

**REVISTA
DA FACULDADE DE
DIREITO DA
UNIVERSIDADE
DE LISBOA**

**LISBON
LAW
REVIEW**

2018/2



LVIX

Revista da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa
Periodicidade Semestral
Vol. LVIX – 2018/2

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Universidade de Georgetown)
Jose Luis Diez Ripolles (Universidade de Málaga)
Juan Fernandez-Armesto (Universidade Pontificia de Comillas)
Ken Pennington (Universidade Católica da América)
Marco António Marques da Silva (Pontificia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Universidade de Génova)
Robert Alexy (Universidade de Kiel)

DIRETOR

Luís Menezes Leitão

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Dário Moura Vicente
Fernando Loureiro Bastos
Pedro Caridade de Freitas
Nuno Cunha Rodrigues

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Dezembro, 2018

- **Marcelo Rebelo de Sousa**
5-11 Lição de Jubilação
- **Luís Manuel Teles de Menezes Leitão**
13-21 Os efeitos da insolvência em Portugal e no Brasil
The effects of insolvency in Portugal and Brazil
- **Fernando Loureiro Bastos**
23-42 Some notes about International Law in the Constitutions of the Lusophone African States
Algumas notas acerca do Direito Internacional nas Constituições dos Estados Africanos Lusófonos
- **Pedro Caridade de Freitas**
43-57 A Concepção do Estado na Época Pombalina
The conception of the State in the period of Pombal
- **Nuno Cunha Rodrigues**
59-82 A regulação da economia colaborativa pela União Europeia
The regulation of collaborative economy by the European Union
- **Paula de Castro Silveira e Luís Graça Rodrigues**
83-103 Regime das contrapartidas nos contratos públicos em Angola: o que há de novo?
Countertrade offsets in angolan public procurement – what’s new?
- **Rui Marques e Sara Ferreira Pinto**
105-136 A União Europeia e os novos desafios na integração fiscal: a troca de informações financeiras
European Union and the new challenges in tax integration: the exchange of financial information
- **Tiago Henrique Sousa**
137-168 Da Responsabilidade Civil dos Gerentes e Administradores das Sociedades Comerciais, Perante os Credores Sociais, por Violação de Normas de Protecção, no Direito Português
The civil liability of directors of commercial companies before company creditors by breach of protection standards in the portuguese law
- **Roberta Fernandes de Faria**
169-192 O Direito à Propriedade Privada e o Direito de Construir: o falso embate entre a Constituição e as Políticas de Ordenamento do Território
The right to private property and the right to build: the false clash between the Constitution and the territorial planning policies
- **Carolina de Freitas e Silva e António Luís Silva Baptista**
193-234 O tratamento das omissões inconstitucionais no âmbito dos direitos fundamentais sociais em Portugal e no Brasil
Dealing with unconstitutional omissions regarding fundamental social rights in Portugal and Brazil
- **Francisco Cuena Boy**
235-251 Recensão a Dário MOURA VICENTE, *Direito comparado*, vol. II: *Obrigações*. Almedina, Coimbra, 2017, 704 páginas; ISBN 978-972-40-7120-6.

Recensão a Dário MOURA VICENTE, *Direito comparado*, vol. II: *Obrigações*. Almedina, Coimbra, 2017, 704 páginas; ISBN 978-972-40-7120-6.

Francisco Cuenca Boy*

Terminaba mi recensión del primer volumen de esta obra destacando las ponderadas advertencias del profesor Moura Vicente acerca de los límites de la aproximación entre sistemas jurídicos y los peligros que esta tendencia encierra.¹ La exposición ahora, en este segundo tomo, de un amplio panorama comparativo del derecho de obligaciones, ofrece numerosas muestras concretas tanto de los límites como de los riesgos de ese tipo de procesos, y en todo caso, del precio que comporta siempre su implementación. Por decirlo con palabras de Álvaro d'Ors, con las que pienso que Moura podría coincidir, "la libertad de la diferencia sólo debe sacrificarse por un bien superior, que no es, desde luego, el de la simple unificación".²

El libro tiene ocho capítulos provisto cada uno (salvo el VII) de una sección bibliográfica final. Hay dos índices, de abreviaturas y analítico, que facilitan la lectura o la simple consulta de la obra. La información bibliográfica y jurisprudencial está actualizada hasta junio de 2017 y las traducciones de textos son del autor salvo indicación contraria. Resumir un libro que desborda en contenido, no sólo por el volumen y el carácter tan heterogéneo de los datos que maneja, sino por el sinfín de problemas singulares en los que recalca y por el sosiego analítico con que los contempla, es una tarea que linda aproximadamente en lo imposible. En medida variable, las síntesis comparativas de los capítulos II-VI y VIII me ayudarán a dar una idea aproximada de esta obra tan densa y de tan extraordinarios méritos.³

* Catedrático de Derecho Romano con dedicación exclusiva, en la Facultad de Derecho de Santander.

¹ F. CUENCA BOY, rec. de D. MOURA VICENTE, *Direito comparado*, I: *Introdução. Sistemas jurídicos em geral*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, en *AFDUC*, 17, 2013, pp. 692 s.

² A. D'ORS, *Una introducción al estudio del derecho*, 8ª ed., Madrid, 1989, p. 68.

³ El capítulo VII sobre las principales concepciones del derecho de obligaciones es en sí mismo una síntesis de los cinco que le preceden; la síntesis del final del § 7 (pp. 126 ss.) sobre la culpa en la formación del contrato y otros pequeños párrafos de conclusiones situados en distintos lugares del libro también nos sirvan.

En la estela del derecho romano,⁴ el capítulo introductorio (I) asume la posibilidad de identificar en la generalidad de los sistemas jurídicos un conjunto de situaciones en las que una persona se encuentra constreñida a hacer o no hacer algo en interés de otra. Éste es el *tertium comparationis* con el que se intenta confrontar el régimen de las obligaciones en los diferentes sistemas, con plena consciencia de la falta de equivalente exacto en algunas familias jurídicas y de la inclusión en la relación obligatoria, en determinados sistemas, de deberes de conducta que se añaden a los deberes de prestación. La exposición de los capítulos II-VI, donde se efectúa la comparación propiamente dicha entre sistemas jurídicos nacionales, renuncia al punto de vista de la teoría general de las obligaciones, que no habría servido para diseñar una “cuadrícula comparativa”⁵ al carecer de tal teoría varios de los sistemas considerados; en vez de ello, el criterio seguido es el del esquema usual de las fuentes de las obligaciones, de cuya aplicación resulta esta división: el contrato (II), el negocio jurídico unilateral (III), la responsabilidad civil extracontractual (IV), la gestión de negocios (V) y el enriquecimiento sin causa (VI). Por regla general, en estos capítulos la atención se dirige preferentemente a los derechos de las familias romano-germánica y del *Common Law* y, entre los primeros, a los derechos alemán, francés y portugués;⁶ en relación con cada tema se prima el examen de los sistemas más representativos de cada tipo de solución, lo que da ocasión a introducir también referencias puntuales a los derechos islámicos y al derecho chino. El capítulo VII presenta en forma sintética las principales concepciones del derecho de obligaciones que se desprenden de los análisis cumplidos en los anteriores: la romano-germánica, la anglo-americana, la musulmana y la china. Por último, el capítulo VIII estudia las fuentes de las obligaciones en los principales textos supranacionales e internacionales de armonización y unificación con miras a comprobar en qué medida consiguen superar o mitigar las diferencias entre los sistemas jurídicos nacionales; con ello se atiende a una de las funciones primordiales de la comparación indicadas en el capítulo introductorio.

El capítulo II ocupa cerca de la mitad del libro. Se trata de una auténtica monografía que recorre los aspectos esenciales del régimen jurídico del contrato: ele-

⁴ I. 3.13 pr.

⁵ Sobre el concepto de “grelha comparativa”, vid. C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito comparado. Ensino e metodo*, Lisboa, 2000, pp. 127 ss.; R. PINTO DUARTE, “Uma introdução ao direito comparado”, en *O direito*, 138/4, 2006, pp. 778 s.; MOURA VICENTE, *Direito comparado*, I, cit., p. 42; C. FERREIRA DE ALMEIDA y J. MORAIS CARVALHO, *Introdução ao direito comparado*, 3ª ed., Coimbra, 2013, pp. 26 ss.

⁶ Pero también se toman en consideración los derechos holandés, suizo, italiano, español (incluida la propuesta de modernización del Código civil en materia de derecho de obligaciones y contratos de 2009), húngaro, brasileño, argentino y quebequés.

mentos, formación, culpa en la formación, forma, interpretación, integración y corrección, cláusulas generales, falta y vicios de la voluntad y de la declaración, efectos, control de la justicia contractual, cumplimiento e incumplimiento y fundamentos de eficacia. Ya desde el principio, las divergencias entre sistemas jurídicos en prácticamente todos estos puntos acusan la existencia de conceptos de contrato muy diversos. Por otro lado, en el plano de la técnica legislativa, los diferentes modos de aproximación a la materia impiden lanzar el análisis desde la inclusión del contrato en el concepto de negocio jurídico, cosa que sólo sería plenamente hacedera en aquellos derechos que heredaron de la Pandectística, junto con ese concepto, la importancia dogmática del mismo.⁷

El contrato es un acto de autonomía privada en todos los sistemas estudiados, pero la libertad contractual es menor en el derecho chino, donde los planes estatales la limitan, y en el derecho islámico, que reduce su ámbito a los acuerdos tipificados por la *sharía*, la costumbre o el consenso de los juristas. En cuanto a los fundamentos de eficacia, si bien el contrato se basa en la voluntad de las partes en todos los sistemas, esto resulta más cierto en los de *Common Law* que en los romano-germánicos y en los islámicos, ya que los primeros admiten la posibilidad de completar e incluso corregir aquella voluntad a la luz de la equidad y los segundos, prohibiendo la *riba* y el *gharar*,⁸ exigen la equivalencia entre las prestaciones y la certeza de las obligaciones asumidas por las partes. De todos modos, la necesidad de *consideration* (o de utilización de una forma especial en la promesa) para que el acuerdo sea vinculante matiza el afirmado predominio de la voluntad en los derechos de *Common Law*. Respecto al control de la justicia contractual, la nulidad de todo contrato dirigido a sortear la prohibición de la *riba* —y la correlativa del *gharar*— hace de los derechos islámicos los más rigurosos; en el extremo opuesto, para los derechos de *Common Law* el desequilibrio entre las prestaciones no es en principio causa de ineficacia. Dentro de la familia romano-germánica el campo se divide entre la ineficacia por *laesio enormis* y la ineficacia limitada a los casos de usura; la reciente opción del Código civil húngaro (2013) por la teoría de la *laesio enormis* podría indicar una tendencia de retorno hacia este modelo.⁹

⁷ Entre los estudiados, básicamente los derechos alemán, portugués y brasileño. Sobre la (decreciente) utilidad de la teoría del negocio jurídico, cfr. C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos, I: Conceito. Fontes. Formação*, 5ª ed., Coimbra, 2013, pp. 16 ss.

⁸ *Riba*: obtención de ventajas pecuniarias sin ninguna contrapartida (p. 45); *gharar*: celebración de contratos de carácter especulativo o aleatorio (*ibid.*); sobre estos conceptos, vid. J. SCHACHT, *An introduction to Islamic Law*, Oxford, 1982, pp. 145 ss.

⁹ Acaso también algunas decisiones del *Bundesgerichtshof* que se apartan significativamente del modelo de la usura —el adoptado por el BGB— y se aproximan al de la *laesio enormis*: vid. p. 219.

Bajo el rótulo de “alcance del contrato”, la síntesis por la que nos guiamos reúne ideas que no se corresponden con un solo aspecto de los esenciales antes referidos. El asunto general es ahora el del contenido obligatorio del contrato, dilatado en los sistemas romanistas —*i. e.*, romano-germánicos— merced a la cláusula general de la buena fe (§ 242 BGB) o a la imposición a las partes de las consecuencias, explícitas o no, nacidas de la equidad (art. 1104 Código civil francés): desigualmente seguida por las diferentes legislaciones nacionales, la jurisprudencia ha ido ampliando el contenido contractual mediante la imposición a las partes de una amplia gama de deberes de conducta en relación con los preliminares y con la conclusión del acto, y que llegan incluso hasta después del cumplimiento de las prestaciones derivadas de él.¹⁰ Paralelamente, en sistemas como el alemán, el portugués y el brasileño se han ido abriendo paso la eficacia del contrato en orden a la protección de terceros —cuestión distinta del tradicional problema del contrato a favor de tercero¹¹— y una amplia posibilidad de revisar o resolver los contratos por alteración de las circunstancias. La ausencia de una cláusula general de buena fe ha frenado un desarrollo semejante en los sistemas de *Common Law*;¹² su mayor apego a la autonomía privada y a la relatividad de los contratos contrasta con lo que representan los fenómenos mencionados en los derechos romanistas y todo ello indica, en suma, que las fronteras del contrato no son igualmente amplias en todos los sistemas. Diversa es asimismo la estructura de la obligación contractual: concebida por los derechos romanistas como promesa recíproca de una conducta, en ellos la responsabilidad por incumplimiento presupone la culpa del deudor y la indemnización pecuniaria se admite de forma subsidiaria; en cambio, de acuerdo con una idea del deudor como garante del resultado del cumplimiento de la prestación, en los de *Common Law* toda desviación de la *strict performance* genera,

¹⁰ Encaja aquí la problemática relativa a la *culpa in contrahendo* (pp. 93 ss.), que envuelve distintas opciones en cuanto al alcance de la responsabilidad por la infracción de los deberes de conducta y, sobre todo, en cuanto a su naturaleza contractual (Alemania, donde la *culpa in contrahendo* viene a cubrir situaciones desprovistas de tutela por el carácter restrictivo de la responsabilidad delictual del BGB), extracontractual (Francia y países de *Common Law*) o mixta (Portugal); tendencialmente, una tercera vía de responsabilidad. También cabe aquí la llamada post-eficacia de las obligaciones o *culpa post pactum finitum* (p. 264).

¹¹ Cfr. pp. 192 y esp. 195 ss.; la eficacia externa de las obligaciones contractuales —su oponibilidad frente a terceros— es otra derivación de estos desarrollos.

¹² En estos sistemas, sobre todo en el inglés, los instrumentos de la *misrepresentation* y el *promissory stoppel* no ofrecen más que un sucedáneo relativo de la teoría de la *culpa in contrahendo* (pp. 116 ss.); la alteración sobrevenida del equilibrio financiero (*hardship*) no es causa de *frustration of contract* (pp. 245 ss.). Un principio general de buena fe tampoco existe en los derechos islámicos, en los que, de todos modos, la práctica de las opciones o cláusulas de rescisión (*khayarat*, sing. *khiyar*: pp. 260 s.; sobre ellas, SCHACHT. *An Introduction*, cit., pp. 152 s.) reduce la relevancia de los tratos precontractuales como fuente de daños.

con independencia de la culpa, obligación de indemnizar, pero la ejecución específica se limita a muy pocas hipótesis y se concede un amplio espacio al *efficient breach* de las obligaciones asumidas por el contratante.

Más allá de su forma técnica concreta, las diferencias de régimen anotadas —una mínima parte de las existentes— se deben a razones históricas, filosóficas e ideológicas muy profundas. En los sistemas romano-germánicos, la ética contractual neotomista infunde nueva savia en la herencia del derecho romano¹³ y conduce a una visión moral del contrato a cuya luz se explican, en esos sistemas, el cuidado por el equilibrio de las prestaciones, el *favor debitoris* y las múltiples expresiones de “solidarismo” contractual.¹⁴ Ajenos a la recepción del derecho romano, donde se sitúa el origen de la buena fe, los sistemas de *Common Law* poseen un espíritu individualista que se plasma en un mayor respeto a la libertad contractual y a la fuerza vinculante del contrato, en una manifiesta hostilidad a la fundamentación del orden jurídico en principios éticos y en un utilitarismo economicista.¹⁵ Los sistemas islámicos responden a una visión teocéntrica de la vida social que limita la libertad contractual y produce una versión propia de la solidaridad en este ámbito. En China, el confucianismo explica el corto alcance de la libertad contractual a la vez que aporta una visión flexible del contrato como punto de partida de una relación de negocios en permanente adaptación.

A la hora del balance, Moura señala la imposibilidad objetiva de reconocer la superioridad de ninguna de las cuatro concepciones del contrato revisadas y la gran dificultad de superar sus diferencias en aras de un ideal uniformizador.

El capítulo III examina la cuestión de si la promesa de una prestación vincula al promitente con independencia de su aceptación por otro sujeto. La categoría del negocio jurídico unilateral no existe como tal ni en el derecho inglés ni en los de la mayoría de los Estados norteamericanos; en ellos, el llamado *unilateral contract* presupone un acuerdo entre partes y una *consideration* —ello en el sentido de aceptación de la promesa mediante la ejecución del acto o la omisión en ella requeridos: *acceptance by performance*—, por lo que no es tanto un negocio unilateral cuanto un verdadero contrato. Los sistemas romano-germánicos han superado en parte la

¹³ Sobre el tema, J. GORDLEY, *The philosophical origins of modern contract doctrine*, Oxford, 1991; W. DECOCK, *Theologians and contract law. The moral transformation of the ius commune (ca. 1500-1650)*, Leiden-Boston, 2013.

¹⁴ Cabe dudar que esas expresiones, en particular la gran extensión otorgada a la *culpa in contrahendo*, se relacionen, por ejemplo en Alemania, con una preocupación mayor por el valor de la seguridad del tráfico (p. 132); a primera vista, la impresión bien puede ser la contraria.

¹⁵ En contra de alguna doctrina norteamericana, la exigencia de *consideration* evidencia que la eficacia vinculante del contrato en estos sistemas radica menos en el valor moral del respeto a la palabra dada que en el intercambio económico que la propia *consideration* representa (p. 360).

renuencia del derecho romano a la admisión de promesas dirigidas *ad incertas personas* a cambio de someterlas a un principio de tipicidad o de exigir estrictas condiciones para reconocerles fuerza obligatoria; son los casos, respectivamente, de Portugal, Alemania e Italia y de Francia.¹⁶ Ni el *favor debitoris* ni una supuesta limitación de interés económico explican de modo suficiente la restricción de la autonomía privada que supone el régimen de excepción impuesto a esta clase de negocios. De las modalidades de la figura, las promesas de cumplimiento y reconocimiento de deuda son negocios unilaterales sólo si, como en el caso del BGB (§§ 780 y 781), vinculan con independencia de la causa. A diferencia de la oferta al público, que es una propuesta contractual, la promesa pública de una recompensa obliga al promitente sin necesidad de aceptación: basta que alguien, aun sin consideración a la promesa, llegue a encontrarse en la situación o a realizar el acto previsto en ella.¹⁷ Aunque en el “concurso público” la prestación se promete sólo a los candidatos que solicitan recibirla, los sistemas alemán, portugués y brasileño y el proyecto español de 2009 lo incluyen en el régimen de la promesa pública.

El capítulo IV trata de la responsabilidad extracontractual, objeto de especial atención en países con economía de mercado muy consolidada. Hay tres modelos diferentes. Los derechos de *Common Law*, cuyo planteamiento recuerda la responsabilidad *ex delicto* del derecho romano, aun sin haber recibido su influencia,¹⁸ optan por la tipicidad de los supuestos de responsabilidad (*torts*). Usando la analogía, la jurisprudencia crea supuestos nuevos y amplía los existentes, pero eso no supone que el *law of torts* dependa de un principio general que obligue a resarcir todo daño inferido a otro sin causa que lo justifique. Es significativo lo que sucede con el principal de esos nuevos supuestos, el *tort of negligence*, cuya tendencia expansiva se refrena exigiendo la presencia en cada caso concreto, como presupuesto de la obligación de indemnizar, de un *duty of care* del agente hacia la víctima. El modelo de la cláusula general de responsabilidad, legado del iusnaturalismo, es el que adopta el derecho francés y, a ejemplo de él, los derechos español, suizo, italiano y egipcio;¹⁹ basado en la idea de culpa (*faute*), este modelo

¹⁶ Código civil portugués: art. 457; BGB: § 311, 1; Código civil italiano: art. 1987; Código civil francés: art. 1100.

¹⁷ En los derechos de *Common Law*, la vinculación del promitente depende de que el acto en cuestión se haya realizado *in faith of the advertisement*, lo que, suponiendo la necesidad de aceptación, devuelve la figura al terreno del contrato (p. 391). No hay, por tanto, equivalencia funcional entre el *unilateral contract* de esos sistemas y el negocio unilateral de los derechos romano-germánicos.

¹⁸ Pero cfr. W. W. BUCKLAND y A. D. MCNAIR, *Derecho romano y “Common law”*. Una comparación en esbozo, Madrid, 1994, pp. 317 ss.

¹⁹ Arts. 1240 y 1242 Código civil francés; art. 1902 Código civil español; art. 41, 1 Código de las obligaciones suizo; art. 2043 Código civil italiano; art. 163 Código civil egipcio.

comporta el riesgo de alargar en exceso la responsabilidad *ex delicto*, lo que obliga a los tribunales a concretar tanto la culpa como el daño injusto (*scil.* indemnizable). Alejándose de la tipicidad, pero sin llegar a la cláusula general, los sistemas mixtos definen legalmente los bienes jurídicos cuya ofensa genera obligación de indemnizar —caso del BGB— o los caracteres de ilicitud del acto que la produce —derechos portugués, holandés y brasileño;²⁰ de las dos formas se evitan los riesgos inherentes al sistema de cláusula general. El BGB especifica los bienes jurídicos protegidos con más amplitud que el Código civil portugués;²¹ en ambos derechos, los daños patrimoniales puros sólo son indemnizables, como regla, ante la violación de una disposición legal dirigida a proteger a terceros o ante el abuso de derecho; en una interesante apertura hacia las fuentes extralegales, el Código holandés incluye entre los actos ilícitos las acciones u omisiones contrarias a reglas sociales de conducta impuestas “por derecho no escrito”.

Los presupuestos de responsabilidad —del acto al nexo de causalidad con el daño— se articulan de formas heterogéneas. La responsabilidad derivada de abstenciones u omisiones se basa, en algunos sistemas, en la violación de un deber de actuar, específico o general; en otros, en un principio de precaución. En varios de ellos, la ilicitud, subsumida en las nociones de culpa o de daño injusto o implícita en la violación de un deber de cuidado, no es presupuesto autónomo de responsabilidad;²² y en los que sí lo es, el problema puede estar en si se exige la ilicitud del acto, además de la del resultado, o en saber los derechos subjetivos cuya violación genera responsabilidad.²³ El principio de la culpa es común a muchos sistemas, pero su alcance exacto varía de unos a otros a tenor de la amplitud de la responsabilidad objetiva, la posibilidad de presumir la culpa y la gravedad que ésta debe revestir.

Mayor espacio requiere el presupuesto del daño. La resarcibilidad *ex delicto* de los daños puramente patrimoniales²⁴ alcanza su máxima expresión en los casos de lesión por tercero de un derecho de crédito merced a la oponibilidad *erga omnes* de las si-

²⁰ BGB: “pequeñas cláusulas generales” de los §§ 823, 1 y 2 y 826 e hipótesis delictuales típicas de los §§ 824, 825, 831, 832 y 839; Código civil portugués: caracteres de ilicitud del acto en el art. 483, 1, abuso de derecho conforme al art. 334 e hipótesis de los arts. 484-486 y 491-493; art. 6:162 Código civil holandés; art. 927 Código civil brasileño en rel. con los arts. 186 y 187. El modelo chino (pp. 411 s.) combina una cláusula general con categorías específicas de ilícitos y con la aplicación de la equidad.

²¹ El abanico de bienes jurídicos protegidos al amparo del § 823, 1 ha sido ulteriormente ampliado por la jurisprudencia con la admisión del derecho general de personalidad y el derecho a la empresa.

²² Francia, Italia, *tort of negligence* del *Common Law*.

²³ Respectivamente en Alemania y en Portugal en relación con el art. 483, 1 Código civil.

²⁴ Se tiene por tal (cfr. pp. 430 s.) el daño producido al margen de la existencia de una relación contractual o precontractual entre la víctima y el agente y que no resulta de la violación de una disposición protectora de intereses ajenos ni de una conducta abusiva o contraria a las buenas costumbres.

tuaciones contractuales del Código civil francés (art. 1200, 1); los derechos alemán y portugués son más restrictivos, igual que los de *Common Law* pese a contar con *torts* específicos. Las orientaciones son semejantes en los llamados *Kabelfälle*, casos de interrupción del suministro de bienes esenciales no causada por el abastecedor contractual. *Punctum dolens* en esta materia es sin duda el resarcimiento del daño no patrimonial. Con algún apunte histórico quizá no tan exacto,²⁵ y resumidas las razones a favor y en contra de la resarcibilidad, la exposición muestra el multiforme paisaje habitual: orientación restrictiva del derecho alemán aun después de la reforma; mayor apertura del derecho francés; limitación, en el italiano, a los casos legalmente previstos (sólo daños morales puros, según la jurisprudencia, y, entre ellos, el *danno alla vita di relazione*, el *danno biologico* y el *danno esistenziale*); posición aislada del derecho portugués en cuanto admite resarcir a los herederos del fallecido del *dano da morte*; presencia de *torts* especiales en el derecho inglés junto a una posibilidad relativa de acudir al *tort of negligence*; cerrazón absoluta del derecho islámico clásico. Aún en relación con el daño, lo más novedoso es la posible resarcibilidad del consistente en haber nacido con malformaciones no detectadas a tiempo. En tales casos —llamados de “vida errónea” (*wrongful life*)—, la mayoría de los sistemas niega la indemnización apoyándose en la inexistencia de un derecho a no nacer cuya violación cause un daño: la propia vida con anomalías. La Casación francesa optó por el criterio opuesto en una sentencia célebre del año 2000, pero la ley no tardó en ajustar el punto de vista estableciendo que el nacimiento no es daño resarcible y que, de todos modos, el error médico que causa o agrava las deficiencias obliga a reparar.²⁶ Sería interesante explicitar los factores extrajurídicos que favorecen el intento, frenado por ahora, de extender la responsabilidad extracontractual a estos supuestos de *wrongful life*; la poco velada alusión al aborto como medio preferido para evitar la aparición de esos casos señala con toda probabilidad el camino. Andando el tiempo, no sería raro que llegaríamos a ver aceptada aquella extensión e impuesta también una idea mucho más laxa del daño que supone nacer.

²⁵ La afirmación de que el derecho romano negaba la resarcibilidad de los daños no patrimoniales (p. 439) es, en efecto, inexacta; basta pensar en el régimen pretorio del *delictum* de *iniuria* o en la *actio sepulchri violati*. Por otra parte, esa afirmación se justifica con un texto (D. 9.3.1.5: *liberum corpus nullam recipit aestimationem*) que, al margen de la importancia que haya podido tener en la discusión histórica acerca del *pretium doloris*, debe ser entendido en el marco concreto de la *actio de effusis et deiectis*; en particular, en relación con el significado del inciso *quasi non sit damnum pecuniarium* del final de D. 9.3.5.5: cfr. P. ZILIO, “Stima del corpo e del danno al corpo dell’uomo libero”, en L. GAROFALO (cur.), *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche*, I, Pisa, 2015, pp. 59 ss. Por lo demás, declaraciones semejantes a la de D. 9.3.1.5 se encuentran también en otros lugares de las fuentes: D. 9.1.3, D. 9.3.7, D. 14.2.2.2 y Paul. Sent. 5.1.1.

²⁶ Se trata de la sentencia de 17 de noviembre de 2000 sobre el caso *Perruche* y de la llamada *loi Kouchner* de 4 de marzo de 2002 (pp. 446 s.).

Último presupuesto de responsabilidad, el nexo entre el acto y el daño se concibe como causalidad adecuada en los derechos alemán y portugués; ambos tienden a apreciar su existencia a la luz del ámbito de protección de la norma violada. El derecho francés se conforma con que el daño sea consecuencia “inmediata y directa” del acto lesivo y admite con amplitud la reparación del daño *par ricochet*. En los sistemas de *Common Law* se precisa una *factual cause*, pero el daño sólo se imputa al agente en caso de proximidad suficiente entre el daño y el acto lesivo (*legal o proximate cause*).

En lo que toca a la responsabilidad objetiva (o por el riesgo), el análisis muestra la mayor amplitud con que la admite el derecho francés en comparación con el alemán y el portugués. En el primero, el desarrollo jurisprudencial de la *responsabilité du fait des choses* acabó alumbrando un principio general incorporado hace ya tiempo al Código civil;²⁷ en los segundos, el alcance de la responsabilidad objetiva es más exiguo al depender, respectivamente, de un principio de enumeración de origen jurisprudencial y de un principio legal de tipicidad (art. 483, 2). Con todo, la orientación más restrictiva es la del *Common Law*: fuera de los pocos casos de *strict liability*, en estos sistemas predomina el principio de la culpa (*no liability without fault*), ello hasta el punto de poderse dudar si la transposición inglesa de la Directiva 85/374/CEE sobre protección de los consumidores prescinde realmente de él. Así como las reglas generales de la responsabilidad civil derivan de la justicia conmutativa, la base de la responsabilidad objetiva es la justicia distributiva; conforme indica el brocardo *ubi commoda, ibi incommoda*, su función es regular un cierto reparto de daños en gran medida inevitables mirando a la posición relativa de los miembros de la sociedad.²⁸ La diferencia de régimen que se da en todos los sistemas entre esta responsabilidad sin culpa y la derivada de actos ilícitos y culposos se debe, por tanto, a innegables diferencias de sustrato ético-jurídico y de función social.²⁹

El contenido de la responsabilidad es la obligación de reponer totalmente la situación anterior al evento dañoso. La reposición consiste en la restauración natural

²⁷ Arts. 1245-1245-17. El punto de partida fue el célebre *Arrêt Jand'heur* de 1930 sobre los daños causados por vehículos en movimiento.

²⁸ El autor extiende esta reflexión a la equidad y la eficiencia económica de los seguros obligatorios de responsabilidad civil y otros mecanismos de socialización del daño.

²⁹ Las pp. 459 ss. se dedican específicamente a la responsabilidad por actos u omisiones de terceros: *responsabilité du fait d'autrui, vicarious responsibility*. A continuación de la responsabilidad objetiva, en las pp. 464 ss. se examinan los supuestos excepcionales de responsabilidad por actos lícitos contemplados en algunos sistemas: la ley, al tiempo que sacrifica un interés a otro considerado superior, obliga al agente (o al beneficiario del sacrificio) a indemnizar al perjudicado; estos casos se fundamentan en la justicia conmutativa y su paradigma es el estado de necesidad.

del *statu quo ante* o en el pago de una indemnización equivalente; ambas formas se pueden combinar o acumular. Paradoja o no, lo cierto es que, al margen de la opción por cualquiera de estas posibilidades, las indemnizaciones tienden a ser más bajas en aquellos sistemas que, como los romanistas, son más flexibles en lo que toca a los presupuestos de responsabilidad. Una especialidad de los sistemas de *Common Law* es la admisión de unos *punitive damages* que, en ciertas situaciones, vienen a sumar una pena a la indemnización. Aunque la pena privada es la precursora histórica de la moderna indemnización por daños, en los sistemas continentales la función punitiva de ésta es, en general, meramente accesoria. Por otro lado, en relación con el reconocimiento de sentencias extranjeras, la aplicación de *punitive damages* desproporcionados puede entrar en conflicto, en esos mismos sistemas, con la cláusula de orden público internacional. Se observa, con todo, algún avance parcial de la función punitiva de la indemnización —por ejemplo, los criterios establecidos por la legislación portuguesa para fijarla en caso de violación de derechos intelectuales— debido a la influencia norteamericana mediada por el derecho europeo.³⁰

El capítulo IV se detiene todavía en tres aspectos de la relación entre responsabilidad extracontractual y responsabilidad contractual. En lo que respecta al sentido y los límites de la distinción, la persistencia de diferencias notables en el régimen de cada una en la mayoría de los sistemas,³¹ aun a pesar de las tendencias a la aproximación de sus consecuencias, indica una diversidad profunda en los valores e intereses de base. Por otro lado, la distinción entre los dos tipos de responsabilidad no es invalidada por la dificultad de trazar sus fronteras exactas dentro de determinado sistema³² ni tampoco, en un plano diferente, por la influencia que la

³⁰ El art. 1266 del *Anteproyecto francés de Reforma de la Responsabilidad Civil* (2016) prevé la posibilidad de imponer una multa civil al autor del daño que haya cometido deliberadamente una *faute lourde*; su importe, no obstante, no se destina al perjudicado, como en el *Common Law*, sino a un fondo específico o, a falta de él, al tesoro público.

³¹ Diferencias en la delimitación del daño indemnizable, las formas y el cómputo de la indemnización, los *punitive damages*, las cláusulas de limitación o exclusión de responsabilidad, la culpa y la prueba de la culpa, los sujetos de la obligación de indemnizar y los plazos de prescripción y caducidad; de ellas se infieren los criterios de los que depende la distinción: fuente de la obligación resarcitoria, modo de establecerse el vínculo (deber primario o deber secundario de prestación), sujetos de la obligación resarcitoria, bienes o intereses típicamente tutelados y función socioeconómica. El examen de estas diferencias y de las razones que las explican es precedido de sendas exposiciones sobre el origen de la distinción entre las dos formas de responsabilidad y sobre la(s) tesis de la unidad de la responsabilidad civil en Francia, Portugal, Alemania y en Inglaterra y los Estados Unidos. Todo ello en el § 25.

³² En situaciones tales como las que dan lugar a la responsabilidad del productor, el médico, el transportista frente al pasajero transportado gratuitamente y otras. En general, todas aquellas en las que

regulación acaso inadecuada de uno de ellos pueda tener en la extensión relativa del otro. Esta última observación introduce el asunto de la expansión de la responsabilidad extracontractual. La “fuga hacia el delito” (*escape in tort*) de los sistemas de *Common Law* es una respuesta a la ordenación de la responsabilidad contractual en torno a los principios de la *consideration* y la *privity of contract*; en algunos casos que se alejan de estos principios, los tribunales han ido admitiendo la indemnización de daños patrimoniales puros causados por negligencia mediante la definición de nuevos deberes de cuidado *in tort*. En los sistemas de *Civil Law* no existe una necesidad análoga, sea por la presencia de una cláusula general de responsabilidad extracontractual, caso de Francia, sea por la mayor extensión de la responsabilidad contractual merced al contrato con eficacia de protección a terceros, una figura que en derecho alemán sirve para compensar el limitado alcance de la responsabilidad delictual. Un último tema es el concurso de responsabilidades. En presencia de un contrato entre el causante y la víctima del daño, el sistema francés de concurso aparente da preferencia a la responsabilidad contractual; con ello trata de prevenir la anulación del espacio de ésta que podría producirse por la combinación del concurso de responsabilidades con la cláusula general. En el sistema alemán de concurso real,³³ la pretensión única de la víctima se puede basar en varias normas, pero el acreedor no puede ser colocado en peor situación de la que tendría si se basara en una sola; el concurso se excluye únicamente cuando consta la voluntad del legislador o los contratantes de colocar bajo determinado precepto legal o contractual todas las pretensiones derivadas de un daño. La jurisprudencia y la doctrina italianas permiten a la víctima optar por el régimen de responsabilidad más favorable; el derecho italiano dispone de una cláusula general muy semejante a la del derecho francés, pero la diferente delimitación del acto generador de responsabilidad³⁴ atenúa la amenaza que podría representar el concurso para la aplicación de la responsabilidad contractual. Frente a la falta de uniformidad en la doctrina y la jurisprudencia portuguesas, Moura defiende el concurso —con elección por el interesado de uno u otro régimen en conjunto— apelando, entre otras razones, a la independencia de los dos tipos de

se puede dudar si el daño ha sido causado en el ámbito de una relación obligacional preexistente o al margen de ella.

³³ La frecuencia de las situaciones de concurso se debe, en Alemania, a la extensión de la responsabilidad contractual mediante figuras como el contrato con eficacia de protección a terceros y la *culpa in contrahendo* (p. 515). El derecho suizo (pp. 517 s.) y el derecho chino moderno (pp. 528 s.) adoptan igualmente el sistema de concurso real.

³⁴ La *faute* del derecho francés (art. 1240 Código civil) es toda “violación de una regla de conducta impuesta a los hombres”; la doctrina italiana delimita el *danno ingiusto* (art. 2043 Código civil) de manera de evitar una equiparación plena de los derechos de crédito a los derechos absolutos (p. 519).

responsabilidad y a la conveniencia de extender los regímenes mixtos admitidos en situaciones atípicas a aquellas otras que suponen un concurso de normas. La propia contextura casuística y jurisprudencial de los sistemas de *Common Law* reduce la importancia de estos problemas, objeto de doctrinas intermedias de vagos contornos; en Inglaterra, el *leading case Hedley Byrne v. Heller*³⁵ amplió sustancialmente el ámbito de las situaciones que pueden dar lugar al concurso; los tribunales de Estados Unidos tienden a colocar toda indemnización por daños personales, aun derivados de la violación de obligaciones contractuales, bajo el régimen de la responsabilidad *ex delicto*; en cambio, la acción por daños patrimoniales puede ser considerada tanto contractual como delictual.

De la síntesis comparativa destaco sólo la conclusión final: más allá de su carácter técnico, en el fondo de las diferencias reseñadas late la tensión permanente entre dos valores esenciales: la seguridad jurídica y la libertad individual. El primero favorece la protección de la esfera jurídica individual contra lesiones causadas por terceros, incluso mediante conductas no reprobables; el segundo justifica que algunos comportamientos dañosos no den lugar a indemnización. Como sucede siempre que hay implicados valores, la responsabilidad extracontractual es una materia acusadamente idiosincrásica.³⁶

Algo parecido sucede con la gestión de negocios estudiada en el capítulo V: su regulación intenta concertar el interés social de impedir intromisiones en la esfera patrimonial y personal de otro con los intereses individuales del *dominus negotii* y el gestor, pero la figura responde, en último análisis, a la cuestión moral subyacente del ideal de la ayuda mutua.³⁷ En general, al gestor se le reconoce el derecho al reembolso de sus gastos y al resarcimiento de los daños que hubiere sufrido, pero la concreta efectividad de ese derecho puede pivotar sobre un dato objetivo —el *utiliter gestum*: derechos francés, suizo, italiano, brasileño, holandés y chino— o bien sobre uno subjetivo —el interés y la voluntad del *dominus negotii*: derechos alemán y portugués; la primacía de uno u otro dato influye asimismo en la protección del interés del *dominus negotii*. De todos modos, lo anterior sólo rige para los sistemas romanistas. En los de *Common Law*, la propensión indivi-

³⁵ [1963] 2 The All England Law Reports 575; [1964] The Law Reports, Appeals Cases 465. Cfr. pp. 506 s.

³⁶ El autor (pp. 398, esp. 665 s.) contempla con escepticismo la elaboración de un derecho delictual común a los Estados miembros de la U.E.

³⁷ J. P. Dawson, cit. en p. 553. Consideradas sus funciones (pp. 546 ss.), la gestión de negocios sería desde el derecho romano una de las más antiguas aplicaciones de la “regla moral” del derecho de obligaciones; en la gestión de negocios impropia regulada en algunos derechos se añade una función sancionatoria y restitutoria.

dualista y la reluctancia a aceptar relaciones obligatorias con fundamento exclusivo en la ley llevan a negar en principio el resarcimiento del gestor, de forma que sólo para ciertas categorías de situaciones atípicas existen figuras que miran a proteger su posición;³⁸ varias de ellas con el fin de evitar el enriquecimiento sin causa del *dominus*.

El examen del enriquecimiento sin causa del capítulo VI arranca recordando el principio enunciado en el Digesto³⁹ y el antecedente romano de las *condictiones*. Viene a continuación el consabido análisis de las diversas regulaciones de la institución. La redacción actual del Código civil francés acoge una acción general de enriquecimiento sin causa creada inicialmente por la jurisprudencia sin ningún apoyo en el texto de la ley.⁴⁰ El Código holandés incluye asimismo una acción general con la diferencia, respecto a la francesa, de no ser de carácter subsidiario. El BGB contiene una cláusula general y varias disposiciones particulares; la cláusula general cubre dos tipos de hipótesis —las *Leistungskonditionen* y las *Nichtleistungskonditionen*— definidas por la doctrina y aceptadas por la jurisprudencia; la acción no es subsidiaria. En Suiza, el Código de las obligaciones opta también por la cláusula general sin subsidiariedad. A semejanza del Código francés, el italiano separa el pago de lo indebido del enriquecimiento sin causa; la acción de enriquecimiento es subsidiaria. Influido por el BGB y por el sistema romano de las *condictiones*, el Código portugués junta una cláusula general y tres hipótesis especiales de enriquecimiento y consagra el principio de subsidiariedad. Cláusula general amplísima y subsidiariedad son también la solución del Código brasileño. Separándose en este punto de la influencia francesa, el Código egipcio acoge una cláusula general que se explica por la hostilidad de los derechos musulmanes a cualquier forma de enriquecimiento ilegítimo.⁴¹ El derecho inglés carece de una teoría general del enriquecimiento sin causa y de un régimen uniforme

³⁸ En relación con la posible influencia romanista sobre estas figuras (cfr. p. 550), conviene anotar que uno de los casos de *necessitous intervention by a stranger* del derecho inglés (*ibid.*) parece calcado sobre el modelo de la *actio funeraria* del derecho romano (D. 11.7.14.6), incluida en la esfera de la *negotiorum gestio*; vid. Ph. J. THOMAS, “The *actio funeraria*”, en *Fundamina*, 11/1, 2005, pp. 321 ss.

³⁹ D. 12.6.14: *Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiozem*.

⁴⁰ Originalmente, el Código civil francés (ex-art. 1245) se limitaba a incluir el pago de lo indebido entre los cuasicontratos; la acción creada por el *arrêt Boudier* de 1892 vino a recibir el nombre de *actio de in rem verso*. La evolución del derecho español es muy similar.

⁴¹ Art. 1303 Código civil francés; arts. 1895-1901 Código civil español; art. 6:212(1) Código civil holandés; §§ 812[1]-822 BGB; art. 62, 1 Código de las obligaciones suizo; arts. 2033-2040 Código civil italiano; art. arts. 473-474 Código civil portugués; arts. 884-885 Código civil brasileño; art. 179 Código civil egipcio. La regulación del derecho chino es muy genérica (p. 570).

de la obligación de restituir; el *unjust enrichment* ha llegado a ser fuente autónoma de obligaciones, pero solamente al modo de un concepto bajo el que se agrupan una variedad de pretensiones restitutorias. Ese mismo concepto es, inversamente, el principio general de la *Law of Restitution* estadounidense;⁴² la pluralidad de *enrichment claims* en que se divide puede ser aumentada por los tribunales.

¿Es el enriquecimiento sin causa una figura unitaria? La unanimidad de los derechos continentales en exigir un enriquecimiento obtenido a costa ajena y la ausencia de causa legítima parece indicar que sí; empero, el alcance de la institución depende de la subsidiariedad de la pretensión restitutoria, rasgo que no todos comparten.⁴³ Por su lado, los sistemas de *Common Law* frenan la expansión de los *restitutionary remedies* exigiendo, además de la ausencia de causa, la prueba concreta de un *unjust factor*. En cuanto al objeto de la obligación de restituir, los derechos portugués y alemán lo limitan al enriquecimiento patrimonial efectivo y actual y alivian del *periculum* de la cosa al enriquecido de buena fe. La obligación de éste es más amplia en los derechos francés y español, que no conocen aquel límite y, al menos en el pago de lo indebido, admiten la restitución en valor. En los sistemas de *Common Law*, la *specific restitution* sólo se admite cuando la atribución de una suma de dinero al empobrecido es insuficiente.⁴⁴

La síntesis comparativa de este capítulo pone en duda, una vez más, la posibilidad de una convergencia de regímenes. La admisión del principio de la restitución por enriquecimiento sin causa es casi el único dato común a todos; en lo demás (técnicas, funciones y ámbito de la institución, alcance de la obligación de restituir), sus diferencias son profundas y no admiten una consideración aislada del conjunto del sistema.

El capítulo VII describe con tanta concisión como eficacia las principales concepciones del derecho de obligaciones que se desprenden de los análisis precedentes. La idiosincrasia de cada una de ellas es fruto de la comprensión total o parcialmente diferente de los elementos de una “cuadrícula comparativa”, implícita y necesariamente muy abarcadora,⁴⁵ que combina elementos internos o pro-

⁴² *Restatement of the Law Third. Restitution and Unjust Enrichment* (2011), § 1.

⁴³ En derecho alemán, la no subsidiariedad funciona como “válvula de seguridad” frente a posibles efectos injustos de la abstracción, sobre todo en negocios translativos de la propiedad; la vía del enriquecimiento sin causa viene a suplir, así, la nulidad por falta de causa de otros sistemas (cfr. pp. 562, 575).

⁴⁴ A título de sanciones del enriquecimiento, en el § 39 se examinan también el denominado *account of profits* (restitución del lucro obtenido por infracción de derechos absolutos ajenos) y el *constructive trust*.

⁴⁵ En los capítulos anteriores, el autor ha tenido que aprontar esquemas de descomposición analítica adecuados a cada una de las figuras estudiadas. Como es lógico, en el momento de la síntesis global se impone la adopción de un punto de vista que contempla las cosas desde mucho más lejos.

piamente jurídicos —relativos tanto a los temas concretos objeto de comparación directa como a las instituciones adyacentes o más amplias que los encuadran—, elementos metajurídicos y elementos históricos (aunque éstos no se reflejan aquí de forma explícita). Entre las concepciones romano-germánica y del *Common Law* se da una relativa afinidad sólo si se las confronta en conjunto con la musulmana o con la china. En lo que toca a esta última, es muy de notar la observación de que, en derecho, la semejanza de las formas puede ocultar profundas diferencias substanciales debidas a razones culturales, históricas e ideológicas.

El capítulo VIII estudia la armonización y la unificación internacional del derecho de obligaciones. Tras recordar la experiencia del *ius commune* como antecedente remoto de este tipo de proyectos, el autor ofrece una cuidada reseña crítica de las fuentes a considerar.⁴⁶ Éstas presentan un panorama abigarrado y no especialmente alentador debido a la propagación de iniciativas que difieren en aspectos importantes; entre otros, en la amplitud de sus objetos respectivos, en el carácter (opcional, supletorio o vinculante) de las soluciones que proponen y en la naturaleza de los fines que persiguen; las dificultades de orden técnico que frenan el avance efectivo de esos intentos y, acaso por encima de todo ello, la insuficiente claridad de los valores en los que se inspiran o dicen inspirarse son también obstáculos de consideración.⁴⁷ Salvo por la reunión de los contratos y los negocios unilaterales

⁴⁶ Fundamentalmente, la *Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercancías* (1980), los *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (última versión 2017), las diversas Directivas Europeas sobre aspectos generales del régimen de los contratos, los contratos entre profesionales y consumidores, tipos contractuales específicos y situaciones particulares de responsabilidad civil, los *Principles of European Contract Law* de la Comisión Lando (2000), el anteproyecto de *Código Europeo de los Contratos* preparado por la *Academia de los Iusprivatistas Europeos* (2004-2007), el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR, 2009), la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una *Common European Sales Law* (CESL, 2011, retirada por la Comisión en 2014); el *Acte uniforme portant sur le droit commercial général* de la OHADA (revisada en 2010) y el *Projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA* (2015) son simplemente mencionados. En el examen de la responsabilidad civil extracontractual se añaden los *Principles of European Tort Law* (2005).

⁴⁷ Es significativo el juicio del autor (p. 600) acerca del DCFR: “Todo o Direito é, como se sabe, feito de valorações; as que subjazem ao DCFR não podem dizer-se senão as dos seus próprios autores. Não correspondem seguramente a valorações ‘europeias’ nem a uma *ratio scripta*”; calidad técnica elevada, pero finalidad equívoca: FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, I, cit., p. 59. Sobre el CESL Moura escribe lo siguiente (p. 604): “tendo sido concebido como o embrião de um futuro Código Europeu dos Contratos ou mesmo de um Código Civil Europeu, o CESL não preenchia qualquer dos requisitos que historicamente viabilizaram a codificação di Direito Privado: a emanção de um Estado, a formulação numa língua comum aos seus destinatarios, o alicerçamento na tradição doutrinaria e a existencia de um supremo tribunal encarregue de assegurar a sua aplicação uniforme”; crítico también FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, I, cit., p. 62.

en un solo párrafo, el examen subsiguiente del significado de los instrumentos descritos en relación con cada una de las fuentes de obligación sigue esquemas analíticos similares a los utilizados en los capítulos II-VI. En conjunto, la impresión que se recibe es que los progresos —si es que lo son— se obtienen frecuentemente al precio de sacrificar o al menos de forzar las tradiciones jurídicas nacionales, sea mediante la amalgama o hibridación de soluciones propias de sistemas y aun de familias de derechos diferentes,⁴⁸ sea acentuando la influencia de las opciones propias de un sistema o de una familia.⁴⁹ El resultado final de algunas propuestas se corresponde escasamente con su intención presunta de buscar un *common core* de soluciones o las “mejores soluciones”.⁵⁰ Por otra parte, la dificultad objetiva de avanzar por la vía de la armonización y la unificación en un campo como el que nos ocupa es palmaria a la luz del papel imprescindible que las legislaciones nacionales siguen conservando. En unos casos porque los propios instrumentos existentes se abstienen de entrar en determinadas cuestiones sustanciales;⁵¹ en otros porque admiten la posibilidad de derogación o modificación parcial de sus reglas por los Estados miembros o se limitan a fijar un estándar mínimo que éstos pueden superar;⁵² y en otros, en fin, porque las normas de conflicto acaban remitiendo en puntos importantes a la aplicación de una legislación nacional determinada.⁵³

⁴⁸ “A Comissão Europeia parece decidida a restaurar o *jus commune* europeu, abrangendo agora também o contributo dos direitos de *common law*”: FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, I, cit., p. 62.

⁴⁹ Como sería el caso, por ejemplo (pp. 643 ss.; cfr. p. 664), del “triunfo de la concepción anglosajona del contrato”, en materia de cumplimiento e incumplimiento del contrato, en el conjunto de los instrumentos examinados.

⁵⁰ Tal es el caso del DCFR y, en menor medida, el de los *Principles of European Contract Law*; Moura subraya repetidamente la distancia, sobre todo en el primero, entre propósitos y resultados: pp. 607, 609 s. (admisión de promesas unilaterales sin necesidad de causa ni de forma determinada), 623 ss. (culpa en la conclusión del contrato), 637 (dolo [*fraud*]), 639 s. (control de la justicia contractual), 642 (alteración de circunstancias), 650 (alcance del daño no patrimonial indemnizable), 679 s. (gestión de negocios), 681 s. (enriquecimiento sin causa).

⁵¹ Valga como ejemplo la *Convención de Viena*, que deja a las legislaciones de los Estados contratantes la regulación de la validez de los contratos a los que se refiere, los efectos de éstos sobre la propiedad de las mercancías vendidas y la admisibilidad de la ejecución específica de las obligaciones.

⁵² Cfr. pp. 674 y 683, respectivamente sobre la Directiva 85/374 CEE, de 25 de julio, en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (art. 15, 1, b) y la Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (arts. 1, 1 y 8, 2).

⁵³ Los *Principios UNIDROIT*, la *Convención de Viena*, los *Principles of European Contract Law* o el DCFR no exigen la presencia de causa o *consideration* en los contratos a los que se refieren. No obstante (pp. 605 ss., esp. 608 s.), la necesidad de este requisito para la validez y la eficacia de un contrato internacional en determinado orden interno puede venir impuesta por la ley indicada por las reglas de conflicto de dicho orden.

El balance, al final, no es quizá demasiado positivo: después de casi un siglo de iniciativas de unificación y armonización, el derecho de obligaciones no ha dejado de ser una rama jurídica esencialmente nacional y sus expresiones en los diferentes sistemas siguen siendo muy distintas cuando no contradictorias. Supuesta la naturaleza cultural del derecho,⁵⁴ no es esto nada que nos deba sorprender; más aún, la idea que circula por ahí en el sentido de que el *Brexit* eliminará uno de los principales obstáculos a la unificación o la armonización de derechos en el seno de la U.E. no deja de ser una forma elíptica de reconocer las resistencias derivadas de tal naturaleza. En definitiva, como muy bien señala Moura —cuya opinión coincide, efectivamente, con la de d’Ors recordada al principio de esta recensión—, la uniformidad del derecho privado no es un bien en sí mismo ni un ideal que deba ser perseguido a ultranza por los Estados y por las organizaciones internacionales. La cuestión, por lo demás, es esencialmente política y en ella el papel de los juristas es apenas auxiliar.⁵⁵

Para terminar, no me queda sino encarecer la elegancia y la fluidez del lenguaje usado por el profesor Moura Vicente, el afinado sentido crítico de que hace gala en todo momento y su atención constante a la identificación de los elementos metajurídicos e históricos y al enlace de los mismos con los elementos propiamente técnico-jurídicos.

⁵⁴ Cfr. MOURA VICENTE, *Direito comparado*, I, cit., pp. 17 s.

⁵⁵ Así FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, I, cit., p. 63, que añade lo siguiente: “não resisto observar que não é previsível unificar na União Europeia o que não tenha sido unificado nos Estados Unidos de América”.