

## PRESENTACIÓN

IGNACIO VARELA CASTRO

*Investigador posdoctoral*

*Universidade de Santiago de Compostela*

1. Bajo la rúbrica “Algunas cuestiones previas sobre la Propuesta de modernización revisada del Código Civil en materia de obligaciones y contratos del año 2023”, el presente número monográfico reúne parte de las ponencias que en su momento fueron presentadas en el Congreso Internacional que, sobre la citada materia, se celebró en Santiago de Compostela en julio de 2024. Conviene comenzar esta presentación con tres precisiones relativas al título elegido.

En primer lugar, se ha optado por utilizar el determinante indefinido “algunas” porque no hay exhaustividad en las temáticas aquí tratadas, pues, junto a ellas, podría ser procedente abordar otras, como por ejemplo el lenguaje utilizado en la reforma; la coherencia interna entre la reforma propuesta y el restante articulado del Código Civil; o su relación con otros sectores del ordenamiento que, apenas o directamente, no se toca. Además, se ha considerado adecuado recurrir al adjetivo calificativo “previas” porque no sería del todo exacto presentar una estricta dicotomía entre cuestiones de forma y de fondo. Por mucho que los asuntos ahora estudiados se enmarquen en el ámbito de la técnica y la potestad legislativa, que precede a la plasmación del derecho sustantivo, la compresión y articulación que se hagan de aquellos impactan en la comprensión, alcance y contenido de la materia regulada; de ahí que se haya considerado lógico y de interés su análisis monográfico. Finalmente, aunque el título evoca un conjunto de trabajos que tienen como hilo conductor la citada Propuesta, en este número de revista está presente la visión plurilegislativa propia del derecho civil español –o los derechos civiles españoles, si se prefiere– y se cuenta con la participación de autores franceses que plasman la experiencia del país vecino entorno a la recodificación de los años 2016-2018 –así como la pendiente en materia de contratos especiales– sobre cuestiones que el legislador español habrá de abordar si finalmente acomete la reforma del derecho de obligaciones y contratos recogido en el Código Civil. Su testimonio, aunque no siempre extrapolable al contexto jurídico español, es particularmente enriquecedor.

En las líneas que siguen, pretendo introducir o aproximar al lector a las distintas contribuciones de este número del *Boletín*, informarle de la perspectiva adoptada por cada autor y ofrecerle una lectura en conjunto; cometido en el que ocasionalmente realizo alguna apreciación propia.

2. En una observación muy global, el plantear la reforma de una parte de un código en particular se ubica en el debate más general sobre la procedencia o no de la técnica codificadora y la mencionada Propuesta de modernización de modernización en materia de obligaciones y contratos del año 2023 realizada por la Sección Primera de la Comisión General de Codificación de España supone una toma de postura en favor de tal método. Acerca de las bondades, utilidades y conveniencia de la recodificación en la actualidad, expresada, bien por reforma del Código Civil vigente, bien por la promulgación de uno nuevo, se pronuncian favorablemente los dos autores que inmediatamente paso a mencionar.

Vincenzo Barba reflexiona sobre el concepto “código” y sus funciones —no su función, como bien precisa— e informa sobre las vicisitudes del fenómeno de la codificación en nuestro entorno jurídico durante la época moderna. Su trabajo cohesiona distintas perspectivas superpuestas. Formalmente, recorre el consabido camino de ida y vuelta de codificación-descodificación-recodificación; recorrido temporal centrado en lo civil, pero que no desatiende lo mercantil y el derecho de consumo. Materialmente, de su discurso se infiere que describe un camino de transición: desde los códigos de primera generación, pasando por los códigos de segunda generación, se pregunta el autor por el avenir. Aceptada la codificación como técnica deseable, reflexiona, e invita a reflexionar, cómo ha de ser la codificación contemporánea; dónde está el punto de inflexión para recodificar —apenas menciona el término— teniendo en mente un código de tercera generación.

Calificado por el autor el código como herramienta multifacética, los retos y necesidades del momento potencian en mayor o menor medida estas posibles facetas. Por ejemplo, es característico, de los códigos de primera generación, la consolidación del Estado nación o la sistematización del derecho civil; de los de segunda generación, la constitucionalización del derecho civil; y de los más recientes, presentar la necesaria adaptabilidad ante una sociedad muy cambiante. En un continuo aprendizaje, las recodificaciones presentes deciden qué facetas consolidan o cambian de las codificaciones pasadas; continua y exigente tarea por la que el autor se muestra favorable a la existencia de un órgano técnico de asesoramiento estable: una comisión de codificación permanente. Sus reflexiones sobre la codificación en general se extrapolan y ajustan a la ocasión de una reforma del derecho de obligaciones y contratos en particular. Para el profesor Barba, el código se alza casi como un irrenunciable con presencia fija en el acervo del civilista.

Por su parte, Elena Sánchez Jordán se pregunta si la técnica de la codificación sigue siendo útil en un mundo globalizado, tecnificado e hiperconectado como el actual. Asume el argumentario favorable a dicho método y nos viene a advertir que el descuido del legislador puede redundar negativamente en la utilidad que *a priori* presenta dicha

técnica. La incapacidad del código para detectar las necesidades de quien habría de utilizarlo o su falta de suficiente adaptabilidad ante las nuevas necesidades que puedan surgir, defecto que la autora atribuye a la decimonónica regulación del derecho de obligaciones y contratos contenida en el Código Civil de 1889, no es en realidad una carencia de la técnica codificadora, sino de su aplicación. A favor de esta metodología legal, insiste la autora, los hechos hablan por sí mismos y, dentro de lo que se califica como un movimiento recodificador, se para en la reciente experiencia de Cataluña, Argentina y, sobre todo, China. Tal aproximación permite reflexionar sobre las funciones que cumple, o debería cumplir, un código civil en el siglo XXI, así como someter a escrutinio las tres codificaciones ahora abordadas y, por extensión, el texto de la Propuesta española de 2023.

Sin ningún ánimo de exhaustividad, nos recuerda la autora que el legislador catalán aborda la tarea codificadora como un elemento de identificación nacional y un proceso de sistematización de la legislación existente y de modernización del derecho civil en el que se tiene en cuenta otras recientes reformas y propuestas doctrinales; en particular, las tendentes a la armonización del derecho civil en Europa. Presentado como un texto abierto en estructura y contenido para facilitar futuras adaptaciones, el Código Civil catalán, que se empieza a publicar en el año 2002 por partes —por libros—, ya ha sido objeto de diversas reformas a pesar de su juventud y presenta como hueco más evidente, nos dice la autora, la regulación de las obligaciones y los contratos en general y los contratos en particular, pues la tarea codificadora todavía no ha culminado. Aquí puede detectar aquí el lector la problemática de la cuestión competencial, como se señala más adelante. Con relación al Código Civil y Comercial de la Nación del 2015 (Argentina), la profesora Sánchez Jordán comienza indicando que se ha unificado la teoría general de obligaciones y contratos civiles y mercantiles e incluido en el Código varios contratos tradicionalmente considerados mercantiles, si bien la existencia de una sustancial legislación especial en la materia hace dudar a algún autor sobre el éxito de esta tarea unificadora. Recalca la autora que se ha logrado tal unificación a diferencia de lo ocurrido en España y el lector podrá comprender, tras la lectura de los trabajos que en este monográfico tocan el tema del reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, que contamos con recientes elementos que hacen todavía más imprevisible aventurar si tal unificación tendrá lugar o no en nuestro país. En general, sobre el Código argentino se destaca la apuesta del legislador por la constitucionalización del Derecho privado y, en particular, se recorre la estructura del Código, subrayando las novedades más notables.

La autora, en fin, dedica particular atención al Código Civil chino de 2020, tanto en lo que concierne al proceso codificador iniciado en el año 2014, como en lo relativo a su estructura y contenido, distinguiendo los aspectos vinculables a su doble condición compiladora e innovadora. Con relación a esta segunda faceta, repare el lector en la introducción del principio ecológico en el Código chino y juzgue si le parece o no una adecuada plasmación en las relaciones privadas. Por su parte, la profesora Sánchez Jordán consagra una parte importe del estudio a lo que se considera la principal innovación del Código: la inclusión de un libro autónomo para regular los derechos de

la personalidad. Estima la autora que esta central atención que se concede a la persona se justifica posiblemente por dos motivos. Por un lado, un ánimo por solventar en la medida de lo posible las carencias que presenta la Constitución de China con relación a la protección de los derechos de la persona; de hecho, la autora da cuenta del debate doctrinal que causa la elaboración y contenido de este libro. Por otro lado, un ánimo por dar respuesta a los desafíos que en el ámbito de la personalidad plantea el desarrollo de la tecnología, tanto en el ámbito biomédico, como en el informático.

3. El carácter plurilegislativo del ordenamiento jurídico español determina que, junto a la cuestión sobre la oportunidad de una recodificación civil en general y sobre obligaciones y contratos en particular, se sitúe la pregunta de quién es el legislador competente para acometerla y cuál es el alcance de la reserva exclusiva en todo caso del Estado sobre las bases de las obligaciones contractuales; cuestiones en las que nos centramos M.<sup>a</sup> del Carmen Gete-Alonso y Calera y yo mismo.

Confieso que me resulta difícil realizar una aproximación a estos estudios sin ocupar demasiadas líneas, ya que nos encontramos ante una materia muy movediza, marcada por la incertidumbre, que trasciende a lo jurídico y sobre la que se han hecho lecturas muy dispares ante una pila de afirmaciones del Tribunal Constitucional interpretables y maleables sobre un precepto, el artículo 149.1.8.<sup>a</sup> de la Constitución, que es resultado de la falta de entendimiento entre los hacedores del texto constitucional respecto de nuestro sistema plurilegislativo. En este escenario, plasmar ahora de forma fidedigna el hilo conductor de cada trabajo exigiría un excesivo pormenor en la toma de postura de cada autor, lo cual no parece el objetivo de una presentación.

Me contentaré con indicar que entre los dos trabajos hay algo de convergencia en el punto de partida y mucha divergencia en su punto de llegada. En esencia, mientras el discurso de la profesora Gete-Alonso y Calera se encamina a reducir la dimensión de las bases de las obligaciones contractuales con la consecuente eventual ampliación de la competencia del legislador autonómico, por mi parte entiendo que una excesiva reducción de tales bases no sería consecuente con el hecho de que se trata de una de las pocas materias reservadas, en todo caso, a la competencia exclusiva del Estado. Aconsejaría no someter la distancia entre ambos a un juicio de corrección o incorrección. Ante el particular escenario legal y jurisprudencial que tenemos, me parece normal, razonable e inevitable que los discursos se alejen. Una evidencia de que nos encontramos ante una cuestión enquistada es que, a diferencia de lo dispuesto en su versión de 2009, la Propuesta de modernización del año 2023 guarda absoluto silencio en lo que respecta a la cuestión competencial en general y las bases de las obligaciones contractuales en particular.

Gete-Alonso y Calera aborda un análisis técnico-jurídico del concepto “bases de las obligaciones contractuales”. La autora parte, con la debida cautela, de la doctrina sentada en la STC 132/2019 y el amplio reconocimiento de la competencia del legislador civil catalán, pues el inacabado libro VI del Código Civil de Cataluña supera, menos un precepto, el filtro de constitucionalidad. Entiende que tales bases se encuentran esencialmente en torno al consentimiento en obligarse, aunque advierte que no todas

las instituciones que lo rodean pueden ser bases, pues ello podría socavar la competencia de las Comunidades Autónomas. Considera que las reglas generales mínimas e indispensables en torno al objeto probablemente han de tener la consideración de base y muestra ciertas dudas en lo que concierne a la causa y la forma. Detectadas las bases, dice la autora, el legislador autonómico competente debe respetarlas: tenerlas en cuenta, no contrariarlas ni ignorarlas. Además, niega que sean bases los tipos contractuales, las reglas pertenecientes a una determinada categoría de contratos, las reglas generales no exclusivas del contrato o las normas que, en sede contractual, tengan carácter dispositivo.

En lo que a mi estudio respecta, explico por qué renuncio a analizar el concepto “bases de obligaciones contractuales”; concepto al que atribuyo artificiosidad y total falta de arraigo. En definitiva, un término extravagante, como dijo la profesora Gete-Alonso y Calera en el mencionado congreso celebrado en Santiago. No obstante, sostengo que las bases de las obligaciones contractuales, junto a las restantes materias en todo caso reservada en exclusiva al Estado, son una ponderación de la unidad de legislador y legislación como valor. Por ello, entiendo que tales bases no se encuentran en las reglas y principios pertenecientes a lo más inmanente, raíz, fundamento o básico del contrato, sino que ataúnen a reglas palpables en la cotidianidad del tráfico jurídico y económico. Las primeras son cuestiones tan básicas, desde el punto de vista sustantivo, que estimo que no se justifica que el constituyente las haya querido reservar competencialmente en todo caso al Estado a través de las bases: lo impregnán todo, están siempre presentes. Las segundas, en cambio, en la medida en que son susceptibles de ser mutadas y ofrecer respuestas diferenciadas, quedan sujetas a una buscada regulación uniforme a través de la reserva competencial en favor del Estado. La delimitación negativa de las bases —lo que no son— se me presenta, por tanto, más fácil que su delimitación positiva —lo que son—. Además, al tratarse de una competencia exclusiva del Estado, entiendo que el legislador autonómico con competencias en materia contractual no podría regularlas, ni siquiera reproducirlas.

No quiero dejar de señalar que, en términos prácticos, aunque con las debidas distancias en el plano constructivo, el planteamiento de la profesora Gete-Alonso y Calera es mucho más cercano que el mío al amplio reconocimiento de competencia que se deriva de la STC 132/2019 y, he de añadir, de la STC 157/2021 relativa a la Compilación de Navarra. No obstante, de la lógica legislación básica-legislación desarrollo que el Tribunal Constitucional instaura entre la legislación estatal y autonómica con las bases de las obligaciones contractuales como fulcro de la balanza, parece que se está consolidando un método de evaluación en el que se exige al legislador autonómico que su regulación se corresponda, total o sustancialmente, a la del Estado. En efecto, posteriores sentencias de los años 2022 y 2024, siguiendo la nueva doctrina sobre las bases, niegan la competencia al legislador autonómico, en este caso catalán, por adoptar regulaciones que impactan en el ámbito contractual y que se alejan de la legislación estatal. En su trabajo, la profesora Gete-Alonso y Calera señala que, si se niega la competencia al legislador autonómico en esta materia, el fundamento no se puede encontrar en el artículo 149.1.8.<sup>a</sup> de la Constitución y las bases de las obligaciones contractuales; juzgue

el lector si la cuestión le parece clara o dudosa. Sea como fuere, y tal y como señalo en mi trabajo, de este estado de la cuestión quizás deviene una curiosa doble sensación de amargor. Por un lado, la de quienes no solo creen que se ha llevado la plurilegalización demasiado lejos, sino que, al ver que se vienen a exigir unas legislaciones de contenido similar, se cuestionan de qué vale la plurilegalización en el ámbito contractual. Por otro lado, la de quienes, favorables al reconocimiento de la competencia autonómica en materia contractual, ven que esta no se acompaña por una verdadera libertad en la decisión de su contenido, pues este viene en cierta medida predeterminado por otro legislador.

4. El legislador —competente— que asuma el empeño recodificador, habrá de escoger, entre los procedimientos legislativos posibles, aquel que mejor encauce la naturaleza de la reforma de que se trate.

Crítica con el inmovilismo que, como más arriba se señalaba, puede redundar negativamente en la técnica codificadora, Julia Ammerman Yebra nos recuerda que ya el legislador del siglo XIX preveía el desgaste del código ante el paso del tiempo. Tres de las disposiciones adicionales del Código Civil de 1889 prevén un mecanismo de revisión que la autora llega a calificar de auto-obligación de revisión. No obstante, no consta que dicho plan decenal de revisión se haya puesto en práctica por mucho que la Comisión General de Codificación sí haya planteado diversas reformas. Ante la antigüedad de la regulación del derecho de obligaciones y contratos del Código Civil y la relevancia de la materia para el tráfico jurídico y económico, la autora se muestra crítica con la posición mantenida en la primigenia versión de la Propuesta de 2009 y conforme a la cual se entendía que la reforma de esta materia era conveniente, pero no estrictamente necesaria. Para la autora, ante las disposiciones adicionales del Código Civil y el tono de la exposición de motivos de la Propuesta de 2023, sí se debe hablar de necesidad.

Para tal cometido, juzga cuál de los tres posibles cauces de reforma sería el más adecuado y, ante una regulación muy técnica como la materia tratada, se decanta por la delegación legislativa; procedimiento cuyos mecanismos de control —fíjese el lector en la particular nota de la autora sobre el discutible límite de la retroactividad— habrían de acallar las críticas, dice la autora, de quienes lo consideran poco democrático. La profesora Ammerman Yebra recuerda que este fue el procedimiento legislativo elegido para la promulgación del Código Civil en 1889 y la reforma de su título preliminar y entiende que varios extremos de sus respectivas leyes de bases y procedimiento de aprobación pueden ser útiles a la hora de analizar la actual Propuesta y su correlativa Propuesta de Ley de bases. En efecto, la Comisión de Codificación visualiza ahora, a diferencia del año 2009, este procedimiento legislativo.

Traída a colación la cuestión de la ley de bases, finaliza la autora su trabajo planteando dos cuestiones: si dicho término podría hacerse equivalente en alguna medida con las bases de las obligaciones contractuales, a lo que responde negativamente, y si la ley de bases en materia de obligaciones y contratos puede llegar a delimitar lo que hayan de considerarse bases de las obligaciones contractuales, a lo que aventura una respuesta positiva. No me resisto a expresar mi opinión en la línea de lo manifestado por la autora.

Procede una respuesta tajante y negativa a la primera pregunta: el término “bases” en una “ley de bases” nada tiene que ver con el de “bases” en las “bases de las obligaciones contractuales” porque dicha ley y sus bases son un mecanismo de relación entre dos órganos cuya actuación conjunta es expresión de un único ejercicio de competencia por el mismo legislador que se estima competente; no se trata de solventar ninguna cuestión de reparto competencial entre varios legisladores. En consecuencia, y con relación a la segunda cuestión planteada, efectivamente, las “bases” de una “ley de bases” para legislar sobre obligaciones y contratos no tienen formalmente encomendada la tarea de formular las “bases de las obligaciones contractuales”, pero aquellas primeras bases sí pueden expresar materialmente estas segundas en la medida en que el legislador estatal, al regular con amplitud sobre la mencionada materia, ejercerá su competencia sobre dicho título competencial, lo diga expresamente o no.

Por su parte, Judith Solé Resina relata con pormenor el proceso codificador del derecho civil de Cataluña. Apelando a la reivindicación de la sociedad catalana de disponer un cuerpo normativo completo y propio, distingue las distintas fases en las que se suele dividir la evolución del derecho civil catalán en nuestro período democrático. Desde la integración de la Compilación de 1960 mediante ley del año 1984, pasando por la aprobación de numerosas leyes especiales que comportan derogaciones parciales y modificaciones de la Compilación, a partir de 1998 se fragua el empeño de avanzar hacia un Código Civil completo que elimine la necesidad de la heterointegración mediante el derecho estatal.

La idea básica, como antes se explicaba, es la elaboración de un código abierto en estructura que permita su continua adaptación, tal y como ya se ha hecho, a las nuevas necesidades derivadas del progreso social y del desarrollo científico y tecnológico y a las que se infieren del proceso de europeización del derecho privado sin que se resienta su sistemática. El Código Civil de Cataluña se ha venido conformando, desde el año 2022, mediante la elaboración de una sucesión de leyes seriadas que la autora explica. Ello ha permitido priorizar unas determinadas partes de la regulación en atención a las circunstancias del momento.

Particular atención dedica la autora a la estructura, contenido y proceso de elaboración del libro VI del Código catalán en materia de obligaciones y contratos. Su promulgación en el año 2017 supone la definitiva sustitución de la Compilación y la casi culminación de esa vieja aspiración, señala la autora, de disponer de un texto legal unitario y sistematizado en el que se comprendan la mayor parte de las normas e instituciones jurídicas catalanas. En efecto, el libro VI no está cerrado y se indica que habrá de completarse con la regulación de otros tipos contractuales, las disposiciones generales y las fuentes no contractuales, optándose por dejar fuera la legislación de consumo. Dado que el legislador catalán se muestra hacendoso, tal será una destacada ocasión para ver a qué resultado conduce la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el sistema de reparto de competencias en general y las bases de las obligaciones contractuales en particular. De hecho, en el año 2004, el organismo técnico y de asesoramiento por aquel entonces encargado de realizar los trabajos preparatorios del mencionado libro, alude a las dificultades provenientes de la cuestión competencial. Es de destacar que,

a pesar de la declaración de intenciones efectuada por aquel entonces sobre el ánimo de elaborar una moderna regulación en la materia, lo cierto es que, posteriormente, se prioriza la elaboración de los otros libros del Código catalán.

Tras la pormenorizada explicación del proceso de elaboración del libro VI, se pregunta la profesora Solé Resina si el procedimiento ordinario es el mejor para configurar un cuerpo de la complejidad técnica del Código Civil de Cataluña en términos de tiempo y eficiencia; cuestión que no responde de forma tajante y negativa. Sea como fuere, destacaré entre sus reflexiones el apunte de que la fase más técnica, embrionaria y, por tanto, más importante en la elaboración de la ley, se viene a plantear como una actividad que se añade al quehacer profesional de todos los que integran los órganos técnicos y de asesoramiento, basada fundamentalmente en su voluntarismo, generosidad y vocación. Entiende la autora que las mencionadas son grandes virtudes que, sin embargo, no deberían constituir los cimientos de ningún sistema de producción legislativa.

5. Un aspecto de la Propuesta de modernización de 2023 al que se concede atención en este número monográfico es la opción de dejar fuera de su articulado, y por lo tanto, eventualmente, fuera del Código Civil, la regulación de derecho de consumo; posición que se distancia de la opción seguida por la Comisión General de Codificación en la Propuesta de 2009. Lo dicho, sin embargo, no quiere decir que las relaciones entre empresarios y consumidores estén ausentes en el texto.

Antonia Nieto Alonso dedica atención a la presencia de tales relaciones en la Propuesta a través del recurso de la supletoriedad y la remisión; técnicas por las que niega que las normas generales sobre contratos y las especiales de consumo puedan considerarse compartimentos estancos. Previamente, explica el cambio de orientación entre las dos propuestas y aborda el tema de las reglas de competencia en materia de consumo; cuestión que —si no por compleja, sí por larga— tan solo dejo ahora señalada.

La autora no considera superfluo o redundante, con relación al artículo 4.3 del Código de 1889, que en las disposiciones generales sobre los contratos contenidas en la Propuesta se establezca la aplicación supletoria de esta normativa a los contratos de consumo; estima que ello comporta la inserción, en el marco del código, de aquellas disposiciones que vinculan a un empresario y un consumidor, y presupone que normas decisivas que acogen principios generales adquieran mayor virtualidad al alcanzar a los contratos de consumo. Destaca también qué concretas disposiciones de la Propuesta prevén la exclusión de su aplicación a la contratación con consumidores. Con relación al empleo de la técnica de la remisión, recuerda que, a diferencia de la supletoriedad, supone incorporar en la norma de remisión —el código eventualmente reformado— la norma remitida; remisión que, como debe presumirse y parece aquí más conveniente, califica de externa y dinámica, ante una legislación de consumo motorizada o en cascada, dice la autora, proveniente de la Unión Europea. Finalmente, precisa en el ámbito de las condiciones generales de la contratación —regulación también recortada con relación a la Propuesta de 2009— que, aparte de la remisión —calificada de reforzada— que la Propuesta establece a la legislación especial, también se prevé la aplicación supletoria a esta de la regulación de la Propuesta sobre contratos.

Acerca del debate sobre la integración en un código civil de las reglas especiales de consumo, también se pronuncia Carolina Mesa Marrero considerando que son más evidentes los obstáculos que las ventajas. No obstante, sí se han incorporado en la Propuesta reglas ya existentes en el derecho español y presentes en el derecho de consumo, que sí está actualizado conforme al moderno derecho de contratos por la influencia que en su momento tiene el modelo de la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías. Insiste la autora en esta precisión: no se trata de un trasvase de la legislación de consumo al Código Civil, sino de integrar y actualizar este con reglas, figuras e instituciones presentes en el moderno de derecho de contratos, no específicas de la protección de los consumidores y, por lo tanto, susceptibles de generalización en el marco del Código Civil. La autora valora las semejanzas, diferencias y coordinación entre la regulación de la Propuesta y la legislación de consumo en materias específicas como el deber precontractual de informar, la vinculación por la confianza como fuente y método de integración del contrato, el desistimiento, la denuncia de contratos por tiempo indefinido y la figura del incumplimiento y su sistema de remedios.

Sobre la adecuada o dificultosa coordinación y coexistencia entre el derecho de obligaciones y contratos y el de consumo, también se pronuncia Yves Picod dando cuenta de la experiencia francesa. Frente a posibles cuestionamientos, recalca el autor el papel de las reglas generales para proporcionar al derecho de consumo los fundamentos de los que tanto carece, en la medida en que esencialmente se centra esta legislación especial en la protección preventiva del consentimiento del consumidor y en el contenido de las obligaciones del profesional.

La subordinación del derecho de consumo al derecho de obligaciones y contratos es patente en las remisiones implícitas y expresas del primero al segundo. Pero la relación entre ambos también se observa a la inversa, pues el segundo tiene también impacto en la recodificación del primero en los años 2016-2018. El profesor Picod aborda a continuación la interactuación entre ambos, sus distancias, cercanías e influencias, relatando supuestos que denomina de cohabitación bien delicada, bien exitosa. En cuanto a los primeros, destaca las diversas orientaciones y sus justificaciones en torno a figuras relativas a la formación del contrato; la carga y los medios de prueba; o la función del juez, en particular, en la aplicación de controles de oficio. En cuanto a los segundos, el autor menciona la consagración en el Código Civil del control de las cláusulas abusivas, siendo por tanto las normas generales a aplicar sin perjuicio de las especiales, y la articulación entre el régimen de la conformidad y el de la garantía por vicios ocultos.

La relación entre las reglas generales del contrato de un Código Civil y la legislación especial de consumo puede verse como expresión particular de la relación de la teoría general del contrato con la regulación de los contratos en especial, esté esta última o no integrada dentro del Código Civil. Eso sí, a salvo del matiz de que una cosa es la relación entre la teoría general y las reglas relativas a una categoría de contratos, y otra distinta su relación con tipos contractuales determinados. Rose-Noëlle Schütz ofrece la visión francesa sobre esta cuestión partiendo de la reforma del *Code* en materia de obligaciones y contratos del año 2016 y los proyectos existentes con relación a la pendiente reforma del Código de 1804 en materia de contratos en especial.

El Código francés cuenta desde su promulgación con una disposición que alude a la coexistencia de la teoría general del contrato y el derecho especial de contratos y la reforma de 2016-2018 ha precisado cómo se articula esta relación. Se positiviza el principio de subsidiariedad del *droit commun des contrats* desde hace tiempo configurado por la jurisprudencia. Recalca la autora que la regulación del Código Civil no tiene literalmente por objeto fijar el ámbito de aplicación de los llamados *droits catégorials* –normas relativas a una categoría de contratos– y que tampoco ha tenido en cuenta la relación de la teoría general con la regulación *muy* especial de contratos, lo cual le parece criticable.

La profesora Schütz precisa el alcance del principio. Resulta evidente que no es suficiente que exista una regla particular para que la regla general sea descartada: el sistema parte de una aplicación concurrente de la regla general y la especial. De lo que se trata es de resolver un conflicto de reglas incompatibles o antinómicas cuando tienen el mismo objeto; lo cual, tal y como exemplifica, no es siempre evidente. A continuación, explica cómo los tribunales han aplicado la nueva regulación sobre disposiciones emblemáticas de la reforma, señalando que la jurisprudencia se encuentra en un proceso de consolidación.

Además, destaca la autora que la cuestión de la relación entre la teoría general del contrato y la regulación especial de contratos ha quedado marcada por el fraccionamiento de la recodificación. Según explica, es en el seno del *droit commun* dónde se debe tomar posición sobre esta relación y el derecho especial tan solo ha de seguirla. Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla. El futuro legislador del derecho de contratos en especial puede seguir de diversas maneras la pauta establecida por el reformador de 2016-2018, pero también puede aprovechar la ocasión para abordar cuestiones propias de la teoría general. La autora da cuenta de cómo los proyectos de reforma franceses sobre el derecho especial de contratos se ajustan a la relación fijada por las reglas generales, pero también cómo a veces la modifican, lo cual se manifiesta de diversas maneras. Así, por ejemplo, señala la autora que el conocido fenómeno del crecimiento en arborescencia del derecho especial, presente en el proyecto de la Asociación Capitant y el de la Comisión Stoffel-Munck, se viene produciendo desde 1804, pero la incursión que este último realiza en la teoría general es un aspecto que juzga reprochable.

6. Una reforma de calado como la que representa la modernización de las reglas generales sobre obligaciones y contratos plantea la delicada cuestión de la eficacia en el tiempo de la ley antigua y la nueva.

El estudio de M.ª Paz García Rubio presta particular atención a las cuestiones de derecho transitorio que plantea la Propuesta de 2023, aunque también se pronuncia sobre muchos de los asuntos mencionados hasta ahora: el agotamiento que causa la cuestión competencial, la adecuación de la delegación legislativa ante una reforma tan técnica, el denso desarrollo y continua actualización del derecho de consumo que justifica la opción de dejar el grueso de su regulación fuera del código o la conveniencia de seguir apostado por la técnica codificadora bajo la *auctoritas* que proyecta el código.

Centrándose en las cuestiones de derecho intertemporal, la autora saca las consecuencias de la opción seguida por la Propuesta: no contar con disposiciones transitorias específicas y llamar a la aplicación de las reglas generales —el artículo 2.3 del Código Civil y sus propias disposiciones transitorias— para interpretarlas *ad hoc*; postura que, según se lee en la exposición de motivos, ha tenido en cuenta el hecho de que muchas de las reglas y principios consagrados en la Propuesta ya venían siendo aplicados por la jurisprudencia al aplicar los preceptos actualmente vigentes. Por tanto, entienden sus redactores, los nuevos preceptos que recojan soluciones ya consolidadas han de aplicarse a las obligaciones y contratos nacidos con anterioridad a la Propuesta. Para no extenderme en exceso ante cuestiones muy técnicas que precisan minuciosidad en la explicación, solo me detendré en las explicaciones de la autora que desmienten la aparente rigurosidad de la aplicación del principio de irretroactividad.

Efectivamente, en una primera aproximación, el mencionado principio que consagra nuestro sistema —como bien remarca la autora, irretroactividad en el sentido civil clásico y no constitucional del término— supondría que la ley antigua continuase aplicándose durante mucho tiempo a pesar de la entrada en vigor de la Propuesta; una suerte de ultratitividad de la ley derogada hasta que los actos y contratos creados bajo esta última agotasen todos sus efectos. No obstante, la profesora García Rubio apunta que tal conclusión no tiene por qué ser tan absoluta.

En primer lugar, alude a los casos en que la ley nueva declare expresamente la retroactividad de una norma o así se infiera tácitamente, lo cual, señala la autora, no es descartable en la Propuesta. En segundo lugar, y en atención a la disposición transitoria segunda del Código Civil, la modificación o revocación de actos, contratos o alguna de sus cláusulas, así como el contrato novado o revocado, quedan sometidos a la nueva ley, aunque hayan nacido bajo el imperio de la anterior. Y esto es así, en el supuesto de modificación, aunque el contrato contenga remisiones o reproduzca normas de la antigua ley. En tercer lugar, entiende la autora que la nueva ley también se aplicará a los actos y contratos nacidos antes de su entrada en vigor cuando las nuevas normas vengan a consagrar principios básicos del ordenamiento jurídico que no fueron tenidos en cuenta, o no lo fueron suficientemente, en la legislación derogada aunque la lectura de la mencionada disposición transitoria pudiera hacernos pensar otra cosa; supuesto que exemplifica con alusión al principio de no discriminación que recoge la Propuesta.

Finalmente, se refiere la autora al supuesto que la propia Propuesta menciona cuando su exposición de motivos explica por qué se ha optado por no introducir reglas de derecho transitorio. Más allá de actos y contratos, que es a lo que la disposición transitoria segunda del Código Civil se refiere para ajustar el principio de irretroactividad, la Propuesta acoge una amplia batería de innovaciones con relación a la letra del Código Civil actual, pero que no lo son respecto a nuestro derecho civil vigente en atención a la interpretación de distintas normas que ya venían haciendo nuestros tribunales —en muchos casos, jurisprudencia en el sentido más estricto del término, recalca García Rubio—. No procede aquí hablar de irretroactividad, ni siquiera barajar una aplicación retroactiva de dichas “novedades”, pues solo lo sería en apariencia. La Propuesta no rompe, sino que recoge un derecho vivo; una codificación, como dicen los franceses, *à droit constant* y

directamente aplicable. Cuestión distinta, señala la autora, es si, ante algún punto controvertido de la ley anterior relativo a los efectos pendientes de un contrato nacido con arreglo a dicha ley, sería posible o no tener en cuenta la solución que ofrece la nueva ley; esto es, la Propuesta eventualmente en vigor.

Son las anteriores unas pocas de las distintas dificultades que la autora constata en su trabajo; de ahí que acabe preguntándose si sería conveniente que la eventual reforma de los dos primeros títulos del libro IV del Código de 1889 contase con específicas previsiones de derecho transitorio, tal y como ha hecho, entre otros legisladores, el francés.

Lo cierto es que Éric Savaux comienza su contribución a este monográfico formulando la misma pregunta: la conveniencia o no de un régimen de derecho transitorio específico en el marco de una recodificación del derecho de contratos. Nótese que en sus primeras líneas señala que la importancia del derecho transitorio es casi nula en un caso de codificación à *droit constant*. Es crucial, sin embargo, cuando se rompe en mayor o menor medida con el derecho anterior.

El discurso del autor da cuenta de la peculiaridad francesa. El procedimiento de reforma de las reglas generales sobre obligaciones y contratos se ha hecho a través de dos leyes: la *ordonnance* de 2016 y la ley de ratificación de 2018, que no solo ha modificado alguna de las disposiciones de derecho sustantivo de la *ordonnance* sino también las reglas de derecho transitorio que en su momento esta establece. Según el caso, nos dice el autor, existen, por tanto, dos o tres regímenes a articular; presentándose un sistema de derecho transitorio de indeseable complejidad al que se suma un derecho transitorio jurisprudencial que, en ocasiones, va más allá e incluso en contra de las previsiones legales. En efecto, el autor nos viene a describir una pugna entre la ley y la jurisprudencia por el control del derecho transitorio en materia de contratos; escenario que a continuación me veo obligado a reflejar muy someramente, pues el detalle exigiría demasiadas líneas.

La *ordonnance* de 2016 contiene específicas reglas de derecho transitorio, tanto en general, aplicación diferida de la reforma, como en particular para los contratos: con ciertas excepciones, aplicación del principio de supervivencia de la ley antigua; lo cual, para el autor, no es irretroactividad de la ley nueva, aunque entiendo que sí sería irretroactividad en el sentido civil clásico español.

La cuestión es que, por un lado, dado que la ley de ratificación de 2018 modifica ciertas disposiciones sustantivas de la *ordonnance*, dicha ley introduce específicas previsiones para regular su aplicación en el tiempo. Por otro lado, cuestión en la que sobre todo se centra el autor, se planteó el problema de la aplicación por anticipación de la reforma a la vista del derecho transitorio jurisprudencial existente, es decir, la posible sujeción al nuevo derecho de los contratos celebrados antes de su entrada en vigor, para lo cual la ley de ratificación modificó la regulación de derecho transitorio de la *ordonnance*. Es en este punto donde se desarrolla la mencionada pugna entre ley y jurisprudencia. Dicho muy resumidamente, el legislador de 2018 introduce ciertas disposiciones transitorias que, en la relación entre la *ordonnance* y la ley de ratificación tienen carácter retroactivo,

precisamente para evitar que la jurisprudencia aplique, retroactivamente, ciertas disposiciones del nuevo derecho de 2016 a los contratos surgidos con anterioridad a la *ordonnance*.

No obstante, el legislador no logra plenamente su objetivo, tal y como demuestra el análisis que nos ofrece el profesor Savaux en un orden cronológico para apreciar la evolución de la jurisprudencia de la Corte de Casación. Advierte el autor, observación que procede repetir aquí para no inducir a equívocos al lector, que nos encontramos ante un fenómeno limitado y no a un generalizado distanciamiento de la jurisprudencia con relación a la ley.

El profesor Savaux finaliza su trabajo volviendo a la pregunta inicial: tras el recorrido del muy complejo derecho transitorio francés de contratos, plantea si la opción de la Propuesta española de no adoptar disposiciones transitorias sale reforzada. No se trata de dar una respuesta positiva o negativa en abstracto, nos viene a decir el autor, sino de atender a las circunstancias del ordenamiento y la reforma en cuestión: entre otras, las características del procedimiento de reforma escogido, las fuentes del derecho transitorio o el alcance de los principios generales del derecho transitorio del sistema.

7. Me resta por presentar los dos trabajos que introducen la perspectiva de derecho internacional e interregional privado; afirmación que he de matizar inmediatamente con relación al contenido del primero de los artículos que paso a mencionar.

Albert Font i Segura retoma la cuestión de plurilegalización civil española en materia de obligaciones y contratos. Aunque sí se pronuncia al respecto como paso previo, su objetivo no es centrarse en la determinación del alcance de la competencia y del legislador competente ni tampoco aborda cuestiones de derecho interregional privado. Su estudio pone en evidencia otras dificultades: las que la plurilegalización encuentra en supuestos meramente internos; esto es, cuando todos los elementos están vinculados con el territorio de una comunidad autónoma con derecho civil propio. La configuración y estructura de nuestro sistema condiciona la visibilidad y la incidencia de la plurilegalización civil en la práctica judicial.

En supuestos meramente internos, la pluralidad civil española está siempre presente en autonomías con derecho civil propio, no así en aquellos supuestos sometidos al derecho estatal, y cabe detectar dificultades en la aplicación del derecho civil autonómico correspondiente. En ocasiones, el tribunal recurre a normas de conflicto en materia de obligaciones contractuales para justificar la aplicación del derecho autonómico, como si hubiese de buscarse un argumento reforzado en su aplicación frente al derecho civil estatal, que es territorial, pero a su vez general. Sin embargo, en ausencia de conflicto de leyes, no parece esta la opción más adecuada y procede la aplicación natural e inmediata del derecho autonómico en cuestión, como también demuestra la práctica judicial. Particulares dificultades se presentan cuando las partes del litigio fundamentan sus posiciones en el derecho civil equivocado. Describe el autor una tensión entre el principio *iura novit curia* y el principio de congruencia; disputa en la que, para evitar indefensión, se sostiene la aplicación del derecho civil erróneo e inicialmente invocado en el proceso. Destaca críticamente el autor que, a diferencia de lo que sucede en

supuestos interregionales, donde se asegura que el juez encauce de oficio el derecho civil verdaderamente aplicable, no hay mecanismo semejante para los supuestos puramente internos.

Finalmente, el autor se adentra en la combinación de la dualidad civil-mercantil y el binomio pluralidad-uniformidad. Dicho muy brevemente, se pregunta si el derecho que ha de suplir las lagunas del derecho mercantil contractual se integran con el derecho civil español que corresponda aplicar, sea este el estatal o el autonómico, o con el derecho civil estatal. Entiende el autor que la remisión se efectúa al derecho que corresponda; parecer que refrenda la práctica de la jurisdicción ordinaria. Pero si se introduce la perspectiva competencial, la cuestión no está tan clara. Si se hace una interpretación extensiva del artículo 149.1.6.<sup>a</sup> de la Constitución que restrinja la virtualidad del ordinal octavo del precepto y el sistema que consagra —repara el autor en las dudas que genera en particular la STC 157/2021—, acaso se quiera forzar la aplicación del derecho civil estatal “vestido” de derecho mercantil.

Desde el punto de vista competencial, la dualidad civil-mercantil sigue sin estar clara. Es más, me pregunto si acaso podríamos decir que no está del todo clara la tríada civil-mercantil-consumo. Pero los tres autores que abordamos la cuestión de la plurilegisación civil en este monográfico creemos que la unidad de mercado carece de sustantividad propia o reconocimiento normativo como elemento del reparto de competencias en materia obligacional y contractual. Se podrá dudar al respecto y, en efecto, existen opiniones contrarias. Por su parte, el profesor Font i Segura realiza un apunte sugerente: si de la unidad de mercado se quiere hablar, la pluralidad como tal no la compromete, ni aquella implica uniformidad absoluta. Lo que requiere es que existan reglas claras que permitan a las partes conocer de antemano qué derecho se aplicará a cada contrato.

El autor realiza una reflexión que me permite generalizar: existe una distinta sensibilidad con la que se afronta la pluralidad legislativa civil, dependiendo de si se tiene o no contacto con ella. Y me resulta curioso observar cómo dicha percepción también se traslada a la terminología que utilizamos: desde una perspectiva técnica y según el contexto —por ejemplo, supletoriedad, competencia o territorialidad—, confrontar el derecho (o código) estatal con el autonómico, el común con el especial, el español con el autonómico, el español con el gallego o el estatal con el catalán, puede resultar correcto o incorrecto.

Para terminar, el artículo de Javier Maseda Rodríguez ofrece una panorámica general de la estructura, condiciones de aplicación y aplicación de las reglas del Reglamento Roma I determinantes de la ley aplicable a los contratos internacionales, y lo hace mediante el análisis de más de doscientas resoluciones judiciales españolas de las que extrae pautas de comportamiento. Tras abordar ciertos problemas previos que aparecen en la práctica judicial española antes de enfrentarse a la aplicación del citado reglamento —un ocasional confusionismo cuando se recurre a un régimen de ley aplicable para dar respuesta a un problema de competencia, la necesidad de tener que aclarar ante alegaciones de parte el carácter del reglamento como derecho de obligado conocimiento

o la cuestión de la previa identificación de los elementos relevantes para saber si el asunto es interno o internacional— el autor abordar el tratamiento de dichas condiciones de aplicación. A destacar, ciertas inexactitudes en torno a los criterios temporales de aplicación, ocasional confusionismo en torno al carácter universal del reglamento o una evolución positiva en la articulación de la convivencia del reglamento con otros textos relevantes en la materia, en particular, con convenios de derecho uniforme.

El autor analiza también cómo se manifiesta y los requisitos que la práctica judicial exige para el ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual —atiende principalmente a cuestiones de fondo— ya sea de forma expresa o tácita. Destaca el autor cómo las peculiaridades del sistema español en el tratamiento del derecho extranjero pueden llevar a cierto confusionismo sobre la existencia de una sumisión tácita en favor de la ley española. También explica cómo se suele ejercitar la autonomía de la voluntad material, destacando la presencia de los Principios UNIDROIT o la *lex mercatoria*, en el marco de un ordenamiento nacional previamente determinado como *lex contractus* —bien a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual, bien, en su ausencia, por las reglas reguladoras de la selección de la ley aplicable en defecto de pacto— que, como explica el autor, fija los límites de la autorregulación de los contratantes.

Posteriormente, el autor presta atención a las reglas de determinación de la ley aplicable en defecto de pacto previstas en el Reglamento Roma I, emitiendo un juicio general positivo de la práctica judicial española y señalando que suele ser relativamente frecuente recurrir a los vínculos más estrechos antes que al catálogo de las ocho reglas especiales creadas en función del tipo contractual. Señala el autor que no ha encontrado casos en que se aplique la regla general basada en la prestación más característica. Finalmente, tras abordar la aplicación por parte de la práctica judicial analizada del recurso a las leyes de policía, el autor se para en el manejo por parte de los tribunales de las reglas especiales del reglamento respecto a determinados tipos de contratos, como de transporte, consumo y, sobre todo, de trabajo. Este último es uno de los sectores donde existe mayor aplicación del Reglamento Roma I con relación a trabajadores que prestan sus servicios en la compañía Ryanair, en dependencias extranjeras del Estado español, como embajadas o consulados, o en barcos en altamar.

8. Llegados a este punto, y temiendo haberme alargado en exceso en esta presentación, tan solo me queda realizar un lacónico agradecimiento al equipo editorial del *Boletín* por acoger la iniciativa de este número monográfico, así como a todos los autores que han tenido a bien participar en él. Gracias.