bordeando así los tradiciones vicios del consentimiento⁶¹¹.

La lesión italiana a su vez toma en consideración el art. 644 del Código penal italiano, sobre la usura. La locución “*ha approfittato per trarne vantaggio*” del art. 1448 (en el 644 no aparece explícitamente la referencia al “*approfittamento*”) no debe entenderse como una conducta abusiva o que requiera una especial iniciativa de la parte beneficiada, sino que es suficiente conocer el estado de necesidad de la otra parte.” “*Approfittamento*” se refiere a un comportamiento pasivo pero intencionado⁶¹². A diferencia de las situaciones en que hay un vicio de la voluntad (piénsese en la violencia) en que la parte débil acepta las condiciones impuestas por la otra parte en el contrato, en las situaciones descritas por los casos de lesión enorme, la parte débil contrata consciente de esa situación de necesidad⁶¹³⁶¹⁴. La otra parte utiliza esta situación para obtener un beneficio excesivo (pero no se califica esta conducta como abusiva). En los casos descritos por el art. 644 del Código penal italiano tampoco hay una referencia al abuso o provecho excesivo; no es necesaria una iniciativa por parte

maniera che, secondo le circostanze, debba presumersi che il suo consenso non sia stato sufficientemente libero, il giudice può su domanda della parte lesa annullare il contratto o ridurre le obbligazioni”.

⁶¹⁰ MIRABELLI, G., (1962): *La rescissione del contratto*, 2ª ed, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, p. 74.

⁶¹¹ Rescissione (voce), Enciclopedia del Diritto, Dir: Francesco Santoro-Passarelli, XXXIX, Varese: Guiffre editore, 1988, pp. 969-970

⁶¹² MARINI, G., (1986): “Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, p. 268-269.

⁶¹³ ISTITUTO DELLA ENCICLOPEDIA ITALIANA: *Rescissione* (voce), Enciclopedia giuridica 1991, Roma: Istituto poligrafico e zecca dello stato, p. 6.

⁶¹⁴ Como señala MARINI, G., (1986): “Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale ... *cit.*, pp. 270-271, “*nella rescissione comunque il contraente che si avvantaggia patrimonialmente si limita ad approfittare di una situazione che non è stata da lui stesso provocata, mentre il contraente lesa è assolutamente consapevole della condizione a cui contrae. Certamente la tendenza a inquadrare la considerazione delgi stati soggettivi del contraente nella prospettiva dei vizi del consenso, insieme alla tradizione interpretativa accennata, ha indubiamente influito sul legislatore”.*

del usurario⁶¹⁵. Se habla de un “*approfittamento*” que “*si reduce al risultato oggettivo di uno stato di conoscenza, integrato dunque da un ampia gamma di situazioni contrattuali che vanno dalla diretta richiesta o addirittura imposizione di condizioni eccessive alla consapevole accettazione di un’offerta che le contenga, in cui la sua esistenza finisce allora per essere offerta in via presuntiva*”⁶¹⁶. Observamos un traspaso de los requisitos del contrato usurario al lesivo que también tiene una previsión en el art. 1815 del *Codice* que determina la nulidad de los intereses usurarios en el contrato de mutuo⁶¹⁷.

A pesar de las conexiones existentes entre ambas figuras, cabe diferenciarlas por la finalidad perseguida: la usura imprime un castigo a quien quiere enriquecerse ilegítimamente; la lesión en más de la mitad se ubica en una desviación del precio justo que no responde a ningún elemento que señale que el beneficiado se ha aprovechado de las circunstancias del lesionado o que tenía una clara intención de enriquecerse⁶¹⁸⁶¹⁹. Asimismo, los remedios previstos para ambas instituciones también son diferentes (nulidad para los negocios usurarios; rescisión para los lesivos). El fundamento de la usura es la represión de una conducta antijurídica pero no la protección del lesionado; se persigue sancionar esta actividad considerada ilícita por el ordenamiento jurídico. En el contexto alemán, el §138 BGB se incardina, precisamente, en un código que refleja el carácter de una sociedad profundamente marcada por las circunstancias históricas vividas. Por ello se establece el remedio de la nulidad. Vemos, pues, que la idea comunitaria, histórica y propia de una determinada nación, determina

⁶¹⁵ Véase la relación entre el 644 del código penal italiano y el 1448 del Código civil en EDOARDO NAPOLI, G., (2004): “Usura reale e rescissione per lesione”, *Rivista Di Diritto Civile*, Parte prima, p. 401-438.

⁶¹⁶ ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO (Dir: Francesco Santoro-Passarelli): *Rescissione* (voce), XXXIX, Varese: Guiffredè editore, 1988, p. 975.

⁶¹⁷ En el mutuo usurario, la ilicitud impregna la causa del contrato, MARINI, G., (1986): “Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale ... *cit.*”, p. 284.

⁶¹⁸ MARTÍN CASALS, M., (1984): *Lesió “ultra dimidium” i equivalència. Naturalesa de la lesió i àmbit d’aplicació... cit.*, p. 469.

⁶¹⁹ MARTÍN CASALS, M., (2009): “From *laesio enormis* to Unfair Advantage: A Shift in the Contractual Paradigm”, en WIEGAND, W., KOLLER, T., WALTER, H.P., (Hrsg) (2009): *Tradition mit Weitsicht. Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag*, Bern: Schulthess, p. 506 y sig. Señalando las diferencias entre la teoría del justo precio (propia de los contratos lesionarios) y la usura, NOONAN, J.T., (1957): *The Scholastic Analysis of Usury...cit.*, pp. 82-99 y 397-98.

la configuración de sus normas civiles (véase el carácter político del Derecho de contratos apuntado en el Capítulo I)⁶²⁰.

Por ello, la incorporación de elementos subjetivos en la figura italiana lesionaría la aleja de las características propias de la lesión *ultra dimidium* de carácter objetivo y como defecto causal y la configura como una lesión *ad hoc* que persigue la protección del contratante más débil⁶²¹. Es una generalización de la lesión enorme porque limita la libertad contractual pero no es suficiente el simple desequilibrio para rescindir el contrato ya que el art. 1448 CCit incorpora elementos de corte subjetivo inspirados en el precepto alemán.

Así las cosas, insistimos en la necesidad de actualización del Código civil, de acuerdo con las propuestas armonizadoras del Derecho de contratos, que veremos más adelante, así como con los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, adoptando un instrumento jurídico que permita corregir las asimetrías contractuales, que podríamos calificar como de anómalas. Una reforma que permita superar el estrecho margen que el CCE dedica a la rescisión por lesión y el residual que resulta del recurso al remedio de la usura.

⁶²⁰ HESSELINK, M.W (2011): "Five political ideas of European Contract Law", *ERCL 2/2011*, p. 307-308.

⁶²¹ MARINI, G., (1986): "Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale ... *cit.*", p. 289.

CAPÍTULO TERCERO. DE LA EXCESIVA DESPROPORCIÓN A LA VENTAJA INJUSTA. EL CONTROL DE LA JUSTICIA PROCEDIMENTAL EN EL DERECHO DE CONTRATOS

1. LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO INICIAL DEL CONTRATO: LA *GROSS DISPARITY* O EXCESIVA DESPROPORCIÓN

El equilibrio económico entre las prestaciones puede quebrar a causa de la situación de dependencia de una de las partes, del valor atribuido al bien enajenado (desequilibrio inicial u originario) o finalmente, porque las circunstancias tras la celebración del contrato han variado de forma totalmente inesperada (desequilibrio sobrevenido o *hardship*). En este apartado examinaremos la figura de la excesiva desproporción o ventaja injusta como supuestos de asimetría originaria del contrato que conducen a su revisión o ineficacia.

1.1. La *gross disparity* como expresión de justicia procedimental y sustantiva

La figura de la *gross disparity* o excesiva desproporción aparece regulada por primera vez en el art. 3.10 de los Principios UNIDROIT⁶²² (en adelante, PICC), en la versión del año 1994 (y en el art. 3.2.7, en las versiones de 2010 y de 2016)⁶²³. En los trabajos preparatorios de los PICC, la *gross disparity* estaba

⁶²² Art. 3.2.7 PICC (excesiva desproporción): “1) Una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva. A tal efecto, se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores: (a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y (b) la naturaleza y finalidad del contrato. (2) A petición de la parte legitimada para anular el contrato, el tribunal podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial. (3) El tribunal también podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a petición de la parte que recibió la notificación de la anulación, siempre y cuando dicha parte haga saber su decisión a la otra inmediatamente, y, en todo caso, antes de que ésta obre razonablemente de conformidad con su voluntad de anular el contrato. Se aplicará, por consiguiente, el párrafo (2) del Artículo 3.10.” Accesible en: <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-s.pdf>.

⁶²³ Fue en el año 1968, con ocasión de la celebración de los 40 años de fundación del Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), cuando surgió la idea de crear un cuerpo normativo para los contratos comerciales internacionales. En 1971, el consejo de gobierno de

subdivida en dos artículos (arts. 7 y 8) relativos, respectivamente, a la desigualdad en el poder de negociación (“*inequality of bargaining power*”) y a la excesiva injusticia o “*unconscionability*” (*gross unfairness*)⁶²⁴.

La primera vertiente de la figura (la “*inequality of bargaining power*”) persigue que el consentimiento sea emitido de una forma totalmente libre; los redactores de la figura aludían al derecho comparado (con referencias al §138.2 BGB, al §31 *Nordic Contract Act*, a las previsiones relativas a la *undue influence* del derecho inglés o al abuso de circunstancias del derecho neerlandés, entre otros)⁶²⁵ para proponer una figura que permitiera anular aquellos contratos en que una de las partes hubiera abusado de una situación de superioridad que le

UNIDROIT incluyó en su agenda la preparación de unos principios generales del derecho de los contratos [*essai d'unification portant sur la partie générale des contrats (en vue d'une Codification progressive du droit des obligations “ex contractu”*), una comisión formada en un principio por los Profs. David, Schmitthoff y Popescu. El objetivo inicial era la elaboración de un *Restatement* internacional de principios generales del Derecho contractual, no vinculantes. No fue hasta el año 1980 cuando se llegó a crear un grupo de trabajo más amplio (destacan, entre otros, los Profs. Di Majo, Drobnig, Farnsworth, Hartkamp, Lando o Tallon), grupo que se fue ampliando en los años siguientes. En 1994 se materializaron los Principios UNIDROIT; en 2004 se publicó una segunda edición, añadiéndose nuevos capítulos y reformando algunos artículos y la tercera edición vio luz en 2010, *cf.* BONNELL, M.J., (1994): *An international Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Irvington- New York: Transnational Juris Publications, Inc, pp. 1-24. El ámbito de aplicación de los PICC queda limitado a los contratos mercantiles internacionales, pero esta limitación no pretende apoyarse en la tradicional distinción que, en algunos sistemas jurídicos, existe entre el carácter civil y mercantil de las partes y/o negocios jurídicos. El propósito era excluir las operaciones de consumo que en algunos ordenamientos se regulan a través de normas especiales, *cf.* DíEZ PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES MORENO (2002): *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid: Civitas, pp. 83 y 83. Véase, también, un estudio sobre el origen y evolución de los PICC en HARTKAMP, A., (2011): “Principles of Contract Law” en HARTKAMP, A., HESSELINK, M.W., HONDIUS, E., MAK, C., DU PERRON, E. (Coords.) (2011): *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn: Kluwer law international, pp. 230-259.

⁶²⁴ El primero de los artículos, relativo a la *inequality of bargaining power* rezaba así: “*A party may avoid a contract when the other party has taken advantage of his dependence, economic distress or urgent needs, or of his improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill, to obtain terms which make the contract as a whole unreasonably advantageous for the other party and unreasonably disadvantageous for him*”; el relativo a la excesiva injusticia (*gross unfairness*) tenía el siguiente tenor literal: “*a party may avoid or have revised a contract if at the time of the making of the contract there is an unconscionable disparity between the obligations of the parties or other unconscionable contract terms which grossly upset the contractual equilibrium*”, véase BONNELL, M.J., (1994): *An international Restatement of Contract Law... cit.*, p.101; vemos, pues, como la figura presenta una doble vertiente: por una parte, de la *procedural justice*, más cercana a elementos formativos de la voluntad (vicios del consentimiento) y, por otra, la *substantive justice* (justicia material), relativa a la economía del contrato.

⁶²⁵ *Cfr.* Art. 7 y 8 de INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW: “Proposed Rules on the (Substantive) Validity of International Contracts (excluding illegality) and Explanatory Report (prepared by Prof. U. Drobnig, Director of the Max-Planck-Institute für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, and Prof. O. Lando, Director of the Institute of European Market Law, Copenhagen School of Economic and Business Administration), UNIDROIT 1980, Study L-Doc.17), pp. 19 y sig.

hubiera reportado una ventaja excesiva. La regla sólo operaría en los casos en que hubiera un abuso de las circunstancias mencionadas en el precepto. El contrato debía proporcionar, además, una ventaja excesiva a una de las partes y una desventaja a la otra (“*if a party abuses the other party’s dependence to sell him rare goods for a price which is low but not unreasonable, the contract cannot be avoided under the provision although it might confer an unreasonably great advantage upon the buyer*”⁶²⁶). Si el contrato era “*unconscionable*”, este tendría cobertura en el art. 8, relativo a la vertiente material de la figura, es decir, a la justicia material (*substantive fairness*)⁶²⁷, la que se refiere al contenido del contrato única y exclusivamente.

En este segundo caso que aparecía definido en el art. 8, el desequilibrio excesivo⁶²⁸ o a la “*unconscionability*”⁶²⁹ descansa sobre un fundamento relativo

⁶²⁶ Nótese que algún académico propuso que la regla operara aun cuando la ventaja excesiva reputada por una de las partes no conllevara ninguna desventaja excesiva para la otra, o viceversa, es decir, cuando sólo uno de los dos requisitos se cumpliera. Dicha propuesta fue rechazada, véase INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW: “Informal Working Group on the Progressive Codification of International Trade Law. Report on the Second Meeting held in Hamburg from 23 to 25 February 1981”. Prepared by the Secretariat of UNIDROIT: Rome, March 1981. UNIDROIT 1981, P.C.- Misc.3, p. 5.

⁶²⁷ También establece la distinción entre injusticia procedimental y material el instrumento propio del Derecho Americano: “*unconscionability*”, véase FULLER, L.L. ARON EISENBERG, M., (1996): *Basic contract law*, Sixth Edition, Sant Paul MINN: West Publishing CO, p. 74: “... *it is useful to refer to evils in the bargaining process as “procedural unconscionability”, and to evils in the resulting contract as “substantive unconscionability”*”.

⁶²⁸ La aplicación de la norma debía ser estricta; la regla no pretendía la introducción de la justicia contractual en el seno de cada contrato. El desequilibrio (en los casos de “*unconscionability*”) debía ser mayor que en los casos del artículo precedente (*inequality of bargaining power*), ya que los supuestos que pudieran anularse por *unconscionability* se referían exclusivamente a la inequidad material del iter contractual: “*the contractual equilibrium will have to be grossly upset and the unfairness so great that it will shock the conscience of the court*”, cfr. INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW: *Proposed Rules on the (Substantive) Validity of International Contracts (excluding illegality) and Explanatory Report...* cit., p. 29.

⁶²⁹ Adviértase que los casos de *unconscionability* no se referían, pues, a la protección del consentimiento contractual sino que el objetivo del artículo 8 era preservar el equilibrio en cuanto al contenido del contrato en sí mismo; por ello, hubo dudas sobre si la sanción correspondiente debía ser la nulidad del contrato en lugar de la posibilidad de anulación a instancia de parte, véase INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW: *Informal Working Group on the Progressive Codification of International Trade Law...* cit., p. 5 (como hace el legislador alemán propiamente en el §138 BGB). Además, la figura se ubicaba en el capítulo de los vicios del consentimiento, cuando lo decisivo en la aplicación del artículo 8 no era la protección de la libre formación de la voluntad contractual sino el resultado material del negocio jurídico, cfr. BONNELL, M.J., (1994): *An international Restatement...* cit., p.103. La nomenclatura de “*unconscionability*” también generó dudas entre los académicos por ser una institución propia del derecho americano y, por tanto, demasiado ligada a un sistema jurídico determinado “*and could therefore give rise to misinterpretation, if adopted at universal level, apart from the extreme difficulty of finding an appropriate translation thereof in other language*” (p. 6). Por ello no se contempló la posibilidad de revisión del contrato (“*or have revised*”) y se propuso sustituir el término “*unconscionability*” por el de “*gross unfairness*”, “*grossly unfair disparity*” o “*unfair contract*”

a un defecto de la causa onerosa o en una contravención del orden público, como expresión de un negocio ilícito o inmoral⁶³⁰. Los contratos desequilibrados excesivamente permitían, pues, que el juez interviniera con el fin de mitigar el desequilibrio o bien de anular el contrato⁶³¹.

clauses". Finalmente, se destacó el carácter excepcional de la figura, aplicable sólo en casos en que el contrato o alguna de sus partes fuera considerado como "*grossly unfair*".

⁶³⁰ Nótese, sin embargo, que los PICC tanto en la versión de 1994 como en la de 2004 excluían expresamente del ámbito de su aplicación en el art. 3.1 la falta de capacidad, la inmoralidad o la ilegalidad como causa de invalidez del contrato. En el comentario oficial se explicaba que no toda la materia de la invalidez del contrato contemplada en los sistemas jurídicos nacionales se incluía en el ámbito de los PICC, como es el caso de la inmoralidad o la ilegalidad. Esto se debía a la complejidad que conllevaban estas cuestiones, así como el diverso tratamiento que reciben en los diferentes ordenamientos nacionales. Sin embargo, las cuestiones relativas a la ilicitud y a la inmoralidad ya no se excluyen en la versión de 2010 (tampoco lo hacen los PECL ni el DCFR, véanse los arts. 15:105 PECL y los arts. II:7:301 y II:7:302 DCFR), *Cfr.* UNCETA LABORDA, M., (2013): "Principios UNIDROIT e ilicitud del contrato internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, nº2, p. 621. En base hasta lo ahora expuesto, cabe añadir que la figura de la *gross disparity*, inspirada en el precepto §138 BGB, contiene –aunque sea indirectamente– un elemento objetivo que castiga el desequilibrio enorme entre los valores de prestación y contraprestación y que puede fundamentarse en la causa onerosa pero también, tal y como hace el BGB, tratarse como un negocio ilícito o contrario al orden público, por tanto, con tintes relativos a cuestiones de moralidad de los contratos. La disparidad entre los valores de las prestaciones intercambiadas entre las partes, en algunos sistemas jurídicos, se resuelve como un tema relativo a la inmoralidad o a la ilegalidad, como hemos visto que sucede en el contexto germánico, y en cierta medida también ello es así en el código civil suizo (art. 21 del Código civil suizo). Véase, en este sentido, DU PLESSIS, J., (2009): "Article 3.10", en VOGENAUER, S., KLEINHEISTERKAMP, J., (2000): *Commentary on the UNIDROIT principles of international commercial contracts (PICC)*, Oxford: Oxford University Press, p. 450.

⁶³¹ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW: *Proposed Rules on the (Substantive) Validity of International Contracts (excluding illegality) and Explanatory Report.... cit.*, p. 24. Por ejemplo, se cita el §138.1 BGB como ejemplo de contratos que son nulos por ir en contra de los estándares morales aceptados por la sociedad germánica o el §33 del *Nordic Contract Act*, como cláusula general que permite anular aquellos contratos que van en contra de la buena fe y la honradez en los tratos.

Observamos en una aproximación inicial, la correlación de los elementos objetivo y subjetivos de la figura⁶³², que en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo ya convergen en una⁶³³.

⁶³² Existía una división de opiniones entre partidarios de fusionar ambos artículos en una sola figura (alegando que el artículo 8 no estaba en consonancia con el resto del articulado, que lidiaban con aspectos relativos a los vicios del consentimiento) y detractores que argumentaban que había casos de excesiva onerosidad que no tenían por qué surgir de una explotación abusiva de una parte sobre la otra, *cfr.* INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW: “Study Group on the Progressive Codification of International Trade Law, Report on the 2nd Session of the Study Group held in Rome from 5 to April 1982” (prepared by the Secretariat of UNIDROIT), Rome: June 1982, UNIDROIT 1982, Study L-Doc. 22, p.7. Sin embargo, los redactores del texto no querían incorporar una regla general basada en la histórica lesión en más de la mitad, *cfr.* INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW: Progressive codification of international trade law. Chapter 3: The substantive validity of international contracts (Section 1: Mistake, Fraud, Threat and Gross Disparity). Text and Explanatory Report prepared by prof. U. Drobnig, Hamburg, and Prof. O. Lando, Copenhagen, as amended following the discussions at the meeting of the UNIDROIT-Study Group, held in Rome, 5-10 April 1982), Rome: March 1983, p. 18.

⁶³³ Véanse los arts. 4:109 PECL, II.-7: 207 DCFR, 51 CESL o el art. 30.3 del Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía (CEC). En efecto, desde esta perspectiva, el art. 3.10 PICC (en la versión anterior a la de 2010) se alineaba con la tendencia prevaleciente en los códigos civiles continentales como el helvético (art. 21) o el italiano (art. 1448), *cfr.* BONELL, M.J., (1994): *An international restatement of Contract law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 2ª ed, New York: Transnational Publishers, p. 165.

Así, la unión de los dos artículos no tardó en llegar⁶³⁴ y se propuso la nomenclatura de *gross disparity*⁶³⁵⁶³⁶ a modo de maridaje de ambos elementos,

⁶³⁴ Así, el texto propuesto en el *Study Group on the Progressive Codification of International Trade Law, Report on the 2nd Session of the Study Group held in Rome from 5 to April 1982*, p. 8, decía así: “ (1) A party may avoid a contract when the other party has taken unfair advantage of his dependence, economic distress or urgent needs, or of his improvidence, ignorance, inexperience, or lack of bargaining skill, to obtain terms which make the contract as a whole unreasonably advantageous for the other party and unreasonably disadvantageous for him. (2) It will be presumed that unfair advantage has been taken if at the time of the making of the contract there is a grossly unfair disparity between the obligations of the parties or there are unfair contract clauses which grossly upset the contractual equilibrium. (3) In determining whether a contract or any clause thereof is avoidable under this article regard should be paid to the commercial setting and the purpose of contract”, llegando a la conclusión de que un contrato injusto será aquel que se traduce en una ventaja excesiva para de las partes como consecuencia de un aprovechamiento de un estado de necesidad por parte de la otra o de la relación de confianza entre ambas, pero, a su vez, permite la presunción de que si la desproporción entre las prestaciones de las partes es excesiva, y el equilibrio contractual, por tanto, inexistente, ello presupone una explotación injusta. Pero dicha propuesta fue rechazada porque, ¿cómo podía la parte fuerte refutar la presunción si sólo la parte débil podía aportar prueba de la ausencia de algún tipo de explotación de su debilidad? Así, se propuso otro articulado (art. 7): “a party may avoid a contract if at the time of the making of the contract there is a gross disparity between the obligations of the parties or there are contract clauses grossly upsetting the contractual equilibrium, provided that they are unjustifiable having regard to, among other things, (a) the fact that the other party has taken unfair advantage of his dependence, economic distress or urgent needs, or of his improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skills, or (b) the commercial setting and the purpose of the contract”. Por lo que se refiere al concepto de dependencia, se reduce ésta a la que deriva de una relación particular (no la que deriva de los casos relativos al *market-dependence*), pp. 8 y 9.

⁶³⁵ Fueron los Profs. LANDO y HARTKAMP los que propusieron un nuevo artículo 7 con el nombre de “*gross disparity*”, que resultó ser el antecedente del 3.10 de los PICC en la versión del año 2004, y el art. 3.2.7 en la versión de 2010. Así, la propuesta de LANDO y HARTKAMP (*Codification Group 2nd Session. Chapter 3*) tenía el siguiente tenor literal: *Gross disparity. A party may avoid a contract if at the time of the making of the contract there is a gross disparity between the obligations of the parties or there are contract clauses grossly upsetting the contractual equilibrium, which is unjustifiable having regard to, among other things, a) the fact that the other party has taken unfair advantage of his dependence, economic distress or urgent needs, or of his improvidence, ignorance, inexperience, or lack of bargaining skill, and b) the commercial setting and the purpose of the contract, cfr.* INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW: “Progressive Codification of International Trade Law, Uniform Rules on International Contracts in General”, Chapter 3: The substantive validity of international contracts (Section 1: Mistake, Fraud, Threat and Gross Disparity), Text and Explanatory Report prepared by Professor U. Drobnig, Hamburg, and Professor O. Lando, Copenhagen, as amended following the discussions at the meeting of the UNIDROIT- Study Group, held in Rome, 5-10 April 1982, UNIDROIT 1983, Study L-Doc. 26, p. 3.

⁶³⁶ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW: Study Group on the Progressive Codification of International Trade Law, Second Session, Rome 5 to 10 April 1982, Observations on the Draft Rules on the Substantive Validity of International Contracts (UNIDROIT 1982, Study L, Doc. 20 and 21), by Professor D. Tallon, Codification Group 2nd Session Misc. 1, p. 2. Se subrayó la necesidad de determinar claramente que la “*gross disparity*” no era una regla general de “*lésion*”. El desequilibrio debía ser inicial (si éste fuera sobrevenido nos hallaríamos ante la figura de la *hardship*), y la nomenclatura de *gross disparity* establecía la prevalencia del elemento objetivo: “as the term *gross disparity* denotes, the requirements for the application of the rule are strict. A disparity between the value and the price or some other element which upsets the equilibrium of performance and counterperformance is, even if considerable, insufficient for refusing the enforcement of the contract. Only if the disequilibrium is of such extents as to shock the conscience of the court is there a *gross disparity*. The provision dose not aim at introducing

objetivo y subjetivos⁶³⁷, como expresión de la justicia sustantiva y procedimental, respectivamente.

La figura de la excesiva desproporción⁶³⁸ quedó, pues, consolidada en el art. 3.10⁶³⁹ de los PICC (en la versión de 2004 el artículo relativo a la *gross disparity*

the idea of contractual justice into each contract", INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW: "Uniform rules on International contracts in general. Chapter 3: The substantive validity of international contracts" (Section 1: Mistake, Fraud, Threat and Gross disparity). Text Explanatory Report prepared by Professor U. Drobniq, Hamburg, and Professor O. Lando, Copenhagen, as amended following the discussions at the meeting of the UNIDROIT – Study Group, held in Rome, 5-10 April, 1982. Unidroit 1983 (Study L- Doc. 26), p.19. Sin embargo, la doctrina fue aproximando la figura de las *gross disparity* a una expresión propia de un vicio del consentimiento, véase PONITROLI, L., (1997): "La protezione del "contraente debole" nei Principles of International Commercial Contracts di UNIDROIT: *much do about nothing?*" *Giurisprudenza Commerciale*, Parte prima, pp. 605 y 606.

⁶³⁷ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW: "Progressive codification of international trade law. Uniform rules on international contracts in general. Chapter 3: The substantive validity of international contracts (Section 1: Mistake, Fraud, Threat and Gross disparity). Text Explanatory Report prepared by Professor U. Drobniq, Hamburg, and Professor O. Lando, Copenhagen, as amended following the discussions at the meeting of the UNIDROIT – Study Group, held in Rome, 5-10 April, 1982. UNIDROIT 1983 (Study L- Doc. 26, p.3).

⁶³⁸ Los diferentes borradores de los principios UNIDROIT denotan que la figura de la *gross disparity* fue una de las que causó mayor discusión entre los académicos. Las dudas versaban, sobre todo, en relación con la configuración de la figura en un solo artículo o bien su presentación en dos; los Profs. Lando y Crépeau consideraban que había dos problemas distintos: la desproporción que resultaba de la explotación de una de las partes sobre la otra y, en segundo lugar, la posibilidad de considerar inadmisibles por desproporcionadas (*unconscionable*) determinadas cláusulas del contrato que debían ser revisadas por el juez; incluso hubo debate acerca de la posibilidad de establecer una presunción de explotación, tal y como hace el art. 1406 del Código civil de Quebec [*excessive advantage creates a presumption of unfair behaviour (of the avoiding party's dependence....]*. El prof. Di Majo (INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW: "Working group for the preparation of Principles for International Commercial contracts". Summary records of the meeting held in Rome from 16 to 20 January 1989, prepared by the Secretariat of UNIDROIT. UNIDROIT 1989 P.C.- Misc. 13, pp. 26 y sig) ya cuestionaba la inseguridad de no establecer un umbral aritmético que delimitara la excesiva desproporción y era partidario de decidir si se daba más importancia al elemento objetivo o al subjetivo ("*... to decide whether to give more importance to the objective disparity of economic power or to the unfair behaviour of one party*").

⁶³⁹ Art. 3.10 (Gross disparity) en INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW: "Working group for the Preparation of Principles for International Commercial Contracts". Principles for International Commercial Contracts, UNIDROIT 1993, Study L- Doc.40 Rev.11, pp. 13 y 14): "(1) *A party may avoid a contract or an individual term of it if, at the time of the conclusion of the contract, the contract or term unjustifiably gave the other party an excessive advantage. Regard is to be had, among others, to*

- a) *The fact that the other party has taken unfair advantage of the first party's dependence, economic distress or urgent needs, or of its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill, and*
 - b) *The nature and purpose of the contract.*
- (2) *Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may adapt the contract or term in order to make it accord with reasonable commercial standards of fair dealing.*
- (3) *A court may also adapt the contract or term upon the request of the party receiving notice of avoidance, provided that that party informs the other party of its request promptly after receiving such notice and before the other party has relied on it. The provisions of Article 3.13 (2) apply accordingly.*

era el 3.10) desde la doble vertiente de justicia material y procedimental⁶⁴⁰, aunque recientemente algunos autores como HESSELINK⁶⁴¹ anotan que la figura de los PICC sitúa el punto de inflexión en la excesiva desproporción entre las prestaciones, ya que es éste el test que permitirá anular o pedir la revisión del contrato, mientras que la ventaja injusta obtenida es una circunstancia cumulativa a otros factores⁶⁴². Es decir, que el elemento objetivo tenía más peso que el subjetivo relativo a las circunstancias de debilidad en que se encontraba una de las partes. Y así lo determina, también, la terminología; es decir, *gross disparity* (excesiva desproporción) pone el acento en el elemento objetivo de la figura. Ello no es así en la figura homónima de los Principios de Derecho contractual europeo (en adelante, PECL)⁶⁴³ o principios LANDO “*unfair advantage*” (ventaja injusta) (tampoco en el art. II.-7:207 DCFR⁶⁴⁴ ni lo era en el

⁶⁴⁰ KRAMER, A., (1997): “Fair dealing” et vices du consentement” en BONELL, M. J., BONELLI, F., (1997): *Contratti commerciali internazionali e principi Unidroit*, Milano: Guiffè editore, p. 164.

⁶⁴¹ HESSELINK, M. W., (2013): “Unconscionability, unfair exploitation and the nature of contract theory. Comments on Melvin Eisenberg’s “Foundational Principles of Contract Law”, *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper nº 2013/07, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper nº 2013-03*, p.2. En un sentido similar, véase DE PLESSIS, J., (2009): “Comentarios al art. 3.10” ... *cit.*, pp.450-451:” *art. 3.10 differs from art 4:109 PECL, which does not set an excessive advantage as a minimum requirement. According to art. 4:109 PECL, a party has to take advantage of another’s situation of weakness in a grossly unfair manner, or has to take an excessive benefit. A weak party that does not meet the substantive requirement of excessive benefit could therefore still succeed under art. 4:109 PECL if advantage was taken of if in a grossly unfair manner. Art. 3.10 PICC, unlike art. 4:109 PECL, therefore does not cover situations such as Dutch case of Van Elmbt v Feierabend, where an elderly person was improperly influenced to sell her home, even though it was not proved that a gross disparity existed between the price and the value of the home”.*

⁶⁴² Por ello, y a diferencia de los PECL o el DCFR, la *gross disparity* de los PICC, en su redacción, no hace referencia a la ventaja manifiestamente injusta obtenida, sino sólo al beneficio o ventaja excesiva, desde un punto de vista objetivamente económico.

⁶⁴³ Toman el nombre de uno de sus propulsores, el prof. Ole Lando, cfr. LANDO, O., BEALE, H., (1995): *Principles of European Contract Law. Part I: Performance, Non-performance and Remedies*, Dordrecht, Boston, Londres: Martinus Nijhoff, pp. 1-268. Los PECL pretendían constituir el primer paso de la codificación europea en materia contractual y constituyeron el fruto de una ingente actividad comparatista. HONDIUS, E., (1999): “Finding the law in a new millenium. Prospects for the development of civil law in the European Union” en *D’ici, d’ailleurs: harmonisation et dynamique du droit. Mélanges en l’honneur de Denis Tallon*, Paris: Soc. de Lég. Comparée, p. 101, consideraba que un *Restatement* en línea de los PECL podría actuar como un precódigo europeo de contratos. Los PECL, a diferencia de los PICC, no excluyen ser aplicados en contratos con consumidores, aunque limitan su ámbito de aplicación a la contratación en el seno de la Unión Europea. Véase, también, en relación a la relación entre PICC y PECL, LANDO, O., (2005): “The European Principles in an Integrated World”, *European Review of Contract Law*, Issue I, pp. 3-18.

⁶⁴⁴ El Parlamento europeo, a partir de la segunda mitad de la década de los años 80, formuló la necesidad de codificar el Derecho privado comunitario. Poco a poco, éste proyecto codificador fue diluyéndose hacia proyectos menos ambiciosos como el de facilitar una coherencia del acervo comunitario a partir de la formulación de sendos principios, definiciones o reglas relativas a aspectos comunes a todo el *acquis*, especialmente en material contractual (PECL y MCR o

art. 51 del CESL⁶⁴⁵, que significó el último estadio en la armonización del Derecho privado en Europa. Consistía en una Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea, que finalmente no se adoptó, a pesar de que se aprobó y publicó por la Comisión Europea como Propuesta de Reglamento. Fue sustituido posteriormente por dos Propuestas de Directivas: la relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales y la de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes⁶⁴⁶), en que el enfoque se orientó hacia el elemento subjetivo. Así, el art. 4:109 PECL⁶⁴⁷, se asemeja más a la *undue influence* del *common law*, ya que el peso

CFR, éste último por sus siglas en inglés). Sobre la relación de relevo o absorción entre los PECL y el CFR véase el estudio de GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (2009): “Los principios Lando” en BOSCH CAPDEVILA, E., (2009): *Derecho contractual europeo: problemáticas, propuestas y perspectivas*, Barcelona: Bosch, p. 166 y sig. En cuanto a los resultados más notorios del propósito sostenido y general de armonización del Derecho contractual europeo, identificamos el trabajo desempeñado por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos – conocida como Comisión Lando- que dio lugar a la publicación entre 1997 y 2002 de las tres partes de los Principios de Derecho Contractual europeo (PECL), a los que ya venimos haciendo referencia a lo largo del presente trabajo [LANDO, O, BEALE, H., (Eds.) (2000): *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, The Hague: Kluwer]. También existen otras iniciativas de índole académica destacadas como la surgida de la *Accademia dei Giusprivatisti Europei de Pavia*, promovida por el Prof. Giuseppe Gandolfi, que en 2001 dio lugar a la publicación del Anteproyecto de un Código Europeo de los Contratos [GANDOLFI, G., (Ed.) (2004): *Code Européen des Contrats- Avant-Projet*, Milano: Guiffre editore, p. 1-1010]. Así, bajo el patrocinio de la Comisión Europea y fruto de los trabajos preparatorios del Marco Común de Referencia, se prepararon los Principios de Derecho contractual comunitario de los Grupos de Trabajo *Study Group* (dirigido por el Prof. Christian von Bar) y *Acquis Group* (dirigido por el Prof. Schulte-Nölke) [cfr. STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) VON BAR, C., CLIVE, E., (Ed.): (2009): *op.cit.*, pp. 1-1010] que finalmente absorbieron el trabajo desempeñado por la Comisión Lando, complementados por los “Principes directeurs” redactados por la *Association Henri Capitant* y la *Société de Législation Comparée* [FAUVARQUE-COSSON, B., MAZEAUD, D., (Eds.): *Terminologie contractuelle commune, Projet de cadre commune de référence*, Paris: 2008]. Finalmente, se publicó a raíz de todos estos trabajos y por un grupo de expertos el *Feasibility Study for a Future Instrument in European Contract Law*. Véase Schulze, R., Stuycke, J., (Eds.) (2011): *Towards a European Contract Law*, Munich: Sellier. European law publishers, pp. 3-8; el DCFR fue posteriormente filtrado en el *Feasibility Study for a Future Instrument in European Contract Law*, contenido en ésta edición, en las pp. 217-279. El art. 48 del *Feasibility*, que reproduce el II.-7:207 DCFR, incorpora el precepto relativo a la explotación injusta.

⁶⁴⁵ La regla del art. 51 del CESL sobre la *unfair exploitation* se postulaba claramente como un vicio del consentimiento y se alejaba, en este sentido, de la configuración de la *gross disparity* de los PICC, cfr. PFEIFFER, T., (2012): “Article 51”, en SCHULZE, R., (2012): *Common European Sales Law (CESL)- Commentary-*, Baden-Baden: C.H. Beck·Hart·Nomos, p. 279: “Art. 51 and art. 3.2.7 UNIDROIT PICC are rather similar, although there are two main differences. Firstly, art. 3.2.7 UNIDROIT PICC is phrased as a rule on gross disparity not on exploitation. Gross disparity may also be dealt with by rules on immorality, which is left to national law by the CESL...”

⁶⁴⁶ COM (2015) 634 final y COM (2015) 635 final, respectivamente.

⁶⁴⁷ Véase el art. 4:109 PECL, *Excessive benefit or Unfair Advantage*:

(2) *A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract:*

de la figura recae en la situación del contratante que le impide desarrollar con plenitud su libertad contractual, que se combina con la ventaja obtenida injustamente por la otra parte⁶⁴⁸.

En efecto, el art. 4:109 PECL sitúa el punto de atención en la injusticia procedimental: la posibilidad de que una parte pudiera liberarse de un contrato que le resulte desventajoso, sin advertirse la razón concreta por la que no se ocupó mejor de sus intereses al aceptarlo, crearía demasiada inseguridad. Por tanto, sólo deben protegerse aquellos casos en que una de las partes pueda justificar que había alguna debilidad, incapacidad o necesidad que justifiquen lo ocurrido⁶⁴⁹.

Este maridaje de justicia procedimental y material lo observamos en el BGB (§138 1 y 2 BGB) o en el Código civil del Québec (art. 1406) y también aparece enunciada en los §31, §33 y §36⁶⁵⁰ del *Nordic Contract act*.

-
- c) *It was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill, and*

The other party knew or ought to have known of this and, given the circumstances and purpose of the contract, took advantage of the first party's situation in a way which was grossly unfair or took an excessive benefit.

Sobre la absorción de los PECL en el DCFR, véase STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) VON BAR, C., CLIVE, E., (Ed.): (2009): *op.cit.*, p. 15: "How the DCFR relates to the PECL, the SGECC PEL Series and the Acquis Group Series: 40. Based in part on the PECL. In Books II and III the DCFR contains many rules derived from the Principles of European Contract Law (PECL). These rules have been adopted with the express agreement of the Commission on European Contract Law, whose successor group is the Study Group (...) However, the PECL could not simply be incorporated as they stood. Deviations were unavoidable due to the different purpose, structure and coverage of the DCFR and in part because the scope of the PECL needed to be broadened so as to embrace matters of consumer protection".

⁶⁴⁸ MORALES MORENO, A.M., (2003): "Validez del contrato" en CÁMARA LAPUENTE, S., (Coord.): *Derecho Privado Europeo*, Madrid: Colex, p. 389.

⁶⁴⁹ LANDO, O., BEALE, H., (2003): *Principios de Derecho contractual europeo*, Partes I y II, Madrid: Colegios notariales de España, Madrid: colegios notariales de España, edición española a cargo de BARRÉS BENLLOCH, P., EMBID IRUJO, J.M., MARTÍNEZ SANZ, p. 376

⁶⁵⁰ §36 *Nordic Contract Act*.

1. *A contract can be amended or held unenforceable, in whole or in part, if enforcement would be unreasonable or contrary to accepted standards of fair dealing.*
2. *In making the determination referred to in paragraph 1, consideration shall be given to circumstances at the time of contracting, the content of the contract and circumstances which have latter occurred.*

La cláusula 36 del *Nordic Contract Act* es de tipo general y ha sido utilizada para combatir la injusticia procedimental y material en contratos, también, b2b (entre empresarios); LOOKOFKY, J., (1999): "Denmark" en BONELL, M.J., *A New Approach to International Commercial Contracts. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Kluwer Law International: London, p. 84.

La naturaleza jurídica propia de esta figura combina pues elementos de la justicia procedimental relacionados con la formación de la voluntad y los vicios del consentimiento, y elementos que podemos denominar objetivos, vinculados al resultado del contrato, que tienen un antecedente claro en la concepción medieval de la *laesio enormis*⁶⁵¹. Sin embargo, a diferencia de la lesión, la *gross disparity* no se limita al precio sino que la excesiva desproporción puede darse en otros elementos del contrato⁶⁵².

1.2. Caracterización de la excesiva desproporción

La excesiva desproporción o *gross disparity* contiene, como ya hemos determinado, elementos propios de la justicia material y la procedimental. Será de interés abordar, a continuación, ambos elementos por separado.

Conviene recordar que los PICC son anteriores a los PECL o al DCFR. La ventaja injusta de los PECL o la explotación injusta del DCFR mantienen un patrón estructural y de contenido de la figura muy similar al que se observa en el art. 3.2.7 PICC. Es por ello que, en el presente epígrafe, ahondaremos en la distinta relación de los elementos que configuran el instrumento reequilibrador de la *gross disparity*, señalando asimismo las notas distintas que incorporaron posteriormente la ventaja o explotación injusta de las propuestas que siguieron a los PICC, en los PECL, el DCFR o el CESL.

1.2.1. La injusticia sustantiva

La injusticia sustantiva o material viene referida al resultado económico del contrato: requiere que el contrato provoque una situación de ventaja excesiva o gravemente injusta a favor de una de las partes contratantes⁶⁵³. Este requisito, que podemos calificar de objetivo, está determinado por la desproporción

⁶⁵¹ Las normas relativas a la injusticia sustantiva son, según DROBNIG, U., (1992): "Substantive validity", 40 *American Journal Of Comparative Law*, p. 635, aquellas reglas que señalan las políticas públicas de un Estado.

⁶⁵² Por ejemplo, en el derecho a cambiar las condiciones unilateralmente, véase INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW: "Working Group for the Preparation of Principles for International Commercial Contracts", Summary of Records of the Meeting held in Rome, from 16 to 20 January 1989, prepared by the Secretariat of Unidroit, UNIDROIT 1989, P.C.- Misc. 13, p. 29.

⁶⁵³ Nótese que los PICC hacen referencia a la obtención de un beneficio excesivo, mientras que los PECL y el DCFR anotan, también, la situación de ventaja gravemente injusta.

excesiva entre las prestaciones, producto de esta explotación de una de las partes de las circunstancias de la otra.

La desproporción o ventaja excesiva⁶⁵⁴ que caracteriza la *gross disparity* debe existir en el momento de la celebración del contrato (según hemos mencionado ya, si el desequilibrio existiera en una fase posterior o funcional del contrato, nos situaríamos en el escenario propio de la *hardship* o excesiva onerosidad⁶⁵⁵). Según se señala en los comentarios oficiales de los PICC, para que se pueda anular o adaptar el contrato no es suficiente una desproporción sustancial entre el intercambio de prestaciones sino que lo que se requiere es que el desequilibrio del contrato sea de tal magnitud, de acuerdo con las circunstancias, que resulte escandaloso para una persona razonable⁶⁵⁶. La utilización de un parámetro de carácter subjetivo como sería la conciencia (“*the conscience of a reasonable person*”) no constituye el parámetro óptimo para examinar la justicia material, que es propia de un criterio más objetivo de tipo cuantitativo como sería el de la

⁶⁵⁴ La determinación de la desproporción es indeterminada en los PICC, a diferencia de la tradicional lesión en más de la mitad.

⁶⁵⁵ En relación con la excesiva onerosidad sobrevenida o *hardship*, véanse los arts. 6.2.2 PICC, 6:111 PECL y III-1:110 DCFR. También, DROBNIG, U., (1997), “Protection of the weaker party”, en BONELL, M. J., BONELLI, F., *Contratti commerciali internazionali e principi UNIDROIT*, Milano: Guiffre Editore, pp. 219-220 señala que: “... *the rule is limited to an initial gross disparity. This time element distinguishes gross disparity from hardship which creates a subsequent imbalance. This distinction ratione temporis is clearly expressed also in the relevant rule on hardship (art. 6.2.2 litt. (a) and (b)). I shall not further deal with hardship because this covers a case not of a structurally weak party. Rather it affects a party who is disadvantaged by a course of events that occurred after contracting and was not foreseeable at that time, such as the outbreak of war or a major earthquake, etc. The disadvantaged party may be very strong and even stronger than its contracting partner. This situation thus clearly differs from the protection intended to be granted to a weaker party by art. 3.10 on initial gross disparity*”. En un sentido similar y distinguiendo ambas figuras, véase MARTÍN CASALS, M., (2000): “Perspectives de futur de la rescissió per lesió *ultra dimidium*” en ÀREA DE DRET CIVIL (Coord.): *El futur del Dret patrimonial de Catalunya. Materials de les Desenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Valencia: Tirant lo Blanch, p.255, quien señala que en los casos de *hardship* no se establece que una parte se encuentra en una posición contractual más débil, sino que se ha visto perjudicada por una excesiva onerosidad sobrevenida; por tanto, el desequilibrio no es inicial sino *superveniens*.

⁶⁵⁶ Originariamente el redactado del artículo era “*so great to shock the conscience of the court*”, y se sustituyó por “*reasonable person*”: INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW: “Study Group on the Progressive Codification of International Trade Law”, Report on the 2nd Session of the Study Group held in Rome from 5 to April 1982 (prepared by the Secretariat of UNIDROIT), Rome: June 1982, UNIDROIT 1982, Study L-Doc. 22, p. 11. El criterio de la razonabilidad (p. ej, art. I-1:104 DCFR y art. 5 CESL) como estándar ético objetivo de conducta ha sido estudiado, entre otros, por TOMÁS MARTÍNEZ, G., (2015): “La sustitución del “buen padre de familia” por el estándar de la “persona razonable”, en *Revista de Derecho civil*, vol. II, núm. 1 (enero-marzo de 2015), en el que pone el acento en la recepción de este estándar en ordenamientos ajenos del que no es propio.

*laesio ultra dimidium*⁶⁵⁷⁶⁵⁸. No se plantea una referencia aritmética (como la propia de los contratos lesionarios, p.ej, art. 321 de la CDCC, art. 621-46 del CCCat, art. 1448 del *Codice* italiano, §934 y §935 del Código civil austríaco o el art. 1674 del *Code*). En sentido contrario, DROBNIG toma la noción de desequilibrio propia de la *hardship* ex art. 6.2.2 PICC e interpreta, atendiendo a los comentarios oficiales al art. 6.2.2 (en la versión de 2004), que este desequilibrio excesivo se produciría cuando la alteración alcance al menos un 50%, proponiendo éste límite como el mínimo aritmético necesario para considerar la existencia de una ventaja excesiva por desequilibrio *ab initio* entre las prestaciones de las partes⁶⁵⁹, permitiendo así la revisión o anulación del contrato⁶⁶⁰.

Conviene apuntar que los PICC utilizan la expresión ventaja excesiva, mientras que los PECL y el DCFR enuncian, también, (además de la referencia al

⁶⁵⁷ En este sentido, DROBNIG, U., (1997), "Protection of the weaker party... *cit.*, p. 220 y MARTÍN CASALS, M., (2000): "Perspectives de futur de la rescissió per lesió *ultra dimidium*" ... *cit.*, p. 256.

⁶⁵⁸ En relación con el criterio de la razonabilidad utilizado por los comentarios como estándar objetivo, véase: TOMÁS MARTÍNEZ, G., (2015): "La sustitución del "buen padre de familia" por el estándar de la "persona razonable... *cit.*, pp. 72-75. La autora señala la expansión del estándar de la persona razonable, de origen anglosajón, por el fundamento ético que integra y por la percepción objetiva y racional basada en un entendimiento de la justicia e igualdad de las relaciones interpersonales. También, TIMOTEO, M., (1997): "Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l'art. 3.10 dei Principi UNIDROIT", *Contratto e impresa/Europa*, pp. 832-833. Los PECL y el DCFR ya no integran la referencia a la razonabilidad sino que presentan como estándar de conducta el principio de la buena fe (véase, p. ej. el art. 4:109 (2) PECL).

⁶⁵⁹ La referencia al 50% estaba presente en los comentarios de 1994, pero no ya en los de 2004. Con relación a ello, MARTÍN CASALS, M., (2000) (*op.cit.* p. 257) es partidario de no volver a la vieja referencia aritmética de la lesión porque el punto de referencia de la *gross disparity*: "*Deixar, com a regla general, tots els riscos sobrevinguts a càrrec de l'obligat, amb l'excepció d'aquelles hipòtesis extraordinàries que cauen dins de la hardship o onerositat sobrevinguda, és coherent amb un sistema en el qual les decisions conscients de les parts tenen força de llei. La hardship es configura aleshores com un remei extraordinari que té per objecte reconduir la relació econòmica entre prestacions a l'equilibri originari que havien previst i troba el seu pressupòsit imprescindible en la voluntat del que s'ha pactat. En canvi, no és coherent amb un sistema en el qual les decisions conscients de les parts tenen força de llei valorar la correspondència entre l'equilibri pactat i el preu de mercat, perquè sempre és possible que aquell respongui a preferències subjectives o tot, curt, a un preu d'afecció que el mercat ignora. Per aquesta raó, prendre una determinada relació amb el preu de mercat com a punt de referència, encara que sigui com a llindar mínim, és tornar a la vella teoria de la rescissió per lesió *ultra dimidium*, encara que aquí, com que s'afegeixen diversos elements subjectius, sigui a la italiana*". Lo que propone este autor (pp. 230 y 258). es un sistema de valoración móvil de los distintos elementos (objetivos y subjetivos). Según este sistema ambos elementos estarían en una relación de dependencia recíproca; así, si se cumpliera de una forma muy intensa uno de los requisitos, el otro podría tener un nivel de exigencia menor.

⁶⁶⁰ A favor de establecer una medida relevante que establezca cuando existe una alteración sustancial del equilibrio contractual, con el fin de determinar cuándo existe beneficio excesivo, cfr. VOLPE, F., (1999): "I Principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross disparity)", *Rivista di diritto privato* n°1/99, p. 66.

beneficio excesivo) la categoría de ventaja manifiestamente injusta. Así, debemos distinguir, en estas dos propuestas de armonización, la ventaja injusta –institución- de la ventaja injusta- elemento objetivo-.

Vamos a detenernos brevemente en la concepción de ambas categorías conformantes del elemento objetivo de la ventaja injusta –institución-, esto es, el beneficio o ventaja excesiva y ventaja manifiesta o enormemente injusta.

1.2.1.1. El beneficio o ventaja excesiva

En relación con el concepto de beneficio excesivo, BOSCH CAPDEVILA señala que es una manifestación que se refiere exclusivamente al precio, “*en el sentido que la situación de debilidad puede provocar que se pague un precio muy superior o se reciba una contraprestación de valor muy inferior al que sería normal*”⁶⁶¹. Por su parte, BADOSA, y en relación con el DCFR, lo define como aquel resultado que “*s’examina en l’onerositat quan la relació prestació i contraprestació és desequilibrada en favor d’un contractant. És un resultat derivat del contracte*”⁶⁶². En contraposición con la categoría de ventaja manifiestamente injusta –como elemento objetivo-, el beneficio es una ganancia interna o resultante del contrato; por el contrario, la ventaja manifiestamente injusta (elemento objetivo) puede ser externa y tener, por tanto, carácter circunstancial.

La referencia al precio también es señalada en los comentarios oficiales al art. 4:109 PECL⁶⁶³. Por tanto, ello se refiere a un desequilibrio de orden económico:

⁶⁶¹ BOSCH CAPDEVILA, E., (2012): “Capítulo 7. Causas de invalidez del contrato” en VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P. (Coords.): *Derecho europeo de contratos. Libro II y IV del Marco Común de Referencia*, Tomo I, Barcelona: Atelier, p. 495.

⁶⁶² BADOSA COLL, F., (2014-2016): “L’avantatge injust. El contractant feble i la seva protecció”, en *Anals de l’Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, nº6, 2014-2016, p. 398.

⁶⁶³ Véase LANDO, O., BEALE, H., (2003): *Principios de Derecho contractual europeo*, Partes I y II...*cit.*, p. 377. Los comentarios contemplan como ejemplos de ventaja excesiva los siguientes: Ejemplo 1: Durante una helada inesperada a principios de verano, el precio de los tomates sube muchísimo. B acepta comprar tomates a A al nuevo precio. B no puede anular el contrato conforme a este artículo, incluso aunque descubra que A había comprado previamente los tomates a un precio mucho menor y que los tenía almacenados en cámara. Sin embargo, este precepto sí resultará de aplicación cuando una parte se aproveche de la ignorancia de la otra parte o de su necesidad de celebrar ese contrato claramente beneficioso para la primera. Ejemplo 2: X, una persona de escaso nivel cultural, sin experiencia en negocios, hereda un determinado bien. Y contacta con él y le ofrece comprárselo por un precio muy inferior al de su valor real, diciéndole a X que si no lo vende rápidamente perderá esta oportunidad. X acepta sin consultar con nadie más. X podría anular el contrato.

Ejemplo 3: U y su esposo están de vacaciones en el extranjero y sufren un accidente de coche, del que el esposo resulta gravemente herido. Necesita inmediatamente atención médica y no es posible facilitársela en el lugar en que están. V acepta transportar al marido en ambulancia al

una de las partes experimenta un enriquecimiento a costa de la otra parte de forma que se rompe el principio de equivalencia recíproco en el intercambio operado por las partes. La dificultad residirá en concretar esta noción de beneficio excesivo ya que no existe ningún estándar que marque o delimite qué debe entenderse por excesivo⁶⁶⁴. El derecho contractual europeo insiste en borrar cualquier expresión que recuerde la tradicional *laesio ultra dimidium*, pero consideramos que el establecimiento de una pauta matemática como la que se desprende del art. 621-46 CCCat, aunque sea a modo de presunción *iuris tantum*, podría ser de gran utilidad⁶⁶⁵ con el fin de establecer un parámetro que defina la “excesividad” y limitar una potencial excesiva discrecionalidad judicial en la aplicación de la figura⁶⁶⁶.

Apuntado esto, cabría señalar como punto de partida la noción de valor de mercado con el fin de establecer cuándo existe o no desequilibrio de orden económico entre las prestaciones de las partes⁶⁶⁷. Es decir, el beneficio excesivo

hospital más cercano, y le cobra aproximadamente un precio cinco veces mayor al precio normal por ese trayecto. U está tan preocupada que acepta sin pedir ningún otro presupuesto más; no descubre hasta más tarde que le habían cobrado con tanto exceso. Podrá obtener una reparación.

Ejemplo 4: Siguiendo con el ejemplo anterior, U se da cuenta de que V le pide un precio abusivo, pero se trata de la única ambulancia disponible. También podrá obtener una reparación.

⁶⁶⁴ GOLECKI, M., (2009): “Bargaining within the shadow of fairness: economic analysis of article 4:109 of the Principles of European Contract Law”, *The International Journal of Economic Policy Studies*, Vol. 4, Article 9, p. 160.

⁶⁶⁵ Cabe señalar, sin embargo, que la renuncia a establecer una cuantía aritmética es la que siguen la mayoría de códigos civiles, así como las propuestas del *soft law* que regulan figuras afines a la ventaja injusta. Por ejemplo, véase el art. 21 del Código de obligaciones suizo o el art. 3:44 del Código civil holandés (BW).

⁶⁶⁶ Esta reflexión puede enlazarse con lo sucedido en el contexto de otras instituciones de relativamente reciente introducción en el ordenamiento catalán como la compensación por razón de trabajo en sede de régimen económico matrimonial de separación de bienes. La figura se introdujo en 1993 de la mano de la Ley de relaciones patrimoniales entre cónyuges en la que se reformaba la CDCC (art. 23) pasando por su incorporación al art. 41 CF hasta llegar al actual art. 232 -5 CCCat. En la redacción dada por el CCCat, el legislador quiso atender las críticas que suscitaba el anterior art. 41 CF en cuanto a la determinación de la cuantía indemnizatoria y a la dificultad de saber a qué atenerse, tras una jurisprudencia que había pasado de ser prudente en la estimación de la figura a reconocer grandes sumas. Tras la reforma, se limita la discrecionalidad jurisprudencial. La sentencia más conocida y citada al respecto es la STSJC de 21 de octubre de 2002, en que se estimó la compensación por cuantía de cien millones de pesetas a favor de la exesposa que contaba con cuarenta y cinco años en el momento de la ruptura, experiencia profesional y razonable patrimonio propio. Por todo, véase RUBIO GIMENO, G., (2014): *Autorregulación de la crisis de pareja (Una aproximación desde el Derecho civil catalán)*, Madrid: Dykinson, pp. 115-116.

⁶⁶⁷ Véase lo transcrito en la nota 659. Señala MARTÍN CASALS, M., (2000): “Perspectives de futur de la rescissió per lesió *ultra dimidium*” ... *cit.*, p. 257 que la referencia al valor de mercado significaría volver a la vieja regla de la *laesio enormis* no resultando ese referente del todo compatible con el principio de la libertad contractual. Por nuestra parte, entendemos que

resultado de la abultada disparidad de valores entre lo que las partes se intercambian puede compararse con el valor de mercado⁶⁶⁸⁶⁶⁹. Entendemos que lo que quiere indicar la expresión de beneficio excesivo es que la diferencia entre el valor de las prestaciones debe ser chocante, flagrante, anormal; y dicha anormalidad puede obtenerse de una comparativa con el valor de mercado⁶⁷⁰. Así, como propondremos en el Capítulo IV, cuando el desequilibrio tenga una medida superior al 50% del valor de mercado de lo que es objeto de la prestación, podemos establecer una presunción *iuris tantum* de beneficio o ventaja excesiva⁶⁷¹. Si no se alcanza dicho umbral, ello no significa que el contrato no pueda anularse, aunque será necesaria una mayor actividad probatoria. Es decir, ello no afecta al resto de requisitos exigidos pero, según desarrollaremos más adelante, la concurrencia de una desproporción excesiva deberá conducir a una exigencia rebajada de los requisitos subjetivos⁶⁷². En nuestra propuesta entenderemos que los requisitos subjetivos puedan presumirse cuando la desproporción sea excesiva, es decir, exceda del 50% del valor de mercado; el

convendría establecer alguna suerte de limitación económica, a modo de presunción, para facilitar el recurso de la acción por ventaja injusta.

⁶⁶⁸ En los casos en que exista un fallo de mercado (p.ej, situaciones de monopolio u oligopolio) la referencia al valor de mercado no será útil. En estos casos, el juez deberá corregir el fallo de mercado. Es aquí donde la relación entre el Derecho civil y el Derecho de la competencia es evidente. Así lo señala MENYHÁRD, A., (2007): "Contract Law in a Changing Society"- Hungarian Experiences", en WILHELMSSON, T., PAUNIO, E., POHJOLAINEN, A., (Eds.) (2007): *Private Law and the Many Cultures of Europe*, Alphen aan den Rijn: Kluwer law international, p. 113, poniendo como ejemplos de fallo de mercado el caso de las familias judías que reclamaban las propiedades que habían vendido durante la guerra en una situación de explotación colectiva.

⁶⁶⁹ Nótese que, sin embargo, la noción de valor de mercado no considera la de valor afectivo; por ejemplo, A decide comprar una plaza de estacionamiento situada en la propia finca; el vendedor de la plaza es, a su vez, vecino de la escalera y conoce que A reside allí. Lógicamente, A puede pagar un precio más alto por dicha plaza. El problema surgirá si el precio pagado fuera el doble del valor de mercado o notablemente excesivo.

⁶⁷⁰ Aunque la comparativa no siempre será con el valor de mercado. Piénsese en el ejemplo siguiente: X es una mujer, de avanzada edad, que debe hacerse cargo de la gestión del funeral de su hermano, fallecido recientemente. Decide contratar una funeraria para que gestione el funeral. El coste de la contratación del servicio funerario alcanza los 6000€; el ataúd con el que se enterró su hermano era de madera ecológica. En el momento de la contratación, la señora X se encontraba en un estado de debilidad; la muerte de su hermano era muy reciente y ella se dejó aconsejar por los encargados de la funeraria. En estos casos, la comparativa se establecería con el precio medio del servicio, no con el valor de mercado (porque un ataúd de madera ecológica puede costar lo que la señora A pagó por el de su hermano).

⁶⁷¹ GINÉS CASTELLET, N., (2016): "La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual", *InDret*, p. 17. Así lo defienden, también, BOSCH CAPDEVILA, E., DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., (2017): *Teoría general del contrato. Propuesta de regulación*, Madrid: Marcial Pons, p. 204.

⁶⁷² Ello llevará aparejado necesariamente la suspensión de la figura de la rescisión por lesión. Véase *infra* §3.1.1.

análisis de este elemento objetivo requiere valorar el contexto de todos los términos del contrato y la situación en la que se ha fijado el acuerdo. Una regla rígida como la que se contiene en la justicia de la mitad de la tradicional *laesio enormis* puede dificultar la valoración del desequilibrio, ya que deben considerarse también, otros criterios más flexibles y abiertos. Sin embargo, insistimos en la necesidad de idear una suerte de presunción de beneficio excesivo cuando este alcance el umbral del 50% del valor de mercado⁶⁷³. Cuando no se alcance el umbral del 50%, seguirá cabiendo la posibilidad de anular el contrato por ventaja o explotación injusta, aunque en éstos casos habrá que probar con mayor énfasis que, en atención al contexto y a las circunstancias que rodean a las partes, el contrato es excesivamente desequilibrado⁶⁷⁴.

MARTÍN CASALS, considera preferible orientar la solución del umbral aritmético hacia un sistema móvil en que se valoren ambos elementos (objetivo y subjetivos). Así, el autor señala que ambos elementos se encuentran en una relación de dependencia recíproca: si se cumpliera de una forma muy destacada uno de los requisitos, por ejemplo, los elementos subjetivos, la exigencia de desproporción sería menor, y a la inversa: una desproporción grave entre prestación y contraprestación puede compensar una explotación de una situación de debilidad menor⁶⁷⁵. Observamos que dicho sistema puede también funcionar con la presunción *iuris tantum* que hemos mencionado en el párrafo anterior; si no se alcanza el desequilibrio del 50% del valor de mercado, cabe examinar ambos elementos a la luz del sistema móvil que defiende el autor.

⁶⁷³ En una línea parecida, véase HESSELINK, M.W., DE VRIES, G.J.P. (2001): *Principles of European Contract Law*, Deventer: Kluwer, p. 58: “*In order to create more legal certainty the PECL could have indicated in the Comments what proportion is presumed to be excessive, as indeed the UP did in their Comment on the rule concerning unforeseen circumstances (hardship)*”.

⁶⁷⁴ Así, GINÉS CASTELLET, N., (2016): “La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual”... *cit.*, pp. 18-19, señalando que “*no me parece ni una previsión ni una interpretación descabellada, sino que es una pauta lógica que responde al sentir jurídico común, tanto actual como histórico, la de entender prima facie que implica enorme desproporción la promesa o entrega de una prestación a cambio de otra que vale menos de la mitad de la recibida o prometida, sin que ello implique- repito- que otras desproporciones menores no puedan también ser calificadas como enormes o que no pueda acreditarse que, por ejemplo, una desproporción más allá de la mitad no sea, en el caso concreto, representativa del enorme desequilibrio exigido por la norma en función de los otros términos del contrato*”.

⁶⁷⁵ MARTÍN CASALS, M., (2000): “Perspectives de futur de la rescissió per lesió *ultra dimidium*” ... *cit.*, pp. 230 y 258. También, del mismo autor: “From *laesio enormis* to Unfair Advantage: A Shift in the Contractual Paradigm”, en WIEGAND, W., KOLLER, T., WALTER, H.P., (2009): *Tradition mit Weitsicht*, Bern: Stämpfli Verlag AG Bern, pp. 524-527.

Asimismo, el art. 3.2.7 PICC⁶⁷⁶, en la redacción inglesa, señala que el contrato debe reportar, injustificadamente, un beneficio excesivo (“*the contract or term unjustifiably gave the other party an excessive advantage...*”). Ello señala que no es suficiente con que la ventaja sea excesiva; debe ser también injustificada. Desafortunadamente, señala DROBNIG, este requisito no aparece suficientemente detallado en el precepto legal⁶⁷⁷. Para valorar que la ventaja es injustificada, cabe tener en cuenta todas las circunstancias del caso; el art. 3.2.7 PICC especifica dos aspectos concretos: el contexto negocial (§1.2.2.1.) y la naturaleza y finalidad del contrato, que estudiaremos a continuación (§1.2.1.3). Señala DU PLESSIS que ello indicaría que, en sede de *gross disparity*, no se exige, necesariamente, para el triunfo de la acción, la necesidad de probar el elemento de índole subjetiva (contexto negocial) que reside en la parte perjudicada, ya que, del tenor literal del artículo, este beneficio excesivo injustificado no sólo puede venir originado de un determinado contexto negocial que debilita una de las partes (elemento subjetivo) sino también de la naturaleza o finalidad del contrato⁶⁷⁸. Por nuestra parte entendemos que sí que es necesario algún elemento que denote un estado de debilidad de la parte perjudicada,

⁶⁷⁶ Nótese que la traducción al español del art. 3.2.7 PICC, tanto en la versión de 2004 como en la de 2010, no respeta la versión inglesa (las versiones francesa e italiana sí que lo hacen) ya que en el redactado en español se omite que el contrato reporte, injustificadamente, algún tipo de beneficio excesivo. La referencia al adverbio injustificadamente aparece cuando se define el elemento subjetivo del aprovechamiento de la parte fuerte de las circunstancias de la parte débil (“*A tal efecto, se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores: (a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación...*”). Ello no es así en la versión inglesa (“*the fact that the other party has taken unfair advantage of the first party's dependence, economic distress or urgent needs, or of its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill...*”).

⁶⁷⁷ DROBNIG, U., (1997), “Protection of the weaker party... *cit.*”, p. 220.

⁶⁷⁸ DU PLESSIS, J., (2009) : “Article 3.10”... *cit.*, p. 452. En un mismo sentido, TIMOTEO, M., (1997): “Nuove regole di squilibrio contrattuale: l’art. 3.10 dei Principi UNIDROIT” *Contrato e Impresa/Europa*, p. 169. En los comentarios oficiales, se establece que pueden existir situaciones en que el beneficio excesivo sea injustificado aunque la parte beneficiada no se haya aprovechado o abusado del contexto negocial en el que se encuentra la parte contractualmente más débil.. Ello también lo pone de manifiesto BONELL, M.J., (1994): *An international restatement of Contract law...* *cit.*, p. 167, señalando que, excepcionalmente, “*the advantage gained by one party may be unjustifiable even where there has been no abuse of its superior bargaining position*”. En sentido contrario, DROBNIG, U., (1997), “Protection of the weaker party... *cit.*”, p. 222, se muestra partidario de considerar que ambos apartados (a y b,) están relacionados por una conjunción cumulativa (“y”); por tanto, no podría anularse un contrato si no existiera un abuso de las situaciones enumeradas por la letra a). Es decir, lo que señala el autor es que la ventaja excesiva deriva de ambos elementos, los relativos a las situaciones de debilidad en que se encuentra una de las partes, y el que hace referencia a la naturaleza y finalidad del contrato, cumulativamente.

aprovechado por la otra, que da por resultado en un beneficio excesivo. Si ello no es así, podría pensarse que esta desproporción excesiva entre las prestaciones de las partes queda justificada por el ánimo de liberalidad de la parte perjudicada o por un interés cualificado de ésta en la prestación por la que paga un precio superior del de mercado⁶⁷⁹.

La referencia a la obtención de forma injustificada del beneficio excesivo (*“the contract or term unjustifiably gave the other party an excessive advantage...”*) sólo aparece en el art. 3.2.7 PICC; así, ni en el art. 4:109 PECL ni en el art. II.-7:207 DCFR así como tampoco en el art. 621-45 CCCat establecen ninguna referencia a la no justificación de lo obtenido por la parte fuerte. Sí que se señala que el elemento objetivo puede consistir bien en la obtención de un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta (ésta última referencia a la ventaja injusta -elemento objetivo- no se encuentra en los PICC, como señalaremos más adelante). Cabe establecer, someramente, la distinción entre ambos adjetivos. La obtención de una ventaja excesiva, si se dan, asimismo, los requisitos establecidos por la institución de la ventaja injusta, permite anular el contrato. Sin embargo, si la obtención de la ventaja excesiva está justificada (p.ej, en el contexto de los contratos aleatorios, quedaría justificada la obtención de una ventaja excesiva, o en los contratos con causa gratuita, en los que el desequilibrio patrimonial es inherente) no cabría la posibilidad de anular el contrato por ventaja o explotación injusta (a menos que se cumplieran los tres requisitos exigidos por la institución). El correlativo perjuicio que experimenta la parte débil aparece justificado. Dicha institución requiere, como ya hemos visto, que concurran cumulativamente un estado negocial determinado en la parte débil, un aprovechamiento de éste por la otra y la obtención de un beneficio excesivo o ventaja manifiestamente injusta por ésta última; en un supuesto de un contrato aleatorio no hay un aprovechamiento o explotación del contexto negocial en el que se encuentra la parte débil, ya que las circunstancias de este tipo de contrato determinan que las partes deben ser diligentes y conocedoras de las características de este tipo de contratos, en que el desequilibrio queda

⁶⁷⁹ Ello nos remite a la idea del interés cualificado en la adquisición de un bien. Por ejemplo, el CCE contempla al cesionario según tenga o no un interés cualificado en devenir titular del crédito. Dicho interés cualificado se da en tres casos establecidos por el art. 1536 CCE. Véase BADOSA COLL, F., (1990): *Dret d'obligacions*, Barcelona: Barcanova, p. 232.

justificado por el riesgo contractual propio de los mismos; sin embargo, como ya hemos establecido, si se cumplieran cumulativamente los tres requisitos necesarios para que triunfe una acción por ventaja injusta, sí que podría, la parte débil, solicitar la anulación o adaptación del contrato, aunque el contrato fuera aleatorio. También en el contexto de un negocio con causa gratuita que, como veremos en el siguiente capítulo, el DCFR sí hace una mención expresa a la posibilidad de anulación por explotación injusta en sede de donación (art. IV.H.-2:104 DCFR)⁶⁸⁰.

Existe un espacio de explotación o ventaja injusta que coincidirá, necesariamente, con una explotación (conducta) justa: la injusticia o justicia de la conducta coincide con la existencia o no de explotación injusta (institución). Ello es especialmente relevante en los negocios jurídicos con causa onerosa, en los que el ejercicio de negociación de las partes puede llevar a que una de ellas salga más beneficiada que la otra por el contrato⁶⁸¹. La explotación justa (institución) se observa, también, tras la adaptación del contrato que reduce la explotación injusta a justa [p. ej, art. 621-47 a) CCCat].

Podemos enlazar dicha reflexión con la categoría del enriquecimiento injustificado. BADOSA señala que la noción de injusto puede sugerir ilicitud; en otro sentido, lo injustificado es relativo a lo lícito; no existe ninguna valoración de índole subjetiva⁶⁸². En el enriquecimiento injustificado son compatibles la licitud

⁶⁸⁰ En el contexto catalán, en los casos de lesión en más de la mitad, el art. 621-46.2 CCCat permite que una de las partes se oponga a la rescisión del contrato por lesión en más de la mitad si el riesgo desequilibrio se justifica por el riesgo contractual propio de los contratos aleatorios o con causa gratuita.

⁶⁸¹ BADOSA COLL, F., (2014-2016): “L’avantatge injust. El contractant feble i la seva protecció”... *cit.*, pp. 395-396.

⁶⁸² BADOSA COLL, F., (2012): “Les altres fonts d’obligacions al llibre sisè, en especial, l’enriquiment injustificat” en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (Ed.) (2012): *Contractes, responsabilitat extracontractual i altres fonts d’obligacions al Codi civil de Catalunya*, Girona: Documenta universitària, p. 390, indica que, en relación con la regulación del enriquecimiento injusto en los Trabajos preparatorios del Libro Sexto del Código civil de Cataluña (que a *posteriori* no aparece regulado en el Libro Sexto), se rubrica la institución como “enriquecimiento injusto” aunque en la definición se opta por utilizar el adjetivo “justo”, cuando lo idóneo hubiera sido sustituir injusto y corregirlo por injustificado. El art. 621-4 de los Trabajos Preparatorios establecía que “*Existeix enriquiment injust en aquells supòsits en què el patrimoni d’una persona s’incrementa a costa de l’activitat d’una altra persona o pel desplaçament de béns que provenen d’un patrimoni aliè a favor seu, sense que hi hagi cap justificació lícita*”. Los códigos más modernos hacen referencia a la justificación o no del enriquecimiento y no a la injusticia. Véase, por ejemplo, el art. 1493 del Código civil del Quebec: “*Quien se enriquece a expensas de otro debe, hasta la concurrencia del enriquecimiento, indemnizar a éste de su empobrecimiento*”

y la “injustificación”⁶⁸³ porque el examen se efectúa desde dos puntos de vista diferentes; así, la licitud no aprueba el empobrecimiento o perjuicio patrimonial y garantiza su mantenimiento. La justificación o no justificación se refiere al enriquecimiento y declara la no extinción del desplazamiento sino la subsistencia o bien el resarcimiento a través de una nueva obligación⁶⁸⁴.

Finalmente, la nulidad parcial (ex art. 3.2.13 PICC) permite que, en el caso de que una de las cláusulas contractuales resulte injusta, sea anulada; si la injusticia tiñe todo el contrato, el art. 3.2.7. entraría en aplicación. Una de las cuestiones que se señalan es que una cláusula injusta puede que no desemboque en un contrato altamente desequilibrado y, por tanto, no se cumpliría uno de los requisitos para que prosperara una acción por excesiva desproporción o *gross disparity*⁶⁸⁵. Los PECL y el DCFR también contienen previsiones relativas a la anulación parcial (véanse los arts. 4:116 PECL y II.-7:213 DCFR).

relativo si no existe justificación del enriquecimiento o empobrecimiento”. O el art. 212, Libro 6, del Código civil holandés: “*El que se haya enriquecido injustamente a costa de otro está obligado, cuando sea razonable, a indemnizar su daño hasta el importe del enriquecimiento*”.

⁶⁸³ Señala BADOSA COLL, F., (2012): “Les altres fonts d’obligacions al llibre sisè, en especial, l’enriquiment injustificat”... *cit.*, p. 398, que “*el judici de licitud és necessàriament afirmatiu (en el contexto del enriquecimiento injusto) i el de justificació pot ser afirmatiu o negatiu, de manera que la justificació és un plus sobre la licitud*”; por tanto, en los supuestos de ventaja injusta, no es suficiente que el contrato o los términos de éste injustificadamente otorguen a la otra parte algún tipo de beneficio excesivo o ventaja injusta, sino que se requiere, precisamente, el cumplimiento del triple requisito establecido por la institución (de aquí el adjetivo injusto, que se aplica tanto para la institución como para el elemento objetivo de la misma). Si el contrato injustificadamente otorga un beneficio excesivo, pero no hay un contexto negocial ni un aprovechamiento de éste por la parte beneficiada, el contrato no podrá ser anulado. Deviene necesaria la concurrencia de los tres requisitos establecidos por la norma.

⁶⁸⁴ BADOSA COLL, F., (2012): “El enriquecimiento injustificado. La formación de su concepto”, en BOSCH CAPDEVILA, E., (Dir.) (2012): *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, Barcelona: Bosch, pp. 95-96, considera preferible utilizar “injustificado” sobre “injusto” porque éste último adjetivo crea confusión, ya que “*puede identificarse con ilicitud o con antijuricidad, lo que convertiría el enriquecimiento/empobrecimiento en un daño indemnizable o que hay el deber jurídico de soportar (en la terminología del art. 141 ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Si fuera así, el enriquecimiento injustificado perdería su autonomía en favor de la responsabilidad por daños*”.

⁶⁸⁵ El Prof. Furmston señaló alguna de las cuestiones que pueden derivar de la interpretación del art. 3.2.7; así, por ejemplo, si la cláusula en cuestión fuera la relativa al precio del contrato (demasiado alto o demasiado bajo) no podría salvarse el contrato simplemente removiendo dicha cláusula, y el art. 3.2.13 no da potestades para escribir de nuevo la cláusula relativa al precio, que sería lo necesario con el fin de conservar el contrato. *Cfr.* INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. Working Group for the preparation of principles for International Commercial Contracts. Rome: June 1989, P. 35. P.c.- Misc. 13. Véase, también, KRAMER, E.A., (1999): “Contractual Validity According to the UNIDROIT Principles”, *European Journal of Law Reform*, Vol.1, nº3, p. 284, señalando que ello puede abrir la puerta a la revisión de cláusulas en

1.2.1.2. **Ventaja manifiesta o enormemente injusta**

Como ya hemos avanzado, a diferencia de la *gross disparity* presente en los PICC, el art. 4:109 de los PECL y el II.-7:207 DCFR resuelven la cuestión sustantiva, haciendo referencia no sólo al beneficio excesivo sino también, a la ventaja manifiesta o enormemente injusta. Más explícito es el Código europeo de contratos (CEC) que contempla la posibilidad de rescisión del contrato cuando una de las partes obtiene “*ventajas patrimoniales manifiestamente desproporcionadas en relación a la contrapartida que ha proporcionado o prometido*”⁶⁸⁶, por tanto, situándose en la línea de los PICC. Se justifica que los PICC limiten su aplicación en los casos con desequilibrio económico manifiesto porque son principios relativos a los contratos mercantiles internacionales, y puede presumirse un nivel de diligencia más alto en este tipo de relaciones contractuales por el carácter empresarial de las partes⁶⁸⁷.

La referencia a la ventaja manifiestamente injusta de los PECL o del DCFR sitúa la desigualdad en las prestaciones más allá del valor económico, es decir, que la ventaja puede derivar no sólo del precio final sino de un abuso importante por otras razones. Puede referirse a la forma de pago o a las causas de resolución

contratos de adhesión. Y, estableciendo que no es necesaria la revisión del contrato en su conjunto, sino sólo una de las cláusulas: DU PLESSIS, J., (2009): “Article 3.10” ... *cit.*, p. 452.

⁶⁸⁶ Art. 30.3 CEC: “*Es rescindible, como está previsto en el Art. 156, todo contrato por el cual una de las partes, abusando de la situación de peligro, de necesidad, de incapacidad de comprender y de querer, de inexperiencia o de dependencia económica o moral de la otra parte, hace prometer o realizar a ella misma o a terceros una prestación u otras ventajas patrimoniales manifiestamente desproporcionadas en relación a la contrapartida que ha proporcionado o prometido*”. Señalando esta opción introducida por el Código europeo de contratos como un mecanismo de defensa del contratante débil e, indirectamente, de protección del consentimiento, cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, J., (2003): “Notas sobre las “condiciones relativas al contenido” del contrato (utilidad, posibilidad, licitud y determinación” en VATTIER, C., DE LA CUESTA, J. M^a, CABALLERO, J.M^a (Dirs.): *Código europeo de contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*, Vol. I, Madrid: Dykinson, pp. 195 y 196. El Anteproyecto de Pavía regula la lesión en dos sedes diferentes: en el art. 30.3, dedicado al contenido ilícito del contrato (al estilo del legislador germánico) y contiene los requisitos para que proceda la rescisión, pero en cuanto a sus consecuencias, se limita a señalar que será rescindible en los términos del art. 156, dónde se establece el régimen rescisorio.

⁶⁸⁷ DROBNIG, U., (1997), “Protection of the weaker party... *cit.*, p. 217. A pesar de ello, cabe plantear alguna suerte de protección para las pequeñas y medianas empresas (SME, por su terminología en inglés) ya que también ostentan una posición asimétrica (por tanto, pueden ser calificadas como parte débil) cuando contratan con una gran, léase una multinacional, cfr. STUYCK, J., (2014): “Do we Need “Consumer Protection” for Small Businesses at the EU Level?”, en PURNHAGEN, K., ROTT, P., (Eds.): *Varieties of European Economic Law and Regulation*, Liber Amicorum for Hans Micklitz, New York :Springer, pp. 359-370; HESSELINK, M.W. (2007): “SMEs in European Contract Law” en BOELE-WOELKIE, K., GROSHEIDE, W., (Eds.): *The Future of European Contract Law. Essays in honour of Ewoud Hondius*, Aalphen aan den Rijn: Kluwer, p. 359.

del contrato. Es una ganancia externa que procede de otras circunstancias como por ejemplo la calidad de los bienes o las posibilidades para los contratantes⁶⁸⁸. Así, un contrato puede ser injusto para una parte que difícilmente puede permitírsele, aunque el precio no sea irrazonable⁶⁸⁹.

El ejemplo que encontramos en los comentarios oficiales del DCFR así como de los PECL es el siguiente⁶⁹⁰: X, que es viuda, vive en una casa que le resulta bastante grande y que su vecino Y quería comprar hace mucho tiempo. X quiere mudarse a una vivienda más pequeña, pero que se encuentre en el mismo barrio donde ha vivido toda su vida. Suele pedirle consejo a Y en cuestiones de negocios, confiando en sus consejos. Y es perfectamente consciente de la situación que está atravesando X, y se aprovecha de ello; convence a X para que le venda la casa. Le ofrece el precio de mercado, pero no le advierte de que le será imposible encontrar otro sitio donde vivir por ese precio en esa zona. X podrá anular el contrato⁶⁹¹.

Observamos en el ejemplo la existencia de un perjuicio patrimonial para la parte débil del contrato, aunque no proceda de un desequilibrio de las prestaciones.

Así, en estos casos, la desproporción económica no es necesariamente tan evidente como en los casos de beneficio excesivo, no requiere el alcance cuantitativo de esos; aluden, por tanto, a situaciones en las que el beneficio es menor, pero ha sido obtenido de manera injusta. Puede ser económico o no; si es económico, se exigirá que lo sea a un nivel inferior de los casos descritos por el beneficio excesivo; si no lo es, se estará refiriendo a un elemento o circunstancia externa al contrato porque aludirá a una forma de actuar.

Entre las propuestas de revisión del derecho de contratos español, la Propuesta de Modernización del Código civil presentada por el Ministerio de justicia el año

⁶⁸⁸ BADOSA COLL, F., (2014-2016): "L'avantatge injust. El contractant feble i la seva protecció... *cit.*, p. 398.

⁶⁸⁹ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) VON BAR, C., CLIVE, E., (Ed.): (2009): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. DCFR Full Edition*, Munich: sellier. European law publishers, p. 509.

⁶⁹⁰ *Idem*.

⁶⁹¹ Véase OLE, L., BEALE, H., Trad. de BARRES BENLLOCH, P., EMBID IRUJO, J.M., MARTÍNEZ SANS, F., (2003): *Principios de Derecho Contractual europeo, partes I y II... cit.*, pp. 377-378.

2009 (en adelante, PMCC)⁶⁹² no hace referencia a la obtención de ventaja injusta sino que su ámbito objetivo queda limitado al beneficio excesivo, a diferencia de los PECL o el DCFR; el legislador catalán, por su parte, sí que sigue la senda del *soft law* en el art. 621-45 CCCat cuando señala: “*se’n va aprofitar, tot obtenint un benefici excessiu o avantatge manifestament injust*”. Aunque todas las propuestas (también la norma catalana) sí que establecen explícitamente que la parte beneficiada se aprovecha injustificadamente de las circunstancias de la otra.

Entendemos que la referencia al aprovechamiento injusto resulta redundante, más cuando se establece que el elemento objetivo no se limita a una cuestión meramente de desproporción económica (beneficio excesivo), sino que también puede deberse a otros factores (ventaja manifiestamente injusta)⁶⁹³, como es el caso catalán. No cabe, pensamos, invertir los términos de la norma: una desproporción enorme entre prestaciones conllevará alguna suerte de debilidad en una de las partes y de abuso por la otra.

BOSCH CAPDEVILA señala que la referencia al aprovechamiento injusto (en la PMCC) es consecuencia de la amplitud de las circunstancias subjetivas en la parte perjudicada pero es difícil pensar en casos en los que, existiendo dicha situación de debilidad, y habiéndose obtenido un beneficio excesivo o una ventaja injusta, no se haya producido por un aprovechamiento injustificado. Éste será consecuencia, la mayoría de las veces, de la concurrencia del elemento objetivo y de los subjetivos. Es decir, la ganancia desproporcionada se obtiene al aprovecharse de un contexto comercial determinado⁶⁹⁴. El beneficio excesivo o la ventaja manifiestamente injusta, en definitiva, el desequilibrio entre prestaciones, serán el resultado de un aprovechamiento de las circunstancias en las que se encuentra la parte perjudicada⁶⁹⁵.

⁶⁹² Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos, elaborada por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, año 2009.

⁶⁹³ BOSCH CAPDEVILA, E., (2012): “Capítulo 8. La anulación del contrato por explotación injusta en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos”, en BOSCH CAPDEVILA, E., (Dir.) (2012): *Nuevas perspectivas del derecho contractual*, Barcelona: Bosch, p. 383, califica como innecesaria dicha referencia.

⁶⁹⁴ *Ibidem*, p. 383.

⁶⁹⁵ Este aprovechamiento alude a una intencionalidad o ánimo de provecho, a un dolo menos proactivo y sí meramente oportunista (un cuasi dolo).

Esta categoría de ventaja manifiestamente injusta (“*grossly unfair advantage*”) coincide con la figura del abuso de circunstancias del código civil holandés ex art. 3:44 (4) BW; en el caso *Van Elmbt/Feierabend*, que se relaciona con el ejemplo citado más arriba, una anciana fue indebidamente influenciada para que vendiera su casa, a pesar de que no fue probado que existiera un desequilibrio excesivo entre el precio y el valor de la casa, es decir, que el elemento objetivo que exigía la figura no fue probado⁶⁹⁶. En aplicación del art. 3:44 (4) BW cubre ejemplos como el descrito por el caso. Este también se hubiera podido resolver a través de las figuras de la ventaja injusta del art. 4:109 PECL y de la explotación injusta del art. II.-7:207 DCFR, pero no así por la excesiva desproporción del art. 3.2.7 PICC ya que éste último limita su ámbito de aplicación los casos de desproporción en términos económicos⁶⁹⁷ (también el CEC, ya que sólo hace referencia a *ventajas patrimoniales manifiestamente desproporcionadas*)⁶⁹⁸. La propia rubrica utilizada por los PICC (excesiva desproporción) evidencia que la

⁶⁹⁶ El caso es citado por GINÉS CASTELLET, N., (2016): “La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual”... *cit.*, p. 19 y DU PLESSIS, J., (2009): “Article 3.10” ... *cit.*, p. 451. A él también hacen referencia HESSELINK, M.W., DE VRIES, G.J.P. (2001): *Principles of European Contract Law...* *cit.*, p. 140-141.

⁶⁹⁷ Señala GINÉS CASTELLET, N., (2016): “La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual”... *cit.*, p. 21, la dificultad de pensar en un ejemplo de *ventaja manifiestamente injusta* en los términos exigidos por las propuestas del *soft law* o por el art. 621-45 CCCat que puedan dar lugar a la anulación o a la revisión del contrato desequilibrado y que, al mismo tiempo, no consistan en un desequilibrio en términos monetarios; el problema residirá en la apreciación del beneficio obtenido por la parte fuerte, “*Si recordamos que el acuerdo ha sido celebrado con respeto a los estándares económicos del mercado, resulta evidente que su simple conclusión no puede calificarse de superioridad o mejoría, esto es, ventaja, respecto a la otra parte. Esto es, podrá haber, en su caso, desventaja para una parte, pero no se acaba de apreciar, en los ejemplos barajados, cuál es la ventaja gravemente injusta que ha obtenido la contraparte*”. La autora indica que quizás cabría pensar en una idea de equilibrio, propia de los contratos de consumo, que atiene, más que al núcleo económico del contrato, al estatuto normativo de las partes, “*habría desequilibrio normativo relevante cuando, del entramado de derechos y deberes a favor y a cargo de las partes, se desprendiera una significativa asimetría entre los de una y los de la otra parte, siempre que esa asimetría hubiera sido el resultado de la explotación por la parte fuerte de la débil situación de la otra (que, a su vez, ha de ser una de las enunciadas taxativamente por la norma)*”.

⁶⁹⁸ PERFETTI, U., (2009): “La giustizia contrattuale nel Draft Common Frame of Reference del Diritto Privato Europeo”, *Rivista di Diritto Civile*, nº6, noviembre-diciembre, p. 676 señala que lo más coherente hubiera estado referirse únicamente al carácter manifiestamente injusto de lo obtenido; beneficio y ventaja funcionan como sinónimos, pero no así manifiestamente injusto o excesivo; éste último puede interpretarse como un provecho absoluto, contrario a las exigencias que se derivarían, por ejemplo, del principio de razonabilidad (y aquí el autor cita el ejemplo paradigmático de la *laesio enormis*: la venta de un bien inmueble por un precio inferior a la mitad de su valor de mercado) mientras que lo manifiestamente injusto imprime un juicio de comparación entre las prestaciones.

falta de simetría entre las prestaciones se examina a nivel económico⁶⁹⁹; por el contrario, tanto los PECL, el DCFR así como el legislador catalán optan por rubricar la figura con el adjetivo “injusta”, subrayando, por tanto, que la desproporción puede provenir de otras circunstancias más allá de la desproporción manifiestamente excesiva entre las prestaciones intercambiadas. La conclusión parece clara: los PECL, el DCFR así como el CCCat, también, no sólo califican su institución con el adjetivo injusta, sino que también, en relación con la caracterización del elemento objetivo, manlievan dicho adjetivo, cosa que no sucede en el art. 3.2.7 de los PICC⁷⁰⁰. “*Unfair*” es utilizado en los proyectos contractuales europeos tanto para definir la institución (*unfair advantage, unfair exploitation*) como para calificar la ganancia desproporcionada obtenida por la otra parte (*grossly unfair, grossly unfair advantage*)⁷⁰¹. Como ya hemos establecido anteriormente: ventaja injusta como institución y ventaja injusta como elemento objetivo de la figura.

Conviene apuntar, sin perjuicio de lo que comentaremos más adelante, que las propuestas de modernización del Código civil (tanto la PMCC en el art. 1301 como la redactada por la Asociación de Profesores de Derecho civil en el 2016 ex art. 527-9, en adelante PAPDC) presentan sendas figuras relativas a la ventaja injusta, pero limitando su ámbito objetivo, como ya hemos dicho, también, al beneficio excesivo, por tanto, considerando únicamente el desequilibrio entre las prestaciones en términos económicos⁷⁰².

⁶⁹⁹ Porque, como ya hemos comentado anteriormente, el ámbito de aplicación de los PICC son los contratos mercantiles internacionales, en los que se presupone una mayor diligencia en los contratantes, cfr. BONELL, M.J., (1994): *An international restatement of Contract law... cit.*, p. 164.

⁷⁰⁰ Nótese que en los PICC el art. 3.2.7 se refiere a “*unfair*”, a modo de adverbio cuando establece que el requisito subjetivo de que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de las circunstancias que conforman el contexto negocial, y que hacen débil a la otra, “(a) *the fact that the other party has taken unfair advantage of the first party’s dependence...*”. Ello es igual en el 4:109 PECL (“(b) *took advantage of the first party’s situation in a way...*”) pero ligeramente diferente en el DCFR, que opta por utilizar el verbo explotar (“*exploited the first party’s situation...*”).

⁷⁰¹ Asimismo, en los comentarios oficiales al DCFR, también utilizan “*unfair*” para referirse al precio, cfr. STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) VON BAR, C., CLIVE, E., (Ed.): (2009): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law... cit.*, p. 507: “*the price is grossly unfair (lésion)*”.

⁷⁰² En sentido contrario, BOSCH CAPDEVILA, E., (2012): “Capítulo 8. La anulación del contrato por explotación injusta... *cit.*, pp. 382-383, entiende que la referencia a la ventaja excesiva de la PMCC debe entenderse con amplitud, ya que “*se refiere no únicamente al precio o contraprestaciones de las partes, sino también a otras condiciones del contrato, como podrían ser por ejemplo la forma de pago o las causas de resolución del contrato*”. Entendemos que ello

Sin perjuicio de un desarrollo posterior de esta cuestión en el Capítulo IV, pensamos que la norma de sobre la ventaja injusta, del tenor literal de los arts. 4:109 PECL, II.-7:207 DCFR o 621-45 CCCat, mezcla cuestiones relativas al desequilibrio económico y jurídico⁷⁰³; es decir, la referencia a la ventaja manifiestamente injusta [así, el art. II.-7:207 (1) b establece que la otra parte se aprovechó “*para conseguir un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta*”], que no hace referencia a una desproporción económica según la redacción empleada en los tres preceptos, induce a pensar que la regla está legitimando la posibilidad de anular aquellos contratos en que el desequilibrio se desprende, por ejemplo, de la asimetría informativa entre las partes. Todo ello enmarcado en un contexto negocial que debilita a una de las partes y que es aprovechado por la otra. El legislador catalán, en el segundo párrafo del art. 621-45, dispone que la compraventa de consumo podrá ser rescindida si ocasionara en los derechos y obligaciones de las partes un grave desequilibrio en perjuicio del consumidor contrario a las exigencias de la buena fe y la honradez en los tratos, además de aquello que esté previsto en el apartado relativo en el primer apartado. Por tanto, al tenor de ello, parece que el legislador catalán quiere diferenciar los presupuestos relativos a la ventaja manifiestamente injusta obtenida (que no el beneficio excesivo, que como ya hemos apuntado reiteradamente, hace referencia a la disparidad económica), de los supuestos de desequilibrio jurídico como los que se suceden en los contratos de consumo, por la asimetría fisiológica identificada en las posiciones subjetivas de las partes⁷⁰⁴.

1.2.1.3. La naturaleza y finalidad del contrato

El art. 3.2.7 PICC hace referencia, como elemento a tener en cuenta para poder anular el contrato por excesiva desproporción, a la naturaleza y finalidad del contrato (los PECL aluden a las circunstancias y objeto del contrato y en un mismo sentido también lo hace el DCFR⁷⁰⁵) que debe considerarse para

no es así; si así se hubiera querido, se habría incorporada la doble referencia al beneficio excesivo y a la ventaja injusta, como ha hecho el legislador catalán ex art. 621-45.1 CCCat.

⁷⁰³ VOLPE. F., (2004): *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, pp. 165-166.

⁷⁰⁴ Sobre la noción de asimetría fisiológica, en contraposición con la patológica, véase ROPPO, V., (2011): “Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 20, enero-junio 2011, p. 215.

⁷⁰⁵ Ello no es así en el art. 621-45 CCCat aunque sí que lo incorporan las propuestas estatales (PMCC y PADC).

determinar, también, la excesiva desproporción. Los comentarios oficiales de los PICC señalan que pueden existir situaciones en las que una ventaja excesiva sea injustificada, aunque el beneficiario no se haya aprovechado de la situación de debilidad de la otra parte, es decir, que lo que es determinante es el desequilibrio existente entre las prestaciones de las partes, más allá de que haya existido un abuso o un aprovechamiento de las circunstancias de la parte débil de la relación contractual⁷⁰⁶. Ello es así porque en los PICC –como comentaremos más adelante, §1.2.2.2.- no queda explícito el requisito de abuso de la posición de superioridad o conocimiento del estado de debilidad de la otra parte⁷⁰⁷. Según alguna doctrina la finalidad y naturaleza del contrato podrían justificar por sí solas la apreciación de una excesiva desproporción, incluso si no existiera una situación apreciable de debilidad en la otra parte⁷⁰⁸.

En base a ello, creemos acertada la observación de GINÉS CASTELLET⁷⁰⁹ cuando sugiere que las propuestas armonizadoras de los PECL y el DCFR, como

⁷⁰⁶ Así, se señala que, por ejemplo, una cláusula del contrato que establezca un plazo demasiado breve para comunicar defectos en las mercaderías o en los servicios, podrá ser considerada una ventaja excesiva para el vendedor o prestador de servicios dependiendo de la especie de mercaderías o servicios de que se trate. De la misma manera, la comisión cobrada por un agente comercial, establecida en base a un porcentaje del precio de las mercaderías vendidas o servicios prestados, podría justificarse por la contribución sustancial prestada por dicho agente para celebrar las operaciones, o porque el valor de las mercaderías o servicios no es muy alto, pero podría significar una ventaja excesiva en favor de dicho agente si su participación en dichas operaciones ha sido insignificante, o si el valor de las mercaderías o servicios llega a ser extremadamente elevado, *cfr.* INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (2010): *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, Madrid. La Ley, p. 118.

⁷⁰⁷ Para DROBNIG, U. (1997), *op.cit.* p. 222, la naturaleza y la finalidad del contrato constituyen requisito cumulativo para que proceda la acción por *gross disparity*, es decir, un requisito que debe cumplirse junto con el establecido por el apartado a) relativo al elemento subjetivo recayente en la parte perjudicada.

⁷⁰⁸ Véase la nota a pie de página 678 de este mismo capítulo.

⁷⁰⁹ GINÉS CASTELLET, N., (2016): “La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual”... *cit.*, p. 33, enuncia que, si el contrato en sí mismo comporta un riesgo elevado, aceptado para las partes, puede concluirse que quedaría descartada su posible impugnación a tenor de las circunstancias. Lo mismo sucede con la exclusión de los contratos aleatorios en sede de lesión en más de la mitad *ex art.* 621-46 CCCat ya que el riesgo es inherente al contrato. Los comentarios de la edición del DCFR llevada a cabo por VON BAR y CLIVE señalan que “*relief should not be given when the apparent one-sidedness of the bargain is the result of a party gambling and losing. The contract was not unfair when it was made, even though it may have turned out badly for one part*”, STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) VON BAR, C., CLIVE, E., (Ed.): (2009): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law... cit.*, p. 509. Precisamente porque el contrato aleatorio es un contrato causalmente oneroso caracterizado por un elemento de aleatoriedad acerca del resultado económico del contrato, introducido por una condición o un término; por tanto, el riesgo contractual es inherente al contrato; una parte ganará más que la otra.

también las propuestas estatales, cuando optan por incorporar esta referencia como uno más de los elementos que cumulativamente son necesarios para dar lugar a la causa de invalidez contractual basada en el aprovechamiento injusto o ventaja excesiva, no suscitan las dudas que cabían en el marco literal de los PICC (si la naturaleza o finalidad del contrato era o no una condición cumulativa a los otros factores). Por ejemplo, la propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil establece que debe “*tenerse en cuenta la naturaleza y fin del contrato*” la conclusión al aplicar esta norma parece clara: para anular el contrato por ventaja injusta ha de concurrir el requisito objetivo que hemos analizado y los subjetivos que examinaremos a continuación, “teniendo en cuenta”, además, la naturaleza y finalidad del contrato como elemento coadyuvante de apreciación de la concurrencia de los presupuestos de la norma.

Así, entendemos que los PICC quieren atender el tema, también, desde un punto de vista de los usos: la referencia a la naturaleza y finalidad del contrato o a las circunstancias y objeto del contrato quiere reconocer los modelos de prácticas comerciales que están asociados con contratos de una naturaleza u otra en el ámbito comercial internacional.

En todo caso, este elemento relativo a la concreta naturaleza y finalidad del contrato nos remite, una vez más, al elemento objetivo de la figura. DROBNIG cuestiona que los comentarios oficiales, ejemplificando dicho requisito mediante una referencia a una cláusula del contrato que establece un plazo demasiado breve para comunicar defectos en las mercaderías o en los servicios, se sitúan más allá del alcance de la norma. Así, el autor considera que la regla se dirige al contrato en general. Asimismo, para dicho autor, es un requisito cumulativo que debe sumar a los requisitos de tipo subjetivo que estudiaremos más adelante para poder anular el contrato por ventaja injusta. Pero este carácter cumulativo no se desprende claramente del texto legal (en los PICC). Para dicho autor, lo que debería cuestionarse es si el contrato era o no de tipo especulativo, en cuyo caso no procedería la aplicación de la institución⁷¹⁰.

⁷¹⁰ DROBNIG, U., (1997), “Protection of the weaker party... *cit.*, p. 222.

La norma catalana soslaya dicho requisito; entendemos que ello es consecuencia de la amplitud de requisitos que ya de por sí pormenoriza la regla para poder impugnar el contrato por ventaja injusta⁷¹¹.

1.2.1.4. La ganancia desproporcionada

Apuntado ya el elemento objetivo que relata la excesiva desproporción o la ventaja injusta, en consideración de la forma que adopte finalmente, ya sea mediante una asimetría económica en las prestaciones intercambiadas o bien a través de una injusticia flagrante o chocante no necesariamente estimada en términos económicos o monetarios, parece obligado apreciar el efecto producido por éste: la ganancia desproporcionada obtenida por una de las partes contractuales.

Para ello BADOSA utiliza la nomenclatura de ganancia desproporcionada como aglutinador del beneficio excesivo y la ventaja injusta, tal y como se describe en el art. 4:109.1 (b) PECL y en el art. II.-7:207 (1)(b) DCFR⁷¹².

En el DCFR, esta ganancia puede obtenerse tanto del negocio oneroso como del gratuito. Así, el art. IV.H.- 2:104 establece la explotación indebida en sede de donación y el art. X.- 4:202.b) en sede de *trust*⁷¹³.

⁷¹¹ GINÉS CASTELLET, N., (2016): “La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual”... *cit.*, p. 34, lo justifica señalando que dicho elemento se tiene en cuenta en el art. 621-46.2 CCCat, relativo a los supuestos de exclusión de la lesión en más de la mitad, cuando se determina que la parte demandada puede oponerse a la rescisión del contrato alegando que el desequilibrio del contrato se justifica por el riesgo contractual propio de los contratos aleatorios o por la concurrencia de una causa gratuita. Sin embargo, ya el Preámbulo del CCCat distingue los dos supuestos (621-45 y 621-46, ventaja injusta y lesión en más de la mitad), diferenciándolos entre sí; el primero se fundamenta en un defecto de la causalidad onerosa, y queda limitado a una desigualdad entre las prestaciones de las partes en más de la mitad del precio justo; si no se llega a éste umbral, puede encauzarse el supuesto a través del art. 621-45, pero en estos casos deberá probarse la existencia de un contexto comercial que debilita a una de las partes y que es aprovechado por la otra. Creemos que lo más oportuno hubiera sido que el artículo relativo a la ventaja injusta hubiera incorporado en su redacción la referencia a la naturaleza y finalidad del contrato; sin embargo, por ejemplo, en los supuestos de contratos aleatorios, en que la lesión no alcanzara el umbral de la mitad, tampoco podrían encauzarse a través de la ventaja injusta, ya que deberían probarse los otros requisitos: el aprovechamiento de una de las situaciones subjetivas enunciadas por la norma.

⁷¹² BADOSA COLL, F., (2014-2016): “L’avantatge injust. El contractant feble i la seva protecció...” *cit.*, p. 397

⁷¹³ La admisión de un supuesto de explotación injusta en sede de negocios gratuitos es criticable pues en esta clase de negocios el daño o perjuicio patrimonial es institucional, por ser inherente a la figura.

Esta ganancia desproporcionada provoca un correlativo perjuicio en la otra parte⁷¹⁴; se tiene que partir de la premisa que la institución de la ventaja injusta es esencialmente un instrumento al servicio de la parte débil; véanse los remedios que se disponen a su parte, no sólo la posibilidad de anular el contrato sino también de ajustarlo respetando el principio de la buena fe contractual (art. 4:109.2 PECL o art. II.-7:207 (2) DCFR) y 621-47.1 CCCat).

La explotación injusta sólo tiene sentido si es debida al correlativo perjuicio experimentado por la otra parte; y así se establece en el DCFR (“*by taking an excessive benefit or grossly unfair advantage*”) y en los PECL (“*took advantage of the first party’s situations...*”). También el CCCat se hace eco de ello (“*se aprovechó de ello y obtuvo un...*”). E incluso lo hallamos en los PICC: el beneficio excesivo determina, a su vez, una pérdida excesiva en la otra parte. Manifestado ello, la redundancia relativa al aprovechamiento injusto se justifica por acentuar la perspectiva de protección de la parte débil de la figura.

Como ya hemos establecido, tanto los PECL y el DCFR (así como también el CCCat) aluden a la terminología de injusto tanto en la institución (ventaja injusta) como en el elemento objetivo (beneficio excesivo o ventaja manifiestamente injusta). BADOSA califica ambas acepciones (beneficio excesivo y ventaja injusta) como extrajurídicas, la primera relativo a lo económico, la segunda no. Aunque, en relación con la ventaja injusta (elemento objetivo), ya hemos apuntado que puede tener relación con un desequilibrio jurídico, como el que se da en las relaciones entre un empresario y un consumidor, en las que claramente existe una asimetría informativa entre las partes; asimetría que suele ser inherente en los contratos con consumidores pero que también puede darse en los contratos entre particulares⁷¹⁵. Por tanto, entendemos que sí que podría calificarse, la ventaja injusta- elemento objetivo-, como una acepción propia de un desequilibrio jurídico.

⁷¹⁴ En este sentido también se expresa BIGWOOD, R., (2005): “Contracts by Unfair Advantage: From Exploitation to Transactional Neglect”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 25, Issue 1, March 2005, p. 66.

⁷¹⁵ Aunque en los casos de contratos c2c también cabe aludir a la diligencia de las partes en recabar el asesoramiento de un experto antes la celebración de un contrato que se escapa de su ámbito de conocimiento. Ello como reflejo del principio de la autorresponsabilidad contractual.

La “excesividad” y la injusticia del beneficio y la ventaja, respectivamente, señalan que existe un nivel de beneficio y ventaja que es justo o amparado por la norma. Señala BADOSA que la explotación justa es un concepto autónomo y positivo, ya que indica que la explotación es legítima *per se* y que deviene ilegítima en función de los resultados, es decir, en función de la “excesividad” del beneficio o de la injusticia de la ventaja⁷¹⁶. Por nuestra parte, consideramos que la explotación justa se produce cuando no se cumplen los presupuestos establecidos por la norma de la explotación injusta (institución): por tanto, no como una institución autónoma – como sí lo es la explotación o ventaja injusta – sino como un reflejo del principio de la autonomía de la voluntad (art. 111-6 CCCat, II.-1:102 DCFR) que legitima que una de las partes salga más beneficiada que la otra sin incurrir en lo que la norma define como ventaja injusta.

Finalmente, es el remedio “adaptativo” de la figura el que permite marcar el límite de la explotación justa/injusta. El art. II.-7:207(3) DCFR, así como también en el 4:109 (3) PECL, extendiendo legitimación para solicitar la adaptación del contrato a la parte beneficiada, determinan la explotación justa. Según señala BADOSA, “*L’adaptació és la reducció de l’explotació injusta a justa*”, mediante la eliminación de lo excesivo en el beneficio o de la injusticia en la ventaja obtenida⁷¹⁷. Se elimina el resultado de la explotación. El principio de buena fe es utilizado, también, como barrera para delimitar la injusticia de lo obtenido.

En definitiva, la injusticia sustantiva viene determinada por un desequilibrio entre las prestaciones de las partes, bien económico (beneficio jurídico) o bien jurídico (ventaja injusta), que se traduce en la obtención de una ganancia desproporcionada en la parte beneficiada.

Procederemos, a continuación, a examinar los elementos subjetivos pormenorizados por los textos europeos relativos al contexto negocial en el que se encuentra la parte débil y al aprovechamiento de éste por la parte beneficiada por el contrato.

⁷¹⁶ BADOSA COLL, F., (2014-2016): “L’avantatge injust. El contractant feble i la seva protecció... *cit.*, p. 396.

⁷¹⁷ *Ibidem*, p. 397.

1.2.2. La injusticia procedimental: elementos subjetivos de la parte perjudicada y de la beneficiada

En base a lo hasta ahora expuesto, ya hemos ido señalando a lo largo de este trabajo la naturaleza objetivo-subjetiva que conforma la figura de la excesiva desproporción o ventaja injusta frente a otras figuras netamente objetivas (rescisión por lesión) o meramente subjetivas (anulabilidad por vicio en el consentimiento).

Como ya se ha dicho, es la *gross disparity* de los PICC la precursora del establecimiento de una norma que aúna ambas justicias en una misma figura, y que se reflejará en las distintas propuestas contractuales europeas posteriores (los PECL, el DCFR así como en el decaído CESL). Por ello, procederemos a examinar, en primer lugar, las diferentes situaciones en las que puede encontrarse la parte débil del contrato (que son determinantes para que proceda la anulación del contrato) tal y como aparecen apuntadas en los PICC; señalaremos, asimismo, las diferencias que se observan en las diferentes propuestas académicas contemporáneas a estos principios.

En segundo lugar, y a los efectos que interesan a nuestro estudio, abordaremos también el estudio de la cuestión relativa al conocimiento de la parte beneficiada del contexto en el que se encontraba la parte débil.

1.2.2.1. El contexto negocial: un vicio del negocio jurídico inherente a la parte débil

La *gross disparity* se encuentra en el capítulo 3 (validez), sección 2 (causas de anulación) de los PICC; por su parte, los PECL emplazan la ventaja injusta también en el capítulo relativo a la validez de los contratos y a continuación del vicio del consentimiento consistente en la intimidación. Por tanto, regulando la figura como un vicio de la voluntad.

Matizaremos la cuestión relativa a la naturaleza de la figura y a la calificación de ésta dentro del marco legal en el siguiente epígrafe, ahondando en los distintos requisitos enumerados por el art. 3.2.7 de los PICC, también presentes en el art. 4:109 PECL y en el art. II.-7:207 DCFR.

Antes de introducir las situaciones en las que se puede encontrar la parte débil, cabe señalar que las características que las aúnan a todas ellas es su configuración como vicio potencial, que impide que el consentimiento prestado por la parte débil sea del todo libre. Así, se distancian de los tradicionales vicios del consentimiento, ya que, en los supuestos de explotación o ventaja injusta, la parte beneficiada no ha creado ese contexto negocial ni ha contribuido a hacer más débil (en términos contractuales) a la otra parte. Es un determinado espacio contractual en el que se encuentra la parte perjudicada y en la que la otra no ha tenido ninguna intervención⁷¹⁸. Podemos hablar de una suerte de actuación cuasi dolosa de la parte beneficiada en la perjudicada (“cuasi dolo” o “seudo dolo”).

La figura se enmarca en un fenómeno próximo a un vicio del consentimiento; pero constituye una causa autónoma de protección de la parte débil ya que, como veremos, en sede de remedios, no sólo se da la posibilidad de anular/rescindir el contrato, sino también de conservarlo⁷¹⁹, factor de corrección que no es posible cuando interviene algún vicio del consentimiento, salvo situaciones en las que se aprecia una menor incidencia del vicio en la formación de la voluntad, como sucede en los casos de dolo incidental (ex art. 1270.2 CCE).

Podemos hacer una triple división entre las distintas causas o motivos que evidencian una posición de fragilidad en una de las partes (la perjudicada). Los requisitos enumerados por las propuestas del *soft law* relativos a la parte perjudicada que conforman este contexto negocial son: la relación previa de confianza o dependencia entre las partes, el estado de necesidad económica o de otro tipo de la parte débil y, finalmente, las deficiencias de carácter subjetivo

⁷¹⁸ Señala BADOSA COLL, F., (2014-2016): “L’avantatge injust. El contractant feble i la seva protecció... *cit.*, p. 390, que las situaciones subjetivas relatadas por el II.-7: 207.1a) DCFR fotografían situaciones que delimitan la posición de una de las partes como parte negocial; serían irrelevantes si no existiera la conducta de la otra parte. Dichas situaciones están expuestas objetivamente, sin indicar la influencia que tiene la otra parte negocial. Sin embargo, dicha influencia debe entenderse implícita, porque es la que es indiciaria de que el contratante es susceptible de ser explotado.

⁷¹⁹ PONITROLI, L., (1997): “La protezione del “contraente debole” nei Principles of International Commercial Contracts di UNIDROIT... *cit.*, p. 602. Aunque como veremos más adelante (§2, de este mismo capítulo) el legislador galo ha apostado por hacer una extensión interpretativa del vicio de la violencia, con el fin de cubrir algunos de los supuestos que se desprenden de los casos de ventaja injusta.

de ésta (imprevisión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación).

A continuación vamos a detendremos en cada uno de ellos:

1.2.2.1.1. Relación previa de confianza o dependencia entre las partes

a) **La relación de dependencia entre las partes**⁷²⁰: el primer factor que describen los PICC como elemento constituyente del contexto negocial es la dependencia⁷²¹. En el Comentario oficial del artículo se establece que, para que se cumpla la situación de la dependencia como factor que permita señalar el estado de debilidad en una de las partes, no es suficiente una posición negociadora dominante en virtud de las condiciones del mercado⁷²². Por tanto, debe ser independiente de la situación en el mercado⁷²³. BONELL se plantea qué sucedería en los casos de monopolio u oligopolio⁷²⁴, en los que una de las partes tiene un poder contractual dominante en la situación de mercado, y a la otra parte no le

⁷²⁰ PERFETTI, U., (2009): "La giustizia contrattuale nel Draft Common Frame of Reference del Diritto Privato Europeo"... cit., p. 673-74: "il preesistente rapporto tra le parti viene in considerazione per la sua attitudine a produrre una minore capacità reattiva e valutativa a seguito del metus, o della fiducia; dipendenza e fiducia vanno pertanto considerate per il loro significato assiologico per cui, lungi dal potersi interpretare restrittivamente, l'una e l'altra vanno assunte in senso relativo, sicché la condizione potrà dirsi integrata in tutti i casi in cui preesista una qualsiasi relazione negoziale che determini una dipendenza psicologica, o che faccia sorgere un affidamento sulle qualità morali dell'altra parte, tale da determinare un affievolimento della naturale diffidenza all'origine dell'accortezza necessaria nelle contrattazioni".

⁷²¹ El hecho que se plantee – en el contexto de los PICC, es decir, de la contratación internacional- la cuestión de la dependencia o de las dificultades económicas de la parte débil como factor constituyente de un estado negocial debilitador en una de las partes que, aprovechado por la otra, pueda ser motivo de anulación de un contrato, señala la sensibilización del legislador en aras a proteger aquellas situaciones de abuso de la posición contractual, así lo indica VOLPE, F (1999): "I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross Disparity)", *Rivista di diritto privato*, nº1/99, p. 69: "questo perché se è possibile che uno stato di dipendenza o una mancanza di abilità a trattare possono inficiare un contratto e invalidarlo, allora è vero che è in atto un cambiamento radicale nelle contrattazioni commerciali, nel senso che sta prendendo finalmente corpo una logica di intervento sulle situazioni di disparità di potere contrattuale tra imprese". Sin embargo, la referencia a situaciones de índole subjetiva en el ámbito de la contratación internacional ha sido cuestionada por la doctrina, en base a la diligencia y presunción de competencia profesional que debe existir en la contratación entre comerciantes, cfr. YILDIRIM, A.C., (2008): "Subjective Reasons for Gross Disparity and the Presumption of Professional Competence: A Contradiction in the Lex Mercatoria?", *Murdoch University eLaw Journal*, vol. 15, nº1, p.110.

⁷²² Véase el ejemplo citado en los comentarios oficiales de los PICC, señalando que "as to the dependence of one party vis-à-vis the other, superior bargaining power due to market conditions alone is not sufficient", cfr. INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW (2010): *op cit.*, p. 109.

⁷²³ BONELL, M.J., (1994): "Policing the International commercial contract against unfairness under the Unidroit principles", *Int'l Comp. Law*, Vol.3, p. 89.

⁷²⁴ BONELL, M.J., (1994): *An international restatement of Contract law... cit.*, p. 166.

queda más remedio que contratar con aquella. Es fácil que, en estos casos, la parte que ostente la posición de monopolio abuse de su superioridad de poder contractual; si bien en los PICC la parte débil podría, no obstante, recabar cierta protección si hubiera alguna cláusula en el contrato excesiva e injusta⁷²⁵. Sin embargo, la cláusula de la dependencia sería inútil en los casos en que, a pesar de que la parte fuerte obtuviera un beneficio excesivo, no hubiere explotado la relación de dependencia con la otra parte, como podría suceder en los casos de monopolio u oligopolio (ya que dicha explotación sería inherente)⁷²⁶. Quizás, entonces, serían otras normas como las leyes *antritrust*, las que deberían entrar en juego⁷²⁷.

Por su parte, BOSCH CAPDEVILA sitúa como ejemplo de dependencia la situación de superioridad dentro del ámbito laboral, clarificando la explicación a través de un caso de la jurisprudencia francesa⁷²⁸ que fue precisamente uno de los más relevantes que inspiraron al legislador galo en la reforma del *Code* de 2016, con el objetivo de establecer un supuesto *ex novo* de violencia económica (art. 1143 *Code*).

- b) **Relación de confianza entre las partes:** este requisito no aparece ni en el art. 3.2.7 de los PICC ni tampoco en las propuestas de modernización

⁷²⁵ Cláusulas no negociadas individualmente, ex art. 4:110 PECL y art. II.-9:103 DCFR.

⁷²⁶ BONELL, M.J., (1994): "Policing the International commercial contract against unfairness under the Unidroit principles... *cit.*, p. 89. Argumento que traduce y reproduce GINÉS CASTELLET, N., (2016): "La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual"... *cit.*, p. 25. También VOLPE, F., (2004): *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, p. 151.

⁷²⁷ BONELL, M.J., (1994): "Policing the International commercial contract against unfairness under the Unidroit principles... *cit.*, p. 89. DROBNIG, U., (1997), "Protection of the weaker party... *cit.*, p. 221, cuestiona que dicho requisito tampoco aparece detallado en los comentarios oficiales de los PICC.

⁷²⁸ Así, BOSCH CAPDEVILA, E., (2012): "Capítulo 8. La anulación del contrato por explotación injusta en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos... *cit.*, pp. 377-378, relata el caso que dio lugar a la sentencia de la *Cour de Cassation civil* de Francia de 3 de abril de 2002: caso *Kannas versus Larousse-Bordas* en el que una trabajadora firmó un contrato con la empresa con la que trabajaba en el que le cedía, a cambio de una suma de dinero irrisoria, los derechos de explotación de una obra (un diccionario) que había escrito la misma trabajadora; una vez ésta fue despedida de la empresa, demandó la nulidad del contrato de cesión alegando la situación de dependencia económica frente a la empresa, que motivó que firmara el contrato ante el temor de ser despedida. De hecho, el legislador francés, en la reforma de 2016, tal y como veremos *infra*, en el epígrafe §2.2, incorpora la pestaña de económica en el vicio de la violencia a raíz de casos como el descrito por el caso *Kannas*. Cabe entender que al caso no resultaba de aplicación ninguna norma de contenido semejante al art. 15 y sig. Ley de Patentes o al art. 51 Ley de Propiedad Intelectual.

del derecho de contratos español, aunque sí que hace referencia a ella el art. 4:109 PECL, el art. II.-7:207 DCFR y el art. 621-45 CCCat.

Dicho requisito se relaciona con los casos propios de la *undue influence* anglosajona. Los PECL acusan la influencia del derecho contractual inglés, especialmente en los casos de ventaja injusta. Así, la referencia a la relación de confianza tiene un antecedente directo en la figura de la influencia indebida del *common law*.

La *indue influence* ha sido definida como una suerte de alevosía civil, en que una de las partes se prevale de su situación de superioridad, confianza o ventaja, y se aprovecha paralelamente de la debilidad, estado de necesidad o dependencia de la otra con el fin de que ésta celebre el contrato⁷²⁹.

Existen dos supuestos de “*undue influence*”: la actual *undue influence* y la *presumed undue influence*. En primer lugar, la actual *undue influence* remite a los casos en los que no existe una presunción *iuris tantum* de influencia indebida porque no existe ninguna de las relaciones tipificadas por la segunda categoría (*presumed undue influence*)⁷³⁰. La parte que alega la existencia de *undue influence* debe probar que ha habido una presión por la otra parte que la obligó a contratar. Nótese que estos casos podrían englobarse bajo el concepto de *duress* o violencia⁷³¹. Es la influencia indebida la que lleva a la otra parte a celebrar el contrato

⁷²⁹ SÁNCHEZ LORENZO, S., (2013): “El Derecho contractual inglés”, en SÁNCHEZ LORENZO, S., (Ed.): *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Cizur Menor: Thomson Reuters Civitas, p. 169.

⁷³⁰ BEALE, H., (1999) (Ed.): *Chitty on contracts*, London: Sweet & Maxwell, p. 437.

⁷³¹ BEALE, H., (1999) (Ed.): *Chitty on contracts... cit.*, p. 438. La diferencia es sutil, TREITEL, G.H., (1995): *The Law of Contract*, London: Sweet & Maxwell, p. 377: “*Equity gives relief on the ground of undue influence where an agreement has been obtained by certain kinds of improper pressure which were thought not to amount to duress at common law because no element of violence to the person was involved. For example, a promise to pay money can be set aside if obtained by a threat to prosecute the promisor, or his close relative, or his spouse, for a criminal offense. Such threats might now constitute duress, but the equitable concept of “pressure” is still wider than that of duress at common law, for undue influence can be exercised without making illegitimate threats or indeed any threats at all.*” Las similitudes entre *duress*, *undue influence* y *unconscionable bargains* son señaladas por CARTWRIGHT, J., (2013): *Contract Law. An Introduction to the English Law of a Contract for the Civil Lawyer*, Oxford: Hart publishing, 2ª ed, pp. 181-182. La doctrina de la *inequality of bargaining power* pretendía aglutinar las tres (ideada por Lord Denning en *Lloyds Bank Ltd v Bundy*, [1975]QB 326 (CA) 339, pero su generalización no tuvo un reflejo ni continuidad doctrinal, pp. 182-83.

En el supuesto de la “*presumed undue influence*”, la carga de la prueba recae sobre la parte beneficiada, que deberá probar que no ha influenciado indebidamente a la otra, “*if the parties were at the time of the transaction in one of certain types of confidential relationship with each other, influence is presumed*”⁷³². Únicamente en la relación de casos que conforman los supuestos de “*presumed undue influence*” podrá presumirse la influencia indebida, es decir, la mera evidencia de una relación especial de confianza entre los contratantes (padre/hijo, doctor/paciente, abogado/cliente, confesor/feligrés)⁷³³, y la acreditación de un desajuste o desequilibrio contractual, o, cuando menos, de una transacción que “*calls for an explanation*”⁷³⁴ serán suficientes para anular el contrato por influencia indebida. La *undue influence* no contempla la adaptación del contrato, a diferencia de la ventaja injusta que como veremos más adelante, sí lo hace.

Para desvirtuar la presunción de *undue influence*, deberá probarse que la otra parte tenía plena capacidad de obrar y que había recabado asesoramiento independiente⁷³⁵.

Los casos de *undue influence* denotan que existe una situación objetiva de superioridad de una de las partes o de preeminencia de tipo económico, moral o de otra clase entre los contratantes⁷³⁶. Aunque en

⁷³² BEALE, H., (1999) (Ed.): *Chitty on contracts... cit.*, p. 440.

⁷³³ La presunción no opera entre esposos, BEALE, H., (1999) (Ed.): *Chitty on contracts... cit.*, p. 443. Nótese que no hay un *numerus clausus* de las relaciones que se consideración particulares o especiales por la doctrina de la *undue influence*, cfr. DELL'AQUILA, E., (2001): *El contrato en el derecho inglés (aspectos de derecho comparado)*, Barcelona: PPU, pp. 137-138.

⁷³⁴ SÁNCHEZ LORENZO, S., (2013): “El Derecho contractual inglés... *cit.*”, p. 169.

⁷³⁵ BEALE, H., (1999) (Ed.): *Chitty on contracts... cit.*, pp. 443-444.

⁷³⁶ Dentro de los casos de influencia indebida presumida, y, sin que medie una relación particular entre las partes, algunos autores colocan los supuestos en que una de las partes se aprovecha de la inexperiencia o ignorancia de la otra para celebrar un “*catching bargain*” (negocio atractivo), también denominado *unconscionable bargain* (negocio contrario a la conciencia): es un negocio celebrado en condiciones particularmente favorables para uno de los contratantes, puesto que con el mismo no se realiza la mínima proporción entre los valores de las prestaciones recíprocas. También se presume aquí la *undue influence*, a pesar de que no se dé ninguna de las relaciones ejemplificadas anteriormente. En estos casos se presume el fraude, no en sentido del *common law*, sino “*an unconscientious use of the power arising out of the relative positions of the parties*” (TREITEL, G.H., (1995) *op.cit.*, p. 382). Para que no pueda invalidarse el contrato, el contratante que se ha aprovechado de la situación, por recibir una prestación de valor mucho más elevado de lo que ha dado a cambio, debe poder demostrar que, a pesar de las apariencias, en realidad el negocio se ha llevado a cabo correctamente, cfr. DELL'AQUILA, E., (2001): *El contrato en el derecho inglés (aspectos de derecho comparado)... cit.*, pp. 139-140. Es desde esta línea de razonamiento que Lord Denning M.R. construyó, en *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy* [1975] Q.B.. 326,

estos casos la perspectiva siempre es de la parte débil y de la relación que tenga con la beneficiada, resultando menos importante la conducta operada por la parte fuerte⁷³⁷.

Observamos, pues, la influencia anglosajona en el derecho contractual europeo, que contempla la posibilidad de que una relación de confianza entre las partes conforme este contexto comercial aprovechado por la otra.

1.2.2.1.2. Situaciones de necesidad económica o necesidades urgentes

a) **Necesidad económica:** señala BOSCH que es “*obvio que la delicada situación económica de una de las partes puede llevar a concluir contratos en condiciones particularmente desfavorables. El contratante no tendrá en muchos casos alternativa: o la conclusión del contrato, o la imposibilidad de hacer frente a sus pagos o necesidades*”⁷³⁸. Así, el epígrafe hace referencia a necesidades generadas en relaciones económicas y financieras. En nuestro contexto, la PMCC ha matizado que la necesidad económica debe ser *extraordinaria*. Una misma línea sigue el art. 527-9 de la PAPDC, y el CCCat lo caracteriza como “*situació econòmicament angoixant*”. Ello pone de manifiesto que, ante la urgencia económica, la parte celebra un contrato en unas condiciones perjudiciales para ella; pero no ante cualquier situación de necesidad económica, sino que esta vendrá revestida por un plus: que sea extraordinaria, urgente, etc⁷³⁹. A nuestro entender este matiz parece correcto porque restringe la

la teoría de la “*inequality of bargaining power*”: el Derecho inglés ampara a los que, por su falta de sensatez (“*without independent advice*”), celebran contratos que contienen condiciones muy desfavorables o transfieren propiedades a precios sumamente inadecuados (“*enters into a contract upon terms which are very unfair or transfers property for a consideration which is grossly inadequate*”), siempre que su fuerza contractual (“*bargaining power*”) se haya mermado considerablemente a causa de un estado de necesidad, ignorancia o enfermedad, además de presiones o influencias indebidas, que hayan sido ejercidas por el otro contratante o por un tercero en beneficio de este último (“*undue influences or pressures brought to bear on him by or for the benefit of the other*”). Dicha teoría ha sido cuestionada por los Tribunales en sentencias posteriores, p. ej., Lord Scarman en *National Westminster Bank Ltd v. Morgan* [1985] A. C. 686, poniendo en tela de juicio la necesidad en el derecho moderno de contratos de un principio contra la “*inequality of bargaining power*” En un mismo sentido, TREITTEL G.H., (1995) *op.cit.*, p. 383-384.

⁷³⁷ BIGWOOD, R., (1996): “Undue Influence: Impaired consent or Wicked Exploitation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 16, Issue 13, p. 510, plantea tener en cuenta la conducta explotativa de la parte fuerte, señalando que tanto los casos de *unconscionability* como los de *undue influence* envuelven una actitud de explotación.

⁷³⁸ BOSCH CAPDEVILA, E., (2012): “Capítulo 8. La anulación del contrato por explotación injusta... *cit.*”, p. 378.

⁷³⁹ Estos supuestos pueden venir acompañados por una paradójica contradicción; piénsese en los casos en que una persona, ante una situación de asfixia económica, y necesitado de liquidez,

aplicabilidad de este remedio que, por otra parte, podría generar inseguridad jurídica ante la indeterminación del concepto⁷⁴⁰. Pero las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo no las califican de extraordinarias [p.ej, véase el art. 51 a) del decaído proyecto del CESL]. En el contexto italiano, la lesión en más de la mitad recaba que si el contrato ha sido celebrado en condiciones de necesidad económica podrá anularse siempre que las prestaciones sufran una desproporción más de la mitad (art. 1448 del Código civil italiano), señalando el límite de la reliquia histórica que es la *laesio enormis*.

- b) **Necesidades urgentes:** las tres propuestas del *soft law* señalan la “*urgent needs*” como un factor que debilita a una de las partes (también lo hacía el art. 51 CESL). Las propuestas españolas hablan de “*necesidad apremiante*”, mientras que el art. 621-45 CCCat califica la necesidad como *imperiosa*. Nos estamos refiriendo a situaciones de necesidad extraeconómicas; la urgencia de la situación obliga a contratar a cualquier precio⁷⁴¹ (por ejemplo, si se precisa irremediamente de un servicio⁷⁴²). El ejemplo que citan los comentarios oficiales del DCFR es relevante en este caso: en unas vacaciones familiares y a raíz de un accidente de coche, el prestador del servicio de ambulancia que debe conducir hasta el hospital más próximo estipula un precio desorbitado⁷⁴³. GINÉS CASTELLET indica que las personas jurídicas también pueden encontrarse

vende un piso por un precio inferior al que sería su precio de mercado. La venta se ha producido de una forma acelerada en el tiempo. Por una parte, la situación económica de la persona es extraordinaria y por ello necesita vender rápidamente el piso; por otra, la regla no tiene en cuenta que ha vendido con celeridad, es decir, si bien no a un precio “justo”, sí que lo ha hecho de una forma muy rápida.

⁷⁴⁰ Cabe destacar aquí que el móvil interno que lleva a las partes a contratar es irrelevante; es decir, la posibilidad de anular un contrato por error en los motivos está excluida en el ordenamiento jurídico español.

⁷⁴¹ Por ejemplo, PERFETTI, U., (2009): “La giustizia contrattuale nel Draft Common Frame of Reference del Diritto Privato Europeo” ... *cit.* p. 674, señala como ejemplos la adquisición de un bien de consumo necesario o de primera necesidad, como sería una medicina.

⁷⁴² BOSCH CAPDEVILA, E.,(2012): “Libro II. Capítulo 7. Causas de invalidez del contrato” ... *cit.*, p. 493. Ello nos recuerda la condena del abuso de circunstancias, en el contexto del salvamento marítimo, operada por el art. 8 de la Ley 60/1962, de 24 de diciembre, sobre auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimos.

⁷⁴³ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE Y THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW [ACQUIS GROUP] (2009): *op.cit.*, p. 508. Piénsese, también, en el caso ejemplificado *supra* nota 670 a pie de página sobre la contratación de un servicio funerario a un precio excesivamente oneroso en comparación con el precio medio del servicio.

en este tipo de tesituras angustiosas; por ejemplo, si se trata de la adquisición de materias primas indispensables para el cumplimiento de un pedido o si debe contratar préstamos a intereses desproporcionados para superar una fase de falta de liquidez⁷⁴⁴⁷⁴⁵.

1.2.2.1.3. Deficiencias de carácter subjetivo o personal

Dentro de esta categoría se reúnen varios rasgos propios de la personalidad del sujeto o relativos a sus habilidades personales, que en cierta medida impiden un pleno desarrollo de las facultades para contratar⁷⁴⁶; así, la falta de previsión, la ignorancia, la inexperiencia o las carencias en las habilidades para negociar conforman este grupo heterogéneo de características que limitan la plena capacidad negociadora⁷⁴⁷. Conviene hacer una breve referencia a cada una de ellas:

- a. **Falta de previsión:** el carácter imprevisor del sujeto imprime una falta de organización en la capacidad de la parte para prevenir el real significado de la contratación.
- b. **Ignorancia:** BOSCH CAPDEVILA cuestiona la posibilidad de que la ignorancia constituya un supuesto de error⁷⁴⁸, aunque entiende que vendría referida ésta a una condición personal del sujeto más que a una situación concreta. Dicha ignorancia puede ser un supuesto

⁷⁴⁴ GINÉS CASTELLET, N., (2016): "La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual"... *cit.*, p. 26. En este sentido, también, en relación con el derecho helvético, GUILLOD, O., STEFFEN, G., (2012): "Art. 21" en THÉVENOZ, L., WERRO, F., (2012): *Code des obligations I*, 2ª ed., Bâle: Helbing Lichtenhahn, pp. 208-209.

⁷⁴⁵ ENGEL, P. (1973): *Traité des obligations en droit suisse*, Neuchâtel: Éditions ides et calendes, p. 212.

⁷⁴⁶ Señala PERFETTI, U., (2009): "La giustizia contrattuale nel Draft Common Frame of Reference del Diritto Privato Europeo"... *cit.*, p. 674, que este tercer grupo "*riflettono una condizione soggettiva di debolezza di una parte nei confronti dell'altra per la sua inettudine ad introdursi, con piena consapevolezza del compartimento e degli effetti, nel traffico giuridico*".

⁷⁴⁷ Sin que ello deba relacionarse con el discernimiento necesario que requiere la capacidad natural. Cabe distinguir aquí los supuestos de capacidad negocial y aptitud negociadora; véase *infra* §1.2.2.2. Asimismo, no nos encontraríamos ante un supuesto de falta de capacidad, excluido, por otra parte, del ámbito de aplicación de los PICC (*ex art.* 3.1.1 PICC, art. 4:101 PECL y art. II.-7:101 (2) DCFR)

⁷⁴⁸ BOSCH CAPDEVILA, E., (2012): "Capítulo 8. La anulación del contrato por explotación injusta..." *cit.*, p. 380. Asimismo, el autor señala el acierto del art. 27 del Código civil del Estado mejicano de Tabasco en el que se hace referencia al término de "debilidad cultural". Se trataría de un sujeto ajeno totalmente al mundo de los negocios, inútil para negociar, pero también ignorante para procurarse un asesoramiento. Si en cambio se trata de un sujeto que solamente es "ignorante" respecto al negocio concreto que concluye, pero que tiene cierta formación, no cabría la anulación del contrato, ya que la diligencia mínima le hubiera llevado a demandar los servicios de un asesor.

de error (vicio del consentimiento) y, por tanto, no debería dar lugar a un caso de anulabilidad por ventaja injusta. GINÉS CASTELLET, por su parte, apunta que los casos de negociación irrazonable o incoherente pueden ser un reflejo de dicha ignorancia⁷⁴⁹. Así, los comentarios de los PECL establecen que dicha doctrina (la de la negociación irrazonable) dispone que si una parte se aprovecha de manera deliberada de la pobreza e ignorancia de una persona para comprarle un determinado bien por un precio menor de lo que vale en realidad, la parte más débil puede dar por terminado el contrato⁷⁵⁰. Sin embargo, cabe hacer alguna consideración en relación con la ignorancia: si la parte era ignorante al tiempo de celebrar el contrato, pero podía informarse por sí misma (p.ej, recabando la ayuda de un experto) de lo que se estaba negociando, no podrá alegar su ignorancia con el fin de anular el contrato⁷⁵¹. Es decir, entendemos que, por regla general, se protege la ignorancia, salvo cuando ésta es deliberada (cuando se es ignorante de lo que podía o debía saberse)⁷⁵². Se tiene que partir de la idea de que la ignorancia no resulta protegible a menos que la despreocupación responda a una relación de confianza con la otra parte que le hubiera llevado a esperar que sería informado por esta otra parte⁷⁵³.

⁷⁴⁹ GINÉS CASTELLET, N., (2016): "La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual"... *cit.*, p. 27.

⁷⁵⁰ LANDO, O., BEALE, H., (2003): *Principios de Derecho contractual europeo*, Partes I y II... *cit.*, p. 380 comentarios. Aunque se advierte que es una doctrina muy antigua y poco utilizada en Inglaterra, con más frecuencia en Irlanda. Véase también BEALE, H., (1999) (Ed.): *Chitty on contracts...* *cit.*, pp. 450- 451. Especialmente relevante es el caso *Fry v Lane* (1888) Ch.D. 312

⁷⁵¹ En este sentido, DU PLESSIS, J., (2009): "Article 3.10" ... *cit.*, p. 453, quien señala que esta línea de argumentación no casaría con el ejemplo citado en los comentarios del art. 3.2.7 PICC, en el que se señala que "A", dueño de una planta automotriz, vende una anticuada cadena de producción a "B", una entidad gubernamental de un país ansioso de montar su propia industria automotriz. Sin recurrir a maniobra alguna en cuanto a la eficacia de la cadena de producción, "A" logra fijar un precio manifiestamente excesivo. "B" podría anular el contrato al descubrir que ha pagado una suma acorde con la adquisición de una cadena de producción mucho más moderna. Podría B haber recabado el asesoramiento de un experto.

⁷⁵² En estos casos, hablaríamos de necedad y no de ignorancia.

⁷⁵³ Cabe señalar, aquí, que en los supuestos de ignorancia descritos por la institución de la ventaja injusta, y, en relación con el estándar de diligencia que puede predicarse de ellos, cabría traer a colación la cuestión de excusabilidad que se desprende de la jurisprudencia del art. 1266 CCE en los supuestos de error; esta ignorancia debe ser excusable, esto es, no imputable a quien sufre el perjuicio y susceptible de ser superada mediante el empleo de una diligencia

- c. **Inexperiencia y falta de aptitud negociadora:** la inexperiencia es una calidad personal del sujeto que podemos relacionar con la falta de aptitud para los negocios; es decir, la falta de experiencia en la contratación puede señalar un rasgo de la personalidad que hace más débil a la parte. Respecto a la “*falta de aptitud en la negociación*”, presente en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo, cabe destacar que el legislador catalán ha soslayado su inclusión en el Libro VI (sustituyéndolo por el “*manifestament mancada d’ experiència*”), tal y como habían hecho anteriormente las propuestas estatales (la PMCC y PAPDC). Se señala el acierto de esta exclusión porque si el contratante tiene una formación suficiente, pero es inhábil en la negociación, la diligencia exigible le llevaría a recabar asesoramiento⁷⁵⁴. Sin embargo, ello se puede predicar de muchas de las deficiencias de carácter subjetivo que hemos señalado, y no sólo de ésta última.

En el contexto de los PICC, que se circunscriben en el ámbito de la contratación internacional, la relación de éstos rasgos subjetivos, pueden crear cierta inseguridad ya que pueden crear una posibilidad de abuso por una de las partes que puede no ser merecedora de tal protección⁷⁵⁵.

Asimismo, parece obligado cuestionar – en relación con las deficiencias de carácter subjetivo- la posibilidad de anular un contrato alegando dichos rasgos

media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por “*función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración*” [STS 17.7.2006 (RJ 2006\6379)]. Más recientemente, y en relación con el contrato de permuta financiera a tipos de interés, entre otras, STS de 4 de octubre de 2013 (RJ\2013\7251), STS de 22 de octubre de 2015 (RJ 2015\5660), STS de 13 de octubre de 2015 (RJ 2015\4741) y STS de 13 de enero de 2017 (RJ 2017\21).

⁷⁵⁴ BOSCH CAPDEVILA, E., (2012): “Capítulo 8. La anulación del contrato por explotación injusta... *cit.*, p. 381. La diligencia tiene una doble localización: puede referirse a una concreta actividad jurídicamente calificada como debida o como legítima o a un modelo abstracto (la noción arcaica de padre de familia) y un doble sentido: subjetivo, como esfuerzo o cuidado y objetivo, como conducta materialmente identificable; en relación con esto, véase BADOSA COLL, F., (1987): *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, pp. 33 y sig.

⁷⁵⁵ DROBNIG, U., (1997), *op.cit.* p. 221

subjetivos ya que la mayoría de ellos traslucen una falta de diligencia de la víctima, que a lo mejor debió recabar el asesoramiento de un experto⁷⁵⁶.

La interpretación de dichos elementos, sobre todo los del último grupo (ignorancia, imprevisión, inexperiencia y falta de habilidad en la negociación), debe hacerse restrictivamente. Determinadas negociaciones pueden desarrollarse en un entorno contractual complejo. La autorresponsabilidad que deriva del principio de la libertad civil proclama no sólo la autonomía en determinar el contenido del contrato sino también el deber de asumir las consecuencias de lo pactado (*pacta sunt servanda* ex art. 1091 CCE). Recurrir a un experto, cuando se es o se debe ser consciente de las limitaciones propias, para obtener la información necesaria a la hora de tomar una decisión que puede tener relevancia jurídica, puede aumentar los costes de transacción, pero ello se puede compensar con la adopción de una decisión correcta. Por ello, estas circunstancias relativas a una cualidad propia del sujeto, deben interpretarse restrictivamente ya que no puede limitarse sin una justificación debida y reglada la norma esencial relativa al carácter vinculante de los acuerdos entre las partes⁷⁵⁷. En un contexto de contratación civil, el principio de autorresponsabilidad señala que cada parte debe procurarse la información que le sea accesible⁷⁵⁸; sin embargo, en determinados contratos el acceso a esta información *ex ante* puede ser una tarea difícil⁷⁵⁹.

⁷⁵⁶ BOSCH CAPDEVILA, E.,(2012): “Libro II. Capítulo 7. Causas de invalidez del contrato” ... *cit.*, p. 493.

⁷⁵⁷ NAVAS NAVARRO, S., (2015): “La normal inestabilidad de las circunstancias en el Derecho de Familia y de Sucesiones (sobre la toma de decisiones en contextos complejos y su relevancia en el Derecho) en ARNAU RAVENTÓS, L., ZAHINO RUIZ, M^a L., (2015): *Cuestiones de Derecho sucesorio catalán*, Madrid: Marcial Pons, p.188. En un sentido similar se expresa GINÉS CASTELLET, N., (2016): “La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual”... *cit.*, p. 28, apuntando que “*la dejadez, la desidia y la negligencia no pueden encontrar amparo en el ordenamiento jurídico. Con ello, se quiere decir que la parte perjudicada no puede, por ejemplo, invocar ignorancia sobre aquella parte de los hechos que una persona en su posición debería haber conocido en el momento de la conclusión del contrato. Y lo mismo cabe afirmar respecto de la inexperiencia, la falta de previsión y la capacidad negociadora*”.

⁷⁵⁸ Podría traerse a colación aquí la noción de persona consumidora media como el estándar de diligencia exigible al que recurrir. Así, el art. 111-2 b) del Código de consumo de Cataluña establece que la persona consumidora media es la persona consumidora que, “*de acuerdo con un criterio de diligencia ordinaria, debería estar normalmente informada y ser razonablemente cuidadosa en las relaciones de consumo, en función de los factores sociales, culturales y lingüísticos*”.

⁷⁵⁹ Ello se pone en evidencia en los contratos B2C en los que una de las partes posee, claramente, más facilidad para acceder a la información precontractual. Véase GARCÍA RUBIO,

Tomando como referencia el paradigma de excusabilidad que acompañaría la diligencia que puede abogarse de las situaciones que se desprenden de estas deficiencias de carácter subjetivo pueden predicarse dos elementos con el fin de delimitar dicha excusabilidad: en primer lugar, una diligencia que se dirija a remediar la ignorancia; podemos tomar prestado el canon previsto en el art 1104 CCE (“*La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia*”); cabe señalar aquí la necesidad de determinar cuáles eran las cualidades personales de la parte débil y examinar si podía tener que haber sido más diligente. Asimismo, cabría rebajar la diligencia en función de cuál haya sido la conducta de la otra parte⁷⁶⁰.

Considerado todo ello, la amplitud de situaciones que se desprenden de este contexto negocial aboga por una orientación que facilite que la parte débil pueda acogerse a alguno de los supuestos descritos por la norma; ello como reacción de este legislador moderno, mentalmente paternalista, que pretende facilitar, con un especial impulso, la consecución de escenarios ideales de contratación, que permitan predicar una voluntad no sólo libre y exacta del conocimiento sino también consciente⁷⁶¹.

1.2.2.2. Aprovechamiento por la parte fuerte de ese contexto negocial: la regla de la legal neighbourhood. ¿De la explotación injusta a la infracción de un deber precontractual?

El art. 3.2.7 PICC no determina literalmente si la parte que obtiene la ventaja injusta debía ser conocedora de que la otra parte se encontraba en un estado de

M.P., (2015): “La información precontractual: buenas intenciones, cuestionables remedios” en LLÁCER MATAÇAS, M^a.R., (Coord.) (2015): *La codificación del Derecho contractual de Consumo en el Derecho civil catalán*, Madrid: Dykinson, p. 165.

⁷⁶⁰ Por todo, véase GARCÍA VICENTE, J.R. (2013): “Comentarios al art. 1266” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Dir.) (2013): *Comentarios al Código civil. Tomo VII*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 9106.

⁷⁶¹ En la contratación consciente radica la originalidad de la norma de la ventaja injusta, como veremos *infra* §3.1.

necesidad o que por alguna circunstancia estaba en una posición más débil⁷⁶². En sentido contrario, tanto los PECL como el DCFR⁷⁶³ exigen de forma expresa el conocimiento de dicha situación de debilidad por la otra parte contratante⁷⁶⁴. También lo considera así el 621-45 CCCat (*“i l'altra part coneixia o havia de conèixer”*)⁷⁶⁵. Entendemos pues que, si la parte que obtiene la ventaja o desproporción excesiva en el intercambio de prestaciones no podía saber que la otra se encontraba en una situación de debilidad, el contrato no podría ser ni anulado ni revisado⁷⁶⁶. El acento en estos últimos textos del *soft law* se sitúa, en cierta medida, en la explotación consciente del estado de debilidad de la parte en desventaja (podemos hablar de una suerte de “cuasi dolo”). A pesar de ello, lo que no parece que la norma reclame es que la parte beneficiada fuera

⁷⁶² Se entiende implícito en la norma (de los PICC) según señala KRAMER, E. A (1999): “Contractual Validity According to the UNIDROIT Principles”, *European Journal of Law Reform*, Vol. I, N°3, p. 284, quien destaca que se prefiere la interpretación de que la parte que obtiene la ventaja injusta era consciente del estado de debilidad en el que se encontraba la otra. También DROBNIG, U., (1997), *op.cit.*, p. 222: “*In my view, one substantive and one mixed substantive and procedural element can be derived from art. 3.10 although neither the one nor the other is spelt out. The implied substantive element is that the stronger party must have, or at least ought to have, known of the subjective deficiencies of the other party*”. Pero ello no es consecuente con lo que se describe en los comentarios oficiales de los PICC, que no parecen exigir como requisito cumulativo la cognoscibilidad del estado de debilidad de la parte perjudicada por la otra parte.

⁷⁶³ En los comentarios al DCFR se considera que crearía incertidumbre jurídica si se anulara el contrato cuando la parte que ha salido beneficiada de la excesiva desproporción no podía conocer que la otra estaba en una situación de debilidad, STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE Y THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW [ACQUIS GROUP] (2009): *op.cit.*, p. 508.

⁷⁶⁴ Así, el art. 4:109 (1)(b) PECL y el art. II.-7:207 (1)(b) DCFR.

⁷⁶⁵ Señala el art. 621-45 CCCat que la parte beneficiada *“coneixia o havia de conèixer aquesta situació, se'n va aprofitar i en va obtenir un benefici excessiu o un avantatge manifestament injust”*. BADOSA indica que a diferencia del DCFR, la regulación catalana tiene un campo de aplicación mayor ya que describe la conducta como de simple “aprovechamiento” de la situación de la otra parte y no de explotación; parafraseando a BADOSA COLL, F., (2014-2016): “L'avantatge injust. El contractant feble i la seva protecció... *cit.*”, p. 423, la intervención del beneficiado es una *“conducta de mera recepció d'aquestes decisions sense casualitat en l'obtenció del benefici”*. En el CCCat es el perjuicio experimentado por la parte débil y no el beneficio obtenido por la otra lo que acaba determinado la posibilidad de rescindir el contrato, ya que la norma se configura como un instrumento al servicio de la parte contractualmente más débil. Los parámetros utilizados para medir dicho perjuicio son la buena fe y la honradez en los tratos, remedios utilizados para adaptar el contrato y eliminar, así, su rescindibilidad (art. 621-47.1 CCCat).

⁷⁶⁶ En este sentido lo esencial será determinar a quién corresponde la carga de la prueba, cosa que no hace ni el art. II.-7:207 DCFR ni el 4:109 PECL, *cf.* BOSCH CAPDEVILA, Esteve (2012): “Libro II. Capítulo 7... *cit.*”, p. 493. En las propuestas estatales (PMCC y PAPDC) no hay referencia a dicho conocimiento, sino que se sigue la línea del art. 3.2.7 PICC, que alude simplemente al hecho de haberse aprovechado injustamente de la situación de la otra parte. Así, se evitan las dificultades probatorias, que la exigencia de dicho conocimiento podría plantear. Por tanto, si una persona en situación de debilidad concluye un contrato manifiestamente desventajoso para ella, la otra parte, esté o no al corriente de la situación de debilidad de la primera, se habrá aprovechado injustamente, *cf.* BOSCH CAPDEVILA, E., (2012): “Capítulo 8. La anulación del contrato por explotación injusta... *cit.*”, p. 382.

consciente, además, del exceso o de la injusticia grave de la ventaja obtenida. Entendemos que es suficiente que se aprovechara con conocimiento del estado de debilidad de la otra parte. Cabe matizar esta afirmación; en efecto, BADOSA contempla la posibilidad de separar lo que es el conocimiento del estado de debilidad de la otra parte de la cognoscibilidad en relación con la merma de capacidad de negociación provocada por su influencia; es decir, el beneficiado puede conocer la relación de dependencia existente entre ambas partes e incluso la situación de vulnerabilidad de la otra, pero desconocer que su influencia pueda afectar/mermar la capacidad de negociación de la otra parte; o a la inversa, puede ser consciente de la merma de capacidad negociadora de la otra parte y desconocedora de la situación que la provoca⁷⁶⁷.

Señalan los comentarios oficiales al DCFR que generaría demasiada inseguridad la posibilidad para la parte débil de dar por terminado o solicitar la revisión del contrato cuando la parte que resulta aventajada ni conocía ni razonablemente podía conocer el contexto negocial en el que se encontraba la parte en desventaja⁷⁶⁸.

¿Cuál es, por tanto, el grado de conocimiento del estado de debilidad exigible a la parte beneficiada⁷⁶⁹? El art. 4:109 PECL señala que “*the other party knew or ought to have known*”; en una misma línea se postula el DCFR (*knew or could reasonably expected to have known this*) y así lo adopta el legislador catalán (“*coneixia o havia de conèixer*”). En base a lo hasta ahora expuesto, será de interés abordar la perspectiva de la ventaja injusta desde la parte beneficiada⁷⁷⁰.

⁷⁶⁷ BADOSA COLL, F., (2014-2016): “L’avantatge injust. El contractant feble i la seva protecció... *cit.*, p. 391.

⁷⁶⁸ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE Y THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW [ACQUIS GROUP] (2009): *op.cit.*, p. 508.

⁷⁶⁹ En el contexto italiano, para poder rescindir el contrato por lesión, no cabe demandar de la parte beneficiada una actitud activa sino que es suficiente que dicha parte tenga conocimiento del estado o condición de “minorazione” de la otra, cfr. PERFETTI, U., (2009): “La giustizia contrattuale nel Draft Common Frame of Reference del Diritto Privato Europeo”... *cit.*, p. 675.

⁷⁷⁰ Desde una óptica propia del common law, es de interés traer a colación el caso australiano *Commercial Bank of Australia Ltd v Amadio* (1983) 151 CLR 447 en el que se estableció que, en los casos de explotación injusta, la parte beneficiada debía ser consciente de que la otra podía estar en una situación o estadio de debilidad, cfr. VV.AA., (1999): “Australia”, en BONELL, M.J. (Ed.) (1999): *A New Approach to International Commercial Contracts. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, London: kluwer law international, p. 35.

BIGWOOD define la explotación como aquella actitud de “*taking unjust advantage of another for one’s own advantage or benefit*”⁷⁷¹. La cuestión, entendemos, debe examinarse desde la justicia procedimental: la intencionalidad de la parte beneficiada debe observarse en los términos de la autonomía de la parte débil, que es a quién se dirige la norma. La explotación en los casos de ventaja injusta es una explotación pasiva; no llega al nivel del vicio del consentimiento consistente en el dolo, ni siquiera el incidental, o la violencia; (porque la parte beneficiada no ha sido activa en la creación de un estado o contexto negocial determinado que ha debilitado la emisión de un consentimiento totalmente libre por la otra parte, cosa que sí se da en los supuestos enmarcados en un vicio del consentimiento; los supuestos que describen los textos del *soft law* como situaciones en las que se puede encontrar la parte débil no han sido creados por la parte que resulta beneficiada por el contrato). Podemos hablar de una suerte de explotación por omisión: la parte beneficiada se aprovecha intencionadamente o de una forma imprudente de la situación en la que se encuentra la otra parte⁷⁷². Existe un conocimiento efectivo o potencial por la parte fuerte en el contrato, que puede explotar o aprovecharse bien de la merma de capacidad de negociación de la parte débil –sin ser consciente de la existencia de dicha merma- o sabiendo que existe, pero sin saber de qué situación de las que relatan los textos del *soft law* deriva. O de ambas. La situación de debilidad en la que se encuentra una de las partes sólo adquiere relevancia en términos jurídicos cuando esta resulta en un contrato altamente desequilibrado. Existe un contexto negocial que propicia una voluntad que no basta, *per se*, para anular el contrato. La institución se triangula entre el elemento objetivo de la desproporción y los subjetivos divididos en el estado negocial en el que se encuentra una parte y el elemento relativo a la explotación de dicho estado por

⁷⁷¹ BIGWOOD, R., (2005): “Contracts by Unfair Advantage: From Exploitation to Transactional Neglect”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 25, Issue 1, March 2005, pp. 76-78, establece que “*what exploiters exploit in an act of contractual exploitation, then, is a strategic or relative advantage over their exploitee-typically, superior bargaining capacity, ability, or opportunity – rather than a substantive or material advantage- the contract and its (typically unbalanced) terms themselves*”.

⁷⁷² Asimismo, el autor propone que el foco de atención recaiga en la conducta de la parte beneficiada; *cfr.* BIGWOOD, R., (1996): “Undue Influence: “Impaired Consent” or “Wicked Exploitation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 16, nº3, p. 509: “*The corollary of this reasoning is that the emphasis of the legal and equitable doctrines commonly relied upon in transaction avoidance cases should reside less in notions of “freedom” or “voluntariness” simpliciter, than in notions of “wrongful conduct” or “unfairness*”.

la otra, mermando su capacidad de negociación y resultando en la celebración de un contrato altamente injusto. Si alguno de los tres elementos no concurre, la acción no debería prosperar.

Ello nos lleva a considerar que esta situación determina una carga prenegocial implícita en la parte beneficiada por el negocio jurídico; ante una demanda por explotación injusta, si contemplamos la posibilidad de presumir dicha explotación, tal y como veremos en el próximo capítulo, cuando la desproporción exceda del 50% del valor justo, cabe la posibilidad de que la parte demandada refute dicha presunción alegando la inexistencia de un abuso o explotación del estado de debilidad de la otra parte. Sin embargo, en base a lo expuesto hasta ahora, el conocimiento de esta parte no sólo se limita al estado negocial negativo del contratante, sino que tiene relevancia la cognoscibilidad, también, de la merma de la actitud para negociar, sin que tenga que ser consciente de la situación que la provoca. Todo ello dificulta, en parte, las posibilidades de éxito ante una demanda, porque es una carga que se traslada a un estadio precontractual. No obstante, siempre cabe que en el expositivo del contrato se haya hecho constar la información.

Lo que BIGWOOD propone es pasar de un estadio de *ex post* al *ex ante*; es decir, examinar la explotación desde la perspectiva de la parte beneficiada, que no consideró los intereses de la parte perjudicada⁷⁷³. Desde un punto de vista de justicia procedimental, la intencionalidad de una parte de sacar provecho del estado de debilidad de la otra debe cabría, también, examinarla a la luz de la autonomía de la otra parte (su capacidad o no de actuar libre y conscientemente) y no tanto en términos de justicia sustantiva o de resultado material del contrato⁷⁷⁴. Ello nos lleva a examinar el principio de la libertad contractual en un

⁷⁷³ Ello nos lleva a considerar, también, cuál es la carga de información exigible a la parte beneficiada. El deber de informar puede constituir una manifestación general de la buena fe en la perfección y ejecución del contrato; se puede incorporar en los códigos civil es como principio general o bien en sede de los contratos en particular. Así, el CCCat, establece el deber de información en las disposiciones generales relativas al contrato de compravenda en el art. 621-7, que reza así: “*El venedor, abans de la conclusió del contracte, ha de facilitar al comprador la informació rellevant sobre les característiques del bé, tenint en compte els coneixements de les parts, la naturalesa i el cost de la informació, i també les exigències que resultin de la bona fe i l'honradesa dels tractes*”.

⁷⁷⁴ BIGWOOD, R., (2005): “Contracts by Unfair Advantage: From Exploitation to Transactional Neglect” ... *cit.*, p. 77: “*The function of (common law) regulation in this context, therefore, is not*

sentido sustantivo⁷⁷⁵. Significa que la protección de la parte débil puede operar a través de la promoción de una libertad contractual entendida en sentido material; es decir, mediante un control más extenso del proceso de contratación del contrato, que persiga asegurar el ejercicio idóneo de libertad contractual de la parte más débil⁷⁷⁶: que el consentimiento que se preste sea plenamente consciente o tienda a ello, más allá de que sea libre y exacto. Por ello conviene retomar la idea de la constitucionalización del derecho privado que hemos comentado en el Capítulo I; conviene apuntar la necesidad de examinar, también, la dimensión constitucional del derecho al libre desarrollo de la personalidad, que nuestra CE establece en el art. 10.1⁷⁷⁷; la referencia a la protección de este derecho, esencialmente constitucional, relacionándolo con el

to require parties to abandon the normal assumptions and risks of bargaining- Bargains are not struck in an altruistic environment of mutual enlightenment- and so the legal norms that relevantly pertain to commercial bargaining activity, including those that concern the limits of advantage-taking in that context, must reflect the special features and operational imperatives of free competitive bargaining, wherein “deception” and “pressing for advantage” are natural features of the game”

⁷⁷⁵ Nótese que el principio de libertad contractual ha sido estudiado, a lo largo de este trabajo, como paradigma antagónico al del principio de protección de la parte débil. Véase lo dicho en el Capítulo I.

⁷⁷⁶ CHERÉDNYCHENKO, O. O., (2007), *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party. A comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, Utrecht: Sellier European Law Publishers, p. 10, “(...) to which extent the weaker party must be protected in order to be able to enjoy a real freedom of contract, or, in other words, where the freedom of one party ends and the freedom of the other party begins”. En un mismo sentido, véase GRUNDMAN, S., (2005): “European Contract Law(s) of What Colour?” *ERCL*, Issue 2/2005, p. 195. Véase, también CIACCHI, C., (2010): “Party Autonomy as a Fundamental Right in the European Union” *ERCL* 3/2010, pp. 303-318.

⁷⁷⁷ Cabe traer a colación el caso *Bürgschaft*, examinado anteriormente en el Capítulo I (BVerfG 10 octubre de 1993, BVerfGE 89, 214) alemán relativo a un desbalance estructural en el poder de negociación que permitió la celebración de un contrato excepcionalmente oneroso para la parte débil: la hija de 21 años de un deudor bancario que afianzó su deuda total). El Tribunal constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*), anuló la sentencia del Supremo alemán, estableciendo que uno de los objetivos del Derecho civil era reequilibrar el poder negociador de las partes a través de cláusulas generales tales como el §138.1 y el §242 BGB, relativos a las buenas costumbres y a la buena fe. Asimismo, determinó que el derecho básico de la autonomía de la voluntad (presente en el art. 2 (1) de la Constitución alemana, GG) sólo podía justificar la conclusión de un contrato con un mayor riesgo contractual para una de las partes y desproporcionado, si ambas partes habían sido totalmente libres para decidir obligarse o no por éste. La obligación del legislador que emana del art. 2.1 GG es que la parte débil de la relación contractual pueda hacer un uso efectivo de su autonomía contractual. El constitucional alemán acabó determinando que en los casos en que exista un desequilibrio en el poder contractual de las partes, la parte débil puede que no sea del todo consciente de las consecuencias del contrato o que no haya sido capaz de determinar cláusulas contractuales a su favor. En estos casos, el ordenamiento jurídico debe proporcionarle mecanismos para corregir este desequilibrio, ya sea a través de una previsión legal o, en ausencia de ésta, mediante el poder judicial. Por todo, véase MAK, C., (2008): *Fundamental rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, pp. 75-83.

principio de la autonomía de la voluntad, desde el primsa del Derecho civil, permite concebir la idea de una constitucionalización escondida (*hidden constitutionalization*), apunte doctrinal que establece que aunque no haya una referencia explícita al precepto constitucional, el derecho fundamental deviene protegido por la vía civil⁷⁷⁸.

La explotación, desde este punto de vista situado *ex ante*, se caracteriza porque hay una conducta que no cumple con un estándar específico (relativo a no aprovecharse indebidamente del contexto comercial en el que se encuentra la parte débil o de la merma de aptitud o capacidad de negociación) que se puede traducir en una intención de explotar o bien, aunque no exista dicha intención, hay una explotación inconsciente de las circunstancias de la otra parte (*full exploitative intention or advertent recklessness*)⁷⁷⁹. Puede entablarse una suerte de presunción de la cognoscibilidad del estado de debilidad de la otra parte ante un contrato injusto, es decir, la parte beneficiada es consciente de la situación de debilidad de la otra parte (o hay indicios suficientes como para que debiera conocerlo). La frontera con el dolo incidental en estos casos es difusa o tenue⁷⁸⁰: en los casos de dolo incidental, el contratante (parte débil) movido por el dolo, que no puede decir que no haya tenido voluntad contractual – como en cualquier supuesto de voluntad viciada-, puede, sin embargo, alegar que si no hubiera surgido el dolo (incidental) hubiera celebrado el contrato, pero lo hubiera hecho en unas condiciones más beneficiosas. Difieren, sin embargo, en sede de remedios: los casos de dolo incidental sólo admiten una solución indemnizatoria, no resolutive o adaptativa como sí prevén los casos de ventaja o explotación injusta. Ello se justifica por la existencia de un daño en los casos de dolo que

⁷⁷⁸ Véase VAN DUIN, A., (2017): “Metamorphosis? The role of article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights in cases concerning national remedies and procedures under Directive 93\13\EEC, *EuCML* 5/2017, p. 195.

⁷⁷⁹ Uno de los motivos para seguir planteando la necesidad de exigir un determinado comportamiento de aprovechamiento injusto a la parte fuerte es que la prueba de que ha habido tal abuso fomenta o ayuda a las economías liberales, que pueden mantener así la seguridad en las relaciones contractuales.

⁷⁸⁰ DÍEZ-PICAZO, L., (2009): “Notas sobre la indemnización del daño causado por el dolo incidental”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 62, nº3, p. 1053. BIGWOOD, R., (2005): “Contracts by Unfair Advantage: From Exploitation to Transactional Neglect” ... *cit.*, p. 83, plantea si éstos casos podrían englobarse en supuestos de negligencia por no cumplir con un determinado estándar de conducta, dejando de un lado la intencionalidad de la parte beneficiada, y regulando la institución desde la vertiente precontractual.

debe ser indemnizado; en los otros, el daño no es tan explícito. Observamos, además, una tendencia a objetivizar la apreciación del dolo, a través de los deberes de información⁷⁸¹.

Sin embargo, y en aras a aproximar el régimen de remedios previsto para ambas figuras, BIGWOOD señala que los casos de explotación pueden caracterizarse como violaciones de una norma del tipo la de la “*legal neighbourhood*”, o norma de la comunidad, significando que las partes, en cualquier negociación, deben considerar o apreciar los intereses de la otra parte⁷⁸², de los que puede emanar un deber de cooperación entre las partes en la fase precontractual⁷⁸³. Este tipo de normas deben definir y delimitar las relaciones negociales precontractuales⁷⁸⁴; lo que persiguen no es tanto entregar la posibilidad a la parte débil de anular el contrato sino de revestirla de inmunidad ante la posibilidad de que, sin un consentimiento del todo consciente, celebre contratos perjudiciales para sí⁷⁸⁵, expresando, una vez más, la idea de potenciar la autonomía de la voluntad – en sentido sustantivo- de la parte débil. Ello implica entender la norma desde el *ex ante*, y no el *ex post*. Por tanto, permite prevenir la realización de contratos injustos o altamente desequilibrados para una de las partes, como un

⁷⁸¹ CHANTEPIE, G., (2006): *La lésion*, Paris: L.G.D.J, p. 201, propone que los deberes de información se integren en el ámbito contractual y no en un estadio anterior a la celebración del contrato: “*En réintégrant l’obligation d’information au sein des prestations échangées par les parties, on insiste sur sa nature économique indépendante de tout comportement déloyal. Le défaut d’information porte atteinte à l’équilibre interne du contrat et nécessite une compensation économique* ».

⁷⁸² El autor también reseña la teoría moral que considera la explotación como una violación del deber de proteger al vulnerable, relacionándolo con una forma de violencia, “*a flagrant violation of the moral duty to protect the vulnerable – a positive negation by the strong of their special responsibilities toward the weak*”, cfr. BIGWOOD, R., (2005): “Contracts by Unfair Advantage: From Exploitation to Transactional Neglect” ... *cit* pp. 85-86.

⁷⁸³ Cfr. VAN ERP, J.H.M., (2011): “The Pre-contractual Stage” en HARTKAMP, A., HESSELINK, M.W., HONDIUS, E., MAK, C., DU PERRON, E., (2011): *Towards a European civil code*, Alphen aan den Rijn: kluwer law internationa, p. 497, señalando el autor que el principio de la buena fe propio de los códigos civiles continentales, según en qué ordenamiento, es más o menos intenso en las relaciones precontractuales.

⁷⁸⁴ Algunos deberes que emanarían de esta norma serían los siguientes: recomendar a la parte débil que se asesore, explicar por sí mismo la operación contractual, proporcionar la información que no sea accesible a la otra parte o corregir algunos errores asumidos, etc.

⁷⁸⁵ BIGWOOD, R., (2005): “Contracts by Unfair Advantage: From Exploitation to Transactional Neglect” ... *cit.*, p. 86, “*legal neighborhood does not function here to give P any sort of claim-right against D, but rather to invest P with an “immunity” against having her resources transferred away from her (under the colour of an objective contract) without her fully responsible consent. Also, the point of recognizing both the moral duty of protecting the vulnerable and the juristic disability of legal neighbourhood is to prevent vulnerable persons from coming to harm, which can be understood in terms of the vulnerable person’s welfare interests, autonomy interests, or both*”.

reflejo, pues, de justicia distributiva⁷⁸⁶. La norma de la *legal neighbourhood* conecta con la ventaja injusta ya que adquiere relevancia cuando se da un contexto negocial determinado en el que se ve envuelta una de las partes que lo hace susceptible de ser explotada o aprovechada por la otra parte contratante; es decir, existe la posibilidad de que se explote un contexto negocial determinado⁷⁸⁷.

Así, a los efectos que interesan a nuestro estudio, se nos plantea la siguiente cuestión: ¿se puede fundamentar el régimen de la ventaja o explotación injusta como un reflejo de un abuso de derecho en materia precontractual, vinculado al régimen de responsabilidad extracontractual⁷⁸⁸⁷⁸⁹?

Dentro de los supuestos que puede abarcar la figura de la ventaja injusta, alguno de ellos puede perfectamente tener su origen en la fase de negociación precontractual⁷⁹⁰, que puede derivar de la infracción de deberes dimanantes de la buena fe en esta etapa previa a la contratación. El contrato tiene un contenido que realmente no era querido por uno de los contratantes, pero a pesar de la existencia de incumplimiento de deberes precontractuales por una de las partes,

⁷⁸⁶ Lo que nos lleva a lo ya establecido en el capítulo I; el Derecho de contratos tiene connotaciones de justicia distributiva, a pesar de la tradicional concepción aristotélica que limitaba la justicia conmutativa o correctiva al Derecho contractual, *cf.* RUTGERS, J-W., (2016) "European contract law and social justice", en TWIGG-FLESNER, C., (2016): *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Cheltenham: Edward elgar publishing, p. 540: "Thus, within national literature on contract law, it has been generally acknowledged that contract law is not neutral, but has distributive consequences."

⁷⁸⁷ La diferencia que señala BIGWOOD, R., (2005): "Contracts by Unfair Advantage: From Exploitation to Transactional Neglect"... *cit.*, p. 90, entre entender las situaciones creadas por la ventaja injusta desde una perspectiva *ex ante* (como una conducta negligente) o *ex post* (explotativa) son que en éste último caso, la norma de la *legal neighbourhood* se activaría sólo en los casos en que la parte fuerte tuviera conocimiento de las condiciones que pudieran obligarle a tener en cuenta los intereses de la otra parte; en los casos de negligencia, se rebajaría el nivel de conocimiento exigible a la parte fuerte (cabría determinar si una persona razonable, en la misma situación que la parte fuerte, habría conocido la posibilidad de que la otra parte se encontraba en una situación de mayor debilidad contractual).

⁷⁸⁸ Ello se plantea entre la doctrina belga, VAN OMMESLAGHE, P., (2013): *Traité de Droit civil belge. Tome II. Les Obligations*, Bruxelles : Bruylant, pp. 296-297.

⁷⁸⁹ Uno de los problemas que plantea la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo* es el de su naturaleza contractual o extracontractual; aunque no entraremos en ello, se ha propuesto –*de lege ferenda*– la unificación de la normativa de la responsabilidad civil eliminando las diferencias existentes dependiendo del origen de la misma, *cf.* NUÑEZ MUÑOZ, M^a. C., (2015): "La naturaleza de la responsabilidad civil precontractual y la obligación de indemnizar: deberes y obligaciones derivadas de la buena fe, información y lealtad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº749, pp. 1637-1638.

⁷⁹⁰ GARCÍA RUBIO, M^a P. (2010): "La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos", *ADC*, tomo LXIII, fasc. IV, p. 1638.

susceptibles de dar lugar a responsabilidad, el contrato se ha celebrado y se mantiene, aunque éste ha sido celebrado en condiciones desventajosas para una de las partes (contexto negocial).

¿Qué consecuencias jurídicas se derivan de este tipo de supuestos? Los PECL permiten reclamar daños y perjuicios causados por la violación de la buena fe precontractual proyectada sobre un contrato desventajoso (ex art. 4:117 PECL, también en el DCFR ex art. II.-3:501), pero en nuestro contexto ello se ha ido canalizando a través del dolo (causal o incidental), el error o la *culpa in contrahendo*, con efectos también diversos⁷⁹¹. Pensamos que, si así fuera pertinente, podría, también, resolverse, a través de figuras tales como la ventaja o explotación injusta. La llamada responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo* pone de relieve la necesidad de establecer un deber de veracidad entre las partes que se concreta en un deber de información que permita la emisión de un consentimiento no sólo certero sino también consciente⁷⁹² (que los contratantes tengan consciencia del contenido de la declaración, lo que resulta en un contenido informado).

Ello nos ha permitido llamar la atención sobre la figura del dolo incidental; según establece DÍEZ-PICAZO, *“inicialmente podemos entender que experimenta un daño quien sufre un detrimento caracterizado por la desaparición de un valor patrimonial valioso o aquel a quien se le impone efectuar una salida de valores patrimoniales para cumplir. En el caso concreto, sólo puede hablarse de daño en la medida en que exista un modelo contractual equitativo en que el intercambio se realiza justamente, probablemente porque no se puede hablar de plena libertad contractual y no nos encontramos en presencia de contratos cuya justicia*

⁷⁹¹ EGEA FERNÁNDEZ, J., (2011): *Bona fe i honradesa en els tractes en el Dret Civil de Catalunya*, Barcelona: Acadèmia de Jurisprudència i Legislació, p.48; GARCÍA RUBIO, M^a P. (2010): “La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos... *cit.*”, p. 1636. La autora propone que en los casos en que se produzca una violación de deberes precontractuales, aunque luego el contrato se celebre, se pueda plantear una solución adaptativa como se hace para los casos de explotación o ventaja injusta (4:109 (2) o II.-7:207 (2) DCFR), y tal como hace el art. 65 TRLGDCYU.

⁷⁹² NUÑEZ MUÑIZ, M.C. (2015): “La naturaleza de la responsabilidad civil precontractual y la obligación de indemnizar: deberes y obligaciones derivadas de la buena fe, información y lealtad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº749, p. 1635.

se deriva de haber sido limpia y lisamente aceptada”⁷⁹³. Ello coincide con los supuestos de ventaja injusta; sin embargo, en los casos de dolo, es éste la causa del contrato; es decir, el dolo supone la reunión de cuatro elementos: un acto ilícito, la intención de engañar, un perjuicio causado y una relación de causa a efecto entre el perjuicio sufrido y el error consecuencia del dolo. Si bien, en los casos descritos por el dolo incidental (ex art. 1270.II CCE), la mala fe, aunque no ha sido la causa determinante del contrato, ha producido unos daños a la otra parte, lo que hace surgir la obligación de indemnizar, ya que no deja de ser una maquinación dolosa constitutiva de un delito civil⁷⁹⁴. Conviene recordar que el contexto negocial en el que se encuentra la parte perjudica no ha sido creado por la otra parte, y aquí es donde dista la figura de la ventaja injusta del dolo incidental.

Sin embargo, en atención a la perspectiva que propone BIGWOOD, si se matiza la explotación injusta como un supuesto propio de la responsabilidad extracontractual relativo a una violación de un deber precontractual⁷⁹⁵, la solución se orientaría hacia un régimen indemnizatorio, salvando así el contrato. Pero ello también sucede si se opta por la adaptación del contrato en los términos actuales de la norma (p. ej, 621-47 CCCat).

Durante la fase de negociación o formación del contrato las partes se encuentran en una situación de confianza mutua que obliga recíprocamente a revelar a la otra todo lo que sea relevante para una correcta formación de la voluntad contractual⁷⁹⁶. La norma de la *legal neighbourhood* propuesta por BIGWOOD no

⁷⁹³DÍEZ-PICAZO, L. (2009): *op.cit.*, p. 1054; MARTÍN PÉREZ, J.A, (1995): *La rescisión del contrato (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Barcelona: Bosch Editor, pp. 248-249.

⁷⁹⁴ Ello evidencia la diferencia entre el “*dolus causam dans contractu*” y el “*dolus incidens*”; es dolo grave aquel que ha dado causa al contrato o que ha sido la causa del contrato; por el contrario, el dolo incidental es aquel que no ha determinado la formación del contrato y que no ha sido la causa de que el consentimiento haya sido emitido, aunque puede haber facilitado la conclusión del negocio, cfr. DÍEZ PICAZO, L., (2007): *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. 1, Sexta Edición, Cizur Menor: Thomson civitas, p. 201; Cossío, A., (2005): *El dolo en el derecho civil*, Granada: comares editorial, p. 203.

⁷⁹⁵ Sin embargo, hay algunos supuestos que creemos que la incardinación en sede extracontractual no es la más ajustada; los deberes de información u otros deberes de lealtad en la negociación se resuelven mejor en una esfera contractual, aunque la respuesta a dichos deberes no tiene una solución fácil y puede concurrir con otras instituciones derivadas de los vicios del consentimiento o del incumplimiento contractual. Volveremos a ello en el siguiente capítulo.

⁷⁹⁶ EGEA FERNÁNDEZ, J., (2011): *op.cit.*, p. 48.

deja de ser un reflejo del principio de la buena fe en sentido objetivo en un estadio precontractual que se vincula, también, con un deber de información, deber cuyo contenido ha sido regulado exhaustivamente en el derecho de consumo, justificándose por la existencia de una relación asimétrica *de facto*⁷⁹⁷⁷⁹⁸.

Si se expande extensivamente la obligación de negociar de buena fe, puede que incorpore un deber de no sólo considerar los intereses del otro o de cuidar a la otra parte del contrato⁷⁹⁹.

Apuntado todo ello, cabe cuestionar la posibilidad de integrar en el contenido de la buena fe precontractual la obligación de considerar las perspectivas de la otra parte contratante. En un contexto de amplia libertad para la autorregulación de los intereses de las partes, un exceso de dirigismo contractual puede desalentar a los particulares a iniciar procesos de contratación; ello entorpecería la rueda comercial propia de contextos como el nuestro, de economía de mercado. Todo ello hace aconsejable, a nuestro juicio, ser prudentes en la fundamentación que debe regir la figura de la ventaja injusta, más cuando ésta se sitúa en esquemas de relaciones entre particulares. Como ya se ha señalado anteriormente, en este ámbito, también puede existir una asimetría en el poder contractual de las partes, aunque ésta no cuenta, por el momento, con el acervo normativo protector que existe en los términos establecidos para las relaciones de consumo. Por ello, el

⁷⁹⁷ Los deberes precontractuales de información responden a una asignación normativa de riesgos, que tiene como fundamento principal la buena fe objetiva, aunque algunos de ellos han sido positivizados, *cfr.* DE ELIZALDE DE IBARBIA, F., (2015): *El Contenido del contrato*, Pamplona: Aranzadi, p. 297.

⁷⁹⁸ El derecho de consumo ha consolidado los deberes precontractuales en una de las partes; las características están exhaustivamente detalladas y se les otorga contenido legal, aunque su infracción no tiene por qué acarrear un incumplimiento contractual, *cfr.* LLÁCER MATA CÁS, M.R., (2006): "Obligaciones vinculadas a la formación del contrato y codificación del derecho de consumo: información y documentación", en LLAMAS POMBO, E., (Coord). (2006): *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Vol., II, p. 164, Madrid: La Ley

⁷⁹⁹ NICOLUSSI, A, (2014): "Etica del contratto e contratti di durata per l'esistenza della persona" en NOGLER, L., REIFNER, U (Eds.) (2014), *LIFE TIME CONTRACTS. Social Long-Term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, The Hague: Eleven international publishing, p. 139. En el contexto del derecho de consumo, el código de consumo catalán (Ley 22/2010, de 20 de julio) incorpora desde la vertiente administrativa la protección de los consumidores y usuarios en la fase precontractual (véase, p. ej, los arts. 123-3 o 123-7.3). En el contexto del Derecho de familia, por ejemplo (cabe señalar que éste se caracteriza por incorporar normas imperativas, por la sensibilidad de los preceptos que regula), por ejemplo, véase la obligación de los cónyuges de proporcionarse información sobre los respectivos patrimonios antes de firmar un pacto en previsión de futura ruptura, art. 231-20.4 CCCat.

planteamiento previsto por la norma debe ser más preciso y, aunque algunas de las situaciones descritas por los supuestos de la ventaja injusta si bien podrían canalizarse en una hipotética demanda a través de la violación de un deber precontractual que acarrearía la obtención de una indemnización⁸⁰⁰, la fundamentación de la norma debería regir en un estadio contractual, como un expediente o remedio postnegocial, ya que será en aquel donde la caracterización de la misma será más coherente con el contenido propio de este instrumento protector de la parte débil. Es decir, la responsabilidad que debe invocarse es la contractual, en los casos en los que el contrato es válido, pero insatisfactorio, aunque lo sea a consecuencia de un defecto de información derivado de la etapa precontractual, si, finalmente ello pudiera incardinarse dentro de un supuesto de ventaja injusta (porque se cumplen los tres requisitos exigidos por la norma).

⁸⁰⁰ Aunque, como señala GARCÍA RUBIO, M^a P. (2010): “La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos... *cit.*, p.1641, pensamos que en los casos de violación de los deberes precontractuales de información que se proyectan sobre el contenido del contrato, debería establecerse una posibilidad de reclamar la modificación contractual con el fin de restablecer *ex post* el equilibrio entre las partes que aquella violación eliminó *ex ante*.”

2. HACIA UN INSTRUMENTO DE CONTROL DE LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO NEGOCIAL: DE LA LESIÓN ECONÓMICA AL VICIO DE LA VOLUNTAD

La cuestión relativa a la naturaleza de la figura de la ventaja o explotación injusta ha sido resuelta, en algunos ordenamientos, desde la vertiente de la justicia procedimental, es decir, como un vicio del consentimiento. Desde nuestro punto de vista, tal caracterización no es coherente con lo que se desprende de las situaciones y los remedios previstos para los supuestos descritos por dicha figura. Nuestra propuesta (véase *infra* §3) marida las dos concepciones de justicia que integran la figura y, por tanto, el encaje sistemático en el ordenamiento no corresponde al de un tradicional vicio del consentimiento.

Sin embargo, algunos códigos civiles han optado por una solución más continuista, bien expandiendo el concepto tradicional de la violencia o bien a través de la formulación de un vicio del consentimiento *ad hoc*. Procederemos a continuación a examinar algunos ejemplos de ello; en concreto, la solución operada por el legislador francés y las propuestas de regulación, prelegislativas o académicas, que han surgido en nuestro entorno.

2.1. La institución de la violencia económica como un instrumento de justicia contractual

La reforma del Derecho de contratos francés, operada por la *Ordonnance n°2016-131*, de 10 de febrero de 2016, refrendó el supuesto de ventaja injusta integrado en el vicio de la violencia, concretamente como un supuesto de violencia económica resultado de un abuso del estado de necesidad de una de las partes por la otra contratante. Así, el art. 1143 del *Code* establece que: “*Il y a également violence lorsqu’une partie, abusant de l’état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu’il n’aurait pas souscrit en l’absence d’une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif*».

El legislador francés ha optado, finalmente, pues, por ubicar el supuesto como una extensión del vicio del consentimiento consistente en la violencia. Cabe señalar que, antes de la reforma operada por la Ordenanza citada, hubo varios proyectos de reforma del *Code*. El primero de ellos fue el *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* (más conocido como *Avant-projet Catalá*⁸⁰¹) que, a pesar de que fue sometido a consulta pública por parte del Ministerio de Justicia, finalmente no fue presentado para su discusión legislativa. Dicho proyecto incorporaba referencia a la violencia económica en el art. 1114-3. Posteriormente el Proyecto de la *Chancellerie*, inspirándose en el Catalá, también procuró un artículo relativo a esta modalidad nueva de violencia⁸⁰².

El tercer proyecto fue elaborado por un grupo de académicos y abogados, liderados por el profesor Terré, que dio nombre a dicho Proyecto. A diferencia de los otros, en el Proyecto *Terré*, se presentó la regla de la lesión cualificada en la sección relativa al contenido del contrato, y, más concretamente, en el párrafo relativo al objeto de la obligación (art. 66)⁸⁰³. Nótese que dicho encaje se alejaba del enunciado en las propuestas anteriores. Lo que planteaba el Proyecto *Terré* era transitar desde la noción de causa a la de lesión cualificada⁸⁰⁴.

⁸⁰¹ Véase HONDIUS, E., (2007): "The Two Faces of the Catala Project- Towards a New General Part of the French Law of Obligations", *European Review of Private Law* 6, pp. 835-839. Una traducción al español de dicho Anteproyecto puede encontrarse en HINESTROSA, F., (2006): *Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción. Ante-Proyecto de Reforma del Código civil francés, Libros III, títulos III y XX*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 1-601. El art. 1114-3, relativo a la violencia económica, establecía que: "*Hay igualmente violencia cuando una parte se compromete bajo el imperio de un estado de necesidad o de dependencia, si la otra parte explota esta situación de debilidad para obtener de la convención una ventaja manifiestamente excesiva. La situación de debilidad se aprecia de acuerdo con el conjunto de circunstancias, teniendo en cuenta especialmente la vulnerabilidad de la parte que la sufre, la existencia de relaciones anteriores entre las partes y su desigualdad económica*".

⁸⁰² Un resumen de los tres proyectos puede encontrarse en: PICOD, Y., (2009): "Les projets français sur la réforme du droit des obligations" *InDret*, pp. 1-12; y WICKER, G., (2009): "La réforme du droit français du contrat: de la cause à la causalité juridique", en MÄSCH, G., MAZEAUD, D., SCHULZE, R., (Ed.) (2009): *Nouveau défis du droit des contrats en France et en Europe*, Munich: sellier. European law publishers, p.53 y sig.

⁸⁰³ MOMBERG URIBE, R., (2015): "La reforma al Derecho de obligaciones y contratos en Francia. Un análisis preliminar", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n°4, pp. 121-126.

⁸⁰⁴ La admisión de la noción de lesión cualificada permitiría paliar la desaparición de la causa e instrumentar una norma a favor del equilibrio entre las prestaciones, añadiéndole, sin embargo, la noción de abuso o explotación de un estado de debilidad o de dependencia de la otra. Por ello, se propuso el siguiente art. 66: "*Toutefois, lorsqu'un contractant, en exploitant l'état de nécessité ou de dépendance de l'autre partie ou sa situation de vulnérabilité caractérisée, retire du contrat un avantage manifestement excessif, la victime peut demander au juge de rétablir l'équilibre contractuel. Si ce rétablissement s'avère impossible, le juge prononce la nullité du contrat. Le juge tient compte de l'ensemble de circonstances, et notamment de l'existence de relations*

Finalmente, no obstante, como ya hemos visto, la opción fue la de hacer relevante la protección de la parte débil que ha celebrado un contrato en el que la otra parte se ha aprovechado de su situación de debilidad, dándole un tratamiento como de vicio del consentimiento consistente en violencia económica, considerando el abuso de una situación de debilidad como instrumento de control de la validez del contrato⁸⁰⁵.

En los proyectos de 2015 anteriores a la reforma, así como en los anteriores a éste, se hacía referencia a la noción de estado de necesidad como expresión de que la voluntad de contratar de la parte perjudicada derivaba precisamente de dicho estado. La norma era más cercana al art. 4 :109 PECL que al art. 3.2.7 PICC. En el artículo final, sin embargo, se ha abandonado la referencia al estado de necesidad por las críticas que dicha noción podía acarrear, relativas a la inseguridad jurídica, al ser un criterio demasiado subjetivo⁸⁰⁶.

Dicha cuestión relativa al estado de necesidad y la dependencia económica como expresión del vicio del consentimiento consistente en la violencia ha sido estudiada por la doctrina de nuestro entorno. Vamos a detenernos brevemente en ello.

2.2. El estado de necesidad y la situación de dependencia económica como expresión de violencia económica en el art. 1143 Code

El art. 1143 *Code* establece la noción de violencia económica limitándola a la que surge de una situación de dependencia⁸⁰⁷. No existe, en el precepto,

antérieures entre les parties ou de leur inégalité économique », cfr. TERRE, F., (Dir.) (2009) : *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris : Dalloz, p. 218.

⁸⁰⁵ VV.AA., (2017): *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Paris: Dalloz, p. 130.

⁸⁰⁶ *Ibidem*, p. 131

⁸⁰⁷ Ello tiene su máxima expresión en el Derecho de la competencia. Por ejemplo, el art. L-420-2 del Código de comercio francés establece que: “*Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées. Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de*

referencia al estado de necesidad, como sí sucedía en el proyecto *Catala*, por ejemplo.

Cabe señalar la influencia que tuvo la sentencia de la Corte de Casación de 3 de abril de 2002 en la regulación de la violencia económica como vicio del consentimiento⁸⁰⁸, que estableció que la violencia podía venir provocada por una situación consistente en un estado de necesidad o de dependencia, « *seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement* ».

La noción restrictiva de lesión que se encuentra en el *Code* (arts. 1168, antiguos art. 1118⁸⁰⁹ y art. 1674⁸¹⁰) se corrige mediante la introducción de dicho art. 1143

dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L.442-6 ou en accords de gamme ». En nuestro contexto, véanse los arts. 2 y 16.2 de la Ley de Competencia Desleal, Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

⁸⁰⁸ Cour de Cassation, 1re. Civ., de 3 de abril de 2002, *Kannas versus Larousse-Bordas*. Véase el resumen de los hechos de dicha sentencia *supra*, en la nota 728 a pie de página. La señora Kannas firmó un contrato con la editorial Larousse- Bordas por la que trabajaba en la que cedía los derechos de explotación sobre un diccionario que había escrito ella misma y que llevaba por título *Mini débutants*. Cuando fue despedida demandó la nulidad del contrato de cesión por causa de violencia alegando tres argumentos principales: 1) su temor a ser despedida 2) su status laboral, que la colocaba en una situación de dependencia económica que la obligaba a aceptar el contrato propuesto por la editorial y sin posibilidad de rechazar unas cláusulas que ella estimaba contrarias tanto a sus intereses personales como a las disposiciones protectoras de los derechos de autor; 3) su obligación de lealtad respecto a la empresa, que no le permitía, sin riesgo de perder su empleo, ofrecer el original a la competencia. Dicha sentencia ha sido comentada sucintamente por BOSCH CAPDEVILA, E., (2009): “Estado de necesidad y consentimiento contractual. ¿Una reinterpretación de los conceptos de violencia e intimidación como vicios del consentimiento a la luz del Derecho contractual europeo y comparado?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº711, p. 83. Como señala el autor, el Tribunal de *grande instance* de París, por sentencia de 12 de enero de 2000, decretó la nulidad del contrato de renuncia a los derechos de edición por parte de la señora Kannas. Esta sentencia fue casada, sin embargo, por la *Cour de cassation civile* (sentencia de 3 de abril de 2002), que, sin embargo, admitió, que una situación de dependencia pudiera invalidar el consentimiento por un vicio de violencia: “*seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement*”. Véase el comentario a dicha sentencia en GRIDEL, J.-P., CHAZAL, J.-P. (2002): “Violence moral et dépendance économique”, *RTDciv.*, julio-septiembre de 2002, pp. 502-503 y en GRIDEL, J.P., (2002): “Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérent au statut salarial”, *Le Dalloz*, p. 1860-1861.

⁸⁰⁹ El art. 1118 establecía: “*la lésion n ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il en sera expliqué en la même section*”.

⁸¹⁰ La rescisión por lesión francesa viene regulada en los arts. 1674 a 1685 *Code*, que establecen una concepción restringida de lesión limitada a la venta de inmuebles en las que el vendedor haya sufrido una lesión en más de siete doceavas partes entre el valor y el precio acordado.

que ha procurado una solución a la laguna de los contratos desequilibrados. Sin embargo, es cuestionable la opción tomada por el legislador francés: la utilización de una figura relativa a una patología del consentimiento ya establecida, como es la violencia, como instrumento de control de un contrato manifiestamente desequilibrado no nos parece coherente porque la noción que se desprende del art. 1143 *Code* no permite cubrir todas las situaciones injustas que pueden derivarse de un supuesto de ventaja o explotación injusta. La integración en el seno del concepto de violencia económica de los casos producidos por situaciones de abuso o provecho de las circunstancias de la parte débil, y que resultan en un contrato excesivamente desequilibrado, escapa técnicamente del ámbito propio del vicio del consentimiento consistente en la violencia. Por otra parte, los casos de violencia o intimidación siempre son reprobables (si se cumplen los criterios definidos por la norma y la doctrina), con independencia del contenido intrínseco final del contrato. No cabe expandir el concepto de los vicios del consentimiento tradicionales con el fin de enmarcar en su seno nuevos presupuestos que caen mejor en otras figuras o en otras causas de anulación *ad hoc*. Lo más coherente hubiera sido la regulación de una figura de nuevo cuño, como ha hecho el legislador catalán (art. 621-45 CCCat).

Finalmente, el *Code* evita cualquier referencia al estado de necesidad en el seno del concepto de la violencia económica, aquella que no deriva de un acto de un tercero, sino de un acontecimiento o situación circunstancial. La única mención es a la situación de un estado de dependencia económica de la parte débil con relación a la fuerte y ello enuncia una dificultad probatoria, como sucedió en el caso descrito más arriba⁸¹¹.

⁸¹¹ Como señala MAZEAUD, D., (2002): "Régime de la violence économique", *Recueil Dalloz*, p. 2844, en relación con el caso, "(...) la nullité pour violence économique repose notamment sur la condition nécessaire, quoique insuffisante, de l'existence d'une contrainte économique et que la preuve de celle-ci doit être apportée par celui des contractants qui la subit. Preuve dont on peut inférer, semble-t-il, de l'arrêt qu'elle ne procédera pas nécessairement du constat du déséquilibre contractuel excessif dont profite son cocontractant. Nul doute, alors, que la nullité pour violence économique ne sera pas fréquemment proposée en raison des difficultés de preuve auxquelles se heurtera la victime d'une telle contrainte », la dificultad residirá, por tanto, en la prueba del abuso o explotación de la otra parte de dicha situación de dependencia. En caso, la *Cour de Cassation* exigía una prueba de la explotación abusiva del empleador sobre la empleada, sin ser suficiente la mera situación de dependencia económica entre las partes.

Como veremos más adelante, en la regulación de la ventaja injusta que hace la PMCC (véase *infra* §3.4), en relación con la referencia a la situación de dependencia, BOSCH CAPDEVILA considera que dicho concepto no debe alcanzar los casos en los que se quiera evitar desagradar a otra persona. Es decir, debe existir una amenaza tácita, pero no explícita como la que se da en los supuestos de intimidación. Y aquí es donde se diferencian, también, ambas figuras⁸¹².

La situación de dependencia económica objeto de eventual abuso merece un apunte a parte. En el contexto del caso citado que dio lugar a la Sentencia del *Cour de cassation* francesa de 3 de abril de 2002, el contrato laboral que unía la empleada con el empleador, llevaba inherente un contexto de dependencia económica, pero si se limitara a dicho supuesto la viabilidad de la aplicación de la norma sería muy limitada⁸¹³. Cabrá, como sugiere DURAND-PASQUIER, un análisis *in concreto* de cada situación para examinar si puede ser calificada o no como un supuesto de dependencia económica, prefiriendo, dicho autor, la expresión de “*inégalité économique*”⁸¹⁴.

Ocurre, sin embargo, que la dependencia no debe quedar restringida o relegada a lo estrictamente económico⁸¹⁵ sino que puede emerger, también, de situaciones varias de vulnerabilidad.

⁸¹² BOSCH CAPDEVILA, E., (2012): “Capítulo 8. La anulación del contrato por explotación injusta en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos... *cit.*, p. 378: “*Obviamente, la amenaza no es tan explícita como ocurre con la intimidación, pero, para el sujeto que emite el consentimiento, la amenaza es evidente, lo que hace que su consentimiento no sea libre y por tanto se encuentre viciado. En consecuencia, si por ejemplo un político accede a una operación desventajosa con un alto cargo del partido, o lo mismo hace el yerno con su futuro suegro, o un alumno con su maestro, más que una amenaza, lo que parece haber en estos casos es un negocio mixto de compraventa y donación hecho con la intención de conseguir una recompensa futura. El propósito de agradar, o la intención de no contrariar, no implican la existencia de una amenaza implícita, por lo que no deben justificar, por regla general, la posibilidad de anular un contrato*”.

⁸¹³ DURAND-PASQUIER, G., (2002): “Précisions sur la notion de violence économique (Commentaire de la décision de la Première chambre civile de la Cour de cassation, du 3 avril 2002), *Revue Juridique de l'ouest*, 2002-4, p. 450

⁸¹⁴ *Ibidem*, p. 451.

⁸¹⁵ La cuestión que surge es si la noción de dependencia económica que evoca el 1143 debe responder a los mismos criterios del art. L-420-2 del Código de comercio francés, disposición que sanciona el abuso de dependencia económica como práctica anticompetitiva. Cabrá determinar si de la interpretación del art. 1143 *Code* se señala que el estado de dependencia económica supone una ausencia de soluciones alternativas (como se desprende del art. L-420-2) y deberá resolverse, también, la imputabilidad de la dependencia; el autor del abuso podrá defenderse excepcionando que el estado de dependencia es imputable a la víctima (p.ej, si ha aceptado una cláusula de exclusividad). Por todo, véase CHONE-GRIMALDI, A.S., MAUGER-

El peso de la figura recae en el abuso de dicha situación; por ello se opta por refrendarlo en el vicio de la violencia (“*faite pour tirer profit d’un mal menaçant directement les intérêts de la personne*”); la finalidad del abuso es lo que se castiga por la norma.

A pesar de todo ello, observamos que los casos que se pretenden perseguir o cubrir por la violencia económica, adquieren relevancia por el resultado sustantivo que se desprende del contrato; es decir, en el desequilibrio flagrante entre el valor de las prestaciones. Pero ello es contradictorio con el sistema de los vicios del consentimiento que son eficaces con independencia del desequilibrio intrínseco, es decir, atendiendo únicamente a la justicia procedimental, y no a la sustantiva, según la terminología que venimos utilizando en el presente trabajo⁸¹⁶.

El carácter injusto de la noción de violencia económica parece desprenderse del carácter excesivo de una de las prestaciones presentes en el contrato; y ello no es consecuente con el régimen previsto para las patologías del consentimiento que lo que pretenden es que el consentimiento sea libre, con independencia de cuál sea el resultado material del contrato, aunque el remedio previsto en el *Code* sea la anulabilidad y no la adaptación del contrato, alejando la figura del marco establecido en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo o del remedio corrector propio de la rescisión por lesión⁸¹⁷.

Asimismo, la violencia (económica) entraña una suerte de explotación activa, a diferencia de lo que hemos descrito para la explotación o ventaja injusta (véase lo apuntado anteriormente en el §1.2.2.2.), en que la conducta era pasiva (explotación por omisión) o en un grado menor que la que se desprende de los

VIELPEAU, L., (2016): “Art. 1143”, en DOUVILLE, T., (Dir.) (2016): *La réforme du Droit des contrats. Commentaire article par article de l’ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Issy-les-Moulineaux: Gualino, p. 95

⁸¹⁶ Cuatro son los elementos que caracterizan la figura de la violencia económica: el estado de dependencia de la víctima, el carácter determinante del vicio, un beneficio excesivo obtenido por el autor del vicio y el abuso (que es el causante de la manifestación del consentimiento por la víctima), cfr. CHONÉ-GRIMALDI, A.S., MAUGER-VIELPEAU, L., (2016): “Art. 1143”, en DOUVILLE, T., (Dir.) (2016): *La réforme du Droit des contrats... cit.*, pp. 94-96.

⁸¹⁷ Véase la sentencia de la Cass. Civ. 1^a civ., 30 mayo de 2000.

casos de dolo o violencia. Reseñan una intencionalidad más fuerte, de convencimiento de la otra parte para que celebre el contrato⁸¹⁸.

Aliviar o moderar la carga probatoria para los casos de violencia económica, en vistas al resultado material del contrato (que deviene injusto para una de las partes), no aporta seguridad jurídica al ordenamiento. Ello se hubiera resuelto de una forma más coherente a través de un nuevo instrumento jurídico como lo es la explotación injusta y no reinterpretando un vicio tradicional como es el de la violencia, aunque añadiéndole el adjetivo de económica⁸¹⁹⁸²⁰. En realidad, los casos que quieren describirse a través de la violencia económica son un reflejo de situaciones enmarcadas en supuestos de lesión cualificada o explotación injusta⁸²¹, y lo que ha hecho el legislador francés en 2016 es sancionar contratos lesionarios a través de la alteración de las condiciones de existencia del vicio de la violencia. El miedo o temor a introducir una concepción a lo lesionario en el *Code* se ha resuelto a través de la expansión del concepto de la violencia.

La referencia al estado de necesidad como supuesto que permita anular un contrato no es infrecuente entre los códigos continentales. Así, por ejemplo, el Código civil holandés permite la anulación de aquellos contratos celebrados con abuso de circunstancias, que se producen, entre otras, cuando una parte ha contratado en estado de necesidad, conocida o que debía conocer la otra parte.

⁸¹⁸ Es necesaria la explotación abusiva del estado de dependencia, sino no habrá violencia, tal y como se estableció en el caso reseñado arriba, Cass. 1^a civ. 3 abril de 2002.

⁸¹⁹ La mixtura entre patología del consentimiento y justicia intrínseca tiene difícil solución si se opta por imprimir la norma dentro de la figura de la violencia. Los límites entre ambas son confusos y es preferible una nueva formulación, a través de una figura *ad hoc*, que sistemáticamente puede ubicarse dentro del capítulo de los vicios del consentimiento (como hacen las propuestas del Derecho contractual europeo), aunque –como hemos establecido– con una naturaleza distinta a éstos; sin embargo, nosotros somos partidarios de dar un nuevo encaje sistemático a la figura, que propondremos en el siguiente capítulo.

⁸²⁰ En contra de forzar la noción de violencia para abrazar los casos de injusticia contractual, DURAND-PASQUIER, G., (2002): “Précisions sur la notion de violence économique... *cit.*, p. 464, y defendiendo que los principios generales de la buena fe y la noción de causa pueden servir de instrumento de reequilibrio contractual, sin necesidad de recurrir al vicio de la violencia, p. 465: “*L’extension démesurée de la notion de vice de violence ne peut, sans créer d’incohérences ni engendrer l’insécurité, appréhender le fait de profiter outrageusement des difficultés économiques d’un cocontractant* ».

⁸²¹ Lesión cualificada porque la relevancia del elemento objetivo (disparidad entre las prestaciones) viene condicionada por la existencia de una situación de debilidad en una de las partes explotada por la otra; ello coincide con los supuestos de ventaja o explotación injusta, cfr. MAZEAUD, D., (2010): “Le droit européen des contrats et ses influences sur le droit français”, *ERCL 1/2010*, Vol. 6, pp. 9 y 10.

El legislador holandés lo considera como el cuarto vicio del consentimiento y recibe inspiración de la doctrina de la *undue influence* inglesa⁸²². El Código civil italiano, por su parte, permite que el juez, a petición de la parte perjudicada, pueda rescindir el contrato celebrado en estado de peligro (art. 1447 del Código civil italiano) y el art. 1448 permite la rescisión si la desproporción es producto del estado de necesidad de una de las partes. También, en la Ley 499 de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra, en su apartado primero, dice: “*Quien haya sufrido lesión enorme, a causa de un contrato oneroso que hubiere aceptado por apremiante necesidad o inexperiencia, podrá pedir la rescisión del mismo*”⁸²³.

Ante la necesidad de hallar un mecanismo que sirva de protección para el contratante que, ante una situación de necesidad, celebra un contrato en condiciones claramente contrarias a sus intereses, el Derecho contractual europeo y comparado, como ya hemos visto, se ha esforzado por dar respuesta y permite al contratante perjudicado anular este contrato si dicha situación de necesidad da lugar a una excesiva desproporción entre las partes contratantes (véase *supra* §1). Lo que las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo exigen para anular el contrato es que la falta de libertad venga originada por una situación de necesidad que se traduce en un perjuicio para la parte débil del contrato (hablamos de lesión, desproporción, lucro excesivo, ventaja patrimonial desproporcionada). Para anular este contrato no es suficiente que se haya celebrado en un contexto de necesidad (esto sí ocurre con los vicios del consentimiento, que actúan con independencia que se produzca un perjuicio), ni tampoco es suficiente la simple lesión económica). Se acumulan así los elementos objetivo y subjetivos: la desproporción y el estado de necesidad que determina la falta de libertad final. Algunos ordenamientos añaden el requisito de

⁸²² Véase Vv.AA. (1995): *Contract Law in the Netherlands*, The Hague- London-Boston: kluwer law internationa, p. 80.

⁸²³ También el Código civil polonés incorpora el tema relativo a los contratos desequilibrados como un supuesto de vicio del consentimiento, a pesar que la doctrina se encuentra dividida en torno a su calificación: o acto ilícito o vicio del consentimiento, cfr. LEWASZKIEWICKZ-PETRYKOWSKA, B., (2009): “La lésion: acte illicite ou vice du consentement?”, en Vv.AA., (2009): *De code en code. Mélanges en l’honneur du doyen Goerges Wiederkehr*, Paris: Dalloz, pp. 511-525.

la mala fe en la parte que sale beneficiada (consentimiento de la situación y aprovechamiento de ésta; p. ej, art. 4:109 PECL y art. II.-7:207 DCFR).

Finalmente, cabe señalar que la experiencia francesa pone de relieve una franca contradicción en su planteamiento: por una parte, adopta una visión continuista en seno de la violencia económica, con temor a incorporar una figura *ad hoc* como es la ventaja o explotación injusta; por otra, sin embargo, regula la figura de la *imprévision*, denostada por la doctrina y jurisprudencia anterior⁸²⁴ pero realizada por las propuestas del Derecho contractual europeo. El art. 1195 del *Code* autoriza la revisión judicial de las cláusulas que generan un desequilibrio excesivo en detrimento de uno de los contratantes, lo cual abre paso a la teoría de la imprevisión en materia civil, para los casos en que el equilibrio inicial devenga perturbado en contratos de ejecución sucesiva. Si las partes no acuerdan la modificación del contrato necesaria para resolver el desequilibrio la pueden ordenar al juez quien puede demandar una nueva renegociación o terminar el contrato⁸²⁵. La aspiración de la justicia contractual se esconde tras las directrices de la revisión emprendida por el legislador en el 2016, no sólo en la expansión del concepto de la violencia económica o la regulación de la teoría de la imprevisión en el ámbito civil, sino también en la consolidación de la doctrina de las cláusulas abusivas en los contratos entre particulares. El art. 1171

⁸²⁴ Véase el art. 1195 del *Code* que introduce la teoría de la *imprévision*, estableciendo la obligación de renegociación del contrato para las partes y una limitada facultad del juez para revisar el acuerdo. El art. 1195 consagra dicha teoría y rehúye de lo establecido en el célebre caso del Canal de Craponne (Civ., 6 de marzo 1876, la doctrina del fallo del cual fue confirmada con posterioridad en reiteradas ocasiones): “*Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l’exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n’avait pas accepté d’en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d’échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu’elles déterminent, ou demander d’un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d’accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d’une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu’il fixe* ». Trataremos con mayor profundidad el tema de la *imprévision* en el capítulo V relativo a los remedios previstos para los casos de ventaja injusta, en atención al paralelismo en sede del remedio de adaptación del contrato previsto para ambas figuras. Véase más detalles en relación con la regulación de la imprevisión en el *Code* tras la reforma del 2016 en Vv.AA., (2017): *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Paris: Dalloz, pp. 174-181.

⁸²⁵ El papel del juez es por naturaleza imparcial y deberá adaptar el contrato, si éste es el caso, a las nuevas circunstancias. Las partes pueden también convenir la resolución del mismo aunque también puede el juez, en atención a la demanda de una de las partes, revisar dicho contrato, cfr. ALLEAUME, C., (2016): “Art. 1195”, en DOUVILLE, T., (Dir.) (2016): *op.cit.*, pp. 177-181. Ahondaremos en todo ello en el Capítulo 5.

Code incorpora una disposición que permite tener como no incorporadas las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión⁸²⁶ lo cual realza, una vez más, el papel de la justicia contractual en esta nueva etapa de eclosión de nuevos códigos y modernización de los precedentes, calificada por algunos autores como la etapa de la recodificación⁸²⁷. Esta norma, originariamente ubicada en un contexto B2C, es susceptible de ser generalizada, ya que constituye un reflejo de preocupaciones y objetivos de política jurídica de alcance general; de norma especial transita a norma general en el seno del *Code*.

2.3. La expansión de los conceptos de violencia e intimidación del CCE como instrumento de reequilibrio económico del contrato

El Código civil español no contempla la rescisión por lesión con carácter general, como ya hemos visto en segundo capítulo del presente trabajo, ni ningún remedio específico que permita anular un contrato celebrado bajo una situación de necesidad⁸²⁸.

⁸²⁶ El campo de aplicación del art. 1171 es muy amplio, ante los retos planteados por la nueva economía digital, con la expansión de las relaciones c2c tamizadas por una plataforma colaborativa. Así se señala en Vv.AA., (2017): *Aux sources de la réforme du droit des contrats... cit.*, p. 169. El art. 1171 reza así: “*Dans un contrat d’adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties est réputée non écrite. L’appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l’objet principal du contrat ni sur l’adéquation du prix à la prestation*”.

⁸²⁷ GARCÍA RUBIO, M.P. (2017): “Codificar el Derecho de consumo en los tiempos de la modernidad líquida”, en GRAMUNT FOMBUENA, M., FLORENSA I TOMÀS, C.E., (Dir.) (2017): *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Madrid: Dykinson, p. 48, señalando la autora el cambio operado sobre los Códigos civiles, tradicionalmente anclados en los conceptos de Derecho técnico y abstracto, donde lo relevante era la solución técnica, ahora cambian para imponer, también, valores superiores como los derechos humanos, “*que han vapuleado las ideas y conceptos de Derecho privado aparentemente más sólidos y han obligado a su reinterpretación postmoderna*” (p. 46).

⁸²⁸ Señala DíEZ-PICAZO, L., (1993): *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Madrid: Civitas, p. 489, que la figura de los contratos concluidos en estado de necesidad es muy difícil de construir en el Derecho positivo español con los materiales legislativos actualmente disponibles. Indica que el art. 1781 sí que contempla el depósito que tiene lugar con ocasión de alguna calamidad, como incendio, runa, saqueo, naufragio u otros semejantes, y, aunque se califique como necesario, de ello no se extrae ninguna consecuencia especial, ya que es sometido a las reglas del depósito voluntario (art. 1782 CCE). Sigue el autor estableciendo que donde con mayor claridad aparece la figura del contrato concertado en estado de necesidad o peligro es en la Ley de 24 de diciembre de 1962. Según el art. 8, todo convenio de auxilio y de salvamiento de buques de navegación marítima, estipulado bajo el influjo del peligro, puede ser modificado judicialmente si se estima que las condiciones pactadas no son equitativas. Además, sin perjuicio de la posible impugnación por dolo o por error, el contrato puede ser también anulado o modificado si la remuneración pactada está, por exceso o por defecto, fuera de proporción según el servicio prestado.

Entre nuestra doctrina, BOSCH CAPDEVILA resolvió el tema proponiendo, de *lege lata*, una reinterpretación del concepto de violencia con la finalidad de conceder transcendencia jurídica al estado de necesidad como vicio del consentimiento; así, el concepto de violencia propuesto por el autor permitiría anular un contrato en el que el estado de necesidad constituya una fuerza irresistible⁸²⁹⁸³⁰. Dicho autor establece que de la dicción literal que utiliza el art. 1267 cuando se refiere a la violencia (“*Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible*”) permite entender que la otra parte se ha aprovechado de dichas circunstancias o las utiliza, pero no necesariamente las ha provocado ella misma; todo ello, de la interpretación que hace dicho autor del verbo “emplear”, al que equipara a “aprovecharse”⁸³¹. En otro sentido, sigue señalando dicho autor que el verbo que utiliza el legislador para referirse a la intimidación (“*se inspira*”) no permite al lector en una labor hermenéutica extraer la conclusión de que el temor haya sido provocado por un estado de necesidad, sino que necesariamente viene infundido por otro sujeto.

Esta interpretación suscita dudas fundadas en relación con una interpretación forzada del verbo utilizado por el legislador (“*se emplea*”). En los casos descritos por los supuestos de explotación o ventaja injusta el contexto negocial en el que se encuentra la parte contractualmente más débil no es equiparable al marco

⁸²⁹ BOSCH CAPDEVILA, E., (2009): “Estado de necesidad y consentimiento contractual... *cit.*, pp. 73. También, del mismo autor, “BOSCH CAPDEVILA, E., (2012): “Capítulo 8. La anulación del contrato por explotación injusta en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos... *cit.*, p. 374.

⁸³⁰ Los términos de “fuerza irresistible” y “arrancar el consentimiento” que describen las situaciones de violencia deben entenderse de la siguiente manera (y aquí seguimos la descripción establecida por DE CASTRO Y BRAVO, F., (1985): *El Negocio Jurídico... cit.*, p. 135): “*lo irresistible de la fuerza no se refiere a que quien declaró se haya visto forzado a emitir o hacer los signos propios de la declaración (“vis ablativa”), sino al encontrarse en una situación de fuerza, frente a la que no cabía resistencia; en la que, dadas las circunstancias, no se ha dado la posibilidad de una oposición eficaz. Esta situación de fuerza irresistible es la que viciará el contrato por violencia, cuando ella se emplea para arrancar el consentimiento. Entendida así la violencia, se podrán considerar anulables declaraciones de voluntad afectadas por vicios que, sin encajar en la figura del medio (no hay amenaza de mal inminente), suponen la privación de libertad de decidir*”.

⁸³¹ BOSCH CAPDEVILA, E., (2009): “Estado de necesidad y consentimiento contractual... *cit.*, p. 72. Ejemplifica dicho autor la posibilidad de integrar el estado de necesidad como causante del vicio del consentimiento consistente en la violencia mediante el siguiente ejemplo: “*después de un alud de nieve, llega la patrulla de salvamento, que exige para el rescate el pago de una cantidad diez veces superior al coste normal del servicio. La alternativa es aceptar el precio, o bien esperar otra hipotética patrulla que no sabe si algún día llegará*”. Para el autor ello cabría dentro del concepto de violencia.

propio de la violencia, en que no hay alternativa posible o en el que no cabe resistencia por parte de la víctima⁸³². El temor inspirado por los casos de violencia e intimidación no es equiparable del que se infiere en los supuestos de ventaja o explotación injusta. En el primero de los casos debe tener una determinada entidad objetiva, en beneficio de la seguridad del tráfico.

Tampoco está nada clara la equiparación del estado de necesidad como un vicio autónomo del consentimiento y los supuestos de ventaja y explotación injusta; insistimos en los tres requisitos que son necesarios para que tenga éxito una acción por ventaja injusta: la situación de debilidad de una de las partes, el aprovechamiento de ésta por la otra y la obtención de un beneficio o ventaja excesiva resultante del contrato.

Cabe recordar que, en sede de remedios para los casos de ventaja o explotación injusta, el remedio preferente, como veremos en el Capítulo V no es la anulación del contrato, sino su adaptación, extendiendo legitimación para ello a ambas partes. Ello no es posible inferir de los supuestos de violencia. Recordemos: la ventaja injusta hace converger una situación que se encuentra a caballo entre situaciones propias de la justicia sustantiva y la justicia procedimental⁸³³. Los vicios del consentimiento reposan única y exclusivamente en ésta última acepción de justicia.

⁸³² Recordemos que el CCE considera la violencia como un vicio propio de la voluntad (art. 1267 CCE), no con el efecto de privar del consentimiento (1261 CCE). El CCE se refiere a la “*vis impulsiva*”, que vicia, pero que no excluye la voluntad (“*voluntas coacta, sed tamen voluntas*”), cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F., (1985): *op.cit.*, p. 134. Difiere de este pensamiento ALBALADEJO, M., (2002): *Derecho civil I. Introducción y parte general*, vol. II, 15ª ed., Barcelona: Librería Bosch, pp. 668, quien señala que “*hay declaración obtenida mediante violencia, vis absoluta, vis phisica o vis corpori illata, cuando el actor en que aquella consiste se arranca materialmente por la fuerza al violentado*”. Sin embargo, en atención a la ubicación sistemática del art. 1267 CCE y de sus precedentes legislativos, parece quedar claro que la violencia no supone una ausencia de consentimiento sino un vicio de la voluntad (cfr. BOSCH CAPDEVILA, E., (2009): “Estado de necesidad y consentimiento contractual... *cit.*”, pp. 66).

⁸³³ Cabe señalar la particularidad que representa la figura de la *gross disparity* en el ordenamiento civil húngaro; el §201(2) del Código civil húngaro (Ptk) establece que si la desproporción entre las prestaciones intercambiadas por las partes es flagrante, la parte perjudicada puede pedir la anulabilidad del contrato. Esta previsión se limita a prevenir la injusticia sustantiva, y es una expresión de la institución lesionaria. En otro sentido, el §202 incorpora una previsión relativa a los contratos usurarios, indicando que si una de las partes explota la situación de debilidad de la otra y obtiene, así, una ventaja excesiva, el contrato será nulo. Este último artículo tiene el mismo patrón que el §138.2 BGB. Por todo, véase MENYHÁRD, A., (2007): *op.cit.*, pp. 105-121.

BOSCH CAPDEVILA también plantea que, si se quiere dar un paso más posibilitando la anulación de todo contrato celebrado en estado de necesidad, existiendo o no fuerza irresistible, y a modo de *lege ferenda*, sería necesaria una reformulación del concepto de la intimidación, siguiendo la línea marcada por las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo⁸³⁴. Sirva el mismo argumento empleado arriba: la necesidad de proteger a la parte débil ante un contexto negocial determinado que es aprovechado por la otra y que se traduce en un contrato altamente desequilibrado debe resolverse a través de una figura ad hoc, como es la explotación o ventaja injusta, encajada como un maridaje de justicia procedimental y sustantiva, y no mediante una interpretación forzada o una expansión incoherente del significado de los vicios de la voluntad consistentes en la violencia o la intimidación, que conllevaría una situación muy incierta. Consideramos que no sería pertinente integrar una solución afrancesada para cubrir el vacío existente en materia de contratos desproporcionados en el ordenamiento jurídico español.

Por su parte DE CASTRO hace una distinción del temor que vicia la voluntad en los casos de intimidación del que se inserta en la causa (art. 1261, 1275); los efectos jurídicos serán distintos: anulabilidad en el primero y nulidad en los segundos⁸³⁵. Por ejemplo, una donación celebrada bajo la amenaza de un daño inminente, será nula, ya que en estos casos faltara la causa gratuita, es decir, *la mera liberalidad del bienhechor* (art. 1274 CCE). Aquí el temor aparece insertado en la causa y, por tanto, el contrato será nulo (art. 1261 y 1275 CCE) porque la voluntad de donar viene determinada por la necesidad de escapar de dicha amenaza⁸³⁶; si el temor es producido por un tercero, entonces el contrato será anulable, ya que no incidirá en la causa del contrato (art. 1268 CCE).

⁸³⁴ Si bien dichas propuestas lo resuelven a través de la formulación de un nuevo vicio del negocio: la explotación o ventaja injusta.

⁸³⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F., (1985): *op.cit.*, p.139.

⁸³⁶ Señala DE CASTRO Y BRAVO, F., (1985): *op.cit.loc.cit.*, p. 139, que, si el temor se incorpora a la causa, modifica su naturaleza, con la consecuencia de que falta la causa o que es ilícita. Entonces pueden concurrir el defecto de un elemento del negocio con un vicio de la voluntad, o dos vicios: el de la voluntad y el de la causa, lo que permite su apreciación separada o conjunta. Ello, en el contexto catalán, queda aunado en los casos de ventaja injusta descritos por el art. 621-45 CCCat, que quedan limitados a los contratos con causa onerosa; la ambivalencia de la figura, con un aspecto relativo a la justicia procedimental, por tanto, próxima a los vicios del consentimiento, y otro cercano a la justicia sustantiva, es decir, al resultado material del contrato

El temor, en los casos descritos por la intimidación, ha de actuar de modo decisivo y directo en la emisión de declaración;⁸³⁷ ello no sucede en lo que atañe a la ventaja injusta⁸³⁸.

En otro sentido, CARRASCO PERERA, es partidario de no tratar las situaciones descritas por la *unfair exploitation* como un apéndice del vicio de voluntad consistente en intimidación, así como tampoco importar a nuestro CCE una regla como la de la ventaja injusta, ya que según dicho autor la mayoría de supuestos descritos por la norma de la explotación injusta ya podrían ser reconducidos a tipos de nulidad consistentes en error o en intimidación, donde no se precisa la prueba de la lesión, y otros acaban colisionando con otras instituciones del sistema⁸³⁹.

Ya hemos hecho muestra de nuestra postura consistente en la necesidad de abordar una norma que proteja la parte débil del contrato altamente desequilibrado a través de una nueva figura *ad hoc*, tal y como propondremos en el siguiente capítulo.

Sin embargo, como veremos a continuación, las propuestas que ha habido de modernización del Derecho contractual español han resuelto la cuestión relativa a la iniquidad contractual a través de la formulación de nuevas figuras tales como el ventajismo, a modo de un vicio de la voluntad, pero separado de los vicios tradicionales.

permiten entender que en los supuestos de ventaja injusta establecidos por el art. 621-45 CCCat hay un vicio del negocio que se encuentra a caballo entre un vicio de la voluntad y un vicio de la causa onerosa. En el DCFR ello no es así, al no ceñirse la explotación injusta a los contratos con causa onerosa sino que como ya hemos visto, la explotación injusta despliega eficacia también en sede de donación y trust, negocios con causa gratuita.

⁸³⁷ DE CASTRO Y BRAVO, F., (1985): *op.cit.*, p. 141, indicando que no están viciados por intimidación los contratos contraídos bajo la influencia del temor, cuando aquélla no se refiere directamente a los celebrados; por ejemplo, atemorizado por exigencias de dinero, que para obtenerlo realiza la venta, pero no habiendo intimidación respecto a la venta misma.

⁸³⁸ *Ibidem*, p. 142; los contratos celebrados en estado de peligro o de necesidad no se considerarán impugnables por intimidación, salvo la disposición existente en el Derecho marítimo (art. 8, párr.1, Ley 24 de diciembre de 1962). Podrían impugnarse los casos relativos a contratos celebrados en estado de peligro o necesidad si hubiera dolo (art. 1269) o ilicitud de causa (1275 CCE).

⁸³⁹ CARRASCO PERERA, Á., (2017): *Derecho de contratos*, 2ª edición, Cizur Menor: Aranzadi pp. 374-375.

2.4. Las propuestas de modernización del Derecho de contratos español

La estela francesa no ha tenido seguidores entre la doctrina de nuestro entorno, más allá de la propuesta elaborada por BOSCH CAPDEVILA⁸⁴⁰.

La Comisión General de Codificación perteneciente al Ministerio de Justicia presentó el año 2009 una Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos, a modo de Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, regulando la ventaja injusta en el art. 1301⁸⁴¹, en el capítulo IX, relativo a la nulidad y anulabilidad de los contratos del título II (De los contratos), a continuación de los tradicionales vicios del consentimiento⁸⁴².

Dicho artículo recibe influencia de la explotación injusta del DCFR, aunque con alguna ligera diferencia; así, la PMCC en lo que se refiere al elemento objetivo, parece limitarlo al beneficio excesivo en términos monetarios, ya que no hace referencia a la obtención de una ventaja injusta.

Asimismo, en la relación de elementos que configuran la vertiente subjetiva de la figura (los relativos a la justicia procedimental), el art. 1301 es más preciso: califica de “extraordinarias” las dificultades económicas y no hace referencia ni a la relación de confianza ni a la falta de habilidad en la negociación⁸⁴³.

⁸⁴⁰ Véase *supra* §2.3.

⁸⁴¹ Art. 1301 PMCC: “Una de las partes puede anular el contrato que, en el momento de su celebración, otorga a la otra parte una ventaja excesiva si, teniendo en cuenta la naturaleza y fin de aquél, resulta que se ha aprovechado injustamente de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, inexperiencia o falta de previsión. A petición de la parte perjudicada, puede el Juez introducir en el contrato aquellas modificaciones que sean necesarias para adaptarlo a las exigencias de la buena fe y lo que sea usual en el tráfico jurídico”; COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN: *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, Madrid: Secretaría General Técnica, p. 63

⁸⁴² En relación con la figura de la ventaja injusta resuelta en la PMCC véase, entre otros, GASPARR LERA, S., (2014): “Formación de la voluntad contractual, vicios del consentimiento y remedios” en PARRA LUCÁN, M^a A., (Dir.) (2014): *Negociación y perfección de los contratos*, Cizur Menor: Aranzadi, p. 272-276 y BOSCH CAPDEVILA, E., (2012): “Capítulo 8. La anulación del contrato por explotación injusta en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos”... *cit.*, pp. 364-389.

⁸⁴³ En relación con la exclusión de la falta de habilidad negociadora, BOSCH CAPDEVILA, E., (2012): “Capítulo 8. La anulación del contrato por explotación injusta en la Propuesta de Anteproyecto

El art. 1301 también es reiterativo cuando hace referencia a la necesidad de haberse aprovechado injustamente de las situaciones de debilidad de la otra parte; como ya hemos establecido, pensamos que la obtención de un beneficio o ventaja excesiva ya son un detonante de que ha habido un aprovechamiento injustificado de las circunstancias o del estado de debilidad en el que se encontraba la parte perjudicada.

Ya hemos hecho referencia más arriba a que la PMCC no exige, o al menos no lo hace explícitamente, que la parte beneficiada fuera consciente de la situación de debilidad de la otra; ello permite resolver muchos de los problemas probatorios que la exigencia de éste conocimiento puede plantear⁸⁴⁴. Aunque, como veremos en el siguiente capítulo, ello se puede resolver a través de la formulación de una presunción de explotación o abuso de la situación de debilidad cuando exista una lesión económica superior al 50%.

El texto prelegislativo que constituyó la PMCC no llegó a alcanzar ningún carácter legislativo. El legislador estatal parece adormecido y el ordenamiento español rezagado en tareas de recodificación; las nuevas costuras del Derecho privado señaladas por la nueva ola de códigos civiles o la modernización de los existentes (así, véanse los ejemplos señalados *supra* relativos a la regulación de la imprevisión y la violencia económica en el *Code* o la ventaja injusta incorporada por el legislador catalán en el Libro Sexto que veremos en el siguiente capítulo, inspirada de manera muy intensa por las propuestas del Derecho contractual europea) demandan su proyección en el Código civil español.

de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos”... *cit.*, p. 381, la considera como acertada porque “*el contratante está lo suficientemente formado y la única debilidad que tiene es es que no es hábil en la negociación, la diligencia lo llevaría a recabar un asesoramiento*”. En relación con la situación de dependencia, sí que aparece explícita en el art. 1301 PMCC, como ya hemos indicado anteriormente.

⁸⁴⁴ BOSCH CAPDEVILA, E., (2012): “Capítulo 8. La anulación del contrato por explotación injusta en la Propuesta... *op.cit.loc.cit.*, p. 381, plantea el siguiente ejemplo: Si A compra un piso de B (desconocido) por un precio tres veces inferior al de mercado, aunque A desconozca la situación concreta de B, ¿debería esperarse que supiera de su desesperada situación económica por el simple hecho de que casi nadie, en circunstancias normales, vende un bien por un precio muy inferior al real”? ¿Existe un deber de “investigar” la situación de la otra parte ante un contrato “sospechoso” de haberse concluido por necesidad”?

Más recientemente, y desde el entorno académico, la Asociación de Profesores de Derecho civil, elaboró una propuesta de Código civil libros quinto y sexto (en adelante, PAPDC), procurando en ella la figura del *ventajismo* junto con los vicios del consentimiento contractual⁸⁴⁵, en el art. 527-9 de dicha propuesta.

La PAPDC también hace referencia a la figura de la ventaja injusta, aunque, a diferencia del art. 1301 de la PMCC, su art. 527-9 sí que explicita el conocimiento del estado de debilidad por la parte beneficiada (“*con conocimiento de causa*”⁸⁴⁶). También en sede de remedios, como veremos en el Capítulo V, se mantiene paralela a la propuesta de 2009, otorgando legitimidad para adaptar el contrato únicamente a la parte perjudicada.

La propuesta académica más reciente ha sido la elaborada por DEL POZO CARRASCOSA, BOSCH CAPDEVILA y VAQUER ALOY⁸⁴⁷. Los anteriores elaboran una Teoría general del contrato que incluye la figura de la ventaja injusta, en su art. 56, a continuación de los clásicos vicios del consentimiento⁸⁴⁸.

⁸⁴⁵ Art. 527-9 PAPDC: Ventajismo: 1. *Una de las partes puede anular el contrato que en el momento de su celebración otorga a la otra parte una ventaja excesiva, si, teniendo en cuenta la naturaleza y fin de aquél, resulta que, con conocimiento de causa, se ha aprovechado en contra de la buena fe de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, de su inexperiencia o falta de previsión.* 2. *También puede la parte perjudicada pretender el reequilibrio del contrato sobre la base del precio generalmente practicado en el mercado,* ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2016): *Propuesta de Código civil. Libros quinto y sexto*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 156.

⁸⁴⁶ Dicha expresión, en otro sentido, refiriéndose a una formación de la voluntat pausada y reflexiva, la encontramos también en la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial [véase el Cdo. 29 (“*Con objeto de aumentar la capacidad de los consumidores de tomar por sí mismos decisiones con conocimiento de causa sobre la contratación de préstamos y la gestión responsable de la deuda...*”) y en el art. 14.6, 1er ap. *in fine* de dicha Directiva: “*Los Estados miembros especificarán un período de siete días como mínimo durante el cual el consumidor dispondrá de tiempo suficiente para comparar las ofertas, evaluar sus implicaciones y tomar una decisión con conocimiento de causa*”.

⁸⁴⁷ BOSCH CAPDEVILA, E., DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., (2016): *Teoría general del contrato. Propuesta de regulación*, Madrid: Marcial Pons, pp. 9-227.

⁸⁴⁸ El art. 56 reza así: 1. *Si el conocimiento equivocado que una de las partes tiene del contenido fundamental del contrato resulta de la inexperiencia, ignorancia, falta de previsión o de su relación de confianza con la otra parte, o cuando la falta de libertad deriva de su situación económica angustiosa, su necesidad imperiosa, o su relación de dependencia con la otra parte, el contrato es anulable solamente en el caso en que la otra parte, conociendo o debiendo conocer estas circunstancias, se aprovecha de ellas para obtener un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta.* 2. *Los requisitos exigidos por el apartado 1 de este artículo para la anulación del contrato se presumen cuando la parte perjudicada prueba que, en el momento de la conclusión del contrato, el valor de la contraprestación que recibe es inferior a la mitad del valor de su prestación. La presunción admite la prueba en contrario por la otra parte.* 3. *El juez,*

Conviene apuntar que dicha propuesta incorpora una presunción de la explotación o del abuso del contexto comercial en el que se encuentra la parte débil cuando la desproporción entre las prestaciones es lesiva en más de la mitad. Creemos que es ésta una de las soluciones que pueden facilitar la carga probatoria y, por tanto, el recurso a la acción de ventaja injusta. Ahondaremos en ello en el siguiente capítulo.

Asimismo, en lo que se refiere a los remedios propuestos por los autores, difieren de la solución propuesta por los dos textos mencionados anteriormente, y otorgan legitimación para solicitar la adaptación únicamente a la parte beneficiada.

Debe despertar el legislador estatal de su letargo. La nueva normativa catalana en materia de obligaciones y contratos impone un reto, también para el ordenamiento jurídico español; en palabras de GÓMEZ PUMAR, “*por primera vez desde la codificación decimonónica nos enfrentamos al reto de la plurilegislación en el corazón de los intercambios económicos y jurídicos*”⁸⁴⁹. Cabrá esperar para ver cuál es la respuesta del legislador estatal. En el próximo capítulo abordaremos la nueva normativa catalana en materia de ventaja injusta, y propondremos, asimismo, una regulación de la misma más acorde con la que entendemos que es su naturaleza híbrida que marida aspectos relativos de la justicia intrínseca del contrato, así como de la procedimental.

3. LA VENTAJA INJUSTA COMO INSTITUCIÓN AUTÓNOMA DE PROTECCIÓN DE LA PARTE DÉBIL

a petición de la parte que haya recibido la notificación de anulación, puede adaptar el contrato a las exigencias de la buena fe y a los usos del tráfico.

⁸⁴⁹ GÓMEZ PUMAR, F., (2018): “*Entran en vigor la compraventa y el mandato en el Código civil de Cataluña*”, *InDret 1/2018*, Editorial, p. 2.

3.1. La naturaleza jurídica de la ventaja injusta: entre la justicia procedimental y la sustantiva

La regulación que hace el legislador catalán de la ventaja injusta en el art. 621-45 del Código civil de Cataluña se inspira de una manera muy directa en el art. II.-7:207 DCFR⁸⁵⁰.

Viene siendo un lugar común en la literatura jurídica el señalar la naturaleza jurídica de las normas, en aras a establecer cuál debe ser su encaje sistemático idóneo y su ámbito de aplicación, y ese es el objetivo que nos proponemos en el presente apartado. Para ello examinaremos los rasgos distintivos de la ventaja injusta en la propuesta del DCFR, como precedente del art. 621-45 CCCat y tras ello propondremos, para ella, un realojo sistemático más acorde con su naturaleza.

⁸⁵⁰ El punto de partida del Marco Común de Referencia lo encontramos en la rúbrica del Plan de Acción elaborado por la Comisión a raíz de la Resolución del Parlamento de 15 de noviembre de 2001: “Un Derecho contractual más coherente”: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, “*Un Derecho contractual europeo más coherente*”. Plan de Acción, DOCE, C 63, de 15 de marzo de 2003. Éste tenía como objetivo “*suscitar reacciones sobre una combinación de medidas reglamentarias y no reglamentarias, es decir, aumentar la coherencia del acervo comunitario en materia contractual, promover la elaboración de cláusulas contractuales tipo a nivel comunitario y estudiar la oportunidad de aplicar medidas específicas no sectoriales, por ejemplo, un instrumento facultativo, para resolver problemas que se plantean en el ámbito del Derecho contractual europeo*” (párr. 3º).

Entre las medidas propuestas destacaban:

“a) *Mejorar la calidad del acervo comunitario en el ámbito del Derecho contractual. El objetivo es “obtener un acervo en materia de Derecho contractual que presente un alto grado de coherencia tanto con respecto a su formulación como a su puesta en práctica y formulación. No obstante, si las diferencias entre las disposiciones de las directivas se explican por diferencias relativas a los problemas que las directivas en cuestión intentan resolver, no es necesario intervenir. Conviene suprimir las diferencias de términos y conceptos que no puedan explicarse por diferencias referentes a los problemas que se intentan resolver”* (párr. 56).

Una de las medidas propuestas era la elaboración de un Marco Común de Referencia (CFR, por sus siglas en inglés) esto es, una relación de principios o terminología común que, como su propia designación indica, podía actuar a modo de referencia para el propio legislador comunitario y también para el interno. Básicamente pretendía ceñirse al ámbito contractual y en su elaboración debían tenerse en cuenta no sólo el acervo comunitario, sino también los “*denominadores comunes*” que podían encontrarse en los distintos ordenamientos nacionales y el derecho uniforme sobre la materia, en particular, el CSIG. En una Resolución posterior del Parlamento Europeo, de 3 de septiembre de 2008, se destacó el carácter eminentemente académico y facultativo de dicho instrumento. En relación con la función otorgada al CFR, éste se rodeó de un cierto halo de misterio, caracterizándose bien como caja de herramientas (*toolbox*) incluyendo principios, definiciones y modelos de normas, que pudieran desempeñar varias funciones, o bien como guía para legisladores y jueces, como ya se ha dicho, aunque también como instrumento de revisión y ampliación del acervo comunitario, entre otras; véase la relación que establece INFANTE RUIZ, F.J. (2008): “Entre lo político y lo académico: un Common Frame of Reference de derecho privado europeo”, *InDret*, pp. 26-30.

La ubicación sistemática de la explotación injusta en las distintas propuestas armonizadoras del Derecho contractual, así como en las propuestas estatales⁸⁵¹ denota la opción escogida por el legislador de rubricar la figura junto con los tradicionales vicios del consentimiento.

Ello señala que el elemento subjetivo relativo al estado negocial en que se encuentra una de las partes, aprovechado por la otra, cobra importancia y se reconduce la explotación injusta a un vicio del consentimiento.

Sin embargo, a pesar de la subjetivización subrayada de la figura, ello no significa que la explotación injusta deba caracterizarse como un vicio del consentimiento al estilo de los clásicos. La opción escogida por el legislador helvético sitúa la figura de la lesión (art. 21 del Código de Obligaciones suizo⁸⁵²) entre los vicios del consentimiento y los artículos relativos al objeto del contrato⁸⁵³, respetando así su naturaleza híbrida: por una parte, se sitúa como un mecanismo de control del precio y, por otra, protege la libertad de una de las partes contratantes de la explotación de la otra⁸⁵⁴.

La influencia indebida operada por la parte beneficiada no es suficiente para que prospere una acción por explotación injusta; se requiere, además, un determinado resultado; ello señala, por tanto, el vínculo que opera en la figura de la ventaja o explotación injusta entre la justicia sustantiva, relativa al resultado

⁸⁵¹ La PMCC y la PAPDC localizan la figura a continuación de los vicios clásicos del consentimiento (error, dolo, violencia e intimidación).

⁸⁵² La lesión helvética también combina los elementos objetivos con los subjetivos; así, el elemento objetivo lo ocupa la desproporción evidente entre las prestaciones y, en relación con los presupuestos de la justicia procedimental, el lesionado se hallaba en un estado de indefensión, inexperiencia o bien se encontraba en dificultades económicas, físicas o morales, y ello es aprovechado por la otra parte, SCHMIDLIN, B., (2003): "Comentarios al art. 21", en Thévenoz, L., Werro, F.: *Commentaire Romand. Code des Obligations I. Art. 1-529 CO*, 2ª ed., Bâle: Helbing Lichtenhahn, pp. 206 y sig.

⁸⁵³ En contra de considerar la lesión como un acto ilícito, en derecho polonés, véase LEWASZKIEWICZ-PETRYKOWSKA, B., (2009), *op.cit.*, pp. 523- 524: "... *il est difficile de dire que l'article 388 du Code civil sanctionne un comportement contraire à l'ordre juridique ou illégal, ou bien qu'il traite un contrat conclu comme illégal en principe, contraire à l'ordre juridique* ».

⁸⁵⁴ Alguna doctrina aboga, en cambio, por fundamentar el régimen de la lesión cualificada como un reflejo del abuso de derecho en sede precontractual, vinculando el régimen a la responsabilidad aquiliana o extracontractual por la *culpa in contrahendo*, y sancionando estos casos con el régimen de la nulidad relativa, aunque el juez podría adoptar alguna sanción menos severa, como la que se da en los casos de dolo incidental, cfr. OMMESLAGHE, P.V., (2013): *op.cit.*, p. 296

del contrato, y la procedimental, que protege el consentimiento de las partes que da lugar al contrato.

GINÉS CASTELLET califica dicho elemento relativo a la justicia procedimental como un consentimiento imperfecto que ha sido determinado por una explotación desleal de una “*connatural situación de inferioridad de una parte*”, que se traduce un perjuicio grave para la parte débil, normalmente en términos económicos⁸⁵⁵. Observamos una asimetría en el poder contractual de las partes, patológica, en la categoría operada por ROPPO⁸⁵⁶, que subvierte lo intrínseco del contrato.

La norma de la explotación injusta protege, por tanto, las dos categorías de justicia que hemos venido enunciando a lo largo del presente trabajo: la sustantiva y la procedimental. Implica, por tanto, una declaración defectuosa de voluntad del explotado, un consentimiento inconsciente, y una irregularidad del contenido del acto jurídico.

Que el consentimiento sea consciente o que no haya una voluntad apresurada o formada sin información suficiente es lo que persigue la institución de la ventaja injusta. “*Un consentimiento con conocimiento de causa*” que facilite la toma de decisiones y que garantice, en palabras de ARNAU RAVENTÓS, “*una formación meditada, tranquila, con la posibilidad real de considerar todas las implicaciones del negocio*”⁸⁵⁷.

Procederemos a ahondar un poco más en la calificación jurídica de dicho instrumento en el seno del DCFR, como precedente de la norma catalana

El artículo II.-7:207 DCFR, relativo a la explotación injusta, aparece regulado en el Libro II (contratos y otros actos jurídicos)⁸⁵⁸, en el capítulo 7 que se ocupa de las causas de invalidez del contrato (*grounds of invalidity*) y sección segunda, centrada en los vicios del consentimiento (*vitiated consent or intention*).

⁸⁵⁵ GINÉS CASTELLET, N., (2016): “La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual”... *cit.*, p. 13.

⁸⁵⁶ ROPPO, V., (2011): “Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos”... *cit.*, p. 215.

⁸⁵⁷ ARNAU RAVENTÓS, L., (2015): “Formación de la voluntad: riesgos de captación, y “decisión con conocimiento de causa””, en PEREÑA VICENTE, M., DELGADO MARTÍN, P., (2015): *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, p. 433.

⁸⁵⁸ Las definiciones de contrato y acto jurídico en el DCFR se encuentran, respectivamente, en los arts. II.-1:101 (1) y II.-1:101(2).

El alojamiento sistemático del instrumento señala la superación en el DCFR de la *equality of exchange* fundamentada en el justo precio (excluyendo, además, el control de abusividad sobre la adecuación del precio a pagar ex art. II.-9:406 DCFR⁸⁵⁹). La convergencia entre la *substantive fairness* y la *procedural fairness* queda, pues, explícita en el art. II.-7:207⁸⁶⁰⁸⁶¹, con la regulación de la figura de la explotación injusta que contiene elementos de ambas acepciones de justicia.

El art. 621-45 CCCat se incluye en la subsección sexta (*Ventaja injusta y lesión en más de la mitad*), de la sección primera (*Contrato de compraventa*) del Capítulo I, relativo a los contratos con finalidad transmisora.

Lesión en más de la mitad y ventaja injusta se prevén simultáneamente a continuación de los remedios del comprador y vendedor en los casos de incumplimiento (subsección quinta) y conjuntamente en la subsección sexta. Dicha regulación conjunta parece justificarse por el remedio rescisorio previsto para ambas⁸⁶².

Ocurre, sin embargo, que el Preámbulo de la Ley 1/2017 expone que el objetivo del Libro Sexto es una regulación unificada del contrato y enuncia el Título I

⁸⁵⁹ JEREZ DELGADO, C., (Coord.) (2015): *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, p. 120, sec. II.-9:406 (2): “Respecto de las cláusulas contractuales que han sido redactadas en un lenguaje sencillo e inteligible, el control de abusividad no se extenderá, ni a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación del precio a pagar”.

⁸⁶⁰ Sin embargo, en el Derecho positivo, hay algunas normas que vuelven a recordar a la *equality in Exchange*, p. ej., en Italia, el *Decreto Legge 24 gennaio 2012, n°1, Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*, establece en el art. 62.1 que el contrato relativo a productos alimenticios debe respetar los principios de transparencia, buena fe, proporcionalidad y equivalencia entre las prestaciones”, citado por PERRONE, A., (2013): “The Just Price Doctrine and Contemporary Contract Law: Some Introductory Remarks”, *Orizzonti del Diritto Commerciale. Revista Telematica*, p. 11.

⁸⁶¹ ROPPO, V., (2007): “Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, Anno XXV, n°4, p.608, advierte de la tendencia del derecho contractual europeo de focalizar los instrumentos de justicia contractual desde la vertiente del proceso, marginando, en cierta medida, la justicia material o sustantiva; ello ocurrió con la ventaja o explotación injusta del DCFR y de los PECL, comparándola con la “gross disparity” de los PICC.

⁸⁶² Señala el Preámbulo que “*La subsecció sisena incorpora una nova regulació de l'avantatge injust en l'àmbit subjectiu, amb la finalitat d'evitar casos clars d'abús d'una de les parts envers l'altra, tot vetllant per la justícia de l'intercanvi, en sintonia amb els textos internacionals de dret contractual europeu. En l'àmbit objectiu, es manté i es generalitza l'antiga doctrina de la laesio enormis per a resoldre supòsits de greu desequilibri de les prestacions. S'estableix una acció de rescissió, renunciable només amb posterioritat a la conclusió del contracte, i la part legitimada pot demanar al tribunal en tot cas l'adaptació del contracte*”.

relativo a las disposiciones generales⁸⁶³, quedando únicamente desarrollado el Título II (tipos contractuales). En los términos actuales, la localización de ambas figuras reduce también a la ventaja injusta a la causalidad onerosa, a diferencia del DCFR que, como ya hemos visto, extiende la aplicación de la explotación injusta a la donación (art. IV.H.-2:104 DCFR) y a la constitución gratuita del *trust* (art. X.-4:201.b DCFR).

En el contexto catalán y ante una hipotética regulación de la parte general del negocio jurídico, cabría realojar allí la ventaja injusta, extendiendo así su ámbito de aplicación a la negociación *inter vivos*⁸⁶⁴.

El legislador catalán opta por conservar la institución histórica de la *laesio ultra dimidium*; cuestionamos el mantenimiento de la rescisión por lesión ya que la introducción de la figura de la ventaja injusta integra en su contenido el elemento objetivo caracterizador de la *laesio enormis*; entendemos que no era necesaria una regulación paralela relativa únicamente al desequilibrio intrínseco en el contrato⁸⁶⁵; la nueva regulación de los arts. 621-45 y 4 CCCat 6 denota una duplicidad del objetivo protector de la parte débil, innecesaria bajo nuestro punto de vista.

A pesar de que no disponemos de un documento que permita consultar el debate de la Sección de Derecho Patrimonial de la Comisión de Codificación del Derecho civil de Cataluña, de la lectura de la norma proyectada en el art. 621-46 CCCat (lesión en más de la mitad) constatamos que el legislador se hizo eco de las propuestas del profesor MARTÍN CASALS, quien estableció la necesidad de incorporar una reforma de la regulación de la rescisión por lesión contenida en la Compilación del Derecho civil de Cataluña consistente en dos opciones: o bien se encauzaba una reforma de mínimos, consistente en mejorar la redacción dada por el 321 CDCC o bien se apostaba por una reforma de máximos, que implicara

⁸⁶³ Dicho título queda reservado para la regulación, cuando proceda, de la obligación y del contrato en general.

⁸⁶⁴ BADOSA COLL, F., (2014-2016): "L'avantatge injust. El contractant feble i la seva protecció... *cit.*, p., 413.

⁸⁶⁵ El Anteproyecto de CCCat (Edicto de 16 de julio de 2014, por el cual se somete a información pública el Anteproyecto de Ley del Libro Sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y contratos) también establecía esta duplicidad de figuras protectoras de la parte débil: lesión en más de la mitad (621-45) y ventaja injusta (621-46). La diferencia entre el Anteproyecto y el Libro Sexto reside en sede de remedios, como veremos en el Capítulo V

una introducción de un modelo subjetivo equivalente al presentado por las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo⁸⁶⁶.

Finalmente, como ya hemos visto, la opción se ha reconducido a mantener la *laesio enormis* y regular, paralelamente, la ventaja injusta⁸⁶⁷. La regulación final sitúa, en primer lugar, la ventaja injusta y a continuación la lesión en más de la mitad, como norma de cierre. BADOSA señala que el régimen de la rescisión por lesión pasa a integrar un régimen general de ventaja injusta; es decir, según indica dicho autor, de la regulación se desprende que hay una institución genérica (ventaja injusta) que tiene dos manifestaciones: objetiva (lesión en más de la mitad) y subjetiva (ventaja injusta, en sentido estricto), ambas relativas a la causa onerosa y reflejo del principio de equivalencia de las prestaciones⁸⁶⁸. Sin embargo, la ventaja injusta del CCCat adopta el régimen rescisorio propio de la lesión (seguramente ello justificado por la ubicación sistemática en sede de compraventa que le da el legislador catalán); por ello no es configurada como un vicio de la voluntad, a diferencia de las propuestas del *soft law*, ni tampoco se acude a un régimen anulatorio.

Hallamos, sin embargo, un propósito común de ambas instituciones en el texto catalán: la protección de la parte débil, que deviene la destinataria de la norma (véase Capítulo IV).

Consideramos que la solución idónea hubiera sido fusionar la lesión en más de la mitad en el seno de la ventaja injusta presumiendo el abuso o

⁸⁶⁶ Véase DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA. OBSERVATORI DE DRET PRIVAT DE CATALUNYA (SECCIÓ DE DRET PATRIMONIAL): *Treballs preparatoris del Llibre Sisè del codi civil de Catalunya*. “Les obligacions i els contractes”, p. 41; también MARTÍN CASALS, M., (2000): “Perspectives de futur de la rescissió per lesió *ultra dimidium*” ... *cit.*, pp. 211-214 y 262-265. Consultada la pàgina web del Parlament de Catalunya (https://www.parlament.cat/web/documentacio/recursos-documentals/dossier-legislatiu/sumari/contingut/index.html?p_id=429819), en fecha 31/05/2018, no observamos que exista ningún documento equivalente al citado en esta misma nota de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya.

⁸⁶⁷ Entre la doctrina, algunos se inclinan por “enterrar” la lesión en más de la mitad, *cfr.* MARTÍN CASALS, M., (2009): *From laesio enormis to Unfair Advantage: A Shift in the Contractual Paradigm*... *cit.*, p. 527. También, GÓMEZ BUENDÍA, C., (2016): “*Laesio enormis* y *unfair advantage*: perspectiva histórica y comparada”, *Revista General de Derecho Romano* 26, p. 19, mostrándose la autora favorable a fusionar ambas figuras.

⁸⁶⁸ El Proyecto de Libro Sexto hacía más evidente la dependencia de la lesión respecto de la ventaja injusta, ya que equiparaba ambos remedios (analizamos con más detalle esta cuestión en el capítulo V); así, el art. 621-47 del Proyecto permitía al juez adaptar el contrato en los dos supuestos); en el Libro Sexto, la acción para corregir la lesión se diferencia de la de la adaptación del contrato en los casos de ventaja injusta; véase el art. 621-47 CCCat.

aprovechamiento de una situación de debilidad cuando el valor de la prestación recibida en el momento de la conclusión del contrato fuera inferior a la mitad del valor de la prestación que se hace (véase Capítulo IV); ello permitiría una conjunción en un mismo precepto de los elementos objetivos de la rescisión por lesión y los subjetivos de abuso o aprovechamiento de la ventaja injusta⁸⁶⁹. Esta es la opción que desarrollan DEL POZO CARRASCOSA, BOSCH CAPDEVILA y VAQUER ALOY en su propuesta de regulación, soldando la lesión en más de la mitad en el presupuesto de la ventaja injusta, presumiendo el beneficio excesivo cuando la lesión sea superior al 50 por 100 y facilitando, así, la carga probatoria de las circunstancias subjetivas a la parte débil⁸⁷⁰.

3.2. Ventaja injusta como vicio negocial: entre un vicio del consentimiento y un vicio de la causa

Hemos visto como algunos ordenamientos, así como las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo reconducen la ventaja injusta a un vicio del consentimiento, regulando dicha figura a continuación de los tradicionales vicios consistentes en el error, la violencia o intimidación y el dolo⁸⁷¹.

En lo que atañe a la cuestión relativa a la voluntad como requisito para la validez de los actos jurídicos, debemos recurrir a la categoría de vicios del negocio empleada por DE CASTRO⁸⁷², que acoge los vicios que invalidan la voluntad (art. 1300 CCE) y los relativos a los requisitos de existencia respecto de los contratos (art. 1261 CCE).

⁸⁶⁹ Así se expresaba, también, BOSCH CAPDEVILA en su comparecencia en el Parlamento catalán, en relación con el Proyecto de Libro Sexto del CCCat, señalando que la rescisión por lesión en términos objetivos puede conducir a resultados con unas consecuencias poco deseables, como señaló en el ejemplo siguiente: una persona que posee un cuadro que tiene un valor de 2000 € y que quiere vender, aunque no se encuentra en ningún estado de necesidad. Lo quiere vender por 800 € para comprarse un televisor. Este contrato sería rescindible según la regulación de la lesión en más de la mitad prevista en el Proyecto (y posteriormente, como hemos visto, en la Ley) y el remedio permitiría la corrección de la lesión (en los términos del 621-47 CCCat) del valor total de la prestación, por tanto, los 2000€. Por ello BOSCH CAPDEVILA plantea un entierro de la rescisión por lesión y una regulación de la protección de la parte débil desde el sistema subjetivo, *cfr.* DIARI DE SESSIONS del Parlament de Catalunya, X Legislatura, Sisè període, Sèrie C- Número 768, 1 de julio de 2015, sessió núm. 40, pp. 11 y 12.

⁸⁷⁰ BOSCH CAPDEVILA, E., DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., (2016): *Teoría general del contrato. Propuesta de regulación... cit.*, pp. 42 y 203-204.

⁸⁷¹ Así lo hace el art. 3.2.7 PICC, el art. 4:109 PECL, II.-7:207 DCFR y el decaído art. 51 CESL.

⁸⁷² DE CASTRO Y BRAVO, F., (1985): *El Negocio Jurídico*, Madrid: Civitas, pp. 93-100.

Señala DE CASTRO que con anterioridad al CCE, el término vicio del contrato se utilizaba con un significado distinto al actual; así, se empleaba “*pro defectu*”, cuando se refería a la carencia de un elemento constitutivo del negocio; otras, “*infirmitas*”, debilitación o vicio de alguno de sus elementos. Para abarcar ambas acepciones, propone el término de vicio del negocio⁸⁷³.

A los efectos que interesan a nuestro estudio, la acepción vicio del negocio se divide entre aquellos vicios que son propios de cada tipo de contrato (venta, donación, etc.) de los que se pueden encontrar en cualquier clase de negocio jurídico. Dentro de éstos últimos, encontramos:

- a) Los vicios específicos de la figura del negocio jurídico: que se subdividen a su vez, entre aquellos relativos a la declaración de voluntad (los que hacen que no exista declaración o los que la vician) y los relativos a la causa.
- b) Los comunes a los demás actos jurídicos (los que afectan a la capacidad jurídica, capacidad de obrar, legitimación, objeto y forma)⁸⁷⁴.

A tenor de dicha clasificación, parece obligado plantearse dónde incluiríamos la figura de la explotación injusta. A continuación, intentaremos dar respuesta a dicho interrogante.

El ámbito negocial de la explotación injusta en el DCFR es un ámbito *ad hoc* limitado a los contratos onerosos y, matizadamente, a los negocios gratuitos. No es un vicio que tenga aplicación general, como sería el relativo a los vicios del consentimiento, que abarque todas las manifestaciones de la voluntad, sino que su ámbito de aplicación es el de la negociación *inter vivos* susceptible de producir un daño o perjuicio a una de las partes: el contratante débil (véase en el Capítulo IV la caracterización que hacemos de dicho contratante). Es la naturaleza de la figura la que acabará determinando su ubicación sistemática.

Coincidimos con la calificación operada por BADOSA: es un vicio del negocio pero no estrictamente un vicio del consentimiento. La explotación injusta refleja un régimen de vicio híbrido, complejo: para que prospere una acción de rescisión o adaptación del contrato por explotación injusta cabe se requieren tres aspectos:

⁸⁷³ DE CASTRO Y BRAVO, F., (1985): *op.cit.loc.cit.*, p. 94.

⁸⁷⁴ Por todo, véase DE CASTRO Y BRAVO, F., (1985): *op.cit.*, pp. 93-95.

la posición de la parte débil en un estado negocial susceptible de ser explotado; una conducta de explotación de la otra parte y una ganancia desproporcionada obtenida en forma de una ventaja manifiestamente injusta o beneficio excesivo⁸⁷⁵. Se trata, por tanto, de una institución de nuevo cuño.

La peculiaridad de este vicio del negocio es que está predispuesto antes de la celebración del contrato; pero adquiere, relevancia, una vez se ha celebrado éste. Las situaciones descritas por el contexto negocial del art. II.-7:207.1 a) DCFRy el art. 621-45 CCCat son previas a la celebración del contrato y están vinculadas a la parte débil⁸⁷⁶. Un vicio potencial en la persona que deviene efectivo por la explotación de la otra parte. Como indica BADOSA, *“aquesta potencialitat del vici fa que es desplaci del contracte a la persona; d’ésser un vici negocial a una qualitat del celebrant”*⁸⁷⁷. Cabe señalar, sin embargo, que en los casos de explotación o ventaja injusta, el riesgo de ser engañado es menor que en los casos de dolo; existe un riesgo de ser convencido, que no engañado, y ello exige algún tipo de expediente o institución que permita declarar la ineficacia del negocio o que permita su adaptación, precisamente éste último remedio se contempla por ser menor el abuso o la explotación de la otra parte que en los casos de dolo, violencia o intimidación⁸⁷⁸.

Pero, además, la explotación conductual no es suficiente: para que se den los presupuestos de la explotación injusta (institución) se necesita que la parte débil se encuentre en un contexto negocial determinado (situación de dependencia o confianza entre las partes, necesidades económicas o urgentes de la parte débil, o bien que ésta fuera ignorante, imprevisora, inexperta o falta de habilidad en la

⁸⁷⁵ BADOSA COLL, F., (2014-2016): “L’avantatge injust. El contractant feble i la seva protecció... *cit.* pp. 400-401.

⁸⁷⁶ Y es en ésta predisposición dónde reside la diferencia entre la ventaja injusta y la lesión en más de la mitad descritas por los arts. 621-45 y 46 CCCat respectivamente, es decir, en los supuestos de ventaja injusta la parte débil ya tenía predisposición a ser perjudicada; ello no es así en la lesión en más de la mitad porque dicha predisposición no existe, *cfr.* BADOSA COLL, F., (2014-2016): “L’avantatge injust. El contractant feble i la seva protecció... *cit.*, p. 422.

⁸⁷⁷ *Ibidem*, p. 404.

⁸⁷⁸ Lo que la ventaja o explotación injusta tipifica no es ya la voluntad captable sino efectivamente captada, aunque insuficiente en sí misma para pretender la anulación por vicio del consentimiento (necesariamente debe ir acompañada de un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta), *cfr.* ARNAU RAVENTÓS, L., (2015): “Formación de la voluntad: riesgos de captación, y “decisión con conocimiento de causa”... *cit.*, p. 432.

negociación) y un resultado desproporcionado en forma de ganancia para una de las partes.

Insistimos en la calificación de la figura de la ventaja injusta como un vicio del negocio en la acepción utilizada por DE CASTRO⁸⁷⁹ y no como un vicio del consentimiento clásico según acabamos de adelantar, ya que su peculiaridad también reside en los remedios previstos para ella: la anulación y adaptación. Como veremos en el Capítulo V, en los casos de explotación injusta se prevé la posibilidad de adaptar el contrato, con el fin de evitar la ineficacia de éste. Y en el DCFR (así como también en los PECL y en los PICC) incluso a petición de la parte beneficiada [art. II.7:207(3) DCFR, art. 4:109 (3) PECL y art. 3.2.7 (3) PICC]. Cabe distinguir dicho remedio de la adaptación prevista para los casos de error (art. II.-7:203 DCFR). En conclusión, la ventaja o explotación injusta es una causa autónoma de ineficacia del negocio jurídico, figura *ad hoc* de protección de la parte débil, separada y diferente de los vicios del consentimiento tradicionales. Por ello se mantiene al margen de la funcionalidad protectora de la capacidad de obrar mediante el remedio de la adaptación. Es un fundamento de ineficacia del negocio jurídico que extiende la protección a la parte contractualmente más débil⁸⁸⁰.

Por lo tanto, creemos que el fundamento de la explotación injusta en el DCFR y en los otros proyectos de armonización del Derecho contractual europeo, reside en configurar dicho instrumento como un vicio del negocio jurídico; en la clasificación de DE CASTRO, un vicio específico del negocio jurídico, que no necesariamente caracterizado como un vicio de la voluntad: un vicio del negocio jurídico a caballo entre un vicio del consentimiento y un vicio de la causa onerosa por ser los negocios onerosos su sede principal y ser la finalidad del remedio el reequilibrio económico de las prestaciones. Ello no excluye, como sucede en el DCFR, que pueda tener una restringida manifestación en la causa gratuita (p.ej, donación *ex art. IV.-H.-2:104 DCFR*); ocurre, en estos casos, que el acento

⁸⁷⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F., (1985): *El Negocio Jurídico... cit.loc.cit.*, p. 93.

⁸⁸⁰ BADOSA COLL, F., (2014-2016): *op.cit.*, p. 405: ““*El vici del negoci consisteix en la seva desviació com a instrument jurídic, que converteix un mitjà de regulació d'interessos en un mitjà per a provocar un perjudici greu a un contractant en situacions de feblesa. La idea de desviació del negoci permet obviar l'explotador i el seu guany i enfocar la institució directament en el perjudici de qui l'ha patit*”.

recaerá en los elementos subjetivos de la figura, por tanto, en la vertiente relativa a la injusticia procedimental, próxima a los vicios de la voluntad.

Cabe recurrir aquí a la teoría del sistema móvil planteada por MARTÍN CASALS: en los supuestos con causa gratuita en que opere la ventaja injusta, será el elemento subjetivo el que tendrá más relevancia: es decir, se dará una decantación hacia el vicio de la voluntad. Ello refleja las dos vertientes sobre las que oscila la figura: la lesión y el vicio. En otro sentido, en los casos en que la desproporción/lesión sea flagrante, en que exista una preeminencia de la lesión, el elemento subjetivo perderá importancia⁸⁸¹ y cobrará peso la inequidad en el contrato. En todo caso, ambos elementos están, pues, en una relación de dependencia recíproca; así, si se cumplen de una forma muy destacada los elementos subjetivos, la exigencia de desproporción puede ser menor (p, ej, lo que sucede en los casos en que se aprecie explotación injusta en la donación, en que el desequilibrio entre las prestaciones es inherente a la institución) y a la inversa; una desproporción grave entre prestación y contraprestación requerirá una explotación de la situación de debilidad de menor intensidad.

En el ámbito del CCCat, la regulación actual de la ventaja injusta y la lesión en más de la mitad ubicadas en sede de compraventa, según el matiz que ya hemos señalado relativo a la política legislativa (pendientes los títulos relativos a la parte general de las obligaciones y contratos) obliga a plantearse el encaje entre ambas figuras (lesión en más de la mitad y ventaja injusta).

En el CCCat la lesión en más de la mitad y la ventaja injusta son configuradas como causas de rescisión del contrato oneroso válido. Como veremos en el Capítulo V, la figura de la ventaja injusta en el CCCat está esencialmente al servicio de parte perjudicada, ya que el remedio de la adaptación del contrato

⁸⁸¹ El autor recoge esta teoría de Walter Wilburg (*bewegliches System*), cfr. MARTÍN CASALS, M., (2000): "Perspectives de futur de la rescissió per lesió *ultra dimidium*" ... *cit.* pp. 257-258, dicha propuesta significa un camino intermedio entre los supuestos de hecho estáticos y las cláusulas generales indeterminadas. Éstas se caracterizan por su necesidad de ser concretadas en el caso; lo que el sistema móvil pretende es la determinación de forma general de los elementos relevantes, tanto en su contenido como en su número, y configurar de forma variable su relación de combinación, dependiendo de las circunstancias caso por caso. Véase, también, del mismo autor: "From laesio enormis to Unfair Advantage: A Shift in the Contractual Paradigm"... *cit.*, pp. 525-526.

sólo puede ser solicitado por la parte contractualmente más débil ex art. 621-47.1 CCCat).

Las diferencias entre ambas figuras, como ya se ha visto, residen en las notas de objetividad y subjetividad de ambas; así, la ventaja injusta, como norma de protección de la parte débil, plantea una limitación de la aptitud para celebrar contratos onerosos y conlleva una valoración conjunta de sacrificio y beneficio⁸⁸². Por ello, en el CCCat es el perjuicio experimentado por la parte en situación de debilidad lo que da lugar a la posibilidad de rescindir el contrato (o adaptarlo). El perjuicio excesivo que experimenta la parte débil es una lesión por debajo de la mitad (lesión *citra dimidium*) ya que, si alcanza el umbral del 50 por 100, la cuestión recibiría respuesta a través del art. 621-46 CCCat, el relativo a la lesión en más de la mitad. Desde un punto de vista objetivo, como ya se señala en el Preámbulo del Libro Sexto, la lesión en más de la mitad se significa como la única institución de la causa onerosa en el Libro Sexto tras la supresión de la norma relativa al saneamiento, sustituida por un régimen de conformidad (arts. 621-20 y sig. CCCat)⁸⁸³ y escenifica dos niveles de desequilibrio entre las prestaciones: por debajo de la mitad y por encima, que es rescindible.

Considerado todo lo dicho y dada la configuración que se ha propuesto, el alojamiento sistemático más adecuado para la ventaja injusta consideramos que sería en sede de disposiciones generales del contrato⁸⁸⁴ junto con una hipotética regulación relativa al cambio sobrevenido de las circunstancias esenciales del contrato (*hardship*); ambos instrumentos sirven como herramienta para reequilibrar la economía del contrato y, como veremos en el Capítulo V, contemplan la posibilidad de adaptación del contrato. En los supuestos de alteración sobrevenida de las circunstancias el remedio debería tender a una

⁸⁸² BADOSA COLL, F., (2014-2016): *op.cit.*, p. 422

⁸⁸³ Y así se señala también en el Preámbulo, párr.17, “*L’obligació de conformitat pretén aconseguir que el bé lliurat al comprador correspongui a allò pactat, atenent no només les especificacions del contracte, sinó també els criteris proposats per la llei per a valorar si es dona la dita correspondència*”.

⁸⁸⁴ Por tanto, debería incorporarse al Título I del Libro Sexto CCCat, relativo a las disposiciones generales en materia de obligaciones y contratos, junto con las disposiciones generales tendentes a preservar la certeza, consciencia y libertad de la declaración, *cfr.* LLÁCER MATA CÁS, M.R., (2015): La codificación del Derecho contractual de consumo como especialidad civil”, en LLÁCER MATA CÁS, M. R., (Coord.) (2015): *La codificación del Derecho contractual de consumo en el Derecho civil catalán*, Madrid: Dykinson, p. 69.

suerte de desequilibrio contractual razonable, a instancia de la parte contra la que se giró el riesgo contractual. Ello se justifica porque en los supuestos de *hardship* se constata que son situaciones que no inciden en el consentimiento de las partes; la *hardship* no protege la correcta formación del consentimiento ni incide en la validez del acuerdo; se habla de restablecer un equilibrio razonable entre las respectivas posiciones jurídicas tras una alteración de circunstancias totalmente ajena a la actividad de las partes⁸⁸⁵. En cierta medida y de forma paralela, la adaptación en los supuestos de ventaja injusta – que persigue una corrección del contrato según lo que se hubiera acordado siguiendo las exigencias de la buena fe y los usos del tráfico jurídico, en la redacción dada por el texto catalán- tampoco debería establecer un reequilibrio del valor total de la prestación ya que, a pesar de que la parte beneficiada inexcusablemente proyecta una captación efectiva del consentimiento consciente efectuada por la otra, dicho abuso o aprovechamiento es de menor entidad que el que se produce en los supuestos descritos por los vicios del consentimiento. Por tanto, y como veremos en el Capítulo V, la modificación judicial del contrato tampoco debería inclinarse, por regla general, al restablecimiento del valor total de la prestación sino a una suerte de corrección del precio lesivo. A pesar de ello, la convergencia de elementos subjetivos y el elemento objetivo en la figura deberían permitir al juez un grado de discrecionalidad mayor que en los supuestos señalados por la alteración sobrevenida de las circunstancias. En esta suerte de sistema móvil que define la ventaja injusta, en la que convergen la justicia sustantiva y procedimental, los casos en los que exista un predominio del elemento objetivo, es decir, en que la desproporción entre las prestaciones sea más exagerada, el peso de los elementos subjetivos será menor; cabe pensar que, en estos casos, una hipotética adaptación del contrato se encaminaría hacia un remedio que contemplara un complemento del precio que corrigiera la lesión. Por el contrario, si en la valoración conjunta de sacrificio y beneficio, lo determinante es el aprovechamiento de la parte beneficiada por el contrato de la situación de debilidad de la otra, y en menor medida, el desequilibrio entre las prestaciones,

⁸⁸⁵ RUBIO GIMENO, G., (2017): “Riesgo contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias”, en GRAMUNT FOMBUENA, M., FLORENSA I TOMÀS, C.E., (Dir.) (2017): *Codificación y reequilibrio de la asimetría negociada*, Madrid: Dykinson, p. 212; BOSCH CAPDEVILA, E., DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., (2016): *Teoría general del contrato... cit.*, pp. 66 y sig.

la adaptación del contrato deberá perseguir un reequilibrio pleno configurando, aquí sí, el remedio como un castigo hacia la parte no perjudicada por el contrato por el abuso dispensado sobre la otra.

Para finalizar, debemos concluir que la regulación de la institución de la ventaja injusta se orienta hacia una perfección pautada del negocio jurídico. El legislador contemporáneo persigue que el consentimiento prestado no sea sólo libre y exacto, sino también consciente; los códigos decimonónicos no supieron plasmar debidamente el principio de libertad en la formación del consentimiento contractual y es aquí donde reside el objetivo de la institución de la ventaja o explotación injusta, que forma parte, a su vez, de un nuevo tiempo legislativo de positivización de doctrinas y normas jurídicas que procuran un derecho contractual más justo.

La ventaja injusta se enmarca, pues, en la estructura básica de la sociedad enunciada por RAWLS⁸⁸⁶ e instrumentaliza, por tanto, dicha institución al servicio de la protección de la parte más débil.

⁸⁸⁶ Véase la cuestión del Derecho de contratos como parte de la estructura básica de la sociedad rawlisana y la instrumentalización de éste derecho al servicio de los principios de justicia enunciados por RAWLS, *supra*, Capítulo 1, §1.2.1.

CAPÍTULO CUARTO. DINÁMICA DE LA VENTAJA INJUSTA

1. ¿La causa onerosa como justificación y única supuesto de aplicación de la ventaja injusta?

El ámbito de aplicación de la explotación injusta en el DCFR se delimita en sede negocial. Así, tres son sus sedes: la más importante, en el contrato con causa onerosa (art. II.-7:207 DCFR) pero también tiene reflejo en la donación (art. IV.H.-2:104)⁸⁸⁷ y en la constitución gratuita del *trust* (art. X.-4: 201.b). Así pues, como decimos, la primera sede y principal es en el contrato, y, a los efectos que interesan a nuestro estudio, será la contractual la que centrará nuestra atención esencialmente.

Como sabemos, el art. 4:109 PECL (así también lo hacía el art. 51 del decaído proyecto CESL) sistematiza la explotación injusta a continuación de los tradicionales vicios del consentimiento (error, dolo y violencia) y así también se establece en el art. II.-7:101(1) a) DCFR, que centra el ámbito de aplicación del capítulo séptimo⁸⁸⁸.

⁸⁸⁷ Debe aclararse, no obstante, que en el DCFR la donación es considerada un contrato con efectos obligaciones de transferir bienes (art. IV.H.-1:101 y IV.H.-1:102.2 DCFR), a diferencia, por ejemplo, del régimen catalán, que no esgrime una orientación “contractualista”, sino que trata la donación como un modo de adquirir la propiedad (art. 531-7 CCCat). Véase DEL POZO CARRASCOSA, P., *et al.*, (2012): *Derechos reales*, 4ª Ed., Madrid: Marcial Pons, p. 71 y sig.

⁸⁸⁸ Asimismo, en los principios que aparecen en la introducción de la edición editada por los Prof. VON BAR y CLIVE, también se hace referencia a la explotación injusta como un vicio en el consentimiento en el principio 6, cfr. STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) VON BAR, C., CLIVE, E., (Ed.): (2009): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*, Munich: Sellier. European law publishers, pp. 40-41: *Principle 6: “Interventions when consent defective”*: *Even classical contract law recognises that it may not be just to enforce a contract if one party to it was in a weaker party position, typically because when giving consent the party was not free or was misinformed. For example, a contract concluded as the result of mistake or fraud, or which was the result of duress or unfair exploitation, can be set aside by the aggrieved party. These grounds for invalidity are often explained in terms of justice but equally it can be said that they are designed to ensure that contractual freedom was genuine freedom; and in the DCFR, as in the laws of the Member States, they are grounds for the invalidity of a contract. Moreover, at least where the contract has been made only as the result of deliberate conduct by one that infringed the other party’s freedom or misled the other party, the right to set aside should be inalienable, i.e. mandatory. The remedies given by the DCFR in cases of fraud and duress cannot be excluded or restricted. In contrast, remedies provided in cases of mistake and similar cases which do not involve deliberate wrongdoing may be excluded or restricted”*.

Ahora bien, las circunstancias señaladas por el art. II.7:207(1) a) DCFR no pueden predicarse todas en sede de donación (art. IV.-H:2:104 DCFR). Así, por ejemplo, las dificultades económicas, las necesidades urgentes o las carencias en las habilidades de negociación difícilmente podrán predicarse del donante, aunque sí puede suceder que sea ignorante, inexperto o imprevisor.

Los comentarios oficiales del DCFR señalan que son cuestionables las donaciones efectuadas en los casos de relación de confianza y dependencia, que son las dos situaciones que permiten presumir⁸⁸⁹ la existencia de explotación injusta en los casos de donación⁸⁹⁰; se facilita la carga de la prueba a favor del donante, presumiendo que ha sido explotado en el sentido del art. II.-7:207 DCFR⁸⁹¹.

La relación de confianza que se establece en sede de *trust* [art. X.-4:201 b) DCFR, “*el fundador del trust que dependiera de un beneficiario, o que fuera la parte más vulnerable en una relación de confianza con un beneficiario...*”] debe entenderse en sentido vulgar; es una relación previa al negocio jurídico que evidencia la inferioridad de una de las partes respecto a la otra; ello, unido a la

⁸⁸⁹ El donatario puede probar que la donación no era excesiva o injusta, p.ej, un regalo normal de aniversario. Los ejemplos que señalan los comentarios oficiales del DCFR son los siguientes (traducción propia):

A tiene un negocio pequeño que vende componentes mecánicos para coches a la compañía de automóviles de B. Para consolidar su posición como vendedor, A hace una donación de un televisor de última generación a su único comprador, B. En este caso, A es económicamente dependiente de B y, por tanto, puede anular el contrato, a excepción que B pruebe que no obtuvo ningún beneficio excesivo o ventaja injusta. Ejemplo 2: A tiene depresión y recibe tratamiento médico de un psiquiatra, B. Durante el periodo de tratamiento, A hace una donación de un cuadro Picasso a B. Aquí, A es la parte débil en la relación de confianza. A podrá anular el contrato, excepto que B pruebe que no obtuvo ningún beneficio excesivo o ventaja manifiestamente injusta (difícil en este caso), *cf.* STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) VON BAR, C., CLIVE, E., (Ed.): (2009): *Principles... cit.*, p. 2833.

El segundo ejemplo, sin embargo, puede relacionarse con la modalidad de donación remuneratoria, la que se realiza a favor de una persona por sus méritos o por los servicios que ha prestado (art. 531-17 CCCat).

⁸⁹⁰ Es por ello que históricamente han existido prohibiciones al respecto, como la de donaciones entre cónyuges (art. 231-11 CCCat y, antiguamente, art. 20 CDCC); por todo, véase GÓMEZ POMAR, F., (2014): “Art. 231-11”, en EGEA I FERNÁNDEZ, J., FERRER I RIBA, J., (Dirs.) (2014): *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya*, Barcelona: Atelier llibres jurídics, p. 150.

⁸⁹¹ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) VON BAR, C., CLIVE, E., (Ed.): (2009): *Principles... cit.*, pp. 2833-2834, señalando, asimismo, que como la explotación injusta se relaciona con las ideas de la moral, la presunción de explotación injusta en sede de donación puede ayudar a disuadir a los potenciales donatarios de aceptar donaciones en situaciones que estén bordeando el margen de la norma. “*Such a deterrent function may at least temper the volumen of remuneratory donations where no real reason to be grateful exists on the side of the donor*”.

causa gratuita, es lo que justifica la presunción de que la parte débil ha sido explotada por la otra, como vemos a continuación.

En el ámbito del Derecho de sucesiones, el legislador también establece normas tuitivas que recaen sobre los negocios jurídicos que puede ordenar el causante, cuando entre él y el favorecido por la disposición media una relación de confianza o de dependencia. Así, el art. 412-5 CCCat, rubricado como “*inhabilidad sucesoria*”, establece una prelación de personas inhábiles para suceder. Dichos supuestos de inhabilidad sucesoria, a diferencia de las causas de indignidad (ex art. 412-3 CCCat), se relacionan con las posiciones o funciones (notario autorizante, testigo, intérprete, religioso, etc) calificables genéricamente como de confianza o fiduciarias, que una persona ejerce en relación con el causante. Ello no imprime ningún juicio sancionador, a diferencia de categoría de la indignidad sucesoria⁸⁹². La finalidad última de este tipo de normas es preservar la libertad y la integridad de la voluntad sucesoria del causante, y por ello se regulan estas normas protectoras con el fin de evitar situaciones de conflicto de interés entre los sujetos intervinientes⁸⁹³. Dicha normativa la podemos relacionar con la doctrina de la *undue influence* anglosajona, cuando establece una presunción de explotación por la especial relación de confianza entre los contratantes (padre/hijo, doctor/paciente, abogado/cliente, confesor/feligrés), y la acreditación de un desajuste o desequilibrio contractual permite anular el contrato por influencia indebida⁸⁹⁴.

Por otra parte, BADOSA señala que la importancia de estas tres sedes en la explotación injusta reside en la delimitación de una nueva área jurídica *ad hoc*: jurídica y económica. Jurídica porque los tres negocios patrimoniales son *inter vivos*; y económica, porque se produce un perjuicio en el patrimonio de uno de los celebrantes. En la contractual, hay un desequilibrio entre las prestaciones

⁸⁹² Art. 412-3 g) CCCat establece como causa de indignidad sucesoria: “*El que ha inducido al causante de forma maliciosa a otorgar, revocar o modificar un testamento, un pacto sucesorio o cualquier otra disposición por causa de muerte del causante o le ha impedido hacerlo, así como el que, conociendo estos hechos, se ha aprovechado de los mismos*”. Los casos establecidos por los supuestos de ventaja injusta imprimen una intensidad menor en la persona del beneficiado, que no llega a la entidad de vicio de la voluntad.

⁸⁹³ Por todo, véase GÓMEZ POMAR, F., (2009): “Article 412-5”, en EGEA FERNÁNDEZ, J., FERRER I RIBA, J., (Dir.) (2009): *Comentari al Llibre Quart del Codi civil de Catalunya*, Vol. I, Barcelona: Atelier, p. 121.

⁸⁹⁴ Véase Capítulo III, §1.2.2.1.1

intercambiadas por las partes, que se traduce en forma de un beneficio excesivo o ventaja manifiestamente injusta; en la donación y el *trust*, el perjuicio patrimonial no obtiene compensación⁸⁹⁵, ya que el perjuicio es inherente en la institución⁸⁹⁶. Cabe señalar que, en la explotación injusta aplicable a los negocios gratuitos, operan dos presunciones *iuris tantum* a partir de un hecho probado – la relación de dependencia o de confianza- : se presume la explotación injusta (conducta) que acarrea la presunción de la explotación injusta (institución)⁸⁹⁷. Para desvirtuar dicha presunción, será necesaria una prueba en contrario; ello no es así en la contractual, en que deberá probarse la explotación (conducta). La presunción opera sobre las dos primeras situaciones enumeradas por el art. II.-7:207 (1) a) DCFR: las relaciones de dependencia o confianza entre un donante o constituyente de trust y el donatario o beneficiario (para la donación, art. IV.H.-2:104 DCFR: *todo donante que esté sujeto a una relación de confianza con el donatario o que se la parte más vulnerable en una relación de confianza con el donatario podrá anular...*; en sede de *trust*, art. X.-4:201 b DCFR: *el fundador del trust que dependiera de un beneficiario, o que fuera la parte más vulnerable en una relación de confianza con un beneficiario, puede anular el trust*).

En el CCCat, el alojamiento sistemático de la ventaja injusta como norma propia de la causalidad onerosa, limita su ámbito de aplicación a los contratos con esta causa; sin embargo, como ya hemos indicado en el capítulo anterior,

⁸⁹⁵ BADOSA COLL, F., (2014-2016): “L’avantatge injust. El contractant feble i la seva protecció... *cit.*, p. 383.

⁸⁹⁶ *Ibidem*, p. 393. El art. IV.-H.-2:104 reza así: *Explotación indebida. Todo donante que esté sujeto a una relación de confianza con el donatario o que se la parte más vulnerable en una relación de confianza con el donatario podrá anular el contrato en virtud del artículo 7:207 (Explotación indebida) del Libro II, salvo que el donatario demuestre que no se ha aprovechado de la situación del donante para obtener un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta*. En relación con el *trust*, el art. X.-4:201 (b) establece que: *Sin perjuicio de otras modificaciones que resulten necesarias, el Libro II Capítulo 7 (Causas de invalidez) se modificará de la siguiente forma, si es de aplicación a los trusts constituidos a título gratuito en vida del fundador del trust: b) el fundador del trust que dependiera de un beneficiario, o que fuera la parte más vulnerable en una relación de confianza con un beneficiario, puede anular el trust o un término del mismo en la medida en que disponga beneficios a favor de dicho beneficiario, salvo si él mismo demostrara que no obtuvo provecho de la situación del fundador de trust recibiendo un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta*. Nótese que la presunción se limita a los casos de relación de confianza o dependencia, por tanto, a las dos primeras situaciones enunciadas por el art. II.-7:207 DCFR.

⁸⁹⁷ BADOSA COLL, F., (2014-2016): “L’avantatge injust. El contractant feble i la seva protecció... *cit.*, p.393.

consideramos que un realojo de la figura en sede de disposiciones generales del contrato es más coherente con la naturaleza jurídica de la figura ya apuntada⁸⁹⁸ y, por tanto, aunque su ámbito de aplicación sea la contratación onerosa, ello no debería excluir que, en determinados contratos, y por extensión negocios jurídicos, con causa gratuita, pudiera tener relevancia la institución de la ventaja injusta⁸⁹⁹. Reiterando, y en base hasta lo ahora expuesto, es en los negocios onerosos donde la ventaja injusta tiene su sede principal; en aquellos negocios jurídicos con causa gratuita, y según la naturaleza móvil que hemos señalado anteriormente, la apreciación de una causa de ineficacia del contrato por ventaja injusta, decantará el peso hacia la vertiente procedimental de la figura, es decir, la relativa al proceso de formación del consentimiento; por tanto, a la mayor explotación de la parte débil, ya que el desequilibrio patrimonial es inherente en éstos.

La existencia de una presunción de explotación en los negocios con causa gratuita señalada por el DCFR podría tener un reflejo, también, en la causalidad onerosa. Propondremos, a continuación, la posibilidad de describir la figura de la ventaja injusta a través de una presunción de explotación cuando el valor de la contraprestación que recibe una parte sea inferior a la mitad del valor de la prestación efectuada por la misma.

2. Figura lesionaria y presunción de los elementos subjetivos de la institución

⁸⁹⁸ Véase Capítulo III, §3.1.

⁸⁹⁹ Cabe señalar que habrá algunos casos en que la distinción entre las causas gratuita y la onerosa no es tan evidente. Por ejemplo, en la STS de 18 de julio de 2014 (RJ\2014\4540), el TS señala que una promesa de donación de la nuda propiedad de un inmueble individualizado como domicilio conyugal, a favor del hijo menor habido de la relación matrimonial con reserva del donante del usufructo vitalicio, suscrita como pacto en el marco de un convenio regulador, aprobado judicialmente y confirmado por sentencia de divorcio, configura una promesa bilateral. Ésta *“no tiene un contenido de liberalidad, sino que se inserta en un negocio jurídico de mayor contenido obligacional recíproco, como es el convenio matrimonial suscrito de mutuo acuerdo por ambos cónyuges, que fue aprobado por una sentencia firme, en el que se engloban una serie de contraprestaciones complementarias determinantes de un negocio jurídico complejo, de carácter familiar y oneroso, y no de una simple donación a favor del hijo, que debe gozar de la fuerza vinculante del mismo, en tanto no se impugne”* (FJ 2º).

La pervivencia de la lesión en más de la mitad en el Código civil de Cataluña (art. 621-46 CCCat) permite cuestionar la existencia de una duplicidad en cuanto al objetivo de protección con el nuevo escenario rescisorio que plantea la ventaja injusta ex art. 621-45 CCCat.

Una aproximación a la experiencia quebequense en materia de lesión nos permitirá elaborar una propuesta que aúna en una sola figura el propósito descritos por ambas instituciones (lesión en más de la mitad y ventaja injusta).

Así, consideramos que el elemento objetivo de la desproporción entre las prestaciones podría presumirse⁹⁰⁰ cuando alcanzara el umbral del cincuenta por ciento⁹⁰¹. Es decir, podemos presumir la existencia de una lesión económica cuando el desequilibrio entre las prestaciones de las partes consiguiera llegar al límite del cincuenta por ciento. La acreditación de esta asimetría prestacional reduciría la arbitrariedad judicial ante la dificultad de determinar qué se entiende por desproporción excesiva entre las prestaciones y preservaría, asimismo, la seguridad contractual⁹⁰².

Además, sería conveniente establecer una segunda presunción, tal y como hace la lesión quebequense⁹⁰³: a partir del desequilibrio importante entre las

⁹⁰⁰ Así lo apunta, también, GÓMEZ BUENDÍA, C., (2016): “Laesio enormis y unfair advantage: perspectiva histórica y comparada”, en *Revista General de Derecho Romano* 26, p. 19, aproximando la figura al abuso de circunstancias y conjugando las figuras de la rescisión por lesión y la ventaja injusta en una de sola.

⁹⁰¹ Este umbral del cincuenta por ciento tiene pleno sentido en el contexto del derecho civil catalán ex art. 621-46 CCCat y antiguo art. 321 CDCC. En el Ordenamiento jurídico español, encontramos una referencia al límite del 50% en el artículo 1575 CCE; en este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (2015): “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 97, enero-abril, p. 366. Otros autores como EISENMÜLLER, H., (2015): “Justifying Fair Price Rules in Contract Law”, *European Review of Contract Law*, 11 (3), propugnan el establecimiento del límite del 50%.

⁹⁰² Por ejemplo, en la propuesta de lesión que hacía en el 2006 para la legislación francesa CHANTEPIE, G., (2006): *La lésion*, Paris: L.G.D.J, pp. 491 y sig., establecía la presunción de que una lesión superior al 50% debía considerarse importante. Así, su proposición era la siguiente: “Art. 1118 C.civ: *La lésion est une cause de révision des contrats lorsqu’elle crée un déséquilibre important entre les prestations échangées au jour du contrat. Un déséquilibre qui excède de plus de moitié la valeur des prestations fournies est présumé important. Néanmoins, à titre exceptionnel, le juge peut tenir compte dans l’appréciation de la lésion de toutes les circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat* ».

⁹⁰³ El art. 1406.1 del Código civil de Québec señala: “*La lésion résulte de l’exploitation de l’une des parties par l’autre, qui entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties; le fait même qu’il y ait disproportion importante fait présumer l’exploitation*”. Vemos, sin embargo, que el legislador quebequense, a pesar de crear una presunción de explotación, sigue apostando por una referencia indeterminada de desproporción (« *disproportion imporante* »), aunque exceda palmariamente de lo que se considera “justo”, cfr. PINEAU, J., BURMAN, D., GAUDET, S.,

prestaciones contractuales (presumido, asimismo, en el umbral del cincuenta por ciento), podemos presumir⁹⁰⁴, también, el resto de requisitos que conforman la figura de la ventaja injusta, es decir, la situación de debilidad y el abuso de dicha situación con el fin de obtener un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta⁹⁰⁵⁹⁰⁶. Ello facilitaría la apreciación de los requisitos apuntados por los elementos subjetivos de la figura y correspondería a la parte beneficiada por el contrato la carga de probar que no había abusado de la situación de la otra parte.

Si la ganancia desproporcionada no significara un desequilibrio superior a la mitad, cabría, por la parte que alegara la ventaja injusta, la necesidad de probar la existencia de un contexto negocial que ha debilitado su posición y el abuso por la otra parte de dicho contexto.

(2001): *Théorie des obligations*, 4^a Ed., Montréal: Les Éditions Thémis, p. 219: “*En d’autres termes, le défaut d’équivalence des prestations résulterait d’un abus de la puissance économique ou autre d’une partie contractante à l’égard de l’autre, ce qui conférerait à la première un avantage excessif, dépassant outrageusement la mesure de ce qui est juste*”. Cabe señalar que esta imprecisión del elemento objetivo no es coherente en el ordenamiento jurídico quebequense; así, por ejemplo, en la lesión que se establece en los contratos con consumidores (véase *infra* §4.2) el art. 8 de la *Loi sur la protection du consommateur* califica la desproporción como de “*tellement considérable*” mientras que la lesión civil (art. 1406.1) se caracteriza, como acabamos de ver, como “*importante*”. Así, es cuestionable que en los contratos con consumidores que son asimétricos *per se*, en los que hay una parte débil muy identificada, la desproporción tenga que ser más grave, importante o excesiva —o ello es lo que se desprende del tenor literal del texto legal— que la lesión en los contratos civiles. Para los menores e incapaces, la lesión se califica como excesiva (art. 1406.2 Código civil de Québec).

La lesión quebequense establecida en el art. 1406.1 CCE sitúa el acento en la protección de la parte perjudicada y en el “daño” que dicha parte sufre como consecuencia de la explotación de la otra parte; “*in this sense, lesion is nothing more than a specific form of bad faith that the legislature has expressly decided to sanction*”, véase CRÉPEAU, P.A., CHARPENTIER-E.M., (1998) : *The UNIDROIT Principles and the Civil Code of Québec : shared values?*, Scarborough (Ontario): Carswell, P. 105.

⁹⁰⁴ Véase la presunción que proponen BOSCH CAPDEVILA, E., DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., (2016): *Teoría general del contrato. Propuesta de regulación*, Madrid: Marcial Pons, pp. 42 y 201.

⁹⁰⁵ Así lo señala, también, GINÉS CASTELLET, N., (2016): “La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual”, *InDret*, p. 31

⁹⁰⁶ En el “Study Group on the Progressive Codification of International Trade Law, Report on the 2nd Session of the Study Group held in Rome from 5 to April 1982” ya se proponía la presunción de que la ventaja injusta proviniera de una excesiva desproporción entre las prestaciones que alteraran el equilibrio contractual. Pero dicha propuesta fue rechazada por la dificultad que podría tener la parte fuerte de refutar la presunción si sólo la parte débil podía aportar prueba sobre la ausencia de algún signo de explotación, *cf.* INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW: “Study Group on the Progressive Codification of International Trade Law, Report on the 2nd Session of the Study Group held in Rome from 5 to April 1982” (prepared by the Secretariat of UNIDROIT), Rome: June 1982, UNIDROIT 1982, Study L-Doc. 22, pp. 8 y 9.

El juego de las presunciones legales tiene como base un hecho presunto (ex art. 385.1 LEC) unido por un nexo lógico con el hecho indicio (385.1.2º párrafo LEC)⁹⁰⁷. En el supuesto de la configuración de la figura que estamos proponiendo, si analizamos la primera presunción, el hecho indicio lo constituye la desproporción superior al cincuenta por ciento, que se presume excesiva (hecho presunto). Podríamos denominar a esta presunción, objetiva. Asimismo, el hecho presunto de la primera presunción, constituye el hecho indicio de la segunda; cuando exista una desproporción excesiva (hecho indicio), se presumirá la existencia de una explotación del estado de debilidad de una de las partes por la otra (hecho presunto). La presunción está configurada como *iuris tantum*, por tanto, admitiría prueba en contrario (debería probarse la inexistencia del hecho presunto, ex art. 385.2 LEC). Esta segunda presunción puede ser calificada de subjetiva, al hacer referencia a los estadios de debilidad que son aprovechados por la otra parte obteniendo, así, la ventaja o beneficio excesivo.

Planteamos, pues, un régimen de ventaja injusta mixto, que resuelve un maridaje entre justicia sustantiva y procedimental y que resulta concordante con la naturaleza ambivalente que caracteriza la figura que estudiamos.

La presunción de los elementos subjetivos, cuando el desequilibrio entre las prestaciones alcance el 50%, hubiera permitido al legislador catalán soldar las figuras de la ventaja injusta y lesión en más de la mitad en la primera de ellas⁹⁰⁸. Consideramos que la fusión de ambas figuras hubiera sido lo más conveniente ya que el ámbito de aplicación de la ventaja injusta, en la configuración que venimos proponiendo, permite albergar en su seno el presupuesto objetivo de lesión en más de la mitad, integrando así un instrumento que combate no sólo la injusticia sustantiva del contrato sino también la procedimental, velando por la emisión de un consentimiento consciente que se traduzca en un contrato equilibrado entre las prestaciones intercambiadas por las partes.

⁹⁰⁷ ARNAU I RAVENTÓS, L., (2005): "Les pressumpcions de donació del deutor concursat al seu cònjuge. A propòsit de l'article 78.1 de la Llei 22/2003, de 9 de juliol, concursal", *Revista Catalana de Dret Privat* [Societat Catalana d'Estudis Jurídics], Vol.5, pp. 12 y 13. Dicha autora define la presunción como aquella "*activitat intel·lectual duta a terme pel legislador o el jutge per mitjà de la qual es fixa formalment l'existència d'un fet, anomenat presumpte, partint de la realitat d'un altre, anomenat fet base, provat o indiciari, per raó de nexes causal o lògic existent entre ambdós*".

⁹⁰⁸ En el mismo sentido, GÓMEZ BUENDÍA, C., (2016): *op.cit.*, p. 19.

La amalgama de ambas figuras también es coherente con la presentación que hace de ellas la exposición de motivos de la Ley 3/2017, del 15 de febrero, del Libro Sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos. El párrafo 23 de dicha exposición permite entender que la regulación que hace el legislador de ambas instituciones puede enmarcarse en una norma que las abraza conjuntamente; así, la ventaja injusta en general, albergaría en su seno la institución del art. 621-45 CCCat así como, también, la lesión en más de la mitad del art- 621-46 CCCat. El destinatario de ambas normas es el mismo: el contratante más débil o parte perjudicada, a quien se le rinde la posibilidad de rescindir el contrato en los supuestos establecidos por la norma y, asimismo, la facultad de adaptarlo o corregir la lesión según la redacción dada por el art. 621-47 CCCat.

Dicha regulación conjunta justifica que en el texto legal ambas instituciones compartan la localización en la causa onerosa, el régimen de rescindibilidad y la posibilidad de adaptar el contrato o corregir la lesión (art. 621-47 CCCat).

La diferencia entre ambas instituciones ya hemos señalado que reside en las notas de subjetividad y objetividad que las caracterizan pero en nuestra propuesta de ventaja injusta, incorporando el recurso a la presunción, resultaría inútil el mantenimiento de la regulación de la lesión en más de la mitad⁹⁰⁹.

Vamos a examinar, a continuación, el elemento personal que ha determinado la sensibilidad, primero del legislador europeo, y ahora del catalán, de refrendar un supuesto normativo que aunara en el mismo precepto la protección de la justicia procedimental y la sustantiva: el contratante débil.

3. El sujeto protegido: la parte contractualmente más débil

En las diferentes propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo se establece la figura de la parte contractualmente más débil en el contrato y a la

⁹⁰⁹ En este sentido, como hemos señalado ya en el *supra* en el Capítulo III (véase la nota 867 a pie de página) MARTÍN CASALS es partidario de “enterrar” la institución histórica de la *laesio enormis*, cfr. MARTÍN CASALS, M., (2009): From *laesio enormis* to Unfair Advantage: A Shift in the Contractual Paradigm” en WIEGAND, W., KOLLER, T., WALTER, H.P., (2009): *Tradition mit Weitsicht*, Bern: Stämpfli Verlag AG Bern, p. 527: “*In my opinion laesio enormis must be buried back into history and the best funeral service is to remind ourselves of its actual historical meaning. For justice of the “one-half” it is not always the wisest*”.

vez perjudicada por el mismo como el sujeto protegido por de la figura de la ventaja o explotación injusta. Conviene hacer, a continuación, un análisis pormenorizado de ésta – la contractualmente más débil-, describiendo los caracteres principales de la misma y caracterizando, asimismo, las distintas categorías de ésta que recogen algunos ordenamientos que regulan la figura de la ventaja injusta.

3.1. Legitimación simétrica para el ejercicio de la acción

Como ya hemos señalado anteriormente⁹¹⁰, la experiencia catalana, tradicionalmente, regulaba asimétricamente los supuestos de rescisión por lesión (art. 321 CDCC), atribuyendo en exclusiva al enajenante la posibilidad de rescindir el contrato. La nueva regulación de la lesión en más de la mitad cristalizada en el Código civil de Cataluña supera esta discriminación y extiende la legitimación para solicitar la rescisión del contrato a la parte perjudicada (art. 621-46 CCCat), sea enajenante o adquirente, ello sin perjuicio de que se haya planteado la aplicación de la figura a contratos no transmisivos, como el arrendamiento.

Asimismo, la figura de la ventaja injusta propuesta por el legislador catalán, procura a la parte débil la posibilidad de rescindir el contrato, sin hacer distinción entre adquirente o enajenante. Ello ya había sido resuelto así, en este sentido, por las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo (así, art. 3.2.7 PICC; art. II.-7:207 DCFR, art. 4:109 PECL y en el art. 51 CESL)⁹¹¹.

Las propuestas estatales prelegislativas y académicas han seguido el modelo del Derecho contractual europeo, permitiendo a la parte que ha sido perjudicada por el contrato solicitar la anulación del mismo, siempre que se cumplan los requisitos establecidos por la norma (art. 1301 PMCC, art. 527-9 PAPDC y art.

⁹¹⁰ Véase *supra*, Capítulo II, §3.2.3

⁹¹¹ A favor de abrir la legitimación a todos los contratantes, sin establecer ningún tipo de categoría, CHANTEPIE, G., (2006): *La lésion*, Paris: L.G.D.J, p. 261.

56 de la propuesta de regulación de teoría general del contrato de los profesores BOSCH, DEL POZO y VAQUER⁹¹²).

Finalmente, hemos hecho referencia a lo largo de este estudio de la finalidad última de dicho instrumento: la protección de la parte débil; no en términos de protección absoluta sino dependiendo de la magnitud del perjuicio. Nos detendremos brevemente a continuación en el concepto de contratante más débil establecido por las figuras de la ventaja o explotación injusta.

3.2. Parte contractualmente más débil

En primer lugar, cabe señalar que el DCFR (así como también los PECL) excluye de su regulación la cuestión relativas a la falta de capacidad negocial (art. II.-7:101.2 DCFR y art. 4:101 PECL)⁹¹³. Ocurre, pues, que el instrumento de la explotación injusta propone una protección especial al contratante con plena capacidad de obrar. En un contexto en el que la autonomía de la voluntad de las partes constituye uno de los pilares más significativos de la contratación⁹¹⁴, los contratos celebrados entre partes con plena capacidad de obrar son vinculantes y, por tanto, debe respetarse, *a priori*, el riesgo contractual inherente a cualquier negocio jurídico.

No obstante lo anterior, las situaciones enumeradas por el art. II.-7:207.1 a) así como en los arts. 621-45.1 CCCat o 4:109 (1) (a) PECL, refrendan un contexto negocial determinado que debilita la libertad y poder de negociación de una de

⁹¹² BOSCH CAPDEVILA, E., DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., (2016): *Teoría general del contrato. Propuesta de regulación*, Madrid: Marcial Pons, p. 42.

⁹¹³ Señalan los comentarios oficiales de la versión de los Prof. Von Bar y Clive [STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) VON BAR, C., CLIVE, E., (Ed.): (2009): *op.cit.*, p. 451] que “*although a lack of capacity may be a ground of invalidity, and may negate or vitiate consent or intention, this Chapter does not deal with that topic because it is more a matter of the law of persons than of contract proper*”.

⁹¹⁴ Nótese que el principio 3 de los comentarios oficiales del DCFR rubrica la libertad contractual como el punto de partida y que el principio 44 establece que el DCFR no procura la equivalencia absoluta entre las prestaciones ya que “*there is nothing against people profiting from a good bargain or losing from a bad one. The DCFR does not have any general notion that contracts can be challenged on the ground of lesión*”. Queda explícito el temor del DCFR de refrendar cualquier precepto que tuviera alguna concepción relativa a la rescisión por lesión, *cfr.* STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) VON BAR, C., CLIVE, E., (Ed.): (2009): *op.cit.*, pp. 38 y 55.

las partes contractuales⁹¹⁵, pero no constituye un límite a la capacidad negocial de la misma. Ello justifica el régimen de adaptabilidad que prevé la norma [art. II.-7:207.2 y 3 DCFR, 4:109 (2) y (3) PECL y art. 621-47.1 CCCat], no como un reflejo del principio de conservación del negocio jurídico sino como espejo de la validez inicial del contrato ya que ambos contratantes tenían una capacidad de obrar plena cuando celebraron el contrato⁹¹⁶.

La explotación injusta acoge un nuevo perfil de contratante: el contratante débil (la parte perjudicada). Una categoría diferente a la tradicional de consumidor (que se define por su contraparte: el empresario)⁹¹⁷⁹¹⁸. Esta configuración de nuevas categorías no es inusual; véase, por ejemplo, la referencia a las personas en situación de vulnerabilidad económica establecida por el art. 111-2 w) del Código de consumo de Cataluña (en adelante CCons), que constituye una

⁹¹⁵ El principio 6 del DCFR es bastante explícito cuando establece que no son justos aquellos contratos en los que el consentimiento de una de las partes está viciado o, si el consentimiento no fue del todo libre, y por ello establece la existencia de la posibilidad de anular dicho contrato. Asimismo, el principio 43 indica que normas tales como la explotación injusta permiten hacer un reconocimiento de la justicia en el contrato, ya que permiten a la parte perjudicada “escapar” de un contrato en el que no ha prestado el consentimiento de una forma totalmente libre, cfr. STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) VON BAR, C., CLIVE, E., (Ed.): (2009): *op.cit.*, p. 40.

⁹¹⁶ BADOSA COLL, F., (2014-2016): *op.cit.*, p. 408.

⁹¹⁷ Véanse las definiciones de consumidor y empresario del TRLGDCU en los arts. 3 y 4. Asimismo, también, el Código de Consumo de Cataluña considera a las personas consumidoras en el art. 111-2 a), de la siguiente forma: *Personas consumidoras y usuarias: las personas físicas o jurídicas que actúan en el marco de las relaciones de consumo en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Tienen también esta consideración los socios cooperativistas en las relaciones de consumo con la cooperativa. Cualquier referencia que se haga en la presente ley al concepto de persona consumidora se entiende hecha a la persona consumidora o usuaria en la medida que goza de bienes y servicios fruto de la actividad empresarial en el mercado.* Y, en relación con la definición de empresario que procura el texto catalán, ex art. 111-2 d): *Empresario o empresaria: cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que, en la realización de un negocio, un oficio o una profesión, comercializa bienes o servicios o, de cualquier otra forma, actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional.* Y se añade la definición de colectivo especialmente protegido [art. 111-2 c)].

⁹¹⁸ Véase el principio 46 de la edición oficial del DCFR, [STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) VON BAR, C., CLIVE, E., (Ed.): (2009): *op.cit.*, p. 56], rubricada como “*protecting the vulnerable*”, en el que se describe la protección imprimida hacia los consumidores y también otros ejemplos de normas con objetivos proteccionistas como son las relativas a contratos de provisión de determinados tratamientos médicos (arts. IV.C.-8:103, IV.C.-8:104, IV.C.- 8:106, IV.C.-8:108; IV.C.- 8:109 (5); IV.C.-8:111) o a la protección del deudor (arts. III.-5:118 y III.-5:119) o las normas especiales para garantías personales de los consumidores (arts. IV.G.- 4:101 y IV.G.- 4:107). También son merecedores de protección aquellas partes a las que se les imponga una cláusula predispuesta por la otra parte no negociada individualmente, art. II.-9:103 y II.-9:405 y II.-9:406. Finalmente, la norma sobre interpretación contraria a los intereses de la parte que dispuso una cláusula o parte dominante también extiende una protección a la parte más vulnerable, ex art. II.-8:103.

categoría específica a la que el legislador catalán decide dar una protección especial.

El contratante débil es aquél que se encuentra en alguna de las situaciones que conforman uno de los elementos subjetivos de la ventaja injusta: una situación de dependencia o relación de confianza con la otra parte, o de necesidades económicas o urgentes, o bien es ignorante, imprevisor, inexperto o carente de habilidad en las negociaciones [art. II.-7:207.1(a) DCFR) y art. 621-45.1 CCCat]. Es un perfil de contratante que es débil para concluir contratos que resulten en una ganancia desproporcionada en forma de beneficio excesivo o ventaja injusta.

Como sucede con los vicios del consentimiento clásicos, este contratante débil tiene limitada su libertad contractual general y tiene un poder de negociación asimétrico con su contraparte. Por tanto, es un contratante que tiene plena capacidad de obrar pero que tiene “limitada” su capacidad negocial. En el contexto de los negocios no libres, encontramos el régimen de los vicios del consentimiento (que prevé la anulación, aunque no haya lesión para el contratante afectado por el vicio ex art. 1300 y sig. CCE) y la explotación injusta, que permite, también, la adaptación del contrato (p.ej, art. 621-47 CCCat).

El ámbito material en el que es protegido este contratante débil es aquel en que opera la explotación injusta: en el DCFR, negocios patrimoniales *inter vivos* que impliquen algún tipo de desplazamiento patrimonial en relación con una aptitud jurídica: la de negociar con efectos perjudiciales excesivos⁹¹⁹; en el CCCat, los contratos con causa onerosa (art. 621-45 CCCat: “*El contracte de compravenda i altres de caràcter onerós es poden rescindir...*”)

La aptitud plena o ilimitada es la que se presupone en la capacidad de negociar con efectos perjudiciales. Es previa al negocio, por tanto, precontractual y permite asumir los perjuicios que se pueden producir.

Si esta aptitud para negociar con efectos perjudiciales es plena, el negocio será válido y no podrá ser anulado o rescindido. Si es limitada, para que se pueda anular o adaptar el contrato, deberá venir acompañada de los requisitos

⁹¹⁹ Por todo, veáse BADOSA COLL, F., (2014-2016): *op.cit.*, pp. 407-412.

enumerados por los arts. II.-7:207 DCFR, 4:109 PECL y 621-45 CCCat, entre otros; es decir, filtrada o tamizada por el provecho que la otra parte contratante obtiene, siendo consciente de que dicha parte se encontraba en una situación de debilidad o que su aptitud para negociar estaba menguada, aunque desconociera el origen o la situación de la que provenía esta limitación en la capacidad de negociación, y, además, reportándole una ganancia desproporcionada (en forma de beneficio excesivo o ventaja injusta). Es en estos casos cuando la aptitud para negociar con efectos perjudiciales, limitada o no plena, adquiere relevancia jurídica permitiendo al contratante débil instar la nulidad/rescisión del contrato u optar por un régimen más conservador, como es el de su adaptación⁹²⁰. Es decir, la parte o contratante débil, definido según los parámetros del art. II.-7:207.1 a) DCFR y el art. 621-45.1 CCCat es igualmente débil aunque no se cumplan finalmente los requisitos para que exista la explotación injusta (institución). Puede que, por ejemplo, a pesar que una de las partes (contratante débil) se encontrara en un contexto negocial debilitante, y que la otra parte se aprovechara de ello, no resultara en un contrato altamente desproporcionado; entonces, no se cumplirían los supuestos de la explotación o ventaja injusta, y el contrato no se podría ni anular/rescindir ni adaptar. La explotación injusta contractual no se presume (a diferencia de los casos de explotación injusta en sede de donación y de *trust*) y, por tanto, debe probarse no sólo el vicio en la aptitud para negociar con efectos perjudiciales sino también el hecho de que la otra parte se ha aprovechado de ello. Consideramos, como ya hemos contemplado *supra*, que debería arbitrarse una presunción de explotación cuando la desproporción entre las prestaciones de las partes superara el cincuenta por ciento⁹²¹.

Por el contrario, la parte fuerte puede definirse como aquella que tiene una aptitud plena para negociar con efectos perjudiciales. Por tanto, su capacidad negocial es plena o ilimitada; no se encuentra en ninguna de las situaciones del art. II.-7.207.1 a) DCFR o art. 621-45 CCCat.

⁹²⁰ *Ibidem*, pp. 411-412. Si la falta de aptitud es total, el contrato será nulo, pero nos encontraremos luego ante un supuesto de falta de capacidad, excluido del ámbito de aplicación del DCFR, ex art. II.-7:101 (2).

⁹²¹ Véase *supra*, en este mismo capítulo §2.

En definitiva, y a tenor de todo lo dicho, la explotación injusta procura una protección a un determinado contratante: el débil. Pero para ello requiere una actitud de provecho de la otra parte y un resultado contractual perjudicial para la primera. El elemento predominante en el régimen de protección de la parte débil no es su voluntad contractual sino la magnitud del perjuicio que sufre. Por ello, se establece el régimen de adaptabilidad del contrato visibilizando que el contrato fue celebrado por dos personas plenamente capaces y, por tanto, el contrato era válido. Por todo ello, el remedio de ineficacia que propondremos a continuación es el rescisorio y no el de anulabilidad/rescindibilidad, porque el contrato establecido entre las partes es inicialmente inválido, aunque los efectos que se derivan de ello son considerados injustos por el ordenamiento jurídico⁹²².

El contratante más débil o parte perjudicada es el sujeto protegido según la nueva regulación operada por el Libro Sexto del Código civil de Cataluña en las dos instituciones reequilibradoras de la economía del contrato: la ventaja injusta (art. 621-45 CCCat) y la lesión en más de la mitad (art. 621-46 CCCat). Es esta parte la que controla la figura en la orientación dada por el CCCat ya que, a diferencia de las propuestas contractuales europeas –como veremos en el siguiente capítulo–, es esta parte la única legitimada para solicitar la adaptación del contrato (también ello es así en las propuestas estatales, véanse los arts. 1301 PMCC y art. 527-9 PAPDC).

Cabe señalar, sin embargo, que esta parte perjudicada no es uniforme en las regulaciones de la ventaja injusta y la lesión en más de la mitad⁹²³; así, en el supuesto de la ventaja injusta, la parte perjudicada o contratante más débil será aquella parte que se encuentre en alguna de las situaciones descritas por el 621-45.1 CCCat, previas al contrato y potenciadas por la otra parte. En otro sentido, la parte perjudicada en los supuestos de lesión en más de la mitad lo será exclusivamente en atención al desequilibrio entre el valor de las prestaciones intercambiadas por las partes.

En el siguiente capítulo determinaremos cuál es el alcance idóneo al que debe tender la adaptación del contrato: el restablecimiento del valor total de la

⁹²² Véase *infra*, en este mismo capítulo, §5.

⁹²³ Así lo señala BADOSA COLL, F., (2014-2016): *op.cit.*, p. 417.

prestación, reequilibrando las prestaciones intercambiadas por las partes con inspiración iusnaturalista o, por el contrario, la corrección del contrato queda limitada a la obtención de un contrato razonablemente desequilibrado que respete, en mayor medida, las consideraciones inicialmente pactadas por las partes⁹²⁴.

3.3. Menores e incapaces

Siguiendo con la regulación del régimen de la lesión que hallamos en el Código civil del Quebec⁹²⁵, éste, a su vez, incorpora en el mismo artículo relativo a la lesión, un régimen reservado para los casos de desequilibrio extrínseco⁹²⁶, es decir, en línea con el decadente régimen lesionario que observamos en el CCE (arts. 1291 y sig), el art. 1406.2 del Código quebequense configura un tipo de lesión de carácter subjetivo, limitando su campo de aplicación a menores de edad e incapaces⁹²⁷.

Podría configurarse también un régimen de ventaja injusta específico para menores de edad e incapaces, sin el baremo aritmético del cincuenta por ciento, utilizando la fórmula del *soft law* (excesiva desproporción entre las prestaciones), con un margen más amplio para la discrecionalidad judicial, que tendría

⁹²⁴ Véase lo apuntado en el Capítulo V.

⁹²⁵ El Código civil del Québec, a pesar del régimen del 1406, tiene un régimen restrictivo de la lesión, tal y como indica el art. 1405: “*Except in the cases expressly provided by law, lesion vitiates consent only with respect to minors and protected persons of full age*”. Sin embargo, se ha encontrado una vía para paliar la falta de un régimen general lesionario: el artículo 1437, relativo a las cláusulas abusivas, se ha utilizado para obtener el mismo resultado que si existiera una regla general de lesión entre mayores, véase WILSON, K., (2010): “Alive and Kicking- The Story of Lesion and the Civil Code of Québec”, *Les Cahiers de droit*, vol. 51, nº2, pp. 461 y sig. En un sentido similar, véase LEFEBVRE, B., (2003): “Le Contrat d’Adhésion”, *La Revue du Notariat*, vol. 105, septembre 2003, p. 462. También PINEAU, J., BURMAN, D., GAUDET, S., (2001): *Théorie des Obligations*, 4ª edición, Montréal: Les Éditions Thémis, p. 425, aunque limitando el art. 1437 a cláusulas del contrato y no en toda su globalidad (nulidad parcial).

⁹²⁶ LLUELLES, D., (1998): *Droit Québécois des Obligations. Vol. I*, Montreal : Éd. Thémis, p. 430.

⁹²⁷ Art. 1406.2: “*In cases involving a minor or a protected person of full age, lesion may also result form an obligation that is considered to be excessive in view of the patrimonial situation of the person, the advantages he gains from the contract and the general circumstances*”. Se trata de una categoría especial de contratante: se presume la situación de debilidad en dichos contratantes por su condición de menores o de mayores de edad incapacitados.

justificación por hallarnos ante un sujeto cualificado especialmente protegido por razón de su minoría o su incapacitación⁹²⁸⁹²⁹.

Ante este tipo de contratantes, con capacidad de obrar restringida o no plena, la vertiente procedimental de la figura adquiere más importancia; es decir, no resulta tan determinante la desproporción entre las prestaciones (la lesión no necesariamente deberá alcanzar el 50%), sino que lo que se resalta aquí es el abuso o el aprovechamiento de una limitación en la capacidad de obrar de la otra parte; por tanto, en nuestro sistema móvil, el peso de la figura recaería en los elementos subjetivos de la figura⁹³⁰. El desequilibrio, en este caso, ocurre por elementos extrínsecos al contrato, y no principalmente en el contenido interno del mismo⁹³¹. Ello escenifica, una vez más, la convergencia de justicia procedimental y sustantiva en la figura de la ventaja injusta⁹³².

4. La ventaja injusta y la contratación consciente: especial referencia a la contratación con consumidores.

En este epígrafe haremos referencia a la ventaja injusta como instrumento que nos permite aunar, en una misma figura, una visión de los deberes precontractuales relacionada, en primer lugar, con la integridad del

⁹²⁸ El juez intervendría más en este tipo particular de régimen lesionario para proteger la situación económica de las personas protegidas. En el presente caso, no nos hallamos ante un régimen objetivo de lesión: podría argumentarse, incluso, que si nos encontráramos con el caso de un contrato con prestaciones equivalentes entre las partes pero examinando la situación patrimonial del deudor y las ventajas que se derivan del contrato, resultarían excesivas para una de ellas. Para el derecho quebequense, véase CRÉPEAU, P. A., CHARPENTIER, É. M., (1998): *The UNIDROIT Principles and the Civil Code of Québec: Shared Values?*, Scarborough: Carswell, p.109.

⁹²⁹ El artículo 1310 de la PMCC mantiene, aunque con algún ligero cambio, la regulación de la rescisión del CC ex arts. 1292 y sig.

⁹³⁰ PINEAU, J., BURMAN, D., GAUDET, S., (2001) : *Théorie des Obligations... cit.*, pp. 220-221 : « *On rejoint ici l'idée d'exploitation : on ne vend pas, on ne loue pas n'importe quoi, à n'importe quel prix, à une personne qui n'a pas la pleine capacité juridique : on ne lui prête pas n'importe quelle somme à n'importe quel taux d'intérêt, etc. ; dans le cas contraire, n'a-t-on pas un comportement tout à fait déraisonnable, n'abuse-t-on pas de la situation, de l'inexpérience ou faiblesse de l'incapable ? N'exerce-t-on pas, alors, consciemment ou inconsciemment, une pression sur le consentement de cette personne et n'est-on pas ainsi amené à vicier son consentement ?* ».

⁹³¹ Una lesión subjetiva, como ha sido calificada por cierta doctrina quebequense, porque va unida a una categoría de contratante determinada. Véase LLUELLES, D., (1998): *Droit québécois des obligations*. Vol. I, Montréal: Éd. Thémis, p. 431: "... elle est donc une notion indépendante de tout déséquilibre purement quantitatif entre les prestations, et n'est pas nécessairement liée à l'idée d'exploitation ».

⁹³² En la concepción de la lesión quebequense, se establece una naturaleza mixta de lesión: de desequilibrio intrínseco y de vicio del consentimiento, combinando ambos elementos: objetivo y subjetivos.

consentimiento de las partes, relacionándose con los elementos subjetivos de la figura, y, en segundo lugar, con el contenido del contrato, vinculando aquí la justicia sustantiva (elemento objetivo) con la relación de cláusulas contractuales consideradas abusivas por el legislador.

4.1. Dolo incidental y ventaja injusta en casos de infracción de los deberes informativos

Siguiendo el parecer de GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO podemos señalar que existen situaciones en las que, pese a no haberse respetado de una forma escrupulosa los deberes precontractuales, el contrato se celebra, es válido, y no procede, *a priori*, la desvinculación del mismo. Esta situación puede derivar de la violación de deberes precontractuales, de información, que han conducido a que uno de los contratantes, el más débil, haya celebrado un contrato que le ha resultado desventajoso, distinto del que hubiera acordado si, por ejemplo, hubiera contado con una información íntegra y correcta⁹³³.

En supuestos como el descrito arriba la desvinculación contractual puede no proceder porque, por ejemplo, las circunstancias del caso no permiten considerar la existencia de un vicio del consentimiento que pudiera anular el contrato que ha resultado en una situación desventajosa para una de las partes. Entre nosotros, el Código civil español permite, sin embargo, que la parte perjudicada por un contrato que le vincula en condiciones desventajosas como consecuencia de una violación de un deber precontractual obtenga una indemnización, a través de la figura del dolo incidental ex art. 1270.2 CCE⁹³⁴.

⁹³³ GARCÍA RUBIO, M^a, P., OTERO CRESPO, M., (2010): "La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo", *InDret*, abril 2010, p. 50.

⁹³⁴ Obsérvese la referencia que hemos hecho al dolo incidental en el Capítulo III, §1.2.2.2. Encontramos en la jurisprudencia resoluciones que hacen referencia a la existencia de dolo incidental en los siguientes términos: así, por ejemplo, la STS de 30 de junio de 2000 (RJ 2000\6747) resuelve como un dolo incidental el dolo del vendedor que ocultó al comprador la denegación de una licencia de apertura, con la consecuencia de una indemnización de daños y perjuicios y no de anulación del contrato o la STS de 11 de julio de 2007 (RJ 2007\5132), calificando como incidental el dolo que impide a una de las partes cumplir el pacto de compras mínimas, ya que la parte no había informado a la otra de las existencias que habían quedado en poder de su anterior distribuidora y era ésta parte quién disponía de toda la información relativa a la existencia en poder de la antigua distribuidora, faltando así a su deber de lealtad, especialmente exigible en un contrato de distribución.

En algunos casos, la figura del dolo incidental y la de la ventaja injusta estarán separadas por una frontera opaca; en los supuestos de ventaja injusta, como veremos en el siguiente capítulo, la parte perjudicada podrá ir más allá de un remedio estrictamente reparatorio y optar por la rescisión o por la adaptación del contrato mientras que en los supuestos descritos por el 1270.2 CCE, la solución operará en términos indemnizatorios (normalmente una rebaja del precio) y, por tanto, en el terreno de la adaptación del contrato. En los casos de dolo incidental nos encontramos con circunstancias que no tienen la entidad de un vicio del consentimiento, y se resuelven a través de la observancia de un remedio reparatorio⁹³⁵. Salta a la vista, pues, la similitud con la figura de la ventaja injusta⁹³⁶.

En otro orden de cosas, la responsabilidad precontractual que se relaciona con la ventaja injusta (también en los casos de dolo incidental) necesariamente debe tener origen en comportamientos reconducibles al periodo de formación del contrato. En esta línea, sugiere NUÑEZ MUÑIZ, que se tratará de una responsabilidad no precontractual sino contractual, derivada del cumplimiento de obligaciones que, si bien no fueron pactadas por las partes debido a un defecto de información en la formación del contrato por una de ellas, se consideran integradas en el contrato a través del art. 1258 CCE y por ello serán exigibles⁹³⁷.

Algunos autores recurren a la *culpa in contrahendo* cuando se ha celebrado un contrato válido y una de las partes ve lesionado sus intereses por su contenido, debiéndose a un comportamiento reprochable en el periodo precontractual, de la

⁹³⁵ En cuanto a la conceptualización del dolo incidental, éste es dolo, y, por consiguiente, “*hay un conjunto de maquinaciones tendentes a producir en el otro contratante una situación de engaño. La diferencia entre dolo eventual y dolo incidental es que el primero no presenta la gravedad suficiente para impedir la formación de una correcta voluntad negocial. De esta suerte, el contratante que ha contratado movido por una maquinación dolosa constitutiva de dolo causante tiene siempre en su mano la posibilidad de anular el contrato. En el dolo incidental tal circunstancia no se da: el contratante que ha sufrido el dolo tiene que asumir con el contrato tal como lo celebró y cumplirlo sin disponer de ninguna acción de anulación*”, *cfr.* DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., (2009): “Notas sobre la indemnización del daño causado por el dolo incidental”, *ADC*, tomo LXII, fasc. III, p. 1053.

⁹³⁶ Como hemos señalado en el Capítulo III, §1.2.2.2.

⁹³⁷ NUÑEZ MUÑIZ, M^ºC., (2015): “La naturaleza de la responsabilidad civil precontractual y la obligación de indemnizar: deberes y obligaciones derivadas de la buena fe, información y lealtad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Mayo 2015, nº 749, p. 1631.

otra⁹³⁸. Observamos, pues, que algunos casos de *culpa in contrahendo* pueden tener una solución a través de la figura de la ventaja injusta.

En el Código civil, la responsabilidad contractual por una información *in contrahendo* sólo deviene exigible en caso de dolo, y encuentra su causa en la infracción de un deber de conducta durante la negociación del contrato, que le autoriza a reclamar una indemnización pero que no le permite instar la resolución por incumplimiento del contrato (1270.2 CCE)⁹³⁹. Ello, en los casos de ventaja o explotación injusta, también podría tener un reflejo en la conducta de la parte fuerte que se aprovecha de la situación de debilidad de la otra, como hemos visto en el Capítulo III⁹⁴⁰.

Por lo que atañe a la aplicación de la buena fe en sentido objetivo en la formación del consentimiento, ésta se ha canalizado, en el Derecho de consumo, a través del deber de informar, estacionado en una fase precontractual. Parafraseando a LLÁCER MATA CÁS, la buena fe cristaliza en un deber de información estatutario; ello constituye una característica de la relación contractual de consumo⁹⁴¹.

⁹³⁸ Ello nos ha permitido llamar la atención acerca de la similitud existente con la ventaja injusta, *Ibidem*, p. 1632. Señalando la autora la relación – en los PECL- entre el art. 4:106, relativo a la validez de los contratos, que contiene un precepto dedicado al caso de celebración del contrato bajo el supuesto de haber sufrido información incorrecta, y el art. 4:109, relativo a la ventaja injusta (p. 1634).

⁹³⁹ ELIZALDE IBARBIA, F., (2015): *El contenido del contrato*, Pamplona: Aranzadi, pp. 217 y sig.

⁹⁴⁰ Véase Capítulo III §1.2.2.2. Piénsese, por ejemplo, en los pactos otorgados por los cónyuges, una vez producida la ruptura, fuera de un convenio regulador (art. 233-5 CCCat). El CCCat permite desistir de los mismos si se han otorgado sin asistencia letrada en el periodo de tres meses desde que fueron adoptados y, como máximo, hasta el momento de la contestación a la demanda (art. 233-5.2 CCCat). Ello es así porque lo que persigue el legislador es que la emisión del consentimiento sea del todo libre y con una apreciación exacta de la realidad; la situación de vulnerabilidad personal que caracteriza dichos episodios justifica la necesidad de permitir al cónyuge no asistido por letrado la posibilidad de deshacerse del pacto. Y ello es aún más complejo cuando, una vez producida la ruptura, aún no ha cesado la convivencia (situación que puede dilatarse en el tiempo); el legislador permite dejar sin eficacia dicho acuerdo, a través de la facultad de arrepentimiento (a modo de *cooling off period*); véase, por todo, RUBIO GIMENO, G., (2014): *Autorregulación de la crisis de pareja (Una aproximación desde el Derecho civil catalán)*, Madrid: Dykinson, p. 61. Ello nos hace pensar que la figura de la ventaja injusta podría funcionar, aquí, como remedio ante situaciones como la descrita por la STSJC de 23 de febrero de 2016 (RJ\2016\3640), *cfr.* ARNAU RAVENTÓS, L., (2017): “Pactes assolits després de la ruptura però abans del cessament efectiu de la convivència. La facultat de penediment. Comentari de la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 23 de febrer de 2016 (RJ\2016\3640)”, *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 17, pp. 107-119. Ello lo podemos relacionar con la toma de decisiones reflexiva o con conocimiento de causa, que permiten una comprensión real y razonable del conjunto del contrato o pacto.

⁹⁴¹ LLÁCER MATA CÁS, M. R., (2015): “La codificación del Derecho contractual de consumo como especialidad civil”, en LLÁCER MATA CÁS, M.R., (2015) (Coord.): *La codificación del Derecho contractual de Consumo en el Derecho civil catalán*, Madrid: Dykinson, p. 72.

También el DCFR incluye preceptos relativos a las consecuencias que se derivan de un defecto de información precontractual; por ejemplo, los arts. II.-3:109 (2) y (3) DCFR, estableciendo los remedios en caso de incumplimiento de un deber de información, previendo expresamente, aunque el contrato no se haya llegado a celebrar, la responsabilidad por los daños que ha ocasionado a la otra parte por incumplir el deber de información (3) y, en el caso del segundo apartado, si el contrato llegara a celebrarse, deja a salvo siempre una solución puramente indemnizatoria.

Ya hemos visto en capítulos anteriores la función de la buena fe como instrumento de justicia contractual y, sucintamente, como puede establecerse como un deber de informar de la parte beneficiada por el contrato que le reporta una ventaja injusta⁹⁴². En sentido objetivo, pues, la buena fe enuncia normas de conducta colectiva que son propias de una consciencia honesta y leal, y pueden considerarse implícitas para el normal funcionamiento de un negocio jurídico. Asimismo, la buena fe en sentido objetivo también puede entenderse como una *“conducta ética significada por los valores de la honradez, la lealtad, el justo reparto de la propia responsabilidad y atenuamiento de las consecuencias que todo acto consciente y libre pueda provocar en el ámbito de la confianza ajena”*⁹⁴³.

Por otra parte, en la contratación de consumo, la asimetría informativa suele ser evidente ya que, normalmente, en los contratos en masa, la ausencia de negociación es inherente a ellos. Para ello se articula el conjunto de reglas que constituyen los deberes informativos, en aras a corregir la asimetría existente entre las partes. El panorama ofrecido por la legislación de consumo es muy distinto al del Código civil: el primero contiene una maraña de normas que pormenorizan los aspectos del contrato acerca de los que el empresario tiene obligación de informar⁹⁴⁴.

⁹⁴² Véanse, respectivamente, Capítulo I, §1.3.2 y Capítulo III, §1.2.2.2.

⁹⁴³ NÚÑEZ MUÑOZ, M^ºC., (2015): “La naturaleza de la responsabilidad civil precontractual y la obligación de indemnizar: deberes y obligaciones derivadas de la buena fe, información y lealtad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Mayo 2015, nº 749, pp. 1633. La responsabilidad *in contrahendo* se sostiene sobre la base de la buena fe, entendida como canon de comportamiento en el ejercicio de los derechos (art. 111-7 CCCat) y considerada como criterio de integración del contrato por analogía.

⁹⁴⁴ BASOZABAL ARRUE, X., (2012): “Los deberes precontractuales de información después del DCFR, la Directiva 2011/83 y la Propuesta CESL”, en LAPUENTE CÁMARA, S., (Dir.) (2012): *La*

En la contratación entre particulares regulada por el Código civil, este deber precontractual de información no está resuelto adecuadamente, a diferencia de lo que sucede en la regulación de los contratos con consumidores⁹⁴⁵. Porque, ¿cuál debe ser la carga de informarse entre las partes? El Código civil español carece de una regla general que imponga deberes precontractuales de información, aunque sí que contiene reglas que ayudan a paliar dicha ausencia; por ejemplo, cuando el legislador permite anular el contrato al contratante que yerra sobre las cualidades esenciales de la cosa. Se hace necesaria, pues, una regla general sobre deberes precontractuales de información, a partir de la cual podrían derivarse deberes específicos para casos concretos⁹⁴⁶. Algunos autores sostienen, además, que el sistema jurídico debería prever soluciones para la parte que ha sufrido el déficit de información que le permitieran desvincularse o

revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores, Cizur Menor: Civitas, p. 192. Véase, también, RUBIO GIMENO, G., (2015): “Codi civil i Codi de consum en els contractes de consum”, en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT. UNIVERSITAT DE GIRONA (Coord.) (2015): *El Llibre sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del Projecte de Llei*, Girona: Documenta Universitaria, pp. 256-257, señalando vehementemente dicha autora que “*S’ha arribat a identificar les llistes de deures d’informació com una patologia severa de l’ordenament consumerista que ha contaminat el dret contractual; alhora s’ha advertit que si el consumidor mig no llegeix els contractes, encara menys atindrà a la no sempre essencial informació que imperativament el proveïdor ha de facilitar-li amb caràcter previ. D’altra banda s’ha constatat que aquests deures d’informació no compleixen la finalitat protectora preventiva de preservar l’exactitud del consentiment contractual prestat, sinó que acaben trobant la seva utilitat més destacada al servei de l’oportunitat de desvincular-se d’una mala decisió contractual acudint a remeis no directament tipificats com a sancions de l’incompliment del deure d’informar impositat a l’empresari (...)*”. Y manifiestamente expresivo en relación con el crecimiento de los deberes de información precontractual se muestra CARRASCO PERERA, Á., [(2012): “Desarrollos futuros del derecho de consumo en España, en el horizonte de la transposición de la Directiva de los Derechos de los Consumidores”, en CÁMARA LAPUENTE, S., (Dir.) (2015): *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de consumidores*, Cizur Menor: Civitas, p. 314], indicando que “*las listas de deberes de información son un cáncer en el cuerpo del Derecho de consumo*”.

⁹⁴⁵ Otras voces críticas con este deber de información precontractual cuestionan la utilidad del mismo, ya que la cantidad de reglas que imponen deberes de información, utilizadas con el fin de que las partes tomen una decisión concienzuda, suponen “*una dejación de las responsabilidades de supervisión y aseguramiento por parte de las autoridades públicas que son, en definitiva, las últimas responsables de garantizar la justicia y libertad contractual*”, GARCÍA RUBIO, M^a P., (2015): “La información precontractual: buenas intenciones, cuestionables medios”, en LLÁCER MATAÇAS, M.R., (2015) (Coord.): *La codificación del Derecho contractual de Consumo en el Derecho civil catalán*, Madrid: Dykinson, p. 166.

⁹⁴⁶ Así lo señalan EIDENMÜLLER, H., FAUST, F., GRIGOLEIT, H.C., JANSEN, N., WAGNER, G., ZIMMERMANN, R., (2012): “Hacia una revisión del *acquis* de consumo”, en LAPUENTE CÁMARA, S., (Dir.) (2012): *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Cizur Menor: Civitas, pp. 147-148, estableciendo que dicha regla debería formar parte de las reglas sobre deberes precontractuales más que de las reglas sobre el error.

no del contrato; así, como señala ya el TRLGDCU en el art. 65⁹⁴⁷, que prevé la integración contractual, debería permitir que fuera la parte perjudicada por el contrato la que instara o bien la resolución o rescisión del contrato o la adaptación del mismo en función de la relevancia de la información omitida o falseada y su repercusión sobre la economía del contrato. Ello podría resolverse a través de la institución de la ventaja injusta, si los supuestos encajaran con los requisitos establecidos por esta figura, ya que en sede de remedios veremos que la misma incorpora la posibilidad de rescindir o adaptar el contrato.

Podemos señalar que el consentimiento informado es la versión moderna de la expresión de la libertad contractual; en este sentido, en esta etapa previa a la formación del contrato, el deber de información impone un deber de veracidad entre las partes, con el fin de obtener un consentimiento no sólo libre, sino concienzudo o consciente.

El principio de la buena fe objetiva integra, en su seno, este deber, aunque limita con el deber de las partes de “autoinformarse”. En este sentido, el principio de la auto-responsabilidad informativa supone que en cada caso concreto la existencia de un deber de revelar información debería estar justificado; este deber tiene sentido si el beneficio que obtiene el acreedor de ser informado supera los costes del deudor al facilitar información y transmitirla, “*y si la transmisión de la información, por tanto, conduce a un incremento global de la utilidad*”⁹⁴⁸. En la contratación con consumidores, el acento se sitúa en las obligaciones y cargas que asume el empresario, y rara vez se señalan obligaciones a cargo del consumidor. En aras a garantizar la toma de una decisión reflexiva y con conocimiento de causa⁹⁴⁹, se impone a la contraparte – en los contratos con consumidores- la obligación de proporcionar la información

⁹⁴⁷ Art. 65 TRLGDCU: “Los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante”.

⁹⁴⁸ EIDENMÜLLER, H., FAUST, F., GRIGOLEIT, H.C., JANSEN, N., WAGNER, G., ZIMMERMANN, R., (2012): “Hacia una revisión del *acquis* ... *cit.*, p. 148; en un mismo sentido, GARCÍA RUBIO, M^a P., (2015): “La información precontractual: buenas intenciones, cuestionables medios... *cit.*, p. 152.

⁹⁴⁹ ARNAU RAVENTÓS, L., (2015): “Formación de la voluntad: riesgos de captación, y “decisión con conocimiento de causa””, en PEREÑA VICENTE, M., DELGADO MARTÍN, P., (2015): *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, p. 432 y sig.

relevante para que el consumidor pueda tomar una decisión sobre la base de la misma.

En un contexto de contratación entre particulares, la normativa civil no determina, explícitamente, un deber de información entre las partes, aunque ello se ha resuelto, como ya hemos visto, a través del principio de la buena fe que, aplicado en una fase precontractual, estableciendo deberes precontractuales de información.

En otro orden de cosas, pero en la esfera precontractual, en el Capítulo III ya hemos visto que uno de los requisitos que enuncia la institución de la ventaja o explotación injusta (el aprovechamiento de la parte fuerte del contexto negocial en el que se encuentra la parte débil) ha permitido plantear la posibilidad de vehicular la responsabilidad precontractual de la parte fuerte por no considerar los intereses de la otra parte y captar, en un grado menor al del dolo, la violencia o la intimidación, la voluntad de la otra parte⁹⁵⁰.

En este estadio previo a la contratación, la información previa pormenorizada en exceso por el Derecho de consumo como una obligación para el empresario, permite reducir la posibilidad de incurrir en error y, en cierta medida, también la captación de la voluntad.

Hemos considerado, pues, una visión de los deberes precontractuales acorde con la integridad del consentimiento de las partes, permitiendo que la parte débil del contrato deposite un consentimiento consciente, que se ha resuelto, en nuestro entorno, a través de figuras como las del dolo incidental pero que, como ya hemos visto, podrían también hallar respuesta en la figura de la ventaja injusta.

A continuación examinaremos la protección del consumidor a través de la ventaja injusta dispensada por el legislador catalán en el art. 621-45.2 CCCat que permite dar un nuevo paso ya que determina, en cierto sentido, una visión de los deberes precontractuales de información más allá de la integridad del consentimiento de las partes y se relaciona con el contenido del contrato.

⁹⁵⁰ Véase en el Capítulo III, §1.2.2.2.

4.2. La ventaja injusta y la protección de la autonomía sobre el contenido contractual: el art. 621-45.2 CCCat.

La protección de la autonomía sobre el contenido contractual, en el Derecho de consumo, se ha normalizado a través de la regulación de las cláusulas abusivas (arts. 82 y sig. TRLGDCU).

A través de un modelo integrador de técnica legislativa⁹⁵¹, el Libro Sexto del Código civil de Cataluña incorpora, en el contexto de la institución de la ventaja injusta, ex art. 621-45.2 CCCat, la formulación propia de las cláusulas abusivas (desequilibrio grave en perjuicio del consumidor, contrario a la buena fe y a la honradez en los tratos ex art. 111-7 CCCat) con el fin de otorgar al comprador consumidor la facultad rescisoria del contrato.

La incorporación del régimen de abusividad en la contratación c2c se identifica también en el art. 1171 Código civil francés, y lo encontramos, asimismo, en el art. II.-9:104 y en el art. 4:110 PECL (limitándolo éstos dos últimos a las cláusulas abusivas insertadas en contratos que no hayan sido negociados individualmente)⁹⁵².

La compraventa de consumo, a tenor de lo que se deriva del art. 621-45.2 CCCat se puede rescindir por ventaja o explotación injusta, si se ocasiona un desequilibrio contractual, que perjudica al consumidor⁹⁵³. Se introduce un nuevo

⁹⁵¹ Dicha técnica legislativa acogida por el legislador catalán conlleva establecer, como excepciones a la regla general, normas aplicables únicamente a los contratos de consumo, incorporadas ambas reglas, la general y la consumerista, en un mismo precepto (p. ej, art. 621-5.5, 621-13.2, 621-15.2, 621-21.2, 621-23.2, 621-24.2, 621-25.2, 621-27.4, 621-28.1, 621-34.3 y 621-45.2 CCCat), huyendo del establecimiento de una regulación separada para las compraventas de consumo. Véanse los distintos modelos de técnica legislativa para la regulación de la contratación con consumidores en GRAMUNT FOMBUENA, M., (2015): "La contractació amb consumidors en el Llibre Sisè", en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT (Coord.). Universitat de Girona: *El Llibre Sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del Projecte de Llei*, Girona: Documenta Universitaria, pp. 229-231. De la misma autora, y en relación con ello, véase: "La protección del contratante en contextos asimétricos", en GRAMUNT FOMBUENA, M., FLORENSA I TOMÀS, C., (Dirs.): *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Madrid: Dykinson, p. 102

⁹⁵² En la propuesta de teoría general del contrato presentada por BOSCH CAPDEVILA, E., DEL POZO CARRASCOSA, P., y VAQUER ALOY, A., (2016): *op.cit.*, pp. 17, 65 y 66, también se establece la regulación de las cláusulas abusivas en los contextos c2c, pero con el límite de que no hayan sido negociadas individualmente.

⁹⁵³ El art. 621-45.2 reza así: «*En la compraventa de consum, el contracte es pot rescindir, a més de pels motius a què fa referència l'apartat 1, si ocasiona en els drets i obligacions de les parts un greu desequilibri en perjudici del consumidor, contrari a les exigències de bona fe i honradesa en els tractes*».

expediente –rescisorio- distinto del de la nulidad por cláusulas abusivas del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU) establecido en el art. 83.

Coincide el tenor literal del art. 621-45.2 CCCat con el enunciado en el art. 82 TRLGDCU, cuando establece, en el primer párrafo que “*se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*”. El fundamento de la norma, por tanto, es el mismo; sin embargo, la regulación catalana queda limitada al contrato de compraventa, dado el emplazamiento actual de la figura y no hay previsión de su aplicación a contratos distintos, paradigmáticamente el de prestación de servicios⁹⁵⁴.

Obsérvese que el régimen previsto en los arts. 82 y sig. TRLGDCU operará en aquellos contratos entre empresarios y consumidores que incluyan condiciones generales, cláusulas predispuestas o prácticas no consentidas expresamente por el consumidor -cláusulas no negociadas individualmente⁹⁵⁵. Por ello, la regulación del 621-45.2 CCCat cobrará sentido en aquellos contratos que, aunque hayan sido negociados individualmente entre un consumidor y un empresario, contengan cláusulas abusivas⁹⁵⁶. En este sentido, es un

⁹⁵⁴ Lo mismo ocurre con los remedios previstos para supuestos de falta de conformidad en bienes de consumo. Según la regulación dada por el Libro Sexto, la conformidad sólo se regula en sede de contrato de compraventa. No está previsto un régimen de conformidad en los contratos de prestación de servicios, y tampoco el derecho español contiene normas sobre conformidad en el este tipo de contratos. En relación con esto último véase VAQUER ALOY, A., (2011): “El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?”, *Anuario de Derecho civil*, tomo LXIV, fasc. I, pp. 28-32, quién hace explícito el deseo que la conformidad devenga aplicable, también, al contrato de servicios.

⁹⁵⁵ CÁMARA LAPUENTE, S., (Dir.) (2011): *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Madrid: Colex, p. 714.

⁹⁵⁶ Técnicamente, cuando la relación es de consumo, se hace referencia a cláusulas no negociadas (y no a condiciones generales) aunque los conceptos coincidan en términos básicos. Difieren porque en las cláusulas no negociadas no se exige el requisito de la generalidad (aplicación a una multiplicidad de contratos). Ello significa que la protección al consumidor se extiende incluso en los casos de condiciones particulares, siempre que hayan sido impuestas por el empresario; véase DÍAZ ALABART, S., ÁLVAREZ MORENO, M.T., (2016): “Contratación con condiciones generales y cláusulas abusivas”, en DÍAZ ALABART, S., (Coord.) (2016): *Manual de Derecho de Consumo*, Madrid: Reus Editorial, p. 75. Obsérvese que el art. 80 TRLGDCU habla de “cláusulas no negociadas individualmente”.

desequilibrio normativo el que determina la posibilidad de anular el contrato por ventaja injusta; debe tener una entidad importante, no basta cualquier desequilibrio, pero no se trata de un desequilibrio económico como el que se desprende de la noción de beneficio excesivo que contempla el primer párrafo del art. 621-45 CCCat. Es decir, no se entra a juzgar el contenido económico del contrato o si el precio es justo o no; sino que lo relevante es el desequilibrio estructural entre las obligaciones y derechos señaladas para cada una de las partes⁹⁵⁷.

Del tenor literal del párrafo segundo del art. 621-45 CCCat, el legislador establece que lo que determina la posibilidad de rescindir el contrato es que se haya ocasionado en perjuicio del consumidor un desequilibrio grave, contrario a las exigencias de la buena y la honradez en los tratos. La condición de consumidor importa, porque se le presupone una inexperiencia y un poder de negociación menor al del empresario; el contenido del contrato le será exigible en la medida en que sea equilibrado; el control de contenido interesa porque permite *“reducir la complejidad de la toma de decisión del consumidor, ahorrándole el estudio de las mismas y la búsqueda de alternativas posiblemente inexistentes”*⁹⁵⁸. Por tanto, se relaja el principio de autorresponsabilidad que emana del Derecho general de contratos. Observamos, pues, que, como sucedía respecto de los menores y los mayores con capacidad de obrar judicialmente modificada, es la vertiente de la justicia procedimental la que adquiere mayor relevancia en esta noción de la ventaja injusta en contratos con consumidores. Ello es así porque cuando se establecen categorías específicas de contratantes (consumidores, menores, etc.) al que se les presupone una capacidad negocial o un poder de negociación menor lo que se quiere primariamente proteger es la formación de su consentimiento; por tanto, no será tan relevante la injusticia material intrínseca del contrato sino que lo que acabará determinando la posibilidad de rescindir el contrato por ventaja injusta será el abuso de

⁹⁵⁷ *Ibidem*, p. 84. La autora menciona como ejemplo de ello la STJUE de 16 de enero de 2014, Sala 1ª, TJCE 2014/7, que establece que *“no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra o se produzca una restricción u obstáculo al contenido de los derechos o bien que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales”*.

⁹⁵⁸ CÁMARA LAPUENTE, S., (Dir.) (2011): *op.cit.*, p. 718.

circunstancias de la parte contractualmente más fuerte sobre la categórica y legalmente débil (léase consumidor o menor o mayor incapacitado). Un menor desequilibrio entre las prestaciones se verá compensado por un mayor desequilibrio jurídico entre las posiciones de ambas partes, que permitirá presumir un mayor abuso de circunstancias por la parte dominante; las prestaciones intercambiadas pueden ser más o menos simétricas pero el contrato se ha celebrado con un consumidor, que tiene, en abstracto, un poder negocial menor al de su contraparte. Una regulación que en esta vertiente fraterniza más, en fundamento y finalidad, con los vicios de la voluntad.

En efecto, en los contratos con consumidores, caracterizados por una asimetría en el poder de negociación, la parte débil (el consumidor) es objeto de normas tuitivas que se positivizan para proteger a este contratante. En estos contratos, no podemos presuponer la igualdad absoluta de las partes, ya que el contexto económico es altamente tecnificado y especializado, y el nivel de conocimiento de los bienes y servicios que se ofertan en el mercado dista de ser equilibrado para ambas partes contratantes. La libertad que el consumidor ve limitada es la de determinar el contenido del contrato, de autonormar⁹⁵⁹.

Aplicamos, pues, en este contexto del Derecho de consumo, la categoría de asimetría fisiológica utilizada por ROPPO: la debilidad en el poder de negociación de una de las partes depende de factores de mercado estandarizados y, por tanto, *socialmente fisiológicos*⁹⁶⁰.

El art. 82 TRLGDCU establece un control de contenido contractual distinto del que se deriva del general de la autonomía privada, justificado por una merma en

⁹⁵⁹ Existe un desequilibrio de poder entre las partes que se traduce en una debilidad en la figura del consumidor frente a la tradicional igualdad –teórica-, presente en todos los códigos decimonónicos. Véase DÍAZ ALABART, S., ÁLVAREZ MORENO, M.T., (2016): “Contratación con condiciones generales y cláusulas abusivas”... *cit.*, p. 71.

⁹⁶⁰ ROPPO, V., (2011): “Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo”, *Revista de Derecho Privado*, nº20, Enero- Junio 2011, pp. 215-216. Cabe señalar que la ventaja injusta no refleja una asimetría fisiológica sino patológica, en la categoría emprada por el autor; una asimetría en el poder contractual que proviene de factores que son anómalos y que se “*desvían de la dinámica normal de las relaciones sociales*”.

la libertad contractual del consumidor relativa al contenido predispuesto por la otra parte, el empresario⁹⁶¹.

El control operado por las cláusulas abusivas se configura como un control *ex post*, posterior a la perfección del contrato, monitorizando el Derecho europeo en materia contractual con consumidores el control del contenido del contrato a través de la relación de cláusulas establecidas en los arts. 82 y sig. TRLGDCU, que son el resultado de la transposición en el ordenamiento jurídico español de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

En el contexto comparado, el legislador quebequense regula también la institución lesionaria (a modo de lesión cualificada) en los contratos con consumidores. Así, la *Loi sur la Protection du Consommateur* quebequense⁹⁶², establece el régimen lesionario en los contratos de consumo en los artículos 8 y 9⁹⁶³. Desde una óptica objetiva⁹⁶⁴ dicha regulación permite anular un contrato en que exista una desproporción considerable entre las prestaciones de las partes y, en el caso del artículo 9⁹⁶⁵, aun existiendo equilibrio entre las prestaciones, el contrato puede ser anulado si las obligaciones que derivan de ello son excesivas o abusivas porque el consentimiento no se ha prestado de una forma totalmente clara.

En definitiva, no cabe duda que la regulación de la ventaja injusta incorporada por el legislador catalán en el libro Sexto introduce normas destinadas

⁹⁶¹ CÁMARA LAPUENTE, S., (Dir.) (2011): *op. cit.*, p. 715- 717. Las condiciones generales o cláusulas predispuestas en contratos con consumidores no tienen la fuerza de ley propia de los contratos en general sino que necesitan superar el control de contenido.

⁹⁶² RLRQ c. P-40.1

⁹⁶³ Article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur* : « (*Exploitation et obligation excessive*): *Le consommateur peut demander la nullité du contrat ou la réduction des obligations qui en découlent lorsque la disproportion entre les prestations respectives des parties est tellement considérable qu'elle équivaut à de l'exploitation du consommateur, ou que l'obligation du consommateur est excessive, abusive ou exorbitante* ». Y el art. 9 reza así : « (*Appréciation du consentement*). *Lorsqu'un tribunal doit apprécier le consentement donné par un consommateur à un contrat, il tient compte de la condition des parties, des circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu et des avantages qui résultent du contrat pour le consommateur*».

⁹⁶⁴ MASSE, C., (1999): *Loi sur la Protection du Consommateur. Analyse et Commentaires*, Cowansville : Les Éditions Yvon Blais Inc., pp. 134-135. En un mismo sentido, considerando que el art. 8 constituye un ejemplo de lesión objetiva, véase CRÉPEAU, P.A., CHARPENTIER-E.M., (1998): *The UNIDROIT Principles and the Civil Code of Québec: shared values?*, Scarborough (Ontario): Carswell, p. 93.

⁹⁶⁵ MASSE, C., (1999): *Loi sur la Protection du Consommateur... cit.*, p. 157.

derechamente a la protección de la parte débil, ya sea ésta consumidora o no. Ello pone de relieve, una vez más, la sensibilidad del legislador más moderno, presente en los Códigos civiles actuales, que pretende hacer relevante, en un mismo plano, la libertad y la justicia contractual, procurando un alto grado de equilibrio informativo entre las partes contratantes, que debería verse en una toma de decisión reflexiva, y un control de abusividad de las cláusulas contractuales no negociadas, que se extiende más allá del Derecho de consumo.

Conviene, a continuación, establecer los caracteres básicos de la ineficacia que podría entrañar una acción por ventaja o explotación injusta.

5. Ventaja injusta e ineficacia del contrato

En este epígrafe cabe plantear cuál es el régimen idóneo para la institución de la ventaja injusta sin perjuicio de lo que comentaremos en el siguiente capítulo relativo a los remedios que surgen de esta figura.

Conviene hacer una distinción entre los regímenes de ineficacia e invalidez de los contratos. La invalidez niega la fuerza jurídica vinculante de un contrato por ser contrario a Derecho, como una sanción de su ilegalidad⁹⁶⁶; la ineficacia es un carácter funcional, no estructural, y niega los efectos que produce el contrato. No ataca la estructura, como sí sucede con la invalidez. Puede decirse, con LACRUZ, que la negación de la fuerza jurídica vinculante de un contrato es la invalidez, y la negación o alteración posterior de los efectos de éste, la ineficacia⁹⁶⁷.

Que la ineficacia da lugar a una dogmática difícil de establecer, *a priori*, por los distintos tipos que integra y por la discusión doctrinal que genera llegar a un acuerdo sobre éstos⁹⁶⁸ ha sido señalado por DE CASTRO.

⁹⁶⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L., (1987): *Derecho de obligaciones. Volumen Segundo. Teoría general del contrato*, Barcelona: Bosch editor, p. 343-344.

⁹⁶⁷ *Ibidem*, p. 343: "Todo contrato inválido es ineficaz, o presenta anomalías en su eficacia, por la proposición inversa no es cierta".

⁹⁶⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., (1991): *op.cit.*, p. 462.

Técnicamente podría distinguirse entre ineficacia funcional y estructural; en sentido estricto, si la ineficacia es funcional, la privación de los efectos que las partes pretenden del contrato no deriva de ningún defecto estructural ni de la infracción de normas imperativas; en sentido amplio, sin embargo, la ineficacia es estructural, y abraza las categorías que se reúnen bajo la invalidez. La primera, atiende a los efectos que éste produce⁹⁶⁹ y opera sobre ellos; la segunda es aquella en que la irregularidad radica en la estructura misma del contrato. Por ello, se ha propuesto abandonar el término invalidez y sustituirlo por el de ineficacia estructural, ya que integra sus presupuestos⁹⁷⁰.

Como señala LACRUZ, cuando la privación de los efectos que las partes pretenden no derive de defecto estructural del contrato o de infracción de normas imperativas que lleven aparejada la sanción de invalidez, estaremos ante un supuesto de ineficacia en sentido estricto, es decir, la ineficacia sin invalidez⁹⁷¹ o ineficacia funcional.

En relación con el objeto de nuestro estudio, la ventaja injusta ha planteado dos supuestos de ineficacia: la rescisión o la anulabilidad⁹⁷².

5.1. Justicia procedimental y régimen de la anulabilidad

La anulabilidad, como supuesto de invalidez contractual, se dirige a la protección de un determinado sujeto. El contrato anulable es originariamente inválido aunque mientras no sea anulado por la parte legitimada produce efectos, lo que permite calificar dicho régimen como de invalidez potencial con eficacia claudicante⁹⁷³. La anulabilidad obedece a la existencia de un defecto en la formación del contrato (art. 1300 CCE: *los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que*

⁹⁶⁹ MARTÍN PÉREZ, J.A., (1995): *La rescisión del contrato (en torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Barcelona: J.M. Bosch editor, S.A., pp. 220-221.

⁹⁷⁰ Así lo hacen MARTÍN PÉREZ, J.A., (1995): *op.cit.*, p. 221 y DE CASTRO Y BRAVO, F., (1991): *op.cit.*, p. 463.

⁹⁷¹ *Ibidem* p. 344. Los regímenes típicos de invalidez en el CCE son la nulidad y la anulabilidad.

⁹⁷² Sin embargo, en la regulación que hace el BGB de los contratos contrarios a las buenas costumbres o usurarios, el régimen que se establece es el de la nulidad radical, §138.2 BGB

⁹⁷³ Así lo califica MARTÍN PÉREZ, J.A., (1995): *op.cit.*, p. 207.

los invalidan con arreglo a la ley) y las causas de anulabilidad son, principalmente las que establece el art. 1301 CCE, esto es, los casos de vicios del consentimiento, incapacidad o falta de consentimiento del cónyuge de quien contrató cuando este consentimiento se requiera⁹⁷⁴. La acción de anulación, que tiene naturaleza doble (declarativa y restitutoria), abandona la noción de perjuicio y parte de la nulidad misma que resulta de la limitación de la capacidad o del vicio del consentimiento. Ello la diferencia de la *restitutio in integrum*⁹⁷⁵, basada en el perjuicio sufrido por la parte débil y con la que se emparenta por su origen histórico⁹⁷⁶.

En conexión con lo dicho, las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo presentan la anulabilidad como el régimen de ineficacia de las figuras de la ventaja o explotación injusta [así, por ejemplo, el art. II.-7:207 (1) DCFR señala que “*A party may avoid a contract...*”] ya que conciben a dicha institución como un vicio en el consentimiento. La legitimación activa recaerá sobre los obligados principal o subsidiariamente (art. 1302 CCE) y la acción se dirige contra la otra parte del negocio.

En la propuesta de teoría general de los contratos presentada por DEL POZO CARRASCOSA, BOSCH CAPDEVILA y VAQUER ALOY, la legitimación para anular el contrato se atribuye en exclusiva a la parte que ha sufrido el vicio o a su representante legal. No se trata de una acción pública, como la de nulidad, y por ello sólo puede ser ejercida por la parte del contrato que ha sufrido el vicio, o, en el caso de falta de capacidad por el propio incapaz cuando recupera dicha capacidad o por su representante legal⁹⁷⁷.

⁹⁷⁴ El origen histórico de la anulabilidad, señalado por LACRUZ, se relaciona con la *restitutio in integrum* del Derecho romano, como un remedio procesal que permitía privar de efectos considerados injustos a actos perfectamente válidos – en este sentido, ello nos recuerda la categoría rescisoria- según el viejo *ius civile*. Véase LACRUZ BERDEJO, J. L., (1987): *Derecho de obligaciones... cit.*, p. 356.

⁹⁷⁵ La relación entre la *restitutio in integrum* del menor de veinticinco años y la ventaja injusta en el CCCat es señalada por GÓMEZ BUENDIA, C., RICART MARTÍ, E., (2017): *Rescissió per lesió i avantatge injust: Estudi de la continuïtat de l'encaix de la tradició jurídica catalana i el dret privat europeu*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, pp. 41-45. El acento de la *restitutio in integrum* recae en el perjuicio que sufre el púber menor de veinticinco años, a diferencia de la acción de anulabilidad, que potencia la protección del incapaz o de quien sufre el vicio.

⁹⁷⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F., (1991): *op.cit.*, p. 505.

⁹⁷⁷ Véase el art. 58 de dicha propuesta en de BOSCH CAPDEVILA, E., DEL POZO CARRASCOSA, P., y VAQUER ALOY, A., (2016): *op.cit.*, pp. 43 y 206-208.

Una de las características que presenta el remedio anulatorio es la de su posible confirmación, que legitima a la parte protegida por el remedio a mantener la eficacia del negocio anulable. Por ello, la acción de anulabilidad recibe la consideración de poder de configuración jurídica. En palabras de DE CASTRO, la confirmación significa “*la purificación del negocio de los vicios de que adolecía, con lo que el negocio obtiene su plena validez (art. 1313 CCE)*”⁹⁷⁸.

El Derecho contractual europeo permite la confirmación del contrato en los casos de vicios del consentimiento (por tanto, también en los supuestos de explotación o ventaja injusta, por la caracterización que se hace en las distintas propuestas de dicha figura, ex art. II.-7:211 DCFR), eliminando, una vez confirmado el contrato, la posibilidad de anularlo (art. II.-7:215 DCFR, art. 4:114 PECL o art. 3.2.9 PICC)⁹⁷⁹.

La opción por una acción de anulabilidad en los supuestos de ventaja injusta persigue interpretar dicha institución desde la justicia procedimental. Sin embargo, parece obligado plantearse si es preferible el recurso a la rescisión, históricamente vinculada a la *laesio enormis*, que permite declarar rescindibles aquellos contratos considerados injustos, por integrar una desproporción excesiva entre las prestaciones intercambiadas por las partes. El remedio rescisorio enlaza, así, con la justicia sustantiva.

En efecto, la anulabilidad se relaciona con la vertiente procedimental de la institución de la ventaja o explotación injusta, ofreciendo la posibilidad de sanar el negocio jurídico mediante la confirmación, si la parte perjudicada y legitimada para ejercer la acción así lo deseara.

En los casos descritos por los supuestos de ventaja injusta ya hemos visto que existe un vicio potencial, una voluntad susceptible de ser captada por el otro contratante; pero no es un estado que haya sido provocado por la parte que resulta beneficiada por el contrato, sino que el contexto en el que se encuentra la parte débil es prenegocial y ajeno a la intervención del otro contratante, del que éste simplemente es consciente o es inexcusable que no lo sea. La parte

⁹⁷⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., (1991): *op.cit.*, p. 512.

⁹⁷⁹ Véase, también, en la propuesta de BOSCH CAPDEVILA, E., DEL POZO CARRASCOSA, P., y VAQUER ALOY, A., (2016): *op.cit.*, pp. 44 y 211, la posibilidad de confirmar el contrato en el art. 61.1.

débil es ignorante, imprevisora o inexperta; o tiene poca habilidad en la negociación o bien mantiene una relación de confianza o de dependencia con la otra parte. Dicha circunstancia da lugar a un beneficio excesivo o ventaja injusta, por tanto, un efecto injusto para el ordenamiento jurídico y que demanda un remedio; en atención a que se enmarca dentro de un supuesto de ineficacia funcional, el remedio que mejor acoge dicho supuesto es el rescisorio⁹⁸⁰.

Nuestra propuesta se encamina hacia el establecimiento de una acción por ventaja injusta como una causa autónoma de rescisión. La ambivalencia relativa a la naturaleza de la institución que venimos poniendo de manifiesto a lo largo de este estudio permite justificar la adopción de un remedio u otro de ineficacia: la anulabilidad como factor propio de los vicios del consentimiento (justicia procedimental)⁹⁸¹ y la rescisión, coherente con un remedio fundamentado en la justicia sustantiva. Éste último mecanismo de ineficacia se define negativamente, es decir, como aquel tipo de ineficacia que “*no se fundamenta en un vicio de los que pueden anular el negocio*”⁹⁸². Los casos de rescisión suponen una medida correctora que persigue evitar un resultado injusto y operan sobre contratos inicialmente válidos.

La opción por uno u otro régimen vendrá determinada por el emplazamiento sistemático que se dé a la figura, como sucede en la regulación dada por el CCCat –como remedio rescisorio- o como factor de anulabilidad en el Derecho contractual europeo, por estar localizada a continuación de los tradicionales vicios del consentimiento. Así, la ubicación propuesta en sede de disposiciones generales en materia de obligaciones y contratos señalará el régimen final que deba adoptar la institución de la ventaja injusta, que, bajo nuestro parecer, debería ser el rescisorio.

⁹⁸⁰ Cabe señalar que hay otros contextos, como el alemán, como ya hemos visto, que conciben el concepto de explotación de la situación de debilidad de la otra parte como un reflejo de la usura, y declaran la nulidad de cualquier transacción en la que la desproporción excesiva entre las prestaciones responda a un aprovechamiento injusto de una situación de debilidad de la otra parte.

⁹⁸¹ Señala el CCE que los contratos podrán ser anulados, “*aunque no haya lesión para los contratantes*” (1300 CCE). Se trata de negocios hechos por personas incapaces o afectadas por un vicio del consentimiento.

⁹⁸² DE CASTRO Y BRAVO, F., (1991): *op.cit.*, pp. 518-519. Señala este autor que “*ello abre la posibilidad de aplicar el mecanismo de la rescisión a los casos más dispares e indeterminados*” (en el CCE).

5.2. Justicia sustantiva y acción rescisoria

La rescisión, como forma de ineficacia, permite rescindir contratos válidamente celebrados en los casos establecidos por la ley (art. 1290 CCE). Señala DíEZ-PICAZO que la rescisión es un supuesto de ineficacia funcional ya que obedece no a la irregularidad de la formación del contrato, supuesto de la anulabilidad, sino “*al hecho de que el contrato regularmente celebrado contribuye a obtener un resultado injusto, inicuo o contrario a Derecho*”⁹⁸³.

En el contexto del CCE, la acción rescisoria permite impugnar los casos tasados por éste; la legitimación corresponde, por tanto, al contratante perjudicado. En el CCCat, el perjudicado podrá rescindir los supuestos relativos a la ventaja injusta y a la lesión en más de la mitad (arts. 621-45 y 621-46 CCat, respectivamente).

El plazo de caducidad establecido por el CCE es de cuatro años (art. 1299), el mismo que contempla el CCCat (art. 621-48) para la ventaja injusta y la lesión en más de la mitad, como veremos a continuación.

También recae sobre categorías contractuales; configurada la donación, como un contrato (DCFR), se extiende sobre ella la posibilidad de anularla o rescindirla por ventaja injusta, sea cual sea la categoría de ineficacia que finalmente se escogiere.

Tradicionalmente el legislador catalán, al establecer la figura de la rescisión por lesión, señalaba como remedio de ineficacia el rescisorio (*ex* antiguo art. 321 CDCC). Así también sucede en el Código civil italiano, que regula la rescisión por lesión en un capítulo independiente (Capítulo XIII: “*Della rescissione del contratto*” del Título II: “*Dei contratti in generale*”) aunque, como ya hemos visto, éste último modelo no contempla un régimen objetivo de rescisión, sino que procura un régimen de lesión cualificada (arts. 1447 y sig.)⁹⁸⁴.

⁹⁸³ DíEZ- PICAZO PONCE DE LEÓN, L., (2012): *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Vol. I., Introducción al contrato*, Madrid: Thomson Civitas, p. 613.

⁹⁸⁴ Véase Capítulo II, §4.2.

A su vez, la regulación de la ventaja injusta en las propuestas contractuales europeas se recoge como un supuesto de anulabilidad de los contratos⁹⁸⁵ ya que, como ya hemos puesto de relieve en el Capítulo III, resuelven el supuesto como un vicio en el consentimiento (y así lo ponen de manifiesto, también, las propuestas estatales, art. 1301 PMCC y art. 527-9 PAPDC).

También tiende a confundirse la rescisión con la resolución, sin embargo ésta se refiere a una facultad que se confiere a una de las partes del contrato, o a ambas, para solicitar la extinción de la relación obligatoria, cuando se produzcan determinadas causas (p.ej, art. 621-41 CCCat, 1124 CCE o art. 118 y 181 TRLGDCU)⁹⁸⁶⁹⁸⁷.

El mantenimiento de la figura lesionaria y la regulación de la ventaja injusta en el Código civil catalán, localizadas en una misma ubicación sistemática (subsección sexta: ventaja injusta y lesión en más de la mitad, de la sección primera relativa al contrato de compraventa del Título II –tipos contractuales.) justifica la adopción del remedio rescisorio para ambas⁹⁸⁸.

Procederemos, a continuación, a examinar brevemente las características de la acción de rescisión como supuesto autónomo de ineficacia.

5.3. Características de la acción

En este apartado describiremos las características más relevantes de la acción rescisoria, configurada como supuesto de ineficacia, incidiendo en aspectos relativos al momento en el que se produce el desequilibrio que da lugar a la acción, la validez de los contratos sobre los que opera, los efectos y subsidiariedad de la misma, su configuración como instrumento protector de la

⁹⁸⁵ También en sede de donación o de *trust* la ineficacia del negocio da lugar a un supuesto de anulabilidad, no de rescisión.

⁹⁸⁶ Señalando MARTÍN PÉREZ, J.A., (1995): *op.cit.*, pp. 213-214, la resolución –en el caso del art. 1124 CCE- tiene su fundamento en la ruptura del juego recíproco del sinalagma, que no cabe confundir con el interés por la justicia conmutativa propia del remedio rescisorio.

⁹⁸⁷ Y así, el art. 53 TRLGDCU distingue ambas acciones.

⁹⁸⁸ Alguna doctrina cuestiona la adopción del remedio rescisorio en los supuestos de ventaja injusta, cuando lo más coherente hubiera sido establecer un remedio de nulidad, tal y como hace el Derecho contractual europeo. Obsérvese lo anotado en el Capítulo II, nota 472 a pie de página. Sin embargo, el código helvético también opta por la rescisión (art. 21 Código de obligaciones suizo)

parte débil y su naturaleza personal, y, finalmente, las cuestiones relativas a la caducidad y renuncia de la misma.

5.3.1. *Lesión ab initio*

Tradicionalmente, la acción rescisoria ha operado sobre los supuestos de desequilibrio patrimonial producidos al inicio de la relación contractual (*laesio ab initio*); lo que trata de corregir la rescisión de los contratos lesionarios es el perjuicio existente en ellos, considerado incompatible con la causa onerosa.

En conexión con lo dicho, pues, ésta acción despliega sus efectos, principalmente, sobre la contratación de carácter oneroso. En estos casos, como ya hemos visto, el elemento subjetivo adquiere más relevancia, y, por ello, se aproximan a los supuestos de vicios del consentimiento, paradigma de los contratos anulables.

Cabe distinguir esta lesión inicial, arraigada en la genética del contrato y producida en el momento de su conclusión, de la que se produce sobrevenidamente (*laesio superveniens*)⁹⁸⁹. En éste último caso, se plantea el remedio de la adaptación y de la resolución del mismo. A ello volveremos en el siguiente capítulo, relativo a los remedios contemplados para los supuestos por ventaja injusta, haciendo referencia al paralelismo que se puede establecer en relación con los remedios que pueden ser previstos para para ambas figuras, en aras a la unidad de fundamento reequilibrador que las dos presentan. Ambas instituciones reaccionan ante los efectos producidos por el contrato, por tanto, efectos derivados de una ineficacia funcional y no estructural, considerados injustos y contrarios a la buena fe por el ordenamiento jurídico.

5.3.2. *Contratos válidamente celebrados*

⁹⁸⁹ La doctrina del cambio sobrevenido de circunstancias ha logrado refrendo jurisprudencial en nuestro contexto a través de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Hemos caracterizado la ventaja injusta como una causa de ineficacia propia de los contratos con causa onerosa, aunque con puntuales manifestaciones en los negocios jurídicos con causa gratuita⁹⁹⁰.

Señala LACRUZ⁹⁹¹ que la rescisión, que supone la validez del contrato (*ex art. 1290 CCE: los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la ley*), opera únicamente sobre la eficacia de éste. La particularidad que aúna a todos los supuestos previstos en el CCE para ser rescindidos (así como, también, en los casos que permiten su rescisión establecidos por el legislador catalán *ex art. 621-45 y art. 621-46 CCCat*) es el perjuicio actual que se produce, que la Ley considera como un efecto inidóneo del contrato.

Es, por tanto, una causa autónoma de ineficacia propia de los contratos con carácter oneroso, aunque, como hemos visto, tiene aplicación, también, en los negocios con causa gratuita, si bien en éstos últimos, el peso recaerá sobre los elementos subjetivos descritos por la figura⁹⁹².

5.3.3. Efectos de la acción rescisoria

Los efectos de la acción rescisoria difieren de los de la acción de anulabilidad ya que la primera no imprime un carácter sancionador a la contraparte. Así, el art. 1295.1 CCE obliga a la devolución “*de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses; en consecuencia, sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado*”. La obligación de restitución recae sobre los mismos bienes, no sobre su valor; por el contrario, en los casos de anulabilidad, y si se hubiera perdido la cosa, el art. 1307 establece la obligación de devolución del valor que ésta tenía cuando se perdió⁹⁹³. DE CASTRO califica ello como efecto

⁹⁹⁰ Véase, *supra*, en este mismo capítulo, §1.

⁹⁹¹ LACRUZ BERDEJO, J. L., (1987): *Derecho de obligaciones... cit.*, p. 398.

⁹⁹² Véase Capítulo III, §1.2.2.

⁹⁹³ La obligación de restituir lo recibido, en los casos de anulabilidad, tiene fundamento *ex lege* en el art. 1303 CCE – por tanto, no requieren ejercer una acción independiente de la principal de anulabilidad- y es subrayada por el art. 1308: “*Mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que en virtud de la declaración de nulidad está obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba*”.

retroactivo obligatorio: ejercitada la acción rescisoria, las obligaciones de devolver las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses, suponen el volver las cosas al estado anterior, en su aspecto económico; sin embargo, en los supuestos de rescisión, no se observa el efecto retroactivo real; a diferencia de lo que sucede con la acción anulatoria, el negocio rescindido no pierde la condición de válido y, por ello, *“la rescisión no determina la ineficacia de los negocios derivados del rescindido, celebrados en base a su validez”*⁹⁹⁴.

Señala MORENO QUESADA que determinados aspectos de los efectos particulares de la rescisión no se regulan en concordancia con la finalidad perseguida por la institución, como la restitución de cosas y precio, con frutos e intereses, ya que el transcurso del tiempo puede influir negativamente sobre ellos⁹⁹⁵. Ello también plantea el problema de la aplicabilidad de las normas relativas a la liquidación posesoria, reguladas según la buena o mala fe del poseedor. Cuando la cosa se halle en poder de un tercero adquirente, la rescisión sólo será procedente si actuó de mala fe (art. 1295.2 CCE). Se trata, en definitiva, de una situación objetiva de agravio económico, que la buena fe de los participantes no basta para impedir (excepción del caso del tercero, al que acabamos de hacer referencia)⁹⁹⁶.

Sin embargo, la pérdida de la cosa en la acción rescisoria impide la rescisión; no hallamos, en esta sede, una norma paralela a la de la anulabilidad ex art. 1314 CCE; si es el demandado quien pierde la cosa, en sede de rescisión, igual si la cosa se ha enajenado a terceros de buena fe (1295.2 CCE), la cuestión se resuelve mediante indemnización (1295.3 CCE). Por lo que se refiere a los frutos, LACRUZ hace extensible en sede de rescisión la regla del art. 1303 CCE: *“Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse*

⁹⁹⁴ DE CASTRO Y BRAVO, F., (1991): *op.cit.*, p. 527. En un mismo sentido, véase MORENO QUESADA, B., (1995): “Artículo 1295” en ALBALADEJO, M., DÍAZ ALABART, S., (Dir.) (1995): *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Madrid: Edersa, p. 203. Ello guarda relación con el fundamento y finalidad de la rescisión por lesión, que por su intención restitutoria incide sobre el negocio causante de la lesión en la medida precisa para que el perjuicio ocasionado se haga desaparecer. Sin embargo, el art. 621-47.2 CCCat, permite la corrección de la lesión si se abona el valor total de la prestación, y no sólo la corrección de lo lesivo. A ello volveremos en el siguiente capítulo.

⁹⁹⁵ MORENO QUESADA, B., (1995): *op.cit.*, pp. 204-205.

⁹⁹⁶ *Ibidem* p. 208, si no hay cosa que intercambiar, no procederá la rescisión, pero si la indemnización.

recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia de contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que disponen los artículos siguientes”.

Asimismo, la acción rescisoria no permite la convalidación o la confirmación del contrato (ello sí es posible, como ya hemos visto, en sede de anulabilidad ex art. 1311 CCE); lo único que contempla, en su caso, sería la conservación del contrato a través de la corrección de la lesión (art. 1071 CCE y art. 621-47.2 CCCat, para el caso de lesión en más de la mitad, y adaptación, para el caso de ventaja injusta, 621-47.1 CCat). A todo ello volveremos en el siguiente capítulo.

Estas diferencias técnicas son calificadas de ínfimas por MARTÍN PÉREZ que señala que la diferencia entre ambos remedios de ineficacia debe buscarse en el fundamento que reside en ellos; es decir, la anulabilidad protege a los sujetos incapaces y a los que, siendo capaces, han prestado su consentimiento viciado por error, dolo o violencia o intimidación, o por algún otro defecto. Son casos en los que el proceso de formación de la voluntad contractual está viciado por circunstancias internas o externas al sujeto⁹⁹⁷. La rescisión, por su parte, lo que persigue, es evitar un resultado injusto derivado del efecto del contrato; persigue evitar una lesión económica a una de las partes, el contratante más débil.

En los ejemplos descritos por los supuestos de ventaja injusta, tampoco la parte fuerte ha creado dicho estado de debilidad sino que existe esta voluntad captable, aprovechada por la otra parte. Pero en un grado menor al de los tradicionales vicios del convencimiento. Aunque la amplitud de miras de la norma permite albergar en su seno, como hemos visto, supuestos en los que la parte perjudicada sin influencia ni incitación de la otra, otorga el contrato.

Asimismo, deviene necesario un determinado resultado sustantivo del contrato; por ello, a lo que atiende el remedio es a corregir el desequilibrio, ya sea en forma de ventaja injusta o beneficio excesivo. Este desequilibrio, como veremos (Capítulo V), podrá ser corregido en forma de rescisión o de adaptación del contrato.

⁹⁹⁷ MARTÍN PÉREZ, J.A., (1995): *op.cit.*, pp. 208-209.

5.3.4. Remedio subsidiario y extraordinario

El art. 1294 CCE establece el carácter subsidiario de la acción rescisoria; por tanto, la acción sólo podrá ejercerse cuando el perjudicado carezca de otro mecanismo legal para obtener la reparación del perjuicio que ha sufrido. Podemos entender este carácter subsidiario como el relativo a una prelación de remedios, en el que la rescisión ocupa el último lugar⁹⁹⁸.

Podemos observar, también, una relación de remedios en los arts. 118 y sig. TRLGDCU. Así, en el capítulo relativo a la responsabilidad del vendedor y derechos del consumidor y usuario, se señala que el consumidor y usuario tiene derecho a la reparación del producto, a su sustitución, a la rebaja del precio o a la resolución del contrato. En primer lugar, según se indica en el art. 119 TRLGDCU, en los casos de falta de conformidad del bien, el consumidor puede optar entre exigir la reparación o sustitución del producto, salvo que una de estas dos opciones resulte objetivamente imposible o desproporcionada⁹⁹⁹. Desde el momento en que el consumidor y usuario comunique al vendedor la opción elegida, ambas partes habrán de atenerse a ella.

Según el art. 121 TRLGDCU, la rebaja del precio o la resolución del contrato, procederán, a elección del consumidor y usuario, cuando éste no pudiera exigir la reparación o la sustitución y en los casos en que éstas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario. La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia.

El Libro Sexto del Código civil de Cataluña refrenda en su cuerpo legal estos mismos mecanismos remedios establecidos por la normativa de consumo, aunque no establece un orden de prelación. Así, el art. 621-37 CCCat señala, como remedios en caso de incumplimiento de las obligaciones de la otra parte,

⁹⁹⁸ MARTÍN PÉREZ, J.A., (1995): *op.cit.*, p. 225 señala la posibilidad de cuestionar la subsidiariedad de la acción rescisoria en relación con la de anulabilidad; así, nada podría oponerse a la acción de rescisión, aunque pudiera alegarse y probarse un vicio de la voluntad. El art. 1290 CCE no puede interpretarse en el sentido que sólo pueden rescindirse los contratos válidos ya que, además, un contrato anulable es válido mientras no es anulado.

⁹⁹⁹ El art. 119.2 TRLGDCU establece que *“se considerará desproporcionada la forma de saneamiento que en comparación con la otra, imponga al vendedor costes que no sean razonables, teniendo en cuenta el valor que tendría el producto si no hubiera falta de conformidad, la relevancia de la falta de conformidad y si la forma de saneamiento alternativa se pudiese realizar sin inconvenientes mayores para el consumidor y usuario”*.

la reparación o sustitución del bien no conforme (como exigencia de cumplimiento específico), suspender el pago del precio o, en el caso del vendedor, el cumplimiento de sus obligaciones, resolver el contrato, reducir el precio (comprador) y reclamar una indemnización por daños y perjuicios. La solución del cumplimiento específico cesa en caso de que los gastos que ocasionara fueran desproporcionados [art. 621-38. 2b) CCCat], tal y como sucede en el art. 119.1 TRLGDCU.

Así pues, en los supuestos de ventaja injusta, como veremos en el siguiente capítulo, debería establecerse una prelación en el sistema de remedios, considerando la adaptación del contrato como el remedio preferente (salvo acuerdo de las partes) y, en caso de que la adaptación del contrato no fuera exitosa, procederse a la rescisión del mismo¹⁰⁰⁰.

Por lo que se refiere a su carácter extraordinario, el remedio rescisorio nace para evitar determinados efectos considerados como injustos. Se enfrenta al art. 1256 CCE (*“la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”*) ya que es un remedio que permite destruir el contrato. BADOSA contrapone la noción de extraordinariedad de la rescisión a la ordinariedad de la anulabilidad; así, la anulabilidad, como remedio ordinario, se justifica por la propia normatividad del contrato. Ésta afecta a la estructura del contrato y no se enfrenta al art. 1256 CCE ya que, con BADOSA, *“el art. 1256 no puede proteger aquellos contratos que no cumplen los requisitos legales”*¹⁰⁰¹.

5.3.5. Remedio de protección de la parte débil del contrato

¹⁰⁰⁰ En relación con ello, y haciendo referencia a la regulación que contenía la CDCC sobre la rescisión por lesión, BADOSA COLL, F., (1969): “Rescisión por lesión- Carácter de la acción de rescisión por lesión en la Compilación catalana. Ejercicio de la acción de rescisión por lesión por no de los coherederos del enajenante”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, pp. 98-99, consideraba no aplicable en la CDCC el art. 1294 CCE como prelación de medios de destrucción del contrato: para dicho autor, el art. 321 CDCC permite rescindir los contratos lesivos, sean o no válidos. Ello difiere de los arts. 1290 y 1294 en los que, según Badosa, si un contrato es anulable y lesivo sólo es anulable, pero no rescindible, en atención a la subsidiariedad de la acción. En el contexto catalán, por tanto, *“la acción de rescisión no está subordinada a la acción de anulabilidad, sino que puede ejercerse alternativamente con ella”*. Lo mismo sucedería en la regulación actual contenida en el art. 621-46 CCCat.

¹⁰⁰¹ BADOSA COLL, F., (1969): “Rescisión por lesión... *cit.*, pp. 82 y 83.

Hemos señalado *supra* que la institución de la ventaja injusta procura un nuevo tipo de contratante: el más débil, merecedor de tutela y protección por parte del ordenamiento jurídico.

El remedio rescisorio también se configura como un instrumento de protección de la parte débil del contrato. Ello nos permite, una vez más, pronunciarnos a su favor como régimen legal de ineficacia que debe contener la figura de la ventaja injusta.

Es el contratante más débil quien tiene la legitimación para rescindir o adaptar el contrato; ello se ha puesto certeramente de relieve en el Libro Sexto del CCCat, que atribuye única y exclusivamente a esta parte la facultad de rescindir o adaptar el contrato (art. 621-47.1 CCCat).

Este poder de poner fin al contrato, otorgado por el remedio rescisorio, choca frontalmente con los postulados que establecen la vinculación contractual (arts. 1091, 1256 y 1258 CCE) pero ello no es atribuido a la parte perjudicada de forma arbitraria, sino debido a un perjuicio que se considera injusto por el ordenamiento jurídico. Este perjuicio, en los casos descritos por la ventaja injusta, se puede manifestar no sólo en forma de beneficio excesivo sino, como ya hemos dicho, de ventaja manifiestamente injusta.

5.3.6. Acción personal

En el contexto de la *laesio enormis*, tradicionalmente, la acción que detallaba la CDCC, se esgrimía como una acción personal y transmisible a los herederos (antiguo art. 322 CDCC)¹⁰⁰²¹⁰⁰³.

¹⁰⁰² Que la acción fuera categorizada como personal significaba que no se daba contra terceros adquirentes – sólo si eran de mala fe- PUIG FERRIOL, L., ROCA TRÍAS, E., (1982): *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña, Tomo IV, Derecho patrimonial catalán*, Vol. 2º, Barcelona: Bosch, p. 55. MARTÍN CASALS pormenoriza la caracterización de la acción rescisoria por lesión como personal y detalla que ello significa que, la muerte del lesionado no la extingue (ya que no viene calificada de personalísima), que se transmite a los herederos del causante (al no distinguir entre herederos del lesionado y del causante de la lesión), que la referencia a los herederos excluye a los sucesores *mortis causa* a título singular (legatarios) y que, *a sensu contrario*, no es transmisible *inter vivos*, por lo cual no podrá ser cedida ni a título oneroso ni gratuito. Véase MARTÍN CASALS, M., (1987): “Artículo 322” en ALBALADEJO, M., (1987): *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXX, Madrid: Edersa, p. 547, p 530 y sig. También ello es así en el contexto navarro, véase la Ley 504 FN.

¹⁰⁰³ También se ha propuesto, desde la doctrina francesa, atenuar el carácter individual de la acción rescisoria y permitir una acción colectiva, aunque requeriría una objetivización de criterios

La nueva regulación dada por el Libro Sexto no hace referencia a la naturaleza de la acción por lesión en más de la mitad (art. 621-46 CCCat), tampoco en sede de ventaja injusta (art. 621-45 CCCat).

Por lo que atañe a la acción por ventaja injusta, si se articula una acción de anulación en lugar de una rescisoria, los negocios a los que puede aplicarse el sistema de anulabilidad serán los contratos en general. La exclusividad del sistema de anulabilidad en los contratos es resuelta negativamente por DE CASTRO, quien se inclina a favor de extender dicho sistema a los demás negocios jurídicos, también en la donación entre vivos¹⁰⁰⁴.

Llegados a este punto, cabe hacer una consideración en relación con la figura de la donación. En el contexto del CCE, la doctrina civilista española se muestra predominantemente favorable a la naturaleza contractual de la donación, a pesar de su ubicación sistemática en el Código Civil español en sede de derechos reales (art. 609 CCE).

El DCFR también resuelve el tema de la donación con una orientación contractualista, matizando el régimen general de anulabilidad de los contratos por vicios de la voluntad que se contienen en los arts. IV. H.-2:103 (error) y 2:104 (ventaja injusta, como ya hemos visto), matización justificada por el carácter gratuito de la donación¹⁰⁰⁵.

En otro sentido, la sistemática que hace el CCCat de la donación (art. 531-7 y sig. CCCat) la sitúa entre los modos de adquirir, a continuación de la tradición y antes de la usucapión, caracterizándola, así, como modo de adquirir distinto de los contratos que, adicionalmente, requieren de la tradición. Queda la donación así configurada, en el texto catalán, como un acto de disposición que provoca,

que permitiera apreciarlos de la misma forma en cualquier contrato, CHANTEPIE, G., (2006): *La lesión... cit.*, p. 264-265.

¹⁰⁰⁴ DE CASTRO Y BRAVO, F., (1991): *op.cit.*, pp. 501-502.

¹⁰⁰⁵ Por todo, véase VAQUER ALOY, A., (2010): "La configuración de la donación en el proyecto de Marco Común de Referencia", *Crónica de Derecho privado europeo*, ADC, tomo LXIII, 2010, fasc. pp. 1324-1325.

directamente, la transmisión de la propiedad (o de otro derecho real o de crédito) a favor del donatario¹⁰⁰⁶.

5.3.7. Caducidad de la acción

El CCCat establece un plazo de caducidad de la acción de cuatro años desde la conclusión del contrato (art. 621-48)¹⁰⁰⁷; la regulación de la rescisión por lesión que se contenía en la CDCC ya disponía, también, de este mismo plazo de caducidad (art. 322 CDCC). Es este el mismo plazo establecido por el CCE en los supuestos de nulidad (art. 1301 CCE) y es este, a su vez, el plazo que establece el art. 236-31.2 CCCat, en materia de anulación de los actos realizados por los padres sobre bienes de los hijos sin la autorización correspondiente. En el contexto de la rescisión en el CCE, también se señala que la acción de rescisión dura cuatro años (art. 1299 CCE) y la doctrina suele considerar dicho plazo como de caducidad¹⁰⁰⁸.

Por lo que atañe al Derecho contractual europeo se habla de un plazo razonable (así, véanse los arts. II.-7:210 DCFR, 4:113 PECL y art. 3.2.12 PICC). Consideramos preferible establecer un plazo, en aras a preservar la seguridad jurídica¹⁰⁰⁹ y no mantener, con carácter indefinido, situaciones inciertas.

Sin embargo, la PMCC recorta el plazo de caducidad de la acción a dos años (art. 1304) que empezará a correr desde la consumación del contrato. Por su parte, la PAPDC, en su art. 527-12.3, y a modo de prescripción, establece que *“la anulación o reequilibrio por ventajismo prescribirá a los dos años desde que se hubiere comenzado a ejecutar cualquiera de las prestaciones; o desde que*

¹⁰⁰⁶ Por todos, véase DEL POZO CARRASCOSA, P., *et al.*: *Derechos reales*, 4ª Ed., Madrid: Marcial Pons, p. 71 y sig. *“Como acto dispositivo, la donación no requiere tradición para la transmisión del derecho real sobre el objeto donado. La entrega de la cosa en la donación manual (art. 531-12.2 CCCat) es un requisito de forma, no un acto traditorio”* (p. 72).

¹⁰⁰⁷ Por su parte, la lesión que se establece en el Derecho navarro caduca a los diez años, si es por lesión enorme y a los treinta si es por lesión enormísima (Ley 504 *cfr.* Ley 33 FN).

¹⁰⁰⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L., (1987): *Derecho de obligaciones... cit.*, p. 408.

¹⁰⁰⁹ El CESL establecía el plazo de un año para los casos de explotación injusta (art. 52.2 b).

*cualquiera de las partes fuere requerido para el cumplimiento o recepción de las mismas*¹⁰¹⁰.

La propuesta elaborada por BOSCH CAPDEVILA , DEL POZO CARRASCOSA y VAQUER ALOY, configurando la ventaja injusta como un nuevo vicio del consentimiento, mantiene el plazo general de cuatro años para ejercitar judicialmente la acción de nulidad (art. 57¹⁰¹¹) y por tanto, de caducidad. Como concesión al principio de seguridad jurídica, dicho plazo se empieza a contar desde la conclusión del contrato (art. 58.2 c) y, *“por tanto, podrá suceder que, aunque el vicio o el desconocimiento persista (por ejemplo, la situación de necesidad, o la ignorancia), y haya transcurrido el plazo para anular el contrato”*¹⁰¹².

Obsérvese que, sin embargo, en dicha propuesta, mientras la otra parte no pida el cumplimiento del contrato, la facultad de anular el contrato sigue viva, aunque, en caso de que haya pasado el plazo de cuatro años, sólo se podrá ejercer por la vía de excepción frente a la demanda de cumplimiento del contrato; así se indica en el art. 57, que reza así: *“1. La anulación del contrato tiene lugar: a) Por la comunicación fehaciente dirigida a la otra parte, con expresión de las causas en que se basa b) por la resolución judicial que la declara como consecuencia del ejercicio de la acción de anulación c) por la oposición de la excepción correspondiente ante la demanda de cumplimiento de la otra parte. 2. El plazo para anular el contrato, en los supuestos de las letras a) y b) del número anterior, es de cuatro años, contando de acuerdo con lo establecido en los artículos siguientes. En el caso de la letra c), no hay plazo”*.

¹⁰¹⁰ En el contexto italiano, la acción de rescisión por lesión tiene un plazo de prescripción de un año, que empieza a contar desde la conclusión del contrato (art. 1449 CCit.).

¹⁰¹¹ Nótese sin embargo que, en dicha propuesta, mientras la otra parte no pida el cumplimiento del contrato, la facultad de anular el contrato sigue viva, aunque, en caso de que haya pasado el plazo de cuatro años, sólo se podrá ejercer por la vía de excepción frente a la demanda de cumplimiento del contrato; así se indica en el art. 57, que reza así: *“1. La anulación del contrato tiene lugar: a) Por la comunicación fehaciente dirigida a la otra parte, con expresión de las causas en que se basa b) por la resolución judicial que la declara como consecuencia del ejercicio de la acción de anulación c) por la oposición de la excepción correspondiente ante la demanda de cumplimiento de la otra parte. 2. El plazo para anular el contrato, en los supuestos de las letras a) y b) del número anterior, es de cuatro años, contando de acuerdo con lo establecido en los artículos siguientes. En el caso de la letra c), no hay plazo”*, cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F., (1991): *op.cit.*, p. 511.

¹⁰¹² DEL POZO CARRASCOSA, P., BOSCH CAPDEVILA, E., VAQUER ALOY, A., (2016): *Teoría general del contrato. Propuesta de regulación*, Madrid: Marcial Pons, pp. 207-208.

DE CASTRO señala que la excepción de nulidad del negocio anulable, es decir, si con el transcurso de los cuatro años y la caducidad consiguiente de la acción de anulabilidad, se extingue toda posibilidad de alegar su condición de viciada o si, por el contrario, se puede oponer, en cualquier momento, después del transcurso de los cuatro años, como excepción, la nulidad del negocio. Señala dicho autor que la caducidad se predica respecto de la acción restitutoria (la acción de anulabilidad contiene un doble efecto, declarativo y restitutorio) pero no sobre la posibilidad *de alegar un vicio anulatorio del contrato no consumado, como excepción frente a quien exija su cumplimiento. El paso del tiempo por sí solo, no borra la condición viciada del contrato*¹⁰¹³.

En otro sentido, sin embargo, la consideración de la parte perjudicada como la única digna de protección, procura que depende de ésta parte la impugnación del contrato por ventaja injusta, constituyendo una “situación claudicante” hasta el transcurso de los cuatro años señalados como plazo general en el CCCat.

5.3.8. Renuncia

Las acciones rescisorias establecidas por el legislador catalán relativas a la lesión en más de la mitad y la ventaja injusta son irrenunciables, tal y como establece el art. 621-48 CCCat. Ello debe relacionarse con lo establecido por las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo: los arts. II.-7:215(1) DCFR y 4:118(1) PECL no permiten la renuncia o exclusión de los remedios previstos para el caso de dolo, coacción, amenazas o explotación injusta. Sólo para el caso de error permiten que se pueda excluir o restringir el remedio, salvo que dicha exclusión sea contraria al principio de la buena fe contractual [art. II.-7:215 (2) DCFR y 4:118 (2) PECL]. En un sentido similar, el art. 56 CESL sólo permitía la exclusión de los remedios en los casos de error, exceptuando que se

¹⁰¹³ DE CASTRO Y BRAVO, F., (1991): *op.cit.loc.cit.*, p. 511. Lo que ocurre, sin embargo, es que con la extinción de la acción restitutoria, se impide el ejercicio de la acción declarativa. Aunque “*nada impide la perduración indefinida de la acción declarativa, para oponerla como excepción, cuando basándose en un contrato perfecto y no consumado se demande su cumplimiento a quien consintiera teniendo limitada su capacidad o con voluntad viciada*”.

tratara de una relación de consumo, en que se prohibía la exclusión o restricción del remedio en detrimento del consumidor¹⁰¹⁴.

Cabe señalar que el art. 322 CDCC establecía, en materia de *laesio enormis*, la posibilidad de renuncia de la acción rescisoria después de la celebración del contrato lesivo, a excepción del territorio de Tortosa, en que la renuncia se podía realizar en el mismo contrato¹⁰¹⁵. Dicha admisibilidad en la CDCC debe entenderse, según señala MARTÍN CASALS, en el sentido de que entre la celebración del contrato y la renuncia media un lapso de tiempo, de desconexión, suficiente, para que el “*otorgamiento no se produzca por imperativo del primero*”¹⁰¹⁶, aunque ello no evitaría que inmediatamente después de la escritura de compraventa se otorgue otra por la que se renuncie al ejercicio de la acción rescisoria.

La aproximación de la figura a la vertiente procedimental justifica la exclusión de la posibilidad de renunciar a la acción. En el Capítulo II¹⁰¹⁷ ya hemos establecido que es precisamente el componente subjetivo de la ventaja injusta el que justifica la irrenunciabilidad de la acción (art. 621-48 CCCat) pero ello no es coherente con los supuestos de lesión en más de la mitad, que integran únicamente un presupuesto objetivo, relativo al resultado material del contrato. Sólo en los supuestos en que existan, precisamente, estos elementos de índole subjetiva es congruente excluir la posibilidad de renuncia de la acción¹⁰¹⁸.

¹⁰¹⁴ El art. 56.2 CESL establecía lo siguiente: “*En las relaciones entre un comerciante y un consumidor las partes no podrán excluir o restringir directa o indirectamente, en detrimento del consumidor, los remedios previstos para el caso de error*”.

¹⁰¹⁵ El art. 322 CDCC rezaba así: “*L’acció rescissòria a què es refereix l’article anterior és de mena personal, transmissible als hereus, i caduca al cap de quatre anys de la data del contracte. Solament serà renunciabile després de celebrar el contracte lesiu, llevat a Tortosa i el seu antic territori, on la renúncia es podrà fer al mateix contracte*”. En el Derecho navarro, la renuncia a la acción rescisoria es establecida por la Ley 505 y es válida si está hecha simultánea o posteriormente al contrato a que se refiere. Sin embargo, no será válida la renuncia determinada por apremiante necesidad o por inexperiencia.

¹⁰¹⁶ MARTÍN CASALS, M., (1987): “Artículo 322”... *cit.*, p. 547

¹⁰¹⁷ Véase Capítulo II, §3.2.6.2.

¹⁰¹⁸ RUBIO GIMENO, G., (2017): “Riesgo contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias” en GRAMUNT FOMBUENA, M., FLORENSA I TOMÀS, C.E., (Dir.) (2017): *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Madrid: Dykinson, pp. 213-214.

CAPÍTULO QUINTO. REMEDIOS PREVISTOS EN LOS SUPUESTOS DE VENTAJA INJUSTA

1. La revisión de los contratos en los supuestos de desequilibrio patrimonial

Desde un punto de vista de análisis económico normativo del Derecho de contratos, se parte de la idea de que es condición necesaria de la celebración del contrato que la operación económica que éste define resulte mutuamente ventajosa para ambas partes¹⁰¹⁹.

Precisamente, la construcción en torno a la *rebus* o *hardship* y la ventaja injusta tiende a definir un equilibrio entre las prestaciones intercambiadas por las partes. La experiencia jurídica ha establecido instrumentos que han permitido corregir o adaptar el contrato con el fin de que éste recupere el equilibrio, truncado *ab initio* o de manera sobrevenida, para que recobre la simetría o que la establezca si genéticamente ya no existía. La salvación del contrato se relaciona con el principio medieval de “*reductio ad aequitatem*” y permite, así, identificar dos momentos del desequilibrio contractual, a saber, el momento de la conclusión del contrato o durante su ejecución, con el fin de señalar la *ratio* que se encuentra en la base de los dos remedios que permitan purgar dicho desequilibrio¹⁰²⁰. Por un lado, la existencia de un estado de debilidad, refrendado por un contexto comercial determinado que es aprovechado por una de las partes y que da lugar a un contrato de términos desequilibrados; por otro, el acaecimiento de una circunstancia imprevisible y extraordinaria, que rompe con el equilibrio del *iter* comercial pactado libremente por ambas partes contratantes. Los remedios consistentes en la renegociación o la adaptación del contrato nacen de la necesidad de señalar un principio de equivalencia entre las prestaciones¹⁰²¹

¹⁰¹⁹ SALVADOR CODERCH, P., (2009): “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *InDret*, p. 35

¹⁰²⁰ CHAMIE, J.F., (2012): “El principio general de *reductio ad aequitatem* por desequilibrio contractual”, *Revista de Derecho privado*, nº22, enero-junio, pp. 219-275.

¹⁰²¹ PERFETTI, U., (2009): “La giustizia contrattuale nel *Draft Common Frame of Reference* del Diritto Privato Europeo”, *Rivista di Diritto Civile* 6/2009, p.687, cuestiona que dicho principio pueda extraerse de las doctrinas de la explotación o ventaja injusta ya que según el autor, la

latente en doctrinas como la *rebus sic stantibus* o los instrumentos de rescisión por lesión o ventaja injusta. También se observa dicho principio, como hemos señalado en capítulos anteriores, en las normas relativas a las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, al combatir éstas últimas el desequilibrio en las posiciones de las partes (consumidor y empresario), relaciones asimétricamente fisiológicas que demandan paliativos que purguen dichos desequilibrios¹⁰²².

1.1 La revisión del contrato en los supuestos de alteración sobrevenida de las circunstancias

La revisión o modificación de los contratos con prestaciones desequilibradas se ha planteado, extensivamente, en los casos de alteración sobrevenida de las circunstancias o *hardship*. Así, en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo, los arts. 6.1.1 PECL, III.-1:110 DCFR (filtrado, *a posteriori*, por el art. 92 del *Feasibility Study*) y los arts. 6.2.1 a 6.2.3 PICC procuran una previsión relativa a la posibilidad de adaptar o rescindir un contrato en caso de alteración sobrevenida de las circunstancias¹⁰²³.

aproximación a la categoría de vicios del consentimiento que señalan las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo, apuntan a que no existe, propiamente, un principio de simetría entre los intercambios de las partes ya que es ineludible el requisito relativo a la persona de la parte perjudicada, que se encuentra en alguna de las situaciones descritas por el art. II.-7:207 (1) DCFR para que prospere una acción por explotación/ventaja injusta.

¹⁰²² El control que los tribunales ejercen sobre las cláusulas abusivas dibuja un nuevo ámbito de intervención judicial; los jueces pueden integrar el contrato una vez declarada una cláusula como abusiva así como determinar si una cláusula debe ser considerada como tal, *cfr.* MOMBERG URIBE, R., (2014): “La reformulación del rol del juez en los instrumentos contemporáneos de Derecho contractual”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 21, n°2, p.p. 288-296.

¹⁰²³ Así, por ejemplo, el art. III.-1:110 (2 y (3) DCFR establece que: (2) *Sin embargo, si debido a un cambio excepcional en las circunstancias el cumplimiento de un obligación contractual o de una obligación derivada de un acto jurídico unilateral resulta tan oneroso que sería manifiestamente injusto seguir exigiendo su cumplimiento al deudor, el juez podrá: (a) modificar la obligación a fin de hacerla más razonable y equitativa en las nuevas circunstancias; o (b) extinguir la obligación en una fecha y en unas condiciones que determinará el juez. (3) El apartado (2) se aplicará únicamente si: (a) el cambio en las circunstancias se produjo después de contraerse la obligación; (b) el deudor no tuvo en cuenta en ese momento, y cabe razonablemente esperar que no tuviese en cuenta, la posibilidad de que se produjese dicho cambio en las circunstancias o la magnitud del mismo; (c) el deudor no asumió, y no puede razonablemente darse por asumido, el riesgo de dicho cambio en las circunstancias; y (d) el deudor ha intentado, razonablemente y de buena fe, negociar una modificación razonable y equitativa de los términos que regulan la obligación.*

El cambio sobrevenido de las circunstancias se refiere, a diferencia de las situaciones que se producen en los supuestos de ventaja o explotación injusta, a eventos posteriores a la celebración del contrato, anteriores a su total consumación, y que plantean la necesidad de revisar los términos en que inicialmente se celebró dicho contrato. En el contexto del ordenamiento jurídico español¹⁰²⁴, la *hardship* no ha sido regulada, por el momento¹⁰²⁵, y la institución del cambio sobrevenido de las circunstancias ha sido objeto de construcción jurisprudencial (mediante la conocida como cláusula *rebus sic stantibus*)¹⁰²⁶. Las sentencias del Tribunal Supremo de 17 y 18 de enero de 2013 (RJ 2013\1819 y

¹⁰²⁴ Tampoco el catalán salvo la mención particular en sede de pactos en previsión de futura ruptura –art. 231-20 CCCat- o en sede de pactos sucesorios - art. 431-14.1c)- a los que nos referiremos un poco más adelante en este mismo capítulo.

¹⁰²⁵ Sin embargo, existen propuestas de regulación que incorporan la figura de la alteración sobrevenida de las circunstancias; así, el art. 1213 PMCC (2009), con una influencia clara de la construcción alemana relativa a la alteración de la base del contrato; también el art. 416-2 del Anteproyecto de Código Mercantil (2014) recogió una propuesta de regulación relativa a la excesiva onerosidad del contrato. Hallamos otras propuestas de procedencia académica que procuran también una regulación de la figura; el art. 526-5 PAPDC (alteración sobrevenida de las circunstancias básicas del contrato), ubicándola en sede de parte general del contrato – efectos- (a diferencia de la PMCC, que la incorpora como parte general de las obligaciones) y el art. 7 de la propuesta de regulación de BOSCH CAPDEVILA, E., DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., (2016): *Teoría general del contrato. Propuesta de regulación*, Madrid: Marcial Pons, p. 17, que inserta la previsión del cambio en las circunstancias esenciales del contrato en la sección destinada al contenido obligacional del mismo. El art. 7 de ésta última propuesta académica reza así: “1. Las partes han de cumplir las obligaciones derivadas del contrato aunque su cumplimiento se torne más oneroso. 2. No obstante lo que dispone el apartado anterior, si como consecuencia de un cambio sobrevenido en las circunstancias esenciales que tuvieron en cuenta las partes al tiempo de la conclusión del contrato, la prestación de una parte deviene excesivamente onerosa por una causa imprevista y sin que ninguna de las partes asumiera el riesgo de ello, la parte perjudicada puede instar la modificación del contrato a fin de restablecer un equilibrio razonable entre las respectivas posiciones jurídicas. 3. Si la adaptación del contrato no es posible, el contratante perjudicado puede resolverlo y, en su caso, reclamar una indemnización de daños y perjuicios si la actuación de la otra parte ha sido contraria a la buena fe y a la honradez en los tratos”. A pesar de la no regulación de la *hardship*, la construcción jurisprudencial de la *rebus* escenifica la misma problemática: la necesidad de prever una regla exoneratoria; todas las formulaciones jurídicas utilizan unos parámetros similares o parecidos para acordar la aplicación de las mismas. Véase, en esta línea, CARRASCO PERERA, Á., (2017): *Derecho de contratos*, Cizur menor: Thomson Reuters aranzadi, p. 976-977.

¹⁰²⁶ Asimismo, señala DE LA CUESTA SANZ, J. M^a (2016): “La modificación del contrato por alteración de las circunstancias”, en MUÑIZ ESPADA, E., (Coord.) (2016): *Derecho de obligaciones y contratos. En homenaje al profesor Ignacio Serrano García*, Madrid: Wolters Kluwer La ley, p. 398, que el Código civil español no es ajeno a la influencia del azar en los contratos conmutativos y que el art. 1575 CCE ofrece un ejemplo de ello, abriendo la puerta a la imprevisión, en los casos de pérdidas de frutos por casos fortuitos extraordinarios. Dicho autor plantea la posibilidad de que la crisis económica acontecida el año 2007 “puede llegar a tener alcance suficiente en muchos sectores del tráfico jurídico por su imprevisibilidad como para desencadenar situaciones en las que no sea descabellada la extrapolación de esas reglas confinadas en los contratos agrarios al tiempo de la codificación civil” (p. 399).

RJ 2013\1604) y las sentencias de 30 de junio y 15 de octubre de 2014¹⁰²⁷ (RJ 2014\3526 y RJ 2014\6129), así como la STS de 13 de marzo de 2015 (ROJ 1067\2015)¹⁰²⁸, como ya hemos indicado anteriormente¹⁰²⁹, iniciaron un cambio jurisprudencial que planteó una normalización de la revisión del contrato por cambio extraordinario y sobrevenido de las circunstancias. La tan denostada inflexibilidad de la doctrina del Tribunal Supremo en relación con la regla *rebus* se mantuvo inalterada prácticamente hasta la STS de 30 de junio de 2014¹⁰³⁰.

La doctrina que ha estudiado recientemente el tema de la *rebus*¹⁰³¹ hace hincapié en destacar que fue la sentencia de 30 de junio de 2014 la que supuso un avance en la configuración doctrinal de la *rebus*, haciendo palmario un cambio importante en la doctrina del Tribunal Supremo, normalizando la aplicación de dicha figura y realizándola como instrumento de adecuación de la eficacia de los contratos al equilibrio inicialmente existente entre las prestaciones intercambiadas por las partes¹⁰³². Dicha resolución estabilizó el remedio previsto ante una situación de alteración sobrevenida de las circunstancias, haciendo compatibles el principio del *pacta sunt servanda* y la regla de la conmutatividad y el principio de la buena fe¹⁰³³.

¹⁰²⁷ La STS de 15 de octubre de 2014 reafirma la doctrina establecida en la STS de 30 de junio de 2014.

¹⁰²⁸ Por todo, véase RUBIO GIMENO, G., (2017): “Riesgo contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias” en GRAMUNT FOMBUENA, M., FLORENSA I TOMÁS, C.E., (Dir.) (2017): *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Madrid: Dykinson, pp. 199-201.

¹⁰²⁹ Véase *supra*, Capítulo II, §2.

¹⁰³⁰ Véase la selección jurisprudencial citada por CARRASCO PERERA, Á., (2017): *Derecho de contratos... cit.*, p. 980-1006.

¹⁰³¹ Por ejemplo, véanse los comentarios a dicha sentencia de CARRASCO PERERA, Á., (2015): “Reivindicación y defensa de la vieja doctrina *rebus sic stantibus*. Sentencia de 15 octubre de 2014 (RJ 2014, 6129) en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (2015): *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, mayo-agosto 2015, pp. 176-206, y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Cláusula *rebus sic stantibus*. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 333/2014, de 30 junio de 2014 (RJ 2014, 3526)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 97, Enero-Abril 2015, pp. 345 a 367; también, CASTIÑEIRA JEREZ, J., (2014): “Hacia una nueva configuración de la doctrina *rebus sic stantibus*: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014”, *InDret*, octubre 2014, pp. 1- 26, entre otros.

¹⁰³² En contra de la normalización de la figura, CARRASCO PERERA, Á., (2017): *Derecho de contratos... cit.*, p. 983, señalando que la excepcionalidad de la *rebus* significa “*que en el margen es preferible tratar todo incumplimiento como inexcusable, porque la parte que tiene que hacer la prestación afectada por la contingencia es normalmente la parte que puede prever esta contingencia a menor coste, o bien la parte que puede soportar a menor coste el riesgo de asegurarla o la parte que a menor coste puede minimizar el importe de las consecuencias negativas del impacto de la contingencia*”.

¹⁰³³ Hallamos, aquí, los dos presupuestos de la *rebus* a los que se alude en la sentencia: en relación con el principio conmutatividad, se afirma que (FD 2º, punto 4º): “*todo cambio de bienes*

Con relación a la regla de la conmutatividad, señala BERCOVITZ que no depende del equilibrio o desequilibrio existente entre las prestaciones que asumen las partes. La autonomía privada da lugar a la libertad de pactos; ello es así cuando se confecciona el contrato, *ab initio*, y sigue siendo así mientras el mismo se va cumpliendo; “*la cláusula rebus sic stantibus no puede servir frente a las mismas para impedir que la parte perjudicada no tenga pérdidas, y menos para asegurarle un margen de beneficio aunque sea mínimo, independientemente además de si tiene o no capacidad para seguir cumpliendo el contrato en los términos pactados*”¹⁰³⁴.

Nótese, sin embargo, como ya hemos señalado¹⁰³⁵, que si bien el ordenamiento jurídico español no exige una estricta adecuación entre las prestaciones intercambiadas por las partes, sí que se advierte la tendencia, en los contratos onerosos y desde una asunción causal en sentido impropio, de respetar un determinado equilibrio entre lo intercambiado por las partes; existe, por tanto, la orientación hacia la armonía en el juego contractual asumido por las partes¹⁰³⁶. En realidad, de lo que se trata, es poner límites al desequilibrio. Lo que plantea la figura de la *rebus sic stantibus* es si la alteración sobrevinida de las

y servicios que se realice onerosamente tiene que estar fundado en un postulado de conmutatividad, como expresión de un equilibrio básico entre los bienes y servicios que son objeto de intercambio”. El otro fundamento, relativo a la buena fe contractual, permite al TS señalar que (FD 2º, punto 4º): “*el principio de la buena fe en la economía de los contratos, sin perjuicio de su aplicación como interpretación integradora del contrato (artículo 1258 del Código civil), y sin caer en su aplicación como mera cláusula general o cláusula en blanco de cara a la más amplia discrecionalidad o arbitrio judicial, permite una clara ponderación de los resultados que se deriven de la regla de que los pactos deben siempre ser cumplidos en sus propios términos. En este sentido, si en virtud de la buena fe el acreedor no debe pretender más de lo que le otorgue su derecho y el deudor no puede pretender dar menos de aquello que el sentido de la probidad exige, todo ello de acuerdo con la naturaleza y finalidad del contrato; también resulta lógico, conforme al mismo principio, que cuando, fuera de lo pactado y sin culpa de las partes y de forma sobrevinida, las circunstancias que dotaron de sentido la base o finalidad del contrato cambian profundamente, las pretensiones de las partes, lo que conforme al principio de buena fe cabe esperar en este contexto, pueden ser objeto de adaptación o revisión de acuerdo al cambio operado*”.

¹⁰³⁴ Negando la idea de que el Derecho español requiera conmutatividad y justicia contractual material, *cfr.* CARRASCO PERERA, Á., (2015): “Reivindicación y defensa de la vieja doctrina “*rebus sic stantibus*” ... *cit.*, p. 203.

¹⁰³⁵ Véase *supra*, Capítulo II, §2.

¹⁰³⁶ Así, en relación con la causa onerosa, señala CASTIÑEIRA JÉREZ, J., (2014): “Hacia una nueva configuración de la doctrina *rebus sic stantibus*... *cit.*, pp. 10-11, que “*la equivalencia mínima requerida por el art. 1274 CC debe permanecer inalterada desde la perfección del contrato hasta su completa ejecución salvo que las partes, de algún modo, directa o indirectamente, hayan aceptado el riesgo de que esa equivalencia pudiera desaparecer (...). Para que pueda hablarse de un verdadero defecto causal, lógicamente, la relación de equivalencia debe haber quedado destruida...*”

circunstancias ha turbado de tal modo la equivalencia entre las prestaciones intercambiadas por las partes que el contrato oneroso ha quedado vacío de su función económica. Consideramos que la decisión relativa a si esa no equivalencia es suficiente para plantear la adaptación o finalización del contrato, tal y como se desprende de la doctrina de la *rebus sic stantibus*, debería regirse por criterios objetivos; a diferencia del desequilibrio inicial que surge de los casos de ventaja injusta, en que, como ya hemos analizado, la desproporción en forma de beneficio excesivo o ventaja injusta es insuficiente *per se* para desembocar en una adaptación o rescisión del contrato (la figura demanda la existencia de los elementos subjetivos ya descritos pormenorizadamente en el Capítulo III), cabría idear algún tipo de limitación económica que señalara un umbral por debajo del cual no fuera posible solicitar una revisión del contrato¹⁰³⁷; también ello es demandado en nuestra propuesta de reformulación de figura de la ventaja injusta, en aras a establecer una presunción de beneficio excesivo¹⁰³⁸.

Por lo que atañe a la conexión de dicha doctrina con el principio de la buena fe¹⁰³⁹, autores como CASTIÑEIRA han cuestionado la fundamentación en dicho principio, ya que ello conllevaría la posibilidad de abrir un cauce a la discrecionalidad judicial que acarrearía una gran inseguridad jurídica a la hora de interpretar “*qué cambio de circunstancias es alegable por el deudor u oponible al acreedor*”¹⁰⁴⁰. Sugiere dicho autor que el límite a lo que pueda reclamar el deudor debería basarse en el deber de previsión de las partes en el momento de contratar y en la asunción de riesgos¹⁰⁴¹. De hecho, la aplicación restrictiva de la

¹⁰³⁷ Así lo propone RUBIO GIMENO, G., (2017): “Riesgo contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias... *cit.*, p. 219, quien toma prestada la noción de lesión enorme catalana del 50% del valor del bien (y al que otras normas directamente relacionadas con el riesgo contractual también se refieren, p. ej., art. 1575 CCE).

¹⁰³⁸ Véase *supra*, Capítulo IV, §2.

¹⁰³⁹ Señala la STS de 24 de febrero de 2015 (RJ 2015\1409) que “*la aplicación del principio de buena fe como fundamento de la cláusula rebus sic stantibus, junto con el citado principio de conmutabilidad, constituyen una plasmación de las directrices de orden público económico dirigida a valorar la incidencia de la alteración producida en la base del negocio que informó el contrato, como expresión de la conmutabilidad o razón económica del equilibrio contractual del mismo. De modo que, su función, fuera del estricto plano de la delimitación del alcance prestacional que deba ser observado, se centra en el ámbito de la eficacia derivada del propio contrato, bien modificando provisionalmente el vínculo obligacional, o bien, determinando su resolución*” (FD 2)º.

¹⁰⁴⁰ CASTIÑEIRA JEREZ, J., (2014): “Hacia una nueva configuración de la doctrina *rebus sic stantibus*... *cit.*, p. 12.

¹⁰⁴¹ En relación con la asunción de riesgo véase el estudio de CARRASCO PERERA, Á., (2017): *Derecho de contratos*... *cit.*, p. 987 y sig., en que dicho autor expone, a través de diferentes

regla *rebus* puede servir como un incentivo a pactar una solución acordada del riesgo contractual.

En este sentido, también, se han manifestado otros autores, señalando que en los contratos de tracto sucesivo y ejecución diferida existe una mayor probabilidad de que entren en juego factores imposibles de prever y que alteren el equilibrio contractual¹⁰⁴². En conexión con ello, las decisiones que se tomen en este entorno caracterizado por la inestabilidad o incertidumbre deben partir de esta premisa; “*la alteración o el cambio de las circunstancias es, en realidad, desde siempre, la situación normal. No es una situación excepcional (de hecho, nunca lo ha sido), y, por ello mismo, inesperada, que no se podía tener en cuenta por las personas concernidas a la hora de tomar una decisión que puede conducir a la celebración o no de un negocio jurídico*”¹⁰⁴³. Así, el planteamiento debería ser que lo normal es la “inestabilidad de las circunstancias”, lo que conllevaría que los individuos previeran, *ex ante*, la posibilidad de que se produzca un escenario de cambio y se anticiparan a ello, cauta y reflexivamente¹⁰⁴⁴, en caso contrario deberían asumir las consecuencias de su imprevisión.

Señala NAVAS NAVARRO que lo coherente en los casos de contratos de ejecución diferida, dilatados en el tiempo, es establecer una cláusula de revisión genérica,

ilustraciones, criterios orientativos para la asignación y reparto de riesgo en el contexto fáctico en que resultara de aplicación la regla *rebus*. Lo que se pretende es reducir hasta al máximo la incertidumbre que supone la aplicación de la *rebus*.

¹⁰⁴² RUBIO GIMENO, G., (2017): “Riesgo contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias... *cit.*, p. 207. Señala PARRA LUCÁN, M^a Á., (2015): “Riesgo imprevisible y modificación de los contratos”, *InDret*, octubre 2015, p. 45, que en los contratos de larga duración, una norma sobre la alteración sobrevenida de las circunstancias debería coordinarse con otro tipo de consideraciones y de reglas, por ejemplo, las que reconocen un derecho de desistimiento en los contratos indefinidos.

¹⁰⁴³ NAVAS NAVARRO, S., (2015): “La normal inestabilidad de las circunstancias en el Derecho de Familia y de Sucesiones (Sobre la toma de decisiones en contextos complejos y su relevancia en el Derecho)”, en ARNAU RAVENTÓS, L., ZAHINO RUIZ, M^a (2015): *Cuestiones de Derecho sucesorio catalán. Principios, legítima y pactos sucesorios*, Madrid: Marcial Pons, pp. 180-181.

¹⁰⁴⁴ NAVAS NAVARRO, S., (2015): *op.cit.*, pp. 178 y sig., señala que sólo en los casos de circunstancias extraordinarias, excepcionales, sustanciales, cuyo acaecimiento es altamente improbable por imprevisible, deberían permitir la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* (sobreveniencia de cisnes negros, en la metáfora que utiliza dicha autora) pero la regla no debe procurar una solución en los casos de cisnes blancos, hechos que “*las partes podían haber previsto porque los conocían o eran previsibles porque podían conocer lo desconocido o podían conocer que no conocían los hechos que se acaban produciendo y, por tanto, tomar decisiones acerca de los riesgos que asumen y establecer mecanismos jurídicos para paliar o minimizar las consecuencias de dicha producción*”.

que permita cubrir otros posibles hechos que pudieran acontecer¹⁰⁴⁵, más allá de cláusulas específicas que prevean la revisión del contrato ante el acaecimiento de determinados hechos, previsibles y por tanto, determinables¹⁰⁴⁶.

Los contextos en los que acaecen dichos cambios de circunstancias suelen ser complejos. Es en este entorno en el que las partes negocian y, por tanto, la forma de razonar de éstas debería ser determinada en función del contexto comercial; podemos afirmar que “*no decisión takes place in vacuo: there is always a context*”¹⁰⁴⁷. Así, nos parece atinada la opción de NAVAS NAVARRO, conducente a responsabilizar a las partes de “autoinformarse” o recurrir a un experto con el fin de obtener la información necesaria antes de tomar una decisión y más cuando los contextos en los que se negocia normalmente no son sencillos o simples sino complejos¹⁰⁴⁸; asumiendo que vivimos en un contexto líquido¹⁰⁴⁹, cambiante y, por ende, complicado, que señala la necesidad de exigir un grado

¹⁰⁴⁵ Ello lo señala también CARRASCO PERERA, Á., (2017): *Derecho de contratos... cit.*, pp. 974-975, poniendo de relieve que no es imprevisible que puedan existir riesgos en concreto imprevisibles y genéricamente previsibles.

¹⁰⁴⁶ *Ibidem*, pp. 1010-1011. En este sentido, CARRASCO pone de relieve que la *rebus/hardship* debe proyectar la vinculación contractual como regla general y que lo que hay que proponer es, para los casos auténticamente difíciles, una cláusula de cierre, “*que no es otra que el respeto estricto a lo pactado, dejando a las partes un horizonte de negociación, si todavía el contrato modificado puede proporcionar un beneficio común, como casi siempre será el caso en contratos relacionales de larga duración entre empresarios*”.

¹⁰⁴⁷ Según la expresión de RIABACKE, A., (2006): “Managerial Decision Making Under Risk and Uncertainty”, *International Journal of Computer Science*, 32, 4, p. 1.

¹⁰⁴⁸ NAVAS NAVARRO, S., (2015): *op.cit.*, pp. 184-191. La autora hace una división entre contextos simples, complicados y complejos. Los primeros se caracterizan por su estabilidad y el orden de las circunstancias; un contexto simple es “*el terreno de lo conocido y un cambio de circunstancias se interpreta por los sujetos como un cambio “sustancial” e “imprevisible”, aunque, en realidad, no lo sea, ya que si se hubieran contemplado todas las circunstancias, desde una perspectiva global, se habría podido prever esa alteración*”. En el caso del contexto complicado, éste sigue siendo un contexto ordenado y estable, pero cabe hacer un análisis más exhaustivo de los hechos o datos que se tienen ya que se deben dar respuestas que no se forman automáticamente, sino que requieren tener conocimientos específicos. Finalmente, los contextos complejos se caracterizan por ser dinámicos, inestables, en los que una alteración de las circunstancias puede provocar consecuencias importantes y desproporcionadas en relación con las que las partes se representaron. En otro sentido se expresa MOMBORG URIBE, R., (2011): *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts. Comparative perspectives*, tesis doctoral, Universidad de Utrecht, p. 279: “*Practical experience shows that it is impossible for the parties to contemplate the occurrence and scope of all the possible factors that may potentially disturb their obligations, and, in addition, to negotiate the distribution of the possible risks that can arise from occurrence of those hypothetical circumstances. It is not realistic to assume that the parties themselves will always provide for solutions in their agreements*”.

¹⁰⁴⁹ BAUMAN, Z., (2005): *Vida líquida*, Barcelona: Paidós, p. 9, señalando que “*la sociedad “moderna líquida” es aquella en que las condiciones de actuación de sus miembros cambian antes de que las formas de actuar se consoliden en unos hábitos y en una rutina determinadas*”.

de diligencia a los contratantes que no pueden ser ajenos al contexto en el que están celebrando el negocio jurídico.

Centrando el análisis o la propuesta normativa, el art. 1575 CCE nos puede ayudar a calificar de algún modo la extraordinariedad del suceso que debe permitir la aplicación de la cláusula *rebus*¹⁰⁵⁰¹⁰⁵¹; señala dicho artículo, en el segundo párrafo, que debe entenderse por casos fortuitos extraordinarios “*el incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro igualmente desacostumbrado, y que los contratantes no hayan podido racionalmente prever*”. Nótese el estándar de diligencia establecido en la frase final del artículo. Cabe considerar, pues, una suerte de esmero en las partes en orden a asumir un determinado riesgo, si éste era razonablemente previsible¹⁰⁵².

Parece lógico sostener, pues, que en esta modernidad líquida descrita por BAUMAN¹⁰⁵³, el ordenamiento jurídico debe prever los instrumentos necesarios para empoderar a las partes y protegerlas en la celebración de negocios jurídicos. La modernización o la refacción de los códigos precedentes debe tener presente no sólo aquellos instrumentos que permitan una protección *ex post* del contratante más débil sino prever o desarrollar mecanismos que permitan a las partes disponer de recursos para que cuando entablen relaciones jurídicas

¹⁰⁵⁰ Señala, no obstante, MEDINA ALCOZ, M., (2015): “Pactos prematrimoniales, “pacta sunt servanda” y modificación sobrevenida de las circunstancias”, en PEREÑA VICENTE, M., DELGADO MARTÍN, P., (2015): *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*, Cizur Menor: Aranzadi, p. 774, que el acento no debería situarse en lo sustancial del cambio, sino en su imprevisibilidad.

¹⁰⁵¹ CARRASCO PERERA, Á., (2017): *Derecho de contratos... cit.*, p. 1001, nota a pie de página núm. 190, contrasta el art. 1575 con el art. 16 Ley de Arrendamientos Rústicos señalando que “*ahora el arrendatario no puede pedir rebaja por las contingencias que constituyan “riesgos normalmente asegurables”, si bien puede repercutir en el arrendador una parte del coste de la prima del seguro. El arrendatario no podrá solicitar aplicación de la cláusula rebus por contingencias de esta clase, y el arrendador pagará la parte de la prima que se corresponda con el riesgo que hubiera podido sufrir de ser afectado por una rebaja de la renta de haberse producido un supuesto extraordinario del art. 1575 CC, si éste es asegurable*”.

¹⁰⁵² Lo ambicioso es redactar una norma general sobre las consecuencias del cambio sobrevenido de las circunstancias ya que la tarea legislativa consistirá en delimitar los grupos de supuestos que pueden plantear una opción para la alteración sobrevenida de las circunstancias conducente a su revisión. Ello, con PARRA LUCÁN, M^a Á., (2015): *op.cit.*, p. 46, es tarea del legislador, y no de los tribunales, “*a quienes no corresponde enunciar una regla con pretensión de aplicación a todos los contratos*”. Añadiendo, dicha autora que “*en ausencia de renegociación por las partes y de norma que disponga otra cosa, la imprevisión grave debe abordarse, cuando se den los respectivos presupuestos, mediante los remedios contractuales que ofrece el ordenamiento en materia de consentimiento y sus vicios, en especial el error, los motivos individuales (...), y las presuposiciones comunes (...), la exigencia de causa como requisito del contrato y su influencia en la vida del mismo (...)*”.

¹⁰⁵³ BAUMAN, Z., (2005): *Vida líquida... cit.*, p. 1-201.

asuman el riesgo contractual inherente a cualquier *iter negocial* y, a su vez, procuren reglas que permitan a las mismas, reflexionar de manera anticipada y con conocimiento de causa la celebración del negocio jurídico y, en acorde con ello, establezcan cláusulas contractuales que combatan la incertidumbre de lo incierto (la posibilidad que se produzca un riesgo imprevisible¹⁰⁵⁴).

Recientemente la doctrina se ha ocupado holgadamente del estudio de la figura de la alteración sobrevenida de las circunstancias, poniendo certeramente de relieve un planteamiento tuitivo de la parte perjudicada económicamente por el resultado de la ejecución del contrato¹⁰⁵⁵.

La *hardship* plantea, por tanto, un remedio reequilibrador de la economía del contrato; esta regla reprime la desaparición, sobrevenida, del equilibrio contractual¹⁰⁵⁶. Es éste mismo devenir el que se produce en la ventaja injusta, aunque el planteamiento de desequilibrio en ésta última es inicial, apreciable en el mismo momento de celebración o conclusión del negocio jurídico: una lesión sobrevenida frente a una lesión inicial¹⁰⁵⁷. El principio de equidad que prescribe la lesión inicial y que se fundamenta en la justicia conmutativa sirve para exigir la presencia del equilibrio en los contratos de ejecución diferida (lesión sobrevenida)¹⁰⁵⁸. El remedio revisorio que ha previsto el legislador europeo en los

¹⁰⁵⁴ CARRASCO PERERA, Á., (2017): *Derecho de contratos... op.cit. loc. cit.*, pp. 974-976.

¹⁰⁵⁵ Así, entre otros, y poniendo el acento en el carácter social de la figura, como instrumento de protección de la parte débil: HONDIUS, E., GRIGOLEIT, H.C., (Eds.) (2011): *Unexpected circumstances in European Contract Law*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 1-692; MOMBERG URIBE, R., (2011): *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts. Comparative perspectives... cit.*, pp. 1-324; MEKKI, M., KLEPFER-PELÈSE, M., (2011): "Hardship and Modification (or "Revision") of the Contract", en HARTKAMP, A., HESSELINK, M., HONDIUS, E., MAK, C., DU PERRON, E., (2011): *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, pp. 651-680. Entre nuestra doctrina, con un punto de vista más crítico con la figura y mostrándose con cautela ante una aplicación generalizada y decidida a plantear un principio de revisión de los contratos, entre otros, CARRASCO PERERA, Á., (2015): "Reivindicación y defensa de la vieja doctrina *rebus sic stantibus*" ... *cit.*, p. 185; RUBIO GIMENO, G., (2017): *op.cit.*, p. 198; PARRA LUCÁN, M^a Á., (2015): "Riesgo imprevisible y modificación de los contratos"... *cit.*, pp. 39-46.

¹⁰⁵⁶ A favor de incorporar una regla como tal en el ordenamiento jurídico español que permitiera llenar una laguna normativa en el sistema de derecho privado, véase SALVADOR CODERCH, P., (2009): "Alteración sobrevenida de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos... *cit.*, pp. 52-53. Sin embargo, en sentido opuesto, la regla *rebus* ha sido vituperada académicamente con dureza por CARRASCO PERERA, Á., (2017): *Derecho de contratos... op.cit. loc.cit.*, pp. 1010-1011, contrario a su generalización o a la adopción de alguna fórmula equivalente,

¹⁰⁵⁷ OSTI, G., (1973): *Scritti Giuridici*, t. I, Milano: Giuffrè editore, p. 261.

¹⁰⁵⁸ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (2015): "Alteración sobrevenida de las circunstancias en los contratos sinalagmáticos: de la *rebus sic stantibus* a la alteración extraordinaria de

casos de alteración sobrevenida de las circunstancias se dirige a mantener la proporcionalidad económica que las partes mismas establecieron. Ello difiere del supuesto de hecho la ventaja injusta ya que aquí la proporcionalidad económica es inexistente *ab initio*.

La normalización de la alteración sobrevenida de las circunstancias ha sido encauzada en el Derecho catalán, mediante un reflejo positivizado en el derecho de familia y sucesiones. Así, el art. 231-20.5 CCCat, en materia de pactos otorgados en previsión de futura ruptura, permite declarar los mismos ineficaces si han sobrevenido circunstancias relevantes que han perjudicado gravemente los intereses de uno de los cónyuges o convivientes estables. Establece el precepto que *“los pactos en previsión de ruptura que en el momento en que se pretende el cumplimiento sean gravemente perjudiciales para un cónyuge no son eficaces si este acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron”*¹⁰⁵⁹.

También el art. 233-7 CCCat permite la modificación de medidas adoptadas en caso de crisis matrimonial o cese de la convivencia en los casos de variación sustancial de las circunstancias concurrentes que, sin embargo, configuran supuestos que encajan más con un desarrollo de la vida de las personas involucradas y, por ende, situaciones previsibles¹⁰⁶⁰; lo mismo sucede en sede

circunstancias”, en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., GARCÍA PÉREZ, C.L. (Coords.) (2016): *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, p. 144.

¹⁰⁵⁹ NAVAS NAVARRO, S., (2015): *op.cit.*, p. 194, señala que la declaración de ineficacia del pacto en previsión de futura ruptura sólo debería ser posible ante el acaecimiento de hechos altamente improbables pero que conducen a consecuencias devastadoras, y, según la autora, éste no es el caso del 231-20.5 CCCat, ya que las partes al menos sí que conocen que no pueden prever todos los acontecimientos futuros; al menos conocen que *“conocen lo desconocido (...) Esto les debería de llevar a la redacción de estipulaciones en el pacto que combinaran, por un lado, cláusulas concretas sobre circunstancias que consideren que pueden acaecer y que pueden dar lugar a una modificación de sus circunstancias y, por otro lado, a la redacción de cláusulas generales (“standards”) que permitieran incluir la sobrevenida de hechos, en ese momento, no imaginables pero que puedan acaecer y que pueden dar lugar o bien a la revisión del pacto para adaptarlo a las nuevas circunstancias”*. La autora considera que lo que prevé el art. 231-20.5 CCCat debería ser una cláusula general que se estableciera por las partes en el pacto en previsión de futura ruptura.

¹⁰⁶⁰ Encajarían en la modalidad de cisnes blancos que apunta NAVAS NAVARRO, S., (2015): *op.cit.*, pp. 196-197 ya que se trata de *“avatares propios de la normal inestabilidad de la vida humana”*.

de revocación por supervivencia de hijos [art. 531-15.1 b) CCCat] o de pobreza del donante [art. 531-18.1e) CCCat].

Finalmente, y en el escenario del Derecho de sucesiones catalán, el art. 431-14.1 d) CCCat permite la revocación del pacto sucesorio (o de alguna de sus disposiciones) “*por el hecho de producirse un cambio sustancial, sobrevenido e imprevisible de las circunstancias que constituyeron su fundamento*”, recogiendo la cláusula *rebus* propia de los contratos onerosos en un supuesto de pacto sucesorio, sin embargo, en dicho supuesto, el legislador sólo toma en cuenta una parte del presupuesto para la aplicación de la *rebus*: la alteración sobrevenida de las circunstancias, pero no exige ningún desequilibrio. La consecuencia que sobreviene en caso de alteración es la revocación del pacto¹⁰⁶¹.

En los supuestos de alteración sobrevenida de las circunstancias, alejados de cualquier juicio relativo a la conducta de las partes¹⁰⁶², la revisión que realice el juez sobre lo acordado por las partes debe ceñirse a supuestos de contextos complejos; en contextos de negociación simples o medianamente complicados, en que los contratantes conocen que “no conocen” los hechos que se pueden producir, lo coherente sería que ambas establecieran cláusulas de revisión para el caso que determinados hechos acaecieran, sin necesidad de anteponer una solución (ya que no conocen si el hecho se producirá en ese momento)¹⁰⁶³.

¹⁰⁶¹ Insiste EGEA FENÁNDEZ, J., (2011): *Bona fe i honradesa en els tractes en el Dret civil de Catalunya*, Discurs d'ingrés, Acadèmica de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, p. 63, que el ordenamiento jurídico catalán parece optar, en los supuestos de imprevisión, mayoritariamente por el nominalismo: “*no infringeix el principi de la bona fe el deutor que es considera alliberat mitjançant el pagament dels diners desvaloritzats, ni el creditor que insisteix en la prestació d'acord amb el preu antic malgrat l'elevació desproporcionada dels costos en el deutor*”.

¹⁰⁶² Ya que la inimputabilidad en cuanto al cambio de circunstancias se refiere a ambas partes contratantes, cfr. RUBIO GIMENO, G., (2017): *op.cit.*, p. 203.

¹⁰⁶³ NAVAS NAVARRO, S., (2015): *op.cit.*, p. 197, señalando que “*en este sentido, recurrir a un expediente de modificación de medidas por alteración de las circunstancias concurrentes debería ser absolutamente excepcional, sólo cuando las partes no hayan previsto, como decimos, “cisnes negros”; no, en caso de cisnes blancos...por eso, insistimos, en que lo que cabe establecer son cláusulas de revisión de las medidas, en caso de que acaezcan determinados hechos que pueden describirse de forma clara y precisa (cisnes blancos), y en caso de hechos no conocidos por improbables (cisnes negros) mediante la introducción de una cláusula de alcance más genérico; aborda directamente la cuestión PARRA LUCÁN, M^a Á., (2015): “Riesgo imprevisible y modificación de los contratos”... cit., p.45, quien considera que si se introdujera una norma sobre la *hardship* en el ordenamiento jurídico español, debería limitarse a aquellos casos en los que la asignación de riesgos no pudiere resolverse con criterios de interpretación e integración del contrato.*

Tras todo lo afirmado, conviene examinar a continuación el planteamiento de revisión del contrato en los supuestos de desequilibrio originario entre las prestaciones intercambiadas por las partes; es decir, en los casos de explotación o ventaja injusta, para proceder al final a estudiar los remedios previstos ante un supuesto de desequilibrio inicial del contrato.

1.2. Revisión del contrato en los casos de ventaja injusta

Los modelos de regulación de ventaja o explotación injusta presentados por las propuestas de armonización del Derecho contractual europeo descritos en los capítulos antecedentes, así como el encaje novedoso que el legislador catalán atribuye a la ventaja injusta en los arts. 621-45 y sig. CCCat presentan un régimen de revisión del contrato que es preferente al de la ineficacia del mismo¹⁰⁶⁴. Ello se asevera en el régimen de “adaptabilidad” del contrato que permite a la parte perjudicada – también a la que resulta beneficiada por la ventaja o beneficio excesivo en las propuestas del *soft law* (PICC, PECL y DCFR)- optar por reconducir el negocio jurídico a una situación simétrica para ambas partes.

Así, podemos afirmar que el régimen preferente en los casos de explotación o ventaja injusta es la adaptación del contrato que permita una conservación del mismo y no la anulabilidad/rescindibilidad del mismo¹⁰⁶⁵.

Conviene plantearse si es necesaria una armonización de remedios en atención a la finalidad compartida de ambas figuras reequilibradoras o, por el contrario, exige una respuesta diferenciada por parte del ordenamiento. Antes de proceder a examinar las soluciones que un supuesto de ventaja o explotación injusta permite explorar, y que se concentran en la resolución del contrato o en la adaptación del mismo¹⁰⁶⁶, ya sea entre las partes o por el juez, debemos plantear

¹⁰⁶⁴ Sin embargo, el proyecto CESL no preveía ninguna adaptación del contrato en los casos de explotación injusta, estableciendo únicamente el régimen de la anulación, *cf.* art. 51 CESL.

¹⁰⁶⁵ Por ejemplo, DROBNIG, U., (1997), “Protection of the weaker party” en BONELL, M., BONELLI, F., (1997): *Contratti Commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Milán: Guiffrè editore, p. 223, señala que el principio del “*favor negotii*” en los PICC aparece confirmado por la posibilidad de adaptación del contrato a instancia de cualquier de las partes.

¹⁰⁶⁶ La doctrina ha debatido a fondo sobre el problema de la revisión del contrato en los casos de alteración sobrevenida de las circunstancias, aunque en menor medida se ha preocupado en los

el fundamento que permite redefinir el contrato que suele fundamentarse en el principio de conservación del mismo.

2. El principio de conservación del contrato y su función integradora

El principio de conservación del contrato, directamente relacionado con el principio de seguridad¹⁰⁶⁷ (cfr. Principios 28^o DCFR¹⁰⁶⁸ y el 0:0204 de los *Principes directeurs*¹⁰⁶⁹), revela una nueva concepción que prioriza la composición de intereses originariamente querida y justifica el diseño de instrumentos que permitan adaptar el contrato con la finalidad de salvar el proyecto económico que los contratantes consideraban apto para satisfacer sus intereses respectivos.

En el Derecho contractual de consumo, este principio tiene su máximo enunciado en los arts. 83 y 119 TRLGDCU, que procuran distintas técnicas jurídicas con el

casos de desequilibrio originario, cfr. PONTIROLI, L., (1997): “La protezione del “contraente debole” nei *Principles of International Commercial Contracts* di UNIDROIT: *much do about nothing?*”, *Giurisprudenza Commerciale*, parte prima, p. 578.

¹⁰⁶⁷ Principio 17.5 DCFR: “el principio de la “conservación del contrato” (*faveur pour le contrat*), en virtud del cual, a la hora de tratar las cuestiones relacionadas con la interpretación, la invalidez o el cumplimiento de un contrato se dará prioridad a la perspectiva que otorgue eficacia al contrato frente a la que no lo haga, si ésta resulta perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes”.

¹⁰⁶⁸ Principio 28 DCFR: Conservación de la relación contractual. Este principio, recogido en los *Principes directeurs* bajo el epígrafe de *faveur pour le contrat*, queda también reconocido en distintas disposiciones del DCFR, como las relativas a la interpretación o al poder de un tribunal para adaptar un contrato afectado por un motivo de invalidez. Por otra parte, se puede pensar que el derecho del deudor a subsanar un cumplimiento defectuoso es una forma de preservar la relación contractual, ya que puede evitar el recurso a los remedios, incluyendo la resolución del contrato. Este mismo objetivo subyace en las disposiciones supletorias del acuerdo de las partes cuando parece que pasan por alto determinadas cuestiones. En cierto sentido, numerosas disposiciones del derecho de contratos, como por ejemplo los remedios disponibles en caso de incumplimiento, son “reglas supletorias” que llenan los vacíos que existen en el acuerdo entre las partes y ayudan a mantener una relación de colaboración eficaz. No obstante, existen reglas específicas sobre cuestiones acerca de las cuales, en determinados ordenamientos jurídicos, los tribunales han resuelto que no existía ningún tipo de obligación, incluso cuando parecía claro que las partes deseaban mantener sus compromisos a pesar del carácter incompleto de su contrato. Un ejemplo son las disposiciones sobre el establecimiento de los precios o de otras condiciones. Por otra parte, el DCFR ofrece un método más general para completar el acuerdo con el objeto de que resulte aplicable cuando surja una cuestión no prevista o contemplada por las partes, “conservando al contrato” y perseverando la seguridad contractual.

¹⁰⁶⁹ Artículo 0:204: “Cuando el contrato esté sujeto a interpretación o cuando su validez o cumplimiento estén amenazados, se optará por preservar su eficacia si su desaparición perjudicara a los intereses legítimos de una de las partes”.

objetivo de mantener el contrato, evitando que sea declarado nulo o ineficaz cuando éste contenga cláusulas inválidas.

El prevalecimiento de la nulidad parcial sobre la total, enunciado a través del brocardo “*utile per inutile non vitiatur*”¹⁰⁷⁰, propaga también la idea del *favor contractus* o *favor negotii*, entendiendo que debe limitarse la invalidez del contrato sólo a sus cláusulas contrarias al Derecho necesario¹⁰⁷¹¹⁰⁷².

Así, en el Derecho contractual de consumo, observamos una preferencia clara por los remedios que permiten la conservación del contrato. El art. 114 TRLGDCU señala la obligación de entrega del vendedor al consumidor y usuarios de productos que sean conformes con el contrato (principio de conformidad). El vendedor responderá frente al comprador de cualquier falta de conformidad con el contrato (art. 118 TRLGDCU). El art. 119 establece los remedios por los que debe optar el consumidor, en primer lugar, ante una falta de conformidad: esto es, la reparación o sustitución del producto¹⁰⁷³. La preferencia por dichos remedios evidencia un sistema que persigue la conservación del contrato. En segundo lugar, el consumidor podrá elegir entre la rebaja del precio o la resolución del contrato, en los siguientes casos: a) si la reparación o sustitución no pudieran ser exigidas por resultar objetivamente imposibles o desproporcionadas; b) cuando la reparación y la sustitución no se lleven a cabo en un plazo razonable [art. 120 b) TRLGDCU]; c) si concluida la reparación y/o tras la sustitución del producto, éste sigue siendo no conforme con el contrato [art. 120 d) y f) TRLGDCU] o d) cuando el vendedor se niegue a reparar o sustituir el producto.

¹⁰⁷⁰ En relación con la nulidad parcial del contrato y el principio del “*utile per inutile non vitiatur*” como una “*regula iuris*” en Europa, véase TOMÁS, G., (2016): “*Utile per inutile non vitiatur: can favor contractus be considered a European regula iuris?*” *ERCL* 12(3), pp. 259-286.

¹⁰⁷¹ En este sentido, véase QUESADA GONZÁLEZ, M^a C., (2016): “El principio de conservación del contrato en el derecho de consumo”, en AÑOVEROS TERRADAS, B., LLEBARÍA SAMPER, S., (2016): *El contrato: apuntes para una revisión. Principios y reglas ante el mercado, la política y el conflicto*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, p. 305 y sig.

¹⁰⁷² En relación con los PICC y el principio del *favor contractus* véase KORNET, N., (2011): “Evolving general principles of International Commercial Contracts. The UNIDROIT Principles and Favor Contractus”, *Maastricht European Private Law Institute, Working Paper n°2011/07*, pp. 1-20.

¹⁰⁷³ *Ibidem*, p. 315. No existe una relación de subsidiariedad entre una y otra opción, salvo que una de estas dos resulte imposible o desproporcionada [arts. 119.1, 120 d) y f) TRLGDCU] o si se trata de productos no fungibles o de segunda mano [120 g) TRLGDCU].

Sigue el Libro Sexto del CCCat la senda trazada por el Derecho contractual de consumo, fraternizando con la regulación relativa a los supuestos de falta de conformidad y, en la sección en que se procuran los remedios del comprador y del vendedor, se establecen los siguientes para los casos en que haya un incumplimiento por una de las partes (art. 621-37 y sig. CCCat): el cumplimiento específico, la corrección a iniciativa del vendedor, la suspensión del pago del precio o del cumplimiento de las obligaciones, la resolución del contrato (sólo en los casos en que el incumplimiento de la otra parte pueda calificarse de esencial¹⁰⁷⁴) y la reducción del precio (remedio exclusivo para el comprador). Sin embargo, no se establece una jerarquía de remedios como si hace el TRLGDCU.

Dicha prelación de remedios establecida por la legislación consumerista puede servirnos de inspiración para determinar una relación de remedios en los casos en los que el equilibrio económico del contrato es inexistente, ya sea por una lesión *ab initio* o *superveniens*.

La preservación del contrato es inmanente a esta orientación propia de la justicia contractual esgrimida por la doctrina¹⁰⁷⁵. La conservación del contrato revela una nueva concepción del mismo que prioriza la composición de intereses originariamente establecida y justifica, por ende, la instrumentalización de figuras jurídicas que permitan adaptar el contrato con la finalidad de salvar el proyecto económico establecido *inter partes*.

Llegados a este punto, procederemos a continuación a examinar los remedios que se pueden establecer en los casos de ventaja o explotación injusta y que pretenden, a su vez, significar una regulación armoniosa y concorde con la existente en los casos de alteración sobrevenida de las circunstancias o *hardship*.

¹⁰⁷⁴ El art. 621-41.2 entiende por incumplimiento esencial aquello que “... *priva substancialment l'altra part d'allò a què tenia dret segons el contracte*”.

¹⁰⁷⁵ El principio del *faveur pour le contrat* (ex art. 0:204) propugna una preferencia por la solución que persigue la eficacia del contrato, en sede de validez del negocio jurídico (como sería la propuesta alternativa a la anulación del contrato en los casos de ventaja o explotación injusta, ex art. 4:109 PECL y II.-7:207 DCFR) como en términos de ejecución del contrato, como sería el caso de alteración sobrevenida de las circunstancias: véase FAUVARQUE-COSSON, B., MAZEAUD, D., (2008) (Coords): *Projet de Cadre Commun de Référence. Principes Contractuels Communs. Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique-Française Société de Législation Comparée*, Paris : Société de Législation Comparée, pp. 111 y sig.

3. La renegociación del contrato entre las partes

En las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo, el deber de renegociar el contrato ante el cambio sobrevenido de las circunstancias es puesto certeramente de relieve¹⁰⁷⁶. Así, el art. 6.2.3 PICC establece que si se cumplen los requisitos de aplicación de la *hardship*, la parte en desventaja puede solicitar a la contraparte una renegociación del contrato sin que ello le autorice a suspender el cumplimiento¹⁰⁷⁷; si en un tiempo prudencial no se ha llegado a un acuerdo, cualquiera de las partes puede acudir ante el juez y éste, si lo considera razonable, puede resolver o adaptar el contrato con el fin de restablecer el equilibrio inicial del mismo. Si bien los términos de la norma no son, en principio, imperativos, parece evidente la obligatoriedad de la renegociación ya que el derecho a requerir la intervención del juez estará condicionado por la incapacidad de las partes de llegar a un acuerdo previo sobre la adaptación del contrato¹⁰⁷⁸. Por su parte, el art. 6:111 (2) PECL¹⁰⁷⁹ regula el deber de renegociar el contrato como una solución prioritaria a la adaptación o extinción del mismo por el juez. Los PECL se pronuncian, así, en términos más palmarios, añadiendo

¹⁰⁷⁶ CASTIÑEIRA JÉREZ, J., (2014): “¿Existe (o debe existir) un deber de renegociar los contratos? en ABEL LLUCH, A., (2014): *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*, Barcelona: Bosch, p. 826.

¹⁰⁷⁷ Art. 6.2.3 (1) PICC: “*En caso de “excesiva onerosidad” (hardship), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa*”.

¹⁰⁷⁸ MOMBERG URIBE, R., (2010): “La revisión del contrato por las partes: el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37, nº11, p. 454. Asimismo, los comentarios oficiales de los PICC así lo establecen cuando señalan que “*si las partes no llegan a un acuerdo acerca de la adaptación del contrato dentro de un tiempo razonable, el párrafo 3 de este artículo autoriza a ambas partes a recurrir a un tribunal. Esta situación puede presentarse bien porque la parte que no ha sido perjudicada por el cambio de situación decide ignorar el reclamo de renegociación, o porque las renegociaciones no prosperaron a pesar de la buena fe de ambas partes. La complejidad del tema y las circunstancias concretas de cada caso determinarán cuánto tiempo debe esperar la parte en desventaja antes de recurrir al Tribunal*”, cfr. Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, La Ley, Madrid 2010, p. 234 y sig. en un mismo sentido se expresa, dicho autor en VV.AA. (2011): “The Duty to Renegotiate an International Sales Contract under CSIG in Case of Hardship and the Use of the Unidroit Principles”, *ERPL 2-2011*, p. 131. También lo certifica así BONELL, M.J., (2005): *An International Restatement of Contract Law*, 3ª Ed, New York: Transnational Publications, p. 118.

¹⁰⁷⁹ Estableciendo que: “(2) *Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que: (a) Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato. (b) En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido. (c) A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias*”.

la facultad de condenar a indemnizar los daños y perjuicios a la parte que se negó a negociar o rompió de mala fe las negociaciones (art. 6:111 (3) 2º párr.: “*En cualquier de los casos, el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura*”).

Próxima a dicha regulación, el art. III.- 1:110 (3) DCFR señala la obligatoriedad para las partes de negociar una modificación razonable antes de que el juez pueda adaptar o extinguir el contrato¹⁰⁸⁰.

Podemos observar como esta misma línea es la seguida por la propuesta académica presentada por BOSCH CAPDEVILA, DEL POZO CARRASCOSA y VAQUER ALOY, que sugiere que las partes tengan una carga de renegociar el contrato para restablecer el equilibrio económico del mismo¹⁰⁸¹.

Observamos que los instrumentos del *soft law* presentan un tratamiento similar sobre la materia, estableciendo la renegociación como derecho y deber de la parte perjudicada en los casos de *hardship*, con el objeto de adaptar el contrato a las nuevas circunstancias, requisito previo para la intervención del juez¹⁰⁸².

Pese a ello, los ordenamientos nacionales que regulan la alteración sobrevenida de las circunstancias no reconocen expresamente un deber de renegociación

¹⁰⁸⁰ El art. III.-1:110 (3) (d) DCFR señala que las previsiones relativas a la adaptación o extinción del contrato por el juez se aplicarán únicamente “*si el deudor ha intentado, razonablemente y de buena fe, negociar una modificación razonable y equitativa de los términos que regulan la obligación*”. Los Comentarios oficiales establecen asimismo que no se trata de una obligación de negociar sino un paso previo para que el juez pueda adaptar o extinguir la obligación contractual, *cfr.* VON BAR, C., CLIVE, E., (2009): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full edition, Munich: european law publishers, p. 712-713. El art. 89 CESL, por su parte, reproducía la norma contenida en el DCFR.

¹⁰⁸¹ Obsérvese que, sin embargo, dicha carga negociadora no aparece explícita en el texto propuesto. El art. 7.2 de dicha propuesta establece que “*No obstante lo que dispone el apartado anterior [que establece el principio del *pacta sunt servanda*], si como consecuencia de un cambio sobrevenido en las circunstancias esenciales que tuvieron en cuenta las partes al tiempo de la conclusión del contrato, la prestación de una parte deviene excesivamente onerosa por una causa imprevista y sin que ninguna de las partes asumiera el riesgo por ello, la parte perjudicada puede instar la modificación del contrato a fin de restablecer un equilibrio razonable entre las respectivas posiciones jurídicas*”, señalando los autores en el comentario que el artículo presupone una carta de renegociar el contrato para restablecer el equilibrio económico del mismo. Véase BOSCH CAPDEVILA, E., DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., (2016): *Teoría general del contrato, Propuesta de regulación*, Madrid: Marcial Pons, pp. 66-69.

¹⁰⁸² Priorizar la negociación es llamar la atención sobre la subsidiariedad de la intervención judicial, PARRA LUCÁN, M^a Á., (2015): “Riesgo imprevisible y modificación de los contratos” ... *cit.*, p. 30.

entre las partes como efecto de tal situación. Así, por ejemplo, no lo contempla ni el §313 BGB¹⁰⁸³ ni el art. 6:258 BW¹⁰⁸⁴, cuando establecen un presupuesto de alteración sobrevenida de las circunstancias. En el caso alemán, si bien no hay una referencia directa al deber de renegociar, la supletoriedad de la resolución de contrato ha sido considerada por algunos autores como un deber de renegociar de buena fe, aunque lógicamente no exista una obligación de alcanzar un resultado entre las partes¹⁰⁸⁵. En relación con la aproximación holandesa al tema, MOMBORG fundamenta la obligación de renegociar de buena fe en el art. 6:248 BW, que se basa en un principio general de equidad y razonabilidad, estableciendo la obligatoriedad de los contratos no sólo al cumplimiento de aquello pactado expresamente, sino también de las consecuencias que se deriven de la buena fe¹⁰⁸⁶. Por su parte, el derecho privado italiano, que reconoce la figura de la *eccessiva onerosità sopravvenuta*, en los arts. 1467 a 1469 del Código civil, plantea una obligación previa de negociación entre las partes (1467.3 Código civil italiano), aunque mantiene la posibilidad únicamente para la parte beneficiada, que puede evitar la rescisión modificando las condiciones del contrato en aras a que devengan equitativas¹⁰⁸⁷.

En el contexto español, la obligación de renegociar también emana del art. 1258 CCE que establece el deber de ejecutar el contrato de buena fe. Asimismo, la PMCC que finalmente no prosperó, en su propuesta de regulación de la *rebus*, dispuso en el art. art. 1213 que el deudor “*podrá pretender su revisión (del contrato), y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución*”. Asimismo, en el segundo párrafo se añade que: “*la pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes*”.

¹⁰⁸³ Conforme al §313 BGB puede exigirse la adaptación del contrato y sólo si no es posible o no es exigible a una parte una adaptación del contrato, la parte perjudicada puede resolver el contrato.

¹⁰⁸⁴ Art. 6:258 BW: “*the court may change the legal effects of that agreement or it may dissolve this agreement in full or in part*”.

¹⁰⁸⁵ GALLO, P., (1998): “Changed Conditions and Problems of Price Adjustment. An historical and Comparative Analysis”, *European Review of Private Law* 3, pp. 290-291.

¹⁰⁸⁶ MOMBORG URIBE, R., (2011): *The effect of a change of circumstances on the binding force of contract... cit.*, p. 220.

¹⁰⁸⁷ MACARIO, F., (1996): *Adeguamento e Rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Milano-Napoli: Jovene Editore Napoli, p. 296 y sig.

una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato". Como se ve, este artículo tampoco prevé, explícitamente, la renegociación del contrato¹⁰⁸⁸.

La renegociación en casos de alteración sobrevenida de las circunstancias sí que ha sido refrendada por el legislador francés en el art. 1195, a raíz de la reforma del *Code* el 2016. Así, el primer párrafo del art. 1195 establece que "*si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation*"¹⁰⁸⁹. Así pues, el legislador francés ha dado un paso adelante en la positivización del deber de renegociar ante un cambio sobrevenido de circunstancias.

Por su parte, la renegociación del contrato en los casos de *ventaja o explotación injusta* no ha sido prevista en los instrumentos contractuales europeos, así como tampoco en la mayoría de ordenamientos jurídicos nacionales¹⁰⁹⁰, pero sin duda resulta más compatible con el principio del *pacta sunt servanda* que la

¹⁰⁸⁸ Sin embargo, SALVADOR CODERCH, P., (2009): "Alteración sobrevenida de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos... *cit.*, p. 45, señala que la oración temporal utilizada puede sugerir que las partes, o al menos una de ellas, ha intentado una fase previa de negociación. En sentido contrario, el art. 526-5.2 (c) PAPDC sí que la contempla explícitamente: "*el contratante perjudicado hubiere intentado de buena fe una negociación dirigida a una revisión razonable del contrato*".

¹⁰⁸⁹ El legislador francés había sido reticente a incorporar un precepto que refrendara la *imprévision* en el *Code*, como se señala en el célebre caso *Canal de Craponne* (Civ., 6 mars 1878), subrayando así la preponderancia del *pacta sunt servanda*. Sin embargo, a través del art. 1195 se ha abierto la puerta a la consolidación de la *imprévision* en el ordenamiento jurídico francés. Véase Vv.AA., (2017): *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Paris: Dalloz, pp. 174-181. Asimismo, anteriormente a la regulación de dicha doctrina relativa a la alteración extraordinaria de las circunstancias del contrato, la Corte de casación francesa había admitido, tímidamente, la necesidad de establecer un deber de renegociación en los casos de profundo desequilibrio económico sobrevenido del contrato (Cass. Civ. 16 mars 2004); véase el comentario a dicha sentencia en MAZEAUD, D., (2004): "Du nouveau sur l'obligation de renégocier", note sous Cass. 1re. Civ., 16 mars 2004, *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1754 y sig.

¹⁰⁹⁰ En el Código Civil español no hay ninguna norma que reconozca expresamente a la contraparte de quien ha padecido de un vicio del consentimiento la posibilidad de rectificar el contenido del contrato, *cf.* GASPAR LLERA, S., (2014): "Formación de la voluntad contractual, vicios del consentimiento y remedios", en PARRA LUCÁN, M.Á.: *Negociación y perfección de los contratos*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 301 y 302, aunque al amparo de la autonomía de la voluntad las partes pueden llegar a un nuevo acuerdo que sustituya al anterior y al que queden vinculadas las dos, PARRA LUCÁN, M.Á., (2004): "Las anomalías del contrato", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 57, nº2, p. 608.

adaptación del contrato por el juez o la terminación del mismo. Estos dos últimos remedios los examinaremos en los siguientes apartados.

En realidad, la solución renegociadora debe relacionarse con el principio de la buena fe contractual y el de conservación del contrato. Tanto la solicitud de renegociación como la negociación misma están sujetas al principio de la buena fe (art. 1.7 PICC, 1:201 PECL y I.-I:103 y II.-1:103 DCFR) y al deber de cooperación (art. 5.3 PICC, 1:202 PECL y III.-3:104 DCFR). Se sostiene que la imposición a las partes de diversos deberes de conducta que emanan del principio de la buena fe es el reflejo de una tendencia internacional hacia una moralización de las relaciones contractuales¹⁰⁹¹.

En relación con el primero, señala MOMBERG que es la exigencia de un comportamiento recíproco basado en la lealtad, la honestidad y la consideración de los intereses de la otra parte la que actúa como reflejo del principio de buena fe¹⁰⁹². Podemos considerar que contraviene la buena fe la conducta de aquella parte que se niega a la readecuación del contrato, insistiendo en exigir la prestación tal y como se había establecido *ab initio*, cuando se dan los presupuestos que sugieren la existencia de un desequilibrio manifiesto¹⁰⁹³. CASTIÑEIRA, por su parte, señala que “*la buena fe contractual es lo que justifica que una de las partes quede eximida del cumplimiento o incluso que el juez pueda adaptar o modificar el contrato*”. Y con más razón justifica que se imponga a las partes un deber de renegociación.

¹⁰⁹¹ VOGENAUR, S., KLEINHEISTERKAMPF, J., (2009): *Commentary on the Unidroit principles of International Commercial Contracts*, Oxford, Oxford U., pp., 165-167. Y así se refleja, también, en el ordenamiento civil catalán; el art. 111-7 CCCat se inspiró de una forma muy intensa de los proyectos armonizadores del derecho contractual europeo, y la referencia a la buena fe permitió abrir la puerta a normas sociales (fijando reglas o estándares que definen los límites de la conducta aceptable) en el ordenamiento jurídico, cfr. EGEA FERRER, J., (2011): *Bona fe i honradesa en els tractes en el Dret civil de Catalunya... cit.*, p. 17.

¹⁰⁹² MOMBERG URIBE, R., (2015): “Los efectos de la imprevisión contractual. Un análisis comparado”, *Revista de Derecho patrimonial*, enero-abril 2015, pp. 74-75: “*Derivado de la buena fe aparece aquí el deber de cooperación que se deben mutuamente los contratantes y que implica que ambos deben tener en consideración no sólo su propio interés en el cumplimiento del contrato, sino también el de la contraparte, de manera de alcanzar el objetivo o fin común que se buscaba al celebrar el contrato, o lo que es lo mismo, los beneficios recíprocos derivados del acuerdo*”. Del mismo autor, *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts... cit.*, pp. 220-221. En un sentido parecido, MACARIO, F., (1996): *op.cit.*, pp. 315-320. También GALLO, P., (1992): *op.cit.*, pp. 367-368.

¹⁰⁹³ MOMBERG URIBE, R., (2015): “Los efectos de la imprevisión contractual. Un análisis comparado ... *cit.*, p. 75.

Que la buena fe permite integrar un deber de negociación (art. 1258 CCE, art. 111-7 CCCat) ha sido señalado por la doctrina, aunque lo complejo será precisar qué contenido debe tener dicho deber¹⁰⁹⁴. Lo examinaremos un poco más adelante en este mismo capítulo.

En relación con el principio de conservación contrato¹⁰⁹⁵ como fundamento del deber de renegociación, si las nuevas negociaciones dan lugar a un nuevo contrato, técnicamente el “originario” no ha sido conservado; sin embargo, ello es más respetuoso con el principio del *pacta sunt servanda* que una solución de adaptación acordada por el juez, como veremos a continuación¹⁰⁹⁶.

Finalmente, queremos destacar que la configuración del deber de renegociación ha de entenderse como una carga que debe acreditar el deudor que pretende que le sea aplicada la regla *rebus/hardship* aunque no deja de sorprender que se imponga un deber de negociar a dos sujetos¹⁰⁹⁷. Cabría también refrendar la posibilidad que sea el mismo juez quien invitar a las partes a negociar a modo de desarrollo del actual art. 415 LEC¹⁰⁹⁸. Al mismo tiempo, entendemos que, si hay un margen para la negociación, beneficiosa para ambas partes, el conflicto no acabará, normalmente, en manos del juez; el acreedor también tiene interés en que el deudor esté en condiciones de seguir cumpliendo el contrato¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁴ PARRA LUCÁN, M^a Á., (2015): “Riesgo imprevisible y modificación de los contratos” ... *cit.*, p. 31. Señalando dicha autora que “*no negociar, o hacerlo de mala fe (ocultando datos, torpeando la posibilidad de alcanzar un acuerdo, etc.) puede confirmar que la parte que pretende sin más apartarse del contrato sin negociar solo quiere incumplir un contrato que ya no le interesa*”.

¹⁰⁹⁵ Véase lo dicho *supra*, §2.

¹⁰⁹⁶ También existen sombras en el principio de renegociación, señaladas por la doctrina. Así, puede que las partes hayan hecho inversiones específicas en el momento anterior a la celebración del contrato, con el fin de cumplir sus obligaciones contractuales. La renegociación permite adaptar el contrato a las nuevas circunstancias y mejorarlo, pero a costa de la protección que merecen, en el momento anterior de la celebración del contrato, las inversiones específicas de las partes: “*la amenaza de la revisión ex post, que fuerza la renegociación, destruye la posibilidad de un acuerdo ex ante, impidiendo el contrato. Las partes nunca llegarán a un acuerdo original si saben que éste puede ser destruido posteriormente por un cambio en las circunstancias*” cfr. SALVADOR CODERCH, P., (2009): *op.cit.*, p. 51.

¹⁰⁹⁷ En este sentido, SALVADOR CODERCH, P., (2009): *op.cit.*, p. 47, quién entiende que la configuración de la renegociación como deber carecería de sentido, pues la renegociación del contrato es, como el contrato mismo, voluntaria. A pesar de ello, la temeridad por una adaptación del contrato por el juez –tal y como contemplan las propuestas del *soft law*- puede incentivar a la parte reacia a entablar negociaciones.

¹⁰⁹⁸ En este sentido, CHANTEPIE, G., (2006): *La lésion*, Paris: L.G.D.G., p. 214.

¹⁰⁹⁹ CARRASCO PERERA, Á., (2017): *Derecho de contratos...cit.*, pp. 986-987.

3.1. Características y contenido del deber de renegociación

Las características y el contenido que sugiere el deber de renegociación se concentran en la cooperación entre las partes en orden a sugerir una propuesta sugerida de modificación del contrato y en el margen de tiempo razonable que quede debe durar el periodo de renegociación.

Nos parece atinada la opinión de MOMBERG¹¹⁰⁰, quién es partidario de imponer un deber como tal para ambas partes –en sede de *hardship*-, siendo para la parte afectada por el cambio sobrevenido de circunstancias un requisito o presupuesto necesario para solicitar, *a posteriori*, la modificación o terminación del contrato. A nuestro juicio, también ello debería reflejarse en los supuestos de ventaja/explotación injusta. Consideramos, por ello, que la parte afectada por el desequilibrio económico (es decir, tanto en los supuestos de excesiva onerosidad o ventaja o explotación injusta) debe pedir o requerir la negociación en un plazo de tiempo breve y sin demora injustificada¹¹⁰¹¹¹⁰².

El requerimiento de renegociación debe estar “*adecuadamente fundado en cuanto a la existencia de circunstancias sobrevinientes que afectan el contrato y la manera en que tales circunstancias transforman la prestación de la parte afectada en excesivamente onerosa, de modo que la contraparte cuente con la información suficiente para analizar el derecho de la otra a solicitar la*

¹¹⁰⁰ MOMBERG URIBE, R., (2015): “Los efectos de la imprevisión contractual. Un análisis comparados”... *cit.*, p.73

¹¹⁰¹ CASTIÑEIRA JEREZ, J., (2014): “Hacia una nueva configuración de la doctrina *rebus sic stantibus*... *cit.*, p. 13, es partidario deber de renegociación, enlazándolo con las doctrinas que relacionan el cambio de circunstancias con el principio de la buena fe contractual.

¹¹⁰² Véase, en este sentido, el art. 416-2 del Anteproyecto de ley del Código Mercantil (2104) que recogió una propuesta de regulación relativa a la excesiva onerosidad del contrato, estableciendo que: “1. *En caso de excesiva onerosidad sobrevenida, la parte perjudicada no podrá suspender el cumplimiento de las obligaciones asumidas, pero tendrá derecho a solicitar sin demora la renegociación del contrato, acreditando las razones en que se funde. Si no se alcanzara un acuerdo entre las partes dentro de un plazo razonable, cualquiera de ellas podrá exigir la adaptación del contrato para restablecer el equilibrio de las prestaciones o la extinción del mismo en una fecha determinada en los términos que al efecto señale.* 2. *Se considera que existe onerosidad sobrevenida cuando, con posterioridad a la perfección del contrato, ocurran o sean conocidos sucesos que alteren fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones, siempre que esos sucesos no hubieran podido preverse por la parte a la que perjudiquen, escapen al control de la misma y ésta no hubiera asumido el riesgo de tales sucesos.*

renegociación”, las propuestas deben ser razonables y las partes deben “*conducir las negociaciones con flexibilidad y tomando en consideración no sólo sus intereses, sino los de su contratante, como reflejo del principio de cooperación*”¹¹⁰³.

En relación con el margen temporal que debe contemplar la renegociación entre las partes, los PICC y los PECL establecen “un periodo razonable” para efectuar dichas negociaciones e intentar llegar a un acuerdo. En relación con la suerte del contrato durante dicho tiempo de negociaciones, MOMBERG se orienta hacia incluir, en la propuesta de modificación establecida por las partes, otra propuesta de “cumplimiento mínimo” del contrato durante el período de renegociaciones, razonable para ambas partes¹¹⁰⁴¹¹⁰⁵.

3.2. ¿Deber de aceptar una propuesta justa y razonable?

La renegociación del contrato alterado por circunstancias extraordinarias y sobrevenidas así como por un supuesto de ventaja o explotación injusta permite cuestionarnos si el deber de renegociar conlleva a su vez el deber de aceptar la propuesta si es justa, razonable y adecuada al interés de ambas partes¹¹⁰⁶.

¹¹⁰³ MOMBERG URIBE, R., (2015): “Los efectos de la imprevisión contractual. Un análisis comparados”... *cit.*, p. 77.

¹¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 78.

¹¹⁰⁵ Cabe hacer una anotación en relación con la tipología contractual en la que cobra pleno sentido la renegociación; asumimos la posición de RUBIO GIMENO, sosteniendo que la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* debería normalizarse en las relaciones de consumo, fisiológicamente asimétricas, pero su proyección en las relaciones simétricas entre particulares o inter-empresariales debería preverse con carácter excepcional, cfr. RUBIO GIMENO, G., (2017): *op.cit.*, pp. 209-210.

¹¹⁰⁶ MOMBERG URIBE, R., (2015): “Los efectos de la imprevisión contractual. Un análisis comparado”... *cit.*, p. 79, pone como ejemplo la jurisprudencia de la *Cour de Cassation* francesa que indica que las cláusulas de renegociación no imponen en ningún caso la obligación de aceptar la propuesta hecha por la contraparte. Si finalmente se aceptara la existencia de obligación de aceptar una propuesta cuando ésta fuera justa y razonable, cabría determinar cuándo se cumplen dichos requisitos; con MOMBERG (pp. 80-81), cabe afirmar que dicha propuesta debe estar basada en circunstancias externas y verificables, por ejemplo, un parámetro que señala el autor es el hecho que las circunstancias imprevisibles afecten a toda una clase de contratantes situados en una misma posición y no sólo al contratante particular; o analizar el rol de la inflación como evento sobreveniente. Asimismo, debe ser equitativa en relación con la naturaleza de las circunstancias sobrevenientes y el efecto que éstas han tenido sobre la prestación. Dicho autor indica que para evaluar la equidad de la propuesta, ésta debería comprender una distribución de los nuevos gastos, pero que no debe ser asumida por la parte afectada ya que no puede considerarse equitativa la propuesta que traslade al 100% los nuevos gastos a la parte beneficiada. “*A tal efecto, el contratante perjudicado por las circunstancias sobrevenientes no puede reclamar la restauración completa y absoluta del equilibrio contractual tal y como existía al momento de la celebración del acuerdo, sino tan sólo en aquella parte que,*

Según PARRA LUCÁN ello no implica que se alcance un acuerdo, por lo que solo la falta de voluntad negociadora o hacerlo de mala fe podría dar lugar a la indemnización de daños¹¹⁰⁷. De ello se hace eco, como hemos indicado, el art. 6:111 PECL y también la propuesta de BOSCH CAPDEVILA, DEL POZO CARRASCOSA y VAQUER ALOY, que establece que si una de las partes actúa de manera contraria a la buena fe para impedir la adaptación del contrato, la parte perjudicada puede instar la resolución y el juez puede disponer una indemnización por daños y perjuicios¹¹⁰⁸.

SALVADOR CODERCH sugiere, en aras a incentivar la renegociación, establecer, de *lege ferenda*, una regla de derecho procesal similar a la del art. 68 de las *Federal Rules of Civil Procedure* estadounidenses que recoge que, si una de las partes rechaza una oferta de transacción ante un supuesto de alteración sobrevenida de las circunstancias y obtiene, finalmente, un resultado menos favorable como consecuencia de la adaptación judicial, deberá hacerse cargo de las costas. Señala el autor, en su opinión, que este tipo de reglas “*responde al buen sentido y, desde luego, a las exigencias del principio de buena fe: normalmente las partes estarán mejor informadas que el Juez para adaptar el contrato y sus costes de hacerlo así serán, al menos en principio, menos elevados que los de un litigio*”¹¹⁰⁹.

según la distribución de riesgos del contrato, ha transformado su prestación en excesivamente onerosa. Si la totalidad de las consecuencias de la onerosidad sobrevenida fuese trasladada a la parte aventajada (que asume por tanto íntegramente los nuevos costos) el resultado sería tan injusto como el que se pretende evitar. En definitiva, parte de las pérdidas deben ser asumidas por la parte afectada.” Lo mismo podemos establecer en relación con el alcance que debe tener la misma en sede de adaptación judicial.

¹¹⁰⁷ También MOMBORG URIBE, R., (2015): “Los efectos de la imprevisión contractual. Un análisis comparado”... *cit.*, p. 81, señalando que lo esencial es analizar la buena o mala fe de la parte a la que se dirige la propuesta de renegociación, “*de manera de determinar en base a dicha conducta las consecuencias del fracaso de las negociaciones, las cuales (...) pueden incluir la indemnización de perjuicios y resolución del contrato*”.

¹¹⁰⁸ En relación con la cuestión relativa a los daños que deben indemnizarse en el caso de no aceptar una propuesta de renegociación, indica PARRA LUCÁN, M^a Á., (2015): “Riesgo imprevisible y modificación de los contratos” ... *cit.*, p. 32, que sería excesivo identificar los perjuicios sufridos por la otra parte por la falta de negociación con todas las consecuencias de la no adaptación del contrato. Ello equivaldría a condenar a quien no ha querido negociar a responder por el incumplimiento del contrato; lo que hacen las propuestas del *soft law* es atribuir al juez el poder de adaptar o resolver el contrato.

¹¹⁰⁹ SALVADOR CODERCH, P.,(2009): *op.cit.loc.cit.*, p. 48.

En otro sentido, RUBIO GIMENO, también en sede de alteración sobrevenida de las circunstancias, señala que los condicionantes que rodean el deber de renegociar no pueden conducir a un “*correlativo deber de aceptar una propuesta justa y razonable*”¹¹¹⁰.

Si trasladamos este efecto conservador a supuestos de explotación o ventaja injusta, las partes deberían ser las primeras en considerar una redefinición de la economía contractual, establecida como una obligación de medios, relevante si se actúa de buena fe¹¹¹¹¹¹¹² aunque sin una obligación de llegar a un nuevo acuerdo entre las partes.

A nuestro modo de ver, no sería conveniente un eventual deber de aceptar la propuesta formulada por la otra parte, cuando ésta sea justa y razonable¹¹¹³, porque el juicio o apreciación sobre qué propuesta es justa y razonable puede ser distinta para cada una de las partes¹¹¹⁴. Consideramos únicamente conveniente establecer como obligación para las partes la de entrar

¹¹¹⁰ RUBIO GIMENO, G., (2017): *op.cit.* p. 215. Señala PARRA LUCÁN, M^a Á., (2015): “Riesgo imprevisible y modificación de los contratos” ... *cit.*, p. 32, que la afirmación de la obligación de negociar implica que quede descartada la exigibilidad del cumplimiento en los términos pactados. Sin embargo, a falta de acuerdo, no queda concretado cuál debería ser el contenido del contrato. Así, la autora centra la atención en la semejanza con los contratos incompletos, en los que a pesar de que existe un acuerdo sobre ellos, no están determinados todos sus elementos.

¹¹¹¹ MACARIO, F., (1996): *Adeguamento e rinegoziazine nei contratti a lungo termine...* *cit.*, p. 351.

¹¹¹² Precisamente la buena fe se ha visto por alguna doctrina como fuente legal del deber de renegociación; véase, entre otros, D’ANGELO, A., (2004): “La buona fede”, en BESSONE, M., (Dir.) *Il contratto in generale*, Tomo IV, Volumen XIII, Torino: G.Giappichelli Editore, p. 148 y MOMBERG URIBE, R., (2011): *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts. Comparative perspectives...* *cit.*, p. 220.

¹¹¹³ En el contexto norteamericano, además, y desde la teoría relacional establecida por MACNEIL, se sostiene la existencia de un deber de aceptar una propuesta de modificación razonable y efectuada de buena fe; “*law provides for the accomplish of cooperation*”, *cfr.* MACNEIL I.R., (1979): *The new social contrat. an inquiry into modern contractual relations*, New Haven, London, Yale University press, p. 93. El rechazo de tal propuesta implica, con MOMBERG URIBE, R., (2010): “La revisión del contrato por las partes... *cit.*, p. 60: “*la transgresión de las exigencias de la solidaridad contractual, la preservación de la relación y la armonización de los conflictos, presentes en los contratos con características relacionales; y al contrario, demuestra la intención de dicha parte de aprovechar ventajas que van más allá de las originariamente negociadas, y que por tanto no pueden justificarse en el acuerdo inicial*”. Es obligatorio señalar la trascendencia del caso *Aloa* en el derecho norteamericano, estableciendo la necesidad que las partes renegocien los términos del contrato, previamente a la adaptación judicial del mismo. Un resumen pormenorizado de la sentencia puede encontrarse en MOMBERG URIBE, R., (2011): *The effect...* *cit.*, p. 179-181.

¹¹¹⁴ Tampoco MOMBERG URIBE, R., (2015): “Los efectos de la imprevisión contractual. Un análisis comparados”... *cit.*, p.81, es partidario de imponer un deber de aceptar una propuesta justa y razonable.

efectivamente a renegociar y actuar, en dicho proceso, conforme a los parámetros establecidos por el principio de la buena fe y la honradez en los tratos (111-7 CCCat)¹¹¹⁵; convendrá, pues, la introducción normativa de un deber de negociar de buena fe antes de que la parte afectada pueda acudir a la vía judicial o arbitral correspondiente.

Si la renegociación ha sido prevista en el propio contrato (normalmente ello puede existir en supuestos de alteración sobrevenida de las circunstancias, en contratos de larga duración, en los que las partes han establecido una cláusula en el contrato que señala que en caso de un eventual cambio sobrevenido de las circunstancias se obligan a renegociar las condiciones del mismo) puede conllevar la obligatoriedad de aceptar la propuesta, si ésta fuera justa y razonable¹¹¹⁶.

Finalmente, concluido el periodo de renegociación, se plantean dos posibilidades: la primera de ellas, si las partes han llegado a un acuerdo, ello dará lugar a la novación modificativa del contrato (art. 1204 CCE). La segunda posibilidad es que las partes hayan fracasado en el intento de renegociación; en este caso, consideramos que cualquiera de las partes debería estar facultada para solicitar al juez la adaptación o resolución del contrato, según explicaremos en los siguientes apartados¹¹¹⁷. Habiéndose acreditado que las partes no han

¹¹¹⁵ *Ibidem*, p. 79. La obligación que resultaría sería de medios, cumpliéndose si las partes efectivamente negocian de buena fe la adaptación del contrato al nuevo contexto, y no siendo relevante si alcanzan finalmente un acuerdo.

¹¹¹⁶ *Idem*

¹¹¹⁷ Así se abre la puerta a una fórmula de colaboración entre las partes; establecido el deber de renegociar el contrato como condicionante previo a la petición de adaptación o rescisión al juez del contrato, se protege en mayor medida el principio *pacta sunt servanda* y sólo en el caso de fracaso de dichas negociaciones, podrá el juez adaptar o resolver el contrato. En relación con la noción de fórmula de colaboración, véase KARAMPATZOS, A., (2005): "Supervening Hardship as Subdivision of the General Frustration Rule: A Comparative Analysis with Reference to Anglo-American, German, French and Greek Law", *European Review of Private Law* 2-2005, pp. 134 y 146.

llegado a un acuerdo sobre la renegociación del contrato, el juez, a petición de parte, podría adaptar o resolver el mismo¹¹¹⁸¹¹¹⁹.

4. La adaptación judicial del contrato

Uno de los novedosos efectos que se anudan a la institución de la explotación o ventaja injusta es la posibilidad de adaptación del contrato por el juez¹¹²⁰. Sin embargo, no hay una identidad en los detalles de los presupuestos exigidos por las distintas propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo y las formulaciones adoptadas por los ordenamientos nacionales o por las sendas elaboraciones académicas que han descrito figuras afines a la misma¹¹²¹. Son

¹¹¹⁸ En caso de fracaso en las negociaciones, podría el juez intervenir en el contrato a través de su adecuación a las nuevas circunstancias o su terminación, debiéndole otorgarle amplias facultades para dichos efectos. Véase MOMBORG URIBE, R., (2015): *op.cit.*, p. 91. Asimismo, la renegociación del contrato entre las partes permite «salvar» el contrato de la adaptación del mismo por un tercero, el juez, cfr. HONDIUS, E., GRIGOLEIT, H.C., (Eds.) (2011): *Unexpected circumstances in European Contract Law... cit.*, p. 9.

¹¹¹⁹ El Code así lo contempla en el art. 1195: “*Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l’exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n’avait pas accepté d’en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d’échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu’elles déterminent, ou demander d’un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d’accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d’une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu’il fixe* ».

¹¹²⁰ Nótese que el juez, sin embargo, no actúa *ex officio*, sino que su papel adquiere una dimensión “*di secondo piano*” (ello es así en los casos de ventaja injusta, no en los de *hardship*), véase PERFETTI, U., (2009): “La giustizia contrattuale nel Draft Common Frame of Reference del Diritto Privato europeo”... *cit.*, pp. 677-678. A favor de la modificación judicial del contrato en los casos de alteración sobrevenida de las circunstancias se muestra SORO RUSSELL, O., (2016): *El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual*, Madrid: Editorial Reus, p. 212) expresándose de la siguiente manera: “(…) Cuando el juez interviene para modificar el acuerdo inicial de las partes no lo hace arbitrariamente, sino en casos verdaderamente excepcionales y siempre de un modo muy razonado. Es cierto que impone una nueva cláusula, una obligación que las partes no habían previsto y que supone un considerable atentado a la fuerza obligatoria del pacto (*pacta sunt servanda*), pero no lo hace con el fin de imponer su voluntad a la de las partes; de modo muy similar a lo que ocurre con la interpretación integradora, el juez, interpretando objetivamente el contenido del contrato, recurre a la figura del “buen contratante” y al deber de lealtad contractual que debe imperar en la relación contractual para condenar la injusta ruptura del equilibrio de las prestaciones provocado por el cambio repentino de circunstancias”.

¹¹²¹ Por ejemplo, como veremos *infra*, la figura catalana de la ventaja injusta atribuye únicamente a la parte perjudicada la posibilidad de solicitar una adaptación judicial del contrato; en otro sentido, las propuestas del *soft law* permiten a ambas partes accionar una adaptación del contrato delante el juez.

muchas las cuestiones de capital relevancia que se suscitan en torno a la adaptación/modificación judicial del contrato¹¹²².

Se ha promocionado especialmente la posibilidad de adaptación del contrato por el juez¹¹²³, ensalzando en demasía las bondades de una revisión judicial del contrato, aunque cada vez hay voces doctrinales¹¹²⁴ que cuestionan el acierto de una modificación impuesta por una parte ajena al contrato. A pesar de ello, el Derecho contractual europeo hace esfuerzos por impulsar la adaptación del contrato, presumiendo que es el remedio preferible entre las partes¹¹²⁵.

La opción legislativa de la adaptación judicial en los supuestos de desequilibrio contractual se cuestiona por la actuación del juez, quien requerirá un sinfín de competencias extrajurídicas y, también, por su eventual colisión, en el ámbito de la jurisdicción civil en el que nos hallamos, con el principio de congruencia procesal¹¹²⁶. Los criterios de adaptación/modificación del contrato pueden contemplar la noción de precio o valor de mercado ya que ésta puede ser de

¹¹²² Señala VOLPE, F., (1999): "I Principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross disparity), *Rivista di diritto privato* n°1/99, p. 78, que una de las dificultades a las que tendrá que enfrentarse el juez es la relativa a los criterios que utilizará para reequilibrar el contrato, y propone utilizar el recurso al precio de mercado, p. 77.

¹¹²³ Como señala GINÉS CASTELLET, N., (2016): "La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual", *InDret*, p. 35: "El razonamiento puede ser el siguiente: el contrato es inválido si se da la combinación legalmente establecida de resultado (ventaja excesiva o manifiestamente injusta para una de las partes) y la formación (el resultado se ha obtenido por una explotación injustificada de un determinado estado de inferioridad de la otra parte). Si se elimina uno de estos dos factores (por ejemplo, el resultado de un desequilibrio exagerado, reduciendo las prestaciones a proporciones más ajustadas), el motivo de la invalidación decae y el contrato puede ser conservado".

¹¹²⁴ Entre los juristas de nuestro entorno cada vez hay más autores que señalan las sombras que residen en la adaptación judicial de los contratos, sobre todo en los casos de desequilibrio sobrevendido, *cfr.* CARRASCO PERERA, Á., (2017): *Derecho de contratos*, *op.cit.*, p. 973, RUBIO GIMENO, G., (2017): *op.cit.*, p. 216, NAVAS NAVARRO, S., (2015): *op.cit.*, p. 212, PARRA LUCÁN, M^a.A., (2016): *op.cit.*, p. 36, entre otros. No es tan crítica, sin embargo, la doctrina de nuestro entorno jurídico cultural, por ejemplo, HONDIUS, E., GRIGOLEIT, H.C., (Eds.) (2011): *Unexpected circumstances in European Contract Law... cit.*, pp. 1-13; MEKKI, Mu., y KLOEPFER-PELÈSE, M., (2011), "Hardship and Modification (or 'Revision') of the Contract... *cit.*, pp. 651-680; MOMBERG URIBE, R., (2011): *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts... cit.*, pp. 278-280, más inclinada por una vocación ética del Derecho de contratos.

¹¹²⁵ Así se señala expresivamente en VON BAR, C., CLIVE, E., (Eds.) (2009): *op.cit.*, p. 509, indicando la discrecionalidad que ostenta el juez para adaptar el contrato, si dicho remedio es apropiado según las circunstancias del caso en concreto. Asimismo, la revisión del contrato se asevera como remedio compatible con la vertiente objetiva de la figura, relativa a la justicia contractual. Así lo indica PONTIROLI, L., (1997): *op.cit.*, p. 578.

¹¹²⁶ *Ibidem*, p. 582.

gran utilidad para el operador jurídico, que dispondrá de un parámetro objetivo para proceder al reequilibrio del negocio jurídico¹¹²⁷.

Conviene señalar que no existe un modelo consolidado en Derecho comparado de planteamiento decidido acerca de la revisión judicial del contrato en los casos de desequilibrio, ya sea por ventaja o explotación injusta o por alteración sobrevenida de las circunstancias¹¹²⁸.

Examinaremos las cuestiones más relevantes que surgen del remedio revisorio atribuido al juez, especialmente en los casos de ventaja o explotación injusta, haciendo puntuales referencias también a los supuestos de alteración sobrevenida de las circunstancias (*rebus/hardship*).

4.1. Legitimación para solicitar la adaptación

En primer lugar es preciso señalar que no existe una convergencia en los distintos textos legales y propuestas académicas en el tratamiento de la legitimación para ejercitar la acción de adaptación del contrato en los supuestos de ventaja/explotación injusta.

Los textos de armonización del Derecho contractual admiten la adaptación judicial del contrato a petición de ambas partes, de la perjudicada y de la que hubiere recibido la comunicación de anular con base en la referida causa

¹¹²⁷ Una interpretación que aproximara la ventaja injusta a una “sanción civil” podría conllevar que la adaptación judicial del contrato tienda a ser un castigo para la parte beneficiada, *ibidem*, p. 583. Sin embargo, puede definirse la figura desde un patrón más objetivo; obsérvese que en el art. 527-9 PAPDC ya se establece que el parámetro al que deberá atenerse el juez para adaptar el contrato será el “*precio generalmente practicado en el sector económico al que pertenezca el contrato*”.

¹¹²⁸ Así, por ejemplo, el art. 1195 *Code* o el art. 6:258 BW avalan una intensa expresión de discrecionalidad judicial. En el ordenamiento italiano, por el contrario, el art. 1467 CCit no otorga ningún papel al juez para que adapte el contrato, ya que la oferta de modificación proviene de la parte no perjudicada por la alteración sobrevenida de circunstancias.

autónoma de ineficacia del negocio jurídico¹¹²⁹¹¹³⁰. Cabe resaltar que el juez no puede, *ex officio*, realizar la revisión del contrato, sino que la adaptación del mismo exige la petición de la parte legitimada para ello¹¹³¹. Si las partes, en su demanda y contestación a la demanda respectivas no se ponen de acuerdo en relación con el remedio, será el juez quién decidirá qué solución es la más apropiada para el contrato, pero siempre sujeto, a salvo el principio de efectividad aplicable a los contratos con consumidores, al principio de congruencia procesal que nuestro ordenamiento impone en el art. 218 LEC¹¹³².

A diferencia del planteamiento que acogen los textos internacionales inspiradores de la norma catalana¹¹³³, el art. 621-47.1 CCCat, autoriza

¹¹²⁹ Ex art. 4:109(3) PECL y II.-7:207 (3) y 3.2.7 (3) PICC. En cambio, la PMCC (así como la propuesta de la APDC, ex art. 527-9.2) admite únicamente, como hace el legislador catalán, la adaptación judicial a petición de la parte que contrató en situación de desventaja, correspondiendo al juez introducir en el contrato aquellas modificaciones que sean necesarias para adecuarlo a las exigencias de la buena fe y lo que sea usual en el tráfico jurídico (art. 1301, inciso final). Se ha mostrado crítico con esta última opción (relativa a la legitimación unilateral) BOSCH CAPDEVILA, E., (2012): "La anulación del contrato por explotación injusta en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, en BOSCH CAPDEVILA, E., (Dir.) (2012): *Nuevas Perspectivas del derecho contractual*, Bosch: Barcelona, p. 386. Así, nos parece atinada la postura del autor, que sugiere una legitimación simétrica para ambas partes, ya que, la solución expresada por la PMCC y el Libro Sexto (de legitimar únicamente a la parte perjudicada para ejercitar la acción de adaptación), podría obligar a la otra parte – que puede ser ajena a la situación de debilidad al no exigir el art. 1301 de la PMCC conocimiento de dicha situación- a aceptar una propuesta no deseada inicialmente. En un sentido idéntico, BOSCH CAPDEVILA, E., (2012): "Libro II. Capítulo 7. Causas de invalidez del contrato" en VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P., (Coords.) (2012): *Derecho europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Barcelona: Atelier, p. 494, haciendo referencia a la posibilidad para la parte beneficiada de solicitar la adaptación del contrato en el seno del DCFR: "La adaptación también la puede solicitar la parte beneficiada por el contrato. En este caso la adaptación ya es mucho más razonable, ya que se hace a instancias de la parte que por la anulación resultará perjudicada con respecto a las condiciones inicialmente pactadas. Para que prospere la solicitud de adaptación, se requiere que se dé aviso de ella al contratante que anuló el contrato "sin demora innecesaria después de recibida la notificación, y antes de que el otro contratante haya actuado basándose en dicha anulación".

¹¹³⁰ Sin embargo, la parte beneficiada por el contrato debe haber recibido, previamente, la notificación de anulación y comunicar su intención de solicitar la adaptación a la otra parte, antes de que aquélla obre de conformidad con su voluntad de anular el contrato, *cfr.* art. 3.2.7 (3) PICC. Si las partes no acuerdan qué acción procede, o disciernen en sus voluntades, será el tribunal quién finalmente determinará si es preferible la adaptación o declarará la ineficacia del contrato, *cfr.* BONELL, M.J., (1994): "Policing the international commercial contract againsts unfairness under the Unidroit principles", *Tulane Journal of International Comparative Law*, vol. 3, p. 90.

¹¹³¹ Así, por ejemplo, la norma del II.-7:207 (2) DCFR señala que el juez adaptará el contrato, a petición de la parte perjudicada por el contrato, "if it is appropriate".

¹¹³² TIMOTEO, M., (1997): "Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l'art. 3.10 dei Principi UNIDROIT", *Contratto e impresa/Europa*, 1, p. 173-174, señalando que este factor de discrecionalidad judicial permite al juez "fare il contratto per le parti".

¹¹³³ Las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo sí que contemplan la posibilidad para ambas partes de solicitar una adaptación del contrato; así, véanse los arts. II.-7:207 (3) DCFR y art. 4:109 (3) PECL. Los PICC también hacen referencia a ello, art. 3.2.7 (3).

únicamente a la parte perjudicada a solicitar al juez la revisión del contrato¹¹³⁴¹¹³⁵. Cabe constatar, sin embargo, que en los supuestos de lesión en más de la mitad que establece el mismo texto, la parte que puede evitar la rescisión del mismo es la parte que fue beneficiada por el contrato¹¹³⁶.

La legitimación otorgada en exclusiva a la parte perjudicada por el contrato, como establece el texto codificado catalán y la propuesta de modernización del Código civil de 2009 (PMCC), desdibujan la estructura de la figura lesionaria y la aproximan, en consecuencia, al patrón subjetivista de los vicios del consentimiento, que es la línea seguida por la explotación injusta prevista en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo (DCFR y PECL), como ya hemos visto. Consideramos que la parte perjudicada por el resultado del contrato no debería ser la única legitimada para ejercer el derecho potestativo de reclamar una adaptación del contrato en términos de equidad¹¹³⁷ sino que resulta más razonable que ante la demanda de pretensión extintiva de la parte perjudicada, se le otorgue a la parte no perjudicada por el contrato la posibilidad de instar la adaptación del contrato en términos equitativos, tal y como establece actualmente el art. 621-47.2 CCCat para los casos de lesión en más de la mitad; también hallamos esa misma solución, en el contexto comparado, en el art. 1450

Sin embargo, para que la parte beneficiada pueda instar la adaptación del contrato, debe haber recibido previamente una notificación de voluntad de la otra parte de anular el contrato y debe instar la adaptación antes de que la parte perjudicada por el mismo actúe en consecuencia de su propuesta de instar la ineficacia del contrato. En sentido contrario, el *Feasibility Study* elimina cualquier posibilidad de adaptación del contrato.

¹¹³⁴ Véase el art. 621-47.1 CCCat (*“En els supòsits a què fa referència l'article 621-45, a petició de la part perjudicada, l'autoritat judicial pot adaptar el contingut del contracte a la pràctica contractual prevalent en el moment de concloure'l i a les exigències de la bona fe i l'honradesa dels tractes”*) o el art. 1301, inciso final, de la PMCC. Esta misma senda trazó el art. 527-9.2 PAPDC, señalando que *“también podrá la parte perjudicada pretender el reequilibrio del contrato, sobre la base del precio generalmente practicado en el sector económico al que pertenezca el contrato”*. De acuerdo con el texto referido, pues, la adaptación del contrato queda en manos de la parte perjudicada por el mismo.

¹¹³⁵ GINÉS CASTELLET, N., (2016): *op.cit.*, p. 47, apunta que los ordenamientos que consideren que la parte perjudicada debe ser la única candidata a solicitar la adaptación del contrato deberían considerar, también, que dicha parte incluya en su demanda *“una valoración de la conveniencia de obtener la restructuración del contrato en lugar de su invalidación”*; en cambio, si la instancia proviene de la parte beneficiada, la demanda o reconvencción debería establecer *“la valoración del interés de la parte perjudicada en permanecer vinculado a un contrato inicuo que podría no querer, prescindiendo incluso de su contenido eventualmente justo”*.

¹¹³⁶ Así, el art. 621-47.2 CCCat establece lo siguiente: *“(2) En el supòsit a què fa referència l'article 621-46, es pot evitar la rescissió del contracte per mitjà del pagament en diners del valor total de la prestació, amb els interessos legals, a comptar de la conclusió del contracte”*.

¹¹³⁷ Así lo expresa, en el mismo sentido, GINÉS CASTELLET, N., (2016): *op.cit.*, p. 46

del Código civil italiano, mediante la *reductio ad aequitatem*¹¹³⁸. Asimismo, consideramos que en sede de ventaja o explotación injusta también podría, la parte débil, incluir en su demanda una petición de adaptación del contrato, quedando a elección de la parte beneficiada, pues, la adaptación o la extinción del mismo¹¹³⁹. De este modo el papel del juez quedaría relegado en un segundo plano y se evitaría un exceso de discrecionalidad judicial¹¹⁴⁰. En consecuencia, debería legitimarse a ambas en cuanto a la posibilidad de solicitar una adaptación del contrato y no sólo a una de las partes, la perjudicada por el resultado del contrato. A diferencia de los supuestos de *hardship/rebus*¹¹⁴¹ en que el desequilibrio no es originado por ninguna de las partes, en la ventaja

¹¹³⁸ En un sentido contrario se muestra PERFETTI, U., (2009): *La giustizia contrattuale... cit.*, p. 678, que es crítico con la regulación italiana ex art. 1450 Código civil italiano, ya que legitima en exclusiva a la parte beneficiada por el contrato. Véase, también, GINÉS CASTELLET, N., (2016): *op.cit.*, p. 45, quién reproduce el argumento de PERFETTI, en el sentido de señalar que “(...) se ha afirmado que asignar al explotador, como hace el art. 1450 Codice civile, un poder de conservación del contrato en presencia de un ya ejercido derecho a la rescisión, sin ligar tal prelación a alguna razón o requisito, hace que la disciplina, en su conjunto, se presente sospechosa de inconstitucionalidad, sea por la irracionalidad del diseño de mantener un contrato al arbitrio del explotador y de constituir, en el fondo, un estímulo a favor del abuso excesivo en la formación del contrato, sea por la violación del principio de solidaridad dado que acaba por negar amparo al explotado en el momento en que la pide, al vincularlo –se dice- a un contrato del cual, aunque reequilibrado, podría, de todos modos, querer liberarse (...)”. En el contexto italiano, una vez la parte explotada ejerce el derecho a la rescisión del contrato, la otra lo puede impedir realizando una propuesta de modificación del contrato reconducida a equidad. Véase para el Derecho italiano, GALLO, P., (1998): “Revisione del contratto” (Voce), *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Torino: UTET, pp. 431-443.

¹¹³⁹ Así lo indica, en sede de *rebus*, MOMBERG (2015) *op.cit.*, p. 90: “... al acreedor... debería siempre otorgársele el derecho a elegir la terminación del contrato en los casos en que el deudor requiera la adaptación del contrato...”. Asimismo, cabe señalar que, si la parte legitimada para anular el contrato solicita la revisión, pierde la facultad de instar la anulación. También resulta del reenvío que el art. 3.27 (3) PICC hace al 3.2.10 (2) que, si la parte que ha recibido la notificación de anulación del contrato solicita su adaptación en un plazo razonable y, en todo caso, antes de que la otra actúe de conformidad con su voluntad anulatoria, el derecho a la anulación se pierde también para ésta última y la anterior notificación de anulación deviene inefectiva, cfr. GINÉS CASTELLET, N., (2016): *op.cit.*, p. 46, nota pie de página 139. También, DU PLESSIS, J., (2009): “Art. 3.10” en VOGENAUER, S., KLINHEISTERKAMP, J., (2009): *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford: Oxford University Press, pp. 455-456.

¹¹⁴⁰ En el derecho polaco, el lesionado tiene la doble opción: o bien demandar un reequilibrio de las prestaciones de las partes (una disminución de su propia prestación o bien un aumento de la prestación de la contraparte) o, si la primera opción no es factible, pedir la anulación del contrato. En cualquier caso, el juez deberá considerar los intereses de ambas partes, véase LEWASZKIEWICZ-PETRYKOWSKA, B., (2009): “La lésion: acte illicite ou vice du consentement”, en Vv.AA.: *De code en code. Mélanges en l’honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Paris : Dalloz, p. 521.

¹¹⁴¹ En los supuestos de lesión sobrevenida consideramos más coherente la solución del legislador italiano (art. 1467.3 CCitaliano); presumimos que el deudor instará la resolución del mismo, ya que habrá intentado renegociar el contenido del contrato, y, sin éxito, pretenderá resolver dicho contrato. La parte demandada (directa o reconvencionalmente) podría evitarlo proponiendo una modificación equitativa del contrato, RUBIO GIMENO, G., (2017): *op.cit.*, p. 217.

injusta existe un consentimiento prestado de una forma no totalmente libre que acarrea, en consecuencia, la celebración de un contrato en perjuicio de una parte. Por ello, cabe otorgar la posibilidad a la parte perjudicada de solicitar una adaptación de los términos del contrato, permitiendo, asimismo que la otra parte pueda solicitar, también, la modificación del contrato ya que el recurso de la ventaja/explotación injusta no pretende, bajo nuestro punto de vista, sancionar a la parte que ha resultado beneficiada por el contrato, sino sobre todo proteger al contratante más débil. El juez, en estos casos, deberá atender a la voluntad de ambas partes.

En este sentido, consideramos una medida más prudente la que hallamos en la fórmula prevista en la propuesta de ventaja injusta contenida en el texto articulado presentado por BOSCH CAPDEVILA, DEL POZO CARRASCOSA y VAQUER ALOY¹¹⁴², que la alejan del patrón subjetivista del castigo¹¹⁴³ o sanción civil, y destacan la vertiente objetiva de la figura relativa al reequilibrio entre las prestaciones, siguiendo la orientación marcada por la lesión catalana¹¹⁴⁴ y la *rebus* italiana¹¹⁴⁵; el art. 56(3) de dicha propuesta establece que: *“El juez, a petición de la parte que haya recibido la notificación de anulación, puede adaptar el contrato a las exigencias de la buena fe y a los usos del tráfico jurídico”*¹¹⁴⁶.

¹¹⁴² BOSCH CAPDEVILA *et al.*, (2016), *op.cit.*, p. 42 y 204, indicando los autores que la adaptación a instancias de la parte beneficiada también interesará a la víctima, que pasaría a percibir unas prestaciones más justas.

¹¹⁴³ En sentido contrario a legitimar a la parte lesionante iniciativas de modificación del contrato, SCHMIDLIN, B., (2003): “Comentarios al art. 21”, en THÉVENOZ, L., WERRO, F., (2003): *Commentaire Romand. Code des Obligations I. Art. 1-529 CO*, 2ª ed., Bâle: Helbing Lichtenhahn, p. 211.

¹¹⁴⁴ La facultad solutoria establecida por el art. 325 CDCC permitía hacer una doble interpretación del alcance que debía darse a la expresión “complemento del precio o valor lesivos”. Si lo que provoca el defecto de la onerosidad causal es la lesión superior a la mitad del justo precio, es defendible que dicho defecto pueda sanarse completando el precio hasta la mitad, hasta que el contrato dejara de ser rescindible. Sin embargo, la doctrina entendía que esta solución no se ajustaba a la naturaleza de la institución [MARTÍN CASALS, M., (1987): “Artículos 324 y 325”, en ALBALADEJO, M., (Dir.) (1978): *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Madrid: EDERSA, pp. 579-581]. El art. 621-47.2 CCCat sigue dicha senda marcada por la doctrina y establece que para evitar la rescisión del contrato el complemento del precio alcanzará el valor total de la prestación. Véase lo anotado en el Capítulo II, §3.2.6.2.

¹¹⁴⁵ Ello es señalado, también, por RUBIO GIMENO, G., (2017): *op.cit.*, p. 217, para los casos de *rebus/hardship*, considerando la autora que el modelo italiano de adaptación del contrato en sede de *hardship* descrito por el art. 1467.3 Código civil italiano es más respetuoso con la estructura del contrato ya que es la parte beneficiada la que puede evitar la rescisión del contrato proponiendo una modificación equitativa del mismo.

¹¹⁴⁶ Sin embargo, en dicha propuesta, la regulación de la alteración sobrevenida de las circunstancias es críptica en su redactado en cuanto a los remedios de la renegociación/adaptación y extinción del contrato. En los comentarios de la misma sí que se

Sin embargo, y pese a preferir esta solución a la anterior, consideramos más adecuado legitimar también a la parte perjudicada por el resultado del contrato, permitiéndole asimismo solicitar también la adaptación del mismo, de tal modo que la otra parte, en la contestación a la demanda, podrá reconvenir solicitando o bien la adaptación o extinción del contrato, reduciendo así el alcance del poder que se atribuye al juez. La opción por la *reductio ad aequitatem* que reproducen los arts. 621-47.2 CCCat y el 1450 CCit para los casos de lesión en más de la mitad debería contemplarse, pues, en los casos de ventaja injusta, ya que dicho remedio permite reajustar la relación de valor entre las prestaciones, garantizando así su plena eficacia y satisfaciendo los intereses de ambas partes.

En conclusión, nos resulta turbadora la omisión de cualquier referencia a la parte beneficiada en relación con la posibilidad de solicitar una adaptación del contrato¹¹⁴⁷. A nuestro modo de ver, la ventaja injusta no constituye un supuesto de sanción civil (la actuación de la parte beneficiada podría calificarse, como venimos diciendo, a lo sumo, de cuasi dolosa) ni debe configurarse la misma como un castigo para la parte beneficiada por el resultado final del contrato¹¹⁴⁸. La protección de la parte débil que aborda la ventaja injusta nos permite desarrollar dos remedios (adaptación y rescisión/anulación) que deben establecerse permitiendo una conciliación de los deseos de ambos contratantes, signatarios del contrato original¹¹⁴⁹. El contrato modificado o adaptado no puede alejarse, en exceso, de la vinculación original proyectada entre las partes.

Así, bajo nuestro punto de vista, si únicamente se reconoce la legitimación para solicitar la adaptación a la parte contractualmente más débil o perjudicada por el contrato (según la redacción dada por el art. 1301 PMCC, el art. 527-9 PAPDC

establece que el primer remedio es la renegociación entre las partes y, sólo si ésta no llega a buen cauce cabe instar la modificación del contrato (a instancias de la parte perjudicada). Si ello no resultara, se podrá resolver el contrato. Entendemos que el rol del juez será determinar si una hipotética adaptación del contrato sería interesante para ambas partes, *cfr.* BOSCH CAPDEVILA, E., *et al* (2016), *op.cit.*, pp. 66-69.

¹¹⁴⁷ Véase lo expuesto en la nota 1132 a pie de página de este mismo capítulo.

¹¹⁴⁸ Así, haciendo referencia a la rescisión por lesión y no a la ventaja injusta, y considerando el fundamento que reside en la posibilidad para la parte beneficiada de reajustar el contrato, como remedio que satisface a ambas partes, MARTÍN PÉREZ, J.A., (1995): *La rescisión del contrato. (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Barcelona: J.M. Bosch Editor, S.A., p. 444,

¹¹⁴⁹ GINES CASTELLET, N., (2016): *op.cit.*, p. 46.

y el art. 621-47.1 CCCat), la parte beneficiada podría verse obligada, contra su voluntad, a pasar por un contrato al que no ha prestado su consentimiento y ante cuya imposición, pueda preferir la rescisión¹¹⁵⁰¹¹⁵¹.

Ello nos lleva a considerar en el siguiente apartado las cuestiones de índole procesal que surgen de procurar diversas acciones para un mismo supuesto.

4.2. Condicionamientos procesales de la acción

La adaptación del contrato por el juez en los supuestos de desequilibrio contractual plantea cuestiones de índole procesal que intentaremos resolver en este apartado. Concretamente, nos plantearemos la relación que se produce entre los principios de congruencia procesal y de efectividad, a los que hemos aludido, en los aspectos procesales de la ventaja o explotación injusta.

Con carácter general, la congruencia procesal (ex art. 218 LEC), como consecuencia del principio dispositivo, exige que la sentencia se adecue a las pretensiones de las partes, sin que el tribunal pueda dar más de lo pedido por el actor, ni menos de lo resistido por el demandante, ni fundar la sentencia en causas de pedir distintas a las que se han erigido en el objeto del proceso¹¹⁵². Así, el principio de congruencia señala la necesidad de guardar armonía con la pretensión deducida, integrada por el *petitum* (lo pedido) y la *causa petendi* (la causa de pedir)¹¹⁵³.

En la regulación dada por el legislador catalán, la parte perjudicada por el contrato, en los supuestos de ventaja injusta tiene la doble posibilidad de instar

¹¹⁵⁰ Pensemos en los supuestos de homologación judicial de los acuerdos contenidos en una propuesta de convenio regulador. El juez puede rechazar su aprobación pero no integrar el contenido rechazado salvo que, realizada una nueva propuesta y afectando ésta al contenido necesario de su resolución, sea de nuevo no homologable (art. 777.7 LEC).

¹¹⁵¹ BOSCH CAPDEVILA, E., (2012): “La anulación del contrato por explotación injusta en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos... cit., pp. 385 y 386. En términos generales, según señala RUBIO GIMENO, G., (2014), *Autorregulación de la crisis de pareja (Una aproximación desde el Derecho civil catalán)*, Dykinson, Madrid, p. 69, “la tuición que se proyecte sobre las partes identificada en una situación de potencial desequilibrio, debe resultar proporcionada a los riesgos eventuales de actuación abusiva por parte de un contratante sobre el otro”.

¹¹⁵² GARCÍA ALGUACIL, M.J., (2015): “Intervención judicial activa e incidencia del principio *iura novit curia* en la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas: quiebras en la doctrina del TJUE”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11-2015, p. 4.

¹¹⁵³ DO CAMPO HENRÍQUEZ, M., et al., (2015): “El principio procesal *iura novit curia* en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista Llengua i Dret*, núm. 64, 2015, p. 8.

una demanda de rescisión del contrato por ventaja injusta (621-45.1 CCCat) o bien de adaptación del contrato (621-47.1 CCCat). Planteada la demanda, por ejemplo, por rescisión, la otra parte no puede contestar a la demanda pidiendo una adaptación del contrato, aunque sea por reconvencción, ya que no está legitimada para ello. Cabría, en todo caso, que se opusiera a la demanda alegando que no existen los presupuestos de la figura de la ventaja injusta.

La misma limitación se observa en el supuesto que la parte perjudicada inste una demanda de adaptación del contrato por ventaja injusta, a lo que la parte beneficiada por el contrato sólo podrá oponerse, sin que pueda reconvenir solicitando, por ejemplo, la rescisión del mismo.

En los supuestos del Derecho contractual europeo (en los que la legitimación para solicitar la adaptación es reconocida a ambas partes), en el supuesto en que la parte perjudicada inste una demanda de rescisión del contrato por ventaja injusta, si la parte beneficiada se opone a la misma en la contestación de la demanda sin instar una reconvencción en la que pida al juez la adaptación del mismo, sería incongruente una sentencia que impusiera una modificación del contrato no pedida por nadie, ya que el juez no puede aplicar de oficio la adaptación del contrato por ventaja injusta (tampoco en los casos de *rebus/hardship*).

En relación con el principio de congruencia, el juez incurriría en incongruencia si se apartara de alguno de los elementos que comprenden y delimitan el objeto litigioso determinado por las pretensiones de las partes: esa concreta acción afirmada en la demanda que se identifica por los sujetos, el *petitum* y la *causa petendi*. En relación con esta última, se afirma que “*se trata, por tanto, de la razón por la que se solicita una determinada tutela jurídica*” (STS de 15 de noviembre de 2012, RJ 2013\16).

Si, por el contrario, la parte beneficiada se opusiera a la demanda y reconviniera instando la adaptación, el juez podría o bien rescindir el contrato o bien adaptar el mismo; ello es coherente con la propuesta de ventaja injusta que presentan BOSCH CAPDEVILA, DEL POZO CARRASCOSA y VAQUER ALOY¹¹⁵⁴, y sigue el

¹¹⁵⁴ BOSCH CAPDEVILA, E., *et al* (2016), *op.cit.*, p. 42.

precedente del art. 322 CDCC al permitir el complemento del precio que evitaba la rescisión del contrato, tal y como hace en la actualidad el art. 621-47.2 CCCat (y como establece el Código civil italiano para los casos de contratos lesionarios en el art. 1450 y para la *rebus* en el art. 1467.3). Nótese que en el Derecho de sucesiones catalán, existe una norma de contenido similar: el art. 451-22.4 CCCat que establece que “*el legatario, el donatario y el adquirente de una atribución particular en pacto sucesorio afectados por la inoficiosidad pueden evitar la pérdida de la totalidad o de una parte del bien legado, dado o atribuido en pacto sucesorio pagando a los legitimarios en dinero el importe que deban percibir*”¹¹⁵⁵. La facultad de paralizar los efectos de la inoficiosidad que relata el art. 451-22.4 CCCat corresponde únicamente al adquirente afectado, aunque el legitimario pudiera estar interesado¹¹⁵⁶. Ello se corresponde, en materia de lesión, a la facultad exclusiva que otorga el art. 621-47.1 CCCat a la parte beneficiada por el contrato (en el entorno italiano, véanse los arts.1450 CCit y 1467.3 CCit).

Así, la cuestión de la congruencia procesal quedaría salvada por el cauce de la demanda reconvenicional de adaptación planteada por la parte beneficiada por el contrato¹¹⁵⁷. Obsérvese que el supuesto indicado del art. 451-22.4 CCCat no parece sugerir que quepa efectuar una demanda reconvenicional por la que se pague a los legitimarios en dinero el importe que hayan de percibir como consecuencia de la inoficiosidad y con el fin de evitar la pérdida del bien que ha sido legado, objeto de donación o atribuido en pacto sucesorio¹¹⁵⁸. Sin embargo,

¹¹⁵⁵ Obsérvese que dicha norma responde, como lo hace la adaptación del contrato en los supuestos de ventaja injusta, al *favor negotii*. Así lo ha señalado, entre otros, O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., (1971): “La inoficiosidad legitimaria” *RJC*, Vol. 70, nº2, p. 302.

¹¹⁵⁶ Véase con más detalle ARNAU RAVENTÓS, L., (2016): “Donació inoficiosa sense pèrdua de la titularitat: la facultat del donatari de conservar el bé. Comentari de la resolució de la Direcció General de Dret i d’Entitats Jurídiques de 14 de juliol de 2015”, *Revista Catalana de Dret Privat*, Vol. 16, p. 263.

¹¹⁵⁷ Así lo señala, para el art. 1450 CCit, PERFETTI, U., (2009): “La giustizia contrattuale nel *Draft Common Frame of Reference* del Diritto Privato Europeo... *cit.*, p. 682.

¹¹⁵⁸ *Cfr.* SAP Barcelona de 21 de octubre de 2014 (JUR/2014/295211) en que los legitimarios interponen contra el donatario una acción de inoficiosidad y piden, asimismo, que se le condene a satisfacer en dinero la parte correspondiente (FJ 4º, párr. 4º): “*En cualquier caso, la admisión por el propio (donatario) de que mantuvo negociaciones con sus cuñados tras la muerte de su esposa para la determinación de la legítima de los hermanos ... en la sucesión de su madre, lo que incluyó la práctica de diversas tasaciones del piso de la CALLE000, es un signo inequívoco de su opción por rescatar el inmueble de toda inoficiosidad por medio de asumir el pago a aquéllos en dinero de su legítima*”. Señala ARNAU RAVENTÓS, L., (2016): “Donació... *cit.*, p. 263, que la opción de pago que dibuja el art. 451-22-4 CCCat puede ejercerse a través de una

dicha no es la suerte que correría una acción de rescisión/ resolución o de adaptación por ventaja injusta o por *rebus/hardship*.

Asimismo, cabe indicar que, como señala CARRASCO PERERA, y en sede de *rebus*, aunque también se puede predicar de los supuestos de ventaja o explotación injusta, frente a la demanda de cumplimiento instada por el acreedor, o de resolución más daños, la resolución o modificación que permite la cláusula *rebus* no puede pedirse por excepción [ello también lo señala la STS de 12 de noviembre de 1990 (RJ\1990\8701)] sino que exigiría imponer la modificación/adaptación del contrato vía reconvencción¹¹⁵⁹.

La duda que se plantea en este sentido surge de la posibilidad que, ante una demanda de cumplimiento del contrato instada por el acreedor, el deudor conteste a la demanda y reconvenga instando la resolución del mismo por *rebus* o rescisión por ventaja injusta. ¿Cabe la posibilidad que el acreedor demandado inste una reconvencción a la reconvencción solicitando ahora la adaptación del contrato? Es decir, el reconveniente quiere que se declare la resolución/rescisión del contrato y, por el contrario, la actora reconvenida solicita, contestando a la reconvencción, la adaptación/modificación del mismo. La STS de 16 de noviembre de 2016¹¹⁶⁰ señala que tradicionalmente se ha inadmitido la figura de la reconvencción a la reconvencción (*reconventio reconventionis*) porque ello supondría “*una cadena interminable en el debate*”. A su vez, la STS de 4 de julio de 1980¹¹⁶¹, estableció que el demandante puede combatir la “*tesis reconvenccional con medidas impugnativas de excepción. Lo que no podrá es instar pretensiones nuevas y autónomas*”. Así, en los casos en los que la actora reconvenida pretendiera la adaptación del mismo podría afirmarse que dicha

declaración en virtud de la cual se manifieste la intención de acogerse a la posibilidad del art. 451-22.4 CCCat y que el pago es sólo un requisito de eficacia para evitar la pérdida del bien.

¹¹⁵⁹ CARRASCO PERERA, Á., (2017): *Derecho de contratos, op.cit.*, p. 973 parece sugerir que, ante la demanda de cumplimiento del acreedor, si el deudor se opone en la contestación a la demanda y contesta aduciendo una reconvencción en la que insta la procedencia de la *rebus*, el acreedor demandado conforme a la *rebus* sólo puede imponer la modificación por vía de reconvencción, ya que “*si el actor pide la resolución por la rebus y el demandado niega la procedencia de la cláusula, sería incongruente la sentencia que impusiera una modificación del contrato, no pedida por nadie. El juez no puede aplicar de oficio la cláusula rebus*”). Pero ello parece sugerir que estamos ante una reconvencción de la reconvencción, a lo que el TS ya ha establecido que no cabe formular reconvencción frente a la reconvencción, *cfr.* STS 31 de octubre de 1988 (RJ 1988\7783) y STS 4 de julio de 1980 (RJ 1989\3082), entre otras.

¹¹⁶⁰ STS de 16 de noviembre de 2016 (ECLI:ES:TS: 2016:5103).

¹¹⁶¹ STS 4 de julio de 1980 (RJ 1989\3082).

acción se halla vinculada a la propia acción rescisoria/resolutoria prevista en los casos de ventaja injusta o *hardship* y el demandado reconvenido, vía excepción en su contestación a la reconvenición, podría solicitar la adaptación del contrato.

El principio de congruencia puede plantear algunas dificultades en relación con la actuación de oficio del juez frente a, por ejemplo, las cláusulas abusivas. Incluso en aquellos supuestos relativos a contratos con cláusulas abusivas en los que se da una cobertura especial a la actuación *ex officio* del juez civil, su papel queda delegado a declarar la nulidad de las cláusulas abusivas e integrar el contrato sin ellas, sin que ello die pie a dibujar o modificar el contrato según considere el mismo juez¹¹⁶². Así, en la STS de 22 abril de 2015 (RJ 2015\1360) se establece que (FD 6º): *“Los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible”*¹¹⁶³.

En el contexto de relaciones asimétricas que son las que naturalmente se producen en el ámbito del Derecho de consumo, el principio de efectividad de la UE, puede condicionar la actividad del juez¹¹⁶⁴. Este principio señala que la aplicación de Derecho de la UE debe ser real y efectiva, y debe permitir purgar las normas internas (de origen procesal) que lo impidan. Así, por ejemplo, en la STJUE de 26 de enero de 2017, caso *Banco Primus, S.A., contra Jesús Gutiérrez García* (C-421/14), el TJUE señaló en relación con la posibilidad de un segundo

¹¹⁶² RUBIO GIMENO, G., (2017): *op.cit.*, p. 216, señalando que incluso en las relaciones asimétricas que dan cobertura a la actuación de oficio del juez civil (p.ej, en materia de cláusulas abusivas), se reprime el papel del mismo juez en la integración contractual de lo que aprecie como justo en sustitución de lo que se declara abusivo.

¹¹⁶³ Dicha sentencia recoge la doctrina de las STJUE de 14/06/2012, TJCE 2012\143 y de 30/05/13, TJCE 2013\145) que dieron lugar a la modificación del art. 83 del RDL 1/2007 para la supresión de la facultad integradora del juez.

¹¹⁶⁴ Aunque el TS afirma que en la medida que sea necesario para lograr la eficacia del Derecho de la Unión, en los supuestos de cláusulas abusivas, *“no es preciso que el fallo se ajuste al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas abusivas”*, STS de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013\3088).

examen de oficio, sobre una resolución bajo el principio de cosa juzgada, una norma nacional que impida al Juez nacional examinar de oficio las cláusulas, cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de un contrato, es compatible con el derecho de la UE. Ahora bien, ” *en el supuesto de que, en un anterior examen de un contrato controvertido que haya concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, el juez nacional se haya limitado a examinar de oficio, a la luz de la Directiva 93/13, una sola o varias de las cláusulas de ese contrato, dicha Directiva impone a un juez nacional, como el del presente asunto, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, la obligación de apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de las demás cláusulas de dicho contrato. En efecto, en ausencia de ese control, la protección del consumidor resultaría incompleta e insuficiente y no constituiría un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de ese tipo de cláusulas, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13*” (párr. 52).

Asimismo, el TJUE se pronunció acerca del principio de congruencia en el ordenamiento jurídico español y el principio de efectividad en la STJUE de 3 de octubre de 2013, en el caso *Soledad Duarte Heros contra Autociba S.A., y Automóviles Citroën España, S.A.*, en la que el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Badajoz planteaba al Juez comunitario que se pronunciase acerca de si existía la posibilidad para el juez nacional de acordar de oficio la reducción del precio de compra de un bien, cuando el consumidor se había limitado a exigir la resolución del contrato de compraventa (resolución que no fue acordada porque la falta de conformidad del bien era de escasa importancia), aun teniendo la posibilidad de exigir una reducción adecuada del precio de compra de compraventa. El TJUE estableció que un régimen procesal de las referidas características, al no permitir que el juez nacional reconozca de oficio al consumidor el derecho a obtener una reducción adecuada del precio de compra del bien, a pesar de que no se concede al consumidor la posibilidad de modificar su pretensión ni de presentar al efecto una nueva demanda, puede menoscabar

la eficacia de la protección de los consumidores que persigue el legislador de la Unión¹¹⁶⁵.

Sin embargo, parece lógico sostener que, ante un supuesto de alteración sobrevinida de las circunstancias o de ventaja injusta, en una relación simétrica entre particulares, y de conformidad con el principio de congruencia que rige en el ordenamiento civil, el juez verá limitado su campo de actuación a las pretensiones esgrimidas por las partes. En cambio, si el litigio enfrente a un empresario y a un consumidor, la solución podrá ser distinta sobre la base del principio de efectividad.

Así, los condicionamientos procesales que acompañan las normas de la ventaja o explotación injusta (así como también de la *rebus/hardship*) limitará la posibilidad de actuación del juez. Sobre el rol de éste último en el devenir del contrato nos ocuparemos a continuación.

4.3. La adaptación judicial del contrato: límites.

Como acabamos de ver, se ha abierto paso con pujanza entre las propuestas del *soft law* la opción para el juez de adaptar el contrato en los supuestos de ventaja injusta y de alteración sobrevinida de las circunstancias o *hardship*¹¹⁶⁶.

La noción de contrato requiere nuevos escenarios que superen la concepción rígida del mismo procedente de la época decimonónica; podemos decir que hoy el contrato se transforma, en cierto sentido, en un instrumento que promueve

¹¹⁶⁵ En relación con el principio de efectividad, el TJUE señaló que cada supuesto en el que se “plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición en el conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de éste antes las diversas instancias nacionales” (párr. 34). En relación con dicha sentencia y la confrontación entre el principio de congruencia y el de efectividad, véase PÉREZ CEBADERA, M^a Á., (2014): “La exigente congruencia de la demanda y el principio de efectividad”, *Revista de Jurisprudencia* núm. 2, abril 2014, pp. 1-5.

¹¹⁶⁶ En el supuesto de la *imprévision*, el legislador francés, rehuyendo de la tradicional doctrina establecida en el célebre caso *Canal de Craponne* (Cass. Civ., 6 mars 1876), ha permitido la adaptación del juez a petición de una sola de las partes (*cf.* art. 1195 *Code*). Para el caso francés véase Vv.AA., (2017): *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Paris: Dalloz, pp. 178-180.

valores tales como la solidaridad o la equidad¹¹⁶⁷. La moralización del Derecho de los contratos solicita un encaje en un escenario líquido, de cambios constantes y, en ocasiones, impredecibles, y justifica, así, la opción de la adaptación judicial, que deviene una manifestación paradigmática de la reformulación del rol del juez en los códigos contemporáneos¹¹⁶⁸.

La readecuación judicial del contrato, sin embargo, topa con el axioma *pacta sunt servanda*. El contrato es el producto que nace del consentimiento emitido (libremente) por las partes¹¹⁶⁹. En este sentido, el contrato es ley entre las partes (art. 1091 CCE), y ello aparece cuestionado cuando se prevé normativamente que el juez pueda modificar el contenido del contrato, a petición de una de las partes, en los supuestos de ventaja o explotación injusta y de alteración sobrevinida de las circunstancias.

De manera coherente, las distintas propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo optan por reconducir el contrato a lo que se hubiera acordado respetando el principio de la buena fe contractual [así, art. 4:109 (2) PECL, II.-7:207 (2) DCFR]. Los PICC hablan de “*criterios comerciales razonables de lealtad negocia*” [art. 3.2.7 (2)], ya que su ámbito de aplicación son los contratos mercantiles internacionales. La cuestión se plantea de una forma similar en el texto catalán (“... *a la pràctica contractual prevalent en el moment de contraure’l i a les exigències de la bona fe i l’honradesa dels tractes*”) y en el art. 1301 PMCC (“*a las exigencias de la buena fe y lo que sea usual en el tráfico jurídico*”). La PAPDC no sigue exactamente esta misma senda y prevé que la parte perjudicada pueda pretender el reequilibrio del contrato “*sobre la base del precio generalmente practicado en el sector económico al que pertenezca el*

¹¹⁶⁷ MAZEAUD, D., (2008): “La révision du contrat”, *Le contrat: Journées Brésiliennes, Société de Législation Comparée*, pp. 560-561.

¹¹⁶⁸ Aunque también se señala que la adaptación judicial supone una amenaza a la libertad contractual y restringe la autonomía de las partes ya que supone una interferencia ilegítima sobre el consentimiento emitido por las mismas, *cf.* COLLINS, H., (2003): *The Law of contract*, 4ª ed., London: LexisNexis, p. 295; si bien en el contexto de ventaja injusta ya hemos visto que el consentimiento emitido por la parte débil no es del todo libre, y, en los casos de la *rebus*, tampoco las partes habían emitido su consentimiento ante la contingencia imprevisible que se produce (*cf.* MOMBORG URIBE, R., (*The effect of a change of circumstances... op.cit.*, p. 244).

¹¹⁶⁹ Sin embargo, cuando el contrato no es ya propiamente una expresión de la autonomía de la voluntad de las partes, ya que el consentimiento emitido por una de ellas no es del todo libre, refuta la idea favorable a la intervención del juez en aras a adaptar el contrato, *cf.* DU PLESSIS, J., (2009): “Art. 3.10”... *cit.*, p. 457.

contrato” (art. 527-9). Ello nos permite pensar que sus redactores han optado por señalar un cauce menos discrecional que el de la buena fe y la honradez en los tratos y asegurarse, así, un criterio objetivo que pueda servir de parámetro para la adaptación judicial del contrato¹¹⁷⁰.

A los efectos que interesan a nuestro estudio, asumimos la opinión de GINÉS CASTELLET que señala dos criterios que puede considerar el juez en su tarea de acometer la adaptación del contrato: la medida objetiva del justo precio o la medida subjetiva correspondiente a la voluntad contractual de la parte perjudicada¹¹⁷¹. En la medida en que el ordenamiento haya diseñado la figura con una preferencia de los elementos subjetivos sobre el desequilibrio intrínseco que resulte del contrato (p.ej, legitimando unilateralmente a la parte perjudicada para solicitar la revisión del mismo), por tanto, recayendo el peso de la institución sobre la vertiente procedimental, la readecuación del contrato por el juez deberá orientarse a la voluntad hipotética del lesionado, con sujeción siempre a la finalidad del contrato.

Sin embargo, cuando la tendencia sea objetivizar la figura, o la importancia de la misma recaiga en el desequilibrio intrínseco entre las prestaciones intercambiadas por las partes, el parámetro que debe contemplar el juez debe ser “*un modelo teórico y abstracto de contratación según las exigencias de la buena fe y de los usos del tráfico honesto*”¹¹⁷².

La cuestión se plantea de forma incoherente en el texto catalán en relación con la adaptación del contrato en los supuestos de lesión en más de la mitad, enunciado en el art. 621-47.2 CCCat, que se producirá mediante el pago en dinero del valor total de la prestación. Resulta llamativo que en una concepción objetiva de la *laesio enormis*, tal y como se reproducía también en los arts. 321 y sig. CDCC, la readecuación del contrato tenga que absorber el valor total de la prestación cuando lo más idóneo hubiera sido que la adaptación del contrato

¹¹⁷⁰ No podemos olvidar que el contrato es un negocio jurídico celebrado *inter partes*, y el juez no es más que un tercero que debe intentar respetar el consentimiento emitido por las partes, cfr. SPEIDEL, R.E., (1981): “Court-imposed price adjustments under long-term supply contracts”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 76, nº3, p. 420.

¹¹⁷¹ GINÉS CASTELLET, N., (2016): “La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual”, *InDret*, p. 48.

¹¹⁷² *Ibidem*, p. 49.

alcanzara el límite de lo tolerable por la norma (beneficio no excesivo o ventaja justa). A nuestro modo de ver, esta es la solución que debe operar en una figura que no contempla ningún juicio sancionador sobre la parte no perjudicada por el contrato ni relata un determinado contexto negocial que haya afectado a la misma¹¹⁷³.

Los sistemas que optan por una legitimación unilateral (en la instancia de la adaptación) plantean un modelo que tiende a centrar la atención en los elementos subjetivos de la figura de la ventaja injusta y contemplan, la misma, en la necesidad de sancionar, de algún modo, a la parte que se aprovecha del estado de necesidad o debilidad de la otra en el contrato. En nuestra opinión, tampoco la ventaja injusta debería orientarse en esa dirección, sino que lo que prevé la norma es vestir de protección a la parte contractualmente más débil y que resulta perjudicada por el contrato; en realidad, si no hay un desequilibrio manifiesto entre las prestaciones, la norma resulta incompleta, y el contrato no podría ser ni anulado/rescindido ni adaptado por ventaja injusta. Por ello, entendemos que el reequilibrio tampoco debería alcanzar, en los casos de ventaja injusta, la valoración total de la prestación, sino la medida que permita calificar el contrato como justo, aunque resulte más beneficioso para una de las partes.

Por otra parte, la movilidad de la figura que se balancea entre la diversidad de elementos (subjetivos y objetivo) permite que la actuación del juez se vea acomodada según el peso recaiga en unos u otros; así, en los casos residuales en que se contemple la ventaja injusta en un supuesto de negocio con causa gratuita, el acento recaerá en el aprovechamiento de la parte beneficiada por el negocio de una situación de debilidad de la otra, que le ha reportado un beneficio excesivo; es en este supuesto en el que la adaptación se referirá a la voluntad hipotética del lesionado, en la medida que atienda mejor sus intereses y en la mayoría de casos, además, se encauzará hacia la rescisión¹¹⁷⁴.

¹¹⁷³ Véase lo expuesto *supra*, Capítulo II, 3.2.6.2.

¹¹⁷⁴ GINÉS CASTELLET, N., (2016): *op.cit.loc.cit.*, p. 49, que el juez debe considerar, en aras a poder restablecer el equilibrio del contrato distintas variables: “*la finalidad y la naturaleza del contrato a reajustar y la práctica comercial razonable y honesta relativa a este género de operaciones económico- jurídicas. Después, debe entrar a considerar la lógica interna del*

En relación con ello, debería abordarse la cuestión de la adaptación desde esta aproximación; si bien es cierto que en los casos descritos por los supuestos de ventaja/explotación injusta existen circunstancias que denotan un estado de debilidad aprovechado por la otra (era consciente o debía ser consciente de la situación en la que se encontraba el contratante más débil), ello no llega a alcanzar la entidad de un vicio; además, la figura siempre exige que el resultado suponga una ventaja injusta o un beneficio excesivo, por tanto, de lugar a un contrato desequilibrado. En el sistema móvil al que ya hemos hecho referencia, la discrecionalidad judicial puede tener un papel relevante en el momento de la adaptación; así pues, como hemos visto, en aquellos supuestos en que la desproporción sea desorbitante, el peso en los elementos subjetivos será menor y, por tanto, la adaptación del mismo por el juez, a nuestro modo de ver, deberá ser consecuente con ello y dirigirse a paliar este exceso de beneficio, sin pretender alcanzar un equilibrio equitativo al 50%. Es decir, una onerosidad tolerable, al igual que hay una ventaja/explotación tolerable, que entra dentro del alea normal de los negocios jurídicos, necesaria en una economía de mercado¹¹⁷⁵.

En otro sentido, una mayor evidencia de que ha habido una captación de la voluntad, aunque sea en un grado menor a la propia de un vicio en el consentimiento, podría justificar que la corrección del contenido del contrato alcanzara un resultado más propio de la teoría iusnaturalista, es decir, un equilibrio pleno, a modo de castigo impuesto a la parte que conociendo el estado de la otra, lo aprovecha para obtener la ventaja o beneficio excesivo¹¹⁷⁶.

contrato, que debe ser valorado en cuanto todo unitario, con ponderación de las cláusulas contractuales que se equilibran entre sí, en su distribución de riesgos, garantías, responsabilidades, etc. A continuación, deberá localizar qué cláusula o cláusulas, esto es, qué parte del contenido contractual implica la concesión de una ventaja desproporcionada o patentemente injusta a una parte sin compensación homóloga para la otra. Y, a partir de aquí, de verá proponer y aplicar un nuevo contenido al contrato que lo reconduzca a los estándares de "normalidad" que quiere la norma".

¹¹⁷⁵ PARRA LUCÁN, M^a A., (2015): "Riesgo imprevisible y modificación de los contratos... *cit.*", p. 37: "Se puede identificar la modificación equitativa con la que mantendría el alea normal del contrato: con el límite de lo que excluiría una demanda de resolución, porque se entiende que lo que no permite el ordenamiento es la excesiva onerosidad".

¹¹⁷⁶ Conviene apuntar que la buena fe es el argumento recurrido entre la doctrina como fundamento en el que reside la idea de adaptación judicial, cfr. MOMBERG URIBE, R., (2011) (*The effect of a change of circumstances... op.cit.*, pp. 239-242.

Consideramos oportuno señalar que la adaptación del juez debe comulgar los deseos de los sujetos del contrato¹¹⁷⁷ teniendo en mente que no se puede eliminar el desequilibrio eventual¹¹⁷⁸ que se puede producir en un contrato, más cuando nos hallamos ante dos sujetos con plena capacidad de obrar¹¹⁷⁹. La adaptación no puede escenificar un nuevo contrato, por tanto, no debe alterar la naturaleza esencial del acuerdo celebrado por las partes (por ejemplo, cambiando el objeto de la prestación de una o ambas partes)¹¹⁸⁰.

Los casos de alteración sobrevenida de las circunstancias no deberían resolverse, tampoco, trasladando la totalidad de las consecuencias del cambio extraordinario de circunstancias a la parte beneficiada por el contrato sino que la parte afectada debe asumir las pérdidas hasta el límite en que se vuelven excesivamente onerosas¹¹⁸¹¹¹⁸². Recordemos que las regulaciones que prevén la *hardship* proyectan la vinculación contractual como punto de partida¹¹⁸³¹¹⁸⁴.

Pese al acierto que consideramos que supone una posibilidad de adaptación judicial del contrato que permita no declarar la extinción del mismo, la tarea a la que se enfrenta el juez es compleja, ya que, como hemos señalado, en muchos casos le pueden faltar parámetros objetivos con los que determinar la

¹¹⁷⁷ MEKKI, M., y KLOEPFER-PELÈSE, M., (2011), "Hardship and Modification (or 'Revision') of the Contract... *cit.*, p.679: "(...) allowing the court's intervention does not amount to signing them a blank check. It should not be forgotten that the contract's modification remains a means to respect the parties' wishes at the very performance stage's (en caso de *hardship*). Therefore, the modification's criteria should be established around the parties' wishes", (el paréntesis es nuestro).

¹¹⁷⁸ MOMBERG URIBE, R., (2015): *op.cit.*, p. 87, señalando que "la modificación no debe implicar que se restaure completamente el equilibrio del contrato".

¹¹⁷⁹ RUBIO GIMENO, G., (2014): *Autorregulación de la crisis de pareja (una aproximación desde el derecho civil catalán)* ... *op.cit.loc.cit.*, p. 69.

¹¹⁸⁰ MOMBERG URIBE, R., (2015): *op.cit.loc.cit.*, p. 87.

¹¹⁸¹ Igual en términos de *rebus*, RUBIO GIMENO, G., (2017): "Riesgo contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias... *cit.*, pp. 212-213.

¹¹⁸² El contratante perjudicado también deberá soportar algún grado de pérdida, *cfr.* MOMBERG URIBE, R., (2014): "La reformulación del rol del juez... *cit.*, p. 298.

¹¹⁸³ Así, por ejemplo, el art. III.-1:110 (1) DCFR reza así: "Toda obligación debe cumplirse aun cuando el cumplimiento de la misma resulte más oneroso como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe".

¹¹⁸⁴ Si bien CARRASCO PERERA, Á., (2017): *Derecho de contratos, op.cit.*, p. 974, es partidario de reequilibrar el contrato (en los casos de *rebus*) "hasta el límite (no más) de lo que el desequilibrio en daño del deudor pueda aceptarse como todavía soportable por éste, dejando al acreedor con una parte de la ganancia que le ha proporcionado el riesgo sobrevenido", constata dicho autor que, aunque dicha solución sea razonable en términos de lógica jurídica, "no deja de parecer algo inconsistente que se habilite a un juez para imponer una solución que nada más satisfaga las exigencias de justicia conmutativa hasta el límite (sólo) de lo que sea manifiestamente injusto".

modificación del contrato¹¹⁸⁵. Señala PARRA LUCÁN que, las dificultades prácticas que sobrevuelan la modificación judicial del contrato “*permiten dudas acerca del acierto de un tercero –el juez- de redibujar el contenido del contrato establecido por las partes*”¹¹⁸⁶.

A pesar de ello, consideramos coherente con un Derecho privado que tienda a la justicia contractual permitir mecanismos que coadyuven a reequilibrar la economía del contrato, para facilitar así un tráfico fluido de operaciones negociales en el que las partes puedan entablar negociaciones con el respaldo del poder judicial que, en su caso, puede intervenir para adaptar/modificar el contenido del contrato, cuando éste se aleje de los parámetros que dibujan lo que es razonablemente justo¹¹⁸⁷.

4.4. ¿Tuición paternalista reducida a la mínima expresión?

La intervención del juez en el contrato que señala las figuras de la ventaja o explotación injusta así como la *hardship/rebus*, conducen a un sector doctrinal a cuestionar la bondad de dicha actuación, y defienden un paternalismo llevado a una mínima expresión (paternalismo muy débil)¹¹⁸⁸ limitado sólo en aquellos casos que, en el terreno de la *hardship*, afecten a aquellos hechos que alteraron el equilibrio contractual, que eran altamente improbables, y siendo así, las consecuencias que acarrear son desproporcionadas y devastadoras.

¹¹⁸⁵ MOMBERG URIBE, R., (2015): *op.cit.*, p.88, señala algunos ejemplos de puntos de referencia que pueden facilitar el rol del juez en aras a adaptar el contrato. Así, el juez puede “*examinar las negociaciones precontractuales, su relación con los términos finalmente acordados, como asimismo las negociaciones que haya tenido lugar después del cambio de circunstancias (...) además, desde una perspectiva externa, el juez puede analizar las condiciones que han rodeado tanto la celebración como la ejecución del contrato, como por ejemplo, negocios similares celebrados entre las partes o con terceros bajo circunstancias comparables, eventuales ajustes o modificaciones a tales acuerdos, el comportamiento de otros actores relevantes en el mercado específico, etc*”.

¹¹⁸⁶ PARRA LUCÁN, M^a A., (2015): “Riesgo imprevisible y modificación de los contratos... *cit.*”, p. 37

¹¹⁸⁷ Obsérvese que, en materia de modificación de la pena, también el legislador opta por abastecer al juez de una vasta discrecionalidad para que modifique la misma; véanse los arts. 9:509 PECL, 7.4.13 PICC, III.-3:712 DCFR y 1154 CCE.

¹¹⁸⁸ Véase NAVAS NAVARRO, S., (2015): *op.cit.*, p. 212; RUBIO GIMENO, G., (2017): “Riesgo contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias... *op.cit.loc.cit.*”, p. 216; CARRASCO PERERA, Á., (2017): *Derecho de contratos, op.cit.*, pp. 1010-1011.

El principio del *pacta sunt servanda* con su alegato a la libertad civil y la autorresponsabilidad limita con la intervención de un tercero ajeno al contrato – el juez- y cuestiona la discrecionalidad que éste recoge en el remedio de adaptación que describen las figuras de la ventaja injusta y la *hardship*¹¹⁸⁹.

En otro sentido, KENNEDY señala que el “*weak paternalism*” es aquel que se fundamenta en la obligación de cuidar los intereses, también, de la otra parte contractual¹¹⁹⁰.

Por su parte, y en términos de justicia conmutativa, GORDLEY defiende que la intervención del juez nunca puede ser paternalista, ya que, por ejemplo, en el caso que una persona pague por un servicio o por la compra de un bien un precio que se aleja en exceso del precio de mercado, la intervención del juez recaerá en la injusticia del mismo precio, porque “*if he had access to the market or had known the market price, he would never have paid what he did*”¹¹⁹¹. Hallamos, pues, que esta actuación tuitiva del poder judicial encuentra justificación, una vez más, en la justicia contractual; la alusión despectiva del paternalismo debe decaer si la intervención se produce para evitar, por ejemplo, la celebración de un contrato injusto¹¹⁹².

¹¹⁸⁹ Sin embargo, el respeto a la libertad contractual y la autonomía de la voluntad entraña costes para los individuos por el hecho de vivir en comunidad; así lo señala SHIFFRIN, S.V., (2000): “Paternalism, Unconscionability Doctrine, and Accomodation” *Philosophy & Public Affairs*, 29, nº3, p. 239. También ello es una cuestión que revela la concepción política del Derecho de contratos (véase lo expuesto Capítulo I).

¹¹⁹⁰ KENNEDY, D., (1982): “Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power”, *Maryland Law Review*, Vol. 41, Issue 4, p. 641

¹¹⁹¹ Permittiendo al autor concluir que “*it is unjust to take advantage of his necessity or ignorance without ever questioning his own judgment of how he should spend his money or what performance is worth to him personally*”. Cfr. GORDLEY, J., (2007): “Morality and Contract: The Question of Paternalism”, *William and Mary Law Review*, Vol. 48, p. 1746. Lo que el juez hace en estos casos es, en palabras del autor, justicia conmutativa. Aunque tampoco el Estado actúa de una forma paternalista en su afán de promoción de la justicia distributiva cuando maximiza una distribución más equitativa de los recursos.

¹¹⁹² Señala SHIFFRIN, S.V., (2000): *op.cit.*, p. 224, que lo que justifica que el poder judicial intervenga en las relaciones contractuales entre las partes (a modo de adaptación o modificación del contrato, por ejemplo) es la creación de un entorno que favorezca los acuerdos justos y que “*the motive may reasonably be a self-regarding concern not to facilitate or assist harmful, exploitative, or immoral action*”. El paternalismo visto como necesario en un Estado del Bienestar, que también tiene relevancia en la corrección de acuerdos injustos, cfr RACHLINKSI, J.J. (2003): “The Uncertain Psychological Case for Paternalism”, *Northwestern University Law Review*, vol. 97, nº3, p. 1195: (...) “*to the extent that a regulatory intervention that supplants mistaken individual choices might improve social welfare*”. Y así lo señala, expresivamente, KENNEDY, D., (1982): “Distributive.... *cit.*, p. 646: “*The truth of the matter is that what we need when we make decisions*

El planteamiento que hemos hecho *supra* en el apartado 4.1, relativo a la legitimación para ejercitar la acción de adaptación reconocido a la parte beneficiada, permite contrapesar el exceso de intervención del juez en el contrato; ante la demanda de la parte perjudicada de rescindir el contrato por ventaja injusta, la parte beneficiada por el mismo puede oponerse y reconvenir mediante una acción de adaptación. Será el juez entonces quién decidirá qué procede (rescisión o adaptación) y si opta por el segundo remedio¹¹⁹³, deberá atender los intereses de ambas partes.

La noción más liberal del Derecho de contratos critica con dureza la generalización en el seno del derecho privado de aquellas doctrinas que permitan una intervención del juez en el contrato¹¹⁹⁴. Otro sector doctrinal, aún también desde una aproximación liberal al Derecho contractual, suaviza su pensamiento y justifica la intervención del juez en casos de desproporción severa; por ejemplo, en aquellos casos en que era imposible prever que acaecería el hecho que ha significado un cambio abrupto y extraordinario en las prestaciones intercambiadas por las partes y que configuraban el objeto del contrato. Entre ellos, NAVAS NAVARRO y RUBIO GIMENO, quiénes refrendan lo que podríamos denominar “*soft paternalism*” o en palabras de la primera, “*un paternalismo muy débil*”¹¹⁹⁵. Entre la doctrina comparada, y en la misma línea sustentada por éstas últimas autoras, SUSTEIN señala que también puede defenderse un “liberalismo paternalista”¹¹⁹⁶ ya que en algunos supuestos la intervención del juez queda justificada para mejorar las condiciones de las partes perjudicadas por el contrato; ello se comprende, debidamente, si se analiza en

affecting the well-being of other people is correct intuition about their needs and an attitude of respect for their autonomy. Nothing else will help”.

¹¹⁹³ También hay autores que consideran que el rol del juez es garantizar la supervivencia del contrato y su posición imparcial le permite apreciar la medida del equilibrio contractual, *cfr.*, CHANTEPIE, G., (2006): *La lésion... cit.*, p. 215.

¹¹⁹⁴ Entre otros, CARRASCO PERERA, Á., (2017): *Derecho de contratos, op.cit.loc.cit.*, pp. 1010-1011; HILL, C.,A., “Anti-anti-anti paternalism”, *NYU Journal of Law&Liberty*, 2, 2007, p.445.

¹¹⁹⁵ NAVAS NAVARRO, S., (2015): *op.cit.*, p. 212; RUBIO GIMENO, G., (2017): “Riesgo contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias...*cit.*”, pp. 217-221.

¹¹⁹⁶ SUSTEIN, C.R., THALER, R.H., (2003): “Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 70, nº4, pp. 1161-1162. Estos autores sostienen que la protección de los consumidores avala un libertarismo paternalista que se observa, por ejemplo, a través de las categorías imperativas del derecho de desistimiento (*cooling off period*), pp. 1187 y 1188.

términos de la justicia social enunciada por RAWLS¹¹⁹⁷, desde un enfoque liberal igualitario de la justicia en que la intervención del Estado en el Derecho contractual se justifica por el control de las desigualdades económicas de tal forma que mejore la situación de los menos favorecidos¹¹⁹⁸. Paralelamente, en el campo de la teoría política, hay quienes niegan que pueda existir un liberalismo paternalista¹¹⁹⁹.

Cabe señalar que muchos ordenamientos incorporan preceptos que atribuyen discrecionalidad al juez para que intervenga y modifique el contrato en aras a que éste sea más equilibrado¹²⁰⁰. Mención aparte merece la previsión contenida en la cláusula §36 del *Nordic Contract Act*, que contempla un recurso general que permite al juez modificar el contrato que se considere injusto. Esta regla está especialmente diseñada para proteger a la parte débil del contrato, cuando el juez califique el contrato como injusto¹²⁰¹ y rechaza tanto los desequilibrios iniciales como los sobrevenidos. Según explica WILHELMSSON, la cláusula §36 se incluye dentro del “*general fairness model*”, un modelo de justicia contractual que

¹¹⁹⁷ RAWLS, J., (1971): *Teoría de la justicia. Traducción de María Dolores González*, 2ª ed., 11ª reimpresión (2015). México: Fondo de cultura económica, p. 68.

¹¹⁹⁸ Por todo, véase Capítulo I, §1.2.

¹¹⁹⁹ MITCHELL, G., (2005): “Libertarian Paternalism is an oxymoron”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 99, nº3, pp. 1245-1278.

¹²⁰⁰ Por ejemplo, el art. 388 del Código civil de Polonia prioriza la adaptación del contrato a la extinción del mismo. También el art. 3:54 BW permite la adaptación del contrato. En un sentido contrario, el §138.2 BGB proclama la nulidad de los negocios usurarios, como negocios contrarios a la moral, señalando que “*es usura la explotación de la situación de necesidad, de la ligereza o de la inexperiencia de otro, haciéndole prometer o conceder, para el estipulante o para un tercero y a cambio de una contraprestación, ventajas patrimoniales que exceden de tal modo el valor de la prestación que, dadas las circunstancias, se hallan con esta en una desproporción extraordinaria*”, traducción extraída de ENNECERUS, KIPP, WOLF., (1981): *Tratado de Derecho civil*, tomo Primero, volumen II, Parte General, II Parte, Barcelona: Bosch editorial, p. 640. Una aproximación detallada a la usura alemana puede encontrarse en MARKESINIS, M.S., UNBERATH, H., JOHNSTON, A., (2006): *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, Portland, Oregon: Hart Publishing, pp. 249-251. Aunque hay ordenamientos, como el inglés, que no reconocen ningún poder al juez para que intervenga en aras a mantener el contrato. Véase CARTWRIGHT, J., (2011): “Defects of Consent in Contract Law”, en HARTKAMP, A., HESSELINK, M.W., HONDIUS, E., MAK, C., DU PERRON, E., (Eds.) (2011): *Towards a European Civil Code*, Alphen aan de Rijn: kluwer law & business, p. 445.

¹²⁰¹ Cfr. STRÖMHOLM, S., (1989): “The Freedom to contract – a complex cluster of rules”, en VICTORIN, A., (Ed.) (1989): *Scandinavian Studies in Law 1989*, Stockholm: Almqvist&Wiksell International, pp. 213-214. Véase el comentario que hace a dicho precepto HONDIUS, E., (2008): “Pro-active Comparative Law: The Case of Nordic Law”, *50 Scandinavian Studies in Law*, pp. 148-151. HESSELINK, M.W., (2011): [“Unfair Terms in Contracts Between Businesses”, en SCHULZE, R., STUYCK, J., (Eds.) (2011): *Towards a European Contract Law*, Munich: european law publishers, p. 141] es partidario de extender la posibilidad de revisión de las cláusulas abusivas del contrato más allá de los contratos con consumidores. A todo ello hemos hecho referencia brevemente en el Capítulo I, §2.

admite ampliamente una intervención judicial en las relaciones privadas y que permite soslayar la injusticia en cualquier relación asimétrica, sea o no de consumo¹²⁰². En nuestra opinión, constituye un planteamiento general de protección de la parte débil del contrato¹²⁰³.

Los detractores del paternalismo y de la revisión de los contratos fundamentan su postura en los principios de seguridad y estabilidad contractual alegando que la generalización de la modificación de los contratos conllevaría que las partes, ante las relaciones contractuales, aplicarían menos diligencia a la hora de entablar relaciones jurídicas, confiando en la posibilidad de que ante un cambio sobrevenido de circunstancias, por ejemplo, el contrato pudiera ser revisado (lo que se conoce doctrinalmente como “*moral hazard*”)¹²⁰⁴¹²⁰⁵.

Como hemos comprobado en el Capítulo I del presente trabajo, es realmente difícil desdeñar la cuestión política que recae, también, en el derecho privado¹²⁰⁶.

¹²⁰² WILHELMSSON, T., (2008): “Various Approaches to Unfair Terms and Their Background Philosophies”, *Juridica International XIV/2008*, p. 54: “As the general clause focuses on the consequences of the application of a term, the courts can make use of it both when a term was unfair already when the contract was made and when a change of circumstances has led to unfairness. Of course, even though the general clause is generally applicable, a considerable portion of the case law concerns consumer contracts. However, many interesting decisions concerning business-to-business contracts have been made as well”.

¹²⁰³ El *Nordic Contract Act* incluye, además, un precepto (§33), también a modo de cláusula general, que permite anular contratos que vulneren la buena fe contractual. Lo señala así LURGER, B., (2011): “The ‘Social’ Side of Contract Law and the New Principle of Regard and Fairness”, en HARTKAMP, A., HESSELINK, M.W., HONDIUS, E., MAK, C., DU PERRON, E., (Eds.) (2011): *Towards... cit.* p. 359.

¹²⁰⁴ KARAMPATZOS, A., (2005): “Supervening Hardship as Subdivision of the General Frustration Rule: A Comparative Analysis with Reference to Anglo-American, German, French and Greek Law”, *ERPL 2-2005*, p. 109. En el mismo sentido, MACARIO, F., (1996): *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine... cit.*, p. 302.

¹²⁰⁵ Los detractores del paternalismo alegan, asimismo, que las opciones que escogen las partes son las mejores, *cfr.* SUSTEIN, C.R., THALER, R.H., (2003): “Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron” ... *cit.*, p. 1167, señalan en contra que “*the presumption that people do an excellent job of making choices, or at least that they do a far better job than third parties could possibly do*”. Y ensalzando en demasía, bajo nuestro punto de vista, el principio de la autonomía de la voluntad, con una crítica injusta a la actuación paternalista del legislador y del juez, véase CARRASCO PERERA, Á., (2017): *Derecho de contratos, op.cit.*, pp. 71-72, expresando que “... *la experiencia enseña que el Ordenamiento genera sus propios monstruos cuando el ignaro legislador decide impedir en un extremo el acuerdo privado entre personas adultas y parejamente egoístas. Es finalmente una regla exigida por la neutralidad valorativa de un Estado constitucional, en el que nadie está en condiciones de dictar a los particulares los valores que éstos deban satisfacer en su vida privada o en sus negocios*”.

¹²⁰⁶ Así de expresivamente lo manifiesta MOMBORG URIBE, R., [(2011): *The effect of a change of circumstances... op.cit.* p. 278] en relación con la necesidad de incorporar en el ordenamiento jurídico una norma tal como la alteración sobrevenida de las circunstancias: “*Regardless of those dogmatic justifications, the recognition of a change of circumstances also implies a political choice, because the different attitudes with regard to the subject are related to different views on*

La cuestión de la adaptación del contrato y, en consecuencia, la apreciación de un exceso de lo que podemos calificar como “paternalismo judicial en el seno de las relaciones *inter privatos*”, constituye una regla que responde al principio de protección de la parte débil y que viene sugerida por la apreciación de la justicia contractual.

La complejidad de las relaciones jurídicas en la actualidad demanda respuestas diferentes de las que se sugerían en la época codificadora y, en nuestra opinión, el principio paradigmático de la libertad contractual debe tamizarse a través del filtro de la protección de la parte débil del contrato. Para ello, doctrinas como la alteración sobrevvenida de las circunstancias o figuras como la ventaja o explotación injusta que prevén el reequilibrio del contrato como un remedio que legitima la intervención del juez en la readecuación del mismo devienen instituciones necesarias en los tiempos líquidos de la modernización de los ordenamientos jurídicos.

En definitiva, a pesar de que la disparidad de opiniones en torno a la adaptación del contrato genera un escenario azaroso, por la dificultad de recoger una opinión prevalente, el legislador catalán no ha resultado indiferente ante las decisiones operadas por otros códigos o por las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo y ha optado, como hemos visto en la norma proyectada (art. 621-47.1 CCCat) por permitir dicho remedio en sede de ventaja injusta. En nuestra opinión, recurrir al juez ante un contexto de contrato desequilibrado para que, a falta de acuerdo entre las partes, enjuicie cuál es el contenido que finalmente deba componer dicho contrato, no constituye un recurso adverso ni impide las aspiraciones privadas de los contratantes sino que escenifica un postulado más justo y neutro en las relaciones entre particulares cobijando a la parte perjudicada excesivamente por el contrato¹²⁰⁷.

the role of legal rules and in particular of contract law. The decision is essentially linked to the vision and the desired role of contract law in society; as well as to the values which are considered to be relevant in contract law”.

¹²⁰⁷ Asimismo, entendemos que la vinculación contractual también debe filtrarse a través del juicio de la razonabilidad cuando el contrato es altamente desequilibrado, ya sea porque se han producido circunstancias imprevisibles o porque, en el momento de la conclusión del mismo, una de las partes se encontraba en un estado de debilidad que es aprovechado por la otra y que da lugar a un contrato inicuo.

5. La extinción del contrato

La rescisión del contrato por ventaja o explotación injusta se proyecta en la norma catalana como la solución paradigmática si se dan los supuestos exigidos por la norma¹²⁰⁸. Sin embargo, ya hemos visto que la adaptación del contrato puede imponerse a la extinción del mismo si así lo considera pertinente la parte legitimada para ello, (en el caso del texto catalán, únicamente la parte no perjudicada por el contrato)¹²⁰⁹.

En los contextos relativos al desequilibrio sobrevenido del contrato, descritos por las normas de la alteración sobrevenida de las circunstancias/*hardship*, que no emiten un juicio “culpabilizador” sobre ninguna de las partes, debería reconocerse al acreedor o parte beneficiada por el contrato una facultad alternativa que le permitiera escoger entre la adaptación del contrato en los términos propuestos por la parte deudora o por ella misma o bien exigir la extinción del mismo¹²¹⁰; MOMBERG sujeta dicha facultad que permite al acreedor instar la resolución del contrato- aunque la parte deudora requiera la adaptación- a dos límites: sólo podrá ejercerse cuando la renegociación del contrato entre las partes haya fracasado y no cabrá instarla cuando la terminación del contrato afectara gravemente derechos de terceros¹²¹¹.

Y en términos idénticos cabría formular la norma en los supuestos de ventaja injusta, tolerando que la parte no perjudicada por el negocio jurídico pudiera

¹²⁰⁸ Recuérdese lo expuesto en el Capítulo IV, §5, relativo a la ineficacia del contrato por ventaja injusta.

¹²⁰⁹ En sede de *hardship*, la extinción del contrato también se proyecta como una “*ultima ratio*”, en caso de que fracase la adaptación del mismo porque el juez considere que no interesa a ambas partes, *cfr.* STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), VON BAR, C., CLIVE, E., (EDS.) (2009): *op.cit.*, p. 715: “*In some cases the only option open to the court would be to terminate the obligation*”.

¹²¹⁰ RUBIO GIMENO, G., (2017): “Riesgo contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias...*cit.*”, pp. 220-221. Así, en este sentido, MOMBERG URIBE, R., (2015): *op.cit.*, p. 90, señala que “*el acreedor debe estar facultado para recuperar los gastos razonables incurridos en virtud del contrato e incluso los perjuicios que la terminación anticipada del mismo le acareen. El monto de los perjuicios debe ser determinado en relación con los riesgos que razonablemente corresponden al deudor en condiciones normales de ejecución del contrato, es decir, aplicando el mismo parámetro (el límite del sacrificio) que se indicó para la adaptación del contrato. Así, la parte afectada por el cambio de circunstancias mantiene su responsabilidad por la (no excesiva) onerosidad sobreviniente*”.

¹²¹¹ MOMBERG URIBE, R., (2015): *op.cit. loc.cit.*, p. 90.

instar su rescisión ante una hipotética demanda de adaptación del contrato por ventaja o explotación injusta.

Constatamos que el juez debe considerar la posibilidad de resolver el contrato si la adaptación no es posible o no se consigue un acuerdo nuevo que sea conforme para ambas partes. A pesar del fervor doctrinal y jurisprudencial¹²¹², por impulsar mecanismos de *favor contractus*, tampoco debemos incurrir en esquemas desorbitadamente paternalistas¹²¹³¹²¹⁴ de corrección y adaptación de los contratos¹²¹⁵, con una tuición excesiva e impropia del derecho contractual¹²¹⁶. La desconfianza a la hora de atribuir amplias facultades al juez se explica por el respeto a las consecuencias que derivan del principio tradicional *pacta sunt servanda* pero también por la dificultad de reescribir un contrato por un tercero que no es parte del contrato¹²¹⁷. Parece difícil que el juez pueda determinar de una forma exacta la voluntad de las partes porque nunca podemos sumergirnos realmente en la vida de los otros¹²¹⁸. Sin embargo, la ausencia de comprensión mutua no debería llevarnos a eludir una cooperación definida como un intercambio en el cual los participantes obtienen beneficios del encuentro¹²¹⁹. La reconfiguración del equilibrio económico del contrato es, sin duda, el remedio más comprometido desde un punto de vista social.

¹²¹² Véase las STS de 10 de diciembre de 2014 (RJ 2014/6842) y la de 17 de enero de 2013 (RJ 2013/1819).

¹²¹³ HILL, C. A., "Anti-anti-anti paternalism...*cit.*, p.445, mostrando la autora sus dudas con respeto a los mecanismos excesivamente tuitivos y de conservación de los contratos: "(...) *But how do we know what people really want? It cannot just be on account of the mistake or the choice that favors the present at the expense of the future. We surely do not want to say, for instance, that nobody choosing to eat trans fats is doing what they really want.*"

¹²¹⁴ NAVAS NAVARRO, S., (2015): *op.cit.*, p. 208: "*Se trata de evitar comportamientos paternalistas por parte del legislador y de los jueces, los cuales no deberían proteger al individuo de sus propias decisiones autónomas sobre la base de que es un mal decisor.*"

¹²¹⁵ Entre nuestra doctrina, hay algunos autores abiertamente contrarios a esta injerencia del poder judicial en el derecho privado, CARRASCO PERERA, Á. (2015): "Reivindicación y defensa de la vieja doctrina..." *op.cit.*, p. 199.

¹²¹⁶ Algunos autores abogan por un paternalismo liberal, basado en el principio de la autonomía de la voluntad y el *pacta sunt servanda*, con una tuición mínima, sólo cuando "*individual choice is demonstrably inconsistent with individual welfare*", SUSTEIN, C.R., THALER, R.H., (2003): "Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron"... *cit.*, p. 42.

¹²¹⁷ PARRA LUCÁN, M.A., (2015): "Riesgo imprevisible y modificación de los contratos... *cit.*, p. 36.

¹²¹⁸ Aunque a veces la intervención del juez también puede ser vista como una "mala intervención" pero necesaria, *cf.* KENNEDY, D., (1982): *op.cit.*, p. 638.

¹²¹⁹ La cooperación entre las partes debe hallarse en los remedios renegociadores *inter partes* y también, en cierta medida, en la adaptación judicial. Véase SENNET, R., (2012): *Juntos. Rituales, placeres y política de cooperación*, Barcelona: Anagrama, pp. 385 y sig.

En definitiva, estos remedios implican un cambio en el concepto de contrato: no sólo se admite su formación progresiva sino también su renegociación continua y, a falta de acuerdo, su revisión por el juez¹²²⁰. La incidencia de principios tales como la proporcionalidad y la continuidad, que vienen a ser la base de legitimación para instar la revisión contractual, se opone al principio liberal de la inmutabilidad de lo pactado. El contrato pasa a concebirse como un instrumento de promoción de valores como la solidaridad, la equidad y la justicia¹²²¹¹²²². En definitiva, la tendencia a otorgar mayores facultades al juez constituye una manifestación paradigmática de la moralización de las relaciones contractuales que avivan el principio de protección de la parte débil al mismo nivel que la libertad contractual y la fuerza obligatoria del contrato¹²²³.

¹²²⁰ PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, *op.cit.loc.cit.* p. 37.

¹²²¹ Como indica MOMBERG URIBE, R. [(2011): *The effect of a change of circumstances... op.cit.* p. 241]): “*new values to be applied to contractual relationships, such as proportionality and continuity, have been advocated to support the legitimacy of a revision*”.

¹²²² En este sentido, véase DE CASTRO VÍTORES, G., (2009): “Cláusula penal, contratante débil y principio de buena fe: Acervo contractual europeo y derecho espanyol”, en BOSCH CAPDEVILA, E., (Dir.) *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectives*, Barcelona: Bosch, p.570.

¹²²³ MOMBERG URIBE, R., (2014): “La reformulación del rol del juez en los instrumentos contemporáneos de Derecho contractual... *cit.*”, p. 300.

CONCLUSIONES

Primera. - La moralización del derecho de los contratos

La moralización contemporánea del Derecho de contratos confirma su carácter político señalando la relevancia de éste en la construcción de una sociedad más justa. Se puede sostener, pues, que el legislador está abogando por la introducción de normas marcadamente sociales que hagan viables la igualdad y libertad de los contratantes, formal y materialmente.

La institución de la ventaja injusta pone certeramente de relieve la necesidad de corregir situaciones asimétricas que van más allá de las relaciones de consumo y reivindica la protección de la parte débil como principio en el derecho de contratos contemporáneo.

Segunda. - Hacia un derecho contractual más justo en la regulación de la rescisión por lesión en el Libro Sexto del Código civil de Cataluña

La nueva regulación contenida en el CCCat acerca de la rescisión por lesión otorga un mayor grado de protección de la parte débil respecto al dispensado por la CDCC: se supera el ámbito subjetivo de aplicación, regulando simétricamente la acción a favor de ambos contratantes y se amplía, también, el ámbito objetivo, que ya no queda limitado a los bienes inmuebles. Asimismo, la nueva regulación permite una apertura a la rescisión de enajenaciones hechas mediante subasta en las que el precio sea lesivo en más de la mitad, ya que el art. 621-46.2 CCCat no las excluye de su ámbito de aplicación. Finalmente, la nueva regulación resulta aplicable a los contratos en que el precio se hubiera determinado por la litigiosidad del objeto adquirido.

Tercera. - La ventaja injusta entre la justicia sustantiva y la procedimental

La figura de la ventaja injusta exige un peculiar enfoque que toma en consideración la vertiente objetiva, relativa al contenido intrínseco del contrato, y la procedimental, que impone la necesidad de una formación de la voluntad contractual con conocimiento de causa. La institución plantea la presencia de un vicio potencial, no actual, cuya transcendencia resulta del abuso desplegado por la otra parte. Ello nos permite refrendar la ventaja injusta como una figura *ad hoc*

de protección de la parte débil del contrato que aboga por exigir la emisión de un consentimiento no sólo libre y exacto sino también consciente.

Cuarta. - Ventaja injusta y superación de la rescisión por lesión

La ventaja injusta constituye una causa autónoma de ineficacia de los contratos que, en la estructura que hemos propuesto, incorpora los presupuestos de la institución histórica de la lesión en más de la mitad a la que debería absorber. Cuando el valor de la prestación recibida en el momento de la conclusión del contrato fuera inferior a la mitad del valor de la prestación deberá presumirse, mediante una presunción *iurs tantum*, el abuso o aprovechamiento de una situación de debilidad que constituyen los elementos subjetivos de la figura.

Quinta. - Elementos de la ventaja injusta en una propuesta de sistema móvil

Cabe apreciar la existencia de elementos objetivo y subjetivos en el seno de la figura de la ventaja injusta; en relación con el primero, la figura toma en consideración el beneficio excesivo o ventaja manifiestamente injusta obtenida por la parte beneficiada; en relación con los segundos, el poder de impugnar el contrato queda limitado a la existencia de dos requisitos de índole subjetiva: debilidad de la parte perjudicada por el contrato (en forma de dependencia respecto de la otra parte, de estado de necesidad o, simplemente, a resultas de la inexperiencia, ignorancia o falta de poder de negociación) y conocimiento efectivo o inexcusable de que está sacando beneficio de la situación de la otra parte. Ambos elementos se encuentran en una relación de dependencia recíproca: si se cumplen de una forma muy visible los elementos subjetivos, la exigencia de desproporción será menor, y a la inversa: una desproporción severa entre las prestaciones intercambiadas compensará un abuso menos grave de la situación de debilidad.

Sexta. - El emplazamiento sistemático de la ventaja injusta

La regulación definitiva de la ventaja injusta debe conllevar su realojo sistemático en la parte general de las obligaciones y contratos en el futuro Título Primero del Libro Sexto del CCCat; la institución de la ventaja injusta invita a reconsiderar su encaje junto a los vicios del consentimiento en sentido amplio ya que no comparte plenamente los presupuestos tradicionales de los mismos.

Séptima. - El sujeto protegido por la ventaja injusta: la parte contractualmente más débil

La ventaja injusta define un nuevo perfil de sujeto que exige una protección del ordenamiento civil: el contratante débil. Dicho sujeto es calificado como débil para concluir contratos que dan lugar a una ganancia desproporcionada en forma de beneficio excesivo o ventaja manifiestamente injusta; sujetos con plena capacidad de obrar pero con capacidad de negociación limitada o interferida. La protección se intensifica, incluyendo la lesión económica y la jurídica, si dicho sujeto es un consumidor.

Octava. - La ventaja injusta en los supuestos de infracción del deber de información precontractual

Algunos supuestos que se resuelven jurisprudencialmente por la vía de la *culpa in contrahendo* podrían encauzarse mediante el recurso a la ventaja injusta, cuando el contrato que se celebra ocasione una lesión en los intereses de una de las partes por su contenido, debido a un comportamiento reprochable acaecido en el periodo precontractual. Ello no aparece resuelto en el ordenamiento actual en lo relativo a las relaciones entre particulares, ya que no se contiene ninguna regla general sobre deberes precontractuales de información ni por tanto, sobre las consecuencias de su infracción, aspecto éste último –que sí el anterior-, tampoco previsto por el derecho de consumo.

Novena. - La adaptación del contrato como remedio preferente en supuestos de ventaja injusta

La adaptación judicial del contrato es el remedio que permite un reequilibrio económico del mismo y que asegura su conservación. Es un derecho que debe ser reconocido a ambas partes contratantes y que debe dar lugar a una actuación cautelosa y delimitada del juez, procurando respetar los intereses de las dos partes en el contrato. Convendría una armonización de remedios en las figuras de ventaja injusta y alteración sobrevenida de las circunstancias, que suponga la readecuación del contrato como regla general.

Décima. - Del contrato desventajoso al contrato razonablemente desequilibrado

La adaptación del contrato en los casos en los que exista una mayor desproporción económica y una menor actuación cuasi-dolosa de la parte beneficiada por el mismo debe orientarse hacia la recuperación de un desequilibrio razonable; sin embargo, en atención al sistema móvil que caracteriza la figura de la ventaja injusta y si se da una mayor incidencia de los elementos subjetivos en el caso concreto, el juez podrá corregir el contrato hasta que alcance el valor total de la prestación en vez de la mera corrección del valor lesivo.

Decimoprimer. - Propuesta de modificación de la regulación sobre ventaja injusta y rescisión por lesión en el Código civil de Cataluña

El estudio desarrollado acerca de la actual regulación de la institución de la ventaja injusta y de la rescisión por lesión nos lleva a proponer su modificación, según lo expuesto en las anteriores conclusiones, mediante la adición y la supresión de determinadas reglas y la modificación de otras. Una formulación posible podría ser la siguiente:

PROPUESTA DE MODIFICACIÓN LA REGULACIÓN DE LA VENTAJA INJUSTA Y LA RESCISIÓN POR LESIÓN EN EL CCCaT

Artículo 621-45. Ventaja injusta [\(Propuesta de adición de un apartado tercero\)](#)

1. El contrato de compraventa y los otros de carácter oneroso pueden rescindirse si, en el momento de la conclusión del contrato, una de las partes dependía de la otra o mantenía con ella una relación especial de confianza, estaba en una situación de vulnerabilidad económica o de necesidad imperiosa, era incapaz de prever las consecuencias de sus actos, manifiestamente ignorante o manifiestamente carente de experiencia, y la otra parte conocía o debía conocer esta situación, se aprovechó de ello y obtuvo un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta.

2. En la compraventa de consumo, el contrato puede rescindirse, además de por los motivos a que se refiere el apartado 1, si ocasiona en los derechos y obligaciones de las partes un grave desequilibrio en perjuicio del consumidor, contrario a las exigencias de la buena fe y la honradez de tratos.

[3. Se presumirá que existe beneficio excesivo o ventaja manifiestamente injusta en los casos en los que la desproporción entre el valor de las prestaciones de las partes alcance el cincuenta por ciento.](#)

Artículo 621-46. Lesión en más de la mitad [\(Propuesta de supresión del artículo\)](#)

~~1. El contrato de compraventa y los demás de carácter oneroso pueden rescindirse si la parte perjudicada prueba que, en el momento de la conclusión del contrato, el valor~~

~~de mercado de la prestación que recibe es inferior a la mitad del valor de mercado de la prestación que realiza.~~

~~2. En el caso a que se refiere el apartado 1, la otra parte puede oponer que el pretendido desequilibrio se justifica en el riesgo contractual propio de los contratos aleatorios o en la existencia de una causa gratuita.~~

~~3. En los supuestos de opción de compra, el desequilibrio a que se refiere el apartado 1 debe existir en el momento en que se pacta la opción.~~

Artículo 621-47. Adaptación del contrato y corrección de la lesión. (Propuesta de modificación de los apartados primero y segundo)

1. En el supuesto a que se refiere el artículo 621-45, a petición **de cualquiera de las partes** ~~de la parte perjudicada~~, la autoridad judicial puede adaptar el contenido del contrato ~~a la práctica contractual prevalente en el momento de su conclusión~~ **para restablecer el equilibrio de las prestaciones**, de acuerdo con las exigencias de la buena fe y la honradez de los tratos. **La parte perjudicada deberá acreditar que ha intentado una renegociación del contrato ajustada a las exigencias de la buena fe.**

~~2. En el supuesto a que se refiere el artículo 621-46, puede evitarse la rescisión del contrato mediante el pago en dinero del valor total de la prestación, con los intereses legales, a partir de la conclusión del contrato.~~

Artículo 621-48. Acciones.

Las acciones establecidas por la presente subsección caducan en el plazo de cuatro años a contar desde la conclusión del contrato y no son renunciables en ese momento.

CONCLUSIONS

One. The moralisation of contract law

The contemporary moralisation of contract law confirms its political character, indicating its role in building a fairer society. Accordingly, it is possible to maintain that the legislator is in favour of introducing particularly social standards that make the equality and freedom of parties to a contract viable in both formal and material terms.

The institution of unfair advantage correctly highlights the need for balancing out asymmetric situations that go beyond consumer relations and seeks protection for the weak party as a principle in modern-day contract law.

Two. Towards a contract law that is fairer in the regulation of rescission on the grounds of damages in Book Six of the Civil Code of Catalonia

The new regulation contained in the CCCat on rescission on the grounds of damages awards greater protection for the weak party in comparison with that provided by the CDCC: it exceeds the subjective scope of application and regulates the action symmetrically in favour of both parties, also extending the objective scope, which is no longer limited to fixed assets. The new regulation also makes room for the rescission of the disposal of assets by auction in which the price is damaging by more than half, since article 621-46.2 CCCat does not exclude them from its scope of application. Finally, the new regulation applies to contracts whose price has been determined by the litigation of the acquired object.

Three. The unfair advantage between substantive and procedural law

The figure of unfair advantage requires a specific focus that takes the objective aspect into consideration regarding the intrinsic content of the contract and the procedural figure, which imposes the need for a formation of contractual will as part of a prior choice. The institution considers the existence of a potential defect, rather than an actual one, whose importance comes from the abuse exercised by the other party. This allows us to endorse unfair advantage as an *ad hoc* figure

of protection for the weak party to the contract that advocates the award of consent not only freely and accurately, but also in all awareness.

Four. Unfair advantage and exceedance of rescission on the grounds of damages

Unfair advantage is an autonomous cause of the ineffectiveness of a contract which, in the structure we have proposed, incorporates the presuppositions of the historical institution of damages by more than half the amount that should be assumed. When the value of the benefit received on conclusion of the contract is less than half the value of the benefits, by virtue of a presumption *iurs tantum*, the abuse of a situation of weakness constituted by the subjective elements of the figure must be presumed.

Five. Elements of unfair advantage in a mobile system proposal

It is fitting to consider the existence of objective and subjective elements within the figure of unfair advantage. In relation to the former, the figure takes into consideration the excessive benefit or evidently unfair advantage obtained by the benefited party. In relation to the latter, the power of challenging the contract is limited to the existence of two subjective requirements: the weakness of the party damaged by the contract (in the form of dependence on the other party, a situation of need or, simply, as a result of inexperience, ignorance or absence of power of negotiation) and the defective or inexcusable awareness of the fact that advantage is being taken of the other party's situation. Both elements form a relationship of reciprocal dependence: if the subjective elements are fulfilled in a highly visible manner, the requirement of disproportion will be lower and vice versa: a severe disproportion between the benefits exchanged will compensate a less serious abuse of the situation of weakness.

Six. The systematic position of unfair advantage

The definitive regulation of unfair advantage must include its systematic relocation in the general part of the obligations and contracts in the future Title One of Book Six of the CCCat; the institution of unfair advantage calls for reconsideration of its place among defects of consent in the broad sense of the term since it does not fully share the traditional presuppositions thereof.

Seven. The subject protected by unfair advantage: the weak party to the contract

Unfair advantage defines a new profile of party that requires protection by the civil code: the weak party to the contract. Said party is classified as weak for the conclusion of contracts that lead to disproportionate gain in the form of excessive benefit or manifestly unfair advantage; parties with full standing for proceeding but with a capacity for negotiation that is limited or has been interfered with. The protection is greater if the party is a consumer, including economic and legal damages.

Eight. Unfair advantage in cases of breach of the duty to pre-contractual information

Certain cases resolved by case law via *culpa in contrahendo* could appeal to unfair advantage when the content of the contract signed causes damages to the interests of one of the parties due to reproachful behaviour occurring during the pre-contractual period. This does not appear to be so in contemporary legislation on relations between natural persons since there are no general rules on pre-contractual duties to information or, accordingly, on the consequences of any breach thereof, where the latter (unlike the former) is also not addressed in consumer law.

Nine. The adaptation of the contract as a preferred remedy in cases of unfair advantage

The judicial adaptation of the contract enables an economic rebalancing thereof and ensures its conservation. This right must be recognised for both parties to the contract and must give rise to a precautionary measure as defined by the judge, seeking to respect the interests of both parties to the contract. There is a need for harmonisation of remedies in the figures of unfair advantage and unforeseen changes to circumstances with regard to the re-adaptation of the contract as a general rule

Ten. From the disadvantageous contract to the reasonably balanced contract

In cases in which there is a greater economic disproportion and a lesser quasi-intentional act by the party benefiting therefrom, the adaptation of the contract

must focus on recovering a reasonable balance; however, with regard to the mobile system that characterises the figure of unfair advantage and awards greater participation to the subjective elements in this specific case, the judge may amend the contract until it reaches the total value of the benefit rather than merely correcting the value of the damages.

Eleven. Proposed modification of the regulations on unfair advantage and rescission on the grounds of damages in the Civil Code of Catalonia

The study carried out on the current regulation of the institution of unfair advantage and rescission on the grounds of damages leads us to propose amendments as explained in the above conclusions by adding and removing certain rules and amending others. One possible formula could be as follows:

PROPOSAL FOR AMENDING THE REGULATION OF UNFAIR ADVANTAGE AND RESCISSION ON THE GROUNDS OF DAMAGES IN THE CCCat

Article 621-45. Unfair advantage. [\(Proposed addition of a third section\)](#)

1. The contract of sale and others that involve consideration may be rescinded if, on conclusion of the contract, one of the parties dependent on the other or which maintained a special relationship of trust therewith, was in a situation of financial vulnerability or imperious need, was incapable of anticipating the consequences of its acts, manifestly ignorant or manifestly lacking in experience and the other party was aware of or should have been aware of said situation, took advantage of it and obtained excessive benefit or manifestly unfair advantage.

2. In consumer sales, the contract can be rescinded not only on the grounds referred to in section 1 if there is a serious imbalance in the rights and obligations of the parties to the detriment of the consumer, contrary to the requirements of good faith and honourable agreement.

3. [The existence of excessive benefit for manifestly unfair advantage shall be presumed in cases in which the disproportion between the value of the parties' benefits reaches fifty percent.](#)

Article 621-46. Damages amounting to more than half [\(Proposed removal of the article\)](#)

~~1. The contract of sale and others that involve consideration can be rescinded if the damaged party demonstrates that, at the conclusion of the contract, the market value of the benefit received is less than half the market value of the benefit it provides.~~

~~2. In the case referred to in section 1, the other party may oppose that the alleged imbalance is justified in the very contractual risk of random contracts for the existence of a gratuitous cause.~~

~~3. In cases of purchase options, the imbalance referred to in section 1 must exist when the option is agreed.~~

Article 621-47. Adaptation of the contract and repair of the damages. (Proposed amendment of sections one and two)

1. In the case referred to in article 621-45, at the request of either party of the damaged party, the court may adapt the content of the contract to the contractual practices in place at the time of its conclusion to re-establish the balance of the benefits, in accordance with the requirements of good faith and honourable agreement. The damaged party must demonstrate that it has attempted to renegotiate the contract in accordance with the requirements of good faith.

~~2. In the case referred to in article 621-46, the rescission of the contract can be avoided by cash payment of the total value of the benefit, together with legal interest, as from the conclusion of the contract.~~

Article 621-48. Actions.

The actions provided in this subsection expire in the term of four years from the conclusion of the contract and cannot be relinquished at that time.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL CAMPOY, J.M., (2003): *La rescisión del contrato por lesión. Enfoque doctrinal y jurisprudencial*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., (1976): “Estudio sintético de la rescisión por lesión en más de la mitad en los derechos catalán y Navarro”, *Revista de Derecho privado*, tomo LX.
- ALBALADEJO, M., (2002): *Derecho civil I. Introducción y parte general*, vol. II, 15ª ed., Barcelona: Librería Bosch.
- ALEGRET BURGUÉS, Mª E. (2010): “*La rescissió per lesió ultra dimidium en la jurisprudència del Tribunal de Cassació i en la doctrina del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya*, Discurs d’ingrés, Barcelona, (en línea).
- ALFONSO SÁNCHEZ, R., (2017): “La controvertida cuestión reguladora en la economía colaborativa” en ALFONSO SÁNCHEZ, R., VALERO TORRIJOS, J., (Dir.) (2017): *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, Cizur Menor: Aranzadi.
- ALLEAUME, C., (2016): “Art. 1195”, en DOUVILLE, T., (Dir.) (2016): *La réforme du Droit des contrats. Commentaire article par article de l’ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Issy-les-Moulineaux: Gualino.
- ALPA, G., CHICODI, G., (2007): *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927). Un modelo di armonizzazione nell’epoca della ricodificazione*, Milano: Guiffrè editore.
- ANDREU RAMI, X., (1974): “Fundamento de la rescisión por lesión en las compilaciones del Derecho civil de Navarra y Cataluña”, *Revista Jurídica de Cataluña*.
- ANTICH, X., (2016): *La voluntat de comprendre. Filosofia en minúscula*, Barcelona: Arcàdia.
- ARECHEDERRA ARANZADI, L.I. (1978): *La equivalencia de las prestaciones en el derecho contractual*, Madrid: Editorial Montecorvo, S.A.
- ARISTOTELIS (1995): *Ethica Nicomachea*, Volumen II, Trad. Josep Batalla, Barcelona: Fundació Bernat Metge.
- ARNAU I RAVENTÓS, L., (2005): “Les pressumpcions de donació del deutor concursat al seu cònjuge. A propòsit de l’article 78.1 de la Llei 22/2003, de 9 de juliol, concursal”, *Revista Catalana de Dret Privat*, Vol. 5.

- ARNAU RAVENTÓS, L., (2017): “Pactes assolits després de la ruptura però abans del cessament efectiu de la convivència. La facultat de penediment. Comentari de la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 23 de febrer de 2016 (RJ\2016\3640), *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 17.
- ARNAU RAVENTÓS, L., (2016): “Donació inoficiosa sense pèrdua de la titularitat: la facultat del donatari de conservar el bé. Comentari de la resolució de la Direcció General de Dret i d’Entitats Jurídiques de 14 de juliol de 2015”, *Revista Catalana de Dret Privat*, Vol. 16.
- ARNAU RAVENTÓS, L., (2015): “Formación de la voluntad: riesgos de captación, y “decisión con conocimiento de causa””, en PEREÑA VICENTE, M., DELGADO MARTÍN, P., (2015): *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- ARROYO i AMAYUELAS, E., BONDIA GARCÍA, D., (2004): “¿Interpretación de testamento contraria a los derechos humanos? El caso Pla&Puncernau vs. Andorra (STEDH, 13 de julio de 2004), *Derecho Privado y Constitución*, núm. 18.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2016): *Propuesta de Código civil. Libros quinto y sexto*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ATIYAH, PS., (1990): *Essays on contracts, Essay 2*, Oxford: Clarendon Press.
- BADOSA COLL, F., (2014-2016): “L’avantatge injust. El contractant feble i la seva protecció”, en *Anals de l’Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, nº6, 2014-2016.
- BADOSA COLL, F., (2012): “El enriquecimiento injustificado. La formación de su concepto”, en BOSCH CAPDEVILA, E., (Dir.) (2012): *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, Barcelona: Bosch.
- BADOSA COLL, F., (2012): “Les altres fonts d’obligacions al llibre sisè, en especial, l’enriquiment injustificat” en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (Ed.) (2012): *Contractes, responsabilitat extracontractual i altres fonts d’obligacions al Codi civil de Catalunya*, Girona: Documenta universitària.
- BADOSA COLL, F., (2010): “Comentari a la STC 31/2010, de 28 de juny” en *Revista catalana de Dret Públic*.
- BADOSA COLL, F., (1990): *Dret d’obligacions*, Barcelona: Barcanova.
- BADOSA COLL, F., (1987): *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia: Real Colegio de España.
- BADOSA COLL, F., (1968): “Rescisión por lesión. Carácter de la acción de rescisión por lesión en la compilación catalana. Ejercicio de la acción de rescisión por uno

- de los coherederos del enajenante”, *Revista Jurídica de Cataluña*, Enero-Marzo, núm.1.
- BARNHIZER, D.D., (2005), “Inequality of bargaining power”, *University of Colorado Law Review*.
 - BARRAL- VIÑAS, I., (2010): “Freedom of contract, unequal bargaining power and consumer law on unconscionability” en KENNY, M., DEVENNEY, J., FOX O’MAHONY, L. (2010): *Unconscionability in European private Financial Transactions. Protecting the vulnerable*, Cambridge: Cambridge University Press.
 - BARRAL VIÑAS, I., (2004): “Base del negoci i motiu causalitzats: la configuració de la donació per raó de matrimoni”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 103, nº2.
 - BARRÓN ARNICHES, P. (2009): “Art. 451-26” en EGEA I FERNÁNDEZ, J., FERRER I RIBA, J., (Dir.): *Comentari Al Llibre Quart Del Codi Civil De Catalunya, Relatiu A Les Successions*, Barcelona: Atelier.
 - BASOZABAL ARRUE, X., (2012): “Los deberes precontractuales de información después del DCFR, la Directiva 2011/83 y la Propuesta CESL”, en LAPUENTE CÁMARA, S., (Dir.) (2012): *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Cizur Menor: Civitas.
 - BAUMAN, Z., (2005): *Vida líquida*, Barcelona: Paidós.
 - BEALE, H. (2016): “The story of EU contract law- from 2011 to 2014”, en TWIGG-FLESNER, C., (2016): *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Chaltenham- Northampton: Edward Elgar Publishing.
 - BEALE, H., (1999) (Ed.): *Chitty on contracts*, London: Sweet & Maxwell.
 - BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R., (2015): “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 97, enero-abril 2015.
 - BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (2015): *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, mayo-agosto 2015, pp. 176-206, y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Cláusula rebus sic stantibus. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 333/2014, de 30 junio de 2014 (RJ 2014, 3526)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 97, Enero-Abril 2015.
 - BIGWOOD, R., (2005): “Contracts by Unfair Advantage: From Exploitation to Transactional Neglect”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 25, Issue 1, March 2005.

- BIGWOOD, R., (1996): "Undue Influence: "Impaired Consent" or "Wicked Exploitation", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 16, nº3.
- BONELL, M.J., (1994): "Policing the international commercial contract againsts unfairness under the Unidroit principles", *Tulane Journal of International Comparative Law*, vol. 3.
- BONELL, M.J., (2005): *An International Restatement of Contract Law, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 3ª Ed., Irvington-New York: Transnational Juris Publications, Inc.
- BONET NAVARRO, A., (2016): "Eficacia ordenadora del principio de autonomía privada y de sus límites en el sistema procesal civil" en PARRA LUCÁN, Mª. (Dir.): *La autonomía privada en el Derecho civil*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- BORRELL Y SOLER, A.M., (1923): *Dret civil vigent a Catalunya*, Barcelona: Impremta de la Casa de Caritat.
- BOSCH CAPDEVILA, E., DEL POZO CARRASCOSA, P, VAQUER ALOY, A (2016): *Teoría general del contrato. Propuesta de regulación*, Madrid: Marcial Pons.
- BOSCH CAPDEVILA, E., (2012): "Libro II. Capítulo 7. Causas de invalidez del contrato", en VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P. (2012): *Derecho europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Tomo I, Atelier libros jurídicos, Barcelona.
- BOSCH CAPDEVILA, E., (2012): "Capítulo 8. La anulación del contrato por explotación injusta en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos", en BOSCH CAPDEVILA, E., (Dir.) (2012): *Nuevas perspectivas del derecho contractual*, Barcelona: Bosch,
- BOSCH CAPDEVILA, E., (2009): "Estado de necesidad y consentimiento contractual. ¿Una reinterpretación de los conceptos de violencia e intimidación como vicios del consentimiento a la luz del Derecho contractual europeo y comparado?", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año 85, nº711.
- BOSCH CAPDEVILA, E., (2005): "Preu just, opció i rescissió per lesió. Comentari a la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 19 de maig de 2003" en *Revista Catalana de Dret Privat* 2005, Vol. II.
- BROCÀ Y MONTAGUT, G., AMELL Y LLOPIS, D.J., (1886): *Instituciones del Derecho Civil Catalán vigente*, 2ª ed., tom. II, Barcelona, Imprenta Barcelonesa.
- BUSCH *et al.* (2016): "The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for the EU Consumer Law", *EuCML* 1/2016.

- CÁMARA LAPUENTE, S., (Dir.) (2011): *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Madrid: Colex.
- CARO GRANADA, R., (2013): “En la secular búsqueda europea de un paradigma de justicia contractual: el enfoque de justicia relacional”, en SÁNCHEZ LORENZO, S., (2013): *Derecho contractual comparado. Una perspectiva Europea y transnacional*, Pamplona: Civitas Thomson Aranzadi, 2ª Ed.
- CARRASCO PERERA, Á., (2017): *Derecho de contratos*, 2ª edición, Cizur Menor: Aranzadi.
- CARRASCO PERERA, Á. (2015): “Reivindicación y defensa de la vieja doctrina “rebus sic stantibus”. Comentario a la sentencia de 15 de octubre de 2014”, en *Cuadernos civitas de Jurisprudencia civil*, mayo-agosto 2015.
- CARRASCO PERERA, Á., (2012): “Desarrollos futuros del derecho de consumo en España, en el horizonte de la transposición de la Directiva de los Derechos de los Consumidores”, en CÁMARA LAPUENTE, S., (Dir.) (2015): *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de consumidores*, Cizur Menor: Civitas.
- CARTWRIGHT, J., (2013): *Contract Law. An Introduction to the English Law of a Contract for the Civil Lawyer*, 2ª Ed., Oxford: Hart publishing.
- CARTWRIGHT, J., (2011): “Defects of Consent in Contract Law”, en HARTKAMP, A., HESSELINK, M.W., HONDIUS, E., MAK, C., DU PERRON, E., (Eds.) (2011): *Towards a European Civil Code*, Alphen aan de Rijn: kluwer law & business.
- CASTIÑEIRA JÉREZ, J., (2014): “¿Existe (o debe existir) un deber de renegociar los contratos? en ABEL LLUCH, A., (2014): *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*, Barcelona: Bosch.
- CASTIÑEIRA JEREZ, J., (2014): “Hacia una nueva configuración de la doctrina rebus sic stantibus: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014”, *InDret*, octubre 2014.
- CHAMIE, J.F., (2012): “El principio general de *reductio ad aequitatem* por desequilibrio contractual”, *Revista de Derecho privado*, nº22, enero-junio.
- CHANTEPIE, G., (2006): *La lésion*, Paris: L.G.D.G.
- CHARPENTIER, É. M. (2001): *L'équilibre des prestations: une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat*, Ottawa: Université McGill, Institut de Droit Comparé, Tesis doctoral.
- CHAZAL, J-P., (2003) : “Les nouveaux devoirs des contractants: est-on alle trop loin?”, en MAZEAUD, D., JAMIN, C., (2001): *La nouvelle crise du contrat. actes du*

colloque du 14 mai 2001, organisé par le centre René-Demogüe de l'Université de Lille III, Paris : Dalloz.

- CHEREDNYCHENKO, O. O., (2007), *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party. A comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, Utrecht: Sellier European Law Publishers.
- CHEREDNYCHENKO, O. O., (2007): "Fundamental rights and private law: A relationship of subordination or complementarity?" *Utrecht Law Review*, Vol. 3, Issue 2.
- CHONE-GRIMALDI, A.S., MAUGER-VIELPEAU, L., (2016): "Art. 1143", en DOUVILLE, T., (Dir.) (2016): *La réforme du Droit des contrats. Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Issy-les-Moulineaux: Gualino.
- CIACCHI, C., (2010): "Party Autonomy as a Fundamental Right in the European Union" *ERCL* 3/2010.
- CICORIA, C., (2003): "The Protection of the Weak Contractual Party in Italy vs. United States "Doctrine of Unconscionability", *Global Jurist Advances*, Vol. 3, Issue 3.
- COLLINS, H., (2007): "Does Social Justice Require the Preservation of Diversity in the Private Laws of Member States of Europe?" en WILHELMSSON *et al.* (2007) (Eds.): *Private Law and the Many Cultures of Europe* : Aalphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- COLLINS, H., (2006), "Utility and Rights in Common Law Reasoning: Rebalancing Private Law Through Constitutionalization", *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 6/2007.
- COLLINS, H., (2006): "The Alchemy of Deriving General Principles of Contract Law from European Legislation: In Search of the Philosopher's Stone", *ERCL*, Vol. 2, Issue 2.
- COLLINS, H., (2005): "Market Integration, Social Justice, and Autonomous Agreements: Regulating Transactions in Europe" en ROPPO, V., (2005) (Ed.): *A European Civil Code?: Perspectives and Problems*, Milano: Guiffre.
- COLLINS, H., (2003): "La giustizia contrattuale in Europa", *Rivista Critica del Diritto Privato*, Vol.4.
- COLLINS, H., (2003): *The Law of contract*, 4^a ed., London: LexisNexis.
- COLOMBI CIACCHI, A., (2006), "The Constitutionalization of European Contract Law: Judicial Convergence and Social Justice", a *ERCL*, Vol.2, Issue 2.

- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (2009): *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, Madrid: Secretaría General Técnica, p. 63
- COPPINI, L., (2015): “Il ruolo della buona fede nella giustizia contrattuale”, *Gentes*, anno II número 2- 2015.
- CORBELLA, A., (1906): *Manual de Derecho catalán*, Reus: Imp. De Viuda de Vidiella y Pablo Casas.
- COSSÍO, A., (2005): *El dolo en el derecho civil*, Granada: comares editorial.
- CRÉPEAU, P. A., CHARPENTIER, É. M., (1998): *The UNIDROIT Principles and the Civil Code of Québec: Shared Values?*, Scarborough: Carswell.
- D'ANGELO, A., (2004): “La buona fede”, en BESSONE, M., (Dir.) *Il contratto in generale*, Tomo IV, Volumen XIII, Torino: G.Giappichelli Editore.
- DABIN, J. (1929): *La Teoría de la Causa, artículos 1131 a 1135 del Código civil francés y art. 1275 del Código español*, Madrid: Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Serie B, Vol. X.
- DAGAN, H., HELLER, M., (2017): *The Choice Theory of Contracts*, Cambridge: Cambridge University Press.
- DAIGRE, J.J., GOETZ-CHARLIER, G., (2016) : *Code comparé et annoté de la réforme du droit des contrats. Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016*, Legiteam.
- DAWSON, J.P. (1976): “Unconscionable coercion. The German version”, *Harvard Law Review*, vol. 89, nº6.
- DAINWOW, J., (1956): “Civil Code Revision in the Netherlands: The Fifty Questions” *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 5, nº4.
- DE CASTRO VÍTORES, G., (2009): “Cláusula penal, contratante débil y principio de buena fe: Acervo contractual europeo y derecho español”, en BOSCH CAPDEVILA, E., (Dir.) (2009): *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*. Barcelona: Bosch.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., (1985): *El Negocio Jurídico*, Madrid: Civitas.
- DE ELIZALDE DE IBARBIA, F., (2015): *El Contenido del contrato*, Pamplona: Aranzadi”.
- DE LA CUESTA SANZ, J. M^a (2016): “La modificación del contrato por alteración de las circunstancias”, en MUÑIZ ESPADA, E., (Coord.) (2016): *Derecho de obligaciones y contratos. En homenaje al profesor Ignacio Serrano García*, Madrid: Wolters Kluwer La Ley.

- DEL POZO CARRASCOSA, P., (2009): “Art. 464-13” en EGEA I FERNÁNDEZ, J., FERRER I RIBA, J., (Dir.): *Comentari Al Llibre Quart Del Codi Civil De Catalunya, Relatiu A Les Successions*, Barcelona: Atelier.
- DEL POZO CARRASCOSA, P., BOSCH CAPDEVILA, E., VAQUER ALOY, A., (2017): *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, 3ª edición, Madrid: Marcial Pons.
- DEL POZO CARRASCOSA, P., BOSCH CAPDEVILA, E., VAQUER ALOY, A., (2012): *Derechos reales*, 4ª Ed., Madrid: Marcial Pons.
- DELL’AQUILA, E., (2001): *El contrato en el derecho inglés (aspectos de derecho comparado)*, Barcelona: PPU.
- DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA. OBSERVATORI DE DRET PRIVAT DE CATALUNYA (SECCIÓ DE DRET PATRIMONIAL) (2004): *Treballs preparatoris del Llibre Sisè del codi civil de Catalunya*. “Les obligacions i els contractes”, Barcelona: Departament de Justícia.
- DEUTCH, S. (1977): *Unfair contracts*, Lexington, Massachusetts, Toronto: Lexington Books, pp. 42 y sig.
- DÍAZ ALABART, S., ÁLVAREZ MORENO, M.T., (2016): “Contratación con condiciones generales y cláusulas abusivas”, en DÍAZ ALABART, S., (Coord.) (2016): *Manual de Derecho de Consumo*, Madrid: Reus Editorial.
- DíEZ- PICAZO PONCE DE LEÓN, L., (2012): *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Vol. I., Introducción al contrato*, Madrid: Thomson Civitas.
- DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., (2009): “Notas sobre la indemnización del daño causado por el dolo incidental”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 62, nº3.
- DíEZ PICAZO, L, ROCA TRÍAS, E, MORALES, A.M., (2002): *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid: Civitas.
- DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., (1993): *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Madrid: Civitas.
- DíEZ- PICAZO PONCE DE LEÓN, L., (1963): “El concepto de causa en el negocio jurídico”, *Anuario de Derecho civil*, nº1.
- DO CAMPO HENRÍQUEZ, M., *et al.*, (2015): “El principio procesal *iura novit curia* en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista Llengua i Dret*, núm. 64, 2015.
- DOMURATH, I., (2013): “The Case for Vulnerability as the Normative Standard in European Consumer Credit and Mortgage Law- An Inquiry into the Paradigms of Consumer Law-“, *Journal of European Consumer and Market Law* 3.

- DROBNIG, U., (1997), "Protection of the weaker party", en BONELL, M. J., BONELLI, F., *Contratti commerciali internazionali e principi UNIDROIT*, Milano: Guiffrè Editore.
- DROBNIG, U., (1992): "Substantive validity", 40 *American Journal Of Comparative Law*.
- DU PLESSIS, J., (2009): "Art. 3.10" en VOGENAUER, S., KLINHEISTERKAMP, J., (2009): *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford: Oxford University Press.
- DUIVENVOORDE, B.B. (2014): *The consumer benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*, Tesis doctoral, Universidad de Ámsterdam.
- DURAND-PASQUIER, G., (2002): "Précisions sur la notion de violence économique (Commentaire de la décision de la Première chambre civile de la Cour de cassation, du 3 avril 2002)", *Revue Juridique de l'ouest*, 2002-4.
- EDOARDO NAPOLI, G., (2004): "Usura reale e rescissione per lesione", *Rivista Di Diritto Civile*, Parte prima.
- EGEA FERNÁNDEZ, J., (2011): *Bona fe i honradesa en els tractes en el Dret Civil de Catalunya*, Discurs d'ingrés, Barcelona: Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.
- EICHENHOFER, E., (1997): "L'utilizzazione del diritto privato per scopi di politica sociale", *Rivista di Diritto Civile*, nº2, marzo-aprile.
- EIDENMÜLLER, H., FAUST, F., GRIGOLEIT, H.C., JANSEN, N., WAGNER, G., ZIMMERMANN, R., (2012): "Hacia una revisión del acquis de consumo", en LAPUENTE CÁMARA, S., (Dir.) (2012): *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Cizur Menor: Civitas.
- EIDENMÜLLER, H., FAUST, F., GRIGOLEIT, C., JANSEN, N., WAGNER, G., ZIMMERMANN, R. (2011): "Towards a revisión of the consumer acquis", *Common Law Market Review*.
- EISENBERG, M.A. (2009): "The Role of Fault in Contract Law: Unconscionability, Unexpected Circumstances, Interpretation, Mistake, Nonperformance", *Michigan Law Review*, Vol. 107.
- EISENBERG, M.A. (1982): "The Bargain Principle and its limits", *Harvard Law Review*, vol. 95, nº4.
- EISENMÜLLER, H., (2015): "Justifying Fair Price Rules in Contract Law" *European Review of Contract Law*, Vol. 11 (3).
- ELIAS, J.A., FERRATER, D.E. (1863): *Manual de Derecho Civil vigente en Cataluña*, 2ª edición, Barcelona, Librería de José Ginesta.

- ELIZALDE IBARBIA, F., (2015): *El contenido del contrato*, Pamplona: Aranzadi.
- ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO (Dir: Francesco Santoro-Passarelli): *Rescissione* (voce), XXXIX, Varese: Guiffre editore, 1988.
- ENGEL, P. (1973): *Traité des obligations en droit suisse*, Neuchâtel: Éditions ides et calendes.
- ENNECCERUS, KIPP, WOLF., (1981): *Tratado de Derecho civil*, tomo Primero, volumen II, Parte General, II Parte, Barcelona: Bosch editorial.
- FABRE-MAGNAN, M., (2017): "What is a Modern Law of Contracts? Elements for a New Manifesto for Social Justice in European Contract Law", *European Review of Contract Law*, Vol. 13(4).
- FAIRGRIEVE, D., (2016): *Comparative Law in Practice: Contract Law in a Mid-Channel Jurisdiction*, Oxford and Portland: Hart.
- FAUVARQUE-COSSON, B., (2017): "The French Contract Law Reform and the Political Process", *European Review of Contract Law*, Vol. 13(4).
- FAUVARQUE-COSSON, B., MAZEAUD, D., (2008) (Coords): *Projet de Cadre Commun de Référence. Principes Contractuels Communs. Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique-Française Société de Législation Comparée*, Paris : Société de Législation Comparée.
- FAUVARQUE-COSSON, B., MAZEAUD, D., (Eds) (2008), *Terminologie contractuelle commune, Project de cadre commun de référence*, Paris: Société de Législation Comparée.
- FERRI, G.B., (2002). "L'invisible presenza della causa del contratto", *Europea e Diritto Privato*, Vol. I.
- FOUILLEE (1880): *La science sociale contemporaine*, Paris: Hachette.
- FULLER, L.L., EISENBERG, M.A. (1996): *Basic contract law*, 6^a ed., St. Paul, Minn.: West Publishing, Co.
- GALLO, P., (1998): "Changed Conditions and Problems of Price Adjustment. An historical and Comparative Analysis", *European Review of Private Law* 3.
- GALLO, P., (1998): "Revisione del contratto" (Voce), *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Torino: UTET.
- GANDOLFI, G., (Coord.) (2002): *Code Européen des Contracts, Avant-projet*, Livre Premier, Milano: Guiffre editore.
- GARCÍA ALGUACIL, M.J., (2015): "Intervención judicial activa e incidencia del principio *iura novit curia* en la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas: quiebras en la doctrina del TJUE", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11-2015.

- GARCÍA GOYENA, F.D., (1974): *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza: Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza,
- GARCÍA RUBIO, M.P. (2017): “Codificar el Derecho de consumo en los tiempos de la modernidad líquida”, en GRAMUNT FOMBUENA, M., FLORENSA I TOMÀS, C.E., (Dir.) (2017): *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Madrid: Dykinson.
- GARCÍA RUBIO, M.P., (2015): “La información precontractual: buenas intenciones, cuestionables remedios” en LLÁCER MATAACÁS, M^a.R., (Coord.) (2015): *La codificación del Derecho contractual de Consumo en el Derecho civil catalán*, Madrid: Dykinson.
- GARCÍA RUBIO, M^a P. (2010): “La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos”, *ADC*, tomo LXIII, fasc. IV.
- GARCÍA RUBIO, M^a, P., OTERO CRESPO, M., (2010): “La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo”, *InDret*, abril 2010.
- GARCÍA RUBIO, M.P., (2002): “La eficacia inter privados (Drittwirkung) de los derechos fundamentales”, *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, Vol. I, Colegio Notarial de La Coruña.
- GARCÍA VALLÉS, R., (1962): *Rescisión por “laesio ultradimidium”*, Barcelona: Bosch Casa Editorial.
- GARCÍA VICENTE, J.R. (2013): “Comentarios al art. 1266” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Dir.) (2013): *Comentarios al Código civil. Tomo VII*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA VICENTE, J.R., (2013): “Art. 1255” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Dir.) (2013): *Comentarios al Código civil*, Tomo VI, Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA VICENTE, J.R., (2013): “Capítulo V. De la rescisión de los contratos” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *Comentarios al Código civil*, Tomo VII, Valencia: Tirant lo Blanch
- GASPAS LLERA, S., (2014): “Formación de la voluntad contractual, vicios del consentimiento y remedios”, en PARRA LUCÁN, M.Á.: *Negociación y perfección de los contratos*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M^a.C., (2008): *Estudios sobre el contrato*, Barcelona: Atelier civil.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C., (1979): *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona: Bosch.

- GHESTIN, J (1988): *Traité de droit civil, Les obligations. Le contrat: formation*, 2ª edición, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- GILCHRIST J., (1969): *The Church and Economic Activity in the Middle Ages*, London. Melbourne. Toronto: Macmillan,
- GILMORE, G., (1974): *The Death of contract*, Columbus: Ohio State University, Press.
- GINÉS CASTELLET, N., (2016): “La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual”, *InDret*, Octubre 2016.
- GINÉS CASTELLET, N., (2011): “Enriquecimiento injusto y contrato: ¿La equivalencia de las prestaciones como exigencia de un principio de justicia contractual? Una mirada a la rescisión por lesión en Cataluña”, *Diario La Ley*, Nº 7542, Sección Tribunal, 7 Ene 2011.
- GLESNER-TWIGG. C. (2008): *The Europeanisation of Contract Law*, Abingdon: Routledge-Cavendish.
- GOLECKI, M., (2009): “Bargaining within the shadow of fairness: economic analysis of article 4:109 of the Principles of European Contract Law”, *The International Journal of Economic Policy Studies*, Vol. 4, Article 9.
- GÓMEZ BUENDIA, C., RICART MARTÍ, E., (2017): *Rescissió per lesió i avantatge injust: Estudi de la continuïtat de l'encaix de la tradició jurídica catalana i el dret privat europeu*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.
- GÓMEZ BUENDÍA, C., (2016): “*Laesio enormis* y *unfair advantage*: perspectiva histórica y comparada”, *Revista General de Derecho Romano* 26.
- GÓMEZ PUMAR, F., (2018): “Entran en vigor la compraventa y el mandato en el Código civil de Cataluña”, *InDret* 1/2018, Editorial.
- GÓMEZ POMAR, F., (2014): “Art. 231-11”, en EGEA I FERNÁNDEZ, J., FERRER I RIBA, J., (Dir.) (2014): *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya*, Barcelona: Atelier llibres jurídics.
- GÓMEZ POMAR, F., (2009): “Article 412-5”, en EGEA FERNÁNDEZ, J., FERRER I RIBA, J., (Dir.) (2009): *Comentari al Llibre Quart del Codi civil de Catalunya*, Vol. I, Barcelona: Atelier llibres jurídics.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (2015): “Alteración sobrevenida de las circunstancias en los contratos sinalagmáticos: de la *rebus sic stantibus* a la alteración extraordinaria de circunstancias”, en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., GARCÍA PÉREZ, C.L. (Coords.) (2015): *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2014): “Alteración sobrevenida de circunstancias en los contratos sinalagmáticos: de la *rebus sic stantibus* a la alteración sobrevenida de las circunstancias” en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., GARCÍA PÉREZ, C.L. (2014): *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (2009): “Los principios Lando” en BOSCH CAPDEVILA, E., (2009): *Derecho contractual europeo: problemáticas, propuestas y perspectivas*, Barcelona: Bosch.
- GORDLEY, J., (2015): “The Just Price: The Aristotelian Tradition and John Rawls”, *European Review of Contract Law*, 11(3).
- GORDLEY, J., (2011): *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford: Clarendon Law Series.
- GORDLEY, J., (2007): “Morality and Contract: The Question of Paternalism”, *William and Mary Law Review*, Vol. 48.
- GORDLEY, J., (1981): “Equality in Exchange”, *California Law Review*, Volum 69, Issue 6.
- GRAMUNT FOMBUENA, M., (2017): “La protección del contratante en contextos asimétricos”, en GRAMUNT FOMBUENA, M., FLORENSA I TOMÀS, C., (Dir.): *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Madrid: Dykinson.
- GRAMUNT FOMBUENA, M., (2015): “La contractació amb consumidors en el Llibre Sisè” en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT. UNIVERSITAT DE GIRONA (Coord.): *El Llibre Sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del Projecte de Llei*, Girona: Documenta universitaria.
- GRIDEL, J.P., (2002): “Le consentement n’est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérent au statut salarial”, *Le Dalloz*.
- GRIDEL, J.-P., CHAZAL, J.-P. (2002): “Violence moral et dépendance économique”, *RTDciv.*, julio-septiembre de 2002.
- GROCIO, H., (1925): *Del derecho de la guerra y de la paz*, Madrid: Reus, Tomo II.
- GRUNDMANN, S., HACKER, P. (2017): “Digital technology as a challenge to European contract law. From the existing to the future architecture”, *ERCL* 13(3).
- GRUNDMAN, S., (2005): “European Contract Law(s) of What Colour?” *ERCL*, Issue 2/2005.
- GUILLOD, O., STEFFEN, G., (2012): “Art. 21” en THÉVENOZ, L., WERRO, F., (2012): *Code des obligations I*, 2ª ed., Bâle: Helbing Lichtenhahn.

- GUTMAN, K. (2014): *The Constitutional Foundations of European Contract Law. A Comparative Analysis*, Oxford: Oxford University Press.
- HARTKAMP, A., (2011): "Principles of Contract Law" en HARTKAMP, A., HESSELINK, M.W., HONDIUS, E., MAK, C., DU PERRON, E. (Coords.) (2011): *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn: Kluwer law international.
- HERNÁNDEZ DÍAZ – AMBRONA, M^a D. (2017): "El hipotecante no deudor y el consumidor en materia de energía eléctrica como consumidores vulnerables" en *Revista del Ministerio Fiscal*, n^o4, 2017.
- HERRERO OVIEDO, M., (2012): "El testamento, la filiación adoptiva y la aplicación *inter privatos* de los Derechos fundamentales, *InDret*, Abril 2012.
- HESSELINK, M.W., (2016): "Private Law, Regulation and Justice", *European Law Journal*, Vol. 22, n^o5.
- HESSELINK, M.W., (2016): "Unjust Conduct in the Internal Market. On the Role of European Private Law in the Division of Moral Responsibility between EU, its Members States and Their Citizens", *Yearbook of European Law*, Vol. 35, n^o1.
- HESSELINK, M.W (2016): "Contract theory and EU contract law", en TWIGG-FLESNER, C., (2016): *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited.
- HESSELINK, M.W., (2015): "Could a fair price rule (or its absence) be unjust?" *European Review of Contract Law*, Vol. 11 (3).
- HESSELINK, M.W., (2015): "Democratic contract law" *ERCL* 11(2).
- HESSELINK, M.W., (2014): "Post-private Law?" en PURNHAGEN, K., ROTT, P., (Eds): *Varieties of European Economic Law and Regulation, Studies in European Economic Law and Regulation*, London: Springer International publishing.
- HESSELINK, M. W., (2013): "Unconscionability, unfair exploitation and the nature of contract theory. Comments on Melvin Eisenberg's "Foundational Principles of Contract Law", *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper n^o 2013/07, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper n^o2013-03*
- HESSELINK, M.W (2011): "Five political ideas of European Contract Law", *ERCL* 2/2011.
- HESSELINK, M.W., (2011): "Unfair Terms in Contracts Between Businesses", en SCHULZE, R., STUYCK, J., (Eds.) (2011): *Towards a European Contract Law*, Munich: european law publishers,.

- HESSELINK, M.W: (2011): "The Concept of Good Faith" en HARTKAMP, A, HESSELINK, M.J, HONDIUS, E, MAK, C, DU PERRON, E, *Towards a European Civil Code*, Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law international.
- HESSELINK, M.W (2011): "Five political ideas of European Contract Law", *ERCL 2/2011*.
- HESSELINK, M.W, MAK, C., RUTGERS, J.W. (2009) "Constitutional aspects of European Private Law. Freedoms, Rights and Social Justice in the Draft Common Frame of Reference", *Centre for the Study of European Contract Law Working Papers 2009/05*.
- HESSELINK, M.W., (2008): *CFR&Social Justice*, Munich: Sellier European Law Publishers.
- HESSELINK, M.W., (2007): "SME in European Contract Law", en BOELE-WOELKI, K., GROSHEIDE, F.W. (Eds.): *The Future of European Contract Law. Liber Amicorum E.H. Hondius*, Alphen aan den Rijn: Kluwer law international.
- HESSELINK, M.W. (2005): "Non Mandatory Rules in European Contract Law", *ERCL*, Vol. 1.
- HESSELINK, M.W (2004): "The Politics of a European Civil Code", *European Law Journal*, Vol. 10, n°6.
- HESSELINK, M.W (2003), "The horizontal effect of social rights in European Contract Law", *Europa e Diritto Privato*, Vol. I, p. 3.
- HESSELINK, M.W., DE VRIES, G.J.P. (2001): *Principles of European Contract Law, Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer.
- HILL, C.,A., "Anti-anti-anti paternalism", *NYU Journal of Law&Liberty*, 2, 2007.
- HINESTROSA, F., (2006): *Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción. Ante-Proyecto de Reforma del Código civil francés, Libros III, títulos III y XX*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- HONDIUS, E., GRIGOLEIT, H.C., (Eds.) (2011): *Unexpected circumstances in European Contract Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- HONDIUS, E., (2008): "Pro-active Comparative Law: The Case of Nordic Law", *50 Scandinavian Studies in Law*.
- HONDIUS, E., (2007): "The Two Faces of the Catala Project- Towards a New General Part of the French Law of Obligations", *European Review of Private Law* 6.
- HONDIUS, E., (2004): "The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis" *Journal of Consumer Policy* 27.

- HONDIUS, E., (1999): "Finding the law in a new millenium. Prospects for the development of civil law in the European Union" en *D'ici, d'ailleurs: harmonisation et dynamique du droit. Mélanges en l'honneur de Denis Tallon*, Paris: Soc. de Lég. Comparée.
- INFANTE RUIZ, F.J. (2008): "Entre lo político y lo académico: un Common Frame of Reference de derecho privado europeo", *InDret*, Abril 2008.
- INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (2010): *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, Madrid. La Ley.
- INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW: "Working group for the Preparation of Principles for International Commercial Contracts". Principles for International Commercial Contracts, UNIDROIT 1993, Study L-Doc.40 Rev.11.
- INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. Working Group for the preparation of principles for International Commercial Contracts. Rome: June 1989, P.c.- Misc. 13.
- INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW: "Working Group for the Preparation of Principles for International Commercial Contracts", Summary of Records of the Meeting held in Rome, from 16 to 20 January 1989, prepared by the Secretariat of Unidroit, UNIDROIT 1989, P.C.
- INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW: "Progressive Codification of International Trade Law, Uniform Rules on International Contracts in General", Chapter 3: The substantive validity of international contracts (Section 1: Mistake, Fraud, Threat and Gross Disparity), Text and Explanatory Report prepared by Professor U. Drobnig, Hamburg, and Professor O. Lando, Copenhagen, as amended following the discussions at the meeting of the UNIDROIT- Study Group, held in Rome, 5-10 April 1982, UNIDROIT 1983, Study L-Doc. 26.
- INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW: Study Group on the Progressive Codification of International Trade Law, Second Session, Rome 5 to 10 April 1982, Observations on the Draft Rules on the Substantive Validity of International Contracts (UNIDROIT 1982, Study L, Doc. 20 and 21).
- INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW: Progressive codification of international trade law. Chapter 3: The substantive validity of international contracts (Section 1: Mistake, Fraud, Threat and Gross Disparity). Text and Explanatory Report prepared by prof. U.Drobnig, Hamburg, and Prof.

- O.Lando, Copenhagen, as amended following the discussions at the meeting of the UNIDROIT-Study Group, held in Rome, 5-10 April 1982), Rome: March 1983.
- INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW: “Study Group on the Progressive Codification of International Trade Law, Report on the 2nd Session of the Study Group held in Rome from 5 to April 1982” (prepared by the Secretariat of UNIDROIT), Rome: June 1982, UNIDROIT 1982, Study L-Doc. 22.
 - INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW: “Informal Working Group on the Progressive Codification of International Trade Law. Report on the Second Meeting held in Hamburg from 23 to 25 February 1981”. Prepared by the Secretariat of UNIDROIT: Rome, March 1981. UNIDROIT 1981, P.C.- Misc.3.
 - INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW: “Proposed Rules on the (Substantive) Validity of International Contracts (excluding illegality) and Explanatory Report (prepared by Prof. U.Drobnig. Director of the Max-Planck-Institute für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, and Prof. O. Lando, Director of the Institute of European Market Law, Copenhagen School of Economic and Business Administration, UNIDROIT, 1980, Study L-Doc.17.
 - ISTITUTO DELLA ENCICLOPEDIA ITALIANA: *Rescissione* (voce), Enciclopedia giuridica 1991, Roma: Istituto poligrafico e zecca dello stato.
 - JAMIN, C., (2005), *Le solidarisme contractuel: un regard Franco-Québécois*, 9^e Conférence Albert Mayrand, Montréal : Les éditions thémis.
 - JEREZ DELGADO, C., (Coord.) (2015): *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, Madrid: Boletín Oficial del Estado.
 - JOZÓN, M. (2017): “Unfair contract terms law in Europe in times of crisis: Substantive justice lost in the paradise of proceduralisation of contract fairness”, *EuCML* Issue 4/2017.
 - KARAMPATZOS, A., (2005): “Supervening Hardship as Subdivision of the General Frustration Rule: A Comparative Analysis with Reference to Anglo-American, German, French and Greek Law”, *European Review of Private Law* 2-2005.
 - KENNEDY, D., (2001): “The Political Stakes in “Merely Technical” Issues of Contract Law”, *European Review of Private Law*, 1.
 - KENNEDY, D., (1982): “Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power”, *Maryland Law Review*, Vol. 41, Issue 4.

- KENNY, M., DEVENNEY, J., FOX O'MAHONY, L. (2010): *Unconscionability in European private Financial Transactions. Protecting the vulnerable*, Cambridge: Cambridge University Press.
- KLIJNSMA, J.G., (2014): *Contract law as fairness: a Rawlsian perspective on the position of SMEs in European contract law*, Tesis doctoral, UvA.
- KORDANA, A., TABACHNICK, D., (2005): "Rawls and Private Law", *George Washington Law Review*, Vol. 73, pp. 598-632; KRONMAN, A.T (1980): "Contract law and Distributive Justice" *89 Yale Law School Journal*.
- KORNET, N., (2011): "Evolving general principles of International Commercial Contracts. The UNIDROIT Principles and Favor Contractus", *Maastricht European Private Law Institute, Working Paper n°2011/07*.
- KOROBKIN, R., (2003): "Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability", *The University of Chicago Law Review*, 70.
- KRAMER, E. A (1999): "Contractual Validity According to the UNIDROIT Principles", *European Journal of Law Reform*, Vol. I, n°3.
- KRAMER, A., (1997): "Fair dealing" et vices du consentement" en BONELL, M.J., BONELLI, F., (1997): *Contratti commerciali internazionali e principi Unidroit*, Milano: Guiffrè editore.
- KUKATHAS, C., PETTIT, P., (2004): *La teoría de la justicia de John Rawls y sus críticos*, Madrid: Ed. Tecnos.
- KYMLICKA, W., (2002): *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, 2a edición, Oxford: Oxford University Press.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., (1987): *Derecho de obligaciones. Volumen Segundo. Teoría general del contrato*, Barcelona: Bosch editor.
- LANDO, O., BEALE, H., (2008): *Principios de Derecho contractual europeo, Partes I y II*. (Los trabajos de la Comisión de Derecho contractual europeo. Edición: Ole Lando y Hugh Beale, Ed. Española a cargo de: Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo, Fernando Martínez Sanz, Madrid: Colegios Notariales de España.
- LANDO, O., (2007): "The structure and the Legal Values of the Common Frame of Reference (CFR)", *ERCL 2/2007*.
- LANDO, O., (2006): "Liberal, social and "ethical" justice in European Contract Law", *Common Market Law Review*, 43.
- LANDO, O., (2005): "The European Principles in an Integrated World", *European Review of Contract Law*, Issue I.

- LANDO, O., CLIVE, E., PRÜM, A., ZIMMERMANN, R., (Eds.) (2003): *Principles of European Contract Law, Part III*, The Hague: Kluwer.
- LANDO, O., BEALE, H., (Eds.) (2000): *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, The Hague: Kluwer.
- LANDO, O., BEALE, H., (1995): *Principles of European Contract Law. Part I: Performance, Non-performance and Remedies*, Dordrecht, Boston, Londres: Martinus Nijhoff.
- LARENZ, K., (1985): *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica. Traducción y presentación de Luis Díez-Picazo*, Madrid: Civitas.
- LASO GAITE, J.F. (1979): *Crónica de la codificación española*, vol. II, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid,
- LEFEBVRE, B., (2003): “Le Contrat d’Adhésion”, *La Revue du Notariat*, vol. 105, septembre 2003, p. 462. También PINEAU, J., BURMAN, D., GAUDET, S., (2001): *Théorie des Obligations*, 4ª edición, Montréal: Les Éditions Thémis.
- LEFF, A.A., (1967): “Unconscionability and the Code: The Emperor’s New Clause”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 115, nº4.
- LEWASZKIEWICKZ-PETRYKOWSKA, B., (2009): “La lésion: acte illicite ou vice du consentement?”, en Vv.AA., (2009): *De code en code. Mélanges en l’honneur du doyen Goerges Wiederkehr*, Paris: Dalloz.
- LLACER MATAÇAS, M. R. (2015): “El Llibre Sisè i la proposta de nou “Código mercantil” en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT. UNIVERSITAT DE GIRONA (Coord.): *El Llibre Sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del Projecte de Llei*, Girona: Documenta universitaria.
- LLÁCER MATAÇÁS, M. R., (2015): “La codificación del Derecho contractual de consumo como especialidad civil”, en LLÁCER MATAÇÁS, M.R., (2015) (Coord.): *La codificación del Derecho contractual de Consumo en el Derecho civil catalán*, Madrid: Dykinson.
- LLÁCER MATAÇÁS, M.R., (2006): “Obligaciones vinculadas a la formación del contrato y codificación del derecho de consumo: información y documentación”, en LLAMAS POMBO, E., (Coord). (2006): *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Vol. II, Madrid: La Ley
- LLÁCER MATAÇÁS, M.R. (1992): *El saneamiento por vicios ocultos en el Código civil: su naturaleza jurídica*, Barcelona: Jose Maria Bosch Editor.
- LLOVERAS, M.R., (2010): “La competència en Dret civil en la STC sobre l’Estatut” en *InDret 4/2010*.

- LLUELLES, D., (1998): *Droit Québécois des Obligations. Vol. I*, Montreal: Éd. Thémis.
- LOOKOFSKY, J., (1999): "Denmark" en BONELL, M.J., *A New Approach to International Commercial Contracts. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Kluwer Law International: London.
- LOPEZ JACOISTE, J.J. (1975): "Sobre la aporía de la equivalencia contractual", en VVAA (1975): *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, Vol. II, Madrid: Tecnos.
- LUNA SERRANO, A., (2010): "Hacia el abandono de la mención de la causa en la confirmación definitiva del contrato", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 2, nº2.
- LURGER, B. (2011): "Old and New Insights for the Protection of Consumers in European Private Law in the Wake of the Global Economic Crisis", en BROWNSWORD, R., MICKLITZ, H-W., NIGLIA, L., WEATHERILL, S., (2011): *The Foundations of European Private Law*, Oxford: Hart Publishing.
- LURGER, B., (2011): "Protection of Consumers in European Private Law" en BROWNSWORD, R., MICKLITZ, H-W., NIGLIA, L., WEATHERILL, S., (2011): *The Foundations of European Private Law*, Oxford: Hart Publishing Ltd.
- LURGER, B., (2011): "The Social Side of Contract Law and the New Principle of Regard and Fairness", en HARTKAMP, A, HESSELINK, M.J, HONDIUS, E, MAK, C, DU PERRON , E, *Towards a European Civil Code*, Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law international.
- LURGER, B (2005): "The Future of European Contract Law between Freedom of Contract, Social Justice and Market Rationality, *ERCL 4/2005*.
- LYN K L TJON SOEI LEN., (2017) *Minimum contract justice: a capabilities perspective on sweatshops and consumer contracts*, Hart Publishing, Portland.
- MACARIO, F., (1996): *Adeguamento e Rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Milano-Napoli: Jovene Editore Napoli.
- MACNEIL I.R., (1979): *The New Social Contract: An inquiry into modern contractual relations*, New Haven, London, Yale University press.
- MAK, C., (2008): *Fundamental rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

- MAK, V., (2010): “Standards of Protection: In Search of the “Average Consumer” of EU Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive, *TISCO Working Paper Series on Banking, Finance and Services*, nº04/2010.
- MANKO, R., (2016): “Contracts for supply of digital content. A legal analysis of the Commission’s proposal for a new directive”, *EPRS*.
- MARINI, G., (1986): “Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale”, *Rivista Critica del Diritto Privato*.
- MARKESINIS, M.S., UNBERATH, H., JOHNSTON, A., (2006): *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, Portland, Oregon: Hart Publishing.
- MARTI RAMOS, L., (1959): “La rescisión de los contratos por lesión enorme en Cataluña”, *Anuario de Derecho Civil*.
- MARTÍN CASALS, M., (2010): “La rescissió per lesió a la Compilació i el sentit actual d’aquesta institució” *Autonomia i Dret- V Jornada*, 10 de maig de 2010.
- MARTÍN CASALS, M., (2009): “From laesio enormis to Unfair Advantage: A Shift in the Contractual Paradigm”, en WIEGAND, W., KOLLER, T., WALTER, H.P., (Hrsg) (2009): *Tradition mit Weitsicht. Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag*, Bern: Schulthess.
- MARTÍN CASALS, M. (1987): “Comentarios a los artículos 321-325 de la Compilación catalana” en ALBALADEJO, M. (Dir.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid: EDERSA.
- MARTÍN CASALS, M., (1984): *Lesió “ultra dimidium” i equivalència. Naturalesa de la lesió i àmbit d’aplicació*. Tesis doctoral, Barcelona.
- MARTÍN CASALS, M., (2000): “Perspectives de futur de la rescissió per lesió *ultra dimidium*” en ÀREA DE DRET CIVIL (Coord.): *El futur del Dret patrimonial de Catalunya. Materials de les Desenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARTÍN PÉREZ, J.A, (1995): *La rescisión del contrato (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Barcelona: Bosch Editor.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, J., (2003): “Notas sobre las “condiciones relativas al contenido” del contrato (utilidad, posibilidad, licitud y determinación” en VATTIER, C., DE LA CUESTA, J. M^a, CABALLERO, J.M^a (Dir.): *Código europeo de contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*, Vol. I, Madrid: Dykinson.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (1994): “Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el derecho de obligaciones”, *Anuario de Derecho civil*, núm. 1.

- MASSE, C., (1999): *Loi sur la Protection du Consommateur. Analyse et Commentaires*, Cowansville: Les Éditions Yvon Blais Inc.
- MATTEI, U, N.FERNANDA, A., (2004) : “A Social Dimension in European Private Law? The Call for Setting a Progressive Agenda”, *New England Law Journal*, 10.
- MAZEAUD, D., (2010): “Le droit européen des contrats et ses influences sur le droit français”, *ERCL 1/2010*, Vol. 6.
- MAZEAUD, D., (2008): “La révision du contrat”, *Le contrat: Journées Brésiliennes, Société de Législation Comparée*.
- MAZEAUD, D., (2004): “Du nouveau sur l’obligation de renégocier”, note sous Cass. 1re. Civ., 16 mars 2004, *Recueil Dalloz*.
- MAZEAUD, D., (2003) : « Les nouveaux instruments de l’équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d’aller trop loin? » En JAMIN, C., MAZEAUD, D., (Dirs.): *La nouvelle crise du contrat*, Paris: Dalloz.
- MAZEAUD, D., (2002): “Régime de la violence économique”, *Recueil Dalloz*.
- MEDINA ALCOZ, M., (2015): “Pactos prematrimoniales, “pacta sunt servanda” y modificación sobrevenida de las circunstancias”, en PEREÑA VICENTE, M., DELGADO MARTÍN, P., (2015): *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*, Cizur Menor: Aranzadi.
- MEKKI, M., KLEPFER-PELÈSE, M., (2011): “Hardship and Modification (or “Revision”) of the Contract”, en HARTKAMP, A., HESSELINK, M., HONDIUS, E., MAK, C., DU PERRON, E., (2011): *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.
- MELI, M., (2006): “Social Justice, Constitutional Principles and Protection of the Weaker Contractual Party”, *European Review of Contract Law*, 2.
- MENYHÁRD, A., (2007): “Contract Law in a Changing Society”- Hungarian Experiences”, en WILHELMSSON, T., PAUNIO, E., POHJOLAINEN, A., (Eds.) (2007): *Private Law and the Many Cultures of Europe*, Alphen aan den Rijn: Kluwer law international.
- MICKLITZ, H-W., (2012): “Do consumers and Businesses need a new architecture of consumer law? A thought-provoking impulse”, *EUI Working Papers Law 2012/23*.
- MICKLITZ, H.-W., (2012): “The Expulsion of the Concept from the Consumer Law and the Return of Social Elements in the Civil Law: A Bittersweet Polemic”, *Journal of Consumer Policy*, 35.
- MICKLITZ, H-W., (2011): “Social Justice and Access Justice in Private Law”, *EUI Working Papers Law 2011/02*.

- MICKLITZ, Hans-W. (2010): "Failure or ideological preconceptions- thoughts on two grand projects: the European Constitution and the European Civil Code, *EUJ Working Papers Law 2010/04*.
- MILLER, L., (2011): *The Emergence of EU Contract Law: Exploring Europeanization*, Oxford: Oxford University Press.
- MIRABELLI, G., (1962): *La rescissione del contratto*, 2ª ed, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene.
- MIRAMBELL ABANCÓ, A., (2015): "Un projecte de llei del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes", en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT. UNIVERSITAT DE GIRONA (Coord.): *El Llibre sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del Projecte de Llei*, Girona: Documenta universitària,
- MIRAMBELL ABANCÓ, A., SALVADOR CODERCH, P., (1995): *Projecte d'Apèndix i Materials precompilatoris del Dret civil de Catalunya*, Generalitat de Catalunya.
- MITCHELL, G., (2005): "Libertarian Paternalism is an oxymoron", *Northwestern University Law Review*, Vol. 99, nº3.
- MOMBERG URIBE, R., (2015): "Análisis de los modelos de vinculación del código civil y la legislación de protección al consumidor. Hacia un principio general de protección de la parte débil en el derecho privado", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, nº2.
- MOMBERG URIBE, R., (2015): "La reforma al Derecho de obligaciones y contratos en Francia. Un análisis preliminar", *Revista Chilena de Derecho Privado*, nº4.
- MOMBERG URIBE, R., (2015): "Los efectos de la imprevisión contractual. Un análisis comparado", *Revista de Derecho patrimonial*, enero-abril 2015.
- MOMBERG URIBE, R., (2014): "La reformulación del rol del juez en los instrumentos contemporáneos de Derecho contractual", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 21, nº2.
- MOMBERG URIBE, R., (2011) en VV.AA. (2011): "The Duty to Renegotiate an International Sales Contract under CISG in Case of Hardship and the Use of the Unidroit Principles", *ERPL 2-2011*.
- MOMBERG URIBE, R., (2011): *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts. Comparative perspectives*, tesis doctoral, Universidad de Utrecht.
- MOMBERG URIBE, R., (2010): "La revisión del contrato por las partes: el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37, nº11.

- MORALES MORENO, A.M., (2003): “Validez del contrato” en CÁMARA LAPUENTE, S., (Coord.): *Derecho Privado Europeo*, Madrid: Colex.
- MORENO QUESADA, B., (1995): “Artículo 1295” en ALBALADEJO, M., DÍAZ ALABART, S., (Dir.) (1995): *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Madrid: Edersa.
- NAVAS NAVARRO, S., (2015): “La normal inestabilidad de las circunstancias en el Derecho de Familia y de Sucesiones (Sobre la toma de decisiones en contextos complejos y su relevancia en el Derecho)”, en ARNAU RAVENTÓS, L., ZAHINO RUIZ, M^a (2015): *Cuestiones de Derecho sucesorio catalán. Principios, legítima y pactos sucesorios*, Madrid: Marcial Pons.
- NICOLUSSI, A., (2014): “Etica del contratto e contratti di durata per l’esistenza della persona”, en NOGLER, L., y REIFNER, U., (Eds.), *Life Time Contracts. Social Long-term contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, The Hague: Eleven international publishing.
- NOGLER, L., REIFNER, U., (2014): “Introduction: The New Dimension of Life Time in the Law of Contracts and Obligations”, en NOGLER, Luca, REIFNER, Udo (Eds.): *Life Time contracts. Social Long-Term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, The Hague: Eleven international publishing.
- NOONAN, J.T., (1957): *The Scholastic Analysis of Usury*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- NUÑEZ MUÑIZ, M.C. (2015): “La naturaleza de la responsabilidad civil precontractual y la obligación de indemnizar: deberes y obligaciones derivadas de la buena fe, información y lealtad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº749.
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., (1971): “La inoficiosidad legitimaria” *RJC*, Vol. 70, nº2.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F., (2016): “Límites a la autonomía privada en el Derecho de los contratos: la moral y el orden público” en PARRA LUCÁN, M^a A., (2016): *La autonomía privada en el Derecho civil*, Cizur Menor: Thomson Reuters aranzadi.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F., (2014): “Rescisión por lesión de la partición hereditaria y favor partitionis” en DOMÍNGUEZ LUELMO, A., GARCÍA RUBIO, M.P.: *Estudio de derecho de sucesiones. Liber Amicorum T.F. Torres García*, Madrid: La Ley.
- OMMESLAGHE, P.V., (2013): *Traité de Droit civil Belge. De Page. Tome II. Les obligations*, Vol.I, Bruxelles: Bruylant.
- OSTI, G., (1973): “Appunti per una teoria della “sopravvenienza” (La così detta clausola “rebus sic stantibus” nel diritto contrattuale odierno), en *Scritti Giuridici*, t.I, Milano.

- PALOMO, L., (1908): *Ley contra la usura*, Madrid: Librería de Fernando Fe.
- PARRA LUCÁN, M^a Á., (2015): “Riesgo imprevisible y modificación de los contratos”, *InDret*, octubre 2015.
- PARRA LUCÁN, M.Á., (2004): “Las anomalías del contrato”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 57, nº2.
- PÉREZ CEBADERA, M^a Á., (2014): “La exigente congruencia de la demanda y el principio de efectividad”, *Revista de Jurisprudencia* núm. 2, abril 2014.
- PERFETTI, U., (2009): “La giustizia contrattuale nel Draft Common Frame of Reference del Diritto Privato Europeo”, *Rivista di Diritto Civile*, nº6, noviembre-diciembre.
- PERMANYER Y AYATS, J.J (1915): *Proyecto de Apéndice al Código civil*, Barcelona: Imprenta de la Casa Provincial de la Caridad.
- PEROT-MOREL, M.A (1961): *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, París : Libraire Dalloz.
- PERRONE, A., (2013): “The Just Price Doctrine and Contemporary Contract Law: Some Introductory Remarks”, *Orizzonti Del Diritto Commerciale, Rivista Telematica*.
- PFEIFFER, T., (2012): “Article 51”, en SCHULZE, R., (2012): *Common European Sales Law (CESL)- Commentary-*, Baden-Baden: C.H. Beck·Hart·Nomos.
- PICOD, Y., (2009): “Les projets français sur la réforme du droit des obligations” *InDret*, Octubre 2009.
- PINEAU, J., BURMAN, D., GAUDET, S., (2001): *Théorie des obligations*, 4^a Ed., Montréal: Les Éditions Thémis.
- PONTIROLI, L., (1997) “La protezione del “contraente debole” nei *Principles of International Commercial Contracts* di UNIDROIT: much ado about nothing?”, en *Giurisprudenza Commerciale*, Primera Parte.
- POSNER, E.A., (1995): “Contract law in the welfare state: a defense of the unconscionability doctrine, usury laws, and related limitations on the freedom of contract”, *Journal of Legal Studies*, Vol. XXIV.
- POSNER, R.A., (1977): *Economic analysis of Law*, Little, Brown & Company, Boston and Toronto.
- POTHIER, R.J., (1974): *Traité des obligations*, Vol I et II, Barcelona: Banchs editor.
- PUIG I FERRIOL, LI., (2005): *Jurisprudència Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 2001-2002*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 2005.

- PUIG FERRIOL, LI., ROCA TRIÀS, E. (1982): *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, Tomo IV, Derecho Patrimonial Catalán, Volumen 2º Las Relaciones jurídico-obligatorias, Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A.
- QUESADA GONZÁLEZ, Mª C., (2016): “El principio de conservación del contrato en el derecho de consumo.”, en AÑOVEROS TERRADAS, B., LLEBARÍA SAMPER, S., (2016): *El contrato: apuntes para una revisión. Principios y reglas ante el mercado, la política y el conflicto*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- RACHLINKSI, J.J. (2003): “The Uncertain Psychological Case for Paternalism”, *Northwestern University Law Review*, vol. 97, nº3.
- RAISER, L.,(1990): *Il compito del diritto privato*, Milano: Guiffrè Editore.
- RAMOS GONZÁLEZ, S., (2009): “Rescissió per lesió del violari o pensió vitalícia sobre béns immobles: la consolidació d’una línia jurisprudencial del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya”, *Revista Catalana de Dret Privat* Vol. 10.
- RAWLS, J., (2005): *Political liberalism*, expanded edition, New York, Columbia Classics in Philosophy.
- RAWLS, J., (1996): *El liberalismo político*. Traducción castellana de Antoni Domènech, Barcelona: Crítica.
- RAWLS, J., (1971): *Teoría de la justicia*. Traducción de María Dolores González, 2ª ed., 11ª reimpresión (2015). México: Fondo de cultura económica.
- REDING, V., (2011): “The Next Steps Towards a European Contract Law for Businesses and Consumers, en SCHULZE, R., STUYCK, J., (Eds.) (2011): *Towards a European contract law*, Munich: sellier. European law publishers.
- REDONDO TRIGO, F., (2014): “Reflexiones acerca del Anteproyecto de Código Mercantil y la doctrina de los tribunales sobre la rescisión por lesión”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 90, nº746.
- REICH, N., (2014): *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge, Antwerp y Portland: Intersentia.
- RIABACKE, A., (2006):” Managerial Decision Making Under Risk and Uncertainty”, *International Journal of Computer Science*, 32, 4.
- RIBOT IGUALADA, J., (2000): “Lesió ultra dimidium i opció. Notes per a una possible reforma de “mínims” de la rescissió per lesió” en en ÀREA DE DRET CIVIL (Coord.): *El futur del Dret patrimonial de Catalunya. Materials de les Desenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- RIBOT IGUALADA, J. (1992): “Rescissió per lesió i expectatives urbanístiques: l’aleatorietat d’allò adquirit i el càlcul del preu just”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 91, Nº2.

- RIPERT, G., (1949) : *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris : LGDJ.
- ROCA SASTRE, R.M., (2009), “La lesión *ultra dimidium* y las alteraciones del valor de la moneda”, *Estudios de Derecho Privado* (reimpresión de la edición de 1948), Vol I.
- ROCA TRÍAS, E., PUIG FERRIOL, LI. (1982): *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, Barcelona: Bosch.
- ROLLI, R., (2008): *Causa in astratto e causa in concreto*, Verona: CEDAM
- ROMANÍ Y PUIGDENGOLAS, D.F., TRÍAS Y GIRÓ, D.J., (1903): *Anteproyecto de Apéndice al Código civil para el Principado de Cataluña*, Barcelona: Hijos de Jaime Jesús Impresores,
- ROPPO, V., (2011): “Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo”, *Revista de Derecho Privado*, nº20, enero- Junio 2011.
- ROPPO, V., (2011): *Il contratto*, 2ª ed, Milano: Giuffrè editore.
- ROPPO, V., (2007): “Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, Anno XXV, nº4.
- ROTT, P., (2016): “Unfair contract terms” en TWIGG-FLESNER, C., (2016): *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Cheltenham: Edward Elgar publishing.
- RUBIO GIMENO, G., (2017): “Riesgo contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias”, en GRAMUNT FOMBUENA, M., FLORENSA I TOMÀS, C.E., (Dir.) (2017): *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Madrid: Dykinson.
- RUBIO GIMENO, G., (2016): “Cessió de crèdits litigiosos i protecció del deutor cedit”, *InDret*, octubre 2016.
- RUBIO GIMENO, G., (2015): “Codi civil i Codi de consum en els contractes de consum”, en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT. UNIVERSITAT DE GIRONA (Coord.) (2015): *El Llibre sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del Projecte de llei*, Girona: Documenta Universitaria.
- RUBIO GIMENO, G., (2014), *Autorregulación de la crisis de pareja (Una aproximación desde el Derecho civil catalán)*, Dykinson, Madrid.
- RUBIO GIMENO, G., (2006):” De la rescisión a la inoponibilidad de donaciones y actos "en fraude" del acreedor. (A propósito del artículo 531-14 del Código civil de Cataluña)”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº10, pp. 1057-1082.
- RUBIO GIMENO, G., (2003): *La venta de herencia*, Barcelona: Marcial Pons.

- RUBIO GIMENO, G., (1995): *El derecho litigioso: cesión y retracto*, Madrid: Mc Graw-Hill.
- RUTGERS, J-W., (2016) “European contract law and social justice”, en TWIGG-FLESNER, C., (2016): *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Cheltenham: Edward elgar publishing.
- SABATER BAYLER, E., (2002): “Capítulo III. De la rescisión por lesión” en RUBIO TORRANO, E., ARCOS VIEIRA, M^a L., (2002): *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil Foral de Navarra*, Pamplona: Aranzadi.
- SACCO, R., (Presidente del Comité científico) (1997): VOZ RESCISIONE en *DIGESTO delle Discipline Privatistiche*, Sezione civile, XVI, 4^a ed, Torino: UTET.
- SAFJAN, M., (2014), “The Horizontal Effect of Fundamental Rights in Private Law- On Actors, Vectors, and Factors of Influence”, en PURNHAGEN, K., ROTT, P., (Eds.), *Varieties of European Economic Law and Regulation, Studies in European Economic Law and Regulation*, 3, Cham: Springer International Publishing.
- SALVADOR CODERCH, P., (2009): “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *InDret*, octubre 2009.
- SALVADOR CODERCH, P., (1975): “Onerosidad y Contratos agrarios. Control del precio y rescisión por lesión en el art. 323 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña”, *Rivista di Diritto Agrario*.
- SÁNCHEZ LORENZO, S., (2013): “El Derecho contractual inglés”, en SÁNCHEZ LORENZO, S., (Ed.): *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Cizur Menor: Thomson Reuters Civitas.
- SANPONTS Y BARBA, I., MARTI DE EIXALA, R., FERRER Y SUBIRANA, J., (1844): *Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alfonso el IX*, Barcelona: Imprenta de Antonio Bergnes.
- SAPRAI, P., (2012): “Against Equality in Exchange”, *King’s Law Journal* 71-95,
- SCHEFFLER, S., (2015): “Distributive Justice, The Basic Structure and The Place of Private Law”, *Oxford Journal Legal Studies*, Vol. 35, n^o2.
- SCHMIDLIN, B., (2003): “Comentarios al art. 21”, en THÉVENOZ, L., WERRO, F. (2003): *Commentaire Romand. Code des Obligations I. Art. 1-529 CO*, 2^a ed., Bâle: Helbing Lichtenha.
- SCHULTE- NÖLKE, H (2012), Comentario al art. 5 (reasonableness) en REINER SCHULZE (Ed.) *Common European Sales Law (CESL)*, Commentary, C.H. Bech-Hart-Nomos, München.

- SCHULZE, R., STAUDENMAYER, R., (2016): *Digital revolution. Challenges for contract law*, en SCHULZE, R., STAUDENMAYER, R., (Eds.) (2016): *Digital revolution. Challenges for contract law*, SCHULZE, R. (2015): “The New Shape of European Contract Law”, *EuCML 4/2015*.
- SCHULZE, R., STUYCK, J., (Eds.) (2011): *Towards a European contract law*, Munich: sellier. European law publishers.
- SEFTON-GREEN, R., (2006): “Social Justice and European Identity in European Contract Law”, *European Review of Contract Law*, 2.
- SHIFFRIN, S.V., (2000): “Paternalism, Unconscionability Doctrine, and accommodation”, *Philosophy & Public Affairs* 29, n°3.
- SMITS, J. M. CALOME, C., (2016): “The reform of the French Law of Obligations: les jeux sont faits”, *Maastricht European Private Law Institute Working Paper 2016/05*.
- SOMMA, A., (2006) : Social Justice and the Market in European Contract Law”, *European Review of Contract Law*, 2.
- SORO RUSSELL, O., (2016): *El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual*, Madrid: Editorial Reus.
- SPADAFORA, A., (2005): *La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede. Prospettive de diritto privato europeo*, Milano: Guiffrè.
- SPEIDEL, R.E., (1981): “Court-imposed price adjustments under long-term supply contracts”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 76, n°3.
- SPEIDEL, R.E., (1969): “Unconscionability, assent and consumer protection”, *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 31.
- STONE, R., (2002): *The modern law of contract*, London: Cavendish Publishing Limited.
- STRÖMHOLM, S., (1989): “The Freedom to contract – a complex cluster of rules”, en VICTORIN, A., (Ed.) (1989): *Scandinavian Studies in Law 1989*, Stockholm: Almqvist&Wiksell International.
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), VON BAR, C., CLIVE, E., (Eds.) (2009): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. DCFR Full Edition*, Munich: sellier. European law publishers.
- STUDY GROUP ON SOCIAL JUSTICE IN EUROPEAN PRIVATE LAW (2004): “Social Justice in European Contract Law: a Manifesto”, *European Law Journal*, Vol. 10, n°6.

- STUYCK, J., (2014): “Do we need “Consumer Protection” for Small Businesses at EU Level”?, en PURNHAGEN, K., ROTT, P., (2014): *Varieties of European Economic Law and Regulation*, Cham: Springer International Publishing.
- SUSTEIN, C.R., THALER, R.H., (2003): “Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 70, nº4.
- TERRE, F., (Dir.) (2009) : *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris : Dalloz.
- THÉVENOZ, L., WERRO, F., (2003): *Commentaire Romand. Code des Obligations I. Art. 1-529 CO*, 2ª ed., Bâle: Helbing Lichtenhahn.
- TIMOTEO, M., (1997): “Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l’art. 3.10 dei Principi UNIDROIT”, *Contratto e impresa/Europa*, 1.
- TOMÁS MARTÍNEZ, G., (2015): “La sustitución del “buen padre de familia” por el estándar de la “persona razonable”: reforma en Francia y valoración de su alcance”, *Revista de Derecho civil*, vol II, núm. I.
- TOMÁS, G., (2016): “Utile per inutile non vitiatur: can *favor contractus* be considered a European *regula iuris*”? *ERCL* 12(3).
- TORRELLES TORREA, E., (2017): “El criterio de la razonabilidad. Un elemento reequilibrador del contrato”, en GRAMUNT FOMBUENA, M., FLORENSA I TOMÀS, C.E., (Eds.) (2017): *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Madrid: Dykinson.
- TORRES GARCÍA, T. F., (2016): “La autonomía privada: luces y sombras”, en MUÑIZ ESPADA, E., (2016): *Derecho de obligaciones y contratos. En homenaje al profesor Ignacio Serrano García*, Las Rozas: Wolters Kluwer La Ley.
- TREITEL, G. H., (1995): *The law of contract*, 9ª edición, London: Sweet&Maxwell.
- UNCETA LABORDA, M., (2013): “Principios UNIDROIT e ilicitud del contrato internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, nº2.
- VAN DUIN, A., (2017): “Metamorphosis? The role of article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights in cases concerning national remedies and procedures under Directive 93\13\EEC”, *EuCML*, 5/2017.
- VAN ERP, J.H.M., (2011): “The Pre-contractual Stage” en HARTKAMP, A., HESSELINK, M.W., HONDIUS, E., MAK, C., DU PERRON, E., (2011): *Towards a European civil code*, Alphen aan den Rijn: kluwer law international
- VAN OMMESLAGHE, P., (2013): *Traité de Droit civil belge. Tome II. Les Obligations*, Bruxelles : Bruylant.
- VAQUER ALOY, A., (2011): “El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?”, *Anuario de Derecho civil*, tomo LXIV, fasc. I.

- VAQUER ALOY, A., (2010): "La configuración de la donación en el proyecto de Marco Común de Referencia", *Crónica de Derecho privado europeo, Anuario de Derecho civil*, tomo LXIII.
- VOGENAUR, S., KLEINHEISTERKAMPF, J., (2009): *Commentary on the Unidroit principles of International Commercial Contracts*, Oxford: Oxford University Press.
- VOLPE. F., (2004): *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- VOLPE, F (1999): "I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross Disparity)", *Rivista di diritto privato*, nº1/99.
- VV.AA. (1995): *Contract Law in the Netherlands*, The Hague- London-Boston: kluwer law international.
- VV.AA. (1999): "Australia", en BONELL, M.J. (Ed.) (1999): *A New Approach to International Commercial Contracts. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, London: kluwer law international.
- VV.AA., (2017): "La Cause a-t-elle réellement disparu du Droit français des Contrats?", *European Review of Contract Law*, Vol. 13(4).
- VV.AA., (2017): "The Sharing Economy and Housing Affordability: Evidence from Airbnb", *SSRN Electronic Journal*, pp. 1-45.
- VV.AA., (2017): *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Paris: Dalloz,
- WADDINGTON L., (2013): "Vulnerable and confused: the protection of vulnerable consumer under EU Law", *European Law Review*, 2013, nº6.
- WEATHERILL, S., (2006): "The Constitutional Competence of the EU to Deliver Social Justice", *European Review of Contract Law*, 2.
- WHITTAKER, S. (2013): "The optional Instrument of European Contract Law and Freedom of Contract", *ERCL* 3/2011.
- WICKER, G., (2009): "La réforme du droit français du contrat: de la cause à la causalité juridique", en MÄSCH, G., MAZEAUD, D., SCHULZE, R., (Ed.) (2009): *Nouveau défis du droit des contrats en France et en Europe*, Munich: sellier. European law publishers.
- WIEACKER, F., (1982): *El principio general de la buena fe*. Traducción de L. Luis Carro, Madrid: Civitas.
- WILHELMSSON, T., (2008): "Various Approaches to Unfair Terms and Their Background Philosophies", *Juridica International* XIV/2008.
- WILHELMSSON, T., (2004): "Varieties of Welfarism in European Contract Law", *European Law Journal*, Vol. 10, nº6.

- WILHELMSSON, T., (1990): ““Social force majeure”- A New Concept in Nordic Consumer Law”, *Journal of Consumer Policy*, 13.
- WILLET, C., (2007): *Fairness in Consumer contracts*, Aldershot: Ashgate.
- WILSON, K., (2010): “Alive and Kicking- The Story of Lesion and the Civil Code of Québec”, *Les Cahiers de droit*, vol. 51, nº2.
- WRBKA, S., (2015): *European Consumer Access to Justice Revisited*, Cambridge: Cambridge University Press.
- YILDIRIM, A.C., (2008): “Subjective Reasons for Gross Disparity and the Presumption of Professional Competence: A Contradiction in the Lex Mercatoria?”, *Murdoch University eLaw Journal*, vol. 15, nº1.
- ZIMMERMANN, R., (2008): *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*. Traducción al castellano de Esther Arroyo i Amayuelas, Bosch: Barcelona.
- ZIMMERMANN, R., (2001): *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Kenwyn: Juta&Co, LTD.
- ZWALVE, W.J., (2002): “Snell v Beadle. The Privy Council on Roman Law, Norman Customary and the *Ius commune*”, en LIGT, L., RUITER, J., (Eds.) (2002): *Viva Vox Iuris Romani*, Amsterdam: Gieben.

